

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
Escola de Lisboa



Âmbito do *nemo tenetur se ipsum accusare* no direito processual penal português

com destaque para a sua aplicabilidade aos
casos de recolha de provas por intrusão
corporal

Trabalho final no âmbito do Mestrado Forense

Sofia Belo Campos de Lima

sob a orientação do Prof. Henrique Salinas

Junho de 2014

ÍNDICE

Parte I – Noções introdutórias: *nemo tenetur se ipsum accusare* e direito ao silêncio

1. Introdução.....	4
1.1 Noções introdutórias.....	4
1.2 Problemática sob estudo.....	5
1.3 Terminologia utilizada.....	6
2. Origem histórica.....	7
3. Fontes legais e garantias constitucionais.....	8
3.1 Fontes legais.....	8
3.1.1 Supranacionais.....	8
3.1.2 Nacionais.....	9
3.2 Consagração constitucional do <i>nemo tenetur</i> ?.....	9
3.2.1 A corrente substantivista.....	10
3.2.2 A corrente processualista.....	12
3.2.2.1 O processo equitativo.....	13
3.2.2.2 O estado de direito democrático.....	14
3.2.2.3 A presunção de inocência e o princípio do acusatório....	14
3.2.2.4 O direito de defesa.....	16
3.2.2.5 O direito a ser ouvido.....	17
4. Relação com o direito ao silêncio.....	17
4.1 Direito ao silêncio – definição.....	17
4.2 Relação com o <i>nemo tenetur</i>	18
5. Valoração fáctica do silêncio e dever de advertência.....	19
5.1 Valoração fáctica do silêncio.....	19
5.2 Dever de advertência e esclarecimento.....	20
6. Consequências da violação do <i>nemo tenetur</i>	21
6.1 Prescrição ordenativa de produção de prova	21
6.2 Proibição de prova.....	22
6.3 Irregularidade de prova.....	23

Parte II – Âmbito de aplicação do *nemo tenetur*

1. Âmbito normativo.....	24
2. Âmbito objectivo.....	24
2.1 As concepções restritivas.....	25
2.2 As concepções amplas.....	27
2.3 Extensão do <i>nemo tenetur</i> : dever de colaboração?.....	28
2.3.1 As doutrinas da colaboração passiva e activa.....	29
2.3.2 Dever de colaboração versus direito à não colaboração quando esta implique auto-incriminação.....	31
2.4 A existência de derrogações e limitações ao <i>nemo tenetur</i>	33
2.4.1 A existência de uma lei prévia que preveja a limitação ao <i>nemo tenetur</i>	34
2.4.1.1. As questões que incidem sobre os elementos identificativos do arguido.....	35
2.4.1.2. As questões que incidem sobre os antecedentes criminais do arguido.....	36

PARTE I – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS: *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE* E DIREITO AO SILÊNCIO

1. Introdução

1.1 Noções introdutórias

O *nemo tenetur se ipsum accusare*, consiste na faculdade conferida, em primeira linha, aos sujeitos processuais com destaque para o arguido, de se protegerem perante a iminente e inevitável implicação num ilícito pela da sua própria intervenção. Também conhecido como *nemo tenetur se ipsum prodere*, *nemo tenetur se detegere*¹, *nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur degetere turpidunem suam* e *nemo testis se ipsum*², ou noutra formulação, prerrogativa contra a auto-inculpação, este brocado estabelece que ninguém pode ser obrigado a contribuir para afirmar a sua própria culpabilidade.³

Ou seja, ao abrigo do *nemo tenetur*, o sujeito, máxime o arguido, não pode ser obrigado, nem deve ser condicionado a contribuir para a sua própria inculpação, i.e., tem o direito de não ceder ou fornecer informações ou elementos 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.⁴ Nas palavras do professor Costa Andrade, significa então que toda a contribuição do arguido para o processo penal deverá ser uma ‘afirmação livre e esclarecida de autorresponsabilidade’.⁵

O *nemo tenetur* apresenta-se então, numa dupla vertente:⁶ por um lado, traduz-se num imperativo de liberdade de declaração positiva, reafirmando o direito de intervenção e declaração do arguido com a finalidade da sua defesa; por outro lado, afirma a liberdade de declaração negativa do arguido, de defesa contra a obtenção de

¹ RAMOS, Vânia Costa, «Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*», Parte I, in Revista do Ministério Público, 108/2006, 2006, pág. 131.

² MENEZES, Sofia Saraiva de, «O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito» in «Prova Criminal e Direito de Defesa», Almedina, 2013, nota de rodapé 5 pág. 119.

³ PINTO, Lara Sofia, «Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido – Case study: revelação coactiva da *password* para descriptação de dados – resistance is futile?» in «Prova Criminal e Direito de Defesa», Almedina, 2013, pág. 104.

⁴ Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 01-05-2005 e do Tribunal da Relação de Évora de 30/09/2009.

⁵ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 120., ANDRADE, Manuel da Costa, «Sobre as proibições de prova em processo penal», Coimbra Editora, Coimbra, Reimpressão de 2013, pág.121.

⁶ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 122, SÁ, Liliana da Silva, «O dever de contribuição do arguido no interrogatório no processo penal português» in Revista do Ministério Público, 27/2007, 2007, pág. 121, ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 120-121.

declarações auto-comprometedoras pelas autoridades através de meios enganosos ou por coação.

Na prática, o *nemo tenetur* implica que o Estado deve informar o arguido de que lhe assiste direito ao silêncio perante a recolha de declarações que poderão potencialmente comprometer a sua presumida inocência e que esse silêncio, total ou parcial, não deverá ser valorado em seu desfavor, ou seja, **não pode o arguido sofrer consequências negativas do exercício dessa prerrogativa, nem por ele ser acusado do crime de desobediência.**⁷ Como explica Teresa Beleza, “o arguido pode comportar-se como mero espectador que observa como terceiros lidam com o seu caso, não sendo responsável por essa atitude passiva (não tem o dever de colaborar) nem podendo por ela ser penalizado (não tem o ónus de colaborar)”.⁸

1.2 Problemática sob estudo

A questão que se pretende aprofundar no presente trabalho é a da admissibilidade da aplicação da prerrogativa, a par da recusa em prestar declarações verbais, às chamadas realidades equiparadas, maxime a sua submissão a perícias de recolha de material genético para efeitos probatórios. A recepção de realidades que não a estrita declaração verbal no âmbito de aplicação do *nemo tenetur* não é uma matéria pacífica, sendo que as soluções parecem ser tão diversas quanto os meios de declaração – por entrega de documentos, por entrega de chave ou revelação palavra-passe de acesso a ficheiros informáticos, por sopro no balão para efeitos de teste de alcoolemia, pelo teste ao sangue para controlo de substâncias ilícitas, por recolha de material biológico para determinação do perfil genético do sujeito...

A questão põe-se da seguinte forma: o *nemo tenetur* corresponde a um direito ao silêncio, que, pelo nome, abrange apenas as declarações verbais auto-incriminatórias do sujeito, ou concebe-se um âmbito mais amplo da prerrogativa (ou do próprio direito ao silêncio) que protege a pessoa da auto-incriminação seja por que meio esta puder operar?

⁷ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 126-127.

⁸ BELEZA, Teresa, ‘Tão Amigos que Éramos: o valor probatório do depoimento do arguido no Processo Penal Português, in Revista do Ministério Público 74/1998, 1998, pp. 50-51.

Propomo-nos a analisar, portanto, o tratamento que as supra mencionadas declarações devem merecer, à luz do entendimento doutrinal e jurisprudencial do *nemo tenetur se ipsum accusare*, primariamente na ordem jurídica interna mas recorrendo a entendimentos e instrumentos legais comunitários e internacionais, em particular se podem ou devem ser equiparadas às verbais, na medida em podem ter por consequência uma «auto-incriminação», com especial foco na recolha de provas por intrusão corporal.

1.3 Terminologia utilizada

Como melhor esclareceremos no decurso do presente trabalho, a doutrina e a jurisprudência têm vindo a considerar o *nemo tenetur* aplicável a todos os campos do direito sancionatório⁹. Aplicado ao Direito Penal, este traduz-se na faculdade, conferida aos sujeitos processuais, de não serem obrigados a colaborar no sentido de afirmar a sua implicação num crime. Como tal, Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos propõem o uso da expressão ‘prerrogativa ou privilégio¹⁰ contra a auto-incriminação’¹¹ quando nos referimos à prerrogativa aplicada ao Direito Penal, ao invés do termo mais geral auto-inculpação, denominação que elegemos também adoptar na realização do presente trabalho.

2. Origem histórica

O *nemo tenetur* tem a sua origem histórica nos sistemas legais anglo-saxónicos, marcando a viragem de um sistema de processo penal inquisitório para um sistema de matriz acusatória.¹² Surgiu como reacção contra a extracção de declarações por tortura ou coacção, comum nos sistemas de processo penal inquisitórios, praticada, nomeadamente, pelos tribunais eclesiásticos, que obrigavam o arguido a prestar juramento de verdade absoluta perante o tribunal sob pena de punições severas. Embora já existissem indícios de um direito de autodeterminação das declarações feitas pelo

⁹ *Vd. infra* Capítulo II, 1 - Âmbito normativo.

¹⁰ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 104.

¹¹ DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, «O direito à não auto-inculpação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) no processo penal e contraordenacional português», Coimbra Editora, 2009, nota de rodapé 37 pág. 19.

¹² *Idem, ibidem*, pág. 9.

arguido em processo penal, remontantes à Magna Carta de 1215¹³, foi em 1641, no seguimento da punição de John Lilburn, que se tinha recusado a prestar tal juramento, que as práticas coercivas de extracção de juramentos dos tribunais foram abolidas pelo Parlamento britânico, que instituiu a prerrogativa contra a auto-incriminação.¹⁴ Em 1679, a liberdade de declaração torna-se um princípio de *common law*.

Noutros sistemas jurídicos de *common law*, nomeadamente nos Estados Unidos da América, o *nemo tenetur* consta da própria constituição – a Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, de 1791, proclama que «na fixação do objecto do processo penal, todos têm direito, de forma igual, às seguintes garantias mínimas: não ser obrigado a ser testemunha contra si próprio num processo penal, nem ser obrigado a confessar»¹⁵. Aliada à Décima Quarta Emenda de 1868, que consagrou a garantia do *due process of law*¹⁶, e expandida pela jurisprudência do *Supreme Court of the United States of America*, a prerrogativa contra a auto-incriminação, como entendida no ordenamento jurídico norte-americano, foi ampliada para abranger corolários como o direito do arguido a não responder a perguntas impertinentes ou abusivas, a não ver o seu silêncio negativamente valorado pelo tribunal, bem como a proibição da acusação de comentar esse silêncio e do juiz instruir os jurados a respeito de qualquer conotação desse seu silêncio.¹⁷ Notável de entre esta jurisprudência do *Supreme Court* é o acórdão *Miranda v. Arizona*, de 1966, que veio instituir a obrigação de informar o suspeito de um crime dos direitos que lhe assistem (conhecidos como os *Miranda Rights*), sobretudo do seu direito ao silêncio, não podendo ser usada contra si nenhuma prova obtida em consequência da violação destes seus direitos.¹⁸

Entre nós, foi consagrado pela primeira vez, na vertente do direito ao silêncio, com o Decreto de 28 de Dezembro de 1910, segundo o qual nenhum réu em processo penal poderia ser obrigado a responder em audiência de julgamento, com excepção de perguntas relativas à sua identidade, devendo o juiz informá-lo expressamente desse

¹³ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* 326-327, RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* in Revista do Ministério Público, 108/2006, pág. 136.

¹⁴ PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág.100.

¹⁵ Tradução nossa: no original, «*In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: not to be compelled in any criminal case to be a witness against himself, or to confess guilt*» (http://www.law.cornell.edu/wex/fifth_amendment).

¹⁶ MESQUITA, Paulo Dá, «A prova do crime e o que se disse antes do julgamento», Coimbra Editora, 2011, Coimbra, pág. 209.

¹⁷ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 119.

¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer) in «Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova (CMVM)», Almedina, 2009, Coimbra, pág. 37-38.

direito.¹⁹ Este princípio já tinha recepção na doutrina portuguesa desde o século XVIII, nas considerações de Pascoal de Melo Freire sobre a prestação de juramento, a confissão voluntária do réu e a valoração do silêncio e de Duarte Nazareth, no século XIX, adversas à tortura e à coacção como métodos de extracção de confissão ou prova²⁰ O direito ao silêncio foi consagrado pelo Código de Processo Penal em 1929, sendo que a obrigação de informar o arguido sobre o seu direito ao silêncio só ocorria com o julgamento (artigo 280). Esta obrigação foi mais tarde estendida às fases processuais anteriores, em 1972. O Código de Processo Penal de 1987 introduziu a proibição da valoração negativa do silêncio, a consagração da proibição de utilização da prova obtida em violação deste direito, a proibição da utilização das declarações anteriores do arguido que se remete ao silêncio em audiência e a obrigação de fundamentação de decisões judiciais. Em 1995, o Tribunal Constitucional declarou inconstitucional o artigo 342.º, n.º 2 do Código de Processo Penal que obrigava o arguido, em julgamento (mas não em momento anterior), a revelar os seus antecedentes criminais.²¹

3. Fontes legais e garantias constitucionais

3.1 Fontes legais

3.1.1. Supranacionais

O *nemo tenetur* conhece recepção na ordem jurídica internacional através de instrumentos internacionais regularmente ratificados ou aprovados que vincularem internacionalmente o Estado Português, através da recepção operada pelo artigo 8.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa. Um destes instrumentos é o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos da ONU (PIDCP), que é usado pelo TEDH para complementar as disposições da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH).²² No seu art. 14.º, n.º 3, al. a), prevê que “qualquer pessoa acusada de uma infracção penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: ... não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada”,²³

¹⁹ DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit. in* Revista do Ministério Público, 108/2006, pág. 10.

²⁰ *Idem, ibidem*, pág. 11-12.

²¹ *Idem, ibidem*, pág. 13-14. *Vd. infra* Capítulo II, 2.4.1.2.

²² RAMOS, Vânia Costa, *op. cit. in* Revista do Ministério Público, 108/2006, pág. 141.

²³ <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>.

formulação esta que corresponde à da Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América. Complementando as garantias processuais penais vertidas no artigo 6.º da CEDH, em particular a presunção de inocência (n.º 2),²⁴ esta disposição aponta como corolários do *fair trial* a que se reporta o artigo 6.º da CEDH, o direito de uma pessoa a não cooperar na sua incriminação e o direito ao silêncio.²⁵

3.1.2. Nacionais

Entre nós, o *nemo tenetur* na sua vertente do direito ao silêncio é reconhecido pelo art. 61.º/1/c) do Código de Processo Penal, e reforçado por preceitos legais como os artigos 141.º, n.º4, 143.º, n.º2, 144.º, n.º1, 343.º, n.º 1 e 345.º, n.º1, todos do Código de Processo Penal²⁶. Resulta destes preceitos que o arguido tem direito ao silêncio, devendo ser informado da prerrogativa de se recusar a prestar declarações ou responder a questões antes de qualquer interrogatório.

Se o arguido escolher não prestar declarações, o seu silêncio não poderá ser interpretado em seu desfavor; o silêncio, total ou parcial, não responsabiliza criminalmente o arguido, estando o tribunal proibido de o valorar contra ele ou de o considerar como indício ou presunção de culpabilidade sua, ou de determinação concreta da pena.²⁷

3.2. Consagração constitucional do *nemo tenetur*?

Ao contrário de outras constituições, como a brasileira, a norte-americana (na sua 5.^a Emenda) e a espanhola, a Constituição da República Portuguesa, tal como a alemã, não

²⁴ «Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada» (<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>).

²⁵ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* in Revista do Ministério Público, 108/2006, pág. 141.

²⁶ DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, pág. 14.

