

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

FACULDADE DE DIREITO



**UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA** | **FACULDADE
DE DIREITO**
ESCOLA DE LISBOA

**O Princípio da Não Auto-Inculpação e sua concatenação com o dever de
colaboração do arguido: especificidades em torno das ordens de
descriçãoção ou de revelação de palavra-passe**

Catarina Almeida Andrade

Curso de Mestrado Forense – Vertente Penal-Empresarial

Sob a orientação do Professor Paulo Dá Mesquita

Janeiro de 2014

**O Princípio da Não Auto-Inculpação e sua concatenação com o dever de
colaboração do arguido: especificidades em torno das ordens de
descriptação ou de revelação de palavra-passe**

Catarina Almeida Andrade

“Porém, qualquer um, independentemente das habilitações que tenha, ao menos uma vez na sua vida fez ou disse coisas muito acima da sua natureza e condição, e se a essas pessoas pudéssemos retirar do quotidiano pardo em que vão perdendo os contornos, ou elas a si próprias por violência se retirassem de malhas e prisões, quantas mais maravilhas seriam capazes de obrar, que pedaços de conhecimento profundo poderiam comunicar, porque cada um de nós sabe infinitamente mais do que julga e cada um dos outros infinitamente mais do que neles aceitamos reconhecer”

José Saramago, *A Jangada de Pedra*

Agradecimentos

Em primeiro lugar cumpre-me agradecer aos meus pais, a quem devo tudo o que sou e que considero uns verdadeiros heróis da vida real. Espero um dia retribuir tudo o fizeram por mim.

Agradeço ainda ao Dr. Paulo Dá Mesquita por toda a disponibilidade que demonstrou e, principalmente, pelo privilégio que me concedeu de o ter como orientador deste trabalho.

Por último, compete-me fazer o agradecimento mais importante de todos, que é devido ao David e que sem o qual este trabalho não se teria realizado. Tenho de agradecer todas as horas em que pude beneficiar do seu imenso conhecimento jurídico e, principalmente, pelo seu apoio incondicional.

Este trabalho é-lhe dedicado.

A todos os que mencionei, e a tantos outros que também contribuíram para a elaboração deste trabalho final, o meu mais humilde e sincero obrigada!

ÍNDICE

1. Considerações introdutórias.....	6
1.1. Enunciado da questão controvertida.....	6
1.2. Identificação apriorística das soluções aplicáveis.....	9
2. Da codificação de dados – uso comum e utilização criminosa.....	10
2.1. Protecção, codificação e encriptação de dados	10
2.2. A interceptação de comunicações.....	14
2.3. Do cibercrime.....	15
3. O Princípio da Não Auto-Inculpação	16
3.1. Dos postulados essenciais do Princípio da Não Auto-Inculpação	16
3.2. Da natureza constitucional do Princípio da Não Auto-Inculpação.....	18
3.3. Da inexistência de um dever geral de colaboração do arguido	21
4. Limites da actuação das autoridades judiciárias.....	26
4.1. A ausência de previsão legal específica para a descodificação de dados	26
4.2. Injuções legais à colaboração do arguido – uma solução a importar?	30
5. Considerações finais - Súmula das soluções identificadas e análise crítica.....	36
Bibliografia	41

1. Considerações introdutórias

1.1. Enunciado da questão controvertida

A investigação que ora se apresenta procura aferir se, em sede de Direito Processual Penal, o arguido se encontra adstrito a colaborar com as autoridades judiciárias, no sentido de, a solicitação destas, facultar quaisquer palavras-chave, códigos de descriptação ou quaisquer outros elementos que permitam o acesso a dados protegidos que se encontrem armazenados em plataformas digitais. Tipicamente, a problemática suscita-se relativamente a computadores objecto de apreensão judicial, devidamente ordenada, ou validada, por autoridade judiciária¹.

Como se infere com facilidade, a questão *sub judice* apresenta uma matriz dual, prática e teórica – sendo que ambas as componentes se encontram profundamente interligadas – afigurando-se absolutamente compreendida no âmbito de uma indagação prévia geral a que cumpre dar resposta: será que sobre o arguido impende, *in totum*, um dever de colaboração com as autoridades judiciárias no âmbito da investigação criminal que a estas compete? Poderá sustentar-se que a existência de um tal dever é, a toda a linha, compatível com o princípio constitucional da não auto-incriminação? Esta será, sem dúvida, a interrogação subjacente que norteará o presente excursus.

Resulta deste modo patente que qualquer das posições sufragadas emerge do confronto entre o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* e os interesses, eminentemente de natureza pública, associados à investigação criminal. Todavia, ainda que se conclua pela inexistência de um princípio geral de colaboração do arguido no quadro da investigação criminal (designadamente por incompatível com os princípios fundamentais sobre os quais se alicerça o Direito Penal – substantivo e adjectivo – português), cumpre determinar se, pontualmente (*i.e.*, em casos excepcionais), o Código Penal e o Código de Processo Penal estabelecem, ou não, a prevalência dos interesses prosseguidos pelas autoridades judiciárias sobre as garantias constitucionais asseguradas ao arguido (com especial relevo no que respeita à prerrogativa de não auto-incriminação). Em caso afirmativo, afigurar-se-á necessário apurar se no que tange às palavras-passe, códigos de descriptação e realidades afins é, ou não, aplicável um regime de natureza excepcional.

¹ Na acepção prevista no artigo 1.º, alínea b), do Código de Processo Penal – *i.e.*, o juiz, o juiz de instrução e o Ministério Público, cada um relativamente aos actos processuais que cabem na sua competência.

Por outro lado, importa enfatizar que as questões em torno das plataformas digitais de armazenamento de dados suscitam problemas e dificuldades específicos, o que obsta, ou pode obstar, à recondução da problemática sob análise a casos manifestamente análogos. Com efeito, poderia num primeiro momento argumentar-se que o tema da presente investigação em nada difere de outros casos que colocam em crise o princípio da não auto-incriminação, tais como, nomeadamente: (i) a apresentação de documentos pelo arguido; (ii) a concessão de acesso pelo arguido a espaços vedados que se encontrem na sua disponibilidade; (iii) a sujeição a revistas e exames de natureza pericial (em especial, análise de ar expirado, recolha de sangue e obtenção de outros dados biológicos).

Sucedem, porém, que as plataformas digitais de armazenamento de dados apresentam peculiaridades que as elevam, salvo melhor opinião, ao estatuto de questão autonomizável. Desde logo, os novos meios informáticos – em permanente desenvolvimento – têm vindo a concorrer para a sofisticação de múltiplas condutas criminosas. De facto, não só a informática tem sido instrumentalizada na prática de uma pluralidade assinalável de ilícitos criminais, como alguns desses ilícitos estão inelutavelmente ligados à mesma.

Não obstante, importará ainda referir que as aplicações informáticas, com diversos graus de complexidade, se impuseram no quotidiano do cidadão comum, enquanto ferramenta de trabalho e de lazer². Quer isto significar que, por vezes, ainda que não instrumentalizadas para a prossecução de finalidades contrárias ao ordenamento jurídico, aquelas aplicações encerram em si um conjunto de dados susceptíveis de concorrer para o desenvolvimento da investigação criminal.

Por outro lado, os meios tecnológicos que se encontram actualmente ao dispor do cidadão comum permitem, com relativa facilidade, a ocultação e protecção de dados, por intermédio da respectiva encriptação ou por via da limitação de acesso através de

² Também quanto a estas plataformas informáticas comuns se suscitam problemas de carácter jurídico. No que releva com a presente investigação, dir-se-á que o Facebook, rede social de indiscutível popularidade mundial, é fonte de inúmeras contendas laborais e, igualmente, penais. Deste modo, o acesso aos dados dos utilizadores de Facebook, e em especial a obrigação de facultar a respectiva password de acesso a solicitação das autoridades judiciárias, tem sido uma questão debatida. A esse propósito, ver, designadamente, CAREN MYERS MORRISON, «*Passwords, Profiles, and the Privilege Against Self-Incrimination: Facebook and the Fifth Amendment*», in *Arkansas Law Review*, Forthcoming; Georgia State University College of Law, Legal Studies Research Paper n.º 2012-05, cuja cópia electrónica pode ser obtida em <http://ssrn.com/abstract=2005989>. No entanto, também os telemóveis podem conter dados protegidos (por via de regra através de uma palavra-passe), podendo as questões sob apreciação colocarem-se nos mesmos termos. Relativamente ao princípio da não auto-incriminação e à revelação de *passwords* de telemóveis pelo arguido ver SUSAN W. BRENNER, «*The Fifth Amendment, Cell Phones and Search Incident: A Response to Password Protected?*», in *Iowa Law Review Bulletin*, Vol 96:78.

uma palavra-chave – esta última hipótese representa, aliás, a mais elementar e simples solução face a uma clara necessidade de salvaguarda da privacidade dos dados e comunicações pessoais.

Ora, não subsistem quaisquer dúvidas quanto a saber que as dificuldades das autoridades judiciais em aceder aos dados protegidos é proporcional ao grau de sofisticação do método de protecção ou ocultação empregue. Em alguns casos, dir-se-á mesmo que a não colaboração do arguido poderá inquinar decisivamente a investigação, porquanto a descriptação e a descoberta da palavra-passe podem consumir muito tempo ou até mesmo afigurarem-se diligências infrutíferas – *i.e.*, na prática pode suceder, como sucede frequentemente, que os dados não são efectivamente acessíveis sem que seja inserido o respectivo código de acesso (essa é, aliás, a finalidade subjacente à própria protecção e encriptação dos mesmos). Note-se que, de um ponto de vista puramente técnico, é possível determinar a destruição automática dos dados armazenados sempre que o programa informático detecte que foram realizadas tentativas frustradas de acesso (*v.g.*, digitação incorrecta da palavra-passe num determinado número de tentativas, acesso não autorizado por programas de descriptação, etc.). Como tal, estes dados, não raras vezes da maior relevância para a investigação, são, em muito casos, extremamente voláteis, pelo que a colaboração do arguido pode ser indispensável para que os mesmos sejam acedidos. Mas não será tal colaboração violadora do princípio da não auto-incriminação? Esta interrogação serve de centro de gravidade para o presente trabalho.

Os obstáculos de natureza prática *supra* evidenciados podem, eventualmente, constituir a fundação de um regime legal que assegure o curso da investigação criminal, ainda que comprometa de modo sensível garantias do arguido. Evidentemente, tal fundação deverá ainda ser composta pelos princípios prevalentes que permitam derrogar o princípio da não auto-inculpação.

Atento o exposto, o propósito do presente excuro, bem como o *iter* que nos propomos percorrer, consiste em determinar se existe, ou não, um regime normativo que se aplique especificamente à questão controvertida. Perante a sua inexistência, cumprirá aferir se os princípios vigentes em Processo Penal obstam, ou não, à aplicação de um regime distinto do regime regra. Por último, analisar-se-á a questão de saber se os elementos conexos com as plataformas digitais de armazenamento de dados merecem, e em que medida, um regime normativo excepcional que lhes seja aplicável.

Uma breve nota lateral para realçar que as matérias que nos propomos abordar têm sido amplamente discutidas por jurisprudência e doutrinas estrangeiras. Neste sentido, parte significativa das referências bibliográficas em que nos apoiamos tem fonte internacional. De modo a evitar a perda do real sentido das citações que reputámos pertinentes, optámos por efectua-las, na maioria dos casos, no idioma de origem, o qual corresponde de modo predominante ao inglês. Finalmente, o presente trabalho foi redigido de acordo com a grafia anterior à determinada pelo acordo ortográfico.

1.2. Identificação apriorística das soluções aplicáveis

Importa fazer notar que a questão sob análise tem enquadramento legal específico em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros – designadamente no inglês e no belga –, aos quais se fará referência em sede de análise comparativa.

Conforme melhor se verá, naqueles quadros normativos o legislador consagrou um regime excepcional, por intermédio do qual se prevê a emissão de ordens de descriptação por parte das competentes autoridades judiciais, ao abrigo das quais o arguido é compelido a facultar palavras-passe ou revelar códigos de descriptação. Como forma de motivar ao cumprimento daquelas ordens, estabeleceu-se que o respectivo incumprimento consubstancia a prática de uma conduta criminal.

Perante os desafios que nos são apresentados face às novas tecnologias de encriptação, a primeira questão que devemos colocar consiste em saber se deve o legislador acompanhar, *pari passu*, tais evoluções tecnológicas, atribuindo aos órgãos de polícia criminal um leque de poderes mais vasto, ao abrigo do princípio da investigação, ainda que por intermédio da actuação do juiz de instrução criminal³.

Não podemos deixar de mencionar, ainda que de forma sumária, que a elaboração de normas conducentes à obrigatoriedade de fornecer os dados de descriptação, a surgir, influi directamente com o princípio da não auto-inculpação.

