

INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA



**Paulo Alexandre Ferreira Marques de Amaral Martins**

Aspirante a Oficial de Polícia

**Dissertação de Mestrado Integrado em Ciências Policiais**

XXVII Curso de Formação de Oficiais de Polícia

***Nemo tenetur se ipsum accusare* e a obrigação de  
sujeição a exames**

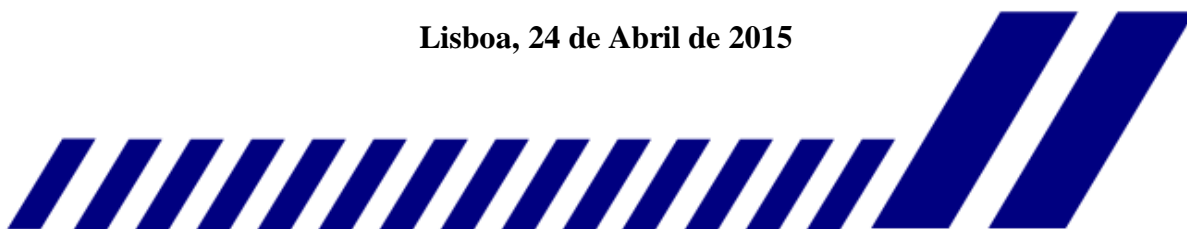
**Orientador:**

Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente

**Co-orientador:**

Mestre José Joaquim Monteiro Ramos

Lisboa, 24 de Abril de 2015



INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA



**Paulo Alexandre Ferreira Marques de Amaral Martins**

Aspirante a Oficial de Polícia

**Dissertação de Mestrado Integrado em Ciências Policiais**

XXVII Curso de Formação de Oficiais de Polícia

***Nemo tenetur se ipsum accusare* e a obrigação de  
sujeição a exames**



Dissertação apresentada ao Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna com vista à obtenção do grau de Mestre em Ciências Policiais, elaborada sob as orientações do Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente e Mestre José Joaquim Monteiro Ramos.



**Estabelecimento de Ensino:** Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna

**Curso:** XXVII CFOP

**Orientador:** Professor Doutor Manuel Monteiro Guedes Valente

**Co-orientador:** Mestre José Joaquim Monteiro Ramos

**Título:** *Nemo tenetur se ipsum accusare e a obrigação de sujeição a exames*

**Autor:** Paulo Alexandre Ferreira Marques de Amaral Martins

**Local de Edição:** Lisboa

**Data de Edição:** Abril de 2015



## **Agradecimentos**

É com o culminar de uma longa odisséia que nos apercebemos das dificuldades que passamos e com quem realmente podemos contar para as vencer. Esse culminar apresenta-se-nos em forma de dissertação de mestrado, o presente trabalho, e, concomitantemente, o fim do CMICP.

É, portanto, chegado o momento de prestar os devidos agradecimentos a todos aqueles que contribuíram para o meu sucesso e que sei que o continuarão a fazer. Serão também essas pessoas que poderão contar, incondicionalmente e sem reservas, comigo.

É óbvio que todas as palavras que dedicar a essas pessoas, neste contexto, serão ligeiras e quase inócuas, pois não espelharão o verdadeiro alcance do que pretendo demonstrar. Dúvidas não poderão restar do apreço que tenho por esse grupo restrito de pessoas.

Terei, desde já, de pedir perdão a todos aqueles que não ficarem mencionados expressamente neste trecho, mas o espaço é curto para mencionar todos aqueles que me são queridos.

Ao meu pai, por ser a minha sombra desde o início e, bem sei, até ao fim. Acompanhando-me de forma atenta, devo-lhe o que sou hoje.

À Paula Gomes, pela amizade, pela total disponibilidade e máxima confiança que merece, por ter sido parte integrante deste percurso e pelos ensinamentos.

Ao Exmo. Sr. Professor e Intendente da Polícia de Segurança Pública Manuel Monteiro Guedes Valente, pela sua predisposição em apoiar-me na orientação deste trabalho.

Ao Exmo. Sr. Professor José Joaquim Monteiro Ramos, Procurador da República, por se ter mostrado prontamente disponível para me coadjuvar na elaboração desta dissertação, tendo sido determinantes o seu apoio e conselhos.

Ao Sr. Subintendente da Polícia de Segurança Pública Pedro Miguel Marques Valente de Pinho, pelos seus ensinamentos, pelas referências que me transmitiu, pelo exemplo que seguirei.

Ao Diogo Santos, Nuno Silva, Xavier Rosado e Ricardo Conceição, actuais distintos Oficiais de Polícia, colegas de curso mas, sobretudo, amigos, que integram o núcleo duro dos que me rodeiam.

Aos meus colegas dos 26º e 27º CFOP que, na sua grande maioria, fizeram parte deste tortuoso caminho rumo ao sucesso.

Aos docentes e quadro orgânico do ISCPPI, que contribuíram em grande medida para o meu desenvolvimento profissional e pessoal.

A todos, o meu sincero agradecimento.

## Resumo

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* assume importância cabal no processo penal português, enquanto garantia do direito de defesa atribuída ao arguido.

Trata-se de um princípio que assevera o direito à não obrigação de auto-incriminação, que não se encontra contemplado na Constituição da República Portuguesa, assim como na maioria das Leis fundamentais estrangeiras, mas cujo espírito se retira da conjugação de algumas disposições legais do Código de Processo Penal, motivo pelo qual é considerado um princípio constitucional não positivado.

No âmbito da investigação criminal, deverão ser recolhidas provas, legais, com vista a serem valoradas, de modo a poder acusar ou absolver determinado arguido pela prática de um crime. Numa dessas formas de recolha de prova estão os exames. Resta perceber em que medida se pode obrigar um arguido a sujeitar-se a esse meio de obtenção de prova sem, concomitantemente, colidir com o seu direito à não auto-incriminação.

Para isso, faremos uma abordagem doutrinal sobre o princípio em causa e regime legal dos exames para, seguidamente, passarmos à análise jurisprudencial, tanto nacional como estrangeira, culminando numa conclusão que permita encontrar o equilíbrio entre as duas realidades, a sujeição a exames e o *nemo tenetur*.

**Palavras-chave:** proibição de obrigação de auto-incriminação, arguido; obrigação de sujeição a exames; *nemo tenetur se ipsum accusare*.

## Abstract

The principle of *nemo tenetur se ipsum accusare* assumes full importance on the portuguese law procedure, has a right of defense assurance attributed to the defendant.

It's about a principle that asserts the right of non mandatory self-incrimination, that does not state on the Portuguese Republican Constitution, has the majority of the foreign fundamental laws, but whose spirit withdraws from the conjugation of some Criminal Procedure Code legal dispositions, reason which is considered a constitutional non-positived principle.

On the matter of Criminal Investigation, there should be recovered legal proofs, in order to be valued, so that some defendant can or cannot be accused of practicing criminal activities. One way of gathering proofs are in the exams. After that we have to understand in what way we can obligate a defendant to subject himself to that procedure of getting the proof without, simultaneously, colliding with his right of non self-incrimination.

For that, we will do a doctrinal approach about the principle in question and the legal exams regime so that we can pass to the jurisprudential analysis, national and foreign, culminating in a conclusion that allows us to find the balance between the two realities, the exam subjection and the *nemo tenetur*.

Key-words: prohibition of self-incrimination obligation; defendant; examinations; *nemo tenetur se ipsum accusare*.

### **Lista de siglas e abreviaturas**

<b>AAVV</b>	Vários autores
<b>Act.</b>	Atualizada
<b>ADN</b>	Ácido Desoxirribonucleico
<b>AJ</b>	Autoridade Judiciária
<b>Al.</b>	Alínea
<b>Apud.</b>	Citado por
<b>Art.</b>	Artigo
<b>Arts.</b>	Artigos
<b>CC</b>	Código Civil
<b>CE</b>	Código da Estrada
<b>CEDH</b>	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
<b>CEJ</b>	Centro de Estudos Judiciários
<b>CEO</b>	Chief Executive Officer
<b>CMVM</b>	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
<b>Coord.</b>	Coordenação
<b>CP</b>	Código Penal
<b>CPP29</b>	Código de Processo Penal de 1929
<b>CPP</b>	Código de Processo Penal
<b>CRP</b>	Constituição da República Portuguesa
<b>DUDH</b>	Declaração Universal dos Direitos do Homem
<b>Ed.</b>	Edição
<b>EUA</b>	Estados Unidos da América
<b><i>I.e.</i></b>	<i>Id est</i>
<b><i>Infra</i></b>	Ver abaixo
<b>JIC</b>	Juiz de Instrução Criminal
<b>LdC</b>	Lei da Concorrência
<b>MP</b>	Ministério Público
<b>n.º</b>	Número
<b>nrs</b>	Números
<b>OPC</b>	Órgão de Polícia Criminal

<b><i>Op.cit</i></b>	Obra citada
<b>Org.</b>	Organização
<b>P., pp.</b>	Página, páginas
<b>P.e.p.</b>	Previsto e punido
<b>PIDCP</b>	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
<b>Reimp.</b>	Reimpressão
<b>Rev.</b>	Revista
<b>RGCO</b>	Regime Geral das Contra Ordenações
<b>SA</b>	Sociedade Anónima
<b>SSG</b>	Seguintes
<b>STJ</b>	Supremo Tribunal de Justiça
<b>StPO</b>	Strafprozessordnung
<b>Supra</b>	Ver acima
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
<b>Trad.</b>	Tradução
<b>TRC</b>	Tribunal da Relação de Coimbra
<b>TRL</b>	Tribunal da Relação de Lisboa
<b>TRP</b>	Tribunal da Relação do Porto
<b>Vd</b>	Vide
<b>Vol.</b>	Volume

## Índice

Agradecimentos.....	i
Resumo.....	iii
Abstract .....	iv
Lista de siglas e abreviaturas .....	v
Introdução .....	1
a) Apresentação e justificação do tema .....	1
b) Objecto de estudo .....	1
c) Hipóteses de estudo.....	2
d) Objectivos.....	3
e) Metodologia.....	3
Capítulo I: Da prova aos exames.....	5
1.1- A prova.....	5
1.1.1- Conceito de prova e sua contemplação na Lei .....	5
1.1.2- Função da prova .....	8
1.1.3- Admissibilidade de Prova .....	9
1.1.4- Meios de obtenção de prova e meios de prova.....	13
1.2- Introdução aos exames .....	18
1.2.1- Exames em sede de medidas cautelares e de polícia .....	19
1.2.2- A distinção das perícias .....	21
1.2.3- A obrigação de sujeição a exame por parte do arguido .....	22
Capítulo II: <i>O nemo tenetur se ipsum accusare</i> .....	23
2.1- Significado.....	23
2.2- Origem histórica .....	25
2.3- <i>Nemo tenetur</i> no Direito Comparado .....	28
2.3.1. Alemanha .....	28
2.3.2. Espanha.....	29
2.3.3. Estados Unidos da América .....	30
2.3.4. Inglaterra.....	30
2.3.5. Itália .....	31

2.4- As raízes Constitucionais do <i>Nemo Tenetur</i> .....	31
2.5- O <i>nemo tenetur</i> no direito Processual Penal Português .....	34
2.6- <i>Nemo tenetur</i> na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem .....	36
a) Caso “Funke vs França” .....	36
b) Caso “Murray vs Reino Unido” .....	37
c) Caso “Jalloh vs Alemanha” .....	38
2.7- Aplicação do <i>nemo tenetur</i> .....	39
2.8- Restrições ao <i>nemo tenetur</i> .....	42
2.9- Violação do <i>nemo tenetur</i> .....	45
Capítulo III: A obrigação de sujeição a exames e o privilégio contra a auto-incriminação .....	48
3.1- A difícil coexistência entre a sujeição a exames e o <i>nemo tenetur</i> .....	48
3.2- O uso da força .....	49
3.3- Doutrina nacional .....	51
3.4- Doutrina Internacional .....	52
3.5- Jurisprudência nacional .....	54
a) Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007 .....	54
b) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 14/2014 .....	57
c) Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23/05/2012 .....	61
d) Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10/07/2013 .....	62
Conclusões .....	65
Lista de referências .....	68
1. Livros e artigos científicos .....	68
2. Jurisprudência .....	72
3. Sítios da Internet .....	74
4. Legislação .....	74
5. Outros .....	75

## Introdução

### a) Apresentação e justificação do tema

Até que ponto é admissível, em Processo Penal, a restrição dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados em prol da descoberta da verdade? Quais são os limites ao uso do *Ius Imperium* por parte do Estado, no nosso sistema jurídico-penal?

Esta é uma temática que, para além do seu inquestionável interesse teórico, assume um importante relevo prático no que respeita à actuação dos órgãos de polícia criminal, já que a questão do direito do arguido ao silêncio e a salvaguarda do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, surge em diversas fases da sua intervenção, designadamente nos interrogatórios e, conforme delimitado já pelo tema proposto, nos exames a realizar no âmbito de uma investigação criminal.

A relevância do tema surge, assim, da problemática que suscita a questão fundamental da salvaguarda das garantias do arguido enquanto sujeito processual, concretamente no que respeita ao direito que lhe é reconhecido ao silêncio e à não auto-incriminação, e cuja violação é susceptível de inquinar, de forma irremediável, os actos processuais.

### b) Objecto de estudo

“Quando alguém compreende que é contrário à sua dignidade de homem obedecer a leis injustas, nenhuma tirania pode escravizá-lo.”<sup>1</sup> É a partir desta afirmação de Mohandas Karamchand Gandhi que podemos perceber qual o objecto de estudo deste trabalho.

A “dignidade de homem” é defendida e assegurada pelos Direitos, Liberdades e Garantias inerentes a qualquer ser humano, presentes na Constituição e na Lei, preceitos que nunca devem ser abalados por “leis injustas”, pois caso aconteça, o “injustiçado” fará o que for preciso para fazer valer os seus Direitos, nomeadamente através dos tribunais.

As problemáticas que debateremos prendem-se com o direito à não Auto-incriminação e a sua relação com a obrigação (ou não) de sujeição a exames, no que diz respeito ao arguido. Note-se, desde já, que este direito não vem expresso na Constituição da República

---

<sup>1</sup> Disponível em: <http://pensamentosefrases.com.br/autor/Mahatma+Gandhi.html?p=2>, visto em 20/04/2015

Portuguesa, surgindo apenas, e na vertente do direito ao silêncio, no Código de Processo Penal, pelo que tentaremos definir o mais possível a verdadeira extensão deste princípio e a sua relação com a Lei.

Aprofundar alguns conceitos e preceitos legais que nos parecem dúbios e de difícil aplicação prática, torna-se uma necessidade imperiosa para, no fim, tentar encontrar um ponto de equilíbrio, bastante dinâmico, entre o direito e o dever anteriormente referidos.

Vamos perceber que ao longo dos anos tem sido feito um esforço notório por parte do legislador para uma maior conciliação entre a busca pela verdade material e o respeito pela dignidade da pessoa humana. Esta dignidade humana traduz-se num “(...) limite e parâmetro objectivo de avaliação de toda a actividade do Estado, nomeadamente daquela que se traduz em efeitos restritivos na autonomia e liberdades das pessoas com protecção constitucional”.<sup>2</sup>

Na busca da verdade material, a Justiça recorre a meios de obtenção de prova e a meios de prova, dos quais daremos conta na concretização desta dissertação. Assim, pretendemos abordar e inter-relacionar dois pilares fundamentais do Direito Processual Penal: o dos meios de obtenção de prova, principalmente no que diz respeito aos exames previstos nos artigos 171.º a 173.º do Código de Processo Penal, e o do Princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, ou seja, o direito à não obrigação de auto-incriminação.

A restrição de direitos que está subjacente à obrigação de sujeição a exame, prevista no artigo 172.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, é susceptível de colidir com o direito à não auto-incriminação do arguido. Com efeito, a sujeição do arguido à realização de exames coloca-o (eventualmente) numa posição de “auto-incriminação” a qual pode, ademais, ser conflituante com o direito fundamental que lhe assiste de se remeter ao silêncio (direito este que é corolário do direito à não auto-incriminação).

### **c) Hipóteses de estudo**

O objecto de estudo surge em torno de uma questão que parte das seguintes duas formulações hipotéticas:

---

<sup>2</sup> NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 62-63

- A obrigatoriedade de sujeição do arguido a exames respeita o Princípio *nemo tenetur* e seus corolários, não colidindo com os seus Direitos Liberdades e Garantias, sendo a prova obtida legal e susceptível de valoração, ou

- A obrigatoriedade de sujeição do arguido a exames viola o Princípio *nemo tenetur* e seus corolários, sendo a prova obtida ilegal e insusceptível de valoração?

#### **d) Objectivos**

Posto isto, definimos como objectivos desta dissertação os que aqui se elencam:

- 1- Perceber quais os limites de aplicação da lei quanto à obrigatoriedade de sujeição a exame, aplicado às pessoas, coisas e locais;
- 2- Verificar até que ponto é admissível o uso da força pública por parte dos OPC, ainda que ordenados por autoridade judiciária, quando cumprem o estipulado pelo art. 172.º do Código de Processo Penal;
- 3- Clarificar de que modo opera a concordância prática entre o princípio *nemo tenetur* e a obrigatoriedade de sujeição e exames.

#### **e) Metodologia**

Para alcançarmos os objectivos propostos, utilizaremos o método dialéctico, que se traduz na investigação através da contraposição de elementos conflituantes e a compreensão do papel desses elementos num evento. Relacionar-se-ão teorias, pontos de vista e opiniões de diferentes autores, de modo a obter-se uma nova conclusão, uma nova teoria. Este método não analisa o objecto estático, contextualizando-o em dimensões diversas como a dinâmica histórica, cultural e social.

Começaremos, então, por uma abordagem teórica do tema, recorrendo a autores nacionais e passando por uma breve análise de Direito estrangeiro, de modo a ter uma perspectiva mais ampla do tema.

Passaremos à abordagem e análise teórico-prática das normas legais relacionadas com a questão, completando-a, sempre que possível e oportuno, com a vasta jurisprudência nacional.

Após a abordagem do tema sob as diferentes perspectivas doutrinárias e jurisprudenciais, optaremos por uma posição que entendamos mais correcta, ou que, pelo menos, consideremos mais adequada na conciliação do conflito que a temática suscita.

Assim, dividiremos o trabalho em três partes distintas, ainda que devidamente encadeadas, partindo do geral para o particular, através do método dedutivo; começando por uma introdução, passando ao desenvolvimento do tema e alcançando, a final, uma conclusão.

## Capítulo I: Da prova aos exames

### 1.1- A prova

A prova tem várias vertentes, concepções e fins. Para o nosso trabalho importa, desde logo, enquadrar a prova do ponto de vista conceptual e legal, para, posteriormente, partir para o cerne deste primeiro capítulo, a saber, a temática específica dos exames.

Começaremos por fazer uma excursão sintética por algumas definições de prova que nos são dadas por diferentes autores para, acto contínuo, passarmos à análise estrita do conceito legal de prova.

#### 1.1.1- Conceito de prova e sua contemplação na Lei

Empiricamente, provar é demonstrar a realidade ou veracidade de um facto ou de um acontecimento.

Etimologicamente, a palavra prova tem a sua origem na palavra latina *probo*, que significa honesto, correcto, enquanto o verbo *probare* implica julgar com honestidade.

“A prova (...) desenha os factos na sua nudez ou imagem real, traçando o seu clima ou ambiente circunstancial (...) e serve também de base a uma convicção. Dum lado, a realidade dos factos que se ilumina e se desnuda; do outro, é a aceitação crítica dessa verdade, na medida em que se evidencia. Dois destinos – uma só função”.<sup>3</sup>

Ainda que sempre interligada com a demonstração de um facto ou de um acontecimento, a prova é uma palavra multidisciplinar e com múltiplas aplicações, designadamente na área do Direito.

Conforme escreve Ana Prata no Dicionário Jurídico, prova é “Num sentido lato, demonstração da realidade de um facto ou da existência de um acto jurídico. Num sentido mais restrito – aquele em que é usado no artigo 341.º do C.C. – processo que tem por fim tal demonstração”.<sup>4</sup>

Em termos conceituais, a prova insere-se nas finalidades básicas e essenciais do Processo Penal - a realização da Justiça e a descoberta da verdade – as quais se manifestam

---

<sup>3</sup> RIBAS, Carlos Alberto Barbosa Dias, *A credibilidade do testemunho - A verdade e a mentira nos Tribunais* Apud. ALMEIDA D, 1977, p. 74.

<sup>4</sup> PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, 3.ª ed., 1996: Coimbra: Almedina – p. 793.

na estruturação do sistema probatório penal, onde a prova se assume como condição *sine qua non* para o alcance da verdade.

A prova, num sentido de mecanismo processual e procedimental, visa “a demonstração da verdade dos factos”, ou seja, a “justificação da convicção sobre a sua existência, enquanto eles constituem pressupostos da aplicação da lei”, integrando “o fundamento de facto da sentença, quer absolutória, quer condenatória” e determinando “a graduação da responsabilidade.”<sup>5</sup>

Num sentido restrito e imediato, prova é a demonstração mais provável da realidade de um facto, ou da existência de um acto e, num sentido lato, ou mediato, o processo ou o conjunto dos procedimentos que perseguem ou visam essa demonstração.