²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer), *op. cit.* pág. 43, ANTUNES, Maria João, “Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido”, Sub Judice, n.º 4 (1992), p. 26, DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* pág. 14.

prevê expressamente o direito ao silêncio ou a prerrogativa contra a auto-incriminação.²⁸

A doutrina, tanto portuguesa como alemã, está de acordo em como enquanto garantia processual do sujeito – em particular do sujeito processual penal – esta consta como princípio constitucional não escrito decorrente de diversos outros preceitos constitucionais, dirigidos a consagrar várias outras prerrogativas dos cidadãos.²⁹

Porém, quanto à natureza dos preceitos constitucionais dos quais emana a consagração da prerrogativa contra a auto-incriminação, divergem as posições. Na Alemanha, a maioria da doutrina subscreve a um entendimento *substantivista* quanto à fonte constitucional do *nemo tenetur*, baseando-a nos preceitos relativos à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais dos sujeitos. Pelo contrário, o entendimento maioritário em Portugal, tanto da doutrina como da jurisprudência, aponta para o cariz *processualista* das garantias constitucionais do sujeito nas quais faz assentar o *nemo tenetur*. Repare-se que esta divergência afigura-se da maior relevância para a temática do âmbito do *nemo tenetur*, pois um direito que emane directamente da dignidade da pessoa humana não será passível de sofrer as mesmas restrições que um direito decorrente de garantias processuais – o primeiro terá uma tendência absoluta, e o segundo poderá ser mais abertamente limitado.³⁰

Debrucemo-nos, em mais detalhe, sobre estas duas correntes explicativas da natureza e fonte legal do *nemo tenetur*:³¹

3.2.1. A corrente substantivista³²

²⁸ RAMOS, Vânia Costa, «Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*», Parte II, in Revista do Ministério Público 109/2007, pág. 58.

²⁹ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* in Revista do Ministério Público, 109/2007, pág. 58, DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer) *op. cit.* pág. 38-39, ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* 124.

³⁰ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* in Revista do Ministério Público, 109/2007, pág. 58, DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer), *op. cit.* pág. 40.

³¹ Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer), *op. cit.* pág. 40 e seguintes; PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 105 e seguintes, MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 122 e seguintes, ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 124 e seguintes, RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* in Revista do Ministério Público, 109/2007, pág. 58 e seguintes.

³² PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 105 e seguintes.

O entendimento germânico em matéria da fonte constitucional do *nemo tenetur* aponta como os preceitos de onde este princípio emana disposições relativas a direitos fundamentais, nomeadamente os artigos 1, I (“Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, salvo violação dos direitos de outrem e violação da ordem constitucional ou costumes”), 2, I (“A dignidade da pessoa humana é inviolável. Constitui obrigação de qualquer poder estatal respeitá-la e protegê-la”) e 19 II (“Em caso algum pode um direito fundamental ser afectado na sua essência”)³³ da *Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*^{34, 35}. Segundo Dingeldey, o direito de autodeterminação do sujeito “está em íntima conexão com a doutrina da dignidade humana segundo o arquétipo do conceito kantiano de autonomia.”³⁶

Entre nós, os preceitos constitucionais correspondentes seriam aqueles pertinentes à dignidade da pessoa humana (art. 1.º CRP), aos direitos à integridade pessoal da pessoa (art. 25.º CRP) e ao livre desenvolvimento da sua personalidade (art. 26.º CRP).³⁷ Ao abrigo destes preceitos, o arguido não é concebido como mero objecto da actividade sancionatória do Estado e tem a liberdade de se comportar com completa autonomia individual, liberdade esta que é posta em causa caso seja admissível vir a ser convertido em meio de prova contra si próprio.³⁸

Assim, na doutrina alemã o direito ao silêncio, por ser expressão da prerrogativa contra a auto-incriminação, constitui um direito de personalidade, ancorado nos direitos à dignidade da pessoa humana e livre desenvolvimento da personalidade.³⁹ A auto-incriminação, exercida à revelia deste direito de personalidade, é tida como um “acto estranho à natureza humana”, nas palavras de Rogall⁴⁰, um acto que vai contra o natural instinto humano. Como tal, não passível de ter lugar mediante coerção. Este autor considera que a prerrogativa contra a auto-incriminação deriva de um “direito natural de protecção própria”, enraizado num instinto de auto-preservação e sobrevivência.⁴¹ Não

³³ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* in Revista do Ministério Público, 109/2007, pág. 59-60.

³⁴ A Constituição da República Alemã, doravante GG.

³⁵ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* in Revista do Ministério Público, 109/2007, pág. 59; MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 123.

³⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 125.

³⁷ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* in Revista do Ministério Público, 109/2007, pág. 59-60, PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 106, MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 123, NETO, Theodomiro Dias, «O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano» in Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 5, n.º 19, 1997, pág. 186.

³⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 125.

³⁹ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 123.

⁴⁰ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* in Revista do Ministério Público, 109/2007, pág. 61.

⁴¹ *Idem, ibidem*, pág. 61

está, portanto, à disposição do legislador e só admitirá como legítimas as limitações que não atinjam a esfera indisponível da liberdade.⁴²

3.2.2. A corrente processualista⁴³

Em Portugal, no entanto, o entendimento maioritário é diferente: o *nemo tenetur* derivará antes das garantias processuais do arguido.⁴⁴ Rejeitam as teses substantivistas, entre outros, Vânia Costa Ramos, afirmando que “o próprio ímpeto egoísta e auto-favorecedor do arguido, que segue o seu instinto de sobrevivência, não parece encaixar na dignidade da pessoa humana”⁴⁵ e Sofia Saraiva Menezes, entendendo que “o princípio da dignidade humana, enquanto princípio transversal a todo o ordenamento jurídico, e pelo seu carácter demasiado genérico, será em nossa opinião, apenas fonte mediata do direito ao silêncio”.⁴⁶ Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade entendem que a dignidade da pessoa humana, a livre autodeterminação e a liberdade de declaração são apenas reflexamente protegidas pelo *nemo tenetur*, uma vez que o propósito das garantias processuais é efectivamente proteger estes direitos fundamentais.⁴⁷ Assim, entende-se que, apesar de o *nemo tenetur* ter a finalidade última de salvaguardar direitos fundamentais do arguido no processo penal - como verdadeiro sujeito e não mero objecto de prova em contexto processual -, esta finalidade não será o seu fundamento de origem.⁴⁸ No mesmo sentido, afirmou o TC que o direito ao silêncio é ‘uma componente das garantias de defesa asseguradas no art 32.º da CRP, cujo objectivo último é a protecção do arguido como sujeito nos processos’, no Acórdão do Tribunal Constitucional 695/95, de 24 de Abril de 1996, que julgou inconstitucional o n.º 2 do artigo 342.º do Código de Processo Penal.

⁴² RAMOS, Vânia Costa, *op. cit. in* Revista do Ministério Público, 109/2007, pág. 60-63, PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 105, MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 123.

⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer) *op. cit.* pág. 41-42, RAMOS, Vânia Costa, *op. cit. in* Revista do Ministério Público, 108/2006, pág. 69, PINTO, Frederico Lacerda da Costa, « Supervisão, dever de colaboração e direito de defesa » *in* «Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova (CMVM)», Almedina, 2009, Coimbra, pág. 99.

⁴⁴ PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 107.

⁴⁵ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit. in* Revista do Ministério Público, 109/2007, pág. 62.

⁴⁶ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 125.

⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer) *op. cit.* pág. 41. No mesmo sentido, DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* pág. 15.

⁴⁸ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit. in* Revista do Ministério Público, 109/2007, pág. 69-70.

É também de salientar que, tendo em conta a necessidade última de garantir os direitos fundamentais, nomeadamente o direito à dignidade humana, dos sujeitos processuais no decurso do processo, nas palavras de Sofia Saraiva Menezes, “o Tribunal terá sempre que fazer uma análise casuística, não podendo, por isso, legitimar as suas respostas com o mero recurso a uma posição substantivista ou processualista”.⁴⁹

Mantém-se, no entanto, a questão, de saber de quais garantias processuais do sujeito deriva, em particular, a prerrogativa contra a auto-incriminação.

3.2.2.1. O processo equitativo (artigos 20.º, n.º4 e 32.º, n.º8 da Constituição):⁵⁰

O princípio do processo equitativo (*fair trial*), conceito de origem anglo-saxónica ligado à própria estrutura do processo acusatório, traduz-se na imperatividade de os sujeitos processuais poderem defender as suas pretensões numa posição não inferior às dos outros sujeitos, devendo o tribunal efectivamente analisar todos os meios, argumentos e provas oferecidas pelas partes ou sujeitos processuais.⁵¹ Integram-no os princípios que devem reger o processo para que este seja justo visando a protecção do arguido (por exemplo, o princípio contraditório e da igualdade de armas), reconhecido como verdadeiro sujeito processual⁵², no exercício do seu direito de defesa perante o Estado.⁵³

O *fair trial* deriva da ordem jurídica supranacional, sendo prementes para a sua definição o já mencionado artigo 6.º da CEDH, bem como as decisões da comissão e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que interpretam a Convenção, entre outros elementos internacionais. A sua relação com o *nemo tenetur* é abordada pelo Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos da ONU, que no seu artigo 14.º, configura o direito a não colaborar para a sua própria incriminação e o direito ao silêncio como corolários do *fair trial*.⁵⁴

⁴⁹ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 125.

⁵⁰ PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 106-107, RAMOS, Vânia Costa, *op. cit. in* Revista do Ministério Público, 109/2007, pág. 69 e seguintes, DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer), *op. cit.* pág. 41-42.

⁵¹ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit. in* Revista do Ministério Público, 108/2006, pág. 140-141.

⁵² *Idem, ibidem*, pág. 133-134.

⁵³ *Idem, ibidem*, pág. 139.

⁵⁴ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit. in* Revista do Ministério Público, 108/2006, pág. 141.

Na ordem jurídica nacional, o *fair trial* conhece recepção no artigo 20.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa, que estabelece o direito à resolução de litígios de prazo razoável e mediante processo equitativo, bem como no art. 32.º, n.º 1, e no PP.⁵⁵

Vânia Costa Ramos entende ser este princípio o fundamento constitucional do *nemo tenetur*, por este último se traduzir na “essência de um processo penal com todas as garantias inerentes à qualidade de sujeito do arguido”, sendo em função das exigências do *fair trial* que são fixadas as garantias processuais de defesa do arguido, entre elas o *nemo tenetur*.⁵⁶

3.2.2.2 O Estado de Direito democrático (artigo 2.º da Constituição):

O Estado de Direito é aquele em que ao cidadão é garantido o tratamento equitativo perante os seus órgãos, incluindo os que exercem o poder punitivo, através da atribuição de garantias de defesa,⁵⁷ daí que se possa fundamentar a prerrogativa contra a auto-incriminação neste conceito. No entanto, alguns autores entendem que como fundamento do *nemo tenetur*, é demasiado vasto; Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade defendem que tal é a sua amplitude que só de forma mediata tem reflexos nos direitos ao silêncio e à não autoincriminação.⁵⁸ Assim, careceria de especificação, dentro do âmbito do Estado de Direito democrático, reconduzindo-se ao princípio do processo equitativo, então, enquanto manifestação processual da ideia de Estado de Direito.⁵⁹

3.2.2.3 A presunção de inocência (artigos 8.º e 32.º, n.º 2) e princípio do acusatório⁶⁰

⁵⁵ MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui de, «Constituição Portuguesa Anotada - Tomo I», anotação ao art. 32.º, n.º 1, 2.ª edição, 2010, Coimbra Editora, Coimbra.

⁵⁶ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* in Revista do Ministério Público, 109/2007, pág. 72.

⁵⁷ *Idem, ibidem*, pág. 70.

⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer) *op. cit.* pág. 42, RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* in Revista do Ministério Público, 108/2006, pág. 72.

⁵⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 122 e seguintes.

⁶⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer) *op. cit.* pág. 41-42.

A afirmação da presunção de inocência foi um dos marcos da viragem no estatuto do arguido no processo penal de mero ‘objecto’ do processo a verdadeiro sujeito processual, própria da passagem de uma estrutura processual de cariz inquisitório a uma de cariz acusatório.⁶¹

Este princípio, contido em inúmeros instrumentos internacionais, como os já mencionados artigo 6.º da CEDH (que, no seu número 2, consagra que “qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”⁶²) e 14.º do PIDCP (que dispõe, no seu n.º 2: “Qualquer pessoa acusada de infracção penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”⁶³) mas também o artigo 11.º, n.º 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 (“Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”⁶⁴), relaciona-se com a temática do *nemo tenetur* pois quem se presume inocente não pode ser forçado a autoincriminar-se.⁶⁵ Presumindo-se a inocência do arguido, o foco deixa de estar na extracção de uma confissão da sua presumida culpa pelos meios que forem necessários e surge assim a necessidade de garantias contra estes abusos, entre eles, a possibilidade do arguido recusar prestar declarações se estas conduzirem à sua incriminação.

Quanto ao princípio do acusatório, este é também derivado da estrutura acusatória do processo penal moderno, mitigada por um princípio de investigação. A sua aplicação à posição do arguido no processo penal implica que a verdade material só poderá ser descoberta se forem respeitados os direitos fundamentais à dignidade e liberdade do arguido – ou seja, a verdade não se basta por ser material, terá também que ser processualmente válida, investigada através de meios legalmente admissíveis.⁶⁶ O papel do *nemo tenetur*, segundo Manuel da Costa Andrade, seria então servir de “critério

⁶¹ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 120 e seguintes.

⁶² <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>.

⁶³ <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>.

⁶⁴ <https://dre.pt/comum/html/legis/dudh.html>.

⁶⁵ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit. in* Revista do Ministério Público, 109/2007, pág. 67.

⁶⁶ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 120. Sobre o conceito de verdade material, SILVA, Germano Marques da, «Curso de Processo Penal», Tomo I, 5.ª edição, 2008, Editorial Verbo, Lisboa, pág. 85-86 e DIAS, Jorge de Figueiredo, «Direito Processual Penal I», Coimbra Editora, 1974, Coimbra, pp. 426-427.

seguro de demarcação e de fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações de processo inquisitório”.⁶⁷

No entanto, a doutrina não aceita pacificamente estes princípios como fundamento do *nemo tenetur*. Frederico de Lacerda da Costa Pinto entende que o princípio *in dubio pro reo*, resultado lógico da aplicação prática do princípio da presunção de inocência à recolha de declarações do sujeito, não se aplica neste caso, pois só se aplicaria em caso de dúvida, não sendo um princípio de valoração de prova.⁶⁸ No mesmo sentido, Vânia Costa Ramos aponta que a presunção de inocência e a estrutura acusatória do processo são apenas aspectos reflexos do processo equitativo, verdadeiro fundamento constitucional da prerrogativa contra a auto-incriminação.⁶⁹

A jurisprudência, no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 695/95 de 24 de Abril de 1996, embora tenha considerado que, no caso, teria havido a violação do princípio da presunção de inocência, não pareceu fazer decorrer deste o direito ao silêncio, não se pronunciando sobre a correlação entre as duas prerrogativas, mas apenas decidindo no sentido de reconhecer a tutela constitucional de ambas com o mesmo objectivo, o de garantir o tratamento do arguido como sujeito processual.⁷⁰

3.2.2.4. O direito de defesa

Foi este um dos corolários originários do *nemo tenetur*, apontado como razão de ser para o mesmo na Grã-Bretanha medieval.⁷¹ Assim o classificam também o *Supreme Court of Judicature*⁷² britânico e o Quinto Aditamento à Constituição dos Estados Unidos da América. Entre a doutrina, os seus proponentes incluem Frederico de Lacerda da Costa Pinto, salientando a dimensão tácita do direito de defesa apenas – a não valoração do silêncio, portanto, que “seria, *per se*, uma emanção probatória do princípio da presunção de inocência”.⁷³

⁶⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 122.

⁶⁸ PINTO, Frederico Lacerda da Costa, *op. cit.* pág. 98-99.

⁶⁹ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* in Revista do Ministério Público, 109/2007, pág. 72.

⁷⁰ *Idem, ibidem*, pág. 68.

⁷¹ *Idem, ibidem*, pág. 70, MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 118.