Perante este panorama, e conforme melhor se verá, o legislador pode adoptar por uma de duas soluções: (i) abster-se de tratar especificamente esta matéria, aplicando-se deste modo os princípios e normas presentemente em vigor; (ii) legislar sobre a mesma, à imagem do que sucedeu noutros países, recorrendo para o efeito ao Direito Comparado.

³ Como sabemos, não raras vezes se impõe legalmente a intervenção, *a priori* ou *a posteriori* do juiz de instrução criminal, no âmbito das actividades de investigação prosseguidas pelos órgãos de polícia criminal e pelo Ministério Público.

Na eventualidade de o legislador optar por elaborar legislação conducente à validade de uma ordem de descriptação, importa reflectir sobre a forma e teor que a mesma deve assumir – está em causa assegurar o mínimo de lesão às garantias do arguido (embora deva debater-se se as garantias em causa são eminentemente processuais – caso em que podem ser derogadas – ou se decorrem da dignidade humana do próprio arguido – caso em que potenciais derrogações se acham muito limitadas).

As possibilidades legislativas são diversas. Por um lado, poderá promover-se a colaboração do arguido através da previsão de ordens de descriptação, acompanhadas, ou não, da respectiva norma sancionatória de conduta omissiva ou contrária à ordem emitida⁴.

Alternativamente, será possível optar por técnicas preventivas, ou profiláticas, vedando ou limitando o acesso a programas de encriptação. Acontece, porém, que o acesso a estes programas via Internet é virtualmente insusceptível de controlo, pelo que de um ponto de vista pragmático uma tal medida seria ineficaz. Por outro lado, nem toda a utilização de programas de encriptação visa a prossecução de fins ilícitos. Efectivamente, interesses legítimos de confidencialidade podem estar subjacentes à utilização de formas de protecção de dados⁵.

2. Da codificação de dados – uso comum e utilização criminosa

2.1. Protecção, codificação e encriptação de dados

O objecto da presente investigação carece de ser delimitado com precisão, razão pela qual se optou, no quadro da exposição, por clarificar o que deve entender-se por codificação de dados. Adicionalmente, de modo a que as fronteiras relativamente a questões potencialmente adjacentes se afigurem claras, tecemos breves considerações a respeito da intercepção de comunicações e do fenómeno (crescente) do cibercrime.

⁴Em rigor, sem que se estabeleça uma sanção pelo incumprimento dessa norma, estaríamos perante uma *lei minus quam perfectae*, de duvidosa utilidade. Contudo, a sanção penal associada ao incumprimento das ordens de descriptação poderá não surtir os efeitos pretendidos, sobretudo se a moldura penal do crime sob investigação for claramente superior e se os dados protegidos permitirem apurar facilmente a prática de actos criminais e os respectivos autores.

⁵É o caso de todos aqueles que trabalham ao abrigo de um dever de sigilo, como sucede com os advogados. Cf. a respeito destas matérias AARON M. CLEMENS, «*No Computer Exception to the Constitution: The Fifth Amendment Protects Against Compelled Production of an Encrypted Document or Private Key*», in *Journal of Law and Technology* 8, 2004

No que concerne à codificação de dados, cumpre salientar que a criação de métodos de codificação de dados tem sido acompanhada pelo o respectivo escrutínio por parte das autoridades judiciais, dos Governos e de instituições internacionais.

A permanente e célere evolução no âmbito da codificação e conversão de dados em verdadeiros algoritmos indecifráveis, bem como o acesso indevido a dados privilegiados, tem vindo a suscitar inúmeras questões, não só da perspectiva do direito criminal, mas também na óptica da segurança nacional e do segredo de estado. Alguns casos conexos com as matérias em apreço revestem-se, aliás, de significativa notoriedade mediática⁶.

Como forma de mitigar, na medida do possível, os efeitos potencialmente adversos decorrentes da utilização de programas avançados de encriptação, alguns países optaram por aprovar legislação que a restringe fortemente⁷.

Importa, no entanto, clarificar a realidade tecnológica sob qual assentam as indagações jurídicas supra expendidas. Neste sentido, afigura-se profícuo analisar o conceito de encriptação e protecção de dados, distinguindo os métodos avançados dos métodos comuns.

Desde logo, importa notar que a codificação de dados pode ter lugar por via da respectiva encriptação ou por limitação ao seu acesso.

A encriptação, enquanto método de codificação de dados, permite a transformação de dados de forma a que a sua leitura, na forma originária, fique limitada a quem possua os algoritmos (*i.e.* a chave de descriptação) necessários para que os mesmos sejam novamente legível. De um modo mais simplista, o programa de encriptação transforma dados inteligíveis em dados ininteligíveis, pelo que a inversão desta transformação carece de um conversor adequado (algoritmos ou chave de descriptação). Muitas vezes, a conversão de dados encriptados carece de um programa informático específico, compatível com aquele que codificou os dados⁸. O

⁶Tais como os casos relacionados com o acesso a dados particulares por parte de instituições governamentais, denunciados por Edward Snowden e Julliane Assange.

⁷Referimo-nos em particular ao caso da Índia e da China – cf. PETER SWIRE e KENESA AHMAD, «*Encryption and Globalization*», in *Columbia Science and Technology Law Review*, Vol. 23, 2012; Ohio State Public Law Working Paper n.º 157., cuja cópia se encontra disponível em <http://ssrn.com/abstract=1960602>, ou alternativamente, em <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1960602>

⁸ Como explicam PETER SWIRE e KENESA AHMAD, «[a] cryptosystem consists of three major elements: (1) an encryption mechanism, typically a mathematical algorithm for turning plaintext (the original message) into ciphertext (the message in encrypted form); (2) a decryption mechanism, typically an algorithm for turning ciphertext back into plaintext; and (3) a mechanism for generating and distributing keys. A cryptographic key functions similarly to a physical key or combination lock. A physical key is cut slightly differently to fit a particular lock, such as for a car. Similarly, a combination lock, similar to

objectivo fundamental é simples: caso sejam interceptados, ou de outra forma acedidos por um terceiro não autorizado, não será possível revelar o verdadeiro conteúdo dos dados encriptados.

Este tipo de programação é objecto de utilização legal e legítima por uma pluralidade de entidades. Na verdade, entidades governamentais que lidam com informação sensível e susceptível de se compreender no conceito de segredo de estado⁹ e instituições de cariz militar e outras entidades sujeitas a dever de sigilo recorrem frequentemente a formas de encriptação de dados. Por outro lado, no quadro da actividade negocial torna-se muitas vezes premente proteger informação da concorrência, pelo que a encriptação se afigura como uma ferramenta de indiscutível utilidade.

Todavia, no quadro do Direito Criminal, a encriptação de dados está muitas vezes relacionada com a pornografia infantil, porquanto os dados partilhados são assim protegidos por forma a que não sejam detectados pelas autoridades policiais. Efectivamente, de acordo com BERT-JAAP KOOPS, as redes de pornografia infantil têm demonstrado uma aptidão especial pela adopção de formas de ocultação e protecção de dados¹⁰. Por outro lado, e num fenómeno relativamente mais recente, também o terrorismo internacional tem vindo a encontrar na encriptação de dados e comunicações uma essencial ferramenta no planeamento e execução de atentados. Em tese, porém, este instrumento pode concorrer para a ocultação de dados atinentes a outras práticas criminosas¹¹.

Na sua versão mais avançada, os programas de encriptação permitem ocultar a existência de um ficheiro encriptado. Trata-se de um desenvolvimento destinado a

those used for high school lockers, uses a sequence of numbers or symbols to open the lock». Cf. «*Encryption and...*», pág.441. De uma forma mais simples JOSHUA A. ENGEL define encriptação como o processo «(...) by which a person changes plain understandable information into unreadable letters and numbers using a mathematical algorithm», esclarecendo ainda que os dados encriptados apenas são susceptíveis de acesso através de uma «(...) password or encryption key». Cf. «*Rethinking the Application of the Fifth Amendment to Passwords and Encryption in the Age of Cloud Computing*» (January 1, 2012), in Whittier Law Review, Vol. 33, n.º. 3, 2012, pág. 103, cuja cópia electrónica pode ser obtida em <http://ssrn.com/abstract=2127768>.

⁹ Na acepção da Lei n.º 6/94, de 7 de Abril.

¹⁰ BERT-JAAP KOOPS, «*The Decryption Order and the Privilege Against Self-Incrimination – Do developments since 2000 suggest a need to force suspects to decrypt?*», TILT / WODC, October 2012, pág.3

¹¹ Podem estar em causa crimes de natureza patrimonial, sendo que existe jurisprudência norte americana a esse respeito – United States v. Fricosu – cf. JOSHUA A. ENGEL, «*Rethinking the application...*», pp. 101-102.

obstaculizar a investigação criminal, na medida em que existência de ficheiros encriptados num determinado disco de dados se torna «*plausivelmente negável*»¹².

Diferentemente, a protecção de dados por intermédio de uma palavra-passe (*password*) limita-se a vedar o acesso a dados, estabelecendo uma barreira apriorística. O recurso a palavras-passe como forma de protecção de dados vulgarizou-se, sendo as mesmas aplicadas numa panóplia vasta de programas e plataformas informáticas do quotidiano da generalidade das pessoas.

Deste modo, podemos afirmar que, pese embora a existência de programas avançados de encriptação não seja do conhecimento geral (e muito menos são os mesmos uma ferramenta do quotidiano), aplicações elementares de métodos de codificação e protecção de dados se disseminaram já pelo mundo tecnológico, tornando-se algo comum.

Com a generalização da utilização de meios de codificação elementares, tais como o PIN (*Personal Identification Number*) – inseridos por defeito em qualquer cartão de telemóvel – ou as *passwords* comumente utilizadas para bloquear o acesso a computadores, a utilização de métodos para impedir o acesso a informação pessoal já se tornou prática habitual. O advento do *homebaking*, pela natureza dos interesses tutelados, influenciou na sensibilidade dos respectivos utilizadores quanto à necessidade de proteger devidamente os seus dados. Assim, também o recurso a cartões matriz ou a palavras passe mutáveis se vulgarizou.

Dir-se-á mesmo, em suma, que a aplicação actualista do padrão do «homem médio» ou do *bonnus pater familiae* determina como elementar e adequada a utilização destes meios de codificação. O que equivale a dizer que a utilização destas formas de protecção de dados não é, em si, indício de uma actividade criminal.

Pelo exposto, afigura-se evidente que a protecção de informação através de meios menos sofisticados, tais como uma mera *password* ou um PIN (na maior parte dos casos disponibilizados e exigidos no próprio *software*, podendo ser considerados como um *standard*) não nos permite extrair qualquer conclusão quanto à idoneidade ou culpabilidade de determinada pessoa no decurso de uma investigação criminal. Melhor explicitando, não são seguramente estes os métodos propícios para a protecção de dados associados à prática de crimes, nem tão pouco permitem fundar suspeitas quanto a uma tentativa deliberada de ocultar ou vedar determinados dados.

¹² BERT-JAAP KOOPS, «*The Decryption...*», pág.3

De todo o modo, a questão jurídica que se pretende suscitar na presente investigação é igualmente válida no que concerne a meios de encriptação de dados ou formas mais simples de protecção.

2.2. A interceptação de comunicações

A concepção moderna da sociedade é indissociável da utilização de ferramentas electrónicas (ou analógicas) como meio de comunicação. De facto, o paradigma da comunicação foi substancialmente alterado pela introdução de métodos de comunicação alternativos, tais como o telemóvel (na vertente de telefone, de mensagem escrita e, posteriormente, de acesso às redes sociais), o e-mail e outros programas informáticos (v.g., *Skype*).

Todavia, a problemática em torno das comunicações, embora revelando uma vez mais a permanente tensão entre privacidade (e, em certa medida, o princípio do *nemo tenetur*), subsume-se na questão da interceptação de comunicações.

Efectivamente, a tentativa de mascarar operações criminosas através de subterfúgios que não permitam o acesso a comunicações não é um problema recente. A título exemplificativo podemos referir a estratégia de manter conversas em locais públicos de forma a dificultar a sua interceptação por parte dos órgãos de polícia criminal, através do aproveitamento do ruído.

O binómio privacidade e criminalidade sempre coexistiram, sendo que os órgãos de polícia criminal têm vindo a alterar os seus meios de investigação consoante a evolução técnica posta ao dispor dos elementos criminosos – ou, melhor dizendo, do aproveitamento criminoso da evolução técnica colocada ao dispor do comum cidadão.

Em rigor, a necessidade de ocultar comunicações é mais premente no que respeita a determinados crimes, em particular quando planeados e executados de forma organizada.