Para Francisco da Costa Oliveira, “Em processo penal, em momento prévio ao da aplicação da lei está desde logo em causa a constatação e a verificação da ocorrência do facto criminalmente relevante, bem como a definição exacta das circunstâncias e condições de ocorrência do mesmo, a fim de possibilitar a total fundamentação da decisão.”<sup>6</sup>

A prova pode, assim, ser idealizada como resultado ou como demonstração, ou seja, demonstração da realidade dos factos que interessam à aplicação do direito e à formação de um juízo de certeza sobre os mesmos, ou seja, sobre a verdade. A verdade é, pois, a correspondência do juízo formado com a realidade. É, contudo, conhecida a falibilidade do juízo humano; donde a certeza do juízo possa ser absoluta, objectiva, ou meramente subjectiva, uma mera convicção, distinguindo-se, assim, o juízo histórico do juízo lógico.

No juízo lógico pressupõe-se a certeza das premissas. A conclusão do silogismo é exacta, matemática. Já o juízo histórico respeita à verificação de factos e, por isso mesmo, pode levar-nos a um resultado inseguro, o que se justifica com o facto de o juízo lógico ser um juízo meramente hipotético: dá como verificadas as premissas e incide sobre a relação daquelas com a conclusão. O juízo histórico incide sobre as próprias premissas, sobre uma realidade.

Daqui decorre que a demonstração da realidade seja, por conseguinte, equivalente à demonstração da verdade que o juízo humano pode alcançar; é uma certeza que se caracteriza, por si só, pela opinião de certeza, pela convicção.

---

<sup>5</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, vol. II, Editora Danúbio, Lisboa, 1986, p. 9.

<sup>6</sup> *In Defesa Criminal Activa – guia da sua prática forense*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 50.

Extrapolando para o plano do Direito, esta convicção, concretamente a convicção do Juiz, não significa a substituição da certeza objectiva como finalidade da prova pela convicção subjectiva, incondicionada “e desligada de regras legais, de regras de lógica baseadas na experiência, que formam o conteúdo de um direito probatório substantivo.”<sup>7</sup>

A legislação penal e processual penal não dá uma definição imediata e concreta do que se entende por prova, limitando-se o artigo 124.º do Código de Processo Penal à delimitação do seu objecto, que incide não só sobre os elementos essenciais do crime, mas sobre todo o objecto do processo, isto é, sobre tudo quanto é alegado quer pela acusação quer pela defesa.

Desta delimitação do que constitui o seu objecto, pode afirmar-se também a prova enquanto actividade material, ou seja, “o esforço metódico através do qual são demonstrados os factos relevantes para a existência do crime, a punibilidade do arguido e a determinação da pena ou medida de segurança aplicável”.<sup>8</sup>

É dessa actividade material que se obtém “(...) a motivação da convicção da entidade decisora acerca da ocorrência dos factos relevantes, contanto que essa motivação se conforme com os elementos adquiridos representativamente no processo e respeite as regras da experiência, as leis científicas e os princípios da lógica”.<sup>9</sup>

O termo “prova”, pode significar, no texto do Código de Processo Penal:

- A própria actividade de tentar convencer o Tribunal de uma certa versão das coisas, exibindo documentos, inquirindo testemunhas, etc.
- Os modos de reunir indícios que venham a servir para esse convencimento, isto é, a actividade de recolha dos elementos (armas, documentos, vestígios, etc.)

Do artigo 341.º do Código Civil é-nos dada uma noção de prova perspectivada através da sua finalidade: “as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos”.

A prova poderá ser, assim, entendida como uma actividade. E enquanto actividade constitui uma garantia fundamental de que a demonstração da verdade dos factos se não

---

<sup>7</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, vol. I, Lisboa: Danúbio, 1986, p. 204.

<sup>8</sup> MENDES, Paulo de Sousa, *As Proibições de Prova no Processo Penal*, Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Coimbra: Almedina, 2004, p. 133.

<sup>9</sup> MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de processo penal*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 173.

faz a qualquer preço, mas através de um processo justo, alcançado quer através da limitação à utilização de meios lícitos, quer à necessidade de fundamentação fáctica das decisões. Neste sentido acentuamos as palavras de Germano Marques da Silva, para quem “A verdade processual não é absoluta ou ontológica, mas uma «verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas processualmente válida”.<sup>10</sup>

De forma sintética, mas igualmente eficaz, Tereza Beleza e Frederico Pinto defendem que “não existe um processo penal válido sem prova que o sustente, nem um processo penal legítimo sem respeito pelas garantias de defesa.”<sup>11</sup>

Em suma, podemos caracterizar a prova como todo um esforço metódico dirigido à reunião de indícios legais, que encerram em si a função de produzir um estado de certeza na consciência e mente do juiz (para sua convicção) de modo a fundar a sua decisão sobre a ocorrência de um determinado facto ou acontecimento e respectivas circunstâncias.

### **1.1.2- Função da prova**

Enquanto actividade probatória, a prova encerra em si uma função garantística de um juízo equitativo e fundamentado sobre a realidade probanda. “A intervenção judicial e os juízos de facto e de direito que vão ser exarados na decisão final, particularmente quando é proferida a sentença, dependem da produção de provas realizadas, por regra, em sede de audiência de julgamento.”<sup>12</sup>

Para além da sua função garantística, serve ainda a função de ilidir a presunção de inocência consagrada no art.º 32.º, nº. 2 da Lei fundamental. Para ser proferida uma sentença, o juiz tem de reviver os acontecimentos e sentir o processo.<sup>13</sup> Para que haja uma decisão justa, deverá ser encontrada a verdade, a melhor reconstrução dos factos possível, a pesquisa do verdadeiro conhecimento dos factos, tudo através da prova. “(...) a condenação repousa sobre as certezas dos factos, sobre a convicção que se gera da consciência do juiz. A soma dos motivos geradores dessa certeza chama-se prova.”<sup>14</sup> M. Lima dá-nos uma outra visão da actividade probatória: “provar é a indução do juiz no

<sup>10</sup> SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Tomo II, 5ª ed., Lisboa: Verbo, 2011 p. 161 *Apud* DIAS, Jorge Figueiredo, p. 194.

<sup>11</sup> BELEZA, Teresa Pizarro e PINTO, Frederico Costa, *in* Prova Criminal e Direito de Defesa, *Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, 2014, p. 5.

<sup>12</sup> DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, *Revista do CEJ*, 2005, p. 170.

<sup>13</sup> LIMA, Marcellus Polastri, *Manual de Processo Penal*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 4ª ed., 2009, p. 371.

<sup>14</sup> LIMA, Marcellus Polastri, *Manual de Processo Penal ...* p. 375.

convencimento de que o facto histórico aconteceu de uma determinada forma ou determinado modo.”<sup>15</sup>

Desta feita, o mesmo autor revela agora qual a missão da prova: “A prova é, assim, elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que este se serve para averiguar sobre os factos em que as partes fundamentam suas alegações”<sup>16</sup>

Ainda relativamente àquela que é a função da prova, Germano Marques da Silva, no processo penal moderno “(...) a prova, entendida como actividade é também garantia da realização de um processo justo, de eliminação do arbítrio, quer enquanto a demonstração da realidade dos factos não há-de procurar-se a qualquer preço, mas apenas através de meios lícitos, quer enquanto através da obrigatoriedade de fundamentação das decisões de facto permite a sua fiscalização através dos diversos mecanismos de controlo de que dispõe a sociedade”.<sup>17</sup>

Lançando mão das palavras dos Magistrados do Ministério Público, podemos concluir, em síntese, relativamente à sua finalidade, que “A prova tem por função assegurar a objectividade de Juízo através da demonstração da realidade dos factos (art. 341.º do C.C.), garantir a validade da demonstração, assegurar a constituição do processo equitativo e ainda permitir a fundamentação e o controle endoprocessual da convicção”<sup>18</sup>

### **1.1.3- Admissibilidade de Prova**

Manuel Monteiro Guedes Valente refere que “num regime democrático e submetido ao valor da lealdade, os fins não podem justificar os meios...”<sup>19</sup>.

No artigo 32.º, n.º 6 da Constituição da República Portuguesa, e no artigo 126.º do Código de Processo Penal, proíbe-se a obtenção de provas com ofensa dos direitos fundamentais. O legislador confina toda a actividade de produção de prova está balizada por princípios fundamentais que se sobrepõem à “descoberta da verdade”, sob pena de se desvirtuar a legitimidade da acção penal do próprio Estado.

<sup>15</sup> LIMA, Marcellus Polastri, *Manual de Processo Penal ...* p. 377

<sup>16</sup> LIMA, Marcellus Polastri, *Manual de Processo Penal ...* p. 377

<sup>17</sup> SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal, ...* pp. 140-141, *Apud*. MELLADO, José Maria *Asencio, Prueba Prohibida y Prueba Preconstituída*, p.16

<sup>18</sup> Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Código de Processo Penal - Comentários e notas práticas*, Coimbra: Coimbra editora, 2009, p. 337

<sup>19</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Escutas Telefónicas – Da Excepcionalidade à Vulgaridade*, Coimbra: Almedina, 2.ª ed., 2008, p. 175

Esta forma polida de prossecução das finalidades do processo penal, advinda, no nosso caso, da CRP, está presente em Estados de Direito Democrático, onde se pretende o máximo de justiça e equilíbrio nas relações entre o Estado e os particulares. Como refere Gómez Colomer, os Estados de Direito “*son Estados regidos por una ley suprema que consagra determinados derechos mínimos, inherentes a la personalidad, pero de carácter fundamental, que limitan el extraordinario avance expansionista propio de todo Estado, y de todo gobierno, y que garantiza también un eficaz sistema de control ante los Tribunales de Justicia e incluso ante un Tribunal Constitucional, cuando se produzca una violación, ataque o menoscabo de esos derechos fundamentales.*”<sup>20</sup>

Como reforça Germano Marques da Silva, “com a proibição da prova obtida por meios ilícitos se pode sacrificar a verdade, já que a prova obtida resultante da utilização de meio ilícito para a sua obtenção pode ser de extrema relevância para a reconstituição do facto histórico, pode mesmo ser a única.”<sup>21</sup>

Afirma ainda Guedes Valente, que este protecționismo dado ao arguido “impõe que se admitam como válidas provas que, em primeiro lugar, não ofendam os direitos e liberdades fundamentais do homem”<sup>22</sup> e que respeitem o preceituado nos artigos 125.º (legalidade da prova) e 126.º (métodos proibidos de prova) do CPP.

Existem assim, as proibições de prova, que é a terminologia usada para todas as provas ou métodos de obtenção de prova que colidam com os direitos do Homem. Fazendo alusão ao que afirma Costa Andrade, citando Gossel, as proibições de prova são “barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objecto do processo.”<sup>23</sup> Citando ainda Costa Andrade, “a proibição de prova é a prescrição de um limite à descoberta da verdade”, mas não só, surgindo também como “uma imposição e, mesmo, de uma permissão.”<sup>24</sup>

A expressão “proibição de prova” surge há mais de cem anos, com Ernst Beling, jurista alemão, aquando de uma aula inaugural na Universidade de Tubinga, querendo demonstrar que existem limitações na averiguação da verdade dentro da investigação em processo penal, devido a interesses contrapostos de cariz colectivo e individual. Os exactos

<sup>20</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan – Luis, *La reforma del proceso penal Peruano – Garantías constitucionales en el enjuiciamiento criminal peruano*, 2004, p. 113.

<sup>21</sup> SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal ...* p. 173.

<sup>22</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Escutas Telefónicas ...* p.176.

<sup>23</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 83, *Apud.* Gossel, Bockelmann-Fs, p.801.

<sup>24</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal ...* p. 83.

parâmetros usados para estas limitações dependem, principalmente, da posição que relaciona o ordenamento jurídico do indivíduo e o poder do Estado. Esta posição encontra o seu fundamento no Estado de Direito, na sua manifestação mais elaborada, nos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, sobretudo no que tange à dignidade humana e à personalidade do indivíduo. Neste tipo de sistema, existem áreas que são protegidas de ingerências estaduais pelo legislador, no âmbito das quais, por conseguinte, o recurso a certos mecanismos e determinadas provas é inadmissível e proibida.

O acusado é sujeito activo e não “objecto” do processo penal. A sua liberdade de decisão e de acção são intangíveis e invulneráveis, razão pela qual de forma alguma podem ser objecto de prejuízo ou de manipulação. A manipulação da vontade do acusado, por exemplo, por meio de ameaça, engano ou táticas similares, tortura, coacção ou, em geral, ofensa à integridade física ou moral das pessoas, deve ser proibida e sancionada, inquinando de nulidade o produto probatório.

“As proibições de prova têm, como finalidades, uma componente individual e outra colectiva: por um lado, servem para a garantia dos direitos fundamentais, para proteger o acusado da utilização de provas obtidas ilegalmente em seu prejuízo; por outro lado preservam a colectividade, a integridade constitucional, em particular, por meio da realização de um processo justo.”<sup>25</sup> A tensa relação entre o interesse de uma administração da justiça funcional e eficaz, e a garantia dos direitos fundamentais dos acusados leva a complexas decisões de ponderação, que raras vezes deixam completamente satisfeitas ambas as partes – a prossecução penal e a defesa.

Existem alguns princípios subjacentes ao uso da prova, tais como a atipicidade, que implica a admissibilidade de qualquer meio de prova; a verdade material, a investigação judicial e a livre convicção, todos assentes nas já estabelecidas proibidas formas de obtenção de prova que advêm do supra referido art. 126.º.

Convenhamos que tipicidade, é diferente de legalidade, pois não existe um catálogo fechado de meios de prova admissíveis, podendo ser legal a utilização de outros meios que não os previstos pelo catálogo. O valor dos meios de prova também não está legalmente pré-estabelecido<sup>26</sup>. As provas valerão todas o mesmo, ficando ao critério do juiz apreciá-las

---

<sup>25</sup> BELING, Ernst von; AMBOS, Kai; JULIAN GUERREIRO, Oscar; *Las Prohibiciones Probatorias*, pp. 60-61: Tradução nossa

<sup>26</sup> Exceptua-se o previsto no art. 371.º do CC (Força probatória) e no art. 169.º do CPP (Valor probatório dos documentos autênticos e autenticados).

de acordo com a sua livre convicção, em concordância com critérios de bom senso, justiça, experiência pessoal e objectividade, conforme previsto no art. 127.º do CPP. Com efeito, e como é unânime entendimento jurisprudencial, a livre convicção não é confundível com arbitrariedade do julgador, devendo resultar da sentença as concretas razões fundamentadoras desse que permitam sindicar as motivações do julgador quanto à valoração da prova, cumprindo-se assim a obrigatoriedade de fundamentação que emana do art. 374.º, n.º 2 do CPP.

Façamos agora uma breve análise do art. 125.º do CPP, que nos elucida sobre “ a legalidade da prova “.

Neste artigo consta o amplo espectro que se nos afigura no âmbito da prova possível de ser valorada no processo penal. Deparamo-nos, no preceito legal em análise, de um duplo sentido que nos permitirá utilizar meios de prova que não sejam proibidos por lei e meios de prova que não sejam abrangidos pela restrição, o que nos reconduz à aceitação de meios de prova inexistentes no CPP.

Esclarece-nos Germano Marques da Silva, que “não são só os meios de prova tipificados, isto é, regulamentados por lei, que são admitidos, mas ao contrário, são admissíveis todos os que não forem proibidos, mesmo sendo atípicos.”<sup>27</sup>

Contrariamente a esta posição está Paulo de Sousa Mendes<sup>28</sup>, pois defende que “é difícil imaginar que possa haver meios de prova totalmente diferentes dos típicos, de mais a mais admissíveis”. Reforça ainda o autor que “a única liberdade que existe relativamente à escolha dos meios de prova consiste na possibilidade de seleccionar do catálogo dos meios de prova típicos aqueles que forem considerados como adequados ao processo em curso”.

Contudo, esta liberdade quanto à prova tem limites que devem ser respeitados sob pena de nulidade e de não valoração da mesma. Desta feita, a prova atinente ao processo criminal deve ser obtida com respeito pela dignidade humana (art. 1.º da CRP) e segundo os princípios fundamentais do Estado de Direito democrático (art. 2.º da CRP). Esta submissão extrema aos Direitos fundamentais é absoluta quando nos referimos a casos relativos ao direito à integridade pessoal e relativa nos restantes casos. Porém, esta possível intromissão não poderá extrapolar a sua aplicação para além do leque de casos previstos na

---

<sup>27</sup> SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*,... pp. 167-168.

<sup>28</sup> MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de processo penal*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 174.

lei ou sem autorização judicial, respeitando sempre os princípios de necessidade e proporcionalidade.

#### **1.1.4- Meios de obtenção de prova e meios de prova**

É fundamental o equilíbrio entre os direitos fundamentais e as necessidades impostas pela eficiência da justiça penal, que também é nuclear no funcionamento do Estado de Direito, regendo-se pelo princípio da proporcionalidade. Este equilíbrio é assegurado ou, pelo menos, potenciado, pela letra da lei e respectivo espírito, nomeadamente no que concerne às diversas disposições legais do CPP.

Iremos, assim, descrever e analisar os meios de obtenção de prova e os meios de prova, distinguindo-os entre si.

##### **1.1.4.1- Os meios de obtenção de prova**

Os meios de obtenção de prova estão previstos na Parte I, Livro III, Título III do CPP e são “instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias e órgãos de polícia criminal para investigar e recolher meios de prova”.<sup>29</sup> Não são provas em concreto, são meios ou modos de investigação, que permitem a obtenção de material com valor probatório. Os meios de obtenção de prova vão possibilitar a recolha de prova e têm a particularidade de se caracterizar pelo modo e também pelo momento da sua aquisição no processo, tendo lugar, por norma, na fase do inquérito.

Esta actividade consubstancia uma forma de obter prova que possa ser útil e eficaz, numa primeira fase, para a recolha de indícios suficientes e, numa segunda fase, para a descoberta da verdade material a fundamentação de uma decisão absolutória ou condenatória.

Importa, contudo, referir que esta actividade deve ser desenvolvida, impreterivelmente, sob a garantia da prossecução dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, de modo a não tornar-se uma justiça amoral e enferma pois, como nos ensina Costa

---

<sup>29</sup> SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal ...* p. 280.

Andrade “(...) é a liberdade do cidadão, e não a liberdade dos órgãos de perseguição penal, que detém o primado.”<sup>30</sup>

Feito este pequeno enquadramento, faremos uma breve excursão pelos meios de obtenção de prova, concretamente quanto à sua previsão legal, descrição e exemplificação.

Começemos pelos exames, sobre os quais nos deteremos com maior rigor e profundidade mais adiante, porquanto constituem pilar essencial desta dissertação.

Os exames estão previstos nos artigos 171.º a 173.º do CPP, constituindo, de um modo geral, os processos de recolha de vestígios através da inspecção de pessoas, lugares e coisas.

As revistas e buscas encontram previsão legal nos artigos 174.º a 177.º do CPP. Enquanto meio de obtenção de prova, as revistas e buscas caracterizam-se, no caso das revistas, pela procura de objectos em pessoas e, no caso das buscas, pela procura de objectos em locais sem acesso livre ao público.<sup>31</sup>

O regime das apreensões, por sua vez, está previsto nos artigos 178.º a 186.º do CPP, destinam-se à preservação de objectos que possam estar relacionados com determinado crime, devendo as mesmas ser autorizadas, ordenadas ou validadas por autoridade judiciária, por força do disposto no art. 178.º, n.º 3.<sup>32</sup>

Aludimos, por fim, às escutas telefónicas como meio de obtenção de prova, cujo regime jurídico se encontra definido do artigo 187.º ao artigo 190.º do CPP.

Face à sua limitação aos chamados crimes de catálogo, as escutas telefónicas seguem um largo e rigoroso conjunto de critérios que têm de se encontrar preenchidos para que seja lícita a sua utilização que é, efectivamente, pela ingerência na esfera dos mais elementares direitos do cidadão, como o direito à privacidade, um meio muito apertado e de carácter “excepcionalíssimo”.

Trata-se da interceptação e gravação de comunicações, previamente ordenadas ou autorizadas por despacho judicial, “transmitidas pelo telefone ou outros meios técnicos

---

<sup>30</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal...* p. 22, *Apud.* Sydow, p. 178.

<sup>31</sup> Atente-se ainda ao exposto na Lei de Segurança Interna, Lei 53/2008, de 29 de Agosto, no seu art.º 29º, al. a), com epígrafe “Medidas especiais de polícia”, que também refere as buscas e revistas.

<sup>32</sup> Nova alusão à Lei de Segurança Interna, Lei 53/2008, de 29 de Agosto, no seu art.º 29º, al. b), com epígrafe “Medidas especiais de polícia”, que também refere as apreensões.

análogos, designadamente correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática.”<sup>33</sup>

Perpassados, de forma sucinta, os meios de obtenção de prova, passaremos para os meios de prova, a que o Código de Processo Penal português dedicou o Título II do Livro III.

#### **1.1.4.2- Os meios de prova**

Os meios de prova, ainda que disciplinados pelo CPP, não são por ele taxativamente limitados, sendo admissíveis outros, como já referido anteriormente neste trabalho. Assim, o regime subjacente aos meios de prova é o da admissibilidade e liberdade de quaisquer meios de prova, a menos que a lei os proíba expressamente. É o que resulta do disposto no artigo 125.º do CPP, que admite meios de prova atípicos.

Não é, porém, admissível, fazer-se uso livre e indisciplinado dos meios de prova típicos, havendo necessidade de respeitar a respectiva regulamentação legal.