⁷² Acórdão [2008] EWCA Crim 2117 do *Supreme Court of Judicature, Court of Appeal (Criminal Division)*, disponível em <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2008/2177.html>. Vd. PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 94.

⁷³ PINTO, Frederico Lacerda da Costa, *op. cit.* pág. 99.

A jurisprudência portuguesa parece perfilhar esta vertente: o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 695/95, pronunciando-se sobre a inconstitucionalidade do antigo art. 342.º, n.º 2 do Código de Processo Penal, considerou que este, ao prever a imposição ao arguido do dever de responder a perguntas sobre os seus antecedentes criminais, formulada no início da audiência de julgamento, viola o direito ao silêncio, enquanto direito que integra as garantias de defesa do arguido. No mesmo sentido, os acórdãos do mesmo Tribunal n.º 155/2007, 181/2005 e 304/2004.⁷⁴

3.2.2.5. O direito a ser ouvido

Este direito, que se traduz no poder de influenciar o decorrer do processo através da prestação de declarações a qualquer momento, de se fazer ouvir pelo tribunal ou juiz de instrução, decorre do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 695/95 e integra as garantias de defesa do artigo 32.º, n.º1. Enquadrando o direito a prestar declarações como um direito, e não uma obrigação, a exercer de forma a que o arguido possa favorecer a sua posição, poder-se-ia considerar o direito a ser ouvido como fundamento do *nemo tenetur*.

É nosso entendimento, no entanto, que a proibição de auto-incriminação não decorre expressamente do direito a ser ouvido, pelo menos de forma mais imediata: embora ambas as prerrogativas revistam a natureza de garantias constitucionais do sujeito processual, ver-se-ia o *nemo tenetur* limitado àqueles casos fundados na estrita comunicação verbal, pelo menos na acepção tradicional e restrita do entendimento de silêncio e de prestação de declarações recebida por parte da doutrina, o que nos parece demasiado restritivo da prerrogativa, pois resultaria na exclusão, do seu âmbito, de todas as outras actuações que são aptas a auto-incriminar.⁷⁵

4. Relação com o direito ao silêncio

4.1. Direito ao silêncio - definição

⁷⁴ DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* in Revista do Ministério Público, 108/2006, pág. 16.

⁷⁵ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* in Revista do Ministério Público, 109/2007, pág. 68-69.

O direito ao silêncio, como decorre do artigo 61.º, n.º 1, al. d) do Código de Processo Penal atribui ao arguido o direito de “não responder a perguntas feitas por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar.” Este direito pode ser invocado sempre que o arguido seja chamado a prestar declarações em interrogatório realizado pelos órgãos de polícia criminal ou por autoridades judiciárias, ou em audiência de julgamento pelo juiz.

Ainda, segundo os artigos 141.º, 143.º, n.º 2, 144.º n.º 1, 343.º n.º 1 e 345.º n.º 1, o direito ao silêncio é acompanhado de deveres de informação e de advertência em como o silêncio do arguido não pode ser interpretado contra si, tendo o arguido a faculdade de recusar prestar declarações e responder a quaisquer questões, sem que isso o possa desfavorecer.⁷⁶

Assim se verifica que a existência do direito ao silêncio no âmbito do processo penal é essencial como garante de todos os sujeitos processuais que são compelidos pelo sistema judicial a prestarem declarações com verdade no decorrer de um processo.

4.2 Relação com o *nemo tenetur*

Não é claro o alcance de ambos os termos, sendo muitas vezes usados como sinónimos⁷⁷ (associação esta que se encontra plasmada no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 372/98, de 13 de Maio). A relação entre o *nemo tenetur* e o direito ao silêncio afere-se relativamente à área de coincidência entre os dois: segundo as concepções mais restritivas⁷⁸, o direito ao silêncio é núcleo fundamental ou mesmo conteúdo único do *nemo tenetur*, e confunde-se mesmo com este, sendo as duas expressões utilizadas como se fossem sinónimas uma da outra. No entanto, recentemente, certa doutrina⁷⁹ tem vindo a entender que o *nemo tenetur* tem dois corolários – o direito ao silêncio e prerrogativa contra a auto-incriminação, devendo ser

⁷⁶ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 126-127.

⁷⁷ PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 108, DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* pág. 20-21.

⁷⁸ MARQUES, Paulo, «Infracções Tributárias - Vol. I: Investigação criminal», Ministério das Finanças e da Administração Pública, 2007, Lisboa, pág. 171 e seguintes, PINTO, Frederico Lacerda da Costa, *op. cit.* pág. 98-99, MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 95. Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, embora considerem que o direito ao silêncio é o “núcleo quase absoluto” do *nemo tenetur* (DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* pág. 20-21) reconhecem a existência de “uma série de corolários” deste princípio, entre os quais o direito ao silêncio.

⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer) *op. cit.* pág. 43-44, PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 104 e 109.

interpretado extensivamente para englobar realidades que fogem ao domínio do direito ao silêncio, por se considerar que se tratam de realidades equiparadas, igualmente aptas a auto-incriminar – tais como sejam a entrega forçada de documentos ou a recolha de material genético para fins probatórios.⁸⁰

De qualquer forma, o direito ao silêncio e o *nemo tenetur* estão intimamente ligados, porquanto se prendem com considerações em torno dos direitos fundamentais do arguido no processo penal⁸¹ - e ainda que se entenda, como o fazemos (sem querer apressar as conclusões de parte posterior do presente trabalho), que não são conceitos sinónimos, tendem a abarcar as mesmas realidades. No capítulo sexto concretizaremos a fundo as posições relativamente ao âmbito do *nemo tenetur* e ao papel que o direito ao silêncio desempenha no seio desta prerrogativa.

5. Valoração fáctica do silêncio e dever de advertência

5.1. Valoração fáctica do silêncio

Como já vimos, o *nemo tenetur* implica uma impossibilidade legal de valorar negativamente o silêncio contra quem o invocou; assim, o silêncio do arguido não deve ser valorado como um indício ou presunção de culpa e como tal não pode ser sujeito ao princípio de livre apreciação de prova⁸² – significa isto que o silêncio não pode ser juridicamente valorado em desfavor do arguido⁸³. Mas acontece, por vezes, que ao invocar o seu direito ao silêncio, o arguido pode renunciar a revelar factos que o possam vir a favorecer no processo – ou seja, há a possibilidade de o silêncio ser facticamente valorado de forma desfavorável ao arguido simplesmente porque o juiz não teve conhecimento de factos que o eximiriam, ou de circunstâncias justificativas ou desculpantes, que, de outra forma, poderiam servir para atenuar a pena aplicada ou mesmo absolvê-lo.⁸⁴

⁸⁰ PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 108-109.

⁸¹ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 118, 132 e seguintes.

⁸² *Idem, ibidem*, pág. 129.

⁸³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* pág. 448-449.

⁸⁴ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 129, DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* pág. 448-449.

Figueiredo Dias é da opinião de que o exercício do direito ao silêncio poderá representar um *privilegium odiosum* para o arguido, na medida em que, embora exista a proibição de valoração desfavorável do silêncio do arguido do ponto de vista jurídico, poderá acontecer que, do ponto de vista fáctico, o arguido possa ser desfavorecido por se recusar a prestar declarações quando do seu silêncio “derive o definitivo desconhecimento ou desconsideração de circunstâncias que serviriam para justificar, total ou parcialmente, a infracção”.⁸⁵ No mesmo sentido, Manuel da Costa Andrade⁸⁶ e a jurisprudência, como por exemplo o Acórdão do STJ de 14/04/1993, em que se justificou a nulidade da sentença do tribunal *a quo* com base no que o arguido e as testemunhas “disseram e não disseram”, cimentando o entendimento da jurisprudência em como o arguido não pode nem ser prejudicado pelo seu silêncio nem dele colher benefícios.⁸⁷

5.2. Dever de advertência e esclarecimento

Para o são exercício da prerrogativa contra a auto-incriminação, os sujeitos processuais deverão ser notificados da sua existência. Como tal, o direito ao silêncio do arguido é acompanhado de deveres de informação, da parte dos órgãos de polícia criminal ou das autoridades judiciárias, sobre o mesmo e de esclarecimento em como o seu silêncio não pode ser interpretado contra si, tendo o arguido a faculdade de recusar prestar declarações e responder a quaisquer questões, sem que isso o possa desfavorecer.⁸⁸ Exemplos deste dever de advertência encontram-se nos arts. 58.º, n.º2, 61.º, n.º1, al. h), 141.º, n.º4, al. a) e 343.º, n.º1.

Tais deveres são da competência dos órgãos de polícia criminal na fase do inquérito (art. 58.º, n.º 2 do CPP) e das autoridades judiciárias nas restantes (art. 141.º, 343.º, n.º 1 e 345.º, n.º 1), significando isto que a advertência deverá tomar lugar antes de quaisquer prestação de declarações, incluindo o primeiro interrogatório do arguido – como, de resto, famosamente também decorre do já atrás referido acórdão do *Supreme Court* dos Estados Unidos da América, *Miranda v. Arizona*, de 1966. A testemunha também

⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* pág. 448-449.

⁸⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 128-129.

⁸⁷ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 129, nota de rodapé 42. Cfr. Acórdão do STJ de 20 de Agosto de 2008.

⁸⁸ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 130 e seguintes, ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 126, DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer), *op. cit.* pág. 39 e 43.

deverá ser advertida, embora a lei não o preveja para o caso de perguntas auto-incriminatórias a que ela se pode recusar a responder (art. 132.º, n.º2), mas somente para perguntas que possam incriminar familiares e afins (art.134.º, n.º2)⁸⁹; neste caso não se trata, obviamente, de auto-incriminação, mas visto o *nemo tenetur* se estender às testemunhas⁹⁰, cremos ser o mais correcto adverti-las do mesmo anteriormente ao seu depoimento.

6. Consequências da violação do *nemo tenetur*

O incumprimento do dever de advertência por parte das autoridades competentes, bem como a actuação da autoridade em revés dos princípios de livre declaração e autodeterminação da vontade declarativa do sujeito em processo penal, poderá resultar na formação indevida da vontade do arguido em se prestar como meio de prova.⁹¹ O direito ao silêncio configura-se uma garantia de defesa do arguido e, como tal, este ser dela privado não pode ser admitido. No entanto, a doutrina diverge acerca da consequência do incumprimento desse dever. Entre as consequências propostas para a violação do *nemo tenetur*, contam-se a prescrição ordenativa de produção de prova, a proibição da prova, a irregularidade da prova e a eventual tutela penal.

6. 1. Prescrição ordenativa de produção de prova⁹²

Segundo esta tese, não há qualquer impedimento à valoração das declarações do arguido como prova, uma vez que o que está em causa é a violação de regras de produção de prova, de regras que disciplinam o procedimento exterior da realização da prova, cominando esta violação então apenas em responsabilidade disciplinar ou interna do responsável.⁹³

⁸⁹ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 130.

⁹⁰ *Vd.* as considerações tecidas *infra* a respeito do âmbito subjectivo do *nemo tenetur* (Capítulo II, 3.2).

⁹¹ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 130-131, DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* pág. 35-36.

⁹² MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 131.

⁹³ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 131, DIAS, Jorge de Figueiredo, *op. cit.* pág. 446, ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 84.

Na Alemanha, esta orientação, que prima pela aceitabilidade da prova produzida mediante violação de regras de produção de prova, tem sido afastada desde 1992 pela jurisprudência, em preterição da inutilização da prova.⁹⁴

6.2. Proibição de prova

Recolhendo a preferência da maioria da doutrina em Portugal⁹⁵, a tese da proibição de prova como consequência do incumprimento dos deveres estatais relacionados com o exercício da prerrogativa contra a auto-incriminação estabelece não só a proibição de uso de declarações prestadas ao revés da prerrogativa, mas também a proibição de valoração da prova recolhida mediante a prestação de declarações sem que o arguido tenha sido devidamente informado do seu direito ao silêncio.⁹⁶

As proibições de prova, decorrentes do artigo 126.º do Código de Processo Penal, determinam a impossibilidade de utilização e valoração da prova obtida mediante violação dos direitos fundamentais do sujeito que serve de objecto de prova,⁹⁷ estando aqui em causa o direito de defesa do arguido e à sua dignidade pessoal, fundamentos constitucionais do *nemo tenetur*.⁹⁸ Existe também doutrina que propõe a intromissão na vida privada como fundamento da proibição de prova.⁹⁹

A favor desta tese parecem apontar os artigos 58.º, n.º 5 e 152.º, n.º 2, ambos do CPP. Na jurisprudência, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 13.06.2008 veio adoptar este entendimento, afastando o regime geral dos artigos 118.º, n.º1 e 119.º a 123.º e aditando a possibilidade de sanação da mesma através da ratificação com o devido cumprimento do dever de advertência e o consentimento *a posteriori* do declarante ou mediante a repetição da declaração de forma livre e esclarecida.

⁹⁴ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 131.

⁹⁵ DIAS, Jorge Figueiredo, *op. cit.* pág. 446 e seguintes, DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer) *op. cit.* pág. 88-90, MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 131-132, SILVA, Germano Marques da, «Curso de Processo Penal», Tomo II, 4.ª edição, 2008, Editorial Verbo, Lisboa, pág. 138 e seguintes, DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* pág. 35-36.

⁹⁶ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 131, DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer) *op. cit.* pág. 43.

⁹⁷ SILVA, Germano Marques da, «Curso de Processo Penal», Tomo II, 4.ª edição, 2008, Editorial Verbo, Lisboa, pág. 138.

⁹⁸ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 131.

⁹⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, «Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», UCP Editora, 2008, Lisboa, pág. 360.

Segundo Manuel da Costa Andrade, o artigo 32.º, n.º 4, da Constituição prescreve a nulidade de todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, etc., uma vez que “*as provas obtidas em contração do princípio nemo tenetur configurarão inescapavelmente um atentado à integridade moral da pessoa*”. A degradação da pessoa à posição de mero objecto de prova contra si mesmo e a sua privação da sua liberdade de autodeterminação não poderá acarretar diferente consequência. De resto, esta solução resulta também do artigo 61.º, n.º1, al. d) do Código de Processo Penal. Poderá, no entanto, haver ratificação caso e que o declarante, feita a devida advertência, reitera o que havia dito antes num momento em que não tinha conhecimento do seu direito ao silêncio.¹⁰⁰

6.3. Irregularidade de prova:

Outra doutrina existe, porém, que defende que a violação dos deveres associados ao *nemo tenetur* resultam na irregularidade de prova, uma vez que a lei não comina expressamente a nulidade neste caso, segundo o art. 118.º, n.º2 a sanção é a mera irregularidade.¹⁰¹ Esta solução foi afastada em relação ao depoimento testemunhal no já mencionado Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 13.06.2008, que aplicou o regime da proibição de prova e das nulidades insanáveis.¹⁰²

¹⁰⁰ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág 131-132.

¹⁰¹ SANTOS, Manuel Simas e HENRIQUES, Manuel Leal, «Código de Processo Penal Anotado», Tomo II, Editora Rei dos Livros, 2004, Lisboa, pág. 359.

¹⁰² MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 132.

PARTE II – ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO *NEMO TENETUR*

1. Âmbito normativo

Como aludido no capítulo introdutório¹⁰³, embora o foco do presente trabalho seja o *nemo tenetur* no processo penal, esta prerrogativa também se estende a outros ramos do Direito.

Desde logo, o artigo 32.º, n.º 2, da Constituição dispõe que “nos processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e de defesa” – sendo o direito de defesa do arguido um dos fundamentos constitucionais propostos para o *nemo tenetur*.¹⁰⁴

Logo, aplicável a todo o direito punitivo, ou seja, quaisquer processos de carácter sancionatório, onde possam ser aplicadas sanções face às quais o visado deverá beneficiar de direito de defesa,¹⁰⁵ estando assim incluídos no âmbito normativo do *nemo tenetur* o direito das contraordenações e o direito disciplinar.¹⁰⁶

O entendimento do TEDH na matéria é de que o *nemo tenetur* é aplicável quando se verifica uma “acusação de natureza penal” – esta “natureza penal” tem vindo a ser interpretada de forma a coincidir com as definições de natureza sancionatória ou punitiva.¹⁰⁷ De notar ainda o Acórdão Otto v. Postbank do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 1993, no qual foi estabelecida a impossibilidade de transposição do *nemo tenetur* para processos cíveis que respeitem a relações privadas¹⁰⁸, e como tal, sem a intervenção de qualquer sujeição a um poder de autoridade.