No entanto, confrontado com a questão da necessidade de obtenção de prova mediante ingerência nas comunicações mantidas entre suspeitos, o legislador delineou um regime legal específico, o qual tem sido objecto de sucessivas alterações. Referimo-nos ao disposto no artigo 187.º e seguintes do Código de Processo Penal.

Acontece, porém, que a interceptação de comunicações em nada depende de uma actuação específica do arguido (ou suspeito), na medida em que os mesmos desconhecem que as suas comunicações estão a ser interceptadas. Por seu turno, a

problemática em torno da revelação de dados encriptados, codificados ou, de outra forma, protegidos caracteriza-se precisamente pela actuação reveladora que se exige do arguido, em seu prejuízo. Este traço distintivo enfatiza a relevância do *nemo tenetur* no quadro das considerações que vimos expendido. Ainda assim, pode desde logo antecipar-se a seguinte questão: a revelação de uma palavra-passe é, em si, um acto atentatório contra o princípio da não auto-incriminação? É a *password* em si um elemento incriminador?

De todo o modo, conclui-se que o regime legal conexo com a interceptação de comunicações (ainda que mantidas em plataformas assentes na troca de dados) não pode ser chamado a responder às questões controvertidas na presente tese.

2.3. Do cibercrime

Ainda com o propósito de delinear com exactidão o quadro normativo e factual relevantes para a presente investigação, importa salientar que a temática sob apreciação não corresponde ao estudo do cibercrime. Pode suceder, em diversos casos, que a encriptação de dados se revele como um instrumento tendente à prática de cibercrimes. Neste sentido, poderá afirmar-se que, em tais casos, o cibercrime estará a jusante da encriptação de dados.

O desenvolvimento da Internet, paulatinamente verificado desde os finais do século XX, tem sido acompanhado pela prática de condutas lesivas que, pela sua gravidade e pela forma específica de execução, têm vindo a ser criminalizadas.

Como explica DAVID S. WALL, podemos subsumir a evolução da actividade criminosa *online* em três fases distintas. Deste modo, a primeira geração de cibercrimes caracteriza-se pela utilização de computadores na sua execução. Por seu turno, a segunda geração fica marcada pelo aproveitamento da rede para a prática de crimes diversos. Por último, a terceira geração de cibercrimes corresponde aos cibercrimes *stricto sensu*¹³.

Clarificando o exposto, dir-se-á que no âmbito da primeira geração de cibercrimes o computador desempenhava um mero papel instrumental ou potenciador

¹³ DAVID S. WALL, *Cybercrime, the transformation of crime in the information age*, Polity, 2012 (pag. 44 a 48)

do resultado da actividade criminosa. Como tal, os crimes poderiam ser praticados ainda que sem o auxílio de computadores.

No que concerne à segunda geração de cibercrimes, referimo-nos a crimes “híbridos”, tal como descritos por DAVID S. WALL, ou seja, crimes tradicionais (no âmbito da primeira geração), mas que a tecnologia e a globalização exponenciaram – v.g., roubo de identidade.

Por fim, a terceira geração de cibercrimes respeita a crimes cuja natureza é verdadeiramente tecnológica. Tais crimes caracterizam-se pela sua natureza automatizada e distribuição global. Trata-se de crimes que não existiriam caso a Internet não assistisse – v.g., o *spam*.

O nosso trabalho, porém, versa sobre factos e condutas que, em si, não consubstanciam, geralmente, a prática de um crime. A codificação, protecção ou encriptação de dados pode, assim, destinar-se à ocultação de actividades ilegais ou pode visar esconder dados que evidenciem a prática de um crime ou sobre os quais se possa alicerçar uma investigação criminal, embora não seja essa a sua função primordial, ou pelo menos, aquela para a qual foi elaborada.

3. O Princípio da Não Auto-Inculpação

3.1. Dos postulados essenciais do Princípio da Não Auto-Inculpação

O direito à não auto-inculpação (ou à não auto-incriminação) apresenta-se como elemento axial da presente exposição. Em rigor, e por aplicação de uma fórmula sintética, poderá dizer-se que, por força deste direito, o arguido não pode ser forçado a produzir prova que lhe seja desfavorável. Conforme recentemente pugnado pelo Tribunal da Relação de Coimbra, «[o] *privilégio contra a auto-incriminação significa que o arguido não pode ser obrigado, nem deve ser condicionado a contribuir para a sua própria incriminação, isto é, tem o direito a não ceder ou fornecer informações ou elementos (v.g., documentais) que o desfavoreçam, ou a não prestar declarações, sem que do silêncio possam resultar quaisquer consequências negativas ou ilações desfavoráveis no plano da valoração probatória*»¹⁴.

¹⁴ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23 de Outubro de 2013, proferido no âmbito do processo 144/12.6JALRA.C1.

Não podemos deixar de mencionar que, no entendimento de PAULO DE SOUSA MENDES, este princípio é “*um dos pilares do processo penal português*”¹⁵. Trata-se de um princípio tipicamente associado a processos penais de estrutura acusatória.

Na terminologia do Tribunal Constitucional, «[o] *direito à não auto-incriminação pode ser entendido como uma dimensão negativa da liberdade de declaração, que assume preponderante relevo enquanto privilégio integrante do estatuto do arguido, no âmbito de processo criminal*»¹⁶. Detalhando a sua caracterização, prossegue o aresto sustentando que «[o] *princípio do “nemo tenetur se ipsum accusare” abrange, no seu conteúdo potencial máximo, como corolários, o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de prova, nomeadamente documentos*»¹⁷.

Na realidade, estamos em presença de um princípio acolhido pela grande maioria dos Estados de Direito modernos¹⁸. Trata-se efectivamente de um princípio notavelmente consensual. A título exemplificativo, dir-se-á que a 5.ª Emenda à «*Bill of Rights*» (Lei Fundamental dos Estados Unidos da América) prevê expressamente que «*no person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*»¹⁹.

Por seu turno, a Constituição espanhola, no artigo 24.º, n.º 2, dispõe que «*(...) todos tienen derecho (...) a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia*».

Finalmente, o Código de Processo Penal alemão determina que «*[a]ny witness may refuse to answer any questions the reply to which would subject him, or one of the relatives specified in Section 52 subsection (1), to the risk of being prosecuted for a criminal offence or a regulatory offence*»²⁰.

Analisando as definições legais e jurisprudenciais supra referidas, podemos extrair do princípio do *nemo tenetur* diversos postulados fundamentais. Por um lado, o

¹⁵ PAULO DE SOUSA MENDES, «*As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*», in Revista de Concorrência e Regulação, Ano I, n.º1, 2010, pp. 121-144 *apud* ANA PASCOAL CURADO, «*As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira : natureza jurídica e aplicação do princípio nemo tenetur*», in Revista de Concorrência e Regulação, Ano III, n.º 9, 2012 pág. 262

¹⁶ Cf. Ac. TC n.º 461/2011, de 11 de Outubro de 2011, proferido no âmbito do processo n.º 366/11.

¹⁷ *Idem*

¹⁸ Cf. Ac. TC. n.º 340/2013, de 17 de Junho de 2013, proferido no âmbito do processo n.º 817/12.

¹⁹ Numa tradução livre, aquela oração corresponderá a «nenhuma pessoa será instada a testemunhar contra si mesma».

²⁰ Cf. section 55, § 1.º

(tradução disponível em http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#p0222).

suspeito que for constituído arguido – e que por isso goze de um estatuto especial perante a lei – goza da prerrogativa de se recusar a responder a qualquer questão que lhe seja colocada, sempre que a resposta possa influir negativamente, na sua perspectiva, no curso da investigação. Complementarmente, perante a recusa do arguido em prestar declarações sobre todos ou qualquer ponto em concreto, não podem as autoridades judiciais coagi-lo, física ou moralmente, a responder ao que lhe for perguntado. O direito ao silêncio afigura-se, deste modo, como o centro de gravidade ou como a expressão máxima do *nemo tenetur*. Todavia, como bem se enfatizou no acórdão do Tribunal Constitucional oportunamente citado, a tutela do arguido compreende ainda a faculdade de recusar prestar qualquer meio de prova que lhe seja prejudicial – é, pois, uma verdadeira afirmação da prevalência do princípio da investigação sobre um pretense princípio de colaboração.

Podemos ainda identificar dois vectores respeitantes ao princípio do *nemo tenetur* que cumpre enumerar: i) o direito ao silêncio e, ii) o privilégio contra a não auto-incriminação²¹. No que respeita ao primeiro recorreremos às palavras de PAULO DÁ MESQUITA, para evidenciar a sua relevância, porquanto o autor considera que se trata da “*primeira e imediata expressão da liberdade (...)*”²².

3.2. Da natureza constitucional do Princípio da Não Auto-Inculpação

À luz do *supra* exposto, importa perscrutar a base legal do princípio da não auto-inculpação ou, caso inexista normativo que o preveja expressamente, identificar os princípios fundamentais dos quais emerge. Ora, desde logo se constata que não existe norma positiva no ordenamento jurídico português na qual se encontre vertido, directa e expressamente, o princípio da não auto-inculpação. Sem prejuízo, a doutrina e a jurisprudência não questionam a sua vigência no âmbito do ordenamento jurídico português, aplicando-o reiteradamente²³.

Como ponto de partida, salienta-se que tem sido comumente entendido que aquele princípio se encontra vertido no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos

²¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / MANUEL COSTA ANDRADE, «*Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas*» (Parecer) in *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova* (CMVM), Almedina, 2009, Almedina, 2009, pág.39.

²² PAULO DÁ MESQUITA, *A Prova do crime e o que se disse antes do julgamento – estudo sobre a prova no processo penal português à luz do sistema norte-americano*, Coimbra Editora, 2011, pág. 555

²³ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / MANUEL COSTA ANDRADE, «*Poderes de Supervisão ...*», Almedina, 2009, pág. 39.

Homem²⁴, bem como no artigo 14.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16 de Dezembro de 1966²⁵. Por conseguinte, por força do disposto no artigo 8.º, n.º 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa, pode sustentar-se que ambos os preceitos vigoram directamente na ordem jurídica interna.

Não obstante, é possível encontrar nas normas da Constituição da República Portuguesa o fundamento do princípio da não auto-inculpação. A esse propósito debatem-se, fundamentalmente, duas correntes distintas, apresentando a primeira uma matriz substantiva e a segunda um cariz eminentemente processualista.

Para os defensores da matriz substantiva, o princípio da não auto-inculpação afigura-se como um corolário da dignidade da pessoa humana, constituindo nessa qualidade um reflexo da integridade pessoal e do desenvolvimento da personalidade. Neste sentido, o *nemo tenetur se ipsum accusare* seria uma decorrência dos artigos 1.º, 25.º e 26.º, todos da Constituição da República Portuguesa.

Por outro lado, para quem sufraga a tese da garantia meramente processual, aquele princípio é uma inerência da condição de arguido, assentando nos princípios do processo equitativo e de presunção da inocência, respectivamente plasmadas nos artigos 20.º, n.º 4, e 32.º, n.º 2 e 8, ambos da Constituição da República Portuguesa.

No entender de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL COSTA ANDRADE, o direito à não auto-incriminação fundamenta-se imediatamente nas garantias processuais que a lei confere ao arguido, sendo que, mediamente, visa acautelar os direitos fundamentais *supra* referidos²⁶.

De facto, pese embora a relevância do *nemo tenetur* no nosso ordenamento jurídico, as autoridades judiciais prosseguem a sua actividade de investigação podendo utilizar técnicas de interrogatório, por vezes, mais agressivas. Todavia, tem vindo a entender-se que a conformidade de tais técnicas com o princípio sob análise é

²⁴ Afigurando-se assim como um corolário próprio do direito a um julgamento justo – princípio do *fair trial*. Como explica JOANA COSTA, «[n]o âmbito do princípio *nemo tenetur*, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (...) tem no seu epicentro a ideia segundo a qual o “direito ao processo equitativo” assegurado pelo art. 6.º, n.º1, da Convenção é integrado, expressa ou implicitamente, por um conjunto de diferentes elementos, entre os quais o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação» - in «O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *Revista do Ministério Público*, 128, Outubro / Dezembro 2011, pág. 117.

²⁵ Nos termos do artigo 14.º, n.º 3, alínea g), daquele Pacto, «Durante o processo, toda a pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) g) A não ser obrigada a prestar declarações contra si própria nem a confessar-se culpada». Importa salientar que Portugal ratificou esta convenção internacional, tendo a mesma entrado em vigor a 15 de Setembro de 1978 (cf. Lei n.º 29/72, de 12 de Junho e Aviso n.º 187/78, de 16 de Agosto).

²⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / MANUEL COSTA ANDRADE, «Poderes de Supervisão ...», Almedina, 2009, pág.41.

assegurada pela existência de contrapesos legais (*checks-and-balances*), tais como, por exemplo, obrigatoriedade da presença do advogado a cada interrogatório do arguido conduzido por autoridade judiciária.^{27/28}

No caso vertente, facultar às autoridades judiciárias os códigos de acesso a dados armazenados em plataformas digitais poderá contribuir para a acusação do arguido. De facto, se os dados armazenados contribuírem para que seja deduzida acusação contra o arguido, forçoso será concluir que indicação daquele código é, *per se*, uma forma de auto-inculpação.

Importa compreender que o direito em apreço resulta, fundamentalmente, da estrutura processual penal vigente no ordenamento jurídico nacional. Por força do disposto no artigo 32.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa, o sistema penal português apresenta uma estrutura acusatória²⁹, ainda que, como sufraga GERMANO MARQUES DA SILVA, não possa considerar-se uma «*estrutura acusatória pura*», na medida em que a fase de inquérito, dominada pelo Ministério Público, apresenta uma natureza vincadamente inquisitória³⁰.

Nos termos do artigo 61.º, alínea d), do Código de Processo Penal, se afigura como o expressão máxima desse *nemo tenetur se ipsum accusare*³¹.

Importa ainda proceder à delimitação do conteúdo do princípio *nemo tenetur*, uma vez que, como já evidenciámos, o mesmo comporta dois vectores. Tal distinção é de extrema importância porquanto não raras vezes os dois conceitos se encontram enlaçados, sendo difícil a distinção entre os mesmos³².

Quanto à extensão do direito ao silêncio, são sustentadas pela doutrina duas alternativas. À luz da primeira, entende-se que aquele direito incide apenas sobre as

²⁷ Cf. BERT-JAAP KOOPS, «*The Decryption...*»

²⁸ Cf. artigo 64.º, n.º 1, alínea a) e b), do Código de Processo Penal.

²⁹ Dispõe o artigo 32.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa: «*O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório*».

³⁰ Cf. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal I – Noções Gerais, Elementos do Processo Penal*, 6.ª Edição, Verbo, 2010, pág. 77.

³¹ Neste sentido, cf. nomeadamente o Ac. do Tribunal da Relação de Évora, de 09.10.2012, proferido no âmbito do processo n.º 199/11.0 GDFAR.E1.

³² Cf. LARA SOFIA PINTO «*Privilegio contra a Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido. Case study: revelação coactiva da password para descriptação de dados*», in *Prova criminal e direito de defesa - estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Almedina, 2ª Reimpressão, 2013, pág. 108

declarações do arguido *stricto sensu*, bem como sobre os factos que lhe são imputados³³.

De acordo com a segunda alternativa, o direito ao silêncio compreende todas as declarações do arguido, sejam elas efectuadas por meio de documentos, ou quaisquer outros meios que prova, sendo que o arguido tem o direito a não ser compelido a fornecer qualquer elemento de prova que ateste a sua culpabilidade³⁴, ou que indicie ter praticado qualquer conduta ilícita.

3.3. Da inexistência de um dever geral de colaboração do arguido

Questão transversal à presente investigação prende-se com a existência, ou inexistência, de um dever de colaboração do arguido para com as autoridades judiciais durante o curso da investigação – *i.e.*, na fase de inquérito, na eventual instrução que se lhe siga e na audiência de julgamento. Perscrutando o normativo que compõe o Direito Penal substantivo e adjectivo, não encontramos qualquer comando legal que imponha ao arguido tal dever de colaboração geral. Rigorosamente, afigura-se evidente que um tal dever sempre contenderia com o princípio do *nemo tenetur*.

De facto, não parece possível, de um ponto de vista da lógica formal, sustentar a prevalência do princípio da não auto-inculpação e, concomitantemente, considerar o arguido vinculado a um dever de colaboração com a investigação, agravado pela circunstância de um tal dever ser acompanhado de sanção penal pelo respectivo incumprimento. Trata-se, aliás, de um entendimento que goza de apoio doutrinal, designadamente por parte de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE³⁵, bem como jurisprudencial³⁶.

A jurisprudência nacional teve já oportunidade de se pronunciar relativamente a situações análogas às que ora se discutem, no âmbito das quais se exigiu ao arguido a prática de determinados actos com vista ao apuramento de factos relevantes no quadro

³³ Neste sentido, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, «*Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processos de contra-ordenação*» in *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova* (CMVM) Almedina, Coimbra, 2009, pág. 95

³⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / MANUEL COSTA ANDRADE, «*Poderes de Supervisão ...*», pág.43

³⁵ Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, pp. 49 e 187

³⁶ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05 de Fevereiro de 1998, no qual se entendeu que o arguido não tem o dever de colaborar com a justiça, ainda que do mesmo possa concluir-se inexistir arrependimento (Colectânea de Jurisprudência, 1998, Tomo 1, pág.190)

da investigação criminal. E, maioritariamente, as decisões proferidas apontam claramente no sentido da inexistência de um dever de colaboração do arguido.

Aliás, cumpre mencionar que “*em Portugal, a consagração dos deveres de abstenção do Estado de métodos que limitem a auto-determinação do arguido é acompanhada do inequívoco sancionamento da sua violação como proibição de prova.*”³⁷.

No processo n.º 0816480, apreciado pelo Tribunal da Relação do Porto, foi discutida a questão de saber se poderia um arguido ser coagido, durante um inquérito motivado pela alegada prática de um crime de falsificação, a assinar determinado documento pelo seu próprio punho, por forma a viabilizar uma posterior perícia de letra³⁸. Complementarmente, suscitou-se a questão de saber se a recusa do arguido seria válida ou se, alternativamente, deveria qualificar-se como prática de um crime de desobediência, previsto e punido pelo artigo 348.º do Código Penal^{39/40}.

O ponto de partida do segmento dispositivo da decisão é particularmente elucidativo, porquanto se socorre das palavras de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, a respeito da posição processual – *i.e.*, direitos e deveres – associada à qualidade de arguido. Deste modo, enfatiza-se que «[o] estatuto de arguido, pressupõe que se está na presença (...) de um sujeito processual armado com o seu direito de defesa, cuja utilização como meio de prova está “sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade”, o que igualmente pressupõe que seja dotado “de uma vontade livremente formada e esclarecida, expressão da própria personalidade”»⁴¹.

³⁷ Cf. PAULO DÁ MESQUITA, *A prova do crime ...*, pág. 558

³⁸ Em termos similares, mas subordinada a considerações diversas, a questão havia já sido abordada no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 .01.1990, proferido no âmbito do processo n.º 0004755, cujo sumário se encontra disponível em www.dgsi.pt

³⁹ Dispõe o artigo 348.º, n.º 1, do Código Penal:

Quem faltar à obediência devida a ordem ou mandado legítimos, regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias se :

- a) *Uma disposição legal cominar, no caso, a punição da desobediência simples; ou*
- b) *Na ausência de disposição legal, a autoridade ou o funcionário fizerem a correspondente cominação.*

⁴⁰ Sobre o crime de desobediência e os respectivos elementos objectivos e subjectivos, cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23.05.2012, proferido no âmbito do processo n.º 569/10.1TATNV.C1

⁴¹ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «*Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal*», in *Jornadas de Direito Processual Penal, o Novo Código de Processo Penal*, CEJ, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 27 e 28. Mais acrescenta o autor que «(...) só no exercício de uma plena liberdade da vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constitui objecto do processo»; cf. ainda, por referência do Acórdão aludido, SUSANA AIRES DE SOUSA, *Agent provocateur e meios enganosos de prova. Algumas reflexões*, in *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*, org. por Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Maria João Antunes,

Adicionalmente, na medida em que o cerne da questão controvertida consistia na validade, ou legitimidade (para efeitos do artigo 348.º do Código Penal), dos meios de obtenção de prova pretendidos pelo Ministério Público, enquadrou-se a problemática à luz do princípio da não auto-incriminação. Como tal, no segmento relevante para o que ora se discute, afirmou o colectivo de juizes que «[a] *delicadeza da situação sobressai quando, associando a ideia de que o arguido goza do privilégio de não contribuir para a sua incriminação (nemo tenetur se ipsum accusare), se pode defender que, na falta de disposição legal que regule especificamente a imposição de recolha de autógrafos, a resposta a dar será a de o arguido não ter qualquer obrigação de colaborar na investigação do crime (...) tal como não pode ser censurada a sua oposição (...)*».

Sem prejuízo do exposto, facto é que outro aspecto fundamental concorreu para o sentido da decisão proferida pelo Tribunal, o qual consistia no tipo de conduta que o Ministério Público exigia do arguido. Resulta, pois, patente a necessidade de distinguir a colaboração passiva do arguido de qualquer conduta activa que lhe seja solicitada.

Nos termos do artigo 61.º, n.º 3, alínea d), do Código de Processo Penal, o arguido deve «(...) *sujeitar-se às diligências de prova (...) especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente*»⁴². Todavia, o termo empregue («sujeitar-se») revela uma conduta passiva do arguido. Ao abrigo deste preceito é possível submeter o arguido a determinadas diligências de prova, tais como a pesquisa de álcool no ar expirado, a colheita de sangue⁴³, a colheita de urina, exames⁴⁴ diversos ou ainda ser destinatário de uma perícia⁴⁵.

E que dizer face ao caso concreto sob apreciação? Sem prejuízo da análise que se conduzirá *infra*, adianta-se que regime legal vigente permite constatar que não existe norma legal que preveja a revelação de dados encriptados como uma obrigação jurídica

Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1213, citando JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «La Protection des Droits de L'Home dans la Procedure Penale Portugaise», BMJ 291 (1979), pág. 178.

⁴² Afigura-se premente referir o entendimento do Tribunal Constitucional quando, referindo-se ao artigo sob análise (bem como ao artigo 172.º, n.º 1, do Código de Processo Penal), refere que «(...) *a tentativa de extrair daqueles preceitos do Código de Processo Penal a norma de habilitação para a realização dos exames que agora estão em causa assenta no vício lógico de dar por demonstrado o que se pretende demonstrar*». Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007. No mesmo sentido se pronunciou igualmente o Juiz Desembargador Dr. CRUZ BUCHO – cf. «*Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência v. Direito à não auto-incriminação (notas de estudo)*», disponível para consulta integral em www.trg.pt/ficheiros/estudos/sobre_a_recolha_de_autografos_do_arguido.pdf

⁴³ Cf. Artigo 152.º e 153.º do Código da Estrada, na redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 72/2013, de 3 de Setembro

⁴⁴ Cf. Artigo 171.º e seguintes do Código de Processo Penal.

⁴⁵ Realizada ao abrigo do artigo 151.º e seguintes do Código de Processo Penal

que impenda sobre o arguido. Por outras palavras, esta diligência probatória não se encontra especificada na lei.

Adicionalmente, e como consequência inelutável, não encontramos qualquer norma sancionatória aplicável à conduta omissiva do arguido, consubstanciada na recusa em fornecer a *password* ou código de descriptação dos dados. A similitude com a situação factual compulsada no acórdão examinado é facilmente apreensível, pelo que consideramos inaplicável o disposto no artigo 348.º do Código Penal.

Todavia, na decisão que temos vindo a citar, o Tribunal enfatiza um outro ponto merecedor de reflexão, porquanto considera que a prova visada pelo Ministério Público seria susceptível de obtenção por intermédio de outros meios⁴⁶. Parece assim entreaberta a questão de saber se as ordens dadas pelas autoridades judiciárias ao arguido podem ser tidas por legítimas (ainda que desprovidas de base legal), sempre que a prova pretendida não possa ser obtida de outro modo. Simplificando, pode suscitar-se a dúvida em torno de eventuais limites ao princípio da não auto-incriminação, quando apenas uma conduta (activa ou passiva) do arguido se afigura como meio apto à produção de prova quanto a determinado facto. Admitir esta premissa com validade geral seria, em nosso entender, pugnar pela prevalência dos fins sobre os meios, à qual não aderimos⁴⁷.

Sucedem, porém, que o ordenamento jurídico consagra determinados casos em que a ponderação dos interesses em causa gera o decaimento do princípio do *nemo tenetur* face a outros princípios, quais sejam o do interesse público no quadro da investigação criminal. São exemplo disso mesmo os seguintes casos, entre outros:

- i) a obrigação do arguido responder com verdade às perguntas sobre a sua identidade (artigo 61.º, n.º3, al. b) do CPP);
- ii) a obrigatoriedade de realizar determinados exames, por exemplo de alcoolemia ou de substâncias psicotrópicas, (cf. artigos 152.º e 153.º do Código da Estrada);

⁴⁶ «(...) o Ministério Público sempre poderia ter tentado obter documentos manuscritos pelo arguido, através da sua apreensão, se necessário com a realização de busca autorizada pela autoridade judiciária competente (tanto mais que o arguido, como advogado, por certo teria escritório), ordenando depois a competente realização da perícia à escrita». Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28.01.2009, proferido no âmbito do processo n.º 0816480.