Passemos então, à breve análise dos meios de prova que o legislador consagrou no ordenamento jurídico processual penal.

Começemos pela prova testemunhal, meio de prova que poderá adquirir-se por inquirição de testemunha, onde esta é chamada a depor sobre as suas percepções de factos e circunstâncias passadas, não relevando as suas opiniões sobre o alcance dos factos ou juízos de valor sobre ele, salvo nos casos especificados no n.º 2 do art. 130.º do CPP. Assim, segundo o art. 128.º, n.º 1 do CPP, “a testemunha é inquirida sobre os factos de que possua conhecimento directo e que constituam objecto da prova” e só excepcionalmente pode ser inquirida sobre factos de que possua conhecimento indirecto, nos termos do disposto no art. 129.º do CPP. Este tipo de prova consiste na narração de um facto juridicamente relevante de que a testemunha tem conhecimento.

Analisemos as declarações do arguido que tem um regime muito específico no nosso ordenamento jurídico, que resulta, conforme já referido, do facto de o mesmo ser encarado, hoje em dia, não como um “objecto”, mas como um verdadeiro sujeito processual.

---

<sup>33</sup> SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal ...* p. 294.

Conforme se verá mais adiante, à excepção das perguntas que lhe são feitas sobre a sua identidade, o arguido goza do chamado “direito ao silêncio”, direito que está intimamente relacionado com o princípio da proibição da auto-incriminação.

As declarações do arguido seguem as regras fixadas no artigo 138.º do CPP para inquirição de testemunhas, excepto em sede de primeiro interrogatório judicial de arguido detido, a cargo do juiz de instrução criminal, e cujo regime é o previsto no artigo 141.º do CPP.

Os restantes interrogatórios do arguido são presididos pelo Ministério Público, ou pelos OPC quando tenha havido delegação por parte do magistrado do Ministério Público nesse sentido, se em sede de inquérito, ou pelo Juiz de Instrução na fase de instrução (artigo 144.º do CPP). O valor probatório das declarações do arguido serão apreciadas livremente pelo juiz, não podendo o silêncio do arguido, à excepção do que hoje resulta da nova redacção do artigo 357.º do CPP, introduzida pela alteração legislativa preconizada pela Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, ser valorado como meio de prova, nem tampouco desfavorecê-lo.

Estudemos agora a acareação, cuja previsão se verifica no art. 146.º do CPP, que consiste em colocar “frente a frente” os sujeitos elencados no n.º 1 desde que entre eles se verifiquem versões dissidentes relativamente a um mesmo facto. O objectivo da acareação é, de acordo com a convicção do julgador, extrair a verdade a partir do confronto dos depoimentos ou declarações. As divergências poderão ter na sua génese interpretações ou percepções diferentes sobre os factos, não havendo, necessariamente, vontade deliberada de mentir sobre os mesmos.

Continuando a incursão pelos meios de prova tipificados no CPP, encontramos o reconhecimento, desta feita, nos artigos 147.º a 149.º daquele diploma processual.

Como o próprio nome deixa antever, o reconhecimento consiste numa confirmação de um elemento de prova prévio, ou seja, numa comparação entre a percepção sensorial relativamente a algo que aconteceu anteriormente com aquilo que se está a perceber no presente.

Importa referir que a lei apenas disciplina o reconhecimento de pessoas e objectos. Contudo, não proíbe o reconhecimento relativamente a sons, cheiros, ou outros captados pelo ser humano.

Presente no artigo 150.º do CPP, a reconstituição caracteriza-se, de um modo geral, pela reprodução, tão fiel quanto possível, das circunstâncias em que se julga ter ocorrido determinado facto, de modo a verificar se esse facto poderia, ou não, ter ocorrido de determinada forma. Este meio de prova não encerra em si a finalidade de comprovação de um facto histórico, mas sim, a de aferir da possibilidade de o facto ter ocorrido nas circunstâncias em que se afirma ter ocorrido.

Aludimos ainda à prova pericial, que é, pela sua fidedignidade, um meio de prova de grande relevância e que, atenta a temática subjacente a este trabalho, terá tratamento especial mais adiante.

Sobre a prova pericial, por hora dir-se-á apenas que está prevista no art. 151.º do CPP, e que encontra os seus fundamentos na perícia, ou seja, na "actividade de percepção ou apreciação dos factos efectuada por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos."<sup>34</sup> Trata-se de um meio subtraído à livre apreciação e convicção do julgador.

Por último, a prova documental. É importante, antes de mais, a definição de documento, que nos dada pelo art. 164.º, n.º 1 do CPP e mais escalpelizada no art. 255.º do Código Penal.

Documentos contendo fotografias poderão ser valorados em sede de julgamento, ao contrário de documentos que contenham declarações e/ou que sejam anónimos. Ressalva-se uma excepção a esta última regra, no caso em que o documento é por si só objecto ou elemento do crime. Poderá ser objecto do crime quando o documento é, de algum modo, falsificado, e elemento do crime quando constitui "instrumento, meio de realização, ou o resultado do crime", como no caso de uma carta a difamar outrem.<sup>35</sup>

Importa ainda referir neste âmbito que reproduções fotográficas, cinematográficas e fonográficas se enquadram em documentos e são admissíveis como meio de prova caso não violem o estipulado no art. 167.º do CPP.

*Em suma*, podemos concluir que os meios de obtenção de prova se destinam recolher meios de prova, ou seja, um poderá levar ao outro. Por outro lado, os meios de obtenção de

---

<sup>34</sup> SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal ...* p. 261.

<sup>35</sup> SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal ...* p. 270.

prova são os estabelecidos no CPP e não outros, ao contrário do que sucede com os meios de prova, que seguem o regime da atipicidade.

Existe, por vezes, uma linha ténue que diferencia um meio de obtenção de prova de um meio de prova. Como meros exemplos, alude-se à escuta telefónica como meio de obtenção de prova, cujas gravações encerram já em si a natureza de meio de prova, ou o caso da recolha de sangue para análise da Taxa de Álcool no Sangue, que se enquadra nos meios de obtenção de prova (exame), cujo resultado será um meio de prova (perícia).

Note-se, ainda, que o legislador do Código de Processo Penal sistematizou, gradualmente e de forma implícita, os meios de obtenção de prova face à lesão que os mesmos proferem aos direitos fundamentais dos cidadãos. Desta feita, a utilização do meio de prova que se escarpelizará no ponto seguinte só é possível quando o meio anterior que estiver a ser utilizado se esgote sem resultado material, isto sempre com o fim de prevenção geral e especial.

Ou seja, segue-se do menos para o mais lesivo e intrusivo, numa escalada progressiva que passa pelos exames, revistas, buscas e apreensões, para culminar nas escutas telefónicas.

## **1.2- Introdução aos exames**

Como já ficou dito, os exames constituem um elemento basilar no nosso trabalho, pelo que se questionará os seus limites, objectivos, a sua legalidade e premência no processo penal.

No âmbito do Código de Processo Penal português, os exames estão contemplados nos artigos 171.º a 173.º do CPP. Embora o nosso estudo sobre exames se restrinja ao Código de Processo Penal, não deixaremos de referir que os exames ou inspecções se encontram também plasmados no Código Civil. Entendemos, porém, que regime relativo aos exames, no âmbito do Processo Penal, já é suficientemente vasto e rico, pelo que merece a nossa mais cuidada dedicação.

Atente-se à letra do art. 171.º, n.º. 1, do CPP e percebemos que a finalidade do exame é “fixar documentalmente ou permitir a observação directa pelo tribunal de factos relevantes

em matéria probatória”.<sup>36</sup> Ou seja, o exame permite levar ao conhecimento do tribunal, deixando à sua apreciação, aquilo que fora deixado no momento do crime e que de outro modo não seria possível ser analisado pelo juiz. Para que esta transposição seja bem-sucedida e útil, os OPC terão de cumprir as diligências que lhes forem cometidas por lei, de modo a salvaguardar os meios de prova.

O exame é um meio de obtenção de prova pelo qual se examina e analisa, sob forma documental, os vestígios que existam e os indícios sobre como foi efectivado o crime e o local onde foi praticado, das pessoas que o possam ter cometido e sobre as quais se possa ter cometido.

Não servirá, porém, *de per si*, como uma “fonte de convencimento que possa ser directamente usada pelo Juiz ou MP na fundamentação da sua decisão.”<sup>37</sup>

Este meio de obtenção de prova caracteriza-se pela ausência de necessidade de especiais conhecimentos de cariz científico, técnico ou artístico por parte do examinador para a recolha ou fixação dos factos observados, resultando da mera percepção dos elementos de prova pela AJ ou OPC.

Acontece que, durante o inquérito e instrução, compete aos OPC executar os exames, entidade a quem compete também assegurar as providências cautelares necessárias a garantir a preservação e conservação dos meios de prova, ou seja, asseverar a cadeia de custódia da prova.

Assume, em sede de julgamento, especial relevo, o exame efectuado ao local pelo tribunal (art. 354.º) – a inspecção.

Podem ser alvo de exame as pessoas, os lugares ou as coisas, sendo que as pessoas são objecto de observação, que terá de respeitar, obrigatoriamente, a dignidade da pessoa humana.

### **1.2.1- Exames em sede de medidas cautelares e de polícia**

Situações há em que os OPC podem fazer exames sem ordenação ou autorização prévia do juiz, mesmo antes da abertura do inquérito. Essas situações subsumem-se a providências cautelares quanto aos meios de prova, que terão lugar de acordo com critérios

---

<sup>36</sup> SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal ...* p. 281.

<sup>37</sup> DUARTE, Eurico Balbino, *A prova criminal e direito de defesa – estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 16.

de necessidade e urgência de intervenção. Emanado art. 249.º do CPP, que se atribui aos OPC essa prerrogativa mesmo sem autorização por parte da autoridade judiciária competente. Este artigo possibilita, assim, que haja um conjunto de diligências, extraprocessuais, levadas a efeito por OPC, tendentes à conservação e preservação de meios prova, nomeadamente através de exames dos vestígios do crime, agindo activamente também para a manutenção do estado das coisas e lugares, conforme o n.º 2, al. a), do já referido artigo.

Permite-se, deste modo, que os OPC conservem meios necessários à sustentação do inquérito e fundamentação de uma decisão final que, de outra forma, se poderiam perder face à morosidade dos trâmites legais e processuais.

Previsão semelhante se encontra no art. 171.º, n.º 2 do CPP, onde se dispõe que “logo que houver notícia da prática de crime, providencia-se para evitar, quando possível, que os seus vestígios se apaguem ou alterem antes de serem examinados.”

Para levar a cabo o anteriormente descrito, a AJ ou OPC pode, se necessário, proibir a entrada ou o trânsito de pessoas estranhas ao local do crime, ou quaisquer actos que possam prejudicar as inspecções, podendo ainda determinar que alguma ou algumas pessoas não se afastem do local do exame e obrigar as que pretenderem afastar-se a que nele permaneçam enquanto se mantiver o exame e a sua presença for imprescindível, em concordância com o que emana dos artigos 171.º, n.º 2 e 173.º, ambos do CPP.

É feita, portanto, uma remissão do art. 249.º, n.º 2, al. a) para os artigos 171.º, n.º 2 e 173.º, todos do CPP, sendo aplicável em circunstâncias de medida cautelar e de polícia, o disposto quanto aos meios de obtenção de prova.

Sucedo, porém, que o art. 249.º do CPP não disciplina um “pré-inquérito”, nem actos de natureza processual, mas sim uma actividade cautelar avulsa, estritamente dirigida à conservação da prova e motivada pela urgência.<sup>38</sup>

Esta competência cautelar própria mantém-se ao longo do inquérito e também da instrução, devendo os OPC, em qualquer dessas fases, comunicar de imediato ao respectivo titular do processo (MP ou JIC) a efectivação de quaisquer medidas cautelares (art. 253.º).

---

<sup>38</sup> MESQUITA, Paulo Dá, *Direcção do Inquérito e Garantia Judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 131.

Posteriormente, compete à autoridade judiciária validar e integrar no processo os actos cautelares levados a cabo pelos OPC no âmbito das suas competências, próprias ou delegadas. Os actos praticados pelos OPC antes da abertura do inquérito que não tenham natureza cautelar e urgente, são insanavelmente nulos, nos termos do disposto no art. 119.º, al. b) e e) do CPP, não podendo, portanto, ser validados pelo Ministério Público.

### **1.2.2- A distinção das perícias**

A perícia tem enquadramento legal no art. 151.º do CPP, onde se explicitam as circunstâncias da sua aplicação.

Enquanto que os exames são um meio de obtenção de prova, as perícias são um meio de prova e traduzem-se numa actividade de interpretação de vestígios, apreciação de factos probandos advindos de exames, efectuada por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos. Os peritos poderão, portanto, descobrir meios de prova através da utilização de determinadas técnicas ou processos científicos, ou poderão meramente apreciá-los, emitindo, posteriormente, uma “declaração técnica acerca de um elemento de prova”.<sup>39</sup>

Segundo o art. 163.º, n.º 1 do CPP, o resultado da prova pericial encontra-se “subtraída à livre apreciação do julgador “. Ou seja, depois de feito o trabalho específico do perito, este não poderá ser questionado ou modificado pelo juiz, havendo apenas lugar, conforme o n.º 2 do art.º 163.º, a um descrédito por parte do julgador, sendo necessária justificação para o efeito. O produto advindo da perícia, interpretado pelo perito, impõe-se ao julgador, não tendo este capacidades/conhecimentos para outras interpretações ou leituras do relatório.

Pode, contudo, em caso excepcional, a convicção do julgador ser divergente do juízo contido no parecer dos peritos, sendo necessária, para a sua não valoração, fundamentação bastante.

---

<sup>39</sup> JÚNIOR, Aury Lopes, *Direito Processual Penal*, 10ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 613, *Apud*. Leone, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, v. 2, p. 195.

### **1.2.3- A obrigação de sujeição a exame por parte do arguido**

O regime de sujeição a exame aplica-se a todo o sujeito processual, seja vítima ou arguido, mas daremos, necessariamente, particular atenção ao arguido, ponto nevrálgico do nosso trabalho.

Este regime tem como finalidade submeter a exame aquele que se eximir ou obstar à realização de exame a que estava obrigado, ou sobre coisa que por ele devesse ser entregue para o respectivo exame. Nestes casos, poderá a AJ competente, na respectiva fase processual, compelir a pessoa visada a “efectivar os deveres processuais a que está adstrito”.<sup>40</sup>

Poder-se-á enquadrar a sujeição a exames, de uma forma geral, nas diligências de prova contidas no art. 61.º, n.º 3, al. d), do CPP.

Mais particularmente e no que tange aos exames efectuados ao corpo das pessoas, estes devem ser sempre feitos com respeito pela dignidade e pudor do examinando (art. 172.º, n.º 2 do CPP), sendo que, se os exames incidirem sobre as características físicas ou psíquicas da pessoa e esta não tiver consentido em tal procedimento, o mesmo necessita de autorização do juiz para que possa ser realizado. Esta autorização terá de ser fundamentada, respeitando critérios de necessidade e exigibilidade, de acordo com o que consta no art. 154.º, no seu n.º 2, do CPP.

Os exames a efectuar só serão admissíveis quando deles não resultem danos para a integridade física do examinado, tendo sempre de ser levados a cabo por médico ou pessoa legalmente autorizada para o efeito.

---

<sup>40</sup> VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal*, Tomo I, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 361.

## Capítulo II: *O nemo tenetur se ipsum accusare*

*“You have the right to remain silent, anything you say can and will be used against you in a court of Law”.*

### 2.1- Significado

Enquanto algema o criminoso para o conduzir à esquadra, após uma perseguição repleta de peripécias e de *suspense*, o polícia do filme americano a que estamos a assistir dir-lhe-á, como já esperamos que aconteça: *You have the right to remain silent, anything you say can and will be used against you in a court of Law*.

Conhecemos sobejamente aquela frase proferida pelo *cop* americano e não temos a mínima dúvida de que naquele filme, tal como acontece no mundo real norte-americano, o infractor tem o direito a ficar calado perante a intervenção policial.

Do filme americano para a realidade portuguesa, o *You have the right to remain silent* começa a entrar no léxico e a ganhar significado para o homem médio, com a mediatização a que se tem assistido dos mega processos da Justiça, através da informação veiculada nos telejornais de que o arguido A ou B se remeteu ao silêncio.

Hoje em dia tem-se já consciência de que, afinal, o *You have the right to remain silent* dos filmes americanos tem, no contexto real português, o homólogo “direito ao silêncio”.

O direito ao silêncio é uma realidade com expressa consagração legal, concretamente no artigo 61.º, n.º 1 al. d) do Código de Processo Penal, através do qual é reconhecido 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 de consagração legal expressa tem, na sua essência, uma garantia de protecção do arguido contra a sua própria incriminação, estando intimamente relacionado com o privilégio do arguido de não auto-incriminação, também conhecido pelo brocardo latino *nemo tenetur se ipsum accusare*.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Outros são também utilizados, tais como: *nemo tenetur se ipsum prodere* (nenhuma pessoa pode ser obrigada a trair-se a si mesma em público), *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a descobrir-se), *nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur detegere turpidunem suam* (ninguém é obrigado a revelar a sua própria vergonha), *nemo testis se ipsum*, *nemo tenetur* ou *privilege against self-incrimination*.

O *nemo tenetur se ipsum accusare* traduz o princípio que confere ao arguido a possibilidade de não contribuir para a sua auto-incriminação. É o “princípio que dispõe que ninguém pode ser obrigado a contribuir para estabelecer a sua própria culpabilidade.”<sup>42</sup>

As definições deste “princípio” são-nos atribuídas pela doutrina e pela jurisprudência que, apesar da sua não consagração constitucional expressa, o entendem como um princípio constitucional não escrito.

O Supremo Tribunal de Justiça, no Acórdão de 28-05-2014, defendeu que: “A controvérsia sobre o exacto conteúdo e extensão do princípio do direito à não auto-incriminação, mormente no que diz respeito à possibilidade de utilização do arguido como meio de prova - quer por declarações quer por sujeição a outras formas de obtenção de prova -, tem de ser dirimida pela via da compatibilização ou concordância prática dos interesses em jogo, com salvaguarda dos direitos ou interesses de valor social e constitucional prevalecente e apelo ao princípio da necessidade (art. 18.º, n.º 2 da CRP)”.<sup>43</sup>

Conforme também definido pelo nosso Supremo Tribunal de Justiça no Acórdão de 05-01-2005, “O privilégio contra a auto-incriminação (...) significa que o arguido não pode ser obrigado, nem deve ser condicionado a contribuir para a sua própria incriminação, i.e. tem o direito de não ceder ou fornecer informações ou elementos (v.g. documentais) que o desfavoreçam, ou a não prestar declarações, sem que do silêncio possam resultar quaisquer consequências negativas ou ilações desfavoráveis no plano da valoração probatória”.<sup>44</sup>

O *nemo tenetur se ipsum accusare*, que é também um instrumento de garantia de defesa do arguido, desdobra-se, como resulta dos textos transcritos da nossa jurisprudência, mormente do Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, em duas vertentes que, embora intimamente relacionadas, se não confundem entre si: a vertente do privilégio contra a auto-incriminação propriamente dita, e a vertente do já referido *Right to remain silent*, ou direito ao silêncio.

O privilégio contra a auto-incriminação traduz-se no direito à recusa na cooperação na investigação, ou seja, no fornecimento de meios de prova susceptíveis de comprometer a presunção de inocência do arguido, coadjuvando a sua incriminação. É uma recusa activa, que pressupõe a negação de uma actuação auto-incriminatória e auto-culpabilizante. Já a

<sup>42</sup> RAMOS, Vânia Costa, *Corpus Juris 2000, Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*, dissertação de mestrado discutida na Universidade de Lisboa, 2005, p. 8.

<sup>43</sup> Acórdão do STJ, de 28/05/2014, disponível em: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) – visto em 03/04/2015

<sup>44</sup> Acórdão do STJ, de 05/01/2005, disponível em: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) – visto em 03/04/2015

vertente do direito ao silêncio apenas contempla a colaboração do arguido na sua incriminação através de declarações sobre os factos que lhe são imputados, já que a liberdade de declaração surge como a mais alta expressão do direito à não auto-incriminação.

Conforme Vânia Costa Ramos e Silva Dias, o direito ao silêncio é o “núcleo duro” e “quase absoluto” do *nemo tenetur*, tanto por razões históricas como pelo regime legal que o acolhe.<sup>45</sup>

Podemos, assim, afirmar que o direito ao silêncio é a “manifestação mais tradicional”<sup>46</sup> do *nemo tenetur se accusare*.

Nos últimos anos, a doutrina tem reconhecido outras manifestações do *nemo tenetur*, para além do direito ao silêncio, como o direito de não entregar documentos.

## 2.2- Origem histórica

Não existe consensualidade e certeza quanto à origem do *nemo tenetur*, havendo autores que enraízam o princípio em causa tanto no Velho Testamento como, mais tardiamente, no Direito Canónico.<sup>47</sup>

Autores há que afirmam a impossibilidade de identificar as suas raízes, como é o caso de Maria Elizabeth Queijo<sup>48</sup> que, contudo, defende ter sido no período Iluminista que o princípio se firmou, inspirado especialmente pelo pensamento de Montesquieu e Cesare Beccaria, altura em que o arguido deixou de ser encarado exclusivamente como objecto de prova.<sup>49</sup>

Conforme afirmam Sousa e Silva, “A consolidação das regras relativas ao princípio em questão ainda se encontra em fase de evolução, percebendo-se que foi a partir do período Iluminista que o acusado passou a ser visto não mais como um meio de prova,

<sup>45</sup> DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 20.