2. Âmbito objectivo

Por âmbito material do *nemo tenetur*, entende-se as realidades que são abrangidas ao abrigo da protecção conferida pela prerrogativa contra a auto-incriminação. A

¹⁰³ *Vd. supra* Capítulo I, 1.3 – Terminologia utilizada.

¹⁰⁴ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 123-125.

¹⁰⁵ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* in Revista do Ministério Público, 109/2007, pág. 79-80.

¹⁰⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer), *op. cit.* pág. 46, DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* pág. 22, MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 127.

¹⁰⁷ DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* pág. 22. Cfr. Acórdão Engel de 8 de Junho de 1976.

¹⁰⁸ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* in Revista do Ministério Público, 109/2007, pág. 81.

problemática põe-se quanto a realidades que não correspondem com o âmbito de aplicação inegável do direito ao silêncio. De facto, o direito ao silêncio e o *nemo tenetur* estão intimamente ligados, de tal forma que muitas vezes os dois termos são usados indistintamente. Fará, então, sentido falar *nemo tenetur* e direito ao silêncio como realidades diferentes? Haverá espaços de não coincidência entre os dois conceitos? O *nemo tenetur* é aplicável a realidades que não se enquadram sob o escopo da protecção do direito ao silêncio?

Mencionámos já que existem dois polos distintos do espectro de posições sobre a temática: os autores que defendem uma concepção mais restritiva, na qual o *nemo tenetur* é indistinguível, ou praticamente indistinguível, do direito ao silêncio, e uma concepção mais ampla que configura o direito ao silêncio como mero corolário do *nemo tenetur*, ao lado da prerrogativa contra a auto-incriminação.

2.1. As concepções restritivas

Segundo os autores defensores da visão restritiva do *nemo tenetur*¹⁰⁹, este não é aplicável a prestações pessoais exigidas sob ameaça de sanção que não impliquem a formação da vontade do sujeito¹¹⁰, e como tal não poderão ser equiparáveis à declaração verbal. O direito ao silêncio é tido, então, como conteúdo essencial (“quase absoluto”) do *nemo tenetur*.

A extensão do direito ao silêncio não é pacífica na doutrina. Autores como Paulo Marques e Frederico de Lacerda da Costa Pinto entendem que o direito ao silêncio cinge-se apenas à liberdade de declaração¹¹¹, tradicionalmente entendida. Abarca então apenas as declarações verbais em sentido estrito, directamente auto-incriminatórias, do arguido sobre os factos que lhe são imputados.¹¹² O primeiro autor interpreta restritivamente o art. 61.º, n.º1, al. d) do Código de Processo Penal, limitando-o às declarações verbais do arguido, apoiando-se na existência de restrições ao *nemo tenetur* em caso de situações de possível autoincriminação não-verbais (como as buscas, cfr.

¹⁰⁹ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 95, MARQUES, Paulo, «Infracções Tributárias - Vol. I: Investigação criminal», Ministério das Finanças e da Administração Pública, 2007, Lisboa, pág. 171 e seguintes, PINTO, Frederico Lacerda da Costa, *op. cit.* pág. 98-99.

¹¹⁰ DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* pág. 24.

¹¹¹ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 95.

¹¹² PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 108.

artigo 174.º do Código de Processo Penal), de onde resulta um dever de cooperação com a autoridade pública que não importa restrições, em particular em matéria de investigação de ilícitos fiscais.¹¹³ Pelo seu lado, Frederico de Lacerda da Costa Pinto entende que o direito ao silêncio apenas “permite que o arguido não preste declarações quando inquirido no âmbito de um processo”, mas não que “frustre a execução de diligências de prova, como a recusa de entregar documentos.”¹¹⁴

Na jurisprudência, este entendimento encontra recepção no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.01.2008, que se veio pronunciar no sentido de o direito ao silêncio abranger “apenas o interrogatório substancial sobre o mérito (a factualidade integradora da acusação e declarações sobre ela já prestadas) e a questão da culpabilidade, que comporta excepções, como as resultantes da alínea b) do n.º3 desse art. 61.º, e o já referido dever de responder com verdade às perguntas feitas por entidade competente sobre a sua identidade e, quando a lei o impuser, sobre os seus antecedentes criminais.”

Por outro lado, autores existe que interpretam amplamente o conceito de direito ao silêncio, num entendimento que conhece mais pontos de contacto com a concepção ampla do *nemo tenetur*.¹¹⁵ Embora reconhecendo que o seu âmbito de aplicação excede aquele delimitado pelo artigo 61.º, n.º1, al. d) do Código de Processo Penal para cobrir outras formas de cooperação auto-incriminatória, estes autores continuam a confundi-lo com o direito ao silêncio por razões interligadas com o seu ‘aparecimento e evolução históricos’¹¹⁶ ou com o amplo acolhimento legal de que o direito ao silêncio beneficia em relação à prerrogativa contra a auto-incriminação¹¹⁷.

Assim, segundo esta concepção ampla de direito ao silêncio, este abrange manifestações e acções tradicionalmente não enquadráveis no conceito de ‘declaração’ sujeita a direito ao silêncio: por exemplo, a entrega de documentos sobre os quais não recai nenhum dever de apresentação ou entrega às autoridades judiciais e que estão cobertos pela reserva da vida privada. É crescente o entendimento doutrinal¹¹⁸ em como

¹¹³ MARQUES, Paulo, «Infracções Tributárias - Vol. I: Investigação criminal», Ministério das Finanças e da Administração Pública, 2007, Lisboa, pág. 171 e seguintes.

¹¹⁴ PINTO, Frederico Lacerda da Costa, *op. cit.* pág. 98-99.

¹¹⁵ DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* pág. 21.

¹¹⁶ *Idem, ibidem*, pág. 20.

¹¹⁷ DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* pág. 20.

¹¹⁸ *Idem, ibidem*, pág. 21, SÁ, Liliana da Silva, *op. cit.* pág. 136.

estas realidades, bem como quaisquer outras baseadas na expressão oral, escrita e gestual, são actos comunicativos, manifestações equiparáveis da linguagem humana que não faz sentido diferenciar em matéria de protecção contra a auto-incriminação.¹¹⁹

Sofia Saraiva de Menezes, por exemplo, embora defenda a coincidência de escopo do direito ao silêncio e do *nemo tenetur* devido a entender que a liberdade de declaração é a mais forte expressão do direito à não auto-incriminação, entende o direito ao silêncio como conferindo ao arguido possa recusar-se a praticar actos lesivos da sua defesa, tanto pelo direito de não prestar declarações como pela recusa em fornecer certo tipo de provas; não impende sobre ele qualquer dever de colaboração.¹²⁰

Vânia Costa Ramos entende que o direito ao silêncio pode ser alargado mediante interpretação extensiva para incluir as ditas declarações equiparadas às verbais desde que aptas a auto-incriminar, nomeadamente a entrega de documentos, a indicação ou a cedência de acesso a lugar onde se encontra o meio de prova incriminador, as declarações não-verbais (por meio de actuação ou sujeição) – em suma, ‘consubstancia-se num direito a não ser obrigado a fornecer prova [...] da sua culpabilidade’, seja em que formato for.¹²¹

2.2 As concepções amplas

Entendimento diferente têm os autores que defendem uma concepção ampla do próprio *nemo tenetur*, que considera o direito ao silêncio como seu mero corolário, a par da prerrogativa contra a auto-incriminação¹²²: ambos operam para proteger o sujeito quanto à compulsão para que contribua para aferir a própria culpabilidade, aplicando-se o *nemo tenetur* a todas as situações em que a prestação de informações, seja por que meio for, exponha a pessoa a perigo de perseguição penal.¹²³ Incidem, porém, sobre realidades diferentes: enquanto o direito ao silêncio recai sobre as declarações sobre os

¹¹⁹ GARRET, Francisco de Almeida, *Sujeição do arguido a diligência de prova*, Fronteira do Caos Editores, 2007, pág. 20.

¹²⁰ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 134.

¹²¹ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* in *Revista do Ministério Público*, 108/2006, pág. 133, DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer) *op. cit.* pág. 44 e seguintes. Neste sentido também RISTORI, Adriana «Sobre o Silêncio do arguido no Interrogatório no Processo Penal Português», Almedina, 2007, Coimbra, pág. 98: “O princípio implica que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo, mas também ninguém é obrigado a produzir prova ou praticar actos lesivos à sua própria conduta”.

¹²² DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer), *op. cit.* pág. 40.

¹²³ *Idem, ibidem*, pág. 44.

factos que lhe são imputados, a prerrogativa contra a auto-incriminação é aplicável sobre os todos meios de prova que possam contribuir para a sua incriminação.¹²⁴

Assim, a prerrogativa contra a auto-incriminação abrangeria quaisquer meios de prova que possam contribuir para a auto-incriminação do arguido, incluindo não só as declarações do sujeito – protegidas a título de direito ao silêncio – como todas as restantes aptas a incriminá-lo, incluindo a entrega de documentos, a acção ou sujeição, entre outras.¹²⁵ Quanto à medida de protecção de que gozam estas realidades, Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, defendendo ainda a nuclearidade do direito ao silêncio no *nemo tenetur*, consideram que “à medida que nos afastamos das concretizações nucleares, como o direito ao silêncio ou à não entrega de documentos íntimos, a protecção de que o princípio goza vai-se relativizando, isto é, dependente de concordância prática”, harmonizando os princípios colidentes aplicáveis.¹²⁶

O direito ao silêncio abarcará, por sua vez, apenas a colaboração do arguido na sua incriminação através de declarações sobre os factos que lhe estão imputados, tal como previsto como conteúdo do direito ao silêncio pelo artigo 61.º, n.º1, alínea. d) do Código de Processo Penal. Corresponde, portanto, à concepção mais restritiva de *nemo tenetur* segundo a teoria anterior, mas acrescida da dimensão do corolário da prerrogativa contra a auto-incriminação.¹²⁷ Funcionará então numa lógica de especialidade em relação a esta, devido à especificidade de se tratar de um meio de prova por declarações,¹²⁸ enquanto a prerrogativa contra a auto-incriminação, assim, funcionaria como uma válvula de escape para incluir realidades que não caberiam na definição restritiva de direito ao silêncio.

2.3. Extensão do *nemo tenetur* – dever de colaboração?

Embora seja aparente a necessidade da prerrogativa contra a auto-incriminação, de modo a assegurar as garantias de defesa do arguido no processo penal, é natural

¹²⁴ PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 109-110.

¹²⁵ PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 109-110, ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 43-44, GONÇALVES, Joaquim José Brigas, «O conflito entre o dever de cooperação do obrigado fiscal e o direito à não autoinculpação do arguido», dissertação de mestrado (texto policopiado), Universidade Católica Portuguesa, 2002, Lisboa, págs. 133-135.

¹²⁶ DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* pág. 23.

¹²⁷ *Idem, ibidem*, pág. 23.

¹²⁸ PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 110.

ponderarmos sobre a sua relação com o dever de colaboração dos sujeitos processuais quanto à investigação criminal e descoberta da verdade material: qual a extensão deste dever – se é que é realmente um dever?

Parece óbvio que a liberdade do sujeito processual não possa ser exercida de tal forma que ponha em causa o bom rumo do processo sem fundamento. Debrucemo-nos agora sobre a problemática da harmonização de ambas finalidades – o direito à não auto-incriminação do sujeito processual – maxime o arguido, por um lado, e um bom funcionamento do processo penal com a colaboração de todos os sujeitos processuais, por outro.

2.3.1. As doutrinas da colaboração passiva e activa¹²⁹

A doutrina alemã, para efeitos de deslindar a existência ou não de um dever de colaboração do arguido no processo penal, distingue casos de colaboração passiva e de colaboração activa.¹³⁰

Segundo a doutrina tradicional alemã, defendida por Uwe Hellmann, toda a colaboração que se comina numa acção, ou seja, num comportamento activo (como será a entrega de documentos ou objectos) será colaboração activa, e como tal, inexigível ao arguido quando seja violadora do *nemo tenetur*. As restantes, que se consubstanciam em sujeições, ou seja, comportamentos passivos – colaborações passivas, como por exemplo a sujeição a um exame – seriam exigíveis do arguido.¹³¹ Já a doutrina mais moderna de Wolfslast, entre outros, defende que o *nemo tenetur* tem as suas raízes na dignidade humana do arguido e, como tal, considera que mesmo os comportamentos passivos de colaboração poderão ser atentatórios ao privilégio de não auto-incriminação do arguido.¹³² “O tormento”, escreve esta autora, “a humilhação de ter de ser instrumento contra si próprio podem, em caso de passividade forçada e verificadas certas circunstâncias, ser maiores do que em caso de colaboração activa.”¹³³

¹²⁹ PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 97 e seguintes, RAMOS, ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 127 e seguintes.

¹³⁰ PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 97 e seguintes, ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* 127.

¹³¹ PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 97 e seguintes.

¹³² ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 127, PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 98.

¹³³ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 128.

Entre nós, o entendimento tradicional da doutrina alemã foi recebido por um acórdão do Tribunal da Relação do Porto datado de 2009, quanto à legitimidade da recusa do arguido em se sujeitar à recolha de autógrafos sem incorrer no crime de desobediência, considerada, tanto pelo tribunal *a quo* como pela Relação, como uma conduta passiva e como tal consubstanciando colaboração passiva, inexigível ao arguido quando conflituante com a sua prerrogativa contra a auto-incriminação – temperando, no entanto, o princípio do *nemo tenetur* com o princípio da legalidade, na medida em que, adicionalmente, se invocou a falta de existência de obrigação do arguido em se sujeitar à recolha de autógrafos devido à falta de previsão de tal diligência de prova na lei para se afirmar o direito do arguido em legitimamente não colaborar com a investigação.¹³⁴

No entanto, autores como Manuel da Costa Andrade¹³⁵, entre outros¹³⁶, creem ser de afastar a recepção desta teoria na ordem jurídica portuguesa, devido ao seu carácter simplista e às dificuldades em distinguir as condutas passivas e activas. Por exemplo, Wolfslast apresenta a prova por reconhecimento de pessoas como um desses casos de fronteira; não previsto na lei processual penal germânica como na lei processual penal portuguesa, legitima a possibilidade do arguido ter que se sujeitar a um leque de intrusões (cortes de cabelo, artifícios, agindo de certa maneira) para efeitos probatórios. Ora, preside ao processo penal o princípio do Estado de Direito, segundo o qual todo o atentado à liberdade dos cidadãos carece de expressa legitimação legal. O reconhecimento é doutrinariamente admitido na Alemanha pois qualifica uma situação de colaboração passiva. Wolfslast discorda, entendendo que o reconhecimento parece implicar uma acção do arguido, ao exigir que este adopte certa postura e não chame atenção sobre a sua pessoa afim de não inutilizar o resultado final do reconhecimento, e não uma sujeição, como é tradicionalmente qualificado este meio de prova¹³⁷, e ainda que o seja, que tal distinção, para efeitos de garantia dos direitos fundamentais do arguido no processo penal, não é relevante. Costa Andrade chama a atenção para o facto de o reconhecimento de pessoas constar da lei processual penal portuguesa, no artigo 147.º do CPP, em observância dos critérios de admissibilidade de restrições ao *nemo*

¹³⁴ PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 98-99.

¹³⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 128-129.

¹³⁶ PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 98.

¹³⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 130-131.

tenetur, nomeadamente, do critério de obrigatoriedade de previsão legal expressa – não só da prática em si mas dos seus limites também.¹³⁸

Também o Tribunal Constitucional se pronunciou sobre o assunto, inutilizando a distinção entre colaboração activa e passiva em sede de aplicação do *nemo tenetur*, no seu Acórdão n.º 155/2007 referente à colheita de saliva para efeitos da realização de testes de ADN, salientando que não só a colheita de saliva foge à dicotomia por ser um tipo de colaboração ‘mista’¹³⁹ mas também a distinção entre colaboração activa e passiva, para efeitos do *nemo tenetur*, afigura-se irrelevante, sendo que, segundo o Tribunal Constitucional, a colheita de saliva, ‘*independentemente de não requerer apenas um comportamento passivo, não se pode catalogar como obrigação de auto-incriminação*’.¹⁴⁰

Assim, conclui a maioria da doutrina portuguesa que a dicotomia entre colaboração passiva e colaboração activa, oriunda da doutrina alemã, é insuficiente e não deverá ser utilizada como critério para efeitos de apuramento da existência de um dever de colaboração do arguido do processo penal e de aplicação do *nemo tenetur* na ordem jurídica portuguesa.

2.3.2. Dever de colaboração versus direito à não colaboração quando esta implique auto-incriminação

A posição da doutrina portuguesa quanto à existência de um dever genérico de colaboração com o processo penal parece ser que a obrigação de colaboração é a excepção, aquando a sua previsão expressa na lei, é o *nemo tenetur* a regra.¹⁴¹ Neste sentido, o entendimento do professor Jorge de Figueiredo Dias é no sentido de tal dever abstracto de colaboração não existir, sendo mesmo incompatível com o direito do sujeito à não auto-incriminação, na medida em que é preciso sempre que “a utilização do arguido como meio de prova seja sempre limitada pelo integral respeito da sua vontade”; ainda, “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

¹³⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 131.

¹³⁹ PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 99.

¹⁴⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007, de 2 de Março de 2007.

¹⁴¹ PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág.110-111.

processo”.¹⁴² De resto, derivando o *nemo tenetur* de preceitos constitucionais e afigurando-se garantia de defesa do arguido, não se poderá nunca considerar que o arguido esteja vinculado a um dever de colaboração genérico, não obstante de existirem, como veremos, certas áreas de limitação.

Ainda assim, não lhe assistirá um dever de dizer a verdade? O arguido não presta juramento, logo não tem nenhuma obrigação de dizer a verdade quando questionado sobre factos que o possam incriminar¹⁴³. O que não substancia necessariamente, na opinião de Manuel da Costa Andrade e Castanheira Neves, um direito à mentira – apenas um direito à recusa de revelar uma verdade autoincriminatória.¹⁴⁴

2.4 A existência de derrogações e limitações ao *nemo tenetur*

José Brigas Gonçalves opina que o *nemo tenetur* é um direito que “não admite descontinuidade ou graduações de qualquer tipo: toda a coação comporta a proibição de prova”,¹⁴⁵ subscrevendo assim um entendimento clássico do *nemo tenetur*¹⁴⁶, como direito enquadrado no Estado Liberal, pautado pela pouca intensa regulamentação e por uma perspectiva minimalista dos direitos fundamentais defensáveis pelo direito penal. Exaltando a importância da posição do arguido como indivíduo, como sujeito do processo penal com direitos inerentes à sua dignidade humana, este autor critica todas as restrições ao *nemo tenetur* como “expedientes utilizados em nome do combate às novas formas de criminalidade”¹⁴⁷

Pelo contrário, a perspectiva moderna,¹⁴⁸ que reúne a maioria da concordância entre a doutrina e jurisprudência portuguesas, tem em conta a evolução da sociedade e do conceito do próprio Estado, concebendo o *nemo tenetur* como limitado em função da natureza das infracções em jogo e dos seus autores¹⁴⁹. O *nemo tenetur* é assim visto como um princípio adaptado a um modelo de Estado intervencionista e vigilante, do

¹⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo, «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal» in «Jornadas de Direito Processual Penal», Almedina, 1991, Coimbra, pág. 27-28.

¹⁴³ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 121, MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 126.

¹⁴⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 121, DIAS, Jorge Figueiredo, «Direito Processual Penal», *op. cit.* pág. 449 e seguintes.

¹⁴⁵ GONÇALVES, Joaquim José Brigas, *op. cit.* pág. 154

¹⁴⁶ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* in Revista do Ministério Público, 109/2007, pág. 88.

¹⁴⁷ GONÇALVES, Joaquim José Brigas, *op. cit.* pág. 155 e seguintes.

¹⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer) *op. cit.* pág. 46.

¹⁴⁹ *Idem, ibidem*, pág. 44.

qual é própria a regulação de sectores de actividade económica, nas mãos de privados mas sujeitos a quadros regulamentares, de forma a proteger os indivíduos das vicissitudes dos mercados.¹⁵⁰

Inerente também a esta concepção de Estado é o conceito de “sociedade de risco”, na qual inúmeras actividades são lícitas mas perigosas, justificando-se a regulação o acesso a elas pelo Estado, através de mecanismos de prevenção comunicativa ou contrafáctica, sanções penais ou administrativas para quem cria o risco e controlo permanente e preventivo dessas actividades através de um sistema de liberdade condicionada. Este sistema é protegido por uma segunda ‘camada’ de prevenção comunicativa, que não vem directamente proteger o bem jurídico em causa mas o mecanismo que se propõe a protegê-lo.

Segundo a perspectiva moderna, as restrições ao *nemo tenetur* devem apenas existir no âmbito desta segunda prevenção comunicativa.¹⁵¹ Assim, se a condução de veículos for considerada uma actividade perigosa, restrita aos titulares de licenças de condução que obedecerem a um sistema de normas especialmente desenhado para regular esta actividade, o Estado pode estabelecer que quem conduz deva fazê-lo sóbrio e portanto, para proteger esta estatuição, cria mecanismos de controlo – operações stop, teste ao ar expelido utilizando um bafómetro (vulgo “teste do balão”), entre outras. O sujeito não é obrigado a colaborar, mas comporta sanções se não o fizer, porque de outra maneira tornaria irrelevante a existência do controlo.

É importante notar que esta prevenção comunicativa é mais dominante no domínio do direito penal secundário e do direito sancionatório de carácter administrativo, onde os arguidos são tendencialmente pessoas colectivas¹⁵². Logo, diferentes são as consequências da autoincriminação em relação a estas e às pessoas singulares, sendo que a respeito destas últimas a concepção de *nemo tenetur* a adoptar deverá ser mais aproximada ao entendimento clássico do mesmo.¹⁵³

¹⁵⁰ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit. in* Revista do Ministério Público, 108/2006, pág. 89, DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer), *op. cit.* pág. 46 e seguintes.

¹⁵¹ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit. in* Revista do Ministério Público, 108/2006, pág. 90-91.

¹⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer), *op. cit.* pág. 44 e 47.

¹⁵³ *Vd. infra* Capítulo II, 3 - Âmbito subjectivo.

O resultado lógico desta concepção é um entendimento em como o *nemo tenetur* não é, de facto, absoluto,¹⁵⁴ entendimento este que resulta, inclusive, da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, nomeadamente, do Acórdão Saunders v. UK. O *nemo tenetur* admite restrições, mediante determinadas condições. São elas, de acordo com a doutrina e jurisprudência portuguesas, a **existência de uma lei prévia e expressa** e o **respeito pelo princípio da proporcionalidade**, como previsto pelo art. 18.º, n.º 2 da Constituição, tendo em conta as garantias constitucionais que constituem o fundamento do princípio do *nemo tenetur*, quanto à sua aplicação no caso concreto.¹⁵⁵

2.4.1 A existência de uma lei prévia que preveja a limitação ao *nemo tenetur*

Ao abrigo da perspectiva moderna do *nemo tenetur*, a lei processual penal expressamente prevê vários casos de derrogação do mesmo, nos quais este princípio cede perante um dever de colaboração dos sujeitos com o processo penal. Contam-se entre os exemplos mais notáveis a obrigação do arguido responder com verdade às perguntas sobre a sua identidade e, quando a lei o impuser, sobre os seus antecedentes criminais (artigo 61.º, n.º 3, alínea b) do Código de Processo Penal), o dever de sujeição a exames (artigo 172º do Código de Processo Penal) e a diligências de prova previstas na lei (artigo 61.º, n.º3, alínea d) do Código de Processo Penal e Lei n.º 45/2004 de 29 de Agosto) e o dever de sujeição a perícias médico-legais e forenses quando ordenadas por uma autoridade judiciária (artigo 6.º da Lei n.º 45/2004, de 29 de Agosto), nomeadamente o dever de sujeição a testes de alcoolemia e substâncias psicotrópicas no âmbito rodoviário (art. 152.º do mesmo diploma). Além destas, são de notar o dever de cooperação perante a administração tributária constantes do RGIT, em matéria fiscal, os deveres de cooperação perante a Autoridade da Concorrência previstos na Lei da Concorrência, os deveres de cooperação para com a CMVM, constantes no CdVM e os meios ocultos de investigação criminal (como as escutas, agentes encobertos).¹⁵⁶

¹⁵⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer), *op. cit.* pág. 44, 48, MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 132.

¹⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer) *op. cit.* pág. 45 e seguintes, PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 111.

¹⁵⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer) *op. cit.* pág. 45.

Não obstante as considerações já tecidas quanto à (in)existência de um dever genérico de colaboração do arguido, alguns autores¹⁵⁷ não excluem a possibilidade de poderem vir a existir mais casos de colaboração, activa ou passiva, desde que respeitem as duas condições – previsão legal expressa e respeito pelo princípio da proporcionalidade (art. 18.º, n.º2 da CRP). Em qualquer caso de colaboração previsto pela lei, esta deverá ser “necessária, adequada e proporcional em sentido estrito.”¹⁵⁸

O dever de sujeição a exames e diligências de prova previstas na lei e a perícias médico-legais e forenses quando ordenadas por uma autoridade judiciária será analisado mais a fundo no terceiro capítulo do presente trabalho; resta-nos tecer algumas considerações sobre a proibição de questões que incidem sobre os elementos identificativos do arguido e, quando a lei o impuser, sobre os seus antecedentes criminais.

2.4.1.1. As questões que incidem sobre os elementos identificativos do arguido¹⁵⁹

As questões que incidem sobre os elementos identificativos do arguido (nome, filiação, freguesia e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, local de trabalho e residência, existência de processos pendentes) devem ser respondidas obrigatoriamente, e com verdade – podendo até ao arguido ser solicitada a apresentação de documento identificativo que comprove a veracidade das suas respostas (artigos 61.º, n.º 3, alínea b) e 342.º, n.º 1 do Código de Processo Penal). A sanção para a falta de respostas ou falsidade das mesmas é a imputação de responsabilidade penal ao declarante, nomeadamente de crime de desobediência (art. 348.º do CP) ou de falsas declarações (art. 359.º do CP).¹⁶⁰

Esta obrigação constitui uma excepção à aplicação do *nemo tenetur* devido à importância do apuramento deste tipo de dados para a investigação criminal.¹⁶¹ Assim, considera-se que o revelar destes dados não é atentatório da prerrogativa contra a auto-incriminação, não só por serem relevantes para a prossecução do processo penal, mas

¹⁵⁷ PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 111.

¹⁵⁸ *Idem, ibidem*, pág. 111.

¹⁵⁹ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 127 e seguintes.

¹⁶⁰ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 127.

¹⁶¹ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág., 127, DIAS, Jorge de Figueiredo, «Direito Processual Penal...» *op. cit.*, pág. 445.

também por serem dados por natureza neutros, apenas de cariz informativos, não aptos a incriminar.¹⁶² Sofia Saraiva Menezes tem ainda dúvidas, quanto a esta última observação, no caso de perguntas sobre a existência de processos pendentes, uma vez que considera que “o dever de responder com verdade à existência de processos pendentes é, desde já, um forte influenciador do juízo de culpabilidade e, como tal, constitui um elemento auto-incriminador”.¹⁶³

2.4.1.2. As questões que incidem sobre os antecedentes criminais do arguido

A antiga redacção do art. 342.º do CPP consagrava, no seu n.º2, a obrigatoriedade de o arguido de revelar os seus antecedentes criminais no início da audiência de julgamento. O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 695/95 julgou esta disposição inconstitucional, por violação do princípio das garantias de defesa do arguido, por se considerar que a discussão dos antecedentes criminais do arguido nesta fase do processo poderia repercutir-se na decisão quanto à culpa de facto.¹⁶⁴ Também na opinião de autores como Sofia Saraiva Menezes, Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, este artigo configuraria uma violação do princípio da presunção de inocência, uma vez que permitia a revelação de informações que poderiam cimentar no espírito do julgador uma presunção de culpa do arguido.¹⁶⁵ Não obstante este acórdão, Sofia Saraiva Menezes aponta que a obrigatoriedade de junção do registo criminal do arguido aos autos ainda subsiste, consagrada pelos artigos 274.º e 275.º do Código de Processo Penal; ou seja, nas suas palavras, “se era a formação do juízo de culpa na convicção do aplicador do direito que estava em causa, pode dizer-se que, não obstante a nova redacção do art. 342.º do CPP, nada se alterou, dado que esses elementos continuam a ser do conhecimento do juiz no momento da audiência de julgamento.”¹⁶⁶

2.4.2 O respeito pelo princípio da proporcionalidade

¹⁶² MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 128

¹⁶³ *Idem, ibidem*, pág. 128

¹⁶⁴ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 128, DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* pág. 13-14.

¹⁶⁵ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 128, DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* pág. 14.

¹⁶⁶ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 128.

O respeito pelo princípio da proporcionalidade, pelo seu lado, afigura-se necessário para garantir a justa intervenção do Estado no domínio das interferências com a garantia de defesa do arguido, limitando essa intervenção ao núcleo essencial de funções estaduais de controlo e vigilância necessárias ao cumprimento de tarefas fundamentais que a Constituição reconhece ao Estado (artigos 9.º, alínea a) e d), 81.º, alínea f) e 101.º da Constituição).¹⁶⁷ Relevam, para aferir da proporcionalidade da diligência, a sua modalidade, intensidade (grau de intrusão que comporta), a sua indispensabilidade e necessidade para o alcance dos fins, perante o tipo de crime e o bem ou bens jurídicos em causa. Como já mencionámos *supra*, importa então harmonizar os princípios colidentes aplicáveis, sacrificando aqueles de menor imperativo de forma a salvaguardar aqueles mais merecedores de protecção.

Assim, a imposição de fornecer prova que contribua para a auto-incriminação de uma pessoa, pela compressão que provoca nos seus direitos fundamentais, só se justifica se do seu lado estiverem em jogo direitos ou interesses de valor social e constitucional prevalecente.¹⁶⁸

2.5 A dependência da vontade¹⁶⁹

O critério da dependência da vontade é frequentemente apresentado por certa doutrina e jurisprudência como raiz do âmbito de aplicação objectivo do *nemo tenetur*: segundo este critério, o *nemo tenetur* protege a formação livre da vontade esclarecida do sujeito, pelo que não fará sentido abranger debaixo do seu escopo de protecção as realidades que existem independentemente da vontade do sujeito, tais como sejam o seu material genético ou documentos auto-incriminatórios que possa ter.¹⁷⁰ Uma das mais famosas decisões, a nível europeu, no tema do *nemo tenetur* foi o acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos conhecido como *Saunders v. Reino Unido*, de 17.12.1996, que se pronunciou no sentido de definir como declarações protegidas no âmbito do *nemo tenetur* aquelas que são dependentes da vontade do arguido. Realidades ‘exteriores’ à sua vontade, ou seja, que existem independentemente da sua vontade em

¹⁶⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 48, DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer), *op. cit.* pág. 47.

¹⁶⁸ DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* pág. 25.

¹⁶⁹ PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 112-114.

¹⁷⁰ DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, pág. 29.

que elas existam – material genético, documentos, códigos e *passwords* – não são abrangidos pelo *nemo tenetur*.

Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos não aceitam este critério, por considerarem que a livre formação da vontade esclarecida do sujeito está tão vulnerável quanto ao proferimento de declarações como à sujeição a outras diligências, tais como sejam as buscas por documentos incriminatórios ou as perícias sobre o seu corpo para recolha de material biológico e/ou determinação de perfil genético.¹⁷¹ Para mais, Vânia Costa Ramos entende que com a expressão “existir independentemente da vontade do arguido”, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem parece querer referir-se àqueles dados cuja existência foi revelada no processo independentemente da vontade do arguido, e que não foi por o arguido não os revelar voluntariamente que não deixaram de ser trazidos ao processo mediante outros meios de prova, como buscas, exames, etc., uma vez que extrair declarações involuntariamente ao arguido é inadmissível¹⁷² – baseando assim a admissibilidade desta derrogação à prerrogativa.

A linha é, no entanto, ténue: no caso de uma *password*, não se pode compará-la a, digamos, a chave de um cofre, que existe fisicamente e pode ser apreendida sem a colaboração do arguido – ainda que a colaboração do arguido possa facilitar a sua apreensão. O mesmo se pode dizer dos documentos. A *password*, no entanto, é diferente porque só é conhecida do arguido e implica a sua colaboração para ser revelada, colaboração essa que poderá ser auto-incriminatória.¹⁷³

3. Âmbito subjectivo

Aferidos os seus alcances normativo e objectivo, resta analisar: quem tem direito ao silêncio? Já sabemos que o sujeito do *nemo tenetur*, por excelência, é o arguido, o que não impede que se tenda a aplicar a prerrogativa a outros sujeitos e intervenientes processuais. De facto, no sistema processual português, o arguido é titular do direito ao silêncio em primeira linha, e além dele, todas as pessoas que não o sendo podem ser

¹⁷¹ DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* in Revista do Ministério Público, 108/2006, pág. 24.

¹⁷² RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* in Revista do Ministério Público, 109/2007, pág. 84, nota de rodapé 104.

¹⁷³ PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 114.

contudo orientadas ou pressionadas por agentes da administração da justiça penal a declararem contra si mesmas.¹⁷⁴

3.1 O arguido

O direito ao silêncio e o *nemo tenetur* cabem ao arguido a partir da sua constituição como tal, nos termos do CPP (art. 58.º, n.º2).

O arguido de um processo penal de estrutura acusatória não é mero objecto de prova; é, antes, verdadeiro sujeito processual, titular de direitos e deveres.¹⁷⁵ O direito de defesa do arguido no processo penal encontra-se consagrado no art. 32.º da Constituição Portuguesa, e é concretizado pelo Código de Processo Penal, no seu art. 61.º; uma das vertentes deste direito de defesa é, precisamente, o direito ao silêncio.

3.2 A testemunha

À testemunha incumbe um dever genérico de resposta com verdade embora, por força do artigo 132.º n.º 2 CPP, possa abster-se voluntariamente de responder a perguntas auto-incriminatórias e a perguntas que possam comprometer determinados familiares ou afins (artigo 134.º, n.º 1 do CPP). A testemunha vê ainda protegido o seu direito ao silêncio através da proibição da leitura, visualização ou audição de gravações do seu depoimento em audiência de julgamento pelo tribunal, quando ela se tenha recusado a depor (artigos 356.º, n.º 6 e 8 do CPP).¹⁷⁶ Deve prestar juramento, ao contrário do arguido, e deve responder com verdade às perguntas que lhe forem feitas, salvo se das respostas resultar a possibilidade da sua responsabilização penal (art. 132.º, n.º2 do CPP); sempre que isto aconteça a testemunha pode remeter-se ao silêncio e, querendo, requerer a sua constituição como arguido.¹⁷⁷ Deste modo se evita que um suspeito seja chamado a depor como testemunha e, por estar vinculado ao dever de verdade, seja obrigado a declarar contra si próprio e a auto-incriminar-se.¹⁷⁸

¹⁷⁴ DIAS, Augusto Silva e Ramos, Vânia Costa, *op. cit.* pág. 20.

¹⁷⁵ DIAS, DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer), *op. cit.* pág. 38.

¹⁷⁶ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 128-129.

¹⁷⁷ DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit. in* Revista do Ministério Público, 108/2006, pág. 25.

¹⁷⁸ *Idem, ibidem*, pág. 20.

3.3. O suspeito

Segundo o artigo 1.º, al. e) do Código de Processo Penal, o suspeito é “a pessoa relativamente à qual exista indício de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar”. Segundo Germano Marques da Silva, o suspeito “não é sujeito processual e como tal não é titular de direitos nem está sujeito a deveres processuais especiais”¹⁷⁹, sendo que para ser titular destes direitos e sujeito a estes deveres deverá ser constituído arguido, nos termos do art. 58.º do CPP. Não sendo, como o arguido, sujeito processual, a questão de saber se lhe assiste direito ao silêncio e prerrogativa contra a auto-incriminação não é pacífica.

As declarações prestadas pela pessoa relativamente à qual se verifiquem os pressupostos para a constituição de arguido sem que essa constituição se verifique são ineficazes. O suspeito presta-as como testemunha, ficando sujeito ao dever de dizer a verdade. Pode mesmo incorrer no crime de falso testemunho¹⁸⁰ se se recusar a depor ou se violar o dever de verdade. Assim, em teoria, as suas declarações poderiam ser utilizadas contra si mesmo.¹⁸¹

Alguns autores, como Sofia Saraiva de Menezes, defendem que o direito ao silêncio nasce apenas com a atribuição do estatuto de arguido.¹⁸² Pelo seu lado, Manuel da Costa Andrade é da opinião que o *nemo tenetur* não comporta graduações quanto à fase do processo em que se encontra o sujeito, valendo perante as autoridades judiciárias e os órgãos de polícia criminal.¹⁸³ Germano Marques da Silva soluciona este problema sugerindo que o suspeito ainda não arguido seja constituído como arguido logo que das suas declarações resultem elementos para a sua incriminação, uma vez que passaria a existir suspeita fundada, estando reunidos os pressupostos do art. 58.º, n.º 1, al. a) para a constituição de arguido.

Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos também apontam que o suspeito pode ser titular da garantia que é conferida pelo *nemo tenetur* enquanto testemunha, por exemplo, nos casos de obrigação de soprar no balão ou de se submeter a diligências de prova

¹⁷⁹ SILVA, Germano Marques da, «Curso de Processo Penal», Tomo I, 5.ª edição, 2008, Editorial Verbo, Lisboa, pág. 286.

¹⁸⁰ Art. 360.º do Código Penal.

¹⁸¹ SILVA, Germano Marques da, «Curso de Processo Penal», Tomo I, 5.ª edição, 2008, Editorial Verbo, Lisboa, pág. 286.

¹⁸² MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 125-126.

¹⁸³ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 131-132.

como a colheita de fluidos orgânicos.¹⁸⁴ Em qualquer caso, de acordo com o disposto no art. 59.º, n.º 2, pode sempre o suspeito requerer a sua constituição como arguido.

3.4. As pessoas colectivas:

Segundo o artigo 12.º, n.º 2, da Constituição, os direitos fundamentais podem ser exercidos pelas pessoas colectivas quando compatíveis com a sua natureza. Radicando o *nemo tenetur* nos direitos fundamentais do arguido, será que as pessoas colectivas deverão ser protegidas também pela prerrogativa contra a auto-incriminação?

Sofia Saraiva de Menezes aponta que a obrigação de respeitar o direito à não auto-incriminação de uma pessoa colectiva poderá ser menos intensa que a obrigação de respeitar semelhante direito de uma pessoa física. De facto, o domínio das excepções e restrições ao *nemo tenetur* é exactamente o Direito Penal secundário, no qual os arguidos tendem a ser pessoas colectivas (atenda-se, como exemplo, à responsabilidade contraordenacional das empresas e entidades que não respeitem os pedidos de prestação de informação e entrega de documentos previstos na Lei da Concorrência – Lei 19/2012 de 8 de Maio, ou aos deveres de colaboração constantes do RGIT).

O acórdão do TEDH *Orkem v. Comissão* vem pronunciar-se acerca do direito à não auto-incriminação das empresas, pronunciando-se pela não existência de qualquer direito de obstar à investigação com o fundamento de que esta possa resultar na aquisição de prova que as venha implicar empresas na violação de uma norma de concorrência no Regulamento n.º 17 do Conselho; em princípio apenas as pessoas naturais poderão invocar o *nemo tenetur*, à luz do art. 6 da CEDH e 14.º do PIDCP.

Postos, desta forma, os termos em que se conhece do princípio do *nemo tenetur* na ordem jurídica portuguesa, no presente capítulo propomo-nos a aplicar essas considerações à temática particular da recolha de provas por intrusão corporal, maxime por exame ou perícia.

¹⁸⁴ DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* pág. 25

PARTE III – A PROBLEMÁTICA DA RECOLHA DE PROVAS POR INTRUSÃO CORPORAL E *NEMO TENETUR*

1. Exposição da problemática

1.1. A análise do ADN como prova em processo penal

O ADN (ácido desoxirribonucleio) é formado por um conjunto de substâncias químicas elementares, reunindo toda a nossa informação genética – daí que todos os seres humanos tenham características genéticas próprias, presentes em todas as suas células. Como tal, surge como uma importante ferramenta da investigação criminal.

Apenas uma pequena percentagem do ADN (10 a 20%) contém genes, que caracterizam a pessoa – a sua expressão fenotípica. Este ADN designa-se ADN codificante e é o mais importante do ponto de vista médico, mas é pouco variável de pessoa para pessoa. O que se analisa para efeitos de investigação é o ADN não codificante, que também é designado por ‘ADN inútil’, por não apresentar outra função que não seja contribuir para o regular funcionamento dos genes. Este ADN é o que tem um grande nível de variabilidade entre as pessoas (polimorfismo ADN) e determina que não haja duas pessoas com o mesmo código genético.

A segurança da identificação conferida pela análise de ADN, embora seja o método mais certo presente à disposição dos órgãos de investigação criminal, não é total; confere uma alta probabilidade de identificação correcta, cujo grau dependerá da maior ou menor raridade das características da amostra em causa, tendo em conta a população de referência onde se insere o indivíduo.

Outras fragilidades deste método incluem as falhas no procedimento de obtenção das amostras, as dúvidas quanto à fiabilidade da técnica usada, a falta de standardização das técnicas de recolha e análise, a interpretação dos resultados obtidos pelo juiz, entre outros. Resulta então que “a análise de ADN não deve ser vista como prova, mas apenas como uma das provas”.¹⁸⁵

¹⁸⁵ FIDALGO, Sónia, «Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal» in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 16, n.º 1, 2006, pág. 118-119.

Além do que se procura obter em processo penal, como já atrás adiantamos, não é a verdade – material – a todo o custo, nem mesmo a verdade segundo tudo o que é cientificamente possível – existem ainda considerações que temperam o uso de métodos científicos para a obtenção da verdade, pois nem tudo é processualmente aceitável.¹⁸⁶ É importante coadunar então estes métodos, sabendo que devido ao seu grau de correcção, a tendência será para os utilizar no processo penal, eventualmente de formas que chocam com os direitos, liberdades e garantias dos sujeitos, máxime do arguido, e as considerações jurídico-éticas de defesa das garantias processuais das pessoas que lhes servem de objecto.

A aplicação da análise genética da diversidade humana para a resolução de problemas jurídicos é conhecida como genética forense¹⁸⁷; dentro desta disciplina inserem-se vários tipos de utilização da genética com vista à produção de efeitos jurídicos, como por exemplo a investigação biológica da paternidade, a criação da impressão genética – ou seja, do perfil genético de um sujeito, relevante como prova em processo penal, e a criminalística biológica. Por esta última, entende-se a análise de vestígios biológicos de interesse criminal, como manchas de sangue, esperma, urina, saliva e pelos, de forma à determinação do perfil biológico do sujeito.¹⁸⁸

1.2 Intrusões corporais

Por intrusões corporais no processo penal entendem-se as medidas de intervenção no corpo do sujeito com vista à obtenção de prova. Estas podem implicar intrusão nos orifícios naturais do corpo (ânus e vagina) com vista à extracção de objectos ou vestígios do interior do corpo, de amostras de sangue, urina, saliva, tecidos, cabelos, entre outros, bem como a exposição do sujeito a raios-x, TAC, ressonâncias magnéticas ou outras técnicas médico-forenses. Este método pode visar vários objectivos: apurar se uma pessoa oculta no seu corpo o objecto do crime ou da presença de determinada substância ou de vestígios do crime no corpo e a identificação das características físicas e psíquicas do sujeito, por exemplo.

¹⁸⁶ *Idem, ibidem*, pág. 119.

¹⁸⁷ *Idem, ibidem*, pág. 117, art. 31 Lei 11/98 de 24 de Janeiro.

¹⁸⁸ *Idem, ibidem*, pág. 117.

Em suma, qualquer actuação sobre o corpo de um sujeito com vista à recolha de prova poderá consubstanciar uma intrusão corporal. Dado que às pessoas é reconhecido um direito à auto-determinação física, releva entender como é que as exigências da investigação penal jogam com este direito dos sujeitos processuais, e que papel tem o *nemo tenetur* no âmbito desta problemática.

1.3. Os métodos de recolha

Em primeiro lugar, cumpre analisar os métodos de recolha de prova mais passíveis de implicarem uma intrusão corporal: no Código de Processo Penal são eles os exames (artigos 171.º e seguintes), as perícias (artigos 151.º e seguintes) e as revistas (artigos 174.º e seguintes). Da lei penal especial constam também as perícias médico-legais e forenses (Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto), as colheitas de sangue ou de urina para determinação do estado de toxicodependência do arguido (artigo 52º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro), a perícia para apurar se alguém oculta ou transporta no seu corpo produtos estupefacientes ou substâncias psicotrópicas (artigo 53º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro) e a recolha de amostras para comparação de perfis de ADN (artigo 8º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro).

2. Os exames e as perícias

Não obstante poderem estar ambos em causa, carecem, em primeiro lugar, de distinção, os exames e as perícias, muito embora a nomenclatura utilizada pela legislação na matéria seja algo inconstante.^{189 190}

Os exames qualificam-se como meios de obtenção de prova. Significa isto que são instrumentos das autoridades judiciárias de recolha e investigação de meios de prova, de forma a fixar documentalmente os indícios, permitindo a apreciação directa dos mesmos pelo tribunal, e estão previstos nos arts. 171.º e seguintes do CPP. Podem ser sujeitas a exames lugares, pessoas, ou coisas, tendo o exame por objecto “os vestígios que possa

¹⁸⁹ Por exemplo, na Lei 45/2004 utiliza-se a expressão “exame pericial” – art. 6.º.

¹⁹⁰ SILVA, Germano Marques da, «Curso de Processo Penal», Tomo II, 4.ª edição, 2008, Editorial Verbo, Lisboa, pág. 209.

ter deixado o crime e todos os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometeram ou sobre as quais foi cometido.”

As perícias, por outro lado, são meios de prova; ou seja, são em eles próprios métodos de convencimento do juiz, elementos que o juiz pode usar de modo imediato para fundamentar a sua decisão, nomeadamente através da interpretação dos factos como ela é feita por um perito na área em questão. Encontram-se previstos nos arts. 151.º e seguintes do CPP, estabelecendo o art. 151.º que haverá lugar a perícia quando a percepção ou apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos. Diferem dos exames por exigir “especiais conhecimentos técnicos”, enquanto a apreciação dos indícios recolhidos através do exame é feita directamente pela autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal competente; são meio de obtenção desses mesmos indícios, sendo os indícios ou o relatório elaborado pela autoridade competente, os meios de prova.¹⁹¹

2.1 Realização coactiva da recolha

Outra diferença-base entre o exame e a perícia é a obrigatoriedade de sujeição ao exame, que não existe no regime da perícia.¹⁹² Esta consta no art. 172.º do CPP, que estabelece que o sujeito pode ser compelido por decisão de autoridade a submeter-se a exame, caso pretenda obstar a tal. Segundo a opinião de Sónia Fidalgo¹⁹³, o Código de Processo Penal não prevê, nesta disposição, o recurso à força, mas sim a negação do direito de recusa do sujeito ao exame. Segundo a autora, “havendo despacho de uma entidade judiciária¹⁹⁴ a ordenar uma perícia nos termos previstos na lei, esta será uma ordem legítima, ao abrigo de lei formal, legitimadora das restrições de direitos fundamentais dela eventualmente resultantes”, que poderá cominar numa imputação de crime de desobediência caso haja recusa por parte do sujeito.¹⁹⁵

¹⁹¹ FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 138, SILVA, Germano Marques da, «Curso de Processo Penal», Tomo II, 4.ª edição, 2008, Editorial Verbo, Lisboa, pág. p. 212.