⁴⁷ Nesta matéria, acompanhamos JORGE MIRANDA E RUI MEDEIROS, quando os autores afirmam, em comentário ao artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa, que «(...) a eficácia da Justiça é também um valor que deve ser perseguido, mas, porque numa sociedade livre os fins nunca justificam os meios, só é aceitável quando alcançada lealmente, pelo engenho e arte, nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem os sofre, mas não menos quem os usa (...)» - cf. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, pág.361

- iii) a obrigatoriedade de sujeição a exames no âmbito das perícias médico-legais quando ordenadas pela autoridade judiciária competente, prevista pela Lei n.º45/2004, de 29 de Agosto (artigo 6.º daquele diploma);
- iv) os deveres de cooperação perante a Autoridade Tributária e Aduaneira previstos na Lei Geral Tributária (artigo 59.º) assim como no Regime Complementar de Procedimento de Inspeção Tributária;
- v) os deveres de cooperação perante a Autoridade de Concorrência previstos pela Lei da Concorrência (artigos 17.º n.º1 alíneas a) e b) , 18.º e 43.º, n.º3 da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho); e ainda os deveres de cooperação perante a CMVM, previstos no CVM⁴⁸;

A este respeito devemos mencionar o entendimento de AUGUSTO SILVA DIAS ao afirmar que “[o] direito à não auto-inculpação foi concebido historicamente para o processo penal mas, como tantos outros direitos e garantias, rege actualmente em todo o Direito público sancionatório (...)”⁴⁹.

Ora, é por demais evidente que os princípios não são absolutos, sendo a respectiva hierarquização manifestamente impossível. Em rigor, o valor relativo dos princípios revela-se precisamente quando colidem entre si perante um acervo factual determinado. Assim, nos casos acima referidos entendeu-se que o princípio da não auto-incriminação deveria ceder perante outros princípio, razão pela qual aquelas normas legais não atentam contra o primeiro.

A este respeito devemos ainda mencionar a delimitação J.J. GOMES CANOTILHO quanto à restrição, afirmando ainda “*existe uma restrição legal de direitos fundamentais quando o âmbito de protecção de um direito fundado numa norma constitucional é directa ou indirectamente limitado através de lei*”⁵⁰. Ora a delimitação efectuada pelo Professor assenta na seguinte tipologia: i) restrições constitucionais imediatas – positivadas pelas próprias normas constitucionais; ii) restrições estabelecidas por lei –

⁴⁸ Elenco idêntico apresenta o Dr. Cruz Bucho – Cf. «Sobre a recolha de autógrafos...». No entendimento de ANA PASCOAL CURADO relativamente ao processo de averiguações preliminares da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários e à nova criminalidade que lhe está subjacente, “[o] combate a esta nova criminalidade tem constituído uma das preocupações dos Estados modernos e das autoridades reguladoras dos respectivos mercados, fomentando-se um envolvimento de várias entidades e a criação de novas formas de detectar os indícios desta que é uma criminalidade sofisticada, dotada de uma enorme complexidade e que conta com a colaboração de funcionários especializados (...)”. Cf. ANA PASCOAL CURADO, «As averiguações preliminares da CMVM...», pág. 240. Em nosso entender não podemos deixar de fazer um paralelismo entre a situação *supra* descrita e o caso sob análise.

⁴⁹ AUGUSTO SILVA DIAS, «O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do código dos valores mobiliários», in Revista de concorrência e regulação, Ano I, n.º1, 2010, pág. 244

⁵⁰ J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, pág. 1276

terão lugar quando estabelecidas por lei, quando as normas que consagram direitos, liberdades e garantias as admitam; iii) restrições não expressamente autorizadas pela Constituição – cuja admissibilidade é justificada através da necessidade de resolução de situações de conflito entre direitos fundamentais⁵¹.

A mera existência de tal tipologia denota a característica relativa dos direitos fundamentais, podendo ser considerado unânime o entendimento que não estamos perante direitos absolutos, e que, como tal, podem comportar limitações, estando “ (...) *pressuposta a figura da colisão ou do conflito de direitos.*”⁵².

Se por um lado aquelas soluções normativas, ainda que discutíveis, podem ser aceites enquanto derrogações legais ao princípio do *nemo tenetur*, por outro não pode admitir-se que a definição concreta de tais derrogações se encontre na discricionariedade das autoridades judiciárias – sobretudo no que concerne à aferição da legitimidade da ordem ou do mandado, para efeitos do artigo 348.º do Código Penal.

Em conclusão, no que a este ponto respeita, consideramos que o arguido apenas se encontra adstrito a colaborar com as autoridades judiciárias na exacta medida em que a lei preveja essa mesma colaboração. Em todo o caso, tal normativo sempre poderá ser sindicado no que tange à sua conformação com o princípio da não auto-incriminação.

4. Limites da actuação das autoridades judiciárias

4.1. A ausência de previsão legal específica para a descodificação de dados

A questão com que nos deparamos nesta fase da investigação reside em saber como agir perante a inexistência de legislação específica relativamente à matéria da descodificação de dados.

Perscrutando o ordenamento jurídico português, mais especificamente a legislação penal, facilmente nos apercebemos de que não há qualquer norma que determine a obrigatoriedade do arguido, a solicitação dos órgãos de polícia criminal, do Ministério Público ou do juiz, proceder à descodificação de dados ou fornecendo os elementos necessários para o efeito. Como tivemos oportunidade de referir, um dos desafios inerentes ao presente trabalho passa por procurar determinar se podemos

⁵¹ *Idem, idem*

⁵² Cf. CATARINA ANASTÁCIO, «O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infracção às regras de defesa da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*», in Revista de Concorrência e Regulação, Ano I, n.º 1, 2010, pág. 210

subsumir uma eventual ordem de descodificação de dados a um princípio geral de colaboração do arguido.

De facto, e uma vez que estamos perante uma matéria que não se encontra tratada no nosso ordenamento jurídico português, *prima facie*, a única possibilidade de compelir um arguido a entregar a sua palavra-passe seria ao abrigo de um dever de colaboração do arguido.

Não iremos alongar nesta fase as nossas considerações acerca da existência de um tal dever de colaboração, na medida em que essa análise se realizou *supra*. Por pertinente, reitera-se apenas a conclusão fundamental que então se alcançou: não vigora no ordenamento jurídico nacional um princípio geral de colaboração do arguido no quadro da investigação criminal. Assim, o que cumpre analisar neste momento é uma eventual aplicação atípica e pontual de um dever de colaboração do arguido que permita a sua aplicação aos casos como aquele que nos prende.

Primeiramente, importa referir que, ao contrário de diligências probatórias no âmbito das quais o arguido pode ser compelido a fornecer os seus dados biológicos (v.g recolha de sangue ou zaragatoas bucais), uma palavra-passe ou um algoritmo de descodificação afiguram-se como elementos que apenas podem ser obtidos através de uma declaração do arguido (escrita ou oral). Ou sejam, estamos assim perante uma conduta positiva do arguido, absolutamente distinta de uma sujeição a determinada diligência probatória. Esta mesma factualidade revela outro ponto decisivo, conexo com a coercividade que poderia, em tese, ser aplicada a uma suposta obrigação de revelação daqueles elementos. Em nosso entender, para além da aplicação de uma sanção penal (de natureza idêntica ao crime de desobediência), não nos parece possível coagir o arguido a proferir uma declaração, como aliás sucede no que respeita às declarações do arguido perante o juiz, que a lei reputa obrigatórias⁵³. Isto mesmo perpassa ao longo de todas as garantias fundamentais de que o mesmo beneficia ao longo do processo penal, sendo certo que a lei expressamente clarifica que o silêncio do arguido não pode ser tomado em linha de conta como um factor que o prejudica⁵⁴.

⁵³ Estão em causa declarações conexas com nome, filiação, freguesia e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, residência, local de trabalho. Nos termos do artigo 141.º, n.º 3, e 342.º, n.º 1 e 2, ambos do Código de Processo Penal.

⁵⁴ O Código de Processo Penal prevê expressamente, como se referiu já oportunamente, o direito do arguido se remeter ao silêncio, recusando-se responder a quaisquer perguntas que lhe sejam feitas por qualquer entidade - v.g., artigo 61.º, n.º 1, d), artigo 343.º, n.º 1, ambos do Código de Processo Penal. O último preceito referido determina que «o presidente informa o arguido de que tem direito a prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objecto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo».

Quanto à obrigação do arguido fornecer os dados biológicos, parece-nos claro que a jurisprudência já considerou como uma excepção ao princípio *nemo tenetur*, permitida – vide, nomeadamente, o entendimento vertido no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 24 de Agosto de 2007, proferido no âmbito do processo n.º 6553/2007-5.

Não podemos reconduzir a revelação de palavras-passe à obrigação de permitir a recolha de dados biológicos, porquanto a natureza intrínseca das mesmas não é análoga.

Em rigor, podemos considerar que a obrigatoriedade de divulgar palavras-passe ou códigos de descriptação equivale à obtenção de uma declaração do arguido. Há, pois, um momento de participação activa do arguido na sua própria incriminação, consubstanciado na revelação de um facto. Não se trata de uma conduta passiva, ou de sujeição, como sucede na recolha de elementos biológicos. É possível recolher tais elementos ainda que o arguido se recuse a prestá-los de livre e espontânea vontade. E da sua parte, nada mais é exigido. Já no que respeita às declarações (entre as quais incluímos a revelação de códigos de descriptação), a sua efectivação traduz-se num processo intelectual e numa manifestação consciente desse mesmo processo. Como tal, o elemento volitivo pesa determinantemente no quadro desta declaração, pelo que a vontade não pode achar-se coagida, viciada ou de outro modo condicionada por quem lidera a investigação criminal.

Aderir ao entendimento segundo o qual tal divulgação deve ser obrigatória, sob pena de operar qualquer tipo de responsabilidade penal, pode ser configurado como uma ingerência ilegal e, eventualmente, desproporcionada na formação daquela vontade do arguido. Reitera-se, por pertinente, que o arguido goza, nos termos da lei, do direito ao silêncio, o qual nada mais é do que um reflexo (o reflexo maior, dir-se-á) do princípio da não auto-incriminação.

Considerando o exposto, entendemos que a revelação dos elementos necessários à descodificação ou descriptação de dados corresponde a uma declaração do arguido, a qual, à luz do direito constituído, não pode ser obtida por meio de coacção. Não é, deste modo, uma questão conexa com a sujeição a diligências probatórias, nem tão pouco relacionada com a validade deste meio de obtenção de prova. Encontramo-nos, em suma, no âmbito do direito ao silêncio do arguido e da simétrica faculdade de prestar as declarações que repute adequadas aos seus interesses.

Resta-nos ponderar qual a possibilidade de compelir um arguido a entregar uma palavra-passe à luz de um dever geral de colaboração a impender sobre o mesmo.

Em abono da verdade, a legislação penal portuguesa comporta algumas derrogações ao princípio *nemo tenetur* já devidamente analisadas pela doutrina⁵⁵.

Em face de tudo o que já apresentámos quanto ao dever de colaboração do arguido, podemos afirmar que o mesmo não deve ser entendido de forma abstrata (ou geral). Importa considerar que este dever deve ter sempre como basilar a noção de que o arguido pode ser “utilizado” como meio de prova, embora tal prova se deva reger sempre pela concatenação dos princípios constitucionais prevalentes *in casu*.

Não podemos, face a tudo o que já argumentámos, concluir pela existência de um dever geral de colaboração do arguido, devendo qualquer derrogação ao princípio do *nemo tenetur* estar expressamente prevista em sede de legislação própria.

Tal como defendido por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE o arguido não tem um « (...) *dever de colaboração com o tribunal ou com o MP com vista “descoberta da verdade material e à boa decisão da causa” (nemo tenetur se ipsum accusare), dado o seu direito constitucional ao silêncio (art. 32.º/1 da CRP)*»⁵⁶.

Assim, não podemos aceitar que uma ordem de descodificação de dados surja ao abrigo de um pretense dever de colaboração geral do arguido. De facto, devemos encarar a colaboração do arguido como um desvio à regra, desvio esse apenas permitido através da existência de legislação específica que o preveja.

Tal como defendido por JORGE FIGUEIREDO DIAS e MANUEL DA COSTA ANDRADE qualquer derrogação ao *nemo tenetur* não pode deixar de observar dois pressupostos: i) ter previsão legal, e ii) ser proporcional e necessária⁵⁷.

Em nosso entender, não pode defender-se que o arguido seja obrigado a cooperar com as autoridades ao abrigo de um dever genérico de colaboração. Pese embora a importância da descoberta da verdade material, não pode o legislador permitir que a mesma opere como derrogação absoluta (*i.e.*, como uma abrogação) dos princípios constitucionalmente consagrados e desenvolvidos em sede processual penal.