<sup>46</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.

<sup>47</sup> RISTORI, Adriana Paes, *Sobre o silêncio do arguido no Interrogatório no Processo Penal Português*, Coimbra: Almedina, 2007).

<sup>48</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth, *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 6 e 8.

<sup>49</sup> Evolução do estatuto do ser racional e o seu relacionamento com os outros, que teve origem em Kant: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.” KANT, IMMANUEL, *in Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, 2007, Lisboa: Edições 70, p. 69

enaltecendo-se o combate ao emprego da tortura e à postura antinatural até então predominante, de o réu ser obrigado a colaborar com o alcance da verdade, materializando-se a contar de então a ideia de que a ninguém é exigível impor-se a auto-incriminação.”<sup>50</sup>

A doutrina (tanto a europeia em geral como a portuguesa em particular), é unânime quanto à origem anglo-saxónica do *nemo tenetur*, afirmando já a existência de referências a este princípio na Magna Charta de 1215, com a qual se iniciou um período de profundas reformas que visaram a instauração de um sistema processual acusatório e a abolição dos “juramentos *ex officio*” professados nos tribunais eclesiásticos.

A liberdade de declaração foi reconhecida em 1679 como um princípio de *common law*<sup>51</sup>, abolindo-se o processo inquisitório, caracterizado por alguma displicência quanto às liberdades fundamentais do arguido e pela sua dignidade pessoal e individual, perspectivando-o como um simples “objecto” do processo e da prova, garantindo-lhe um direito de defesa aparente.<sup>52</sup>

Com a transição do processo de tipo inquisitório para o de tipo acusatório, operou-se a ascensão do arguido a verdadeiro sujeito processual (e não mero objecto de prova), titular de efectivos direitos de defesa, concretamente do direito ao silêncio.<sup>53</sup>

Para Vânia Costa Ramos, entre o fim do século XVII e o século XIX o princípio do *nemo tenetur* mais não foi do que um direito abstracto, já que o arguido continuava a ser obrigado a responder com verdade perante o Tribunal, podendo ser ouvido como testemunha. Para a citada autora, só com o direito a assistência por advogado se implantou, verdadeiramente, o privilégio contra a auto-incriminação, já que a defesa por advogado permitiu que o arguido se não continuasse a transformar em meio de prova.<sup>54</sup>

Nos séculos XVII e XVIII, o privilégio contra a auto-incriminação tinha por escopo impedir o Estado de forçar o arguido a efectuar declarações auto (incriminatórias), concepção que veio, mais tarde, a ser alterada.

<sup>50</sup> SOUSA, Sérgio Ricardo de, SILVA, William; *Manual de Processo Penal Constitucional – pós reforma de 2008*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 402.

<sup>51</sup> RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, pp. 12 e 13; COSTA, Miriam Salvador, *nemo tenetur se ipsum accusare: a obrigação de entrega de documentos incriminatórios e o privilégio contra a auto-incriminação*, dissertação de mestrado discutida na Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2010, p. 3.

<sup>52</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal, I*, Coimbra: Coimbra Editora, 1981, p. 429; RODRIGUES, Anabela Miranda “A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no «admirável mundo novo»”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12 (Outubro -Dezembro 2002), n.º4, pp. 549 - 571.

<sup>53</sup> Neste sentido, BARJA DE LÓPEZ, Jacobo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Navarra: Thomson Aranzadi, 2004, p. 521.

<sup>54</sup> RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, p.13.

Foi no ano de 1836, com o *Act of enabling persons indicted of Felony to make their defence by Counsel or Attorney*, que se consagrou legalmente o princípio do *nemo tenetur* e do direito ao silêncio. Em 1848, o Juiz passou a estar obrigado a informar o arguido do seu direito ao silêncio (através do *Act to facilitate the Performance of the Duties of Justices of the Peace out of Sessions within England and Wales with respect to Persons charged with Indictable Offences*), que se verifica até aos dias de hoje.

O direito ao silêncio e o privilégio contra a auto-incriminação foram expressamente consagrados na 5.<sup>a</sup> Emenda (“*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*”), tendo o seu alcance sido, posteriormente, ampliado por decisões dos Tribunais, estabelecendo o direito do acusado responder a perguntas impertinentes ou abusivas; a proibição de comentário, por parte da acusação, do exercício do direito ao silêncio e a proibição de o Juiz instruir os jurados a respeito de qualquer conotação do silêncio.<sup>55</sup>

A decisão do *Supreme Court of the United States*, de 13 de Junho de 1966, proferida no âmbito do caso *Miranda v. Arizona*<sup>56</sup>, foi fundamental para efectivar e sedimentar o privilégio contra a auto-incriminação e introduzir alguns esclarecimentos relativamente a este princípio, como a extensão da aplicação do *nemo tenetur* às fases anteriores ao julgamento.

Actualmente, o princípio *nemo tenetur* está consagrado na ordenação jurídico-processual dos modernos Estados de Direito, bem como em instrumentos internacionais, como a CEDH (art. 6.º, n.º 2) e o PIDCP, de 16 de Dezembro de 1965, cujo artigo 14.º, n.º 3 alínea g), dispõe 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” e constitui um princípio estruturante dos ordenamentos de matriz acusatória.

<sup>55</sup> MENEZES, Sofia Saraiva de, *O Direito ao Silêncio: A verdade por Trás do Mito; in Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 119.

<sup>56</sup> Caso de Ernesto Miranda, acusado de violação, sequestro e roubo. Miranda fora interrogado pela Polícia e terá confessado os seus crimes, tendo sido feita gravação do interrogatório. Inicialmente, Miranda fora condenado de 20 a 30 anos de prisão, tendo recorrido mais tarde para o Supremo Tribunal. Esta última instância negou a possibilidade de utilização da gravação do interrogatório enquanto meio de prova, pois os elementos policiais não tinham informado Miranda dos seus direitos, nomeadamente a ter advogado e sobre a não obrigação de se auto-incriminar. A confissão não foi tida em conta e Miranda foi novamente julgado. Ver: AAVV, *Modern Criminal Procedure – Cases – Comments – Questions*, 10ª ed., West Group, Thomson Company, 2002, pp. 462-485.

## 2.3- *Nemo tenetur* no Direito Comparado

### 2.3.1. Alemanha

Tal como acontece em Portugal, na Alemanha a Lei Fundamental não consagra, de forma expressa, o privilégio contra a auto-incriminação, sendo, porém, entendimento da doutrina e jurisprudência daquele País que se trata de um “direito constitucional não escrito.”<sup>57</sup> Ainda assim, verifica-se a sua previsão e reconhecimento no § 136.º da Ordenação Processual Penal (StPO), consagrando o princípio segundo o qual ninguém será forçado a auto-incriminar-se.

Fernando Fernandes, na sua obra “O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal”, esclarece que a posição jurídica do acusado no Ordenamento Jurídico alemão pode ser perspectivada através de dois aspectos complementares: “Por um lado, é-lhe reconhecido o mais amplo direito de intervenção e declaração em prol da sua defesa, sendo-lhe garantida a oportunidade efectiva de se pronunciar contrariamente aos factos que lhe são atribuídos, com vista a opor-se às suspeitas ou acusações formuladas; sobressai aqui o limite imposto pelo princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, que veda a imposição da obrigação do inculpado se pronunciar contra si próprio. Por outro lado, o reconhecimento da autonomia de vontade do acusado impõe a tutela da sua liberdade de declaração, impedindo a utilização de todos os mecanismos voltados para a obtenção de declarações auto-incriminatórias.”<sup>58</sup>

Defende Thiago Bottino, acerca da mesma questão, que “A Constituição alemã, ao contrário da estadunidense, não consagra expressamente a garantia de não auto-incriminar, tendo a doutrina alemã deduzido esse direito de três dispositivos constitucionais que prevêm: (1) a supremacia da dignidade humana; (2) o direito ao livre desenvolvimento da personalidade; e (3) a proibição de afectação do núcleo essencial de um direito.”<sup>59</sup>

Na essência do ordenamento jurídico alemão está, como resulta do exposto, a protecção da liberdade do arguido. Não obstante, esse protecçionismo não é suficiente para que obste à valoração da prova a violação dos deveres de esclarecimento do arguido quanto ao *nemo tenetur* (contrariamente ao que sucede no processo penal americano), desde que tal

<sup>57</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 124.

<sup>58</sup> FERNANDES, Fernando, *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*, Coleção Teses, Coimbra: Almedina, 2001, p. 366.

<sup>59</sup> BOTTINO, Thiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. São Paulo: Campus Jurídico, 2009, p. 72.

valorização não implique a “danosidade material”.<sup>60</sup> Na jurisprudência alemã, os deveres de esclarecimento relacionados com o *nemo tenetur* são vistos como regras de produção de prova, cuja violação apenas conduz a uma mera irregularidade e não nulidade.

### 2.3.2. Espanha

Na *Partida Séptima*,<sup>61</sup> o arguido era obrigado a dizer a verdade e a colaborar na averiguação da mesma, sendo a confissão a prova máxima, que devia ser obtida sem limites. O acusado, além de não ter o direito ao silêncio tinha a obrigação de colaborar e de dizer a verdade sob juramento.

Com o surgimento da Constituição de 1812, o arguido deixou de prestar juramento e de ser submetido a técnicas de tortura, concretamente destinadas a extorquir-lhe a confissão dos factos.

No sistema judicial espanhol, a previsão do *nemo tenetur* adveio com a Constituição de 1978. No seu art. 24.2.º estabeleceu-se que todos têm o direito “(...) a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado”<sup>62</sup>, assim como no art. 17.3.º se consagra o princípio segundo o qual ninguém será obrigado a fazer declaração que possa resultar em auto-incriminação, impondo às autoridades responsáveis a obrigação de prévia informação acerca dos direitos e da acusação que recaem sobre o suspeito.

Quer durante o julgamento, quer nas fases que lhe antecedem, o arguido goza, à face ao ordenamento processual penal espanhol, do privilégio à não auto-incriminação, o qual se desdobra no direito ao silêncio, no direito a mentir e no direito a não colaborar.

Juan Montero refere que “*Las constituciones suelen aludir a que el acusado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y así lo dice también el art. 14.3.º, g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, aunque parece obvio que si el derecho lo es a no declarar, en general, no puede existir obligación a declarar de una manera determinada*”.

Diz ainda o mesmo autor que não pode extrair-se qualquer consequência para o arguido pelo exercício desses direitos: “*En las normas reguladoras del proceso penal no sólo no*

<sup>60</sup> ANDRADE, Manuel da, *op. cit.*, p. 152.

<sup>61</sup> Partida VII, Tit. XXIX, Ley Iv. *Las Siete Partidas*, era um corpo normativo constituído por várias leis, redigido durante o reinado de Afonso X (1252-1284), com o objectivo de conseguir alguma uniformidade jurídica no Reino. O seu nome original era *Libro de las Leyes*.

<sup>62</sup> GUTIRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino; LÓPEZ LÓPEZ, Enrique; *Derechos Procesales Fundamentales*, Madrid: Consejo General Del Poder Judicial, 2004, p. 592.

*puede imponerse al acusado obligación ni carga alguna relativa a la declaración, sino que incluso no puede permitirse que el juez extraiga consecuencias negativas para aquél del ejercicio de su derecho”*.<sup>63</sup>

Trata-se de um privilégio, assim como o direito ao silêncio que, tal como em outros ordenamentos europeus, surgiu com a transição do processo de natureza inquisitória para o de natureza acusatória.

### **2.3.3. Estados Unidos da América**

O *nemo tenetur* é expresso no direito anglo-americano como *privilege against self-incrimination*. O reconhecimento da sua essencialidade e a defesa do direito ao silêncio (e da não auto-incriminação) nos Estados Unidos da América surgiu na época do Tribunal Warren, na década de 60.

Actualmente, os órgãos de polícia criminal americanos têm uma apertada e rígida conduta no que respeita ao primeiro interrogatório do arguido, estando obrigados, sob pena de “desvalorização” das declarações que aquele venha a prestar perante aqueles órgãos, a informar o arguido de que tem direito a não responder e a adverti-lo de que tudo o que disser pode ser usado contra ele, alertando-o ainda o facto de poder constituir advogado ou requisitar a nomeação oficiosa de um defensor.

O cumprimento apertado e escrupuloso dos *Miranda-rights* não obsta, porém, a que a polícia possa recorrer à fraude e ao engano como meio de obtenção de prova. Com efeito, o Supremo Tribunal prevê mesmo a possibilidade de a polícia “obter a confissão do arguido fazendo-o enganosamente acreditar que identificou as suas impressões digitais nos objectos do crime ou que a vítima sobreviveu à tentativa de homicídio e vai identificá-lo”.<sup>64</sup>

### **2.3.4. Inglaterra**

O *nemo tenetur* teve, conforme já aludido nesta sede, a sua origem, naquela que é a sua conformação actual, em Inglaterra.

Contudo, a Constituição do Reino Unido (*Constitution of the United Kingdom*) é um conjunto de leis e princípios, não sendo um único documento constitucional.

<sup>63</sup> AROCA MONTERO, Juan, *Principios del Proceso Penal, Una explicación basada en la razón*, Valência: Tirant lo blanch, 1997, p. 156.

<sup>64</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p.151.

A maior parte da constituição britânica existe na forma escrita de estatutos, jurisprudência e tratados. A constituição não escrita possui outras fontes, incluindo o Parlamento do Reino Unido e convenções constitucionais.

A este propósito e enquanto jurisprudência, no Acórdão EWCA Crim 2177, de 2008, do *Supreme Court of Judicature, Court of Appeal (Criminal Division)*<sup>65</sup>, faz-se menção à existência do privilégio contra a auto-incriminação, tanto na *Common Law* como no Direito Internacional. O princípio do *nemo tenetur* é aqui associado ao princípio da inocência do arguido, ressalvando-se, porém, o facto de não se tratar de um direito absoluto, podendo, por conseguinte, ceder perante razões de ordem e interesse superiores.

### 2.3.5. Itália

O Direito italiano não prevê consagração expressa do *nemo tenetur*.

Não obstante a falta de consagração legal expressa, entende-se que este direito é inerente ao direito à autodefesa, este sim consagrado no art. 24.º da “*Costituzione della Repubblica Italiana*”, na perspectiva de não colaboração e ainda na presunção de não culpabilidade, segundo o qual “*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi [113]. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.*”<sup>66</sup>

No ordenamento jurídico-penal italiano, o arguido não é, ainda assim, obrigado a responder com verdade, podendo mesmo recusar-se a responder, sendo que o seu silêncio não pode ser contra si valorado.<sup>67</sup>

## 2.4- As raízes Constitucionais do *Nemo Tenetur*

Ao contrário do que encontramos nas Constituições do Brasil, Estados Unidos da América ou até de Espanha, a nossa Lei fundamental não consagra, *expressis verbis*, o direito à não auto-incriminação e o direito ao silêncio.

<sup>65</sup> Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2008/2177.html>, visto em 3/04/2015

<sup>66</sup> Disponível em: <http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>, visto em 11/04/2015.

<sup>67</sup> TONINI, Paolo, *Manuale di Procedura Penale*, 5ª ed., Milão - Giuffrè Editore, 2003, pp. 235-237.

Contudo, tal como vem acontecendo no direito germânico, a doutrina e jurisprudência portuguesas têm defendido que o princípio *nemo tenetur* configura um princípio constitucional não positivado, na medida em que existem alguns preceitos constitucionais que lhe servem de base.

Existem, porém, correntes de pensamento distintas no que concerne à eleição dos princípios constitucionais subjacentes ao *nemo tenetur*, as quais se podem agrupar em duas correntes distintas: uma corrente processualista e uma corrente substantiva ou material.<sup>68</sup>

Os “processualistas” sustentam a constitucionalidade do *nemo tenetur* somente nas garantias processuais contempladas na CRP, nomeadamente nos arts. 20.º, n.º 4 e 32.º n.º 8 (processo equitativo), art. 32.º, n.º 2 (presunção de inocência) ou mesmo o art. 2.º da CRP (Estado de Direito Democrático), criando assim a fonte jurídico-constitucional do princípio e seus corolários.

Já os defensores da visão substantiva ou material, legitimam o exercício do direito de não auto-incriminação através dos direitos fundamentais e nos direitos à dignidade humana (art. 1.º da CRP), à integridade pessoal (art. 25.º da CRP) e ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º da CRP).

Destas duas “correntes” decorrem implicações distintas quanto à restrição do *nemo tenetur*, até porque um princípio que emana das garantias de defesa do arguido é passível de ser mais limitado do que um princípio que se alicerça na dignidade humana.<sup>69</sup>

Regressando ao Direito alemão, este assenta o direito ao silêncio no direito fundamental da dignidade da pessoa humana ou no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, como se constata nos arts. 1º, I<sup>70</sup>, e 2.º II, da Lei fundamental da República Federal da Alemanha. Assim, o direito ao silêncio, sendo por excelência a representação viva do direito contra a auto-incriminação, consubstancia um “direito de personalidade, que, por

---

<sup>68</sup> MENEZES, Sofia Saraiva de, *A prova criminal e direito de defesa – estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 123, *Apud*. Jorge de Figueiredo Dias, Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Almedina: Coimbra, 2009, p. 40.

<sup>69</sup> A letra da Lei Fundamental é, muitas vezes, bastante genérica e universal, servindo de base a todas as outras Leis existentes no ordenamento jurídico português, motivo pelo qual é mais difícil limitar o seu conteúdo, onde se inclui a dignidade humana. O Código de Processo Penal, por sua vez, tem uma letra mais restrita, cujo conteúdo deverá ser um espelho pormenorizado e regulamentador de alguns conteúdos da CRP, como é caso das garantias de defesa do arguido, concretamente quanto ao princípio *nemo tenetur* e, portanto, mais fácil de restringir/limitar.

<sup>70</sup> A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

possuir a dignidade humana como seu núcleo, não está à disposição do legislador...”<sup>71</sup>, pois apenas são passíveis de restrição as que “ não atinjam a esfera indisponível da liberdade.”<sup>72</sup>

Defensores da corrente processualista, tais como Figueiredo Dias e Costa Andrade, afirmam que, embora o direito ao silêncio encerre em si direitos fundamentais, nomeadamente, a dignidade humana, não constitui fundamento suficiente por ser um direito demasiadamente genérico e inerente a toda a matéria penal e processual penal.

Para estes autores, “este princípio processual tem uma natureza processual ou adjectiva, assumindo somente de forma mediata e mais afastada uma natureza constitucional de ordem material ou substantiva.”<sup>73</sup>

Já Costa Pinto defende que existe apenas “uma dimensão tácita do direito de defesa, previsto no art. 32.º, n.º 1 da Constituição.”<sup>74</sup> Assim, sendo o direito ao silêncio uma manifestação desse direito de defesa, o direito à não valoração do silêncio seria, por si só, uma emanção probatória do princípio da presunção de inocência.

Nas mesmas linhas de pensamento surge Vânia Costa Ramos, concluindo 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.”<sup>75</sup> Tal protecção, segundo a autora, poderá ser asseverada por outros direitos constitucionais, tais como as garantias de defesa e, em particular, o processo equitativo.

Consideramos, neste aspecto, adequado aplicar o *nemo tenetur* através da corrente processualista, pois a dignidade da pessoa humana inerente à corrente material é demasiado generalista para regular um princípio tão específico como este. Assim, entendemos que este princípio deve alicerçar-se do que advém das garantias de defesa do arguido e do que decorre dos corolários do processo equitativo, porquanto, assumindo o *nemo tenetur* características de natureza constitucional de modo mediato e geral, não poderá ser a Lei Fundamental a que regula, por excelência, este princípio.

<sup>71</sup> MENEZES, Sofia Saraiva de, *Prova criminal e direito de defesa...*p. 123.

<sup>72</sup> NETO, Theodomiro Dias, *O direito ao silêncio (...)*, cit, p. 186

<sup>73</sup> MENEZES, Sofia Saraiva de, *Prova criminal e direito de defesa (...)*, p. 124, *Apud.* Jorge Figueiredo Dias/Manuel da Costa Andrade, *Poderes de supervisão*, p. 42

<sup>74</sup> PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 99.

<sup>75</sup> RAMOS, Vânia Costa, *Corpus Juris 2000, Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*, dissertação de mestrado discutida na Universidade de Lisboa, 2005, p. 28.

## 2.5- O *nemo tenetur* no direito Processual Penal Português

É com o Decreto de 28 de Dezembro de 1910 que surge, pela primeira vez, em Portugal, na vertente do direito ao silêncio, o *nemo tenetur*. Instituiu-se, no referido diploma, pela primeira vez no ordenamento jurídico nacional, a proibição de algum réu em processo penal poder ser obrigado a responder em audiência de julgamento senão às perguntas concernentes à sua identidade, e a obrigatoriedade de ser informado expressamente desse direito e esclarecido de que a possibilidade de ser interrogado visava apenas o exercício do direito à sua defesa, e não a comprovação da acusação contra si deduzida.<sup>76</sup>

Cerca de um século e meio antes, porém, alguma doutrina defendia já o reconhecimento jurídico do direito do réu ao silêncio, como é o caso de Pascoal de Melo Freire que, no Projecto de Código Criminal e nas Instituições de Direito Criminal, sustentava já o direito ao silêncio e a não prestação de juramento pelo réu.<sup>77</sup>

Já na vigência de Lei de 6 de Março de 1790, embora o arguido que se recusasse a responder era tido por confesso, sendo a sua recusa reduzida a escrito, essa confissão não era suficiente para sustentar a condenação.