¹⁹² FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 138.

¹⁹³ *Idem, ibidem*, pág. 135.

¹⁹⁴ Segundo o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007, apenas o juiz poderá ordenar tal colheita.

¹⁹⁵ FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. pág. 138. No mesmo sentido, DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* pág. 30.

2.2 Recolha de provas por intrusão corporal – exame ou perícia?

A recolha de material biológico para efeitos probatórios constitui então um exame ou uma perícia? Na opinião de Sónia Fidalgo, que perfilhamos, e à revelia do entendimento tradicional que distinguia o acto de recolha dos indícios como exame e a sua apreciação científica como perícia, e independentemente de partilhar o regime de obrigatoriedade dos exames¹⁹⁶, é toda ela perícia.¹⁹⁷ Mesmo a recolha de sangue, técnica médica entre nós já antiga, deverá ser feita por um profissional do ramo, e a própria percepção e análise com vista à recolha dos indícios vem a ser, crescentemente nos dias que correm, uma actividade especializada, requerendo a intervenção de peritos com conhecimentos técnicos e científicos que lhes permitam reconhecer a presença de indícios biológicos e proceder à sua recolha e manutenção.

De resto, o art. 151.º do CPP dispõe que a prova pericial tem lugar não só para a apreciação dos factos mas também para a sua percepção.

3. *Nemo tenetur se ipsum accusare*

3.1 Âmbito objectivo do *nemo tenetur* - teses amplas

Segundo os autores que subscrevem esta vertente, o *nemo tenetur* estende-se às chamadas declarações equiparadas às orais, que incluem quaisquer contributos dados pelo arguido no contexto da investigação criminal que resulte na produção de prova que o possa incriminar. Consideram estes autores que desde que os dados recolhidos possam levar a uma incriminação, são indirectamente incriminatórios¹⁹⁸; como tal, as provas recolhidas por intrusão corporal, na medida em que são passíveis de auto-incriminar, serão consideradas em pé de igualdade com as declarações e como tal abrangidas pelo *nemo tenetur*. Lara Sofia Pinto nota que não se pode valorar um meio de prova como incriminatório e consequentemente utilizá-lo enquanto meio de prova se não se conhecer o seu conteúdo; logo, na medida em que a revelação permite acesso a dados que normalmente permaneceriam inacessíveis e consequentemente inutilizáveis

¹⁹⁶ Art. 6.º da Lei n.º 45/2004.

¹⁹⁷ FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 138-139.

¹⁹⁸ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 134, DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* pág. 24-25.

enquanto meio de prova, essa revelação consubstancia uma declaração auto-incriminatória.¹⁹⁹

Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos apontam que as declarações do sujeito não o comprometem necessariamente mais do que a saliva ou o sangue que dele são extraídos, especialmente atendendo ao alto grau de fiabilidade da análise de ADN como meio de prova, daí justificar-se a extensão do *nemo tenetur* a estas realidades²⁰⁰

3.2 Âmbito objectivo do *nemo tenetur*: teses restritivas

Pelo contrário, segundo as teses mais restritivas, nada há na lei que suporte uma interpretação extensiva do campo de aplicação do direito ao silêncio que englobe as ditas declarações equiparadas ainda que extraídas sobre a ameaça de sanção, como serão as colheitas de sangue ou outros fluidos e tecidos biológicos, entre outras; este apenas protege o arguido de lhe serem arrancadas declarações auto-incriminatórias mediante métodos ilícitos, o que claramente não é o caso com a sujeição a exames.²⁰¹

Na opinião de Sofia Saraiva de Menezes, a extensão do *nemo tenetur* a estes casos serviria apenas para frustrar os procedimentos de investigação e produção de prova legítimos através do armamento do arguido com um excesso de medidas de reacção contra a investigação criminal e a descoberta da verdade material²⁰²; pois quem não fez, não teme, e embora não se deva retirar quaisquer ilações negativas do silêncio do arguido, colocar entraves desta magnitude a meios de prova que apenas beneficiarão o arguido inocente – e facilitarão, em muito, a imputação do crime ao arguido culpado, apresenta-se contraproducente no contexto da investigação criminal.

Para mais, poderá considerar-se que a prova por intrusões corporais não poderá ter a natureza de declaração pois, *stricto sensu*, o sujeito não está a ser forçado a reconhecer a prática de actos alguns. O resultado da prova tanto pode conduzir à condenação como à

¹⁹⁹ PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 115.

²⁰⁰ DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* pág. 33-34.

²⁰¹ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 134.

²⁰² *Idem, ibidem*, pág. 135.

absolvição do sujeito passivo, sendo a perícia uma prática neutra, de resultado incerto.²⁰³

3.3 Derrogações do *nemo tenetur*

3.3.1 Dever geral de colaboração?

Aceitemos, por ora, a tese que reconhece a recolha de provas biológicas como declarações passíveis de auto-incriminação: parecerá decorrer, da existência de um direito à não auto-incriminação das pessoas, que estas se encontrem munidas do direito de recusa a participar em diligências de prova que as possam vir a auto-incriminar. Como já vimos acima, este direito não assiste quanto aos exames. As perícias não comportam semelhante restrição, e já vimos que as derrogações ao *nemo tenetur* deverão ser expressamente previstas na lei.²⁰⁴ A Lei 45/2004 de 19 de Agosto fala numa obrigatoriedade de sujeição a exames (art. 6.º) na qual “ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer tipo de exame médico-legal quando este se mostrar necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela autoridade judiciária, competente nos termos da lei”. Encontrar-nos-emos num domínio em que a regra é a inversa – a do dever geral de colaboração?

A lei fala em “sujeitar” o que poderia indiciar uma aplicação da distinção entre colaboração activa e colaboração passiva originária da doutrina alemã, resultando então em apenas ser exigível a colaboração passiva do arguido e não a activa²⁰⁵. Assim, resultaria na obrigação de sujeição a exames mas não de entrega de documentos, por exemplo.

Aplicando este critério (que não perfilhamos), apenas a realização forçada da segunda actuação violaria o princípio *nemo tenetur*. A sujeição a exame é isso mesmo – uma sujeição; o sujeito tolera passivamente o exame, não agindo de modo activo para a sua realização.²⁰⁶ Não existe qualquer concorrência da livre vontade esclarecida do

²⁰³ FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 142. Cfr. Acórdão Saunders vs. UK., Acórdão 155/2007 do Tribunal Constitucional.

²⁰⁴ *Vd. supra* Capítulo II, 2.4.

²⁰⁵ PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pág. 96-99.

²⁰⁶ FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 141, ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 129.

arguido em “declarar”, a incriminação não se encontra ao alcance da vontade e da acção do suspeito – logo, não lhe é conferida protecção. Este entendimento é prevalente na doutrina alemã (neste sentido, Roxin)²⁰⁷, mas não podemos deixar de apontar que, seguindo o entendimento de outra doutrina alemã (Wolflast²⁰⁸) o próprio acto de se sujeitar a um exame reveste a natureza de uma actuação activa, e não simplesmente de uma sujeição – mais ainda tendo em conta que o sujeito é um verdadeiro sujeito processual, investido de direitos e garantias.

Um reflexo desta doutrina alemã²⁰⁹ na temática da prova biológica não considera que o sujeito possa ser forçado pelas autoridades a soprar no balão para efeitos de teste de alcoolemia, ao abrigo do *nemo tenetur*; segundo a tese da diferenciação entre actuações passivas e activas, esta reveste o carácter de uma actuação activa – logo, não se excepciona ao direito à não auto-incriminação.

No entanto, já vimos *supra* que, entre nós, e não obstante da recepção pontual desta doutrina, nomeadamente por alguma jurisprudência, a distinção entre actos de colaboração activa e passiva não tem relevância para efeitos do *nemo tenetur*.²¹⁰

3.3.2 Critérios doutrinários de derrogação do *nemo tenetur*

Aceitemos, por ora, a tese que reconhece a recolha de provas biológicas como declarações passíveis de auto-incriminação. Relembramos que, no contexto da temática do âmbito do *nemo tenetur*, o dever de colaboração excepciona o âmbito do *nemo tenetur* na medida em que duas condições estejam reunidas: a previsão legal expressa da derrogação da prerrogativa e a proporcionalidade da medida aplicada, atendendo aos valores em causa. Assim, para que se possa recorrer à determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal prescindindo de consentimento do arguido, terá de haver uma lei que, expressamente, regule estas e outras questões²¹¹ e um juízo de proporcionalidade da medida, sendo que se não se seguirem estes trâmites, haverá

²⁰⁷ FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 141, ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 129.

²⁰⁸ FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 141, ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 127.

²⁰⁹ FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 141, ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 129.

²¹⁰ A este respeito *vide* a argumentação *supra* no Capítulo II, 2.3.1.

²¹¹ FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 146.

direito de recusa, ao abrigo do *nemo tenetur*, cominando na realização forçada da diligência, aplicação de sanções e valoração negativa do silêncio pelo juiz.²¹²

3.3.2.1 A previsão legal expressa da derrogação

Quanto à primeira condição, a obrigatoriedade de sujeição a diligências probatórias apresenta-se como um caso claro de ressalva legalmente prevista ao direito ao silêncio, núcleo essencial do *nemo tenetur*, tal como ele é previsto pelo art. 60.º do CPP, que a ser ignorada vazaria a alínea d) do n.º1 do art. 61 de sentido.²¹³ Assim, excluir-se-ia logo do escopo da prerrogativa contra a auto-incriminação, quer, segundo alguns autores, por não se configurar o meio de prova obtido através da recolha de material biológico como declaração equiparada à verbal (segundo a tese minimalista), quer ainda a considerar-se como declaração equiparada e portanto potencialmente protegida pelo *nemo tenetur*.²¹⁴

3.3.2.2 A proporcionalidade da medida

Quanto ao requisito da proporcionalidade da medida, como já vimos, esta está intimamente ligada com os valores em causa, mediante valoração comparativa com os direitos fundamentais do sujeito que as diligências vêm restringir – direitos estes que passam pela integridade física, que pode ser posta em causa pela realização coactiva de diligências de recolha de prova no corpo de uma pessoa, como pela integridade moral, no que toca à honra, à reserva da intimidade privada e à auto-determinação corporal, entre outros.

A posição da jurisprudência tem sido a de admitir a colheita de material biológico para fins probatórios por intrusão corporal fundada, primeiro, na relativa irrelevância da intrusão, e segundo, na relativa preponderância do bem jurídico a acautelar. Por exemplo, o Acórdão da Relação de Coimbra de 09.01 2002 pronunciou-se no sentido de

²¹² FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 147.

²¹³ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 135.

²¹⁴ Este entendimento também se encontra vertido no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007. Em sentido contrário, Sónia Fidalgo que o CPP e a Lei n.º 45/2004 são insuficientes para tal, devido à especificidade do ADN e das questões que levanta, quanto ao destino a dar aos dados, às amostras, a recolha, o seu armazenamento e utilização FIDALGO, Sónia, «Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal» in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, n.º 1, 2006, pág. 145-146.

admitir a realização do exame e perícia para a determinação do ADN do arguido mediante colheita, ainda que compulsivamente, nos termos do art. 172 do CPP.

Também o Acórdão do Tribunal Constitucional 319/95, de 29 de Junho, veio pronunciar-se pela admissibilidade do controlo do álcool no domínio da condução, nomeadamente através do teste do bafómetro, vulgo “teste do balão” ou de ar expirado. A posição do Tribunal é a de que a intromissão na esfera pessoal do sujeito é justificável face ao valor do bem jurídico em causa, atendendo à função de prevenção da “violação de bens jurídicos valiosos (entre outros a vida e a integridade física) que uma condução sob a influência do álcool pode causar” que o teste de alcoolemia visa acautelar”. Considera este Acórdão que a contrapartida, tendo em conta o superior interesse da segurança pública e a elevada sinistralidade no trânsito rodoviário para a qual o consumo do álcool é instrumental, é de peso irrelevante.

De resto, aplicam-se neste campo as considerações já tecidas quanto ao alcance mais limitado do *nemo tenetur* no âmbito do direito penal secundário e da “sociedade de risco”, que importa mecanismos de prevenção comunicativa de forma a controlar esse risco.²¹⁵

É de notar que as circunstâncias em que se realizam os exames, segundo a lei, já se encontram pensadas para minimizar as restrições aos direitos fundamentais dos sujeitos. Os exames, por lei, são realizados de forma a minimizar o pudor. O próprio regime da perícia, ao estabelecer a intervenção de profissionais do ramo, acautela o facto de as perícias virem a ser realizadas por pessoal sem formação. Os métodos de análise são pensados para causar a mínima intrusão possível: por exemplo, nos testes de alcoolemia, a análise de sangue é apenas efectuada quando o exame de pesquisa do álcool no ar expirado não é possível de ser realizado (arts. 153.º, n.º1, 4.º Decreto Regulamentar n.º 24/98 de 30 de Outubro, Secção II da Portaria n.º 1006/98 de 30 de Novembro), ou, se esta não for possível por razões médicas, deve ser realizado exame médico (art. 153.º, n.º8).^{216 217} Implicando a colheita de sangue um método médico mais

²¹⁵ DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* pág. 26.

²¹⁶ FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 129-130.

²¹⁷ Solução diferente consagra o Decreto-Lei relativo aos testes de toxicodependência, que institui um regime de exames mais rígido da perspectiva do sujeito; decorre das normas acima referidas do mencionado diploma legal que no decurso do inquérito ou da instrução é possível sujeitar o arguido, sempre que isso se revele necessário, à análise de sangue, de urina ou outra, para caracterização do seu estado de toxicodependência, solução que se afigura, na perspectiva de Sónia Fidalgo, como de dúvida constitucionalidade. FIDALGO, Sónia, «Determinação do perfil

invasivo e atentatório da integridade pessoal do sujeito deverá ser relegada para plano secundário – e não estamos ainda, sequer, no âmbito do processo penal, uma vez que ainda não houve uma acusação nem uma constituição do sujeito como arguido²¹⁸ - sendo, no entanto, ainda método admissível, tendo em conta os interesses em causa. A fraca intensidade e invasividade dos métodos utilizados foi reflectida no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 226/2000 que declara que “nada legitima uma interpretação do conteúdo constitucional do direito à integridade pessoal, concretamente na sua componente de direito à integridade física, em termos de apenas abranger a protecção contra um determinado grau de ofensas corporais.”

Em sentido semelhante, o Acórdão do TC n.º 155/2007 considerou essencial para a determinação do perfil genético dos arguidos, a quem tinham sido imputados dois crimes de homicídio, a recolha de saliva e subsequente comparação com os vestígios biológicos recolhidos no local do crime. Considerou o Tribunal que “a introdução no interior da boca do arguido, contra a sua vontade expressa, de um instrumento (zaragatoa bucal) destinado a recolher uma substância corporal (no caso, saliva), ainda que não lesiva ou atentatória da sua saúde, não deixa de constituir uma «intromissão para além das fronteiras delimitadas pela pele ou pelos músculos» (...), uma entrada no interior do corpo do arguido e, portanto, não pode deixar de ser compreendida como uma *invasão* da sua integridade física, abrangida pelo âmbito constitucionalmente protegido do artigo 25º da Constituição.” O Tribunal Constitucional reconheceu que a extracção coactiva de saliva para efeitos probatórios colide com vários direitos constitucionais, entre eles o direito à integridade pessoal, à reserva da intimidade da vida privada e à auto-determinação informacional. No entanto, entendeu que a natureza dos interesses públicos prosseguidos através daquela prática, nomeadamente as necessidades de investigação penal e a busca da verdade material, justificava os meios empregues.