Como tal, e uma vez que o caso *sub judice* não se encontra previsto na lei, não podemos considerar que a questão controvertida se encontra resolvida através da aplicação de um dever geral de colaboração do arguido, porquanto o mesmo não é aceite pelo ordenamento jurídico português.

⁵⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / MANUEL COSTA ANDRADE, «*Poderes de Supervisão ...*»; AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, «*O direito à não auto-inculpação: Nemo tenetur se ipsum accusare no processo penal e contra-ordenacional*», Coimbra Editora, Coimbra, 2009

⁵⁶ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal ...*, pp.48 e 183.

⁵⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / MANUEL COSTA ANDRADE, «*Poderes de Supervisão ...*», pág. 45, *apud* LARA SOFIA PINTO, «*Privilégio contra a Auto-Incriminação...*», pág. 111

Assim, não podemos conceder que impenda sob o arguido qualquer dever de colaboração com as autoridades judiciárias. De facto, e ainda que não exista legislação que preveja uma obrigação do arguido fornecer palavras-passe a órgãos de policia criminal, suprir esta omissão legislativa através da subversão do regime processual penal consagrado não pode configurar-se como admissível. Cumpre notar que o simples facto de determinada matéria não se achar prevista e regulada na lei não indicia, por si só, a existência de uma lacuna legal que careça de ser integrada, nos termos do disposto no artigo 10.º do Código Civil. Na expressão impressiva de OLIVEIRA ASCENSÃO, «[l]acuna não é tudo o que não está na lei»⁵⁸.

Por outro lado, e ainda a propósito dos limites à integração de lacunas (admitindo, por mera hipótese, que nos encontramos perante uma lacuna), importa considerar que o artigo 4.º do Código de Processo Penal determina a aplicação analógica das normas contidas no mesmo diploma e, quando tal não se afigure possível, a aplicação das normas do Código de Processo Civil. Subsidiariamente, serão aplicados os princípios gerais de processo penal com vista à integração de casos omissos. Pelo exposto, ainda que de uma omissão se tratasse, não são os critérios integradores designados pela lei aptos a sustentar a obrigação do arguido facultar às autoridades judiciárias quaisquer palavras chave ou códigos de descriptação.

4.2. Injunções legais à colaboração do arguido – uma solução a importar?

Cumpre agora analisar e esclarecer quais os termos em que alguns ordenamentos jurídicos criminalizam a recusa do arguido em revelar *passwords* no âmbito de investigações criminais. Iremos focar a nossa análise, sob pena de demasiado extensa, em dois casos concretos, a saber: (i) o inglês; e (ii) o belga.

No Reino Unido a criminalização da recusa em fornecer *passwords* encontra-se prevista e é punida pelo artigo 53.º⁵⁹ da *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*

⁵⁸ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, «*Interpretação das leis, integração de lacunas. Aplicação do princípio da analogia*», in Revista da Ordem dos Advogados, III, 1997, pág. 918

⁵⁹ Dispõe o artigo 53.º da RIPA, sob a epígrafe de *Failure to comply with a notice*:

- (1) A person to whom a section 49 notice has been given is guilty of an offence if he knowingly fails, in accordance with the notice, to make the disclosure required by virtue of the giving of the notice.
- (2) In proceedings against any person for an offence under this section, if it is shown that that person was in possession of a key to any protected information at any time before the time of the giving of the section 49 notice, that person shall be taken for the purposes of those proceedings to have continued to be in possession of that key at all subsequent times, unless it is shown that the key was not in his possession after the giving of the notice and before the time by which he was required to disclose it.
- (3) For the purposes of this section a person shall be taken to have shown that he was not in possession of a key to protected information at a particular time if—

(RIPA), sendo que a notificação para ceder quaisquer *passwords* se encontra no artigo n.º 49⁶⁰ da referida legislação. Assim, se após a notificação para fornecer uma

-
- (a) sufficient evidence of that fact is adduced to raise an issue with respect to it; and
 - (b) the contrary is not proved beyond a reasonable doubt.
 - (4) In proceedings against any person for an offence under this section it shall be a defence for that person to show—
 - (a) that it was not reasonably practicable for him to make the disclosure required by virtue of the giving of the section 49 notice before the time by which he was required, in accordance with that notice, to make it; but
 - (b) that he did make that disclosure as soon after that time as it was reasonably practicable for him to do so.
 - (5) A person guilty of an offence under this section shall be liable—
 - (a) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding [the appropriate maximum term] or to a fine, or to both;
 - (b) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding six months or to a fine not exceeding the statutory maximum, or to both.
 - (5A) In subsection (5) ‘the appropriate maximum term’ means—
 - (a) in a national security case [or a child indecency case], five years; and
 - (b) in any other case, two years.
 - (5B) In subsection (5A) ‘a national security case’ means a case in which the grounds specified in the notice to which the offence relates as the grounds for imposing a disclosure requirement were or included a belief that the imposition of the requirement was necessary in the interests of national security.]
 - (6) In subsection (5A) “a child indecency case” means a case in which the grounds specified in the notice to which the offence relates as the grounds for imposing a disclosure requirement were or included a belief that the imposition of the requirement was necessary for the purpose of preventing or detecting an offence under any of the provisions listed in subsection (7).
 - (7) Those provisions are—
 - (a) section 1 of the Protection of Children Act 1978 (showing or taking etc an indecent photograph of a child: England and Wales);
 - (b) Article 3 of the Protection of Children (Northern Ireland) Order 1978 (S.I. 1978/1047 (N.I. 17)) (corresponding offence for Northern Ireland);
 - (c) section 52 or 52A of the Civic Government (Scotland) Act 1982 (showing or taking etc or possessing an indecent photograph of a child: Scotland);
 - (d) section 160 of the Criminal Justice Act 1988 (possessing an indecent photograph of a child: England and Wales);
 - (e) Article 15 of the Criminal Justice (Evidence, Etc.) (Northern Ireland) Order 1988 (S.I. 1988/1847 (N.I. 17)) (corresponding offence for Northern Ireland).

⁶⁰ Dispõe o artigo 49.º da RIPA sob a epígrafe de *Notices requiring disclosure*:

- “(1) This section applies where any protected information—
 - (a) has come into the possession of any person by means of the exercise of a statutory power to seize, detain, inspect, search or otherwise to interfere with documents or other property, or is likely to do so;
 - (b) has come into the possession of any person by means of the exercise of any statutory power to intercept communications, or is likely to do so;
 - (c) has come into the possession of any person by means of the exercise of any power conferred by an authorization under section 22(3) or under Part II, or as a result of the giving of a notice under section 22(4), or is likely to do so;
 - (d) has come into the possession of any person as a result of having been provided or disclosed in pursuance of any statutory duty (whether or not one arising as a result of a request for information), or is likely to do so; or
 - (e) has, by any other lawful means not involving the exercise of statutory powers, come into the possession of any of the intelligence services, the police or [Her Majesty's Revenue and Customs] , or is likely so to come into the possession of any of those services, the police or [Her Majesty's Revenue and Customs] .
- (2) If any person with the appropriate permission under Schedule 2 believes, on reasonable grounds—
 - (a) that a key to the protected information is in the possession of any person,
 - (b) that the imposition of a disclosure requirement in respect of the protected information is—

-
- (i) necessary on grounds falling within subsection (3), or
- (ii) necessary for the purpose of securing the effective exercise or proper performance by any public authority of any statutory power or statutory duty,
- (c) that the imposition of such a requirement is proportionate to what is sought to be achieved by its imposition, and
- (d) that it is not reasonably practicable for the person with the appropriate permission to obtain possession of the protected information in an intelligible form without the giving of a notice under this section, the person with that permission may, by notice to the person whom he believes to have possession of the key, impose a disclosure requirement in respect of the protected information.
- (3) A disclosure requirement in respect of any protected information is necessary on grounds falling within this subsection if it is necessary—
- (a) in the interests of national security;
- (b) for the purpose of preventing or detecting crime; or
- (c) in the interests of the economic well-being of the United Kingdom.
- (4) A notice under this section imposing a disclosure requirement in respect of any protected information—
- (a) must be given in writing or (if not in writing) must be given in a manner that produces a record of its having been given;
- (b) must describe the protected information to which the notice relates;
- (c) must specify the matters falling within subsection (2)(b)(i) or (ii) by reference to which the notice is given;
- (d) must specify the office, rank or position held by the person giving it;
- (e) must specify the office, rank or position of the person who for the purposes of Schedule 2 granted permission for the giving of the notice or (if the person giving the notice was entitled to give it without another person's permission) must set out the circumstances in which that entitlement arose;
- (f) must specify the time by which the notice is to be complied with; and
- (g) must set out the disclosure that is required by the notice and the form and manner in which it is to be made; and the time specified for the purposes of paragraph (f) must allow a period for compliance which is reasonable in all the circumstances.
- (5) Where it appears to a person with the appropriate permission—
- (a) that more than one person is in possession of the key to any protected information,
- (b) that any of those persons is in possession of that key in his capacity as an officer or employee of any body corporate, and
- (c) that another of those persons is the body corporate itself or another officer or employee of the body corporate, a notice under this section shall not be given, by reference to his possession of the key, to any officer or employee of the body corporate unless he is a senior officer of the body corporate or it appears to the person giving the notice that there is no senior officer of the body corporate and (in the case of an employee) no more senior employee of the body corporate to whom it is reasonably practicable to give the notice.
- (6) Where it appears to a person with the appropriate permission—
- (a) that more than one person is in possession of the key to any protected information,
- (b) that any of those persons is in possession of that key in his capacity as an employee of a firm, and
- (c) that another of those persons is the firm itself or a partner of the firm, a notice under this section shall not be given, by reference to his possession of the key, to any employee of the firm unless it appears to the person giving the notice that there is neither a partner of the firm nor a more senior employee of the firm to whom it is reasonably practicable to give the notice.
- (7) Subsections (5) and (6) shall not apply to the extent that there are special circumstances of the case that mean that the purposes for which the notice is given would be defeated, in whole or in part, if the notice were given to the person to whom it would otherwise be required to be given by those subsections.
- (8) A notice under this section shall not require the making of any disclosure to any person other than—
- (a) the person giving the notice; or
- (b) such other person as may be specified in or otherwise identified by, or in accordance with, the provisions of the notice.
- (9) A notice under this section shall not require the disclosure of any key which—
- (a) is intended to be used for the purpose only of generating electronic signatures; and
- (b) has not in fact been used for any other purpose.
- (10) In this section “senior officer”, in relation to a body corporate, means a director, manager, secretary or other similar officer of the body corporate; and for this purpose “director”, in relation to a body corporate whose affairs are managed by its members, means a member of the body corporate.

palavra-passe o arguido optar por não o fazer, a punição aplicável corresponde a uma pena de prisão compreendida entre 2 a 5 anos. Por relevante, salientamos o grau de detalhe que as normas referidas apresentam, sintoma claro da complexidade técnico-jurídica de que se reveste a presente matéria.

Comparativamente, o crime de desobediência, previsto e punido pelo artigo 348.º do Código Penal português prevê uma pena de prisão até um ano, a qual pode ascender até dois anos sempre que se trate de desobediência qualificada – alternativamente, poderá ser aplicada pena de multa até 120 dias.

A opção tomada pelo legislador do Reino Unido pode ser justificada através da existência de “*extensive safeguards, including the possibility to exclude evidence, but also including some safeguards (...) such as an independent supervisory authority to oversee investigation powers.*”⁶¹ – noutras palavras, pela conjugação entre o regime de obrigação de revelação das palavras-passe com cláusulas de salvaguarda que, de algum modo, mitigam o desequilíbrio decorrente desta derrogação do princípio da não auto-incriminação.

Podemos deste modo afirmar que aquela escolha foi ponderada, procurando garantir que os princípios basilares do Direito Penal, comungados pela substancial maioria dos Estados de Direito, não seriam lesados pelo teor do regime legal edificado. De facto o sistema de “*checks and balances*” britânico permite extrair a conclusão de que, pese embora a estatuição legal estabeleça uma pena privativa da liberdade, certo é que a mesma não contende, de modo absolutamente decisivo, nas garantias penais reconhecidas ao arguido. Como tal, é defensável que a legislação *supra* mencionada não viole o princípio do *nemo tenetur*. Acresce que os tribunais ingleses, tal como os tribunais nacionais, gozam de um poder discricionário no que toca a valoração da prova produzida⁶². Deste modo, a eventual recusa do arguido em cumprir uma ordem de descriptação que lhe é dirigida pela autoridade competente será, sem prejuízo da responsabilidade penal que ao caso couber, livremente apreciada pelo tribunal inglês. Por outro lado, se o arguido actuar em conformidade com a ordem de descriptação, também os dados descodificados serão, de uma perspectiva probatória, livremente ponderados e tomados em consideração na decisão a proferir.