A reforma de 1841, trouxe ao nosso país o modelo acusatório continental e acolheu, em termos genéricos, o direito ao silêncio.<sup>78</sup>

O direito ao silêncio – com excepção da identidade e antecedentes criminais – que vigorou entre os dois Códigos de Processo Penal (CPP 1929 e CPP) não era um direito absoluto ao silêncio, tendo sofrido algumas alterações ao longo dos anos até, em 1972, ter sido estendido às fases processuais anteriores à do julgamento.

Apesar de se reconhecer ao arguido o direito ao silêncio no interrogatório e na audiência de julgamento, continuava a poder ser usada contra si uma confissão prévia feita por si, ainda que se tratasse de confissão obtida contra a sua livre vontade. Era esta a situação corrente no período dito salazarista.<sup>79</sup> E contrariamente ao que hoje acontece, esse silêncio podia ser usado contra o arguido, porquanto se admitia a sua valoração negativa.

Actualmente, o direito ao silêncio encontra previsão legal nos artigos 61.º, n.º 1 al. h), 141.º, n.º 4 al. a), 343.º, n.º1 e 345.º, n.º1, todos do Código de Processo Penal. A proibição

<sup>76</sup> DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, p. 10.

<sup>77</sup> DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, p. 10.

<sup>78</sup> FERRY, Jean-Marc, *La question de l'État européen*, 2000, p. 106 e ssg *Apud*. DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, p.11.

<sup>79</sup> DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, p. 13.

da valoração negativa do silêncio, o regime das proibições de prova e a obrigação de fundamentação das decisões judiciais contribuiram para a aplicação efectiva do direito ao silêncio no Processo Penal Português, o que se não verificava anteriormente.

Costa Andrade defende que a lei processual penal portuguesa contém uma “malha desenvolvida e articulada de normas” que, respeitando os pressupostos mais significativos do *nemo tenetur*, confere ao arguido um total e absoluto direito ao silêncio, silêncio esse que não pode ser valorado em seu desfavor: “O que aqui está fundamentalmente em jogo é garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de auto-responsabilidade.”<sup>80</sup>

A concretização deste efectivo direito ao silêncio em todas as fases processuais, que efectivamente resulta da impossibilidade de o seu exercício desfavorecer o arguido, encontra eco em diversas normas do CPP.

Desde logo, as autoridades judiciárias e os órgãos de polícia criminal estão obrigados a informar o arguido de que este beneficia do direito ao silêncio e a esclarecê-lo relativamente aos direitos abrangidos por esse direito (art. 58.º, n.º 2; art. 61.º, n.º 1 alínea *h*), art. 141.º, n.º 4 e art. 343.º, n.º 1, todos do CPP).

Dos artigos 59.º, nrs 1 e 2, 61.º, n.º 1 alíneas *d*) e *h*), 64.º, n.º 1 alínea *a*), 132.º, n.º 4, 141.º, n.º 4 alínea *a*), 144.º, n.º 2 alíneas *a*) e *b*) e 343.º, n.º 1, todos do CPP pode extrair-se o privilégio contra a auto-incriminação.

Por outro lado, a nossa actual lei processual penal prevê a nulidade das provas auto-incriminatórias que tiverem sido obtidas mediante tortura, coação, ofensa física ou moral das pessoas, intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, permitindo a utilização destas provas, quando o método de obtenção das mesmas constituir crime, de modo a proceder contra os agentes dos mesmos – artigo 126.º, n.º 3 do CPP.

O legislador penal quis ainda firmar a tutela da liberdade de declaração e depoimento subjacentes ao *nemo tenetur*, criminalizando a afronta àquela liberdade através do crime de tortura, previsto no artigo 243.º do Código Penal.<sup>81</sup>

<sup>80</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 121.

<sup>81</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 127.

## **2.6- *Nemo tenetur* na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, doravante TEDH, tem abordado, na sua vasta jurisprudência, a temática do princípio *nemo tenetur* e do âmbito da sua aplicação.

Face à sua pertinência, indicam-se aqui alguns casos jurisprudenciais do TEDH que versam sobre a problemática do *nemo tenetur* e do direito ao silêncio, os quais permitem a percepção da orientação do TEDH nesta matéria.

a) No caso que ficou conhecido como “Funke vs França”<sup>82</sup>, o TEDH foi chamado a pronunciar-se sobre a legalidade da aplicação, pelo sistema judicial francês, de uma multa e sanção pecuniária a um cidadão alemão (queixoso), por este se ter recusado, na sequência de uma busca domiciliária em que foram descobertos livros de cheques de contas bancárias localizadas no estrangeiro, a fornecer à administração fiscal francesa extractos dessas suas contas e que poderiam, possivelmente, ser usados contra ele enquanto prova.

A aplicação das sanções supra-citadas, que tinham como finalidade obrigar Funke a entregar às autoridades os extractos das contas bancárias que este possuía no estrangeiro, foi criticada pelo TEDH, embora tenha feito referência que a administração fiscal não pretendia documentos que culminassem na auto-incriminação do arguido, mas apenas a apresentação de alguns elementos informativos relacionados com as contas bancárias que tinham sido referenciadas na busca.

Contudo, não havia indícios da prática de infracção criminal, nem a administração fiscal pôde ou quis utilizar os mecanismos da cooperação internacional para aceder aos elementos requeridos, optando por exercer coerção ilegítima sobre Funke para tentar obter dele as provas de uma infracção que não sabia se existira. O TEDH concluiu, portanto, que o direito de não fornecer provas contra si próprio fora lesado no seu núcleo essencial, pois não havia processo-crime instaurado e o investigado estava a ser usado como única fonte para a descoberta de possíveis indícios da prática de crime, o que constituía violação do direito a um processo equitativo e, conseqüentemente, do art. 6.º, n.º 1, da CEDH.

O TEDH não aceitou o argumento do Governo francês segundo o qual o cidadão tinha o dever de facultar, a pedido, a documentação relativa ao seu património e aos seus

---

<sup>82</sup> COSTA, Joana, Revista do Ministério Público 128: Outubro 2011 – O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, p. 151.

rendimentos porque o regime legal de fiscalização aduaneira impunha um tal dever de colaboração do particular com a administração fiscal. Na verdade, o TEDH considerou simplesmente que o dever de colaboração não pode significar que os visados sejam obrigados a se auto-incriminarem.

b) No caso “John Murray vs Reino Unido”<sup>83</sup>, de 1996, foi apreciada a questão da valoração do silêncio do arguido.

Foi pedido ao TEDH para aferir da legitimidade de uma condenação penal, pelo sistema judicial britânico, baseada na valoração do silêncio do acusado, e agora queixoso, John Murray, que fora detido pela polícia quando descia as escadas de um prédio onde haviam sido descobertos um sequestrado e os respectivos sequestradores, sendo estes últimos militantes do Irish Republican Army (IRA). No caso, apesar da recusa do arguido, quer durante o inquérito policial quer durante a audiência de julgamento, em prestar quaisquer declarações, o juiz de julgamento estabeleceu fortes inferências que levaram à sua condenação com base na recusa em explicar a sua presença naquele local.

O TEDH considerou que nem o julgamento tinha sido injusto, nem o princípio da presunção de inocência tinha sido violado, já que a presença do acusado no prédio e a sua recusa de fornecer qualquer explicação eram bastantes para a sua condenação com base no simples senso comum. Acresce que, o TEDH considerou que a questão de saber se o direito ao silêncio é, ou não, absoluto deveria ser respondida negativamente, pois não se pode pretender que a decisão de um acusado de ficar calado durante todo o processo-crime não traga necessariamente implicações quando o juiz tiver de avaliar as provas que contra ele existem.

O TEDH entendeu, assim, que o privilégio contra a auto-incriminação não é um direito absoluto.

---

<sup>83</sup> COSTA, Joana, Revista do Ministério Público 128 ... p. 146.

c) Por fim, analisemos um último acórdão, proferido pelo TEDH em 2006, no caso “Jalloh vs Alemanha”<sup>84</sup>, que versa sobre a valoração de provas extraídas à força do organismo de um suspeito.

O TEDH atendeu a uma queixa relativa à obtenção da prova material de um crime de tráfico de estupefacientes com ofensa à integridade física do queixoso praticada por funcionários, a qual o queixoso reputava por desproporcionada e, por conseguinte, proibida pelo CPP alemão, além de lesiva da sua dignidade humana, garantida pela Constituição.

Jalloh fora forçado a regurgitar um invólucro contendo produto estupefaciente, através da administração forçada de substâncias indutoras do vômito e da utilização de uma espécie de sonda naso-gástrica.

O arguido apresentou queixa contra a Alemanha por entender ter sido sujeito a tratamento desumano e degradante, proibido pelo art. 3.º da CEDH<sup>85</sup>, e de ter sido desrespeitado o seu direito a um processo equitativo, garantido pelo art. 6.º, n.º 1, da CEDH. Num acórdão que não foi pacífico (11 votos contra 6), o TEDH deu razão a Jalloh, considerando ter havido violação do art. 6.º, n.º 1, da CEDH. A decisão em causa é especialmente relevante pelo facto de o TEDH nele indicar, pela primeira vez, os critérios gerais que contam para a decisão da questão da violação do *nemo tenetur se ipsum accusare* no caso concreto, do qual se realça o seguinte trecho: “para determinar se o direito à não auto-incriminação do queixoso foi violado, o Tribunal, por sua vez, terá de considerar os seguintes factores: a natureza e o grau de coerção empregado para obter a prova, a importância do interesse público na investigação e punição da infracção em apreço, a existência de garantias relevantes no processo e a utilização prevista dos meios de prova obtidos dessa forma”.

No caso concreto, o TEDH considerou que “(...) a medida impugnada visava um traficante de rua que vendia drogas à sua pequena escala e que foi, a final, condenado numa pena de prisão com suspensão de execução por seis meses e regime de prova. Nas circunstâncias do caso vertente, o interesse público em assegurar a condenação do queixoso não podia justificar o recurso a tão grave interferência na sua integridade física e mental.”

<sup>84</sup> COSTA, Joana, Revista do Ministério Público 128 ... p. 170.

<sup>85</sup> Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

Dos acórdãos seleccionados resultam três posições do TEDH sobre o *nemo tenetur* e o direito ao silêncio. Dos três acórdãos decorre a defesa da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, nomeadamente no que concerne ao direito do acusado ao processo equitativo, ao direito ao silêncio e ao direito à não auto-incriminação, constantes no art. 6.º da Convenção.

Extraímos da análise destes três Acórdãos do TEDH que a posição deste Tribunal é predominantemente garantística, defendendo as garantias processuais do arguido, designadamente quanto à exigência de um processo equitativo e à garantia efectiva do direito à não auto-incriminação e ao silêncio.

Verifica-se, contudo, no caso “John Murray vs Reino Unido”, que o TEDH vem entendendo que o *nemo tenetur* não constitui um direito absoluto, neste caso, quando o silêncio do acusado é avaliado em função de concretos meios de prova que o incriminam.

## **2.7- Aplicação do *nemo tenetur***

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* aplica-se, com maior incidência, no âmbito do Direito Penal e do Direito de Mera Ordenação Social, estendendo-se, ainda assim, a todo o direito sancionatório português. Para Augusto Silva Dias, as razões da aplicação deste princípio ao processo contra-ordenacional justifica-se “À uma, porque, como vimos, em certos sectores deste ramo do Direito assistimos hoje à cominação de coimas de montantes elevadíssimos que podem provocar a asfixia económica de empresas e indivíduos e que, portanto, são altamente restritivas de direitos patrimoniais. À outra, porque as garantias constitucionais em que o *nemo tenetur* se escora são aplicáveis, com as devidas adaptações, ao Direito das contra-ordenações.”<sup>86</sup>

Existe jurisprudência no sentido da aplicação deste princípio ao direito contra-ordenacional, concretamente a decisão do TRL, datada de 15 de Fevereiro de 2011, relativa ao Processo n.º 3501/06.3TFLSB.1-5, onde se defendeu que “as garantias próprias do processo penal têm vindo a ser paulatinamente adquiridas pelo processo contra-ordenacional e pelo direito sancionatório em geral. Determinando o art. 41.º, n.º1, do RGCO, a aplicação subsidiária das normas do processo penal ao processo contra-ordenacional e sendo este estruturado em moldes idênticos ao processo-crime, não existe

<sup>86</sup> DIAS, Augusto Silva, *op. cit.*, p. 244.

razões para excluir, na vigência do direito ao silêncio e à não auto-incriminação, do processo contra-ordenacional.”<sup>87</sup>

Entende-se ainda, face ao princípio da sua aplicação subsidiária, que o mesmo vale em matéria sancionatória disciplinar. Podemos ainda questionar-nos em que momento começa a aplicação do princípio *nemo tenetur*, concretamente se é possível afirmar a sua aplicação antes mesmo da constituição de arguido.

O CPP distingue as figuras de suspeito [artigo 1.º, al. e)] e de arguido, sendo que o suspeito, contrariamente ao arguido, não constitui um verdadeiro sujeito processual. Ainda assim, e mesmo estando-lhe vedado o poder de intervir activamente no inquérito, o suspeito beneficia de um específico estatuto processual que lhe confere o direito a não poder ser obrigado, em caso algum, a fornecer provas ou a prestar declarações auto-incriminatórias.

O princípio da não auto-incriminação e o direito ao silêncio que assistem ao arguido parecem, por conseguinte, ser extensíveis ao suspeito, conforme decorre de vários preceitos do nosso CPP.

Com efeito, é obrigatória a constituição de arguido assim que “durante qualquer inquirição feita a pessoa que não é arguido, surgir fundada suspeita de crime por ela cometido” (artigo 59.º, n.º 1). Embora este artigo se reporte à situação em que a suspeita surja durante a inquirição, o mesmo valerá para a situação em que essa suspeita seja prévia, caso em que deverá ocorrer, de imediato, a sua constituição formal como arguido.

Daqui resulta que, efectivamente, o suspeito goza do privilégio da não auto-incriminação, podendo remeter-se ao silêncio nos mesmos termos que o arguido, recusando-se a prestar um depoimento susceptível de o incriminar. Aliás, as suas garantias de defesa implicam que o próprio possa ser constituído arguido a seu pedido no caso de realização de diligências por OPC destinadas a comprovar imputações que o afectem (artigo 59.º, n.º 2).

Mas o suspeito goza ainda de outros direitos inerentes ao *nemo tenetur*, como o de não poder intervir no processo como testemunha, direito que está, desde a revisão de 2007 do CPP, garantido em termos mais eficientes pelo direito de a testemunha poder ser assistida por advogado sempre que deva prestar depoimento, bem assim como em todos os actos

---

<sup>87</sup> Disponível em [www.dgsi.pt/jtrl](http://www.dgsi.pt/jtrl), visto em 04/04/2015

processuais (artigo 132.º, n.º 4). Garante-se, assim, a defesa do ainda não arguido contra possíveis abusos ou “deslizes” por parte das autoridades judiciais e dos OPC, ao querer ouvir como testemunhas verdadeiros suspeitos.

Consideramos, assim, que o privilégio contra a auto-incriminação vigora antes da constituição formal de arguido, aplicando-se já ao suspeito, e até ao momento da decisão absolutória ou condenatória já não susceptível de recurso. Visão semelhante à de Silva Dias e Vânia Costa Ramos, pois para estes: “no sistema processual português é titular do direito ao silêncio primeiramente o arguido e, além dele, todas as pessoas que, não o sendo, são, contudo, orientadas ou pressionadas por agentes da administração da justiça penal a declararem contra si mesmas”.<sup>88</sup>

Embora seja, primordialmente, um direito que assiste às pessoas singulares, afigura-se possível a sua extensão aos entes colectivos privados, também eles sujeitos activos do Direito Penal e, essencialmente (e cada vez mais), do Direito de Mera Ordenação Social. O n.º 2 do artigo 12.º da CRP dispõe que: “As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza”. Como realçam Jorge Miranda e Rui Medeiros, o n.º 2 do artigo 12.º da CRP não faz uma equiparação, mas sim uma limitação, uma vez que “as pessoas colectivas só têm os direitos compatíveis com a sua natureza, ao passo que as pessoas singulares têm todos os direitos.”<sup>89</sup> É, porém, importante distinguir entre pessoas colectivas públicas e privadas, uma vez que, em princípio, as primeiras são manifestações do poder público e não podem, como tal, gozar de direitos fundamentais.

Sendo as pessoas colectivas susceptíveis, conforme referido, de incorrer em responsabilidade penal e contra-ordenacional, a hipótese de poderem gozar das garantias de defesa asseguradas ao arguido, nomeadamente o privilégio contra a auto-incriminação, afigura-se bastante plausível. No entanto, essa protecção atribuída pelo *nemo tenetur* tem um carácter muito mais restrito do que aquela atribuída às pessoas singulares, limitando-se o *nemo tenetur* às declarações orais e à entrega de documentos.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, “O Direito à não Auto-inculpação...”, *op. cit.*, p. 20.

<sup>89</sup> MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 113.

<sup>90</sup> DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, assinalam, com razão, que “não faz sentido falar em sopro no balão ou em colheitas de material orgânico em relação a pessoas colectivas”, e bem assim como escutas telefónicas a estas aplicadas.

## 2.8- Restrições ao *nemo tenetur*

O privilégio contra a auto-incriminação não é um direito absoluto.

Tal como qualquer outro direito ou garantia fundamental, o privilégio contra a auto-incriminação pode ceder perante direitos ou interesses superiores com o mesmo conflituantes. Como refere, a este propósito, Augusto Silva Dias, “Como qualquer direito ou garantia fundamental (...) não dispõe de validade absoluta. Está exposto antes ao conflito com outros direitos e com interesses públicos constitucionalmente relevantes e sujeito à concordância prática, o método adequado para dirimir este tipo de conflitos. Essa concordância prática pode ser realizada tanto ao nível legislativo como ao nível da actuação concreta dos poderes públicos (judiciários e administrativos). Através da concordância prática, os valores ou bens em colisão são proporcionalmente restringidos por forma a obter de cada um deles um máximo de realização compatível com a máxima realização do outro. O grau dessa restrição depende da importância constitucional dos direitos ou interesses públicos colidentes, mas nunca pode ir ao ponto de aniquilar o conteúdo essencial de qualquer deles.”<sup>91</sup>

As restrições ao *nemo tenetur* devem respeitar o princípio da legalidade e o princípio da proporcionalidade, devendo estar previstas em lei prévia e expressa e ser, concomitantemente, necessárias e adequadas à prossecução do fim a que se destinam.

No ordenamento português, constituem restrições legais ao *nemo tenetur* as previstas no artigo 61.º, n.º 3 alínea *b*) do CPP (obrigatoriedade de responder com verdade às perguntas feitas por entidade competente sobre a sua identidade), no artigo 172.º, n.º 1 do CPP (sujeição a exames), no artigo 152.º do CE (fiscalização da condução sob influência de álcool), no artigo 6.º da Lei n.º 45/2004 (perícias médico-legais e forenses) e artigo 154.º do CPP (despacho que ordena a perícia).

Ainda nesta sede, face à sua manifesta demarcação face ao regime anteriormente instituído, importa fazer uma alusão ao efeito que a recentíssima alteração ao artigo 357.º do CPP tem sobre o *nemo tenetur*, concretamente sobre o direito do arguido ao silêncio.

A alteração ao CPP levada a cabo pela Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, procedeu à modificação do regime das declarações do arguido prestadas em momento anterior ao julgamento. Sendo o direito ao silêncio um dos corolários do princípio da não auto-

<sup>91</sup> DIAS, Augusto Silva, *op. cit.*, p. 246.

incriminação, importa analisar se as alterações agora introduzidas podem constituir (ou não), uma restrição ao *nemo tenetur se ipsum accusare*.

A principal marca distintiva das alterações de 2013 é a aceitação como meio de prova das declarações feitas pelo arguido anteriormente ao julgamento, com inversão da regra geral da sua intransmissibilidade senão quando pedida pelo próprio arguido ou em caso de, tendo sido feitas perante juiz de instrução, ocorrerem “contradições ou discrepâncias entre elas e as feitas em audiência”.

O novo artigo 357.º veio prever, no seu n.º 2, a permissão da reprodução ou leitura em audiência de julgamento das declarações anteriormente prestadas pelo arguido perante autoridade judiciária (e não perante OPC), com assistência de defensor, e mediante informação nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 4, al. b) do artigo 141.º do CPP, em caso de ausência do arguido no julgamento ou no caso de o mesmo ali se remeter ao silêncio. Ou seja, prevê o novo regime a possibilidade de utilização processual daquelas declarações mesmo em caso de julgamento na ausência do arguido ou em caso de o mesmo se remeter ao silêncio em audiência de julgamento, ficando as declarações anteriormente prestadas sujeitas à livre apreciação da prova.

A *ratio* desta alteração é, conforme refere Andreia Cruz, referindo-se à exposição de motivos da Proposta n.º 77/XII, “reforçar o grau de credibilidade dos cidadãos na Justiça, respondendo a sentimentos colectivos de insatisfação e incompreensão do regime então em vigor.”<sup>92</sup>

A permissão de declarações anteriores prestadas nos termos do artigo 357.º do CPP constitui uma verdadeira constrição do direito do arguido ao silêncio e um recuo no princípio do processo acusatório, entendendo-se que, tal como no Parecer da Ordem dos Advogados de 20 de Dezembro de 2011, “a solução preconizada no projecto de proposta de lei é inconstitucional (...) ao esvaziar e afrontar, de forma intolerável, o direito ao silêncio que, indubitavelmente, é uma garantia de defesa do arguido”<sup>93</sup>, não podendo, conforme defende Andreia Cruz, o Direito orientar-se “por sentimentos colectivos de

---

<sup>92</sup> CRUZ, Andreia, *A Revisão de 2013 ao Código de Processo Penal no Domínio das Declarações Anteriores ao Julgamento*, Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a.73, n.º4 (Out.- Dez. 2013) pp. 1206 e 1207.

<sup>93</sup> Disponível: [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=5&idsc=115187&ida=1151190](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=5&idsc=115187&ida=1151190), visto em 04/04/2015.

insatisfação que mais não são o resultado, por vezes, de incompreensão do sistema judicial e dos fundamentos dos regimes aplicáveis.”<sup>94</sup>

Em bom rigor, a admissibilidade da leitura e valoração de tais declarações constituiu uma efectiva limitação do princípio da não auto-incriminação, desvirtuando o direito ao silêncio que é reconhecida na fase de julgamento.

Na esteira do que defende Paulo de Sousa Mendes, o novo regime previsto no artigo 357.º, n.º 2 do CPP poderá desvirtuar aquela que é a sua razão de ser, determinando uma menor colaboração do arguido na fase de inquérito, levando-o a um silêncio que dificulta a obtenção de outras informações relevantes para a investigação, conduzindo a sua conduta processual ao que, na gíria, se costuma dizer de “Entrar mudo e sair calado”: “Não creio que o sacrifício desses princípios possa ser compensado por mor de ganhos de eficácia no processo penal.

De mais a mais, os propalados ganhos de eficácia estão por provar. Bem pelo contrário, é provável que a alteração legislativa que consagrou a possibilidade de aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento possa desencadear, na prática, a reacção do arguido de antecipar o silêncio para uma fase anterior ao julgamento, retirando assim à investigação criminal um importante instrumento de recolha de informação para o esclarecimento da verdade material.”<sup>95</sup>

Entendemos que esta última alteração legislativa desvirtua o princípio subjacente ao direito ao silêncio, que entendemos dever ser livre e efectivo ao longo de todo o processo. A possibilidade de valoração de declarações do arguido prestadas perante autoridade judiciária em momento anterior ao julgamento limita a defesa do arguido, que se vê impedido de adaptar a sua estratégia de acordo com o princípio da não auto-incriminação ao longo de todo o processo.

Por outro lado, esta alteração afecta o princípio da plenitude da prova e da imediação (art. 355.º, n.º 1). Da mesma forma que as declarações prestadas pelas testemunhas perante o MP em sede de inquérito não podem ser usadas em julgamento, sendo forçoso a sua produção testemunhal em audiência, não se compreende que o mesmo não aconteça em relação ao arguido, bastando a leitura do que declarou em fase anterior.

<sup>94</sup> CRUZ, Andreia, *op. cit.*, p. 1224.

<sup>95</sup> MENDES, Paulo de Sousa, “*Lições de Direito Processual Penal*”, 2014, p. 49.

Sendo o arguido o principal interessado no processo, e face à natureza garantística do processo penal, entende-se que a possibilidade de valoração das suas declarações prestadas perante autoridade judiciária, ainda que com a advertência do artigo 357.º do CPP, restringe o seu direito de defesa, podendo determinar uma “condenação” precipitada, concretamente ainda em fase de inquérito.

Acresce que, esta alteração poderá ser contraproducente, levando os arguidos a nunca colaborar na investigação, com receio dos efeitos póstumos!

Não se nos afigura, pois, como uma solução adequada, dada a provisoriedade do objecto processual que caracteriza a fase de inquérito. Por outro lado, o custo que representa para os direitos de defesa do arguido é desproporcional às suas vantagens, nomeadamente, a afectação, dos princípios da defesa e da presunção de inocência (até da obrigação probatória da acusação) e do acusatório (art. 32.º, nrs, 1, 2 e 5, da CRP), ficando comprometido o núcleo essencial desse direito de defesa.

## **2.9- Violação do *nemo tenetur***

Embora o direito ao silêncio represente o núcleo essencial do *nemo tenetur*, havendo mesmo quem os não destrince, a verdade é que a grande maioria da doutrina tem vindo a defender um campo de aplicação mais abrangente, incluindo no âmbito deste privilégio todas as condutas que impliquem uma cooperação por parte do arguido para a sua incriminação, como é o caso da entrega de documentos, identificação de lugares onde se encontre um meio de prova, identificação de testemunhas, etc.

Para nós, o âmbito de aplicação do princípio é toda a conduta, activa ou passiva, que implique a auto-incriminação ou culpabilização do arguido.

Autores como Silva Dias e Vânia Costa Ramos defendem a inviolabilidade absoluta do direito ao silêncio: “o direito ao silêncio é quase inquebrável por ordem ou pressão de poderes públicos” e “o direito a não entregar documentos ou a não se sujeitar a exames que incidem sobre o próprio corpo e implicam uma prestação «de mão própria» só vinga se não colidir com obrigações legais de sinal oposto ou, colidindo, se os interesses por essas obrigações protegidos não prevalecerem sobre ele no caso concreto. Se esta prevalência não se verificar, a recusa é legítima e a pessoa não deve ser compelida a entregar o

documento ou a realizar o exame, nem tão pouco a responder pelo crime de desobediência.”<sup>96</sup>

A auto-incriminação obtida por meio de coacção ou por meio de engano tem as consequências jurídicas que podemos afirmar através do disposto no artigo 58.º, n.º 5 do CPP, que impede a valoração das declarações comprometedoras obtidas com desrespeito com as formalidades legalmente previstas para a constituição de arguido, e do disposto nos artigos 126.º, n.º 1, n.º 2 alíneas a) e d) e n.º 3, todos do CPP, que comina com a nulidade qualquer meio de prova que tenha sido obtido por meios enganosos, através de coacção, de ameaça com medida legalmente inadmissível ou ainda mediante intromissão na vida privada do visado, sem o seu consentimento.

Para os já citados autores Silva Dias e Vânia Costa Ramos, nos casos em que alguém é induzido em erro ou é coagido a contribuir para a sua auto-incriminação, surgem vários cenários possíveis.<sup>97</sup> Se o suspeito tiver prestado declarações que o incriminem sem que se tenha respeitado o procedimento para a constituição de arguido, as declarações não poderão ser usadas nem valoradas como prova em seu desfavor. A consequência jurídica que afecta estas provas é, de acordo, aliás, com a maior parte da doutrina, que subscreve a teoria dos “frutos da árvore envenenada” ou do “efeito à distância”, aplicável também às provas que decorrerem das primeiras.

Solução diferente acontece quando as provas secundárias são obtidas através de um comportamento lícito alternativo.<sup>98</sup> De acordo com AAVV, “a projecção do efeito da prova proibida não impossibilita a admissão de outras provas derivadas quando estas tivessem inevitavelmente sido descobertas, através de outra actividade investigatória legal”.<sup>99</sup>

Já na esteira de Paulo Pinto de Albuquerque: “A prova proibida contamina a restante prova se houver um nexo de dependência cronológica, lógica e valorativa entre a prova proibida e a restante prova. (...) O apuramento do efeito à distância (...) há-de, pois, resultar de uma necessária ponderação do nexo que liga a prova proibida e a prova mediata dela resultante.

Esta ponderação obedece ao princípio de que o “efeito à distância” da proibição da prova é tanto maior quanto mais grave for a proibição de prova violada, (...) sendo de

<sup>96</sup> DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, p. 35.

<sup>97</sup> DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, p. 36.

<sup>98</sup> Neste sentido, *vd* ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 177 e ssg.

<sup>99</sup> CABRAL, José António Henriques dos Santos; *et al.*, (2014). *Código de Processo Penal comentado*. Coimbra: Almedina, p. 453

excluir esse “efeito à distância” quando o fim de protecção da norma processual penal que prescreve a proibição de prova se possa conciliar com a utilização processual das provas mediatamente conseguidas por intermédio da prova proibida.”<sup>100</sup>

É entendimento de Costa Andrade que as provas que não tiverem sido obtidas mediante tortura ou coacção, mas que são violadoras do *nemo tenetur*, constituem um “atentado à integridade moral da pessoa”, por configurarem uma transformação dessa pessoa em “mero objecto ou instrumento contra si própria.”<sup>101</sup>

*Em suma*, o arguido não pode ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua condenação, nem a carrear ou oferecer meios de prova contra a sua defesa”, já que sob o arguido não impende qualquer dever de colaboração, sendo necessário garantir que “qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de auto-responsabilidade”.<sup>102</sup>

Por fim, e em especial no que tange ao concretíssimo direito ao silêncio, importa tecer algumas considerações sobre a violação do dever de advertência desse direito antes do interrogatório, o qual se impõe quer às autoridades judiciais quer aos órgãos de polícia criminal (arts. 343.º, nº 1; 143.º, nº 2 e 144.º, nº 4, al. a)). A este respeito, a doutrina prevalente defende a proibição de prova obtida em violação de tal advertência. Não sufragamos a opinião que decorre do artigo 118.º, nº 2 do CPP, segundo o qual, sempre que a lei não cominar expressamente o acto com a nulidade, ele é apenas irregular, já que a omissão de tal advertência tolhe a liberdade de decisão do arguido, violando o seu direito à defesa e à dignidade pessoal que são fundamentos constitucionais do *nemo tenetur* e, consequentemente, do direito ao silêncio.

Considera-se, assim, que a falta de advertência ao arguido dos direitos que lhe assistem, mormente no que tange ao direito de se remeter ao silêncio quanto aos factos sob investigação, deve inquinir irremediavelmente todos os actos processuais subsequentes, por violação das garantias de defesa estipuladas pelo art. 32.º da CRP, não podendo as declarações do arguido ser valoradas nestas circunstâncias.

---

<sup>100</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 338.

<sup>101</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições (...)*, op. cit., p. 126.

<sup>102</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições (...)*, op. cit., p. 121

## Capítulo III: A obrigação de sujeição a exames e o privilégio contra a auto-incriminação

### 3.1- A difícil coexistência entre a sujeição a exames e o *nemo tenetur*

Uma das delicadas problemáticas do processo penal português é a que se prende com a articulação entre a obrigatoriedade da sujeição a exames e a liberdade individual, porquanto se conflituam, na sujeição a exames, “(...) a necessidade de equilíbrio entre as exigências e os interesses da comunidade e a salvaguarda da liberdade de realização e de identidade do indivíduo.”<sup>103</sup>

Por outro lado, a obrigatoriedade da sujeição a exames pode conflitar com o princípio da não auto-incriminação, na medida em que coloca o sujeito processual visado como “objecto” da prova eventualmente incriminatória.

A lei processual penal portuguesa prevê a obrigatoriedade do arguido à sujeição a exames, dispondo, no n.º 1 do artigo 172.º do CPP, que “Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”. Assim, se estiverem verificados os requisitos do exame previstos no artigo 171.º do CPP e o arguido se recusar a ser submetido ao exame, o juiz pode ordenar a sua realização, desde que o exame seja indispensável à descoberta da verdade.

Sendo o “exame” um meio de obtenção de prova potencialmente intrusivo e limitativo da liberdade individual, da sujeição do arguido à sua realização resulta um conflito de interesses: por um lado o dever de zelar pelo cumprimento das garantias fundamentais atribuídas ao arguido pela CRP (art. 32.º) e pelo CPP (art. 61.º) e, por outro, a salvaguarda dos interesses da comunidade.

“A tónica deverá ser colocada na questão de saber se alguém, no âmbito de uma investigação criminal, pode ser compelido a submeter-se à recolha das necessárias amostras, que voluntariamente não quer dar, designadamente, quando já tem o estatuto de

---

<sup>103</sup> SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel / PINHO, David Borges de, *Código de Processo Penal Anotado, 1º volume*, Lisboa: Rei dos Livros, 1996, p. 667.

arguido e, portanto, beneficia de todos os direitos e deveres correspondentes a essa qualidade processual.”<sup>104</sup>

Será admissível que, na falta de consentimento do arguido, o tribunal decida submetê-lo à realização do exame, se necessário através da força?

Não será esta solução legal contrária ao privilégio contra a auto-incriminação que é atribuído ao arguido pelo mesmo diploma legal que prevê a sua sujeição a exames?

### **3.2- O uso da força**

Até que ponto a expressão “pode ser compelido”, expressa no corpo do artigo 172.º do CPP, pode ser encarada, ou interpretada, como uma legitimação ao uso da força física para sujeição do arguido a exames?

O artigo 172.º do CPP, que prevê a possibilidade de autoridade judiciária competente compelir o arguido à sujeição a exames, é gerador de controvérsia na doutrina e na jurisprudência.

De acordo com alguns autores, os exames e as perícias intrusivas eram permitidos na versão do CPP anterior à reforma de 2007, defendendo Rui Pereira que o emprego da expressão “pode ser compelido” significa que a pessoa pode ser obrigada, através do uso da força física, a ser submetida a exame, esclarecendo que “não faz sentido consagrar a possibilidade de alguém poder ser compelido a fazer um exame, sem que isso signifique, quanto a exames físicos, poder ser compelido pela força.”<sup>105</sup>

Esta posição defendida por Rui Pereira relativamente à possibilidade de utilização da força física para realização de exames anda, porém, longe de obter a consensualidade dos autores.

Anteriormente à revisão de 2007, alguma doutrina negava a possibilidade de sujeição a exame quando desse exame resultasse a restrição da integridade física ou da autodeterminação informacional do visado<sup>106</sup>, havendo diferentes entendimentos dos

<sup>104</sup> DIAS, Maria do Carmo Silva, “*Particularidades da Prova em Processo Penal. Algumas questões ligadas à prova pericial*”, in Revista do CEJ, n.º3, (2º Semestre 2005), pp. 169-225.

<sup>105</sup> in conferência sobre a Revisão do Código de Processo Penal, no Centro de Estudos. Judiciários, a 11 de Maio de 2007.

<sup>106</sup> Neste sentido, MONIZ, Helena, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 12, n.º 2, p. 249.

tribunais superiores relativamente à admissibilidade da realização de exames perante a recusa expressa do visado.<sup>107</sup>

Ao prever a autorização judicial para o MP realizar a perícia/exame que incida sobre as características físicas ou psíquicas de uma pessoa que não consente na realização do mesmo, o novo n.º 2 do artigo 154.º do CPP parece apontar para a possibilidade de utilização de força: “Ao prever-se um mecanismo processual de substituição da falta de autorização do visado, está necessariamente a prever-se a realização do exame contra a vontade deste.”<sup>108</sup>

Sobre esta problemática da possibilidade do uso da força consideramos, porém, que a expressão “compelir” não pode ser entendida como equivalente a realização mediante o emprego da força física, mas tão-só a previsão de consequências para a recusa ilegítima, designadamente a prática de um crime de desobediência. Parece-nos, portanto, que quando a lei prevê a possibilidade de compelir, apenas se afirma que o arguido não se pode eximir a esta diligência, ou seja, que não está na livre disposição da sua vontade colaborar ou não, assumindo um carácter de obrigatoriedade.

Nesta senda, optando o arguido, ainda assim, e já que a utilização da força física, ou de outra natureza, que coarcte a sua liberdade individual, está arredada por princípios de dignidade constitucional, por se recusar peremptoriamente a participar na diligência, incorrerá na prática de um crime de desobediência p.p. pelo art. 348.º do Código Penal, pelo facto de faltar à obediência de ordem emanada por autoridade competente para realização de diligência legalmente prevista e, por conseguinte, obrigatória.

Com efeito, não se afigura possível, por exemplo, a utilização da força para obrigar o examinando a escrever um texto para efeitos de um exame de caligrafia, ou para recolha de sangue.

Neste sentido parece apontar a circunstância de a lei não admitir a utilização de provas obtidas mediante ofensa da integridade física – artigo 126.º, n.º 1 do CPP e artigo 25.º da CRP. Ora, a utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei,

---

<sup>107</sup>Vd O Acórdão do Tribunal do Tribunal da Relação do Porto de 13 de Setembro de 2006, relativo ao Processo n.º 0641683, disponível em [www.dgsi.pt/jtrp](http://www.dgsi.pt/jtrp) (visto em 06/04/2015) e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt). (visto em 06/04/2015).

<sup>108</sup> VERDELHO, Pedro, *Técnica do Novo C.P.P.: Exames perícias e prova digital*, in Revista do CEJ, n.º 9 (1º Semestre 2008), p. 156.

consustancia, nos termos do artigo 126.º, n.º 2, alínea c), uma ofensa à integridade física.<sup>109</sup>

**Questão distinta é a de saber até que ponto a sujeição a exames – ou a qualquer outro meio de obtenção de prova – contende com o privilégio reconhecido ao arguido da não auto-incriminação e o seu direito de defesa constitucionalmente consagrado.**

### **3.3- Doutrina nacional**

A doutrina nacional tem divergido, ao longo dos tempos, sobre a articulação entre a obrigatoriedade de sujeição a exames por parte do arguido e o privilégio que lhe é reconhecido de não auto-incriminação sendo, ainda hoje, uma temática não consensual entre os autores.

José Braz<sup>110</sup> aponta para o facto de a prova em processo penal ser normalmente obtida através do “sacrifício” dos direitos individuais do cidadão.

Figueiredo Dias, por seu turno, considera que o arguido pode ser meio de prova numa dimensão dicotómica: a dimensão material, através das declarações que prestar sobre os factos que lhe são imputados, e a dimensão formal, quando o seu corpo e o seu estado corporal constituírem objecto de exames.<sup>111</sup> Para este Professor, os exames efectuados sobre o corpo ou o estado corporal têm, também eles, uma dupla natureza, constituindo, simultaneamente, meios de prova e meios de coacção processual: “Sendo os exames (...) um meio de coacção processual, as normas que os permitem não poderão deixar de ser entendidas e aplicadas nos termos mais estritos, tal como sucede com os restantes meios de coacção (...) assegurando o art. 8.º, n.º1 da Constituição Política a todos os cidadãos o direito à integridade pessoal, quaisquer limitações que a tal direito sejam feitas pela lei ordinária relativa a exames em processo penal terão de obedecer à máxima *strictissime sunt interpretanda*.”<sup>112</sup>

<sup>109</sup> Retira-se desta disposição legal que, embora haja consentimento do visado, não se inviabiliza que as provas obtidas através dos métodos descritos, e, portanto, legais, sejam ofensivas da integridade física ou moral do mesmo.

<sup>110</sup> BRAZ, José, *Investigação Criminal: A organização, o método e a prova. Os Desafios da nova criminalidade*, 2015, 3ª ed., Coimbra: Almedina, p. 151.

<sup>111</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, “O estatuto do arguido no projecto de Código de Processo Penal (uma primeira leitura)”, in Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (org.), *Jornadas de Processo Penal*, 1987, pp. 437-438.

<sup>112</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal, I*, 2004, Coimbra: Coimbra Editora, p. 439.

Enfatizando o estatuto do arguido como sujeito processual, Sousa Mendes defende que aquele não é “um colaborador das autoridades judiciais e dos OPC para a descoberta da verdade e a realização da justiça.”<sup>113</sup>

Referindo-se ao caso particular da recolha de vestígios biológicos do arguido para comparação de ADN, Maria do Carmo Silva Dias, defende que a recolha de impressão digital genética sem o consentimento do arguido e sem a existência de uma lei ordinária, será inconstitucional.<sup>114</sup>

Ainda quanto à recolha de vestígios biológicos, Lourenço Pimentel<sup>115</sup> tece que “a colheita de material biológico, por via coactiva e sem o respectivo consentimento, torna este exame ou perícia, num contributo extremo, para a auto-incriminação, por parte do visado, aliás, provavelmente, muito superior do que o seu mero silêncio em sede de prova testemunhal.” Afirma ainda este autor que, nestes casos, “a prova que será vertida para o processo tem um valor deveras superior – até por via da sua subtracção à livre apreciação do julgador.”

### **3.4- Doutrina Internacional**

Na doutrina internacional, Jacobo López Barja de Quiroga defende a violação clara da não auto-incriminação mediante a obrigatoriedade de sujeição a exames.

Para este autor, a sujeição do arguido a um exame corporal “*comporta una clara afectación a la dignidad de la persona ... si mediante coacción o violencia se obliga al imputado/acusado a permitir que sobre su cuerpo se realicen actos que él no desea y que serán la base de una pruebas o análisis periciales, es evidente que se está obligando al acusado a colaborar en el proceso penal en la obtención de pruebas contra sí mismo*”. “*En definitiva, a nuestro juicio, cuando el imputado/acusado es obligado a someterse a tales análisis o pericias, es evidente que se le restringe, o mejor dicho, se le anula el contenido esencial del derecho a no colaborar.*”<sup>116</sup>

<sup>113</sup> MENDES, Paulo de Sousa, *op. cit.*, p. 609.

<sup>114</sup> DIAS, Maria do Carmo, “*Particularidades da prova (...)*”, *op. cit.*, p. 211.

<sup>115</sup> PIMENTEL, Lourenço, “*A recusa da perícia intrusiva como direito à não auto-incriminação*”, Revista Politeia, Ano IX – 2012, 2013, p. 75.