3.3.2.1.1 Os direitos fundamentais do arguido postos em causa²¹⁹

genético como meio de prova em processo penal» in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 16, n.º 1, 2006, pág. 130-131.

²¹⁸ FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 131.

²¹⁹ FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 120-121.

Como já vimos anteriormente, a doutrina e a jurisprudência avançam o direito à integridade pessoal (artigo 25.º da Constituição), que engloba o direito à autodeterminação informacional e reserva da vida privada²²⁰ e à integridade moral e física, que implica o direito de não ser agredido no corpo ou no espírito, por meios físicos ou morais, como dois dos direitos fundamentais que a recolha de provas por intrusão corporal pode abalar. Radicam, como todos, no direito fundamental máximo – a dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da Constituição).

A integridade física importa qualquer violação ao corpo ou à saúde, independentemente da dor ou sofrimento causados, bem como dos meios usados pelo agressor (artigo 143.º do Código Penal). Como tal, a colheita de vestígios biológicos poderá conformar-se como uma ofensa à integridade física. É indubitavelmente, uma intrusão corporal, mas o avanço da técnica da genética forense agora possibilitam a análise de ADN para fins probatórios a partir de outras amostras biológicas, como cabelos, saliva, urina, sémen, etc. O direito à integridade física admite gradações²²¹, entre os limites mínimo e máximo, respectivamente, da insignificância da ofensa para efeitos de punibilidade à luz da lei penal e a violação do bem jurídico vida. No Código Penal certas lesões, pela sua intensidade, não são puníveis a título de ofensa à integridade física, mas apenas aquelas que, pela sua gravidade, atendida à luz de critérios objectivos como a duração e a intensidade, são criminalmente tuteláveis.²²² Atender ao sentido social contido no tipo de ilícito é essencial para a tutela penal à luz desse tipo penal; logo, a valoração da conduta será determinada tendo em conta a sua conformidade com uma conduta própria de violar o bem jurídico que a norma penal tutela, sob a consequência da sua desvalorização por “negação da tipicidade por ausência de ilícito material”.²²³

Logo, pode-se considerar que algumas das recolhas destes materiais sejam consideradas ofensas à integridade física de carácter tão insignificante que não carecem de tutela penal, por não se enquadrarem no tipo de ilícito previsto no Código Penal. Apenas se o arguido recusar colaborar com a colheita e se realizar a sua execução

²²⁰ DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* pág. 25.

²²¹ FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 121.

²²² FARIA, Paula Ribeiro de, “Anotação ao artigo 143.º” in «Comentário Conimbricense do Código Penal», dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pág. 205.

²²³ DIAS, Jorge de Figueiredo, «Direito Penal, Parte Geral» Tomo I, Coimbra Editora, 2004, Coimbra, pág. 625.

forçada poder-se-á configurar o método de colheita – e não a colheita em si – como atentatória da sua integridade física.²²⁴

A integridade física é também livremente disponível (art. 149.º do Código Penal), com o consentimento do seu titular (art. 38.º), consentimento esse que tem como limites os bons costumes (38.º e 149.º). Não se trata de uma remissão para a ordem moral mas sim de uma distinção entre as ofensas graves e ligeiras:²²⁵ uma ofensa grave à integridade física ofenderá os bons costumes – tornando o consentimento irrelevante – e vice-versa.

Sobre o consentimento (que tem o seu regime geral nos artigos 38.º e 39.º do Código Penal e o seu regime especial em matéria de ofensa à integridade física no artigo 149.º), este deverá ser livre e esclarecido, segundo o artigo 38.º, n.º 2. Resta saber como joga este imperativo com a obrigatoriedade de sujeição a exames, uma vez que a existir consentimento, se obtido a partir de coacção, será ineficaz. Manuel da Costa Andrade entende que o consentimento, neste caso, é irrelevante, pois a função da proibição de prova que assiste à ofensa à integridade física não consentida, especialmente no contexto da actividade probatória penal, não está pensada somente para atender aos direitos fundamentais do indivíduo mas também aos interesses da comunidade.²²⁶ De resto, a prática de pedido de consentimento aquando este tipo de intrusões não faz sentido com a sua alegada irrelevância a nível penal, visto que o comportamento não é constitui ofensa à integridade física penalmente punível.²²⁷

A integridade moral²²⁸, pelo seu lado, abarca quaisquer formas de denegrir a imagem ou o nome de uma pessoa ou de intromissão na sua intimidade.²²⁹ Em processo penal, uma ofensa à integridade moral traduzir-se-á na integridade da faculdade de autodeterminação em relação aos estímulos exteriores,²³⁰ podendo revestir diversas

²²⁴ FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 122, CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, «Anotação ao art. 25.º» in «Constituição da República Portuguesa Anotada» Tomo I, 3.ª ed., Coimbra Editora, 1993, Coimbra, pág. 178. Sónia Fidalgo nota ainda que se o arguido estiver inconsciente não poderá dar consentimento e nem por isso será preciso o emprego de força – e ainda assim, não será admissível a recolha lícita de material genético do seu corpo. FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 123.

²²⁵ FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 122.

²²⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 71.

²²⁷ FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 123.

²²⁸ FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 124-128.

²²⁹ FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 124, MEDEIROS, Rui de e MARQUES, Pedro Garcia, «Anotação ao artigo 25.º», in MIRANDA Jorge e MEDEIROS, Rui de, «Constituição Portuguesa Anotada - Tomo I» Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pág. 268.

²³⁰ FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 125.

formas, desde violação dos direitos de privacidade e reserva da intimidade da vida privada (arts. 26.º, n.º 1 e 2, 34.º e 35.º da Constituição, arts. 190.º e seguintes do Código Penal). Nas palavras de Costa Andrade, “as provas obtidas em contravenção do princípio *nemo tenetur*, configurarão inescapavelmente um atentado contra a integridade moral da pessoa – e um atentado particularmente qualificado, na medida em que redundará na degradação da pessoa em mero objecto ou instrumento contra si própria numa área onde cabe assegurar a expressão da plena liberdade e autorresponsabilidade.”²³¹

O art. 35.º da Constituição consagra o direito à autodeterminação informacional, segundo o qual todo o sujeito tem o direito de decidir quando e dentro de que limites os seus dados pessoais podem ser revelados. Está intimamente ligado com o direito à reserva da intimidade da vida privada, que impede a revelação e o acesso de informações sobre a vida privada e familiar de uma pessoa por estranhos, “salvo mediante consentimento expresso do seu titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.”²³²

Tal como no domínio da protecção da integridade física, o consentimento desempenha um papel basilar: a integridade moral pode ser livremente disponível pelo seu titular, ainda que deva ser específico a uma determinada situação e limitado temporalmente, não devendo portanto ser genérico.²³³ Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos enaltecem o consentimento, baseado na dignidade da pessoa humana e suas explicitações representadas pelos direitos à integridade pessoal, liberdade, intimidade e não auto-incriminação, como barreira à transformação da pessoa em objecto de prova, não possuindo, por si só, força normativa bastante para legitimar as diligências probatórias forçadas ou coactivas. Apenas o interesse público na investigação poderá fazê-lo, sendo que o juiz não pode nunca dispensar o recurso ao princípio da proporcionalidade.

3.4 Dependência da vontade

²³¹ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* pág. 126.

²³² FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 127.

²³³ FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 128.

Relembramos a temática suscitada pelo Acórdão Saunders vs. UK, de que já falamos anteriormente.²³⁴ Este Acórdão restringe o direito à não auto-incriminação “ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações”, considerando que o direito ao silêncio do arguido no âmbito do processo penal não se estende ao uso de elementos que ainda que tenham sido obtido coercivamente, “existam independentemente da vontade do sujeito”, como é o caso do material genético²³⁵, que o Tribunal não considera ter carácter de declaração, para efeitos do *nemo tenetur*.

Apresentam críticas a este entendimento os autores subscritores das teses amplas do *nemo tenetur*, que apontam o facto de que sem a colaboração do arguido, não haveria acesso a esses dados – ou seja, a sujeição às diligências de recolha de prova também consubstanciará uma manifestação de vontade.

PARTE IV – Conclusões

1. Conclusões

Do presente estudo, concluímos que a prerrogativa contra a autoincriminação, que teve a sua génese no direito anglo-saxónico como uma manifestação de um Estado intervencionista, e entre nós tem-se como um princípio constitucional não escrito com afloramentos como sejam o art. 61.º do Código de Processo Penal.

O seu alcance não é pacífico na doutrina, sendo que em qualquer caso o seu relacionamento íntimo com a figura do direito ao silêncio é inegável. Enquanto alguns autores excluem assim do âmbito do *nemo tenetur* as ditas “declarações equiparadas” às verbais, o entendimento crescente da doutrina é que situações fácticas equiparáveis à declaração verbal, pela sua passividade de autoincriminação do sujeito, também se encontram abrangidas pelo âmbito da prerrogativa contra a autoincriminação. Entendimo este que, após o nosso estudo, optamos por perfilhar. Salientamos aqui a posição dos professores Figueiredo Dias e Costa Andrade, segundo as quais, embora resulte inegável que o Código de Processo Penal apenas faz referência ao direito ao silêncio, a doutrina aplica analogicamente o referido artigo a todas as situações em que a prestação de informações, seja por que meio for, exponha a pessoa a perigo de

²³⁴ *Vd. supra*, Capítulo II, 2.5.

²³⁵ FIDALGO, Sónia, *op. cit.* pág. 142

perseguição penal²³⁶. Não entendemos, por isso, que o direito ao silêncio esgote o âmbito de aplicação do *nemo tenetur*, uma vez que este decorre das garantias constitucionais do sujeito processual. O artigo 61.º, n.º 1, alínea d) do CPP trata-se de apenas uma concretização do princípio constitucional não-escrito do direito contra a auto-incriminação, existente e aplicável independentemente desta disposição do Código de Processo Penal. As restantes declarações do sujeito que não se enquadrem na estrita confissão da sua culpabilidade por via verbal são abrangidas pelo *nemo tenetur*, não por qualquer aplicação analógica do direito ao silêncio mas devido ao núcleo duplo da prerrogativa, ao abrigo da “válvula de escape” do corolário da prerrogativa contra a auto-incriminação, decorrente das já acima mencionadas garantias constitucionais processuais do sujeito.

Por vezes, no contexto da investigação criminal, o arguido é a melhor fonte de prova para reconstruir a verdade material. Não tendo o arguido um dever abstracto de colaboração com as autoridades judiciárias e existindo uma prerrogativa contra a auto-incriminação, os elementos garantísticos próprios do processo penal de estrutura acusatória contra a exploração do arguido deverão ser harmonizados com a necessidade de o submeter a meios de obtenção de prova. O *nemo tenetur* encontra uma excepção legal expressamente prevista no art. 61.º, n.º3, al. d) do CPP, que estabelece a obrigatoriedade do arguido se sujeitar “a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efectuadas pela entidade competente.” Muitas vezes essas diligências de prova implicam atentados à integridade física ou moral do sujeito, frequentemente sem o seu consentimento livre – uma vez que a sujeição a diligências de prova beneficia de tutela coactiva, segundo o artigo 172.º do Código de Processo Penal. Ainda assim, o artigo 126.º do Código de Processo Penal comina a nulidade da prova dada como proibida por ter sido recolhida através de métodos indevidamente violadores dos direitos fundamentais do sujeito.

Tem-se considerado que neste domínio, os exames e perícias que impliquem intrusões corporais ao arguido não estão abrangidos pela prerrogativa contra a autoincriminação na medida em que sejam efectuados nos termos da lei e obedeçam ao princípio da proporcionalidade da medida atendendo às finalidades pretendidas, critérios estes apontados pela doutrina que quaisquer derrogações ao *nemo tenetur* deverão seguir.

²³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer) *op. cit.* pág. 44.

O entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência é que a insignificância relativa da ofensa à integridade física que configura a intrusão corporal, contrastando com a maior relevância dos bens jurídicos em causa – a justiça, a luta contra a criminalidade e a descoberta da verdade material – justifica a impossibilidade do arguido invocar a prerrogativa contra a autoincriminação para se escusar à sujeição a um destes exames. Este entendimento, porém, não é consensual e mais e mais vezes erguem-se pela integridade física e moral do arguido neste tipo de situações.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, «Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», UCP Editora, 2008

ANDRADE, Manuel da Costa, «Sobre as proibições de prova em processo penal», Coimbra Editora, Coimbra, Reimpressão de 2013

ANTUNES, Maria João, “Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido”, *Sub Judice*, n.º 4 (1992)

BELEZA, Teresa, ‘Tão Amigos que Éramos: o valor probatório do depoimento do arguido no Processo Penal Português’, *in Revista do Ministério Público* 74/1998, 1998,

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital, «Anotação ao art. 25.º» *in* «Constituição da República Portuguesa Anotada» Tomo I, 3.ª ed., Coimbra Editora, 1993, Coimbra

DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, «O direito à não auto-inculpação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) no processo penal e contraordenacional português», Coimbra Editora, 2009

DIAS, Jorge de Figueiredo, «Direito Processual Penal I», Coimbra Editora, 1974, Coimbra

DIAS, Jorge de Figueiredo, «Direito Penal, Parte Geral» Tomo I, Coimbra Editora, 2004, Coimbra

DIAS, Jorge de Figueiredo, «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal» *in* «Jornadas de Direito Processual Penal», Almedina, 1991, Coimbra

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa (Parecer) *in* «Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova (CMVM)», Almedina, 2009, Coimbra

FARIA, Paula Ribeiro de, “Anotação ao artigo 143.º” in «Comentário Conimbricense do Código Penal», dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999

FIDALGO, Sónia, «Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal» in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 16, n.º 1, 2006

GARRETT, Francisco de Almeida, Sujeição do arguido a diligência de prova, Fronteira do Caos Editores, 2007

GONÇALVES, Joaquim José Brigas, «O conflito entre o dever de cooperação do obrigado fiscal e o direito à não autoinculpação do arguido», dissertação de mestrado (texto policopiado), Universidade Católica Portuguesa, 2002

MARQUES, Paulo, «Infracções Tributárias - Vol. I: Investigação criminal», Ministério das Finanças e da Administração Pública, 2007, Lisboa

MENEZES, Sofia Saraiva de, «O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito» in «Prova Criminal e Direito de Defesa», Almedina, 2013,

MESQUITA, Paulo Dá, «A prova do crime e o que se disse antes do julgamento», Coimbra Editora, 2011, Coimbra,

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui de, «Constituição Portuguesa Anotada - Tomo I», 2.ª edição, Coimbra Editora, 2010, Coimbra

NETO, Theodomiro Dias, «O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano» in Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 5, n.º 19, 1997

PINTO, Frederico Lacerda da Costa, «Supervisão, dever de colaboração e direito de defesa» in «Supervisão, direito ao silêncio e legalidade de prova (CMVM)», Almedina, 2009, Coimbra

PINTO, Lara Sofia, «Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido – *Case study*: revelação coactiva da *password* para descriptação de dados – resistance is futile?» in «Prova Criminal e Direito de Defesa», Almedina, 2013

RAMOS, Vânia Costa, «Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*», Parte I, *in* Revista do Ministério Público, 108/2006, 2006

RAMOS, Vânia Costa, «Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*», Parte II, *in* Revista do Ministério Público 109/2007

RISTORI, Adriana «Sobre o Silêncio do arguido no Interrogatório no Processo Penal Português», Almedina, 2007, Coimbra

SÁ, Liliana da Silva, «O dever de contribuição do arguido no interrogatório no processo penal português» *in* Revista do Ministério Público, 27/2007, 2007

SANTOS, Manuel Simas e HENRIQUES, Manuel Leal, «Código de Processo Penal Anotado», Tomo II, Editora Rei dos Livros, 2004, Lisboa

SILVA, Germano Marques da, «Curso de Processo Penal», Tomo I, 5.^a edição, 2008, Editorial Verbo, Lisboa

SILVA, Germano Marques da, «Curso de Processo Penal», Tomo II, 4.^a edição, 2008, Editorial Verbo, Lisboa