(11) Schedule 2 (definition of the appropriate permission) shall have effect.

⁶¹ BERT-JAAP KOOPS, «*The Decryption...*», pág.3

⁶² Quanto aos tribunais portugueses, cf. Artigo 127.º do Código de Processo Penal, nos termos do qual «[s]alvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente».

Contudo, os méritos do regime jurídico britânico a respeito das matérias vertentes não são por todos reconhecidos, sendo que alguns autores consideram que o RIPA pode consubstanciar uma violação de direitos humanos⁶³.

Para que a recusa em fornecer uma palavra-passe se reconduza à prática de uma conduta criminosa, a mesma deve encontrar-se (de forma inteligível) na disponibilidade – física ou mental⁶⁴ – do arguido aquando da intimação para a respectiva divulgação. Por forma a não incorrer na prática de um crime, tem assim o arguido de comprovar que os elementos cuja revelação lhe são solicitados não se encontram na sua disponibilidade, embora as recentes alterações ao regime tenham delimitado os casos em que tal meio de prova deve ser exigido ao arguido. Ora, sem nos alargarmos excessivamente em considerações quanto ao referido regime, não podemos deixar assinalar que estamos perante uma *probatio diabolica*. Em rigor, o ónus probatório é integralmente transferido para o arguido, sendo certo que se trata de produção de prova negativa⁶⁵.

No que respeita ao ordenamento jurídico belga, a criminalização da recusa em revelar palavras-passe ou códigos de descriptação pode desencadear a aplicação de uma pena de prisão compreendida entre os 6 a 12 meses ou, ainda, uma pena de multa. De facto, o juiz pode ordenar ao arguido que revele uma palavra-passe quando considere que a mesma é essencial para a descoberta da verdade material⁶⁶.

⁶³ De acordo com YAMAN AKDENIZ, NICK TAYLOR e CLIVE WALKER, «[t]he explanation behind the introduction Part III of RIPA was that society would suffer if “criminals are able to use such technology without law enforcement having corresponding powers of decryption”. The new powers were introduced despite the anxieties over possible human rights infringements.». Cf. «BigBrother.gov.uk: State surveillance in the age of information and rights», in *Criminal Law Review*, Fevereiro, 2001, pág. 87.

⁶⁴ É necessário que o arguido se recorde efectivamente da palavra-passe ou do código de descriptação pretendidos pela autoridade judiciária, ou que dos mesmos disponha num suporte documental – v.g., num papel ou num documento descriptado. Reconhece-se, porém, que uma vez alegado o esquecimento da daqueles dados, muito difícil se torna provar que tal esquecimento é fraudulento, não correspondendo à verdade. Todavia, não pode imponder sobre o arguido uma obrigação de fornecer ou revelar um dado que não esteja mais na sua disponibilidade, ainda que tenha, a dado momento, estado.

⁶⁵ De um ponto de vista da lógica formal, parece-nos que a prova de um facto negativo é, por definição, impossível em si mesma, podendo apenas ser alicerçada pela prova de um facto positivo incompatível.

⁶⁶ Dispõe o artigo. 88.º do Código Processual Penal belga (Code D’Instruction Criminelle):. § 1er.

Lorsque le juge d’instruction ordonne une recherche dans un système informatique ou une partie de celui-ci, cette recherche peut être étendue vers un système informatique ou une partie de celui-ci qui se trouve dans un autre lieu que celui où la recherche est effectuée :

- si cette extension est nécessaire pour la manifestation de la vérité à l’égard de l’infraction qui fait l’objet de la recherche, et

- si d’autres mesures seraient disproportionnées, ou s’il existe un risque que, sans cette extension, des éléments de preuve soient perdus.

§ 2. *L’extension de la recherche dans un système informatique ne peut pas excéder les systèmes informatiques ou les parties de tels systèmes auxquels les personnes autorisées à utiliser le système informatique qui fait l’objet de la mesure ont spécifiquement accès.*

§ 3. *En ce qui concerne les données recueillies par l’extension de la recherche dans un système*

Se até ao ano 2000 nenhum país tinha legislado a criminalização, ou mesmo a simples obrigação de fornecer uma palavra-passe quando tal lhe fosse ordenado⁶⁷, desde desse ano temos assistido ao movimento segundo qual vários ordenamentos jurídicos introduziram normas atinentes à descriptação de dados. Como tal, para além dos ordenamentos jurídicos já mencionados, podemos ainda enumerar outros que optaram por legislar a matéria *sub judice*, tais como a Austrália, os Estados Unidos ou ainda a França.

Importa ponderar se as soluções referidas poderiam, ou não, ser importadas, *mutatis mutandis*, para o nosso ordenamento jurídico. Pese embora gozem da aprovação generalizada da respectiva jurisprudência nacional, a verdade é que a criminalização de tal conduta pode suscitar diversas questões, na medida em seriam assim coarctadas as garantias do arguido em sede do Processo Penal português.

Entendemos que não existe qualquer método verdadeiramente apto a forçar um arguido a declarar palavras-passe, não sendo certamente uma possível criminalização da sua recusa em entregar uma *password* que o irá compelir a entregar a palavra-passe,

informatique, qui sont utiles pour les mêmes finalités que celles prévues pour la saisie, les règles prévues à l'article 39bis s'appliquent. Le juge d'instruction informe le responsable du système informatique, sauf si son identité ou son adresse ne peuvent être raisonnablement retrouvées.

Lorsqu'il s'avère que ces données ne se trouvent pas sur le territoire du Royaume, elles peuvent seulement être copiées. Dans ce cas, le juge d'instruction, par l'intermédiaire du ministère public, communique sans délai cette information au ministère de la Justice, qui en informe les autorités compétentes de l'état concerné, si celui-ci peut raisonnablement être déterminé.

§ 4. L'article 89bis est applicable à l'extension de la recherche dans un système informatique.

Por seu turno, o art. 88quater dispõe o seguinte: *§ 1er. Le juge d'instruction ou un officier de police judiciaire auxiliaire du procureur du Roi délégué par lui, peut ordonner aux personnes dont il présume qu'elles ont une connaissance particulière du système informatique qui fait l'objet de la recherche ou des services qui permettent de protéger ou de crypter des données qui sont stockées, traitées ou transmises par un système informatique, de fournir des informations sur le fonctionnement de ce système et sur la manière d'y accéder ou d'accéder aux données qui sont stockées, traitées ou transmises par un tel système, dans une forme compréhensible. Le juge d'instruction mentionne les circonstances propres à l'affaire justifiant la mesure dans une ordonnance motivée qu'il transmet au procureur du Roi.*

§ 2. Le juge d'instruction peut ordonner à toute personne appropriée de mettre en fonctionnement elle-même le système informatique ou, selon le cas, de rechercher, rendre accessibles, copier, rendre inaccessibles ou retirer les données pertinentes qui sont stockées, traitées ou transmises par ce système, dans la forme qu'il aura demandée. Ces personnes sont tenues d'y donner suite, dans la mesure de leurs moyens.

L'ordonnance visée à l'alinéa 1er, ne peut être prise à l'égard de l'inculpé et à l'égard des personnes visées à l'article 156.

§ 3. Celui qui refuse de fournir la collaboration ordonnée aux §§ 1er et 2 ou qui fait obstacle à la recherche dans le système informatique, est puni d'un emprisonnement de six mois à un an et d'une amende de vingt-six francs à vingt mille francs ou d'une de ces peines seulement.

§ 4. Toute personne qui, du chef de sa fonction, a connaissance de la mesure ou y prête son concours, est tenue de garder le secret. Toute violation du secret est punie conformément à l'article 458 du Code pénal.

§ 5. L'Etat est civilement responsable pour le dommage causé de façon non intentionnelle par les personnes requises à un système informatique ou aux données qui sont stockées, traitées ou transmises par un tel système

⁶⁷ BERT-JAAP KOOPS, «The Decryption...», pag. 2

especialmente quando a sanção penal associada ao crime sob investigação se afigure substancialmente superior à pena aplicável à referida recusa. Nesses casos, a sanção pela recusa em revelar a palavra-passe ou código de descriptação solicitados seria considerada pelo arguido como um «mal menor», uma consequência suportável e, sobretudo, justificada na medida em que preventiva face à aplicação de uma sanção mais gravosa.

Como tal, uma potencial criminalização no sentido de instigar o arguido a fornecer os seus dados de descriptação aos órgãos de polícia criminal (ou a outra autoridade judiciária) pode não surtir o efeito pretendido, nomeadamente no tocante a crimes cuja moldura penal seja mais gravosa do que a pena associada à recusa sob análise

Pese embora o exposto, a verdade é que a investigação em torno da criminalidade organizada, dos crimes de pedofilia, entre outros, pode ser materialmente prejudicada pela inexistência de mecanismos de persuasão sobre o arguido a respeito de *passwords* de acesso a dados protegidos.

Admitimos que a uma tal opção legislativa poderia surtir efeitos junto de certos arguidos, não sendo por isso líquido que o raciocínio da ineficácia que sustentámos *supra* seja perfilhado por todos.

Como tal, não poderão deixar de ponderados os eventuais efeitos positivos e negativos que a importação de normas como as que mencionámos surtiriam em Portugal.

5. Considerações finais - Súmula das soluções identificadas e análise crítica

Como vimos ao longo deste trabalho, são várias as soluções equacionáveis face à questão controvertida. De facto, perante a crescente utilização de inovações tecnológicas no âmbito da criminalidade e, mais especificamente, de programas de encriptação ou codificação de dados, consideramos que o legislador tem uma decisão a tomar.

Não podemos deixar de revisitar alguns dos pontos que já assinalámos em momento anterior, nomeadamente no tocante à determinação do conteúdo do princípio do *nemo tenetur*. Assim, balizar a natureza do referido princípio revela-se como primordial, de forma a apurar se deve o legislador optar por regular a matéria sob análise.

Nas palavras de VÂNIA COSTA RAMOS, caso se encontre fundado na dignidade da pessoa humana, o direito à não auto-inculpação deverá revestir uma natureza tendencialmente absoluta; por seu turno, caso se entenda que o *nemo tenetur* se funda em garantias processuais, poderá o mesmo ser sujeito a certas limitações⁶⁸. Como tal, conclui-se que a natureza intrínseca do princípio sob escrutínio pode concorrer para a decisão do legislador.

Por seu lado, LARA SOFIA PINTO considera, quanto ao fundamento subjacente do princípio *nemo tenetur*, que “ (...) o privilégio [da não auto-inculpação] visava funcionar como um travão a certos métodos de investigação, não permitindo que se coagisse o visado a colaborar de qualquer forma para a fundamentação probatória da acusação”⁶⁹. Refira-se que a doutrina maioritária defende uma concepção processual do referido princípio⁷⁰.

Ora, não se revestindo o princípio de natureza absoluta, o mesmo pode ser pontualmente derogado – já tendo sido por nós abordadas algumas das derrogações existentes⁷¹.

Como tal, não consideramos defensável que se infira uma total inflexibilidade do princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, que inviabilize por completo a adopção de normas que permitam a emissão de ordens de descriptação e que, em complemento, incriminem a conduta omissiva do arguido.

Revisitando uma vez mais o que por nós já foi afirmado quanto à natureza intrínseca da entrega por parte do arguido de uma palavra-passe ou código de descriptação, entendemos que a mesma pode ser reconduzida ao instituto das declarações do arguido. Ora, se a natureza da revelação de uma *password* pode ser entendida do mesmo modo que uma declaração proferida pelo arguido, a ponderação do direito ao silêncio não pode deixar de ser efectuada.

Na verdade, e tal como mencionado pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 418/2013, o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* “(...) encontra-se sobretudo associado ao direito ao silêncio, ou seja, à faculdade de o arguido não prestar declarações autoincriminatórias, nomeadamente não respondendo a questões sobre os

⁶⁸ Cf. VÂNIA COSTA RAMOS, “*Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documento para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*” – Parte II, in Revista do Ministério Público n.º 109, pp.58 e 73.

⁶⁹ LARA SOFIA PINTO, «*Privilégio contra a Auto-Incriminação...*», pág 107.

⁷⁰ Vide MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, Coimbra (reimpressão) e ainda JORGE DE FIGUEIREDO DIAS / MANUEL COSTA ANDRADE, «*Poderes de Supervisão ...*»

⁷¹ Vide supra 4.2

factos que lhe são imputados e cuja prova pode importar a sua responsabilização e sancionamento”.

Como tal, não podemos deixar de efectuar um paralelismo entre declarações do arguido e a obtenção coerciva de uma palavra-passe. Sendo o direito ao silêncio um expoente máximo do princípio *nemo tenetur*, não podemos deixar de considerar que o mesmo seria objecto de uma evidente derrogação acaso o legislador optasse por criminalizar a conduta sob análise, ou melhor dizendo, a sua omissão.

De um ponto de vista prático, note-se que não raras vezes a contribuição do arguido é fundamental para garantir que os dados visados são efectivamente acedidos (ou, no mínimo, que o são em tempo útil). Em contraponto, as autoridades judiciárias, no âmbito dos poderes e competências que lhes são legalmente conferidos, podem prosseguir com a investigação, procurando aceder aos dados do arguido por outros meios. Contudo, como salientámos, pode tratar-se de um processo moroso, principalmente porque muitas vezes as palavras-passes (bem como os códigos de descriptação) não se encontram plasmadas num suporte físico (*i.e.* em formato papel ou análogo); noutros casos, os elementos solicitados ao arguido são totalmente aleatórios (embora se reconheça que o grau de complexidade da palavra-passe é directamente proporcional ao grau de probabilidade de a mesma se encontrar num suporte físico). Ainda assim, importa notar que uma investigação criminal não se suspende pelo simples facto de existirem dados inacessíveis.

Por outro lado, a relevância ou irrelevância dos dados a que se pretende aceder não pode, por definição, concorrer para a avaliação do princípio prevalente, no quadro do conflito entre o *nemo tenetur* e o interesse da investigação criminal. De facto, se os dados não estão acessíveis ou são ininteligíveis, a sua relevância não pode ser apurada *a priori*. Em tese, podem ser relevantes ou irrelevantes, tudo girando em torno de um juízo probabilístico. Este argumento poderá sustentar o entendimento de que tais ordens não podem encontrar-se na livre discricionariedade das autoridades judiciárias⁷².

Devemos ainda mencionar que a opção pela normatização das ordens de descriptação pode colidir, ainda que forma indirecta, com o princípio da

⁷² Não subsistem dúvidas quanto a saber que a mesma incerteza apriorística se verifica no quadro da apreensão de correspondência, das escutas telefónicas, das buscas (domiciliárias ou não), das revistas e dos exames. Todavia, todos os meios de obtenção de prova referidos gozam de previsão e enquadramento legais.

proporcionalidade, uma vez que poderá ficar por preencher o requisito da adequação⁷³. Não podemos considerar que o meio mais adequado para obter uma *password* seja compelir o arguido a fornece-la, pairando sobre o mesmo o espectro de uma pena de prisão, ainda que diminuta.

Adicionalmente, cumpre tecer algumas considerações quanto à natureza de uma palavra-passe. De facto, salienta-se que a mesma não consiste num objecto corpóreo, susceptível de apreensão física (a menos que reduzida a escrito). Admitimos, por isso, que não se afigura uma tarefa fácil para os órgãos de policia criminal a apreensão de algo cuja natureza não é palpável ou materializável. Para alguma jurisprudência inglesa, os dados encriptados gozam de uma natureza independente à do sujeito, existindo para além do mesmo e, mais importante, para além da sua vontade, motivo pelo qual o princípio da não auto-inculpação não se encontra violado quando uma ordem de descryptação é dirigida a um arguido⁷⁴. De facto, e sabendo que as conclusões extraídas se basearam em jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), mormente no caso *Saunders v. Reino Unido*⁷⁵, perfilhamos a opinião sufragada por VÂNIA COSTA RAMOS, no sentido de que “ (...) o TEDH parece querer apenas significar aqueles dados cuja existência foi revelada ao processo independentemente da vontade do arguido”⁷⁶. No mesmo sentido, pode defender-se que “*the correct analysis is that a key has an existence independent of the will of the subject*”⁷⁷.

⁷³ Considerando a tripartição dos requisitos de que depende o juízo de proporcionalidade: necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu*.

⁷⁴ Considere-se o seguinte segmento de uma decisão proferida pelo *Supreme Court of Judicature, Court of Appeal*, “*On analysis, the key which provides access to protected data, like the data itself, exists separately from each appellant's "will". Even if it is true that each created his own key, once created, the key to the data, remains independent of the appellant's "will" even when it is retained only in his memory, at any rate until it is changed. If investigating officers were able to identify the key from a different source (say, for example, from the records of the shop where the equipment was purchased) no one would argue that the key was not distinct from the equipment which was to be accessed, and indeed the individual who owned the equipment and knew the key to it. Again, if the arresting officers had arrived at the premises in Sheffield immediately after S had completed the process of accessing his own equipment enabling them to identify the key, the key itself would have been a piece of information existing, at this point, independently of S himself and would have been immediately available to the police for their use in the investigation. In this sense the key to the computer equipment is no different to the key to a locked drawer. The contents of the drawer exist independently of the suspect: so does the key to it. The contents may or may not be incriminating: the key is neutral. In the present cases the prosecution is in possession of the drawer: it cannot however gain access to the contents. The lock cannot be broken or picked, and the drawer itself cannot be damaged without destroying the contents.*” [2008] EWCA Crim 2177, *Supreme Court of Judicature, Court of Appeal*, disponível para consulta integral em <http://www.bailii.org>.

⁷⁵ Disponível para consulta integral em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58009#{"itemid":\["001-58009"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58009#{)

⁷⁶ VÂNIA COSTA RAMOS, “*Corpus Juris 2000...*”, Parte II, pág. 84

⁷⁷ YAMAN AKDENIZ, NICK TAYLOR e CLIVE WALKER «*BigBrother.gov.uk: State surveillance...*» pág. 17

É ainda dito que a palavra-passe, em si mesma, pode não ter natureza incriminatória, sendo que apenas os dados acessíveis através da mesma podem ter certamente natureza incriminatória. Como tal, o arguido ao obstar ao conhecimento dos dados em questão, está a obstar à investigação criminal.

*Ainda assim, e fazendo nossas as palavras de Helena Gaspar Martinho “ (...) quando tentamos ir além desta conclusão geral (a de que o TEDH afirma que o direito ao silêncio e à não auto-inculpação não são direitos absolutos admitindo restrições) e concretizar qual a extensão deste direito e que restrições admite à luz da jurisprudência do TEDH, sentimos manifestas dificuldades.”*⁷⁸.

Quanto a esta matéria importa referir que, tal como sufragado por LARA SOFIA PINTO uma vez que tendo o arguido conhecimento exclusivo da sua palavra-passe o conteúdo que for encontrado no seu computador irão, logicamente, pertencer-lhe. Para além do mais, o facto de facilitar o acesso ao conteúdo do computador, caso o mesmo seja incriminatório, então a *password* deve ser encarada como incriminatória uma vez que sem a mesma os órgãos de polícia criminal nunca chegaram ao contacto com tais informações⁷⁹.

No ordenamento jurídico nacional, e uma vez que qualquer derrogação ao princípio do *nemo tenetur* deve encontrar-se legalmente estabelecida, entendemos que apenas por intermédio de legislação específica poderá um arguido ser compelido a revelar as suas palavras-passe no âmbito de uma investigação criminal⁸⁰.

Consideramos que o combate a crimes como a pedofilia, a criminalidade organizada ou o terrorismo, sem prejuízo do manifesto impacto social que comportam, não pode fazer-se à custa de liberdades fundamentais e de princípios com consagração constitucional. Nestas matérias, como em tantas outras, o equilíbrio entre os princípios em colisão é absolutamente fundamental.

⁷⁸ HELENA GASPAS MARTINHO, «O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do direito comunitário da concorrência : uma análise da jurisprudência dos tribunais comunitários», in Revista de concorrência e regulação, Ano I, n.º 1, 2010, pág. 166

⁷⁹ LARA SOFIA PINTO, «Privilégio contra a Auto-Incriminação...», pp. 114-115.

⁸⁰ “A lei portuguesa não é o resultado de uma divisão prévia, sistemática e global a partir de parâmetros epistemológicos, não fornece o estribo de uma taxonomia legal sobre os actos de comunicação, pelo que o processo complexo de integração de valores político-processuais é conformado por um sistema de produção de prova processual com exigências próprias sobre o acto comunicacional de que o conceito de declarações processuais constitui corolário” – PAULO DÁ MESQUITA, “A prova do ...” pág. 638

Bibliografia

AKDENIZ, Yaman / TAYLOR, Nick / WALKER, Clive

«*BigBrother.gov.uk: State surveillance in the age of information and rights*», in Criminal Law Review, Fevereiro, 2001

ALBURQUERQUE, Paulo Pinto de

- *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.^a Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008

ANASTÁCIO, Catarina

- «*O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infracção às regras de defesa da concorrência e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare*», in Revista de Concorrência e Regulação, Ano I, n.º 1, 2010

ANDRADE, Manuel da Costa,

- *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, Coimbra

BRENNER, Susan W. Brenner

- «*The Fifth Amendment, Cell Phones and Search Incident: A Response to Password Protected?*», in Iowa Law Review Bulletin, Vol 96:78

BUCHO, Cruz

- «*Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência v. Direito à não auto-incriminação (notas de estudo)*», disponível para consulta integral em www.trg.pt/ficheiros/estudos/sobre_a_recolha_de_autografos_do_arguido.pdf

CANOTILHO, J.J. Gomes

- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição, Almedina

CAPRIOLI, Eric A,

- «*Sécurité, cryptologie et libertés*», Le Bulletin du Barreau de Nice, Setembro de 2002

CLEMENS, Aaron M.

- «*No Computer Exception to the Constitution: The Fifth Amendment Protects Against Compelled Production of an Encrypted Document or Private Key*», Journal of Law and Technology 8, 2004

COSTA, Joana

- «*O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*», in Revista do Ministério Público, 128, Outubro / Dezembro 2011

CURADO, Ana Pascoal

- «*As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira : natureza jurídica e aplicação do princípio nemo tenetur*», in Revista de Concorrência e Regulação, Ano III, n.º 9, 2012

DIAS, Augusto Silva

- «*O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do código dos valores mobiliários*», in Revista de concorrência e regulação, Ano I, n.º1, 2010

DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa

- «*O direito à não auto-inculpação: Nemo tenetur se ipsum accusare no processo penal e contra-ordenacional*», Coimbra Editora, Coimbra, 2009

DIAS, Jorge Figueiredo / ANDRADE, Manuel Costa

- «*Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas*» (Parecer) in *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova (CMVM)*, Almedina, 2009

DIAS, Jorge Figueiredo

- «*Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal*», in *Jornadas de Direito Processual Penal, o Novo Código de Processo Penal*, CEJ, Coimbra, Almedina, 1988

ENGEL, Joshua. A.

- «*Rethinking the Application of the Fifth Amendment to Passwords and Encryption in the Age of Cloud Computing*» (January 1, 2012). *Whittier Law Review*, Vol. 33, n.º 3, 2012.

KOOPS, Bert-Jaap

- «*The Decryption Order and the Privilege Against Self-Incrimination – Do developments since 2000 suggest a need to force suspects to decrypt?*», *TILT / WODC*, October 2012

LARKIN, John E.D.

- «*Compelled Production of Encrypted Data*», *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, volume 14, Inverno 2012, n.º 2.

MARTINHO, Helena Gaspar

- «*O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do direito comunitário da concorrência : uma análise da jurisprudência dos tribunais comunitários*», in *Revista de concorrência e regulação*, Ano I, n.º 1, 2010

MENDES, Paulo de Sousa

- «*As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*», in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, n.º1, 2010

MESQUITA, Paulo Dá

- *A Prova do crime e o que se disse antes do julgamento – estudo sobre a prova no processo penal português à luz do sistema norte-americano*, Coimbra Editora, 2011

MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005

MORRISON, Caren Myers

- «*Passwords, Profiles, and the Privilege Against Self-Incrimination: Facebook and the Fifth Amendment*», in *Arkansas Law Review*, Forthcoming; Georgia State University College of Law, Legal Studies Research Paper n.º2012-05

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa

- «*Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processos de contra-ordenação*» in *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova (CMVM)* Almedina, Coimbra, 2009

PINTO, Lara Sofia

- «*Privilégio contra a Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido. Case study: revelação coactiva da password para descriptação de dados* », in *Prova criminal e direito de defesa - estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Almedina, 2ª Reimpressão, 2013

RAMOS, Vânia Costa

- «*Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documento para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*» – Parte II, in *Revista do Ministério Público* n.º 109

SILVA, Germano Marques da

- Curso de Processo Penal I – Noções Gerais, Elementos do Processo Penal, 6.^a Edição, Verbo, 2010,

WALL, David S.

- Cybercrime, the transformation of crime in the information age, Polity, 2012

SWIRE, Peter Swire / e AHMAD, Kenesa

- «*Encryption and Globalization* », Columbia Science and Technology Law Review, Vol. 23, 2012; Ohio State Public Law Working Paper n.º 157