<sup>116</sup> QUIROGA LOPEZ, Jacobo Barja de, *Tratado de derecho procesal penal*, Tomo I, 5ª ed., Aranzadi, Navarra, 2012, p. 530.

Para além da violação do *nemo tenetur* considerada por este autor, coloca-se agora a questão de se poder obrigar o arguido a colaborar, não pela força física, mas através da coacção atinente ao cometimento do crime de desobediência, em caso de recusa.

Para Quiroga, não será correcto “*utilizar la intimidación para vencer la resistència de la persona cuandodicha resistència no puede ser (...) vencida por la fuerza.*”<sup>117</sup>

Na perspectiva de Roxin, num Estado de Direito cabe à lei processual penal ponderar os interesses do arguido e a procura da verdade material, indicando o ordenamento jurídico alemão como um exemplo da tensão entre estas duas “necessidades”. Para este autor, existe um claro distanciamento entre a jurisprudência e a legislação nesta matéria, verificando-se um crescente proteccionismo jurisprudencial ao arguido, em detrimento da proliferação de legislação que contendem com os direitos de personalidade do mesmo.<sup>118</sup>

Para Roxin, não cabe ao arguido qualquer dever de auxílio das autoridades, mas uma tolerância (sujeição passiva) quanto às intervenções sobre o seu corpo que possam contribuir para a sua incriminação.<sup>119</sup>

Segundo esclarece e sintetiza Maria Elizabeth Queijo, “no direito processual alemão, a extração coercitiva de sangue do acusado e outras ingerências corporais, sem o seu consentimento, não são consideradas práticas atentatórias a direitos fundamentais, desde que obedecidas as restrições impostas”<sup>120</sup>, ou seja, que as medidas interventivas sejam realizadas por médico e que inexista perigo para a saúde do acusado.

Quanto ao reconhecimento, a autora esclarece:

“A jurisprudência e a doutrina têm considerado que, mesmo nos casos de execução forçada da intervenção corporal, o acusado não exerce uma colaboração activa, mas passiva, tolerando a execução. Tal postura de tolerância, que corresponde à colaboração passiva, é o que se poderia exigir do acusado. (...) os tribunais alemães, inclusive o Tribunal Constitucional Federal, têm admitido o reconhecimento e ainda a imposição de outras medidas, como cortar cabelo ou barba; usar de artifícios para forçar uma posição de cabeça; manter os olhos abertos; manter dada expressão facial. Tal orientação invoca, por

<sup>117</sup> QUIROGA LOPEZ, Jacobo Barja de, *Instituciones de derecho procesal penal, ediciones jurídicas cuyo, Mendonza*, Argentina, p. 318.

<sup>118</sup> ROXIN, Claus, “*Auto-incriminación involuntaria y derecho al ámbito privado de la personalidad en las actuaciones penales*”, in DONNA, Edgardo Alberto (org.), *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, Colección Autores de Derecho Penal, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2007, p. 87.

<sup>119</sup> ALBERTO DONNA, Edgardo, *Casos y fallos de derecho penal*, Buenos Aires, Belgrano, 1999, p. 98.

<sup>120</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 151.

vezes, a analogia com relação à submissão do acusado a exames, como o de sangue, e à identificação dactiloscópica. Outras vezes o fundamento é o de que tais medidas coercivas exigem do acusado apenas uma colaboração passiva, ou seja, tolerância”.<sup>121</sup>

### **3.5- Jurisprudência nacional**

#### **a) Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007**

No presente processo, o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre a questão da inconstitucionalidade das normas resultantes dos artigos 172.º, n.º 1 e 126.º, nrs 1, 2 alíneas *a*) e *c*) e n.º 3 do CPP, quando interpretadas no sentido de permitir que a prova obtida através da colheita coactiva de vestígios biológicos de arguido que tenha expressado o seu não consentimento possa ser válida e susceptível de ulterior utilização e valoração.

O recorrente entende que estas normas violam o princípio fundamental do Estado de Direito (art. 2.º, CRP) concretizado no subprincípio do Estado constitucional (art. 3.º, n.º 3, CRP), no subprincípio da protecção dos direitos, liberdades e garantias (arts. 24.º e ssg, CRP), no subprincípio da reserva de lei em matéria de restrição de direitos, liberdades e garantias (art. 18.º, CRP), no subprincípio da independência dos Tribunais e do acesso à justiça (arts. 20.º e 205.º e ssg, CRP), no subprincípio da protecção da confiança (art. 18.º, n.º 3, CRP), no subprincípio da proporcionalidade e no subprincípio das garantias processuais; e o princípio fundamental da plenitude das garantias de defesa (art. 32.º, CRP).

O TC considera que “a recolha de saliva através da técnica da zaragatoa bucal, sem efectivo recurso à força física mas realizada contra a vontade expressa do arguido e sob a ameaça do recurso à mesma, conflitua com o âmbito constitucionalmente protegido do seu direito à integridade pessoal”. Afirma ainda 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 (...) e, portanto, não pode deixar de ser compreendida como uma invasão da sua integridade física, abrangida pelo âmbito constitucionalmente protegido do artigo 25.º da Constituição”.

<sup>121</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo...* p. 151.

No que concerne ao direito à reserva da vida privada, na opinião do TC, “a realização coactiva de um exame destinado à recolha de saliva para posterior análise genética, contra a vontade do arguido e sob ameaça do recurso à força física” poderá consubstanciar “uma intromissão não autorizada na esfera privada do arguido”.

Tendo o recorrente invocado ainda o privilégio contra a auto-incriminação, o TC acentuou que, apesar do princípio ter consagração constitucional, “a definição da sua compreensão e alcance” levantava problemas, tendo desconsiderado a pretensão do arguido relativamente ao privilégio contra a auto-incriminação porquanto “o privilégio contra a auto-incriminação se refere ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo (...) o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, como é o caso, por exemplo e para o que agora nos importa considerar, da colheita de saliva para efeitos de realização de análises de ADN.

Na verdade, essa colheita não constitui nenhuma declaração, pelo que não viola o direito a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado. Constitui, ao invés, a base para uma mera perícia de resultado incerto, que, independentemente de não requerer apenas um comportamento passivo, não se pode catalogar como obrigação de auto-incriminação”.

Neste Acórdão, a fim de dar resposta às questões suscitadas no recurso, o TC formula três questões: 1) A CRP autoriza a restrição dos direitos à integridade física, à liberdade geral de actuação, à reserva da vida privada e à autodeterminação informacional?; 2) As normas contidas nos arts. 61.º, n.º 3, alínea *d*) e 172.º, n.º1 do CPP e na Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto constituem habilitação legal suficiente para as restrições que estão aqui em causa ou será necessária outra lei específica que autorize explicitamente a recolha coactiva de vestígios biológicos e a sua análise genética não consentida?; 3) A conformidade constitucional da norma que autoriza a restrição depende de prévia autorização judicial?.

Quanto à primeira questão, o TC refere que, apesar de uma primeira leitura do art. 18.º, n.º 2 da CRP poder sugerir que os direitos em causa não podem ser restringidos, “o reconhecimento do carácter incomportável de uma tal leitura, designadamente do ponto de vista das suas consequências práticas, levou, contudo, ao desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário de uma multiplicidade de soluções – como o recurso, entre outros, ao artigo 29.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, às autorizações «indirectas ou

tácitas» de restrições, às ideias de «limites imanentes», de «limites constitucionais não escritos», de «limites intrínsecos», de «restrições implícitas», de «limites instrumentais».

“A Constituição autoriza, tendo em vista a prossecução das finalidades próprias do processo penal e respeitadas as demais e já referidas exigências constitucionais, a restrição dos direitos fundamentais à integridade pessoal, à liberdade geral de actuação, à reserva da vida privada ou à autodeterminação informacional”.

Passando à segunda questão, o Tribunal entende que os arts. 172.º, n.º 1 e 61.º, n.º 3, alínea *d*), ambos do CPP, “pressupõem que o exame seja devido ou que a diligência de prova esteja especificada na lei, pelo que deles não pode, logicamente, retirar-se o dever ou a especificação que os mesmos pressupõem”. Poderá retirar-se a norma de habilitação do art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004? Para o TC, pode retirar-se a seguinte conclusão do art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004: uma vez que ninguém se pode eximir à realização do exame, o exame é devido e, como tal, o arguido pode ser compelido à sua realização.

O Tribunal conclui que o problema não está na falta de habilitação legal, mas sim na “falta de densidade normativa suficiente desse quadro legal habilitante” e que “não se verifica, no caso dos autos, uma ausência de pré-fixação normativa de critérios de actuação restritiva de direitos fundamentais constitucionalmente censurável”. Posto isto, o TC responde à segunda questão dizendo que “neste contexto, verifica-se que a Lei n.º 45/2004 (...) contém aquele grau mínimo de concretização normativa dos termos da possibilidade da sua realização que permite afastar, também sob este ponto de vista, um juízo de censura constitucional”.<sup>122</sup>

Por último, o TC defende que na dimensão normativa que está em causa, analisada a compatibilidade desta solução com o art. 32.º, n.º 4 da CRP, “só pode concluir-se que, contendendo o acto em causa, de forma relevante, com direitos, liberdades e garantias fundamentais, a sua admissibilidade no decurso da fase de inquérito depende, pelas mesmas razões que justificam essa dependência no caso dos actos que constam da lista constante do artigo 269.º do Código de Processo Penal, isto é, por consubstanciar intervenção significativa nos direitos fundamentais do arguido, da prévia autorização do juiz de instrução”.

---

<sup>122</sup> O art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 45/2004 estatui que “Ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer 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”.

Face à falta de autorização do JIC, o TC decidiu pela inconstitucionalidade das normas impugnadas, concedendo provimento ao recurso e ordenando a reforma da decisão recorrida<sup>123</sup>.

Apesar de anterior à revisão de 2007 do CPP, o acórdão citado é um marco na jurisprudência constitucional por recorrer ao princípio da proporcionalidade e à ponderação dos bens em causa.

Não sufragamos, porém, o entendimento do Tribunal quando considera que a colheita de material orgânico do arguido não interfere com o direito à não auto-incriminação do arguido porque o *nemo tenetur* é referente “ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo (...) o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido (...) mas que existam independentemente da vontade do sujeito”.

Esta concepção altamente restritiva do conceito do *nemo tenetur* (que cinge o privilégio contra a auto-incriminação ao direito ao silêncio) permite que o arguido seja objecto de prova em todas as situações nas quais não se exija a prestação de declarações.

Ora, no nosso entender, o privilégio contra a auto-incriminação abrange muito mais situações do que a recusa de prestação de declarações. Limitar o privilégio contra a auto-incriminação ao direito ao silêncio, é desprovê-lo de todo o seu conteúdo e alcance prático.

#### **b) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 14/2014**

O recentíssimo Acórdão do STJ n.º 14/2014 veio uniformizar jurisprudência relativamente à obrigatoriedade da sujeição do arguido à prestação de autógrafos, para posterior exame e perícia, ordenados pelo Ministério Público em sede de inquérito, sob pena de prática de um crime de desobediência, previsto e punível pelo artigo 348.º, n.º 1 al. b) do CP.

O Acórdão de Uniformização de Jurisprudência teve origem no recurso extraordinário para fixação de jurisprudência do Acórdão da Relação de Guimarães, de 1 de Julho de 2013, proferido no Processo N.º 171/12.3TAFLG.G1, em que se decidiu pela pronúncia

---

<sup>123</sup> A versão vigente à época do Acórdão é anterior à revisão de 2007, que passou a exigir a autorização do juiz para a realização de exames. O art. 269.º, n.º 1, al. b), na redacção dada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, dispõe o seguinte: “Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução ordenar ou autorizar (...) a efectivação de exames, nos termos do n.º 2 do artigo 172.º”.

dos arguidos pela prática de um crime de desobediência pelo facto de, em inquérito, pelo crime de falsificação de documento, se terem os arguidos recusado a participar em diligência de prova de recolha de autógrafos ordenada pelo Ministério Público, por estar em oposição com o Acórdão da Relação do Porto de 28 de Julho de 2009, proferido no Processo N.º 6480/08 e onde se decidiu que, num inquérito por crime de falsificação de documento, é ilegítima a ordem emanada do Ministério Público no sentido recolha de autógrafos para posterior perícia à letra, com a cominação de, não o fazendo, incorrer em crime de desobediência.

O Acórdão discorre em torno da questão de saber se a recolha de autógrafos contende ou não com o direito ao silêncio, afirmando desde logo a inexistência, no nosso CPP, e contrariamente ao que sucedia com o CPP de 1929 (art. 195.º), do exame para reconhecimento de letra, para comparação de escrita manual com vista à determinação da sua autenticidade (exame grafotécnico no Brasil e perícia caligráfica em Espanha), bem como o facto de o direito ao silêncio não prever expressamente a não prestação de autógrafos.

O STJ realça o disposto no artigo 61.º, n.º 3 al. d) do nosso CPP, por força do qual o arguido é obrigado ao especial dever de sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e efectuadas por entidade competente, afirmando que “o estatuto processual do arguido não é incompatível com a sujeição a diligências de prova ou meios de as obter, posto que esses deveres não afectem direitos fundamentais processuais, integrantes do seu direito de defesa, que não briguem com a dignidade da pessoa que vai ser objecto do arguido.”.

Refere-se no Acórdão que o preceito em causa, posto que faz recair sobre o arguido o dever de sujeição a diligências de prova e a medidas de coacção e de garantia patrimonial, poderia estar sujeito a uma leitura e interpretação restritivas “ao declarar que as medidas de coacção e de garantia patrimonial têm que ser especificadas na lei, ou seja direccionadas exclusivamente, e como tal previstas, pré-configuradas legalmente, ao arguido”, o que constituiria um golpe profundo na investigação criminal, posto que salvaguardaria o arguido das diligências de prova, meios de prova ou de obtenção de prova.

O Acórdão defende, assim, que as limitações à incriminação não podem limitar-se ao dever legalmente instituído de responder com verdade às perguntas sobre a identidade, nem à sujeição a exames legalmente previstos, como por exemplo a detecção de

alcoolemia ou substâncias psicotrópicas (artigos 152.º e 155.º do CE) e exames e perícias médico-legais ordenadas pela autoridade judiciária (Lei n.º 45/2004, de 29/8). Defende que a al. d) do n.º 3 do art. 61.º do CPP contém um enunciado geral, não se referindo a diligências de prova “especificadamente” previstas na lei, mas a diligências “especificadas”, sendo uma cláusula geral, abrangente de todas as provas não proibidas por lei.

O Acórdão refuta, expressamente, a tese de que o arguido não tem que colaborar activamente na obtenção de provas, mas tão-só de se lhes sujeitar numa atitude de passividade, afirmando que um entendimento contrário favoreceria “um efeito dominó em relação às provas pessoais cujo resultado seria totalmente fraudulento para o sucesso da investigação criminal: a descoberta da verdade material ficaria irremediavelmente comprometida”.

Nesta senda, passando ao concreto caso dos autógrafos, pode ler-se no Acórdão em análise que, “A recolha de autógrafos é uma diligência de prova; ele é já começo de exame, parte dele integrante, em vista da emissão de um juízo pericial final formulado a partir do exame prévio da letra, inscrevendo-se aquele juízo no âmbito dos meios de prova e a recolha em sede de meios de obtenção de prova (...)”.

O STJ afasta a consagração legal expressa do *nemo tenetur se ipsum accusare*, bem como o critério da tolerância passiva versus participação activa de que diz ter-se lançado mão para aferir da conformidade da não auto-incriminação em caso de recolha de autógrafos, lembrando que os Professores Figueiredo Dias e Costa Andrade<sup>124</sup>, Augusto da Silva Dias e Vânia Costa Ramos<sup>125</sup>, Lara Sofia Pinto<sup>126</sup>, Simas Santos e Leal Henriques<sup>127</sup>, têm evocado a necessidade de observar o princípio da legalidade e de obedecer ao princípio da proporcionalidade e da necessidade, evocando ainda o Acórdão N.º 340/2013 do TC, de 17/6, no qual se lê que tem sido reconhecido que o direito à não auto-incriminação não tem um carácter absoluto, podendo ser legalmente restringido em

<sup>124</sup> PINTO, Frederico de Lacerda da Costa; Dias, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa Supervisão, *Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, (...), p. 45.

<sup>125</sup> DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *Direito à não auto-inculpação no processo penal e contra-ordenacional*, (...), pp. 23 e ssg,

<sup>126</sup> PINTO, Lara Sofia, *Prova criminal e direito de defesa – estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal – Privilégio contra a auto-incriminação Versus colaboração do arguido*, 2014, Coimbra: Almedina, pp. 91 e ssg.

<sup>127</sup> *in Código de Processo Penal Anotado*, I; 3.ª ed., pág. 1111.

determinadas circunstâncias (v.g. a obrigatoriedade de realização de determinados exames ou diligências que exijam a colaboração do arguido, mesmo contra a sua vontade).

O STJ considerou, em suma, a recolha de autógrafos não colide com o dever de procura da verdade material, nem envolve qualquer ofensa ou atentado aos direitos de personalidade relacionados com a honra, o bom nome e a reputação, à sua integridade física e moral, tutelados nos artigos 25.º e 26.º, n.º 1 da CRP.

Defendeu ainda como fundamento basilar da obrigatoriedade da sujeição à prestação de autógrafos pelo arguido, o dever do Estado de direito de assegurar “o valor – pilar da descoberta da verdade material, salvaguardando, é certo, os direitos do arguido, que não deixa de ser pessoa por sobre ele impender um processo crime, impondo-lhe também deveres (...)”.

Em face das longas considerações doutrinárias e jurisprudenciais ali tecidas, verteu-se no duto Acórdão que “Os exames grafológicos, envolvendo uma participação activa do arguido, sem a qual não é possível a sua efectivação, constituem um dever especial para aquele que emerge, com outros, da conjugação dos artigos 60.º e 61.º n.º 3 al. d), do CPP, anota Henriques Gaspar.”<sup>128</sup>

A decisão contou com a declaração de voto de António Pires Henriques da Graça, que concordou sem reservas do decidido, reafirmando que a recolha de autógrafos não importa a violação de qualquer direito fundamental, nem implica qualquer auto-incriminação, “mas a colaboração para a descoberta da verdade material (...), defendendo que entendimento contrário (...) poderá desvirtuar o processo penal, frustrar a sua finalidade, desprezar a verdade material, e violar o direito à segurança institucional na condução de um processo justo, quando a recolha de prova dependesse da necessária intervenção do arguido, e este, por sua vontade a negasse, contrariando ditatorialmente por tal forma para a obstrução da justiça”.

Contou ainda com a declaração de voto de Helena Moniz que, contrariamente, discordou da jurisprudência fixada por, em suma, entender inexistir uma disposição legal que expressamente obrigue o arguido a sujeitar-se a esta diligência e que preveja consequência para a sua recusa, colidindo, na medida em que exige uma colaboração activa do arguido que se destina à realização de um exame pericial que pode ser usado contra si como meio de prova, com o seu direito à não auto-incriminação.

---

<sup>128</sup>In *Código do Processo Penal*, 2014, Coimbra: Almedina, p. 217.

**c) Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23/05/2012**

O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23 de Maio de 2012 foi proferido em sede de recurso interposto pelo MP no âmbito do Processo N.º 136/10.0GBAND, no qual uma arguida foi absolvida do crime de condução de veículo sob o estado de embriaguez.

A arguida foi interveniente num acidente de viação e não foi capaz de efectuar o teste ao ar expirado com o intuito de averiguar o seu estado de influenciada pelo álcool. Foi, por isso, transportada ao hospital com o desiderato de efectuar uma colheita de sangue que permitisse fazer um exame de pesquisa de álcool no mesmo.

A arguida acabou por ser absolvida por não lhe ter sido pedido consentimento para a colheita de sangue para efeitos de detecção do estado de influenciada pelo álcool, considerando-se ter havido ofensa à sua integridade física.

Na Primeira Instância, a decisão foi de absolvição por ter sido declarada nula a prova pericial quanto à T.A.S. porque efectuada com sangue obtido mediante ofensa à integridade física para a qual não se provou ter existido prévio consentimento da arguida (art. 126.º, n.º 1, do CPP). Absolveu-se, assim, a arguida da prática de um crime de condução de veículo em estado de embriaguez, p.p. pelos artigos 292.º, n.º 1, e 69.º, n.º 1, al. a), do Código Penal, pelo qual vinha acusada.

Em sede de recurso interposto pelo MP, o TRC veio defender que a norma aplicável ao caso é a do art. 156.º, n.º 2 do Código da Estrada, atinente aos exames a efectuar em caso de acidente. Considerou não haver “desconformidade” constitucional que obstasse à consideração probatória do exame realizado à arguida, já que, mesmo que não tivesse sido provado que a arguida fora informada da finalidade do exame, se dera ou não consentimento ou se rejeitara a recolha, decorre dos autos que a arguida estava consciente à data do exame, sabia ter sido interveniente de um acidente de viação, é uma pessoa instruída e, inclusive, frequentou o curso de Direito, pelo que facilmente presumiria qual o desiderato do exame.

Acresce que, a lei não exige o esclarecimento do arguido relativamente ao fim a que se destina o exame e considera-se que o exame não ofende a integridade física, nem viola o direito do arguido em não se auto-incriminar.

Considerou-se ainda que, mesmo que a arguida, hipoteticamente, se tivesse recusado à sujeição à recolha de sangue, tal não punha em causa os seus direitos de personalidade.

Escreveu-se no douto Acórdão que nas situações de tratamento/internamento hospitalar em virtude de acidente, é prática comum retirar sangue ao doente para efeitos de diagnóstico e que, sendo essa recolha para diagnóstico e posterior tratamento médico, é de presumir o consentimento, mesmo que tácito, do sinistrado na recolha, pois que a colheita é feita em seu benefício.

Assim sendo, esta intervenção concreta – recolha de sangue sem autorização –, não se tem como violadora dos direitos do indivíduo, pelo motivo referido, mas sim para benefício do agente.

Acrescentou-se que, mesmo que o fim não seja o referido, mas um qualquer outro, desde que legal, evidentemente, a recolha de sangue não viola nem (materialmente) a Constituição da República Portuguesa nem nenhuma norma da legislação ordinária.

A referida colheita não tem necessariamente um carácter incriminatório, podendo servir para a defesa da arguida, pois o resultado é incerto, procurando, desta forma, a verdade material.

Em face da aduzida fundamentação, foi dado provimento ao recurso e, em consequência, a arguida condenada pelo crime de que vinha acusada.

#### **d) Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10/07/2013**

O Acórdão do TRP, proferido no Processo N.º 1728/12.8 JAPRT.P1, negou provisão ao recurso interposto por um dos arguidos num processo de associação criminosa, detenção de arma proibida (engenho explosivo improvisado), dano qualificado e furto qualificado. Tendo sido recolhidos num local de crime vestígios biológicos (hemáticos), o arguido que recorreu foi compelido a efectuar zaragatoa bucal, com o intuito de recolha da sua saliva para determinação de perfil de ADN e posterior realização de exame comparativo com os vestígios encontrados.

O arguido interpôs recurso pedindo a revogação daquela decisão, fundamentando o seu pedido, entre outros, com o facto de, ao autorizar a realização da dita diligência compulsivamente, a decisão ofendia o disposto no artigo 172.º do Código de Processo Penal.

O arguido alegou ainda, em sua defesa, que o artigo 172.º, n.º 1 do Código de Processo Penal viola os artigos 18.º, n.º 2 e 32.º, nrs 1 e 8 da Constituição da República Portuguesa, quando aplicado de modo a autorizar a sua realização compulsiva sem que se preencham os respectivos pressupostos, sem que se elenquem as razões suficientes para esse efeito, bem como sem que se elenque, em concreto, qual a efectiva necessidade/interesse para os autos da realização do dito exame.

O objecto de recurso é delimitado, assim, pela questão da admissibilidade da determinação de exame pericial através da recolha de saliva bucal mediante o método de zaragatoa bucal, por via compulsiva.

O TRP fundamentou a sua decisão na jurisprudência portuguesa e na do TEDH, concluindo que só será admissível a restrição de direitos fundamentais segundo alguns princípios, nomeadamente, o princípio da legalidade (carácter legitimador e delimitador); o princípio da intervenção mínima e o princípio da proporcionalidade.

Verteu-se no dito Acórdão que, como tem sido entendido, qualquer restrição dos direitos, liberdades e garantias só é admissível e legítima se: i) estiver constitucionalmente prevista (18.º, n.º 2, I parte); ii) for legalmente suportada (18.º, n.º 2, I parte; e 165.º, n.º 1, al. b)); iii) visar a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (18.º, n.º 2, *in fine*); iv) sendo a mesma necessária a essa salvaguarda, adequada para o efeito e na justa medida desse objectivo (artigo 18.º, n.º 2, II parte); v) revestindo-se a lei de carácter geral e abstracto, não tiver efeito retroactivo e não diminua a extensão, bem como o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (18.º, n.º 3).

Conforme ali se explanou, o Tribunal Constitucional elucida que a CRP não proíbe em absoluto a recolha coactiva de material biológico de um arguido e uma posterior análise não consentida para fins de investigação criminal e comparação de vestígios recolhidos no local do crime, embora tenha que ser por determinação judicial. Não é, portanto, violado o *nemo tenetur* (arts 2.º; 26.º; 32.º, nrs 2 e 4 da CRP), emanando da CEDH, concretamente do seu art. 8.º, n.º 1, que: “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do domicílio e da sua correspondência”, acrescentando-se no seu n.º 2 que “não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o

bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

Neste acórdão definem-se, assim, como requisitos para a restringibilidade dos direitos fundamentais, a previsão legal, clara e precisa, do objecto e do âmbito da restrição; a necessidade social, de modo a responder a um motivo social imperioso e tendo uma finalidade legítima e a proporcionalidade em relação aos fins visados, revelando um justo equilíbrio entre os interesses públicos e privados.

Como se argumentou no referido acórdão, O TEDH também considerou que o privilégio do acusado em não auto-incriminar-se, enquanto vertente do direito a um processo equitativo consagrado no artigo 6.º, n.º 1 da CEDH, encontra-se ligado, por um lado, à inadmissibilidade da prova obtida mediante tortura ou métodos opressivos (3.º CEDH), e por outro lado, à vontade do acusado em não prestar declarações, decorrente do seu direito ao silêncio. No entanto, tal não se estende à recolha de prova obtida independente da sua vontade, mesmo que através de métodos de coerção, desde que legais.

Para se aferir da admissibilidade dessa ingerência coerciva dever-se-á ter em conta a natureza e o grau de constrangimento do indivíduo visado, sendo aceitável se proporcional, minimamente suportável e desde que não coloque em risco a saúde do visado.

Em concreto, e aplicando as considerações ali tecidas, concluiu-se ser aceitável a intervenção corporal ao arguido por haver manifesto interesse e necessidade da sua realização para determinação dos autores do crime, havendo suspeitas de que o ora arguido fora um dos seus autores.

Da análise dos acórdãos seleccionados pode extrair-se uma visível tendência das decisões dos nossos diferentes Tribunais para a limitação do privilégio da não auto-incriminação à situação da prestação de declarações, considerando apenas que a sujeição coerciva à sua prestação consubstancia uma efectiva violação a este privilégio.

Relativamente à questão concreta da sujeição a exames, designadamente, e no que resulta dos acórdãos visados neste trabalho, a exames de colheita de sangue, saliva, ou até prestação de autógrafos, resulta um entendimento de que os mesmos não contendem com o *nemo tenetur*, sobrepondo-se a este princípio a busca da verdade material a concretização de interesses coletivos de segurança e de realização da justiça.

Concluiu-se como linha comum dos citados acórdãos que, desde que legais, designadamente sem recurso a métodos de coacção e tortura, os métodos de obtenção de prova através do “corpo” do arguido, ainda que exijam a sua participação activa, não violam o *nemo tenetur*, sendo lícitos.

## **Conclusões**

Aqui chegados, encontramos-nos em condições de tecer algumas considerações finais sobre a temática visada pelo presente trabalho.

Fizemos uma breve incursão pelo CPP quanto aos meios de obtenção de prova e meios de prova, com o intuito de descortinar os vários métodos legais de aquisição de prova, sua análise e valoração. Concluímos que a verdade processual não pode ser adquirida a todo o custo, sendo imprescindível a existência de previsão legal que permita coarctar a liberdade individual de determinado arguido com vista à sua submissão a diligências de prova.

Demos particular atenção aos exames por ser um dos pilares essenciais do nosso trabalho. Assim, para além do seu enquadramento legal e principais características, distinguimo-los das perícias e aludimos, genericamente, à obrigação legal de sujeição do arguido aos mesmos. Destacamos, uma vez mais, que os exames não requerem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, motivo que possibilita que sejam feitos por OPC.

Importa referir ainda que os OPC estão, à partida, legitimados por Lei a submeter cidadãos a determinados exames sem necessidade de autorização judicial por se encontrarem previamente expressos (art. 156.º do CE) e necessitam, nos casos de ausência de previsão legal, de autorização judicial para o efeito (recolha de autógrafos).

Discorremos sobre o princípio *nemo tenetur*, que congrega o direito ao silêncio e o direito do acusado a não prestar quaisquer provas que o possam incriminar. Concluímos, porém, com suporte na doutrina e jurisprudência nacional e também internacional, que este princípio não é absoluto, podendo ser limitado em prol da verdade material e da salvaguarda do interesse colectivo. Verificámos, contudo, que esta restrição ao *nemo tenetur* se rege pelo critério da proporcionalidade, visando sempre um processo equitativo. Procura-se que a restrição em causa seja idónea a proteger outros bens jurídicos constitucionalmente tutelados, sem nunca aniquilar o conteúdo essencial do *nemo tenetur*.

Constituindo o direito ao silêncio, por assim dizer, o núcleo essencial do *nemo tenetur*, perpassámos as recentes alterações ao CPP introduzidas na Lei n.º 20/2014, de 21 de Fevereiro, concretamente no que às declarações prestadas pelo arguido anteriores ao julgamento tange, aquando da possibilidade de serem valoradas nessa sede quer na sua ausência quer caso ali se remeta ao silêncio, concluindo tratar-se, na nossa humilde óptica, numa limitação efectiva do direito ao silêncio na medida em que susceptível de anular ou comprometer o direito e liberdade de defesa do arguido logo na fase de inquérito.

Consideramos de difícil articulação a tarefa do Estado de, por um lado, exercer o seu *jus puniendi* e de, por outro, garantir a defesa dos direitos do cidadão, concretamente aqueles que decorrem do seu estatuto de arguido, e que encontram consagração na CRP e na lei ordinária (CPP). É neste binómio que se coloca a questão da admissibilidade ou legitimidade de o Estado obrigar alguém a sujeitar-se a exames de que resulte a incriminação e punição do arguido, constituindo assim um verdadeiro atentado ao direito à sua não auto-incriminação.

Dos exames, os intrusivos são os mais colidentes com o direito à integridade física, liberdade individual e privacidade, pelo que a lei vem definir, apenas em alguns casos, em que circunstâncias esses têm lugar. Aludimos à Lei n.º 5/2008 aquando da análise dos Acórdãos nacionais, que faz referência à colheita de vestígios biológicos do arguido para determinação de perfil de ADN, e que introduziu algumas novidades significativas quanto a esta temática. Uma delas, bastante relevante, prende-se com a necessidade de autorização judicial para a colheita de amostras do arguido, assegurando-lhe o respeito pela dignidade humana e direitos de defesa. Não nos parece viável que se possa obrigar, por via da força física, um arguido a submeter-se a qualquer exame, até porque ficaria inquinado o respeito pelo direito de personalidade, privacidade e dignidade, e inquinada a prova por obtida por ilícito meio coactivo.

Após a análise dos diversos Acórdãos recolhidos no nosso trabalho, parece-nos difícil, apesar de em todos os casos se acabar por aceitar a compatibilidade entre a obrigatoriedade da sujeição a exames e o *nemo tenetur* (princípio encarado em todos eles como um direito não absoluto), estabelecer um padrão de resolução da tensão existente entre a obrigação de sujeição a exames e o direito à não auto-incriminação. Cada caso deverá ser analisado como único, por estarem em jogo vários e distintos factores, tendo de ser ponderados, casuisticamente, os valores em questão.

Não nos parece que o exercício da administração da justiça se possa fazer com o sacrifício de direitos individuais fundamentais sem que a defesa de outros, de valor idêntico ou superior, concretamente de interesse colectivo e societário, esteja em causa. Destacamos, como exemplos, a criminalidade organizada e especialmente violenta, que pela sua índole cause maior alarme social e sentimento de insegurança.

A análise casuística é determinante, devendo dar-se primazia aos exames não intrusivos, e, quanto a estes, quando outros meios de obtenção de prova se mostrarem inócuos, actuando o princípio da concordância prática, entre o poder do Estado na investigação criminal e os direitos fundamentais assegurados aos arguidos.

Reconhecemos, assim, que o *nemo tenetur* não pode ser encarado como um direito absoluto, embora defendamos que o seu âmbito não se esgota na simples prestação de declarações.

## Lista de referências

### 1. Livros e artigos científicos

AAVV, *Modern Criminal Procedure – Cases – Comments – Questions*, 10ª ed., 2002, West Group, Thomson Company, p.p 462-485

ALBERTO DONNA, Edgardo, *Casos y fallos de derecho penal*, 1999, Buenos Aires: Belgrano.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2011, 4ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1992, Coimbra: Coimbra Editora

AROCA MONTERO, Juan, *Principios del Proceso Penal, Una explicación basada en la razón*, 1997, Valência: Tirant lo blanch

BARJA DE LÓPEZ, Jacobo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 2004, Navarra: Thomson Aranzadi.

BELEZA, Teresa Pizarro e PINTO, Frederico Costa *in Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, 2014.

BELING, Ernst von; AMBOS, Kai; JULIAN GUERREIRO, Oscar; *Las Prohibiciones Probatorias*, 2009, editorial temis S.A., Bogotá – Colombia.

BOTTINO, Thiago. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*, 2009, São Paulo: Campus Jurídico.

BRAZ, José, *Investigação Criminal: A organização, o método e a prova. Os Desafios da nova criminalidade*, 2015, 3ª ed., Coimbra: Almedina

CABRAL, José António Henriques dos Santos; *et al.* (2014). *Código de Processo Penal comentado*. Coimbra: Almedina.

COSTA, Joana, Revista do Ministério Público 128: Outubro 2011 – *O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*.

CRUZ, Andreia, *A Revisão de 2013 ao Código de Processo Penal no Domínio das Declarações Anteriores ao Julgamento*, Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, a.73, n.º 4 (Out.- Dez. 2013).

DIAS, Augusto Silva / RAMOS, Vânia Costa, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, 2009, Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, Augusto Silva, *O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários*, in C&R, Revista de Concorrência e Regulação, n.º 1 (Janeiro - Março 2010)

DIAS, Jorge de Figueiredo, “*O estatuto do arguido no projecto de Código de Processo Penal (uma primeira leitura)*”, in Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (org.), *Jornadas de Processo Penal*, 1987.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal, I*, 2004, Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, Maria do Carmo Silva, “*Particularidades da Prova em Processo Penal. Algumas questões ligadas à prova pericial*”, in *Revista do CEJ*, n.º3, (2º Semestre 2005).

DUARTE, Eurico Balbino, *A prova criminal e direito de defesa – estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, 2014, Coimbra: Almedina.

FERNANDES, Fernando, *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*, Coleção Teses, Coimbra: Almedina, 2001

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, 1986, Lisboa: Danúbio.

FERRY, Jean-Marc, *La question de l'État européen*, 2000, Gallimard, Paris.

GÓMEZ COLOMER, Juan – Luis, *La reforma del proceso penal Peruano – Garantías constitucionales en el enjuiciamiento criminal peruano*, 2004.

GUTIRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino; LÓPEZ LÓPEZ, Enrique; *Derechos Procesales Fundamentales*, 2004, Madrid: Consejo General Del Poder Judicial.

JÚNIOR, Aury Lopes, *Direito Processual Penal*, 10ª ed., 2013, São Paulo: Editora Saraiva

KANT, IMMANUEL, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, 2007, Lisboa: Edições 70.

LIMA, Marcellus Polastri, *Manual de Processo Penal*, 2009, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 4ª ed.

MENDES, Paulo de Sousa, *As Proibições de Prova no Processo Penal*, Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Coimbra: Almedina, 2004

MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de processo penal*, 2013, Coimbra: Almedina.

MENEZES, Sofia Saraiva de, *A prova criminal e direito de defesa – estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, 2014, Coimbra: Almedina.

MENEZES, Sofia Saraiva de, *O Direito ao Silêncio: A verdade por Trás do Mito; in Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, 2010, Coimbra: Almedina.

MESQUITA, Paulo Dá, *Direcção do Inquérito e Garantia Judiciária*, 2003, Coimbra: Coimbra Editora.

MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, 2005, Coimbra: Coimbra Editora.

MONIZ, Helena, *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, n.º 2.

NETO, Theodomiro Dias, *O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 19. 1997, São Paulo: RT,

OLIVEIRA, Francisco da Costa, *Defesa criminal activa : guia da sua prática forense*, 2004, Coimbra: Almedina

PIMENTEL, Lourenço, “*A recusa da perícia intrusiva como direito à não autoincriminação*”, *Revista Politeia*, Ano IX – 2012, 2013

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa; Dias, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, 2009, Coimbra: Almedina.

PINTO, Lara Sofia, *Prova criminal e direito de defesa – estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal – Privilégio contra a auto-incriminação Versus colaboração do arguido*, 2014, Coimbra: Almedina.

PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, 1996, Coimbra: Almedina – 3.<sup>a</sup> Edição.

QUEIJO, Maria Elizabeth, *O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*, 2003, São Paulo: Saraiva

QUIROGA LOPEZ, Jacobo Barja de, *Instituciones de derecho procesal penal*, 1<sup>a</sup> ed., ediciones jurídicas cuyo, 2001, Mendonza, Argentina

QUIROGA LOPEZ, Jacobo Barja de, *Tratado de derecho procesal penal*, Tomo I, 2012, 5<sup>a</sup> ed., Aranzadi: Navarra.

RAMOS, Vânia Costa, *Corpus Juris 2000, Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*, dissertação de mestrado discutida na Universidade de Lisboa, 2005.

RAMOS, Vânia Costa; COSTA, Miriam Salvador, *nemo tenetur se ipsum accusare: a obrigação de entrega de documentos incriminatórios e o privilégio contra a auto-incriminação*, dissertação de mestrado discutida na Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2010.

RIBAS, Carlos Alberto Barbosa Dias, *A credibilidade do testemunho - A verdade e a mentira nos Tribunais*, 2011, Dissertação de Mestrado em Medicina Legal, Instituto de Ciências Biomédicas Abel Salazar, Universidade do Porto.

RISTORI, ADRIANA PAES, *Sobre o silêncio do arguido no Interrogatório no Processo Penal Português*, 2007, Coimbra: Almedina

RODRIGUES, Anabela Miranda, *A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no «admirável mundo novo*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12 (Outubro - Dezembro 2002), n.º4.

ROXIN, Claus, “Autoincriminación involuntaria y derecho al ámbito privado de la personalidad en las actuaciones penales”, in DONNA, Edgardo Alberto (org.), *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, Colección Autores de Derecho Penal, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2007.

SANTOS, Manuel Simas / LEAL-HENRIQUES, Manuel / PINHO, David Borges de, *Código de Processo Penal Anotado*, 1º volume, 1996, Lisboa: Rei dos Livros.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Tomo II, 2011, 5ª ed., Lisboa: Verbo.

SOUSA, Sérgio Ricardo de, SILVA, William; *Manual de Processo Penal Constitucional – pós reforma de 2008*, 2008, Rio de Janeiro: Forense

TONINI, Paolo, *Manuale di Procedura Penale*, 2003, 5ª ed., Milão - Giuffrè Editore.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Escutas Telefónicas – Da Excepcionalidade à Vulgaridade*, 2008, 2.ª ed., Coimbra: Almedina.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal*, Tomo I, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 361

VERDELHO, Pedro, *Técnica do Novo C.P.P.: Exames perícias e prova digital*, in Revista do CEJ, n.º 9 (1º Semestre 2008).

## **2. Jurisprudência**

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, (Funke vs França), de 25 de Fevereiro de 1993, em MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de processo penal*, 2013, Coimbra: Almedina, pp. 210-211

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, (Murray vs Reino Unido), de 8 de Fevereiro de 1996, em MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de processo penal*, 2013, Coimbra: Almedina, p. 211.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Jalloh vs Alemanha), de 11 de Julho de 2006, em MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de processo penal*, 2013, Coimbra: Almedina, pp. 214-215

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28/05/2014, em [www.stj.pt](http://www.stj.pt), visto em 11 de Abril de 2015

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 01/05/2005, em [www.stj.pt](http://www.stj.pt), visto em 11 de Abril de 2015.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 14/2014, visto em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), visto em 11 de Abril de 2015

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007, disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), visto em 06 de Abril de 2015.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007, visto em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), visto em 11 de Abril de 2015

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 228/2007, visto em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt), visto em 11 de Abril de 2015

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23/05/2012, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), visto em 11 de Abril de 2015.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de Fevereiro de 2011, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), visto em 11 de Abril de 2015.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15/02/2011, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), visto em 11 de Abril de 2015.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10-07-2013, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), visto em 11 de Abril de 2015.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de Dezembro de 2008, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), visto em 11 de Abril de 2015.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10/07/2013, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), visto em 11 de Abril de 2015.

Acórdão do Tribunal do Tribunal da Relação do Porto de 13 de Setembro de 2006, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), visto em 06 de Abril de 2015.

Acórdão Tribunal da Relação de Coimbra, de 23/05/2012, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), visto em 11 de Abril de 2015.

### **3. Sítios da Internet**

<http://pensamentosefrases.com.br>

[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

[www.oa.pt](http://www.oa.pt)

[www.stj.pt](http://www.stj.pt)

[www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)

### **4. Legislação**

Código Civil

Código da Estrada

Código de Processo Penal

Código Penal

Constituição da República Portuguesa

Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Decreto de 28 de Dezembro de 1910

Lei de 6 de Março de 1790

Lei de Segurança Interna, Lei 53/2008, de 29 de Agosto

Lei n.º 45/2004 (perícias médico-legais e forenses).

Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro

Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, 2009

PIDCP, de 16 de Dezembro de 1965

Proposta n.º 77/XII - cpp

Regime Geral das Contra-ordenações

## **5. Outros**

Conferência sobre a Revisão do Código de Processo Penal, no Centro de Estudos Judiciários, 2007.