

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

O Regime da Obtenção de Provas através de Intervenção Corporal Não Consentida

Lígia Noronha Rocha

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses

2018

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



O Regime da Obtenção de Provas através de Intervenção Corporal Não Consentida

Lígia Noronha Rocha

Dissertação de Mestrado Orientada pelo Prof. Doutor Paulo Sousa Mendes

Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses

2018

RESUMO

Qual é o limite da prossecução da descoberta da verdade, mediante uma intervenção corporal, quando não há consentimento do visado?

O problema da definição dos limites da obtenção de prova mediante intervenção corporal não consentida, deriva da dupla posição do Arguido como sujeito processual, dotado de garantias constitucionalmente consagradas, entre as quais, o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* e simultaneamente, o Arguido como meio de prova, imprescindível para a prossecução da descoberta da verdade.

Iremos delimitar a nossa análise às intervenções corporais que sejam especialmente desconfortáveis para o visado, pela dor, sofrimento e ansiedade que causam e os riscos de saúde que comportam, e relativamente às quais, se levanta a questão de saber em que circunstâncias é que podem ser admitidas e valoradas como prova do crime contra o próprio visado.

É inerente e incindível da ideia de Estado de Direito que a prossecução da descoberta da verdade não é um valor absoluto, estando limitada pelos direitos fundamentais e pelas garantias de processo criminal da pessoa visada suspeita de um crime e que se recusa a submeter-se a uma intervenção corporal especialmente gravosa.

É necessário assegurar os direitos de defesa do visado que não presta o seu consentimento, para obtenção de prova contra si, mediante uma intervenção corporal.

Tem de lhe ser dada oportunidade de se opor a tal intervenção, ao abrigo do seu direito à auto-determinação, do seu direito a um julgamento justo e equitativo e do seu direito à não auto-incriminação, ou não se estaria num Estado de Direito Democrático.

Como tal, é imperativo analisar a efectividade de protecção do Suspeito e do Arguido na legislação em vigor e de estabelecer uma garantia processual que lhe permita previamente obstar a ser submetido a tal intervenção corporal, se não tiver sido autorizada pelo Juiz de Instrução Criminal, ao qual, cabe fazer uma ponderação imparcial, pautada por um conjunto de critérios taxativos que garantam o respeito pelos seus direitos fundamentais.

Palavras-Chave: intervenções corporais sem consentimento, tráfico de droga, meios de obtenção de prova, proibições de prova, direitos fundamentais, *nemo tenetur se ipsum accusare*.

ABSTRACT

What is the limit for imposed bodily intrusions, to pursue the discovery of the truth in criminal cases, when there is no consent from the suspect?

The main difficulty on setting limits to collect evidence, through imposed bodily intrusions, arises from the dual position of the suspect as a person with constitutional rights, in particular, the principle of *nemo tenetur se ipsum accusare* and, simultaneously, the suspect as a crucial mean to collect evidence, in order to pursue the discovery of the truth.

We will only focus on bodily intrusions that are especially uncomfortable for the suspect due to the pain, suffering and distress inflicted, and the health risks that they entail. The question which arises here is in what circumstances can the evidence, obtained by such means, be admitted as evidence in court, against the suspect.

It is a defining feature of a constitutional state, that the prosecution of the discovery of the truth is not an absolute value, to be pursued by any means, it is limited by the fundamental rights and the criminal process guarantees of the suspect, who refuses to be submitted to a severe bodily intrusion.

It is absolutely essential to ensure the rights of defense of the suspect, who does not give his consent, in order to obtain evidence that will be used against himself, through a bodily intrusion.

The suspect must be given the opportunity to object to a bodily intrusion, under the right to self-determination, the right to a fair trial and the right against self-incrimination in accordance with the values of a constitutional state.

Therefore, it is imperative to analyze the effectiveness of the protection of the suspect or the accused person, in the light of the legislation currently in force, and to establish a prior procedural safeguard, that prevents the suspect or the accused person from being submitted to a bodily intrusion, if not authorized by the Judge, who has the responsibility to evaluate impartially, the necessity of the bodily intrusion, based on a set of requirements that guarantee the respect of fundamental rights.

Keywords: bodily intrusions without consent, drug trafficking, evidence collection, illegal evidence, fundamental rights, *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Siglas e Abreviaturas Principais

Ac. – Acórdão

CDOM – Código Deontológico da Ordem dos Médicos

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos

Cit. – Citado

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DRIG – *Deutsches Richtergesetz* (Lei Alemã da Magistratura)

MP – Ministério Público

OPC – Órgão de Polícia Criminal

PSP – Polícia de Segurança Pública

StPO – *Strafprozessordnung* (Código de Processo Penal Alemão)

TC – Tribunal Constitucional

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Vs. - Versus

Índice

I. Introdução	9
1. Enquadramento Geral	11
1.1. Os Pressupostos de Admissibilidade e Valoração da Prova do Crime	11
1.2. A Relevância do Consentimento na Obtenção da Prova do Crime	13
1.3. A Intervenção Corporal como Meio de Obtenção da Prova do Crime	14
2. A Obtenção de Provas Mediante Intervenção Corporal Não Consentida no Direito Comparado	15
2.1. A Jurisprudência Alemã.....	15
2.2. A Jurisprudência Italiana	17
2.3. A Jurisprudência Americana	18
3. Soluções Adoptadas nos Países do Conselho da Europa.....	22
II. Da Obtenção de Prova Sem Consentimento através do Corpo do Suspeito ainda Não Constituído Arguido	23
4. O Acórdão do TEDH - <i>Jalloh</i> vs. Alemanha, de 11 de Julho de 2006.....	23
4.1. Objecto do Acórdão	23
4.2. A Necessidade, a Proporcionalidade e a Adequação do Método de Obtenção da Prova Utilizado	26
4.3. Da Constitucionalidade do Método Escolhido para a Realização da Intervenção Corporal Não Consentida	30
4.4. A Conformidade ao Estado de Direito dos Métodos de Obtenção da Prova do Crime de Tráfico de Droga através do Corpo do Visado.....	32
4.5. A Afecção Direito à Dignidade da Pessoa Humana, do Direito à Não Auto-Incriminação e do Direito a um Julgamento Justo e Equitativo pela Imposição de uma Intervenção Corporal Não Consentida	37
4.6. A Qualificação da Intervenção Corporal Não Consentida como Tortura ou Tratamento Desumano ou Degradante	46
4.7. A Alegação de um Risco Iminente para a Saúde e a Vida do Requerente como Fundamento Legitimador da Intervenção Corporal Não Consentida?.....	57

4.8. O Grau de Gravidade do Tipo de Intervenção Corporal Não Consentida e a Obrigação de Fundamentação	58
4.9. A Admissibilidade e Valoração da Prova Obtida através do Corpo do Suspeito e Sem o seu Consentimento	69
4.10. A Decisão do TEDH no caso <i>Jalloh vs. Alemanha</i>	71
III. Posição Adoptada: Os Direitos Fundamentais como Limite à Prossecução da Descoberta da Verdade	74
5. O “Caso <i>Jalloh</i> ” da Jurisprudência Portuguesa: o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Proc. n.º 10/10.0PECTB.C1, de 30 de Março de 2011	74
5.1. Objecto do Acórdão	74
5.2. As Semelhanças com o Acórdão do TEDH - <i>Jalloh vs. Alemanha</i>	78
5.3. A Necessidade, a Proporcionalidade e a Adequação do Método de Obtenção da Prova Utilizado	79
5.4. O Grau de Gravidade do Tipo de Intervenção Corporal Não Consentida e a Obrigação de Fundamentação	83
5.5. O Requisito da Prévia Autorização da Autoridade “Judiciária” ou “Judicial” Competente?	87
5.6. A (Ir)relevância da Qualificação da Intervenção Corporal Endovaginal Não Consentida como Revista ou Perícia para a Alegada Prescindibilidade de uma Autorização da Autoridade Judiciária Competente	96
5.7. A Existência de uma Situação de Vigilância Permanente e Oculta do Suspeito como Legitimador de uma Menor Protecção do Suspeito, em Matéria de Obtenção de Prova através do seu Corpo e Sem o seu Consentimento?	101
5.8. Existe uma Obrigação do Visado de Suportar uma Intervenção Corporal Não Consentida com um Elevado Grau de Intrusividade?	102
5.9. A Admissibilidade e Valoração da Prova Obtida através do Corpo da Suspeita e Sem o Seu Consentimento: a Decisão do Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco e do Tribunal da Relação de Coimbra em desconformidade com o entendimento perfilhado pelo TEDH no caso <i>Jalloh</i>	104

5.10. O Recurso elaborado pelo Advogado de Defesa da Arguida ao Tribunal Constitucional - o Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 388/2011, de 24 de Agosto.....	108
6. A Dupla Qualidade do Arguido: o Arguido como Sujeito Processual e o Arguido como Meio de Prova	113
6.1. Os Casos em que se Verifica a Existência de um Risco Iminente para a Saúde ou para a Vida do Visado: o Acórdão do TEDH – <i>Bogumil vs. Portugal</i> , de 7 de Outubro de 2008.....	115
7. A Insuficiência de Protecção do Suspeito e do Arguido no Regime Vigente	127
8. Pela Criação de uma Garantia Processual Prévia de Defesa: A Obrigação de uma Autorização Prévia e Fundamentada pelo Juiz de Instrução Criminal, para a Obtenção de Provas mediante Intervenção Corporal Não Consentida	131
<i>i.</i> O Respeito pelo Direito à Não Auto-Incriminação, pelo Direito à Auto-Determinação e pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	134
<i>ii.</i> A Proporcionalidade do Meio ao Fim Prosseguido	136
<i>iii.</i> A Natureza e o Grau da Coerção Utilizada para Obter a Prova	138
<i>iv.</i> O Carácter Decisivo da Prova Obtida, a sua Valoração em Julgamento, o seu Impacto na Condenação e o Direito a um Julgamento Justo e Equitativo	140
IV. Conclusões.....	143

I. Introdução.

Em nome da prossecução da descoberta da verdade, o processo penal é dotado de um conjunto de métodos de obtenção de prova do crime, sendo por vezes necessário recorrer a uma intervenção corporal ao Suspeito da prática do crime, antes mesmo de ser constituído Arguido.

Mas qual é o limite da prossecução da descoberta da verdade, mediante uma intervenção corporal, quando não há consentimento do visado?

Será em torno da delimitação deste limite que vamos desenvolver esta dissertação que se traduzirá na formulação da resposta a esta pergunta. Para tal, serão expostos casos na Jurisprudência que demonstram a questão prática do problema, na medida em que, apesar de legal e constitucionalmente consagradas, as garantias processuais penais, nem sempre são tidas em conta, pelas pessoas que tomam o primeiro contacto com o Suspeito, nomeadamente, pelos órgãos de polícia criminal.

Iremos delimitar a nossa análise às intervenções corporais que são particularmente gravosas para quem as suporta. Colocamos, por isso, desde já de parte, as intervenções corporais como a zaragatoa bucal e as amostras de sangue. O nosso foco são as intervenções corporais que sejam especialmente desconfortáveis para o visado, pela dor, sofrimento e ansiedade que causam e os riscos de saúde que comportam, e relativamente às quais, se levanta a questão de saber em que circunstâncias é que podem ser admitidas e valoradas como prova do crime contra o próprio visado.

Desta forma, iremos começar por um breve enquadramento geral, com o elenco dos pressupostos de admissibilidade e valoração da prova do crime, a relevância do consentimento na obtenção da prova do crime e a intervenção corporal como meio de obtenção da prova do crime. De seguida, será analisada, de forma concisa, a Jurisprudência no direito comparado, nomeadamente, na Alemanha, Itália e Estados Unidos da América, em matéria obtenção de provas mediante intervenção corporal não consentida.

Iremos realizar uma análise detalhada de três casos da Jurisprudência Portuguesa e também do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, nos quais ocorre uma intervenção corporal não consentida, sob o uso da força sobre o visado, no contexto da obtenção da prova do crime de tráfico de droga. No caso *Jalloh vs. Alemanha*¹, o visado foi imobilizado por vários polícias e obrigado a suportar a introdução de uma sonda nasogástrica; num Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra², a visada antes de ser constituída Arguida, foi sujeita coactivamente a uma intervenção

¹ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – *Jalloh vs. Alemanha*, de 11 de Julho de 2006, Processo n.º 54810/00 e disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76307#{"itemid":\["001-76307"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76307#{).

² Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 10/10.0PECTB.C1, de 30 de Março de 2011 e disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/-/565A3D87A3B4AE988025786C00496C76>.

corporal endovaginal, mesmo tendo expressamente recusado submeter-se ao procedimento; no caso *Bogumil vs. Portugal*³, o visado foi sujeito a uma endoscopia digestiva alta, seguida de uma intervenção cirúrgica, não tendo prestado para esta última, o seu consentimento.

Iremos analisar as circunstâncias particulares de cada um dos casos, e as características que os unem. Irá ser aferida a necessidade, a proporcionalidade e a adequação do método de obtenção de prova utilizado; a constitucionalidade da utilização de métodos de obtenção da prova do crime de tráfico de droga através do corpo do suspeito; a afectação do direito à não auto-incriminação e do direito a um julgamento justo e equitativo pela imposição de uma intervenção corporal não consentida; os critérios para aferir se a intervenção corporal não consentida atinge um limite mínimo de gravidade, e a sua qualificação como tortura ou tratamento desumano ou degradante; a obrigação de fundamentação e de autorização da autoridade judiciária competente, e se a existência de um risco iminente para a saúde e a vida do visado serve de fundamento legitimador da intervenção corporal não consentida; uma análise crítica da sua admissibilidade e valoração como prova e o carácter decisivo da prova obtida para a condenação.

O problema da definição dos limites da obtenção de prova mediante intervenção corporal não consentida, deriva da dupla posição do Arguido como sujeito processual, dotado de garantias constitucionalmente consagradas, entre as quais o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* e simultaneamente, o Arguido como meio de prova, imprescindível para a prossecução da descoberta da verdade.

É inerente e incindível da ideia de Estado de Direito que a prossecução da descoberta da verdade não é um valor absoluto, estando limitada pelos direitos fundamentais da pessoa visada suspeita de um crime e que se recusa a submeter-se a uma intervenção corporal especialmente gravosa. Como tal, é imperativo analisar a efectividade de protecção do visado na legislação em vigor e de estabelecer uma garantia processual que permita previamente ao visado obstar a ser submetido a tal intervenção corporal, se não tiver sido autorizada pelo Juiz de Instrução Criminal, ao qual, cabe fazer uma ponderação imparcial, pautada por um conjunto de critérios que garantam o respeito pelos direitos fundamentais do visado.

³ Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – *Bogumil vs. Portugal*, de 7 de Outubro de 2008, Processo n.º 35228/03, de 7 de Outubro de 2008 e disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["POR"\],"appno":\["35228/03"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-119158"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

1. Enquadramento Geral.

1.1. Os Pressupostos de Admissibilidade e Valoração da Prova do Crime.

As proibições de determinados métodos de obtenção de prova são uma forma de protecção dos cidadãos contra quaisquer ingerências abusivas aos seus direitos, consubstanciando barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objecto do processo, e são um limite à descoberta da verdade⁴.

Os métodos proibidos de obtenção de prova encontram-se consagrados no n.º 8 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa e consubstanciam um dos pilares fundamentais das garantias do processo penal. É constitucionalmente garantido que são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. Também nos termos do n.º 1 do artigo 126.º Código de Processo Penal, são nulas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou ofensivas da integridade física ou moral das pessoas, não podendo nunca ser admitidas ou valoradas em julgamento. De acordo com o n.º 2 do artigo 126.º do Código de Processo Penal, e para o que releva para a presente dissertação, é considerada uma ofensa à integridade física ou moral das pessoas a perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus-tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, a utilização de meios cruéis, ou a utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei.

A verificação de que uma prova foi obtida por um método proibido tem como consequência o sacrifício da descoberta da verdade, e ainda que a prova obtida seja de extrema relevância para a reconstituição do facto, mesmo que consubstancie a única prova, esse facto é julgado como não provado.

Por esta razão, segundo MARQUES DA SILVA as proibições de prova têm um efeito dissuasor⁵ e constituem um estímulo a que os órgãos ou entidades responsáveis pela investigação tenham um cuidado acrescido no modo como levam a cabo as suas diligências para obtenção de prova, sendo uma forma de prevenir abusos.

⁴ O artigo 125.º do Código de Processo Penal consagra que são admitidos para prova, de quaisquer factos, todos os meios de prova admitidos em direito que não forem proibidos por lei.

De acordo com COSTA ANDRADE, distinguem-se os conceitos de proibições de prova, das regras de produção de prova. As proibições de prova respeitam ao *an* da prova consequência do exercício de um poder não reconhecido por lei. Aqui a prova não será nunca admissível, sendo a causa da proibição a protecção de valores extraprocessuais.

Diferentemente, as regras de produção de prova visam apenas disciplinar o procedimento exterior da prova na diversidade dos seus meios e métodos, não determinando a sua violação a reafirmação contrafactiva através da proibição de valoração. As invalidades relativas às regras de produção de prova respeitam ao *quomodo*, à assunção da prova com violação das normas relativas ao modo da sua obtenção. Aqui a prova seria admissível desde que observadas as regras processuais para a sua produção, tendo a sua eventual invalidade que ver apenas com a violação das normas de mera ordenação processual. Cfr. COSTA ANDRADE, Manuel, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 2013, pp. 83 e 188.

⁵ Expressão de MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal*, Volume II, Verbo, 2008, p. 138.

A actividade probatória tem de reflectir uma verdadeira garantia de realização de um processo justo, de eliminação do arbítrio, quer enquanto demonstração da realidade dos factos, a qual só se pode procurar obter, através de meios conformes à lei, para formar, correctamente, a convicção da entidade decisora⁶. Como defende MUÑOZ CONDE, não se admite que a verdade possa ser procurada, fazendo uso de quaisquer meios, mas apenas de meios legalmente admissíveis, não podendo a verdade ser investigada a qualquer preço, com sacrifício dos direitos fundamentais das pessoas, sendo este interesse manifestamente superior ao da descoberta da verdade no processo⁷.

Comina com a nulidade a prova obtida por métodos proibidos, nos termos do n.º 8 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa e do n.º 1 do artigo 126.º do Código de Processo Penal. De acordo com MARQUES DA SILVA, a nulidade resultante da produção de prova proibida é de conhecimento officioso até à decisão final, mas diversamente da nulidade - que fica sanada com a decisão final transitada em julgado - a prova proibida não pode ser sanada, sendo a valoração de provas proibidas para a condenação, fundamento para recurso extraordinário de revisão, nos termos da alínea e) do n.º 1 do artigo 449.º do Código de Processo Penal⁸.

A nulidade da prova proibida leva a que os actos que dela dependam e que por ela possam ser afectados sejam também nulos, conforme o disposto no n.º 1 do artigo 122.º do Código de Processo Penal⁹. Esta não será tida em conta para qualquer fim processual, não podendo ser utilizada no processo nem servir para fundamentar qualquer decisão, tratando-se como se não existisse.

Por isso, assume uma extrema relevância saber, em cada caso concreto, se a prova foi obtida mediante um método proibido de prova¹⁰.

⁶ *Ibidem*, p. 110.

⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, 2007, p. 97.

⁸ Face ao disposto neste artigo, MARQUES DA SILVA considera que o regime das proibições de prova “não se reconduz pura e simplesmente ao regime das nulidades, não se enquadrando na bipartição entre nulidades insanáveis, daquelas dependentes de arguição. Considera que são realidades distintas e autónomas, o regime das proibições de prova e o regime das nulidades. Embora, a utilização de uma prova proibida no processo, tenha os efeitos da nulidade do acto, o n.º 3 do artigo 118.º do Código de Processo Penal consagra que as disposições relativas ao regime das nulidades não prejudicam as disposições relativas a proibições de prova.” Cfr. MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal...*, pp. 144 e 145, *ob. cit.* p. 10.

⁹ Se a prova proibida é descoberta antes da sua admissão ao processo ela não será admitida desde logo; se a prova proibida for descoberta depois de admitida, mas antes de valorada no processo, levará à sua não valoração; se for descoberta depois de valorada será considerada viciada a decisão por violação de lei, desde que haja uma relação causal entre a violação do direito fundamental e a prova para que esta seja proibida. A este respeito, a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree doctrine*) considera que uma proibição de prova se estende também aos meios de prova obtidos indirectamente, sob pena de inutilizar a salvaguarda constitucional nesta matéria. Cfr. MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal...*, pp. 144 e 146, *ob. cit.* p. 10.

¹⁰ As proibições de prova no processo penal, são “a garantia da máxima credibilidade dos meios de prova, para a demonstração dos factos probandos. A matéria dos meios de obtenção de prova está directamente interligada com a dignidade da pessoa humana, sendo o processo penal o direito constitucional aplicado”. Cfr. SOUSA MENDES, Paulo, “As Proibições de Prova no Processo Penal.”, In, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 136. Sobre as proibições de prova e a dignidade da pessoa humana, *Vide*, TONINI, Paolo, *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè Editore, 2014, pp. 5-7; 190-193. Acerca da legalidade da prova e provas proibidas, *Vide*,

1.2. A Relevância do Consentimento na Obtenção da Prova do Crime.

O consentimento do Arguido consubstancia a forma mais expressiva da posição do Estado de Direito perante os direitos fundamentais¹¹. Entre as várias diligências probatórias que podem consubstanciar um intervenção corporal não consentida, o legislador processual penal demonstra, em vários preceitos, uma preocupação especial nas situações em que não existe consentimento do visado.

A prova pericial, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 151.º do Código de Processo Penal, tem lugar quando a percepção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos. Nos termos do n.º 3 do artigo 154.º do Código de Processo Penal, se a perícia incidir sobre as características físicas de pessoa que não haja prestado consentimento, é da competência exclusiva do Juiz de Instrução de Criminal elaborar um despacho que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado, contendo a indicação do objeto da perícia e os quesitos a que os peritos devem responder¹².

Os exames, segundo o n.º 1 do artigo 171.º do Código de Processo Penal, podem incidir sobre pessoas e visam inspecionar os vestígios que possa ter deixado o crime. Se alguém não prestar o seu consentimento ou recusar a submeter-se exame que incida sobre características físicas, pode ser compelido por despacho da autoridade judiciária competente – que é, exclusivamente, da competência do Juiz, nos termos do n.º 2 do artigo 172.º e n.º 3 do artigo 154.º do Código de Processo Penal - devendo a realização dos exames, respeitar a dignidade e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter e não podem criar perigo para a saúde do visado, de acordo com o n.º 1, 2 e 3 do artigo 172.º e do n.º 6 do artigo 156.º do Código de Processo Penal.

OLIVEIRA E SILVA, Sandra, “Legalidade da prova e provas proibidas”, *In*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, A. 21, n.º 4, Out.-Dez., 2011, pp. 559-591; BURGOA, Elena, “La prueba ilícita en el proceso penal portugués” *In*, Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Vol. 2, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 593-626. Sobre as consequências da verificação de uma proibição prova, SOUSA MENDES, Paulo, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 198.

¹¹ Consta no preâmbulo do Código de Processo Penal: “ (...) O que se passa com as proibições de prova - que, por obediência aos imperativos constitucionais, o Código expressamente consagra - cujo regime sobreleva de forma explícita o consentimento do Arguido e a sua autonomia, constitui a manifestação porventura mais expressiva, mas não seguramente a única, desta postura do Estado de Direito perante os direitos fundamentais. (...)”

¹² Segundo o n.ºs 1 e 2 do artigo 154.º do Código de Processo Penal deverá constar a indicação da instituição, ou o nome dos peritos que realizarão a perícia, devendo ser transmitida toda a informação relevante à realização da perícia, bem como a sua atualização superveniente, sempre que eventuais alterações processuais modifiquem a pertinência do pedido ou o objeto da perícia.

Consagra o n.º 6 do artigo 156.º do Código de Processo Penal que as perícias que incidam sobre as características físicas de pessoa que não haja prestado consentimento deverão ser realizadas por um “médico (...) e não podem criar perigo para a saúde do visado”.

As revistas, nos termos dos n.ºs 1 e 3 do artigo 174.º e do n.º 2 do artigo 175.º do Código de Processo Penal, são autorizadas ou ordenadas, por despacho, pela autoridade judiciária competente, quando houver indícios de que alguém oculta na sua pessoa quaisquer objectos relacionados com um crime ou que possam servir de prova e deverão respeitar a dignidade pessoal e, na medida do possível, o pudor do visado¹³. Segundo o n.º 6 e a alínea a) do n.º 5 do artigo 174.º do Código de Processo Penal, nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa a realização da diligência é, sob pena de nulidade, imediatamente comunicada ao juiz de instrução e por este apreciada em ordem à sua validação¹⁴.

1.3. A Intervenção Corporal como Meio de Obtenção da Prova do Crime.

As intervenções corporais como meios de obtenção de prova permitem obter objectos - por exemplo, bolotas de droga - dotados de aptidão probatória. Depois de obtido determinado objecto, este consiste num meio de prova, possuindo aptidão para, através da percepção, formar ou fundamentar um juízo e é um instrumentos para a demonstração dos factos¹⁵.

As intervenções corporais não consentidas contendem com o direito à auto-determinação e o direito à integridade física e à reserva da intimidade do visado. A auto-determinação traduz-se, para este efeito, na liberdade de dispor do próprio corpo e à liberdade de decisão e acção, ou seja, à liberdade de não ser alvo, através de formas mais ou menos intensas, de pressão ou de uma ingerência estatal, sendo uma concretização do direito ao livre desenvolvimento da personalidade consagrado no n.º 1 do artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa. Em causa, está também o bem jurídico à integridade pessoal consagrado nos n.ºs 1 e 2 do artigo 25.º da Constituição da República Portuguesa, como o direito da pessoa a não ser agredido ou ofendido no seu corpo, ou ter

¹³ Salvo nos casos do n.º 5 do artigo 174.º do Código de Processo Penal, deverá ser entregue ao visado, antes de se proceder à revista, de uma cópia do despacho que a determinou, no qual se faz menção de que aquele pode indicar, para presenciar a diligência, pessoa da sua confiança e que se apresente sem delonga.

Se existir consentimento – devidamente documentado - do visado, os pressupostos da necessidade de um despacho da autoridade judiciária competente, bem como a sua presença sempre que possível, deixam de ser exigíveis, segundo o n.º 5 do artigo 174.º do Código de Processo Penal.

Nos termos do n.º 2 do artigo 174.º do Código de Processo Penal, a autoridade judiciária competente deverá, sempre que possível presidir à diligência

¹⁴ Acerca dos exames, revistas e perícias, Vide, MARCOLINO DE JESUS, Francisco, *Os meios de obtenção da prova em processo penal*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 179-226; GONÇALVES Fernando; ALVES Manuel João, *Crime. Medidas de coação e prova*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 303-312 e SILVA DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da, “Particularidades da prova em processo penal: algumas questões ligadas à prova pericial”, In, Revista do CEJ, Lisboa, n.º 3, 2º semestre, 2005, pp. 169-225; PINTO DE ABREU, Carlos “Prova e meios de obtenção de prova. Breve Nota sobre a natureza e o regime dos exames no processo penal.”, In, I Congresso de Processo Penal, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 283-284.

¹⁵ Conceitos inspirados nas definições de MARQUES DA SILVA e que se tomou a liberdade de adaptar aos casos que serão analisados *infra*. Cfr. MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal...*, p. 113, *ob. cit.* p. 10.

qualquer interferência que prejudique a sua saúde. Tudo isto é uma imanência do princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa, como valor eminente do homem enquanto pessoa.

2. A Obtenção de Provas Mediante Intervenção Corporal Não Consentida no Direito Comparado.

2.1. A Jurisprudência Alemã.

No direito processual penal alemão o § 81^a da StPO prevê o *Beschuldigten* (exame corporal do Arguido) para a constatação de factos especialmente relevantes para o processo, sendo admissíveis sem o consentimento do Arguido, intervenções corporais efectuadas por um médico segundo as *legis artis*, com finalidades de investigação, desde que, não criem perigo para a saúde do Arguido¹⁶. Entre as medidas que têm por objecto o corpo do Arguido distinguem-se as *Körperliche Untersuchung* (investigações corporais) que não afectam a substância corporal, são indolores e inofensivas para a saúde; e as *Körperlicher Eingriffe* (intervenções corporais) que abrangem as hipóteses em que pode haver risco para a integridade física e que têm de ser executadas por um médico devendo ser realizadas em estabelecimento adequado para o efeito¹⁷.

Quanto ao recurso ao corpo do Arguido como meio de prova e da sua eventual colisão com o direito à não auto-incriminação, a Doutrina Alemã divide-se. Por um lado, a defesa de uma proibição absoluta¹⁸ de obrigar o Arguido a colaborar de qualquer modo, directa ou indirectamente mediante acção ou omissão para a obtenção de provas que o possam incriminar, excluindo liminarmente a obrigação de o Arguido participar de qualquer modo na obtenção de provas, uma vez que conduz à exclusão de todas as medidas probatórias que recaíssem sobre o seu corpo e em que não houvesse participação voluntária do Arguido, ou mesmo a que a realização de todos os meios de obtenção de prova estariam dependentes da vontade do Arguido¹⁹.

A Doutrina Alemã maioritária critica este entendimento, uma vez que, levado ao extremo conduziria a que a realização de todos os meios de obtenção de prova estariam dependentes da vontade do Arguido²⁰. Por isso, a Doutrina Alemã maioritária opta pela distinção de duas situações:

¹⁶ GÖSSEL, Karl-Heinz, “As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha” (tradução do original alemão de Manuel Costa Andrade), *In*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 2, Fase 3º, Julho-Setembro, 1992, p. 397-441.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

a exigência de uma “conduta activa” ou o “mero tolerar passivo” do Arguido²¹. De acordo com este critério, se ao Arguido se impõe a colaboração mediante uma conduta activa, tal é susceptível de contender com o direito à não auto-incriminação; se ao invés, se lhe impõe meramente que tolere ou suporte um determinado procedimento, então não há qualquer colisão com o direito à não auto-incriminação que lhe assiste²².

Juntamente com WOLFLAST, entendemos tratar-se de uma distinção insuficiente e artificial tendo em conta que o Arguido não é apenas instrumento da própria condenação quando colabora mediante uma conduta activa, “espontânea e livre”, mas também quando contra a vontade, uma pessoa tem de tolerar que o próprio corpo seja utilizado como meio de prova²³.

A este propósito GÖSSEL distingue os “*peccados veniais*” cometidos na recolha da prova, daqueles que, segundo a Jurisprudência do Tribunais de revista, determinam a revogação da sentença. De acordo com GÖSSEL, as proibições de prova compreendem as proibições de investigação de determinados factos relevantes para o objecto do processo, bem como as proibições de considerar determinados factos no objecto da sentença, e finalmente, das consequências processuais penais da violação daquelas proibições²⁴.

No direito processual alemão procede-se a uma distinção entre as proibições de produção de prova, que consiste num limite respeitante aos próprios factos a investigar; e as proibições de valoração de prova, as quais impedem que determinados factos sejam objecto da sentença²⁵. As proibições de produção de prova subdividem-se entre temas proibidos de prova que não podem ser investigados²⁶; os meios proibidos de prova²⁷; os métodos proibidos de prova²⁸; e as proibições de

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ Com maior desenvolvimento, *infra*, ponto 4.5. Cfr. WOLFLAST, Gabriele, *Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung*, Köln, 1995, *ob. cit.* GÖSSEL, Karl-Heinz, “*As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha*”..., pp. 400, *ob. cit.* p. 14.

Por exemplo, a submissão a uma colheita de sangue, ou a sujeição à administração de eméticos com o objectivo de recuperar produtos estupefacientes, originando reflexos físicos involuntários que também contendem com o direito à não auto-incriminação. Exemplos de AGOSTINHO, Patrícia Naré, *Intrusões corporais em processo penal*, Coimbra Editora, 2014, pp. 98ss.

²⁴ Neste sentido, GÖSSEL, Karl-Heinz, “*As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha*...”, p. 397, *ob. cit.* p. 14.

²⁵ *Ibidem*, p. 399.

²⁶ GÖSSEL dá o exemplo como temas proibidos de prova, os factos relativos às deliberações sobre a sentença no contexto dos tribunais colegiais (*Beratungsgeheimnis*), segundo o §43 da DRIG. Cfr. *Ibidem*, p. 399, *ob. cit.* p. 14.

²⁷ Entre os meios proibidos de prova enquadra-se o §52 da StPO que salvaguarda a circunstância da Testemunha não ter sido informada previamente do seu direito a recusar prestar depoimento sobre parentes. Exemplo de GÖSSEL, Karl-Heinz, “*As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha*”..., p. 399, *ob. cit.* p. 14.

²⁸ Como exemplo de um método proibido de prova, o §136 a) da StPO. Cfr. *Ibidem*.

prova relativas²⁹. Contudo, e conforme GÖSSEL³⁰, a nem todas estas distinções correspondem determinados efeitos processuais. Apenas às proibições de valoração de um facto como fundamento da sentença, determina a revista³¹.

Em 1998, o Comité das Nações Unidas contra a Tortura³² dirigiu recomendações à Alemanha para que, à luz do conceito de tortura consagrado no artigo 1.º da Convenção das Nações Unidas contra a tortura ou outros tratamentos desumanos ou degradantes, colocasse na sua legislação processual penal interna um conceito de tortura. Foi ainda recomendado pelo Comité que fosse criado no direito processual penal interno da Alemanha uma norma que expressamente excluísse a utilização e valoração da prova obtida sob meio de tortura. A inércia do legislador alemão perante tais recomendações foi criticada pelo Juiz ZUPANČIČ do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em 2006, e que tal passividade face a esta matéria, terá sido uma das causas que contribuiu para o surgimento de litígios como o caso *Jalloh vs. Alemanha*³³.

2.2. A Jurisprudência Italiana.

A Doutrina Italiana distingue entre as medidas incidentes e não incidentes sobre a liberdade pessoal, nomeadamente na diferenciação entre as diligências respeitantes ao aspecto exterior da pessoa e que não comportam nenhuma restrição da liberdade pessoal³⁴; e diligências que se concretizam num exame pessoal susceptíveis de incidir sobre a liberdade física ou moral da pessoa³⁵. Distinguem-se também medidas intra-corporais invasivas e aquelas que não comportam qualquer invasão, apesar de restringirem a liberdade pessoal do visado.³⁶

²⁹ Entre as proibições de prova relativas enquadra-se o §81 a) da StPO onde um facto só pode ser introduzido no processo através de um determinado meio de prova, nomeadamente, mediante parecer médico.

³⁰ *Ibidem*, p. 399.

³¹ GÖSSEL faz uma crítica às doutrinas formais das proibições de prova, que mais não fazem, do que substituir o conceito desconhecido e carecido de determinação de proibição de prova susceptível de revista “*revisibles Beweisverbot*”, pelo conceito igualmente desconhecido de proibição de valoração de prova. Cfr. *Ibidem*, p. 400.

³² *Vide*, Observações Conclusivas do Comité das Nações Unidas contra a Tortura: Alemanha, de 11 de Maio de 1998, A/53/44 §§ 179-95 (*Concluding Observations/Comments*), §§ 185 e 193. Cfr. Declaração de Voto do Juiz Boštjan M. Zupančič, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 39, *Ac. cit.* p. 9.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Como a recolha de impressões digitais ou diligências sobre partes do corpo normalmente expostas à vista.

³⁵ Por exemplo, recolha de sangue, perícia psiquiátrica e diligências sobre partes internas ou normalmente não expostas do corpo.

³⁶ A este respeito, o Ac. da Corte Costituzionale n.º 30 de 27 de Março de 1962 e o Ac. n.º 238 de 1996 que declarou a inconstitucionalidade do artigo 224.º do Código Processo Penal Italiano (*codice di procedura penale italiano*), na parte em que permitia ao juiz ordenar coactivamente a submissão de uma perícia idónea a incidir sobre a liberdade pessoal do visado, sem expressa especificação dos casos e do modo de tal actividade. Sobre a Doutrina Italiana, CONTI, Carlotta, “*I diritti fondamentali della persona tra divieti e «sanzioni processual»: il punto sulla perizia coattiva*”, In, *Diritto Penale e Processo*, 8/2010, pp. 993-1005; FELICIONI, Paola, “*Considerazioni sugli accertamenti coattivi nell processo penale: e lineamenti costituzionali e prospettive di riforma*”, In, *L’indice penale*, Padova, Nuova seria, Ano 2, nº 2, Maio-Ago., 1999, pp. 495-526.

Face ao entendimento da maioria Jurisprudência italiana acerca dos conceitos de exame e de revista, enquadrando-os no regime das perícias, permitindo-se actividade invasiva dirigida quer à investigação, quer à tutela da saúde do suspeito, juntamente com FELICIONI, criticamos esta posição defendendo que o exame pessoal não pode ultrapassar a barreira física do indivíduo pois a incidência da diligência sobre a liberdade pessoal caracteriza-se não só pelo seu “carácter temporário ou pelo grau ligeiro da eventual coerção na sua execução, mas sim pela sua invasividade”, devendo ter estes meios de obtenção de prova um regime diferenciado, porque uma inspecção externa do corpo da pessoa não pode ter os mesmos limites que um exame que comporte a intromissão de instrumentos no interior do organismo, tendo de existir requisitos acrescidos, independentemente da gravidade do crime e da indispensabilidade para fins probatórios, devendo ser considerados como elementos fundamentais a voluntariedade, a informação prestada ao sujeito, sem meios enganosos, e que não acarrete uma diminuição permanente da integridade física ou psíquica ou que lesem a sua dignidade³⁷.

2.3. A Jurisprudência Americana.

O Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos³⁸, no caso *Rochin vs. Califórnia*³⁹, julgou procedente o recurso de um Recorrente que tinha sido condenado pelo crime de tráfico de droga⁴⁰. Com base em informações de que o Recorrente estaria a vender droga, três agentes da polícia, entraram na sua casa e forçaram a entrada em direcção ao seu quarto. Na sequência desta entrada, o Recorrente foi visto a colocar apressadamente na sua boca o que pareciam ser algumas bolotas de droga. Os Agentes tentaram, mediante o uso da força sobre o Recorrente, extrair da sua boca as bolotas de droga, mas não conseguiram obter nada, pois tinham sido engolidas. Os Agentes levaram o Recorrente para o Hospital, tendo sido sujeito contra a sua vontade e de forma coactiva à administração de eméticos, mediante uma sonda nasogástrica⁴¹. Na sequência deste procedimento, o Recorrente regurgitou duas bolotas que continham morfina. Apesar da defesa ter contestado, estas bolotas foram admitidas como prova válida a favor da acusação⁴². O Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos decidiu, a 2 de Janeiro de 1952, que a condenação foi decidida com base em provas obtidas ilicitamente em violação do princípio do processo equitativo consagrado na décima

³⁷ FELICIONI, Paola, “*Considerazioni sugli accertamenti coattivi nell processo penale: e lineamenti costituzionali e prospettive di riforma*”, In, L’indice penale, Padova, Nuova seria, Ano 2, nº2, Maio-Ago., 1999, pp. 495-526.

³⁸ O termo original é *United States Supreme Court*.

³⁹ Número de processo 342 US 165 de 1952, disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=342&invol=165>.

⁴⁰ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 12, parág. 49, *Ac. cit.* p. 9.

⁴¹ A sonda nasogástrica consiste num tubo que é inserido no nariz do visado até ao seu estômago.

⁴² *Ibidem*.

quarta Emenda⁴³. De acordo com o Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos, considerar válida a prova contra o Recorrente, independentemente da forma como foi obtida é estar a estimular comportamentos abusivos das autoridades públicas, para que combatam o crime a todo o custo, sem olhar meios⁴⁴.

No caso Estado de Ohio vs. *Dario Williams*,⁴⁵ de 26 de Agosto de 2004, o Tribunal da Relação de Ohio⁴⁶ decidiu que efectuar uma lavagem gástrica⁴⁷ ao Arguido, contra a sua vontade, para evitar a ocultação e a perda da droga, era um método de obtenção de prova excessivo⁴⁸. O Arguido, que ao tempo dos factos, era meramente um Suspeito, foi visto em pleno acto de compra e venda de droga⁴⁹. Imediatamente após o acto, a Polícia mostrou a sua presença, chamando o Arguido, pedindo-lhe que se dirigisse ao carro patrulha. Ao deparar-se com este pedido, o Arguido é visto a colocar um objecto na boca e foge⁵⁰. O Tribunal da Relação de Ohio considerou que sujeitar o Arguido a uma lavagem gástrica coactiva, ainda que feita num Hospital por um médico, é uma medida desproporcional, mesmo que o Arguido tenha sido sedado durante a lavagem gástrica, por ter reagido de forma violenta para obstar à realização do procedimento⁵¹.

No caso *Schmerber vs. Califórnia*⁵², um agente da polícia deu ordens para que fossem recolhidas amostras de sangue a um suspeito da prática do crime de condução sob o efeito de álcool ou outra substância⁵³. No caso, o suspeito encontrava-se já no Hospital a ser tratado das lesões causadas pelo acidente. O Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos⁵⁴ argumentou na sua

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ “(...) *The proceedings by which this conviction was obtained do more than offend some fastidious squeamishness or private sentimentalism about combating crime too energetically. (...) This is conduct that shocks the conscience. Illegally breaking into the privacy of the petitioner, the struggle to open his mouth and remove what was there, the forcible extraction of his stomach's contents – this course of proceeding by agents of government to obtain evidence is bound to offend even hardened sensibilities. They are methods too close to the rack and the screw to permit of constitutional differentiation. (...) It would be a stultification of the responsibility which the course of constitutional history has cast upon this Court to hold that in order to convict a man the police cannot extract by force what is in his mind but can extract what is in his stomach.*” Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, pp. 12 e 13, parág. 50, *Ac. cit.* p. 9.

⁴⁵ Número de processo 2004 WL 1902368 (Ohio App. 8 Dist.). Cfr. *Ibidem*, p. 13, parág. 51. Disponível em: <http://www.supremecourt.ohio.gov/rod/docs/pdf/8/2004/2004-Ohio-4476.pdf>.

⁴⁶ O termo original é Ohio Court of Appeals. Cfr. *Ibidem*.

⁴⁷ A lavagem gástrica é um procedimento terapêutico, ao longo do qual se introduz uma sonda no interior do estômago, para se irrigar e aspirar o seu conteúdo.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Número de processo 384 US 757 (1966), 86 S.Ct. 1826, 16 L.Ed.2d 908. Cfr. *Ibidem*, p. 13, parág. 52.

Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/757/case.html>.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ O termo original é *United States Supreme Court*.

fundamentação que a décima quarta Emenda⁵⁵ não obsta a toda e qualquer intervenção corporal, como a do caso, mas apenas se restringe às intervenções corporais que não se justificam por serem mais gravosas do que as circunstâncias do caso e do tipo de crime em causa, por serem excessivas e inadequadas⁵⁶. Os critérios definidos pelo Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos para determinar a legalidade da intervenção corporal foram os seguintes: 1) As autoridades competentes deverão ter a certeza de que irão ser encontrados elementos de prova incriminatórios; 2) Os agentes da polícia deverão actuar ao abrigo de um mandato, salvo situações de perigo iminente de destruição da prova; 3) O método de obtenção de prova utilizado deverá ser proporcional ao fim, e deverá ser realizado de forma cuidadosa, tratando o visado de uma forma responsável, respeitando os seus direitos⁵⁷.

Contudo, aplicando-se os critérios elencados no caso *Schmerber vs. Califórnia* ao caso Estado de Ohio vs. *Dario Williams*, a lavagem gástrica ao estômago de *Dario Williams* seria um método de obtenção de prova legítimo⁵⁸. O primeiro critério estava preenchido, estando os agentes da polícia num sítio já conhecido por ser de tráfico de droga, tendo os agentes visto o Arguido a comprar droga⁵⁹. Além disso, assim que o Arguido se apercebeu da presença dos polícias, colocou o objecto que tinha na mão, na sua boca e fugiu⁶⁰. Este comportamento era um motivo razoável para que os agentes tivessem a certeza de que, com toda a probabilidade, o Arguido teria escondido a droga na boca, colocando desta forma a sua vida em perigo iminente⁶¹. Como o objectivo do comportamento do Arguido era destruir as únicas provas que o incriminavam, esta circunstância

⁵⁵ De acordo com a interpretação que consta no site da Casa Branca (*White House*), a décima quarta Emenda protege os cidadãos contra métodos ilegais de obtenção de prova. As autoridades não podem levar a cabo diligências de obtenção de prova sem um mandato devidamente fundamentado e emitido por um juiz.

Disponível em <https://obamawhitehouse.archives.gov/1600/constitution>.

A versão original da décima quarta Emenda é a seguinte:

“*Amendment XIV*

Section 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

Disponível em https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm.

Acerca do alcance do direito à não auto-incriminação, Vide, também DANN, B. Michael, “*The Fifth Amendment Privilege Against Self-Incrimination: Extorting Physical Evidence From a Suspect*”, In, *Southern California Law Review*, Vol.43, 1970, pp. 507-630 e ROGERS, Michael G., “*Bodily Intrusion in Search of Evidence: A Study in Fourth Amendment Decisionmaking*”, In, *Indiana Law Journal*, Vol. 62, pp. 1181-1207.

Disponível em <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2103&context=ilj>.

⁵⁶ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 13, parág. 52, Ac. cit. p. 9.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*, p. 14, parág. 52.

preenchia a exceção à obrigatoriedade da existência de um mandato⁶². Finalmente, o facto de a lavagem gástrica ter sido levada a cabo por um médico, num Hospital, preenche o terceiro critério⁶³, já que o Arguido foi tratado de acordo com as *legis artis*.

No caso *Schmerber*, o Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos, a partir da premissa de que um médico é mais qualificado do que um polícia para efectuar as diligências de obtenção de prova, concluiu pela legitimidade do método de obtenção de prova⁶⁴. No caso *Rochin vs. Califórnia*, sendo dado como adquirido que o Arguido tinha droga no interior do seu corpo, a qual estava embalada de tal forma, que não poderia seguir adiante nas fases seguintes da função digestiva, então uma lavagem gástrica era um método de obtenção de prova menos gravoso que uma eventual administração coativa de eméticos ao Arguido⁶⁵. Além disso, o Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos argumenta, mais uma vez, que esta medida é legítima pelo facto de ter sido efectuada num Hospital, sob supervisão médica⁶⁶.

No que respeita à utilização da droga obtida do estômago do Requerente e a sua valoração para a condenação, no caso *Rochin vs. Califórnia*, foi defendido que as declarações proferidas pelo suspeito, as bolotas de droga retiradas do seu estômago, e as amostras de sangue são inadmissíveis por terem sido retiradas sem o seu consentimento e para a sua auto-incriminação, em violação da 15ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América que consagra que “ninguém pode ser obrigado, no processo penal a produzir prova contra si mesmo”.⁶⁷ São razões de índole pragmática, que levaram a Jurisprudência Americana a adoptar um entendimento intermédio, no sentido de que o princípio do direito à não auto-incriminação, não pode levar à impunidade absoluta de quem pratica o crime, pelo que, tem de haver um equilíbrio entre o respeito pelos direitos do Suspeito e do Arguido, pela prevenção e censura de comportamentos ilegais por parte das autoridades, a busca da verdade, e a eficácia da condenação⁶⁸.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Cfr. Caso *Rochin vs. Califórnia*, Ac. cit. p. 17.

⁶⁸ Declaração de Voto do Juiz Boštjan M. Zupančič, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 42, Ac. cit. p. 9.

3. Soluções Adotadas nos Países do Conselho da Europa.

Aos Estados Membros do Conselho da Europa foi solicitado que respondessem a um inquérito⁶⁹ em matéria de obtenção de prova de crime de tráfico de droga, transportada no próprio corpo. Quatro países responderam que dentro da sua jurisdição existe a prática de dar lugar à administração coactiva de eméticos, nomeadamente Luxemburgo, Noruega⁷⁰, Macedónia e Alemanha⁷¹. Contudo, com excepção da Alemanha, nenhum destes países se pronunciou quanto ao fundamento legal de tal prática, à relevância dada ao consentimento do visado, nem quanto ao modo de introdução dos eméticos, por exemplo se mediante uma sonda nasogástrica ou outro método⁷².

Trinta e três países responderam que, na respectiva jurisdição, os eméticos não podem ser administrados sem o consentimento do suspeito de ter engolido bolotas de droga, nomeadamente a Albânia, Arménia, Áustria, Bélgica, Bósnia-Herzegovina, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estónia, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Letónia, Lituânia, Malta, Moldávia, Holanda, Portugal, Roménia, Rússia, Sérvia e Montenegro, Eslováquia, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Ucrânia e Reino Unido⁷³. Na maioria destes países o procedimento consiste em esperar que o corpo do suspeito expulse de forma natural as bolotas de droga, no fim de todas as fases da função digestiva do organismo⁷⁴. Para este efeito, o suspeito é colocado numa sala equipada com sanitários específicos (denominados “*Pacto 500 toilets*”), sem ligação ao esgoto, para que as bolotas de droga sejam recuperadas como prova⁷⁵.

Na Croácia, Polónia Eslovénia existe regulamentação legal que legitima a utilização de eméticos, mas nenhum destes países esclareceu se esta medida é aplicada na prática⁷⁶. Seis estados membros do Conselho da Europa, nomeadamente, Andorra, Azerbaijão, Bulgária, Liechtenstein, San Marino, e Mónaco, não forneceram qualquer informação acerca da prática de utilização de eméticos como meio de obtenção de prova⁷⁷.

⁶⁹ Acórdão *Jalloh* vs. Alemanha, p. 14, parág. 53, *Ac. cit.*, p. 9.

⁷⁰ O Comité da Europa para a Prevenção da Tortura, Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes, testemunhou a administração de um emético (salmoura) a um detido numa esquadra em Oslo. Este episódio é descrito no relatório deste Comité da visita à Noruega em 1993, § 25. Cfr. Acórdão *Jalloh* vs. Alemanha, p. 15, parág. 55, *Ac. cit.*, p. 9.

⁷¹ *Ibidem*, p. 14, parág. 53.

⁷² *Ibidem*, p. 14 e 15, parág. 53 e 54.

⁷³ *Ibidem*, p. 14, parág. 53.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 15, parágs. 54 e 55.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 15, parág. 55.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 14, parág. 53.

II. Da Obtenção de Prova Sem Consentimento através do corpo do Suspeito ainda não constituído Arguido.

4. O Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos - *Jalloh vs. Alemanha* de 11 de Julho de 2006

4.1. Objecto do Acórdão

No Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos *Jalloh vs. Alemanha*⁷⁸, está em causa a obtenção de provas mediante intervenção corporal não consentida, nomeadamente, a introdução de uma sonda nasogástrica contra a vontade de um suspeito da prática de crime de tráfico de droga⁷⁹.

Com fundamento no artigo 34.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁸⁰, o Requerente *Bakah Jalloh*⁸¹ alegou que a administração forçada de eméticos com a finalidade de obter prova da existência de um crime de tráfico de droga constitui um tratamento desumano e degradante proibido pelo artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁸². O Requerente

⁷⁸ O Caso *Jalloh vs. Alemanha* data de 11 de Julho de 2006 e tem origem no pedido número 54810/00, feito a 30 de Janeiro de 2000, contra a República Federal da Alemanha, pelo Senhor Abu Bakah Jalloh, nacional da Serra Leoa e residente em Colónia, na Alemanha. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 1, *Ac. cit.*, p. 9.

Salienta-se que um dos Juízes do colectivo que compôs a *Grand Chamber* no caso *Jalloh vs Alemanha*, era português, o Senhor Dr. Ireneu Cabral Barreto, licenciado e pós graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça. Em 1998 foi nomeado Juiz do TEDH e foi eleito em 2001 vice-presidente da III secção do TEDH. O Senhor Dr. Ireneu Cabral Barreto ainda fazia parte integrante da III Secção do TEDH, a 26 de Outubro de 2004, que foi a data da decisão de admissão do pedido número 54810/00 do Senhor *Bakah Jalloh*.

⁷⁹ O caso *Jalloh vs. Alemanha* foi decidido secção III do TEDH, em “Grand Chamber” que é composta um colectivo com um maior número de Juízes que reuniram, para audição das Partes no dia 23 de Novembro de 2005 e deliberaram no dia 10 de Maio de 2006.

Estavam presentes na audiência, do dia 23 de Novembro de 2005, em Estrasburgo, em representação da República Federal da Alemanha, a Senhora A. Wittling-Vogel (*Ministerialdirigentin*), o Senhor H. Brückner (*Oberregierungsrat*), a Senhora C. Kreis, (*Staatsanwältin*), o Senhor J. Klaas, (*Oberstaatsanwalt*), o Senhor K. Püschel, (Professor no *Institut für Rechtsmedizin Hamburg*), o Senhor H. Körner, (*Oberstaatsanwalt*). Em representação do Requerente estavam presentes o Senhor U. Busch (*Rechtsanwalt*), e o Senhor A. Busch (*Unternehmensberater*).

Foram ouvidos pelo TEDH o Senhor A. Busch, a Senhora Wittling-Vogel e Senhor K. Püschel. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 2, parág. 8, *Ac. cit.*, p. 9.

⁸⁰ Consagra o artigo 34.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos:

“Artigo 34.º - *Petições Individuais*

O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, (...) que se considere vítima de uma violação por qualquer Alta Parte Contratante, dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito”.

Cfr. Tradução de CABRAL BARRETO, Ireneu, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem - Anotada*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 385.

⁸¹ O Requerente *Bakah Jalloh* foi representado no Processo pelo Senhor Dr. U. Busch, Advogado, com domicílio profissional em Ratingen, na Alemanha. A República Federal da Alemanha fez-se representar pelo *Ministerialdirigent* o Senhor K. Stoltenberge e pela *Ministerialdirigentin* a Senhora A. Wittling-Vogel. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 14, parág. 53, *Ac. cit.*, p. 9.

Todos os factos e argumentos de direito *supra* e *infra* elencados pelas Partes e pelo TEDH têm como base o texto oficial do Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, redigido em língua inglesa, *Ac. cit.*, p. 9.

⁸² Consagra o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos:

argumentou ainda, que a utilização desta prova ilegalmente obtida em Julgamento, comprometeu o seu direito a um julgamento justo e equitativo, nos termos do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁸³.

O Requerente *Jalloh* tinha 28 anos⁸⁴, quando no dia 29 de Outubro de 1993, foi abordado por quatro polícias vestidos à paisana⁸⁵. Antes desse dia, e por duas vezes distintas, esses mesmos polícias já tinham visto o Requerente a retirar uma pequena saqueta de plástico da boca (doravante designada por “bolota”) e a entregá-la a outra pessoa em troca de dinheiro⁸⁶.

Com a convicção de que esses invólucros de plástico continham droga, os polícias levaram a cabo, no dia 29 de Outubro de 1993, à detenção do Requerente *Jalloh*, no pressuposto de que ele teria engolido uma bolota e que ainda a teria na sua boca ou organismo⁸⁷. Salienta-se que no dia da detenção, os Polícias não viram o Requerente colocar ou retirar da boca nenhuma bolota de droga⁸⁸.

A detenção foi motivada pelos dois episódios anteriores nos quais foi possível, aos polícias, observar esse facto⁸⁹.

Aquando a detenção, o Requerente *Jalloh* foi revistado pelos polícias, que estavam convictos de que ele traria consigo droga. Contudo, os polícias não encontraram qualquer embalagem de droga no Requerente⁹⁰.

Temendo pelas consequências desta abordagem policial, no curso da investigação que estava a ser levada a cabo, o Procurador (*Public Prosecutor*) ordenou que fossem administrados eméticos

“Artigo 3.º - Proibição da tortura

Ninguém poderá ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.”

De acordo com CABRAL BARRETO este artigo 3.º consagra uma preocupação com a dignidade humana e a integridade física e mental da pessoa, contendo não só uma proibição universal, como uma garantia absoluta: a tortura e os tratamentos desumanos e degradantes não encontram justificação na Convenção, quaisquer que sejam as circunstâncias que os provocaram ou o comportamento da vítima, mesmo na reacção a um perigo público ameaçando a vida da Nação como o terrorismo ou o crime organizado. Cfr. CABRAL BARRETO, Ireneu, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – Anotada...*, p. 92, *ob. cit.* p. 22.

⁸³ Consagra o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos:

“Artigo 6.º – Direito a um processo equitativo

1 – Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. (...)”

Cfr. Tradução de CABRAL BARRETO, Ireneu, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem - Anotada...*, p. 147, *ob. cit.* p. 22.

⁸⁴ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 3, parág. 9, *Ac. cit.*, p. 9.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 3, parág. 11.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 3, parág. 12.

(*Brechmittel*) ao Requerente, por um médico, com a finalidade de provocar a regurgitação de uma eventual bolota que pudesse existir no organismo do Requerente⁹¹.

O Requerente *Jalloh* foi levado para um Hospital em *Wuppertal-Elberfeld*⁹². No Hospital, e de acordo com o que foi dito pelos representantes do Estado Federal da Alemanha, o médico encarregue de administrar os eméticos, fez perguntas ao Requerente acerca do seu historial clínico, se este tinha alergias ou teve reacções adversas a algum tipo de medicação, tendo alegadamente havido lugar ao procedimento de anamnese⁹³. De acordo com a versão dada pelo Requerente, este alegou que nada lhe foi perguntado pelo médico acerca do seu historial clínico⁹⁴.

O Requerente *Jalloh* recusou-se a tomar a medicação necessária para provocar o vómito⁹⁵.

Face à sua recusa, o Requerente foi agarrado e imobilizado por quatro polícias⁹⁶. De imediato, o médico introduziu no Requerente *Jalloh*, contra a sua vontade, um tubo pelo nariz até ao estômago (sonda nasogástrica) com o objectivo de lhe ser administrada uma solução salina e um emético, o xarope de ipecacuanha, com vista a expelir uma potencial bolota de droga⁹⁷. Além disso, o médico injectou ao Requerente apomorfina, que é um emético derivado da morfina. Em resultado, o Requerente *Jalloh* regurgitou uma bolota que continha 0.2182 gramas de cocaína⁹⁸.

Aproximadamente uma hora e meia após ser detido e levado para o Hospital, o Requerente foi examinado por um médico e declarado apto para ir para o estabelecimento prisional⁹⁹.

Duas horas depois de lhe terem sido administrados os eméticos, o Requerente foi visitado pela polícia na sua cela, onde se constatou que o Requerente não falava alemão¹⁰⁰. Apenas disse, num inglês fraco, que estava muito cansado para prestar declarações acerca do alegado crime¹⁰¹.

Apenas no dia 30 de Outubro de 1993, no dia seguinte ao da intrusão corporal forçada, foi emitido um mandato pelo Tribunal Distrital de *Wuppertal* no sentido de que o Requerente seja mantido detido¹⁰².

O Requerente *Jalloh*, nos três dias imediatamente a seguir à intervenção corporal a que foi sujeito, só conseguia beber sopa, sendo que, o seu nariz sangrou repetidamente durante duas semanas, derivado das lesões que sofrera originadas pela colocação forçada da sonda

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*, p. 3, parág. 13.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 3, parág. 14.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*, p. 3, parág. 15.

nasogástrica¹⁰³. Estes factos foram impugnados pelos representantes do Estado Federal da Alemanha, que alegaram que o Requerente, não apresentou comprovativos médicos dos factos que alegou¹⁰⁴.

Dois meses e meio após a administração dos eméticos, o Requerente *Jalloh*, veio a queixar-se, de forma continuada, de dores na parte superior do estômago, tendo sido submetido a uma endoscopia digestiva no hospital da prisão¹⁰⁵. Foi-lhe diagnosticada uma irritação na área inferior do esófago causada pelo refluxo do ácido gástrico¹⁰⁶. O relatório médico não associou, de forma expressa, esta condição clínica do Requerente com a administração forçada dos eméticos a que foi sujeito¹⁰⁷.

O Requerente *Jalloh* foi libertado da prisão em 23 de Março de 1994¹⁰⁸.

O Requerente *Jalloh* alegou que teve que se submeter a mais tratamentos médicos para conseguir fazer face aos problemas no estômago de que padecia, causadas pela administração forçada dos eméticos¹⁰⁹. Contudo, o Requerente não juntou ao pedido qualquer documentação comprovativa de se ter submetido a qualquer tratamento médico após ter saído da prisão, pelo que, os representantes do Estado Federal da Alemanha alegaram que o Requerente não rerá recebido qualquer tratamento médico posterior¹¹⁰.

4.2. A Necessidade, a Proporcionalidade e a Adequação do Método de Obtenção de Prova Utilizado.

No dia 23 de Março de 1994¹¹¹, o Tribunal Distrital de *Wuppertal* considerou o Requerente *Jalloh* culpado pela prática de um crime de tráfico de droga, condenando-o a um ano de pena de prisão suspensa, ficando em liberdade condicional. O Tribunal Distrital de *Wuppertal* rejeitou a alegação da defesa de que a administração de eméticos, ao abrigo do artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão, foi um meio desproporcional para a obtenção de uma bolota que continha apenas 0.2g de cocaína¹¹².

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 3 e 4, parág. 16.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 4, parág. 16.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 4, parág. 17.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 4, parág. 18.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 4, parág. 20.

¹¹² O Requerente *Jalloh* interpôs recurso desta decisão. Em 17 de Maio de 1995, o Tribunal Regional de *Wuppertal* confirmou a condenação do Requerente *Jalloh*, mas reduziu o tempo da pena suspensa, para seis meses. Foi ainda ordenado o confisco (*Verfall*) de 100 marcos alemães que foram encontrados no Requerente ao tempo da sua detenção e

O Tribunal Regional de *Wuppertal* considerou que a prova obtida mediante a provocação da regurgitação do Requerente, por ordem do Procurador (*Public Prosecutor*), era admissível no processo, com fundamento de que, qualquer outra alternativa provocaria um maior atraso que poderia frustrar o resultado da investigação que estava a ser desencadeada¹¹³. De acordo com o entendimento do Tribunal Regional de *Wuppertal*, nos termos do artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão, a administração das substâncias em questão, ainda que aplicadas contra a vontade do Requerente *Jalloh*, consiste num método de obtenção de prova conforme à lei¹¹⁴. Esta conclusão fundamentou-se no facto de o procedimento ter sido considerado necessário para assegurar a existência de prova de tráfico de droga. Além disso, o procedimento foi levado a cabo por um médico, e em cumprimento de todas as normas e procedimentos médicos¹¹⁵. O Tribunal Regional de *Wuppertal* considerou também que a saúde do Requerente não foi colocada em risco e que o método de obtenção de prova adoptado foi adequado ao fim visado, estando preenchidos todos os pressupostos de conformidade ao princípio da proporcionalidade.¹¹⁶

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, face às circunstâncias do caso concreto, considerou a decisão de utilizar eméticos, bem como, a forma escolhida para a sua administração, foi desproporcional e, como, tal não permitida pelo artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão¹¹⁷.

que constituíam o rendimento proveniente da venda de duas bolotas de droga. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, pp. 4, parág. 20, 21 e 22, *Ac. cit.*, p. 9.

¹¹³ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 5, parág. 23, *Ac. cit.*, p. 9.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ibidem*. O Recorrente alegou ainda, perante o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que a administração coactiva de eméticos foi uma afectação manifestamente desproporcional ao seu direito à intimidade e vida privada, pelo que consubstancia uma violação do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. O Estado Federal da Alemanha não concordou com esta alegação. Neste ponto, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, por já ter analisado juridicamente, a queixa do Requerente relativa à administração coactiva de eméticos, à luz do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, reiterou considerar ter havido um violação desse mesmo artigo 3.º, considerando que a este respeito nenhuma outra questão autónoma se levanta ao abrigo do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. No que respeita à determinação da natureza da violação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos salienta que, nos casos *Khan vs. Reino Unido* e *P.G.e J.H. vs. Reino Unido*, considerou que a valoração como meio de prova de dispositivos ocultos de escutas contende com o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos porque tal método de obtenção de prova, além de não estar legitimado pelo direito interno do Estado, interfere com o direito do Requerente à intimidade e vida privada, não estando por isso conforme ao Direito. Não obstante, ainda que a prova seja obtida por meio de escutas, fora das circunstâncias dos casos acima referidos, contende também com o direito à equidade na obtenção e valoração da prova consagrado no n.º 1 do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Cfr. *Khan vs. Reino Unido*, n.º 35394/97, § 25-28, TEDH 2000-V; *P.G.e J.H. vs. Reino Unido*, n.º 44787/98, § 37-38, TEDH 2001-IX., *Ac. cit.*, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, pp. 23-24 e 26, parág. 84-86, 97-98, *Ac. cit.*, p. 9.

¹¹⁷ O artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão consagra o seguinte:

“1. A sujeição do suspeito a exames físicos pode ser ordenada com a finalidade de comprovar factos relevantes ao processo. Para este fim, podem ser retiradas amostras de sangue, podendo também ser efectuadas outras intrusões corporais, desde que estas sejam realizadas por um médico e em respeito de todas as *legi artis*, ainda que sem o consentimento do suspeito, desde que não crie perigo para a sua saúde.

De acordo com o entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, teria sido possível obter a prova do alegado crime praticado pelo Requerente *Jalloh*, se as autoridades aguardassem que a bolota de droga saísse do seu organismo naturalmente. O Advogado do Requerente *Jalloh* alegou que a única alternativa no caso concreto, permitida pelo artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão, seria uma lavagem ao estômago¹¹⁸.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos afirmou não concordar com o Estado Federal da Alemanha quando alega que a opção de esperar que as drogas percorressem o sistema digestivo e saíssem do corpo do Requerente, normalmente, fosse igualmente humilhante¹¹⁹. O Tribunal Europeu

2. *A decisão de ordenar a sujeição do suspeito a exames físicos sem o seu consentimento, deverá ser da competência de um Juiz. Nos casos em que um atraso possa comprometer o resultado do exame, a decisão poderá caber ao Gabinete do Procurador Público e às pessoas que nele trabalham e que sejam responsáveis pelo acompanhamento do caso (...)*

Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 6, parág. 33, *Ac. cit.*, p. 9.

Para aferir se a conduta das autoridades alemãs foi legítima, ao abrigo do n.º 2 do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o TEDH levantou a dúvida se a conduta tinha fundamento na lei interna alemã nomeadamente no artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão. Uma vez que o referido artigo autoriza a que os Juizes e Procuradores do Ministério Público, com a finalidade de salvaguardar a prova, possam ordenar uma intervenção corporal a ser realizada por um médico, mesmo sem o consentimento do suspeito, desde que não exista um risco para a saúde do visado, WILDHABER e CAFLISCH defendem que a previsão deste artigo também abrange as medidas empregues sobre o Requerente, incluindo a administração de eméticos, pelo que no prisma destes Juizes está justificada pelo n.º 2 do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Além disso, consideraram estes dois Juizes, que a finalidade da intervenção corporal não consentida, era deter e condenar um suspeito da prática do crime de tráfico de droga, bem como, a de assegurar a existência da prova, o que demonstra que as medidas tomadas visavam proteger o interesse público na segurança e combate ao crime de tráfico de droga, a protecção da saúde e dos direitos e liberdades de terceiros nos termos do n.º 2 do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Para aferir se a interferência ao direito à reserva sobre a intimidade e à vida privada do Requerente era necessária sob o crivo dos valores de uma sociedade democrática, segundo o n.º 2 do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, há que analisar se essa interferência visava responder a uma premente necessidade da comunidade e se foi feito por parte das autoridades um balanceamento entre o peso do interesse público conforme acima referido, e o peso dos direitos do Requerente à sua integridade física e psíquica, bem como à comparação das diversas alternativas possíveis, por exemplo, a ponderação da adopção de um método menos intrusivo e igualmente eficaz para a obtenção da prova. No que concerne aos direitos do Requerente, WILDHABER e CAFLISCH reconhecem que o procedimento lhe provocou sentimentos de ansiedade, e que o mesmo tinha inerente riscos para a sua saúde, uma vez que não foi feita uma anamnese completa. A intervenção corporal não consentida implicou a administração coactiva ao Requerente de duas drogas diferentes, com a finalidade de provocar a regurgitação, o que não pode deixar de ser considerado como tendo sido angustiante para o Requerente. Quanto à possibilidade de as autoridades alemãs poderem ter recorrido a um método alternativo e igualmente eficaz para a obtenção de prova, estes dois Juizes consideraram que a opção de aguardar que as bolotas de droga saíssem do corpo do Requerente de forma natural era possível, mas envolvia o risco de virem de as bolotas virem a rebentar dentro do organismo no decorrer das fases da função digestiva, e envolvia uma série de medidas adicionais como uma detenção mais duradoura e vigilância permanente, até que o corpo do Requerente expelisse as bolotas de droga de forma natural, na fase final da função digestiva.

Estes dois Juizes reconhecem que apesar discutível qual das duas opções apresentava maiores riscos para a saúde do visado, a maioria dos estados signatários da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, consideram que a opção escolhida pelas autoridades alemãs, era a pior opção para a saúde do Requerente. O Estado Federal da Alemanha alegou que escolheu o método da administração coactiva de eméticos, em cumprimento da sua obrigação positiva de proteger a saúde e a vida do Requerente, ao abrigo do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. WILDHABER e CAFLISCH salientam que, no caso *Jalloh vs. Alemanha*, o risco para a saúde do Requerente foi criado pelo próprio, quando optou por engolir as bolotas de droga. De acordo com estes dois Juizes, a obrigação positiva do Estado não abrange o afastamento deste risco, mediante o uso da força e contra a vontade do visado. Cfr. Declaração de Voto dos Juizes Luzius Wildhaber e Lucius Caflisch, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, pp. 47-48, *Ac. cit.*, p. 9.

¹¹⁸ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 4, parág. 19, *Ac. cit.*, p. 9.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 22, parág. 79.

dos Direitos Humanos considerou que apesar desta última opção ter inerente alguma intromissão no direito à privacidade do Requerente, devido à necessidade de supervisão da sua evacuação, tal medida é conforme ao funcionamento normal do organismo do Requerente, sendo sem dúvida, a opção que menos afectava o direito à integridade física e psicológica do Requerente, em comparação com uma intervenção médica que implica a introdução coactiva de uma sonda nasogástrica¹²⁰.

No que diz respeito à natureza e o grau de coerção utilizado para a obter a prova no caso *Jalloh vs. Alemanha*, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou que obrigar o Requerente a regurgitar as drogas foi uma interferência grave e significativa ao seu direito à integridade física e psíquica¹²¹. O Requerente foi imobilizado por quatro polícias e, contra a sua vontade, foi-lhe introduzida uma sonda pelo seu nariz até ao estômago¹²². Foram-lhe administrados eméticos com vista a contornar a sua vontade em fornecer a prova do crime de que era suspeito, mediante uma reacção involuntária e patológica do seu corpo¹²³. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos qualificou este tratamento como desumano e degradante, violador do Artigo 3 Convenção Europeia dos Direitos Humanos¹²⁴.

¹²⁰ A este respeito, o caso *Peters vs. Holanda*, n.º 21132/93, Decisão da Comissão de 6 de Abril de 1994, DR 77-B; *Schmidt vs. Alemanha*, n.º 32352/02 de 5 de Janeiro de 2006. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 22, parág. 79, *Ac. cit.*, p. 9.

¹²¹ *Ibidem*, p. 31, parág. 118.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Ibidem*.

Acerca do direito à não auto-incriminação por actos involuntários do visado, GLEß, Sabine, *True or Due Process? The use of Illegally Gathered Evidence in the Criminal Trial*, pp. 695-700, disponível em: https://ius.unibas.ch/uploads/publics/6785/20100913144136_4c8e1c0006a39.pdf. Sobre o âmbito e vertentes do direito à não auto-incriminação, Vide, OLIVEIRA E SILVA, Sandra, “O Arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio: *Nemo tenetur se ipsum accusare*”, In, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, A. 10, 2013, pp. 361-379.

¹²⁴ WILDHABER e CAFLISCH consideram que no caso *Jalloh vs. Alemanha* - com a premissa de que o risco para a saúde do Requerente foi criado pelo próprio, quando optou por engolir as bolotas de droga - deveria ter sido escolhido pelas autoridades alemãs o método de deter o Requerente numa sala especialmente equipada, enquanto se aguardava que as bolotas que continham droga saíssem do seu corpo, naturalmente, por via do funcionamento normal do organismo na fase final da função digestiva. De acordo com estes dois Juízes, teria sido esta a solução que melhor se adequava no caso concreto, nomeadamente, quando ao balanceamento entre o interesse público em salvaguardar a prova para a condenação pelo crime de tráfico de droga e o interesse do Requerente na protecção do seu direito à integridade física e psíquica. Por esta razão, WILDHABER e CAFLISCH consideram que a interferência ao direito a reserva da intimidade e vida privada do Requerente, foi desnecessária, de acordo com os parâmetros e valores característicos de uma sociedade democrática, consubstanciando uma violação do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Numa crítica à análise e decisão do restante colectivo de Juízes do TEDH, no caso *Jalloh vs. Alemanha*, WILDHABER e CAFLISCH consideram também que a um acto material não devem corresponder múltiplas violações de artigos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Cfr. Declaração de Voto dos Juízes Luzius Wildhaber e Lucius Cafilisch, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, pp. 48 e 49 e p. 11, parág. 47, *Ac. cit.*, p. 9.

4.3. Da Constitucionalidade do Método Escolhido para a Realização da Intervenção Corporal Não Consentida.

O Requerente *Jalloh* interpôs recurso¹²⁵ da decisão do Tribunal Regional de *Wuppertal*, discordando na matéria de direito¹²⁶. Alegou que o artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão não permite a administração de eméticos, assim como também não admite a administração de substâncias perigosas para a vida, mediante métodos de administração de elevado risco¹²⁷.

O Requerente alegou ainda, em sede de recurso, que o artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão proíbe métodos de obtenção de prova, tais como o usado no caso concreto, que resultou que um suspeito, fosse forçado a contribuir activamente para a sua auto-incriminação¹²⁸.

Além disso, alegou que o método de obtenção de prova empregue, viola o artigo 1.º e 2.º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz*), e violou ainda o princípio da dignidade da pessoa humana¹²⁹.

O Tribunal da Relação de *Düsseldorf* não deu razão ao Requerente *Jalloh*, tendo considerado que a decisão do Tribunal Regional de *Wuppertal* não continha nenhum erro de direito que lhe fosse prejudicial¹³⁰.

O Requerente interpôs recurso desta decisão, do Tribunal da Relação de *Düsseldorf* ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, reiterando a alegação de que o método de obtenção da prova utilizado foi uma medida desproporcional, ao abrigo do artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão¹³¹.

A 15 de Setembro de 1999, o Tribunal Constitucional Federal Alemão decidiu pela inadmissibilidade da queixa do Requerente, com fundamento no princípio da subsidiariedade¹³². O Tribunal Constitucional Federal Alemão considerou que a administração de eméticos, incluindo a apomorfina, que é um emético derivado da morfina, poderia levantar sérias dúvidas constitucionais, nomeadamente, no respeito ao direito à integridade física consagrado no n.º 2 do artigo 2.º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha¹³³ e do respeito pelo princípio da

¹²⁵ Acórdão *Jalloh* vs. Alemanha, p. 5, parág. 24, *Ac. cit.*, p. 9.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 5, parág. 25.

¹³¹ *Ibidem*, p. 5, parág. 26.

¹³² *Ibidem*, p. 5, parág. 27.

¹³³ Consagra o artigo 2.º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha:

“1. Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que tal não interfira com os direitos de outras pessoas ou viole a lei constitucional ou os bons costumes. (*Sittengesetz*)

2. Todos têm o direito à vida e o direito à protecção da integridade física...”.

Cfr. Acórdão *Jalloh* vs. Alemanha, p. 6, parág. 32, *Ac. cit.*, p. 9.

proporcionalidade, argumentos estes que ainda não tinham sido dirigidos mediante uma acção interposta nos Tribunais Criminais Alemães¹³⁴.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão considerou que o Requerente *Jalloh* não esgotou todos os meios judiciais que tinha à disposição (*alle prozessualen Möglichkeiten*), para contestar a legalidade das medidas perante os Tribunais especializados em matéria penal, por forma a evitar que se subestime a importância e o escopo do direito fundamental consagrado no n.º 2, 1ª parte, do artigo 2.º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha¹³⁵.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão considerou que a administração de eméticos, no caso concreto do Requerente, não levanta nenhuma objecção constitucional¹³⁶, quer no âmbito do princípio da protecção da dignidade da pessoa humana consagrado no n.º 1 do artigo 1.º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha¹³⁷, quer do princípio do direito à não auto-incriminação consagrado no n.º 1 do artigo 2.º interpretado em conjugação com o n.º 1 do artigo 1.º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha¹³⁸.

De acordo com alguma Doutrina Alemã¹³⁹ o artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão permite a administração de eméticos a um suspeito de crime de tráfico de droga, com a finalidade de obter provas de crimes graves.

Contudo, uma parte considerável da Doutrina Alemã, defende que o artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão não permite a administração de eméticos. Esta posição é adoptada, entre outros, por DALLMEYER que defende que o artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão não permite uma busca no interior do corpo do suspeito, e que o seu alcance está limitado aos exames físicos¹⁴⁰. No mesmo sentido, VETTER considera que a administração coactiva de eméticos, através de uma sonda nasogástrica, é incompatível com as normas médicas, desproporcional e perigosa para a saúde do suspeito¹⁴¹.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 5, parág. 28.

¹³⁵ “*Une eine Verkenntung von Bedeutung und Tragweite des Grundrechts des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zu verhindern*” Cfr. Acórdão *Jalloh* vs. Alemanha, pp. 5 e 6, parág. 29, *Ac. cit.*, p. 9.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 5, parág. 29.

¹³⁷ O n.º 1 do artigo 1.º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha consagra que:

“*A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e proteger.*”

Cfr. Acórdão *Jalloh* vs. Alemanha, p. 6, parág. 30, *Ac. cit.*, p. 9.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 6, parág. 31.

¹³⁹ Esta posição é adoptada, entre outros, por ROGALL (*NSiZ* 1998, pp. 66-68 e *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, München 2005, Artigo 81a *StPO*, § 48) e por KLEINKNECHT e MEYER-GÖBNER (*StPO*, 44ª edição, Artigo 81a, § 22. Cfr. Acórdão *Jalloh* vs. Alemanha, p. 9, parág. 39, *Ac. cit.*, p. 9.

¹⁴⁰ DALLMEYER, *In, StV* 1997, pp. 606-610 e *KritV* 2000, pp. 252-59. Cfr. Acórdão *Jalloh* vs. Alemanha, p. 9, parág. 40, *Ac. cit.*, p. 9.

¹⁴¹ VETTER, Udo, *In, Problemschwerpunkte des § 81a StPO – Eine Untersuchung am Beispiel der Brechmittelvergabe im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Neuried, 2000, pp. 72-82, 161. Cfr. Acórdão *Jalloh* vs. Alemanha, p. 9, parág. 40, *Ac. cit.*, p. 9.

4.4. A Conformidade ao Estado de Direito dos Métodos de Obtenção da Prova do Crime de Tráfico de Droga através do Corpo do Visado.

Os médicos especialistas não têm uma opinião unânime no que diz respeito aos riscos de saúde inerentes à administração coactiva de eméticos ao suspeito do crime de tráfico de droga, nomeadamente, as consequências da administração coactiva do xarope de ipecacuanha por meio de uma sonda nasogástrica¹⁴².

Os efeitos secundários, mais frequentes, são a sonolência, diarreia e vômitos¹⁴³. Em casos raros, pode ocorrer a síndrome de *Mallory-Weiss*¹⁴⁴ ou pneumonia por aspiração¹⁴⁵. Estes efeitos secundários podem ocorrer se, aquando da administração do emético, o visado tivesse já, lesões no estômago ou se as normas do procedimento de administração do emético não forem cumpridas, nomeadamente, se o visado está totalmente acordado e consciente¹⁴⁶.

Alguns médicos consideram que, para proteger a saúde do visado, os eméticos deverão ser administrados mesmo que o suspeito não dê o seu consentimento¹⁴⁷. Noutra prisma, existem médicos que defendem que a inserção da sonda nasogástrica comporta riscos elevados para a saúde do visado, razão pela qual não deverá ser efectuada¹⁴⁸.

Os médicos que defendem a administração coactiva de eméticos através da inserção de uma sonda nasogástrica, argumentam que esta medida deverá ser aplicada ainda que não exista em concreto um risco de saúde imediato para o suspeito, mas pela possibilidade de poder vir a verificar-se uma intoxicação potencialmente perigosa para a vida do visado¹⁴⁹. Como as bolotas de droga engolidas pelo visado são, normalmente, frágeis e propícias a rebentar dentro do organismo, será preferível, do ponto de vista médico, a administração de eméticos. Defendem por isso,¹⁵⁰ que a

¹⁴² Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 21 parág. 78, pp. 9-10, parág.41-44, *Ac. cit.*, p. 9. Vide, SARNACKI, David C., “Analysing the Reasonableness of Bodily Intrusions”, In, *Marquette Law Review*, 1984, V.68, pp. 130-153; SCHAPER, Andreas “Surgical treatment in cocaine body packers and body pushers”, In, *International Journal of Colorectal Disease*, 2007, nº 22, pp. 1531-1535. TRAUB, Stephen, J.; M.D., HOFFMAN, Robert S.; NELSON, Lewis S., “Body Packing - The Internal Concealment of Illicit Drugs”, In, *New England Journal of Medicine*, 2003, nº 349, pp. 2519-2526, HOUSE, Luther, “Criminal Procedure - Self-Incrimination – Scientific Tests on Body Substances as Evidence”, In, *Kentucky Law Journal*, Vol.44, 1955-1956, pp. 353-360; BARBOUR, Sandra I., “Constitutionality of Stomach Searches – Introduction”, In, *University of San Francisco Law Review*, Vol. 10, 1975, pp. 93-114.

¹⁴³ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 10, parág. 43, *Ac. cit.*, p. 9.

¹⁴⁴ A síndrome de *Mallory-Weiss* consiste numa hemorragia, com sangramento constante, localizada entre esófago e o estômago, normalmente causado pelo esforço corporal em vômitos contínuos.

¹⁴⁵ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 10, parág. 43, *Ac. cit.*, p. 9.

¹⁴⁶ BIRKHOLZ, KROPP, BLEICH, KLATT E RITTER, “American Academy of Clinical Toxicology / European Association of Poisons Centres and Clinical Toxicologists - Position Paper: Ipecac Syrup”, In, *Journal of Toxicology, Clinical Toxicology*, vol. 42, no. 2, 2004, pp. 133-143. Ob cit.. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 10, parág. 43, *Ac. cit.*, p. 6.

¹⁴⁷ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 9, parág. 41, *Ac. cit.*, p. 9.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ As bolotas de droga podem ser retiradas do estômago uma hora, e em alguns casos, duas horas a contar do momento em que foram engolidas. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 9, parág. 42, *Ac. cit.*, p. 9.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

medida apresenta poucos riscos, uma vez que a existência de um risco de morte iminente é colmatado pela possibilidade de as bolotas saírem do organismo do visado naturalmente. Os defensores da administração de eméticos defendem que este é um método seguro e rápido¹⁵¹ para obter provas de crime de tráfico de droga, e é raro não ter qualquer resultado ou efeito. Embora reconheçam que a introdução coactiva da sonda via nasal seja dolorosa para o visado, defendem que esta não apresenta riscos para a saúde, uma vez que apenas se reproduz o acto corporal de deglutição é estimulado de forma mecânica por um tubo que passa através da garganta do visado¹⁵². Os médicos que são a favor da administração de eméticos defendem também que o emético xarope de ipecacuanha tem uma grande margem de segurança para o visado¹⁵³.

Os médicos especialistas que são contra a administração de eméticos mediante uso da força sobre o visado, consideram que a introdução coactiva de uma sonda nasogástrica acarreta riscos consideráveis para a saúde do visado¹⁵⁴. Embora seja conveniente retirar a droga do corpo do suspeito o mais rapidamente possível, a utilização de uma sonda nasogástrica ou qualquer outro meio invasivo, é perigosa porque existe o risco de perfurar o invólucro da bolota onde se encontra a droga, o que poderá levar à morte do visado¹⁵⁵. Além disso, se a sonda for incorrectamente colocada, o emético poderá entrar nos pulmões do visado, causando uma obstrução e impedindo a circulação do oxigénio¹⁵⁶, levando a que o visado deixe de conseguir respirar. Se o visado for sujeito a vários minutos de privação de ar, poderá vir a sofrer danos cerebrais, podendo no limite, morrer por asfixia. A regurgitação coactiva tem também o risco de o vómito ser inalado, o que pode causar uma infecção nos pulmões ou a sua obstrução¹⁵⁷.

Os riscos para a saúde e vida do visado são confirmados pela verificação no passado, em Hamburgo e em Brema, da morte de dois suspeitos da prática de crime de tráfico de droga e que foram sujeitos a este método de obtenção de prova contra a sua vontade, de forma coactiva e sem o seu consentimento¹⁵⁸.

¹⁵¹ Os eméticos demoram, em regra, entre 15 a 30 minutos a fazer efeito. Cfr. Acórdão *Jalloh* vs. Alemanha, pp. 9 e 10, parág. 42, *Ac. cit.*, p. 9.

¹⁵² BIRKHOLZ, KROPP, BLEICH, KLATT E RITTER, “*Exkorporation von Betäubungsmitteln – Erfahrungen im Lande Bremen*”, *Kriminalistik* 4/97, pp. 277-83. *Ob. cit.* Acórdão *Jalloh* vs. Alemanha, pp. 9 e 10, parág. 42, *Ac. cit.*, p. 9.

¹⁵³ Acórdão *Jalloh* vs. Alemanha, p. 10, parág. 43, *Ac. cit.*, p. 9.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 10, parág. 44.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ DIAMANT-BERGER, Odile; GARNIER, Michel; MARC, Bernard, *Urgences Médico-Judiciaires*, 1995, pp. 24-33, Parecer Científico do Conselho de Médicos, de 28 de Março de 1996, a pedido do Tribunal Constitucional Federal Alemão acerca dos riscos da administração coactiva de eméticos; e a “*Resolução do 105º Congresso dos Médicos Alemães*”, In, Activity Report of the Federal Medical Association, Ponto 3. Cfr. Acórdão *Jalloh* vs. Alemanha, p. 10, parág. 44, *Ac. cit.*, p. 9.

Os médicos especialistas que são contra a administração de eméticos defendem que todos estes factores de elevado risco demonstram que, a administração de eméticos de forma coactiva, não pode ser legitimada por razões médicas. Como tal, não deverá ser introduzida uma sonda nasogástrica para a administração de eméticos sem o consentimento da pessoa visada¹⁵⁹. Utilizar este método de obtenção de prova sem o consentimento do suspeito é incompatível com a ética profissional que deve pautar o exercício da medicina, por acarretar riscos sérios para a vida e para a integridade física do visado, razão pela qual deverá ser um método proibido de obtenção de prova¹⁶⁰.

De acordo com as alegações dos representantes do Estado Federal da Alemanha, a administração coactiva de eméticos apenas envolve baixos riscos para a saúde¹⁶¹. Segundo o entendimento do Estado Federal da Alemanha, o xarope de ipecacuanha não é uma substância perigosa¹⁶². Este argumento foi reforçado pelo Estado Federal da Alemanha que salientou que esta substância é administrada em crianças em caso de envenenamento¹⁶³. Do prisma do Estado Federal da Alemanha, a introdução de uma sonda, cujo tubo é extremamente flexível, pelo nariz do Requerente, não o colocou sob nenhum risco, mesmo apesar de este ter resistido ao procedimento¹⁶⁴.

Segundo as alegações do Estado Federal da Alemanha, a injeção de apomorfina ao Requerente também não colocou em risco a sua saúde¹⁶⁵. Assim, de acordo com este entendimento, os efeitos secundários descritos pelo Requerente apenas se poderiam verificar caso houvesse lugar a uma sequência de erros aquando o decorrer procedimento, ou devido a uma sobredosagem ou a uma conjugação incompatível das substâncias que compõem os eméticos¹⁶⁶. Para o Estado Federal da Alemanha, o facto de dois suspeitos de tráfico de droga terem morrido na sequência da administração coactiva de eméticos mediante uma sonda nasogástrica em Hamburgo e Bremen não implica necessariamente a conclusão de que este método de obtenção de prova acarreta riscos para a saúde do visado¹⁶⁷. Segundo o Estado Federal da Alemanha este argumento pode ser comprovado pelo facto de este método de obtenção de prova ter sido usado inúmeras vezes, sem ter originado qualquer problema ou consequência para a saúde ao visado¹⁶⁸.

Foi também alegado pelo Estado Federal da Alemanha que os Estados Federados Alemães recorrem a este método de obtenção de prova porque o tráfico de droga é muito elevado, o que faz

¹⁵⁹ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 10, parág. 44, *Ac. cit.*, p. 9.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 21-22, parágs. 77-78 e p. 10, parág. 44.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 16, parág. 62.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ *Ibidem*, pp. 16 e 17, parág. 62.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 17, parág. 62.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

deste crime um problema muito sério no contexto territorial destes Estados¹⁶⁹. Além disso, a maioria dos suspeitos de crime de tráfico de droga dão o seu consentimento, escolhendo engolir eméticos, após serem informados de que, senão o fizerem voluntariamente e recusarem, serão obrigados a engolir os eméticos coactivamente¹⁷⁰. No caso de Hamburgo, o suspeito que entretanto veio a morrer, sofria de uma doença cardíaca que era desconhecida aquando o procedimento de obtenção de prova. Neste caso, o Estado Federal da Alemanha alegou que, por essa razão, haveria sempre um risco de paragem cardíaca independentemente de qual fosse o método de obtenção de prova adoptado¹⁷¹. No caso de Bremen o Estado Federal da Alemanha alegou que não pode ser excluída a hipótese, de o suspeito ter morrido de uma overdose pela droga que o próprio engoliu e não devido à administração dos eméticos¹⁷².

Na Alemanha, não existe uma prática uniforme na escolha da administração de eméticos, por via de uma sonda nasogástrica, como meio de obtenção de prova de um crime de tráfico de droga¹⁷³. Desde 1993, apenas cinco¹⁷⁴ em dezasseis Estados da Federação Alemã escolheram este meio de obtenção de prova de forma regular. Embora alguns Estados Federados Alemães tenham suspenso a sua utilização, depois de se ter verificado a morte de um suspeito, ao ter sido sujeito a esta medida, existem alguns Estados Federados Alemães que ainda continuam a recorrer ao mesmo.

Na maioria dos casos de suspeita de crime tráfico de droga, em que se opta pela administração de eméticos, é o próprio suspeito que opta por engolir o emético, por ser feito um aviso prévio de que se não o fizer voluntariamente, o emético será administrado de forma coactiva¹⁷⁵. Noutros Estados Federados Alemães, os eméticos não são administrados coactivamente com fundamento nos pareceres médicos, sendo considerada uma medida desproporcionada, perigosa e inadequada para provar o crime de tráfico de droga¹⁷⁶.

Na Alemanha, a opção pela administração coactiva do xarope de ipecacuanha, mediante uma sonda nasogástrica, levou à morte de dois suspeitos da prática do crime de tráfico de droga¹⁷⁷. Em 2001, um cidadão camaronês faleceu em Hamburgo¹⁷⁸. De acordo com as investigações, ele sofreu uma paragem cardiorrespiratória provocada pelo elevado grau de ansiedade e stress que sentiu no

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 10, parág. 45.

¹⁷⁴ Nomeadamente, Berlim, Brema, Hamburgo, Hesse, e Baixa Saxónia. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 10, parág. 45, *Ac. cit.*, p. 9.

¹⁷⁵ *Ibidem*, pp. 10 e 11, parág. 45.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 11, parág. 45.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 11, parág. 46.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

momento em que estava a ser sujeito à administração coactiva de eméticos¹⁷⁹. Só posteriormente se descobriu que este cidadão camaronês padecia de uma doença cardíaca¹⁸⁰. Em 2005, um cidadão Serra Leonês faleceu em Brema¹⁸¹. As investigações sobre a causa da morte, ainda não foram concluídas¹⁸². Contudo, o médico das urgências que o socorreu, bem como outro médico especialista, consideraram que o cidadão Serra Leonês morreu devido à entrada do líquido do emético nos pulmões que impediu a circulação de oxigénio¹⁸³, deixando de conseguir respirar. Foi instaurado um processo crime contra o médico que lhe colocou a sonda nasogástrica para administrar o emético, bem como contra o médico das urgências que o socorreu, por crime de homicídio por negligência¹⁸⁴.

Na sequência da verificação destas mortes, o Dirigente dos Procuradores Públicos de Brema¹⁸⁵ ordenou a suspensão do método de administração coactiva de eméticos como método de obtenção de prova¹⁸⁶. Entretanto, os Senadores da Justiça e da Administração interna criaram¹⁸⁷ um novo procedimento para lidar com suspeitos do crime de tráfico de droga. De acordo com este novo procedimento, o suspeito de ter droga dentro do seu corpo, deverá ser informado por um médico dos riscos para a sua saúde e nas consequências que poderão ocorrer enquanto a droga permanecer no interior do seu corpo¹⁸⁸. Se após a realização de exames médicos, se concluir que não existe risco para a vida do suspeito, este pode optar por tomar eméticos ou laxantes. Caso se conclua que existe risco para a vida do suspeito, e este se recusar a tomar eméticos ou laxantes, o suspeito será detido numa sala especialmente equipada, enquanto se aguarda que as bolotas que contêm a droga saiam do corpo do suspeito naturalmente, por via do funcionamento normal do organismo, na fase final da função digestiva¹⁸⁹.

Sobre este ponto, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, referiu que o facto deste procedimento ter levado à morte de duas pessoas, faz com que a sua convicção seja no sentido em que o procedimento envolvia riscos elevados para a saúde do Requerente e que não podiam ter sido negligenciados pelas autoridades alemãs¹⁹⁰. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos salientou

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ A situação descrita é semelhante ao que acontece aos pulmões na morte por afogamento. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 11, parág. 46, *Ac. cit.*, p. 9.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ O termo alemão é *Leitender Oberstaatsanwalt*. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 11, parág. 47, *Ac. cit.*, p. 9.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 21-22, parágs. 77-78.

que existe uma diferença entre a situação de meramente ameaçar o visado com um eventual uso da força, e a situação em que a força é utilizada efectivamente¹⁹¹. Na maioria dos casos em que as autoridades alemãs optaram pela administração de eméticos, bastou a mera ameaça para que o visado colaborasse. Apenas num reduzido numero de casos foi utilizada a força contra a vontade do visado¹⁹². A morte de dois suspeitos verificou-se nos casos em que foi utilizada a força¹⁹³. Além disso, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos salienta que não é de ignorar o facto na maioria dos Estados Federados alemães, bem como na larga maioria dos Estados membros do Conselho da Europa, as autoridades tendem a evitar ter de recorrer à administração coactiva de eméticos¹⁹⁴. Tal cuidado, revela que existe um entendimento geral de que tal método de obtenção de prova tem inerente riscos de saúde para o visado¹⁹⁵.

4.5. A Afecção Direito à Dignidade da Pessoa Humana, do Direito à Não Auto-Incriminação e do Direito a um Julgamento Justo e Equitativo pela Imposição de uma Intervenção Corporal Não Consentida.

Quanto a saber, se é legítima, a administração de eméticos a um suspeito que ingeriu bolotas de droga, a posição adoptada pela maioria dos Tribunais de recurso Alemães¹⁹⁶ é que o artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão permite a administração de eméticos em tais circunstâncias.

No Acórdão do Tribunal da Relação de Bermen, de 19 de Janeiro de 2000,¹⁹⁷ um suspeito de prática de um crime de tráfico de droga, prestou o seu consentimento para engolir xarope de ipecacuanha após ser ameaçado de que, caso recusasse, seria obrigado a submeter-se à colocação forçada de uma sonda nasogástrica¹⁹⁸. Na fundamentação deste Acórdão, o Tribunal da Relação de Bermen considerou que a primeira frase do n.º 1 do artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão permite que seja ordenado um exame físico ao suspeito com a finalidade de provar factos relevantes para a investigação.

A Doutrina Alemã é praticamente unânime de que a administração de eméticos com a finalidade de obter as bolotas de droga que o suspeito engoliu, implica uma intervenção corporal que

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 22, parág. 78.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ Tendo como referência, nomeadamente, o Acórdão do Tribunal da Relação de Bermen de 19 de Janeiro de 2000 NStZ-RR 2000, p. 270 e o Acórdão do Tribunal da Relação de Berlim de 28 de Março de 2000, JR, 2001, pp. 162-164. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 7, parágs. 35-36, *Ac. cit.*, p. 9.

¹⁹⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Bermen, de 19 de Janeiro de 2000, NStZ-RR 2000, p. 270. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 7, parág. 37 *Ac. cit.*, p. 9.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

se enquadra nos limites estabelecidos na previsão do referido artigo¹⁹⁹. Assim, e também de acordo com o entendimento do Tribunal da Relação de Bermen²⁰⁰ esta intrusão corporal não viola o princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no n.º 1 do artigo 1.º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, nem viola o direito à não auto-incriminação previsto no n.º 1 do artigo 2.º em conjugação com o n.º 1 do artigo 1.º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Ao abrigo da 3.ª parte do n.º 2 do artigo 2.º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, as intervenções corporais que colidam com estes direitos fundamentais, são permitidas, desde que tenham um fundamento legal.

Além disso, o Tribunal da Relação de Bermen acrescentou que o próprio Tribunal Constitucional Federal Alemão²⁰¹, concluiu em diversos Acórdãos, que a administração de eméticos ao abrigo do artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão não colide os direitos fundamentais acima referidos, nem levanta qualquer objecção, à luz do direito constitucional alemão.

Por essa razão, o Tribunal da Relação de Bermen criticou a posição adoptada pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Frankfurt em 1997²⁰² e por uma Doutrina Alemã minoritária²⁰³, que defende que a administração de eméticos ao suspeito sem o seu consentimento, força-o a contribuir para a sua própria condenação, mediante uma conduta activa involuntária e contra a sua vontade, nomeadamente, a regurgitação²⁰⁴.

O Tribunal da Relação de Bermen considera que esta Jurisprudência do Tribunal da Relação de Frankfurt e da Doutrina Alemã minoritária, não tem qualquer fundamento já que, no seu entendimento, o direito a não contribuir activamente para a sua própria incriminação não é, de forma alguma, comprometido por o suspeito ter de tolerar uma intervenção corporal que provoca meramente uma reacção corporal involuntária²⁰⁵.

O Tribunal da Relação de Bermen afirmou “não ter de decidir” se a prova obtida mediante a administração de eméticos pode ser utilizada, se o suspeito se recusou a cumprir o seu “dever de

¹⁹⁹ Na fundamentação do Acórdão, o Tribunal da Relação de Bermen juntou como referência: *HK-Lemke, StPO*, 2ª edição, § 9; *Dahs in Löwe-Rosenberg, StPO*, 24ª edição, § 16; *KK-Senge, StPO*, 4ª edição, §§ 6, 14; a respeito do artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão, *Rogall, SK-StPO*, Artigo 81a, § 48 e *NStZ* 1998, pp. 66-67, e *Schaefer, NJW* 1997, pp. 2437 e seguintes; noutro prisma o Tribunal da Relação de Frankfurt, *NJW* 1997, p. 1647 anotado por *Weßlau, StV* 1997, p. 341. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 7, parág. 37, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ Acórdão do Tribunal Constitucional Federal Alemão *StV* 2000, P.1. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 7, parág. 37, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁰² Acórdão do Tribunal da Relação de Frankfurt (*Main Court*), *NJW*, 1997, pp. 1647-1648). Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 7, parág. 37, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁰³ *Weßlau, StV* 1997, pp. 341-342 *Ob. Cit.* Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 7, parág. 37, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁰⁴ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 8, parág. 37, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁰⁵ *Ibidem*.

tolerar”²⁰⁶ o método de obtenção da prova”, e se o mesmo ofereceu resistência à introdução de uma sonda pelo seu nariz até ao estômago, tendo essa conduta sido ultrapassada pelo emprego de força física sobre o suspeito.

Apesar de, no caso do Tribunal da Relação de Frankfurt, e que cujos factos foram também objecto de pronúncia pelo Tribunal Regional, que considerou que não podem ser utilizadas as provas obtidas sob ameaça do uso da força, por considerar existir uma clara e manifesta desproporção entre os factos e a natureza e o método de obtenção de prova escolhido, o Tribunal da Relação de Bermen referiu que o Tribunal Regional expressamente demonstrou na sua fundamentação que o caso do suspeito que consente, sob ameaça, na colaboração com as autoridades e o caso Jalloh são diferentes, e como tal, deverão ter soluções diferentes²⁰⁷.

No Acórdão do Tribunal da Relação de Frankfurt, de 11 de Outubro de 1996, referiu-se expressamente que o artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão não permite a administração de eméticos²⁰⁸. Os factos deste Acórdão, de 11 de Outubro de 1996, respeitam à administração coactiva de uma sobredosagem de xarope de ipecacuanha e de apomorfina mediante uma sonda nasogástrica a um suspeito de tráfico de droga²⁰⁹.

O Tribunal da Relação de Frankfurt defendeu na sua fundamentação que a administração coactiva de eméticos não é legalmente admitida no Código de Processo Penal Alemão²¹⁰. O Tribunal da Relação de Frankfurt salienta que nem mesmo o artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão pode servir de fundamento para a administração de eméticos pelo uso da força²¹¹.

Em primeiro lugar, porque a administração de eméticos não constitui um exame físico, nem mesmo uma intervenção corporal efectuada por um médico para os fins especificados na norma legal referida²¹². Apesar de, em geral, se poder considerar que a busca por objectos ilícitos no suspeito, possa ser justificada pelo artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão, nestas circunstâncias específicas, o emético é utilizado não para apurar da existência ou localização do objecto ilícito, mas sim para retirar um objecto – cuja existência é incerta, sendo meramente uma desconfiança ou probabilidade de existir no suspeito – com a finalidade de o usar como prova²¹³. Esta finalidade está mais adequadamente dirigida à apreensão de objectos ilícitos nos termos e para

²⁰⁶ Foi exactamente este o conceito usado pelo Tribunal da Relação de Bermen, que considera que existe um verdadeiro dever do suspeito de crime de tráfico de droga de contribuir para com as autoridades para a obtenção de prova. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 8, parág. 37, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 8, parág. 38.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ *Ibidem*.

os efeitos dos artigos 102.º e 94.º e seguintes do Código de Processo Penal Alemão, e não aos exames físicos²¹⁴.

Em segundo lugar, o suspeito não é um objecto do procedimento criminal²¹⁵. A administração coercitiva de eméticos viola o princípio da conduta passiva do suspeito (*Grundsatz der Passivität*)²¹⁶, já que a sua finalidade é a de forçar o suspeito a contribuir activamente e contra a sua vontade, nomeadamente a regurgitar. Isto também não é permitido ao abrigo do artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão, nem é compatível com o estatuto do Arguido no processo penal.

Consequentemente, Tribunal da Relação de Frankfurt considerou que a conduta das autoridades alemãs encarregues da investigação, constitui uma interferência legalmente inadmissível contra a integridade física do suspeito, nos termos do n.º 1, 1ª parte do artigo 2.º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha²¹⁷.

Além disso, a administração coercitiva de eméticos, na ausência de qualquer fundamentação legal, viola o dever de protecção da dignidade da pessoa humana do suspeito, bem como do respeito pelos seus direitos fundamentais, conforme o n.º 1 do artigo 1.º e o n.º 1 do artigo 2.º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha²¹⁸.

O Tribunal da Relação de Frankfurt decidiu que a utilização de um método de obtenção de prova proibido e as circunstâncias do caso, compromete a validade e impede a utilização da prova assim obtida em Tribunal²¹⁹.

No caso *Jalloh vs. Alemanha*, o Requerente alegou que a forma como prova foi obtida - o uso da força contra a sua vontade, com vista à obtenção de prova do crime, a partir da colaboração coercitiva do seu corpo e contra si mesmo - bem como, a sua valoração em julgamento, violaram o seu direito à não auto-incriminação, consagrado no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos²²⁰.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos começou por aferir da relevância do conteúdo deste direito nas circunstâncias do caso *Jalloh vs. Alemanha*²²¹. Em oposição a uma confissão voluntária, está em causa a valoração de provas materiais obtidas mediante uma violação coercitiva do direito à integridade física do Requerente. O conteúdo do direito à não auto-incriminação é comumente definido pelos Estados signatários da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ *Ibidem*, pp. 8-9, parág. 38.

²²⁰ *Ibidem*, p. 24, parág. 87, *Ac. cit.*, p. 9.

²²¹ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 29, parág. 109, *Ac. cit.*, p. 9.

noutros Estados como consistindo no respeito pela vontade do suspeito em permanecer em silêncio aquando interrogatório e a não ser compelido a prestar declarações²²². O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos defende um conceito mais amplo do direito à não auto-incriminação, ao abrigo do n.º 1 do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de forma a abranger casos em que está em causa o emprego da coerção sobre o visado, para dele obter provas materiais para as autoridades²²³.

O Requerente *Jalloh* alegou também que foi violado o seu direito a um julgamento justo e equitativo consagrado no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, pela valoração em julgamento da prova obtida em resultado da administração coactiva de eméticos²²⁴. O Estado Federal da Alemanha não concordou com esta alegação²²⁵.

No prisma do Requerente, a administração coactiva de eméticos foi ilegal e consubstancia uma violação dos artigos 3.º e 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos²²⁶. A prova por este meio obtida, consistiu no único fundamento em que se baseou a sua condenação, tornando este facto por si só, injusto o procedimento criminal instaurado contra o Requerente²²⁷.

O Advogado do Requerente *Jalloh* fundamentou a sua alegação com o argumento de que o âmbito do princípio do direito à não auto incriminação não é limitado às declarações do suspeito obtidas pelas autoridades sob o uso da força, mas abrange também os objectos de prova que foram obtidos de forma coactiva²²⁸.

O Representante legal do Requerente salientou que as circunstâncias do caso em concreto são distintas do caso *Saunders vs. Reino Unido*²²⁹. No caso *Jalloh vs. Alemanha* não está em causa a recolha de amostras de sangue ou de ADN, mas sim a administração ao Requerente de substâncias químicas que provocam uma reacção do corpo anormal e involuntária para obtenção de prova²³⁰.

²²² *Ibidem*, p. 29, parág. 110.

²²³ Por exemplo, no caso *Funke vs. França* o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou que a tentativa de compelir o Requerente a disponibilizar documentos, e consequentemente fornecer as provas do crime de que vinha acusado, violava o seu direito à não auto-incriminação. Também no caso *J.B. vs. Suíça* o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos entendeu que a tentativa das autoridades de compelir o Requerente a entregar documentos que poderiam vir a provar o crime de evasão fiscal de que vinha acusado, contende com o seu direito à não auto-incriminação em sentido amplo. Cfr. Caso *Funke vs. França*, § 44, de 25 de Fevereiro de 1993, Série A n.º 256-A. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 29, parág. 111 e Caso *J.B. vs. Suíça*, n.º 31827/96, §§ 63-71, *In*, Relatórios TEDH 2001-III. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 30, parág. 111, *Ac. cit.*, p. 9.

²²⁴ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 24, parág. 90, *Ac. cit.*, p. 9.

²²⁵ *Ibidem*, p. 24, parág. 88.

²²⁶ *Ibidem*, p. 24, parág. 89.

²²⁷ *Ibidem*.

²²⁸ *Ibidem*, p. 24, parág. 90.

²²⁹ Caso *Saunders vs. Reino Unido*, de 17 de Dezembro de 1996, *In*, Relatórios TEDH 1996-VI. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 24, parág. 90, *Ac. cit.*, p. 9.

²³⁰ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 24, parág. 90, *Ac. cit.*, p. 9.

Além disso, para fazer face à recusa do Requerente em tomar os eméticos voluntariamente foi empregue sobre ele um uso da força excessivo²³¹. Desta forma, a prova deste modo obtida, não existiria de forma autónoma e independentemente da vontade do Requerente, tendo este sido obrigado a contribuir de uma forma activa para a sua própria condenação²³². Por esta razão, a administração de eméticos ao Requerente é análoga aos casos de administração de um “soro da verdade” com vista à obtenção de uma confissão, prática esta que é expressamente proibida pelo artigo 136a do Código de Processo Penal Alemão²³³.

No prisma do Estado Federal da Alemanha, a administração coactiva de eméticos ao Requerente não contende com o artigo 3.º, nem com o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos²³⁴. Como tal, no entendimento do Estado Federal da Alemanha, a utilização da bolota de droga obtida, como prova no procedimento criminal contra o Requerente, não tornou o seu julgamento injusto²³⁵.

O Estado Federal da Alemanha alegou que a prova obtida era imprescindível para determinar a natureza exacta, a quantidade e o tipo de droga que estava a ser vendida pelo Requerente, tendo sido um factor crucial que foi determinante na decisão de condenação do Requerente²³⁶.

Defendeu ainda, o Estado Federal da Alemanha, que o direito à não auto-incriminação apenas proíbe a coacção do suspeito a agir contra a sua vontade²³⁷. Ora, a provocação da regurgitação do visado, apenas se traduz numa mera reacção involuntária do corpo que não é controlada pela sua vontade, não violando o direito à não auto-incriminação porque o Requerente não foi obrigado a contribuir activamente para a obtenção de prova contra si mesmo²³⁸. Na perspectiva do Estado Federal da Alemanha, a recusa do suspeito em tomar os eméticos voluntariamente não pode relevar para efeitos da delimitação do conteúdo do direito à não auto-incriminação, caso contrário, também teria de ser contestada a validade da prova que consistiu na obtenção de amostras de sangue contra a vontade do suspeito, ou em buscas domiciliárias sem o seu consentimento, que seriam, nesta lógica, também proibidas²³⁹. No entendimento do Estado Federal da Alemanha, todos estes exemplos têm em comum serem métodos de obtenção de prova que

²³¹ *Ibidem*.

²³² *Ibidem*.

²³³ *Vide*, Tribunal (Central) da Relação de Frankfurt de 11 Outubro de 1996. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 24, parág. 90, *Ac. cit.*, p. 9.

²³⁴ *Ibidem*, p. 25, parág. 91.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ *Ibidem*, p. 25, parág. 92.

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ *Ibidem*.

permitem contornar a tentativa do suspeito de ocultar provas, sendo imprescindíveis à investigação²⁴⁰.

O Estado Federal da Alemanha argumentou também que, se no caso *Saunders vs. Reino Unido*²⁴¹ foi julgada admissível e passível de consideração em julgamento, células ou fluidos corporais ou como meio de prova, então por um argumento *a fortiori*, a droga obtida pela administração coactiva de eméticos também tem de ser um meio de prova válido, até porque consiste num objecto autónomo e externo que não faz parte integrante do corpo do visado²⁴².

O Estado Federal da Alemanha, acrescentou ainda, que o Requerente apenas teve de suportar de forma passiva a administração de eméticos, situação que não pode ser análoga à administração ao visado de um “soro da verdade”, a qual é proibida pelo artigo 136a do Código de Processo Penal Alemão, por contrariar a vontade do suspeito de não prestar declarações, no exercício do seu direito ao silêncio²⁴³.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos reiterou que a sua função, nos termos do artigo 19.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, é a de garantir a observância dos compromissos assumidos pelos Estados Contratantes²⁴⁴. Ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos compete averiguar se o Requerente teve um procedimento penal justo e equitativo, tendo em consideração o procedimento penal como um todo, incluindo a forma como a prova foi obtida²⁴⁵. Isto implica que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos se debruce sobre a eventual ilegalidade da questão observando as normas de direito interno do Estado respectivo, e se houver alguma violação de algum outro direito, liberdade ou garantia consagrado na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, aferir a natureza e a gravidade da violação²⁴⁶.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ Caso *Saunders vs. Reino Unido*, de 17 de Dezembro de 1996, *In*, Relatórios TEDH 1996-VI. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 24, parág. 90, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁴² Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 25, parág. 93, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ Em particular, não compete ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos julgar erros de facto ou de direito alegadamente cometidos por um Tribunal nacional, excepto se a respectiva decisão contender com os direitos, liberdades e garantias consagrados na Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Embora o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos consagre o direito a um julgamento justo e equitativo, nada regula em matéria dos requisitos da admissibilidade da prova, sendo normalmente uma temática a ser regulada, primariamente, pela legislação interna dos Estados. Como tal, em princípio, não é a função do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos determinar se determinados meios de prova, por exemplo, se prova obtida de forma ilegal ao abrigo da lei interna do Estado é admissível, ou se o Requerente é culpado ou não. *Vide*, o caso *Schenk vs. Suíça* de 12 de Julho, 1988, §§ 45-46, Série A n.º 140, e Teixeira de Castro vs. Portugal, de 9 de Junho 1998, § 34, *In*, Relatórios 1998-IV. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 25 parág. 94, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁴⁵ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 25 e 26 parág. 95, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁴⁶ *Vide*, o caso *Khan vs. Reino Unido*, n.º 35394/97, § 34, TEDH 2000-V; *P.G.e J.H. vs. Reino Unido*, n.º 44787/98, § 76, TEDH 2001-IX; e *Allan vs. Reino Unido*, n.º 48539/99, § 42, TEDH 2002-IX. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 26 parág. 95, *Ac. cit.*, p. 9.

Para determinar se o procedimento penal foi justo e equitativo como um todo, é também necessário aferir se foram respeitados os direitos de defesa do Requerente. Nomeadamente, tem que ser verificado se foi dada ao Requerente a oportunidade de contestar a autenticidade das provas contra ele apresentadas e de se opor à sua valoração em julgamento²⁴⁷.

Além disso, tem de ser tida em consideração o tipo e a qualidade da prova apresentada, nomeadamente, se as circunstâncias em que foram obtidas colocam em causa a sua credibilidade, fiabilidade, precisão e rigor²⁴⁸. Nos casos em que a prova obtida é única, não sendo acompanhada de nenhum outro meio de prova, não se levanta a questão da equidade, por outro lado quando a prova tem um valor inequívoco de uma forte fiabilidade e precisão, é menor a necessidade de ser acompanhada de outro meio de prova²⁴⁹.

Os pressupostos gerais para averiguar se foi respeitado o direito à equidade, num determinado caso concreto, estão consagrados no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e são aplicáveis a qualquer procedimento penal, independentemente do tipo de crime em causa²⁵⁰. No entanto, para determinar se o procedimento penal, no seu todo, foi equitativo, há que ter em conta um conjunto de factores como o peso do interesse público na investigação; a gravidade da pena no crime em causa; e o interesse do suspeito em que as provas contra ele sejam obtidas nos termos e nos limites da lei²⁵¹. Contudo, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos salientou expressamente que a prossecução do interesse público não pode servir de justificação para a adopção de medidas que extingam a essência dos direitos de defesa do Requerente, incluindo o seu direito à não auto-incriminação consagrado no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos²⁵².

No que respeita à valoração da prova obtida, em violação do direito ao silêncio e do direito à não auto-incriminação, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considera que estes são princípios basilares internacionalmente reconhecidos, os quais constituem a essência do conceito do direito a um processo penal justo e equitativo, ao abrigo do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos²⁵³. A *ratio* que preside a estes princípios acima referidos, é sobretudo a de proteger o suspeito de qualquer tentação ou impulso que as autoridades tenham de o coagir, por qualquer meio, num determinado sentido procurando, desta forma, evitar a formação de um erro judiciário, indo de

²⁴⁷ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 26, parág. 96, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ *Vide*, o caso *Khan vs. Reino Unido*, n.º 35394/97, § 35 e 37, TEDH 2000-V; ; e *Allan vs. Reino Unido*, n.º 48539/99, § 43, TEDH 2002-IX. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 26 parág. 96, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 26, parág. 97.

²⁵¹ *Ibidem*.

²⁵² *Vide*, o caso *Heaney e McGuinness vs. Irlanda*, n.º 34720/97, §§ 57-58, TEDH 2000-XII. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 26, parág. 97, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁵³ *Ibidem*, p. 27, parág. 100.

encontro aos interesses que o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos visa salvaguardar²⁵⁴. A consagração do direito à não auto-incriminação tem como finalidade levar a que as autoridades investiguem e obtenham provas sem recorrer a métodos de coacção sobre o suspeito, de forma a contornar a sua vontade²⁵⁵.

Para aferir se um determinado procedimento penal violou a essência do direito à não auto-incriminação, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos atende a um conjunto de elementos: a natureza e o grau da coacção, a existência de uma salvaguarda ou garantia relevante de defesa quanto à realização dos procedimentos e a utilização que é feita do material assim obtido²⁵⁶.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos entende que o conteúdo essencial do direito à não auto-incriminação consiste primordialmente no respeito pela vontade do suspeito em permanecer em silêncio²⁵⁷. Conforme tem sido comumente entendido nos ordenamentos jurídicos dos Estados signatários da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, bem como noutros Estados, não podem ser utilizados no processo penal meios de prova que tenham sido obtidos mediante o uso da força contra o suspeito, a menos que tenham uma existência independente da vontade do visado, tais como documentos obtidos ao abrigo de um mandato, o sopro, a voz ou amostras de sangue, urina, ou cabelo e tecidos corporais para efeitos de testes de ADN²⁵⁸.

Ao mesmo tempo, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos prossegue a sua fundamentação para a determinação da existência ou não de uma violação do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, para se pronunciar acerca do argumento do Requerente de que a forma como a prova foi obtida, bem como a sua valoração em julgamento violou o seu direito à não auto-incriminação²⁵⁹.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos citou o Supremo Tribunal de Justiça Americano, no caso *Rochin vs. Califórnia*, quando considera que sujeitar o suspeito a este tipo de tratamento para obtenção de prova, ultrapassa em larga medida, qualquer desejo “altruísta” de combate à

²⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵ *Vide*, o caso *Saunders vs. Reino Unido* de 17 de Dezembro de 1996 § 68, *In*, Relatórios TEDH 1996-VI; *Heaney e McGuinness vs. Irlanda*, n.º 34720/97, § 40, *In*, Relatórios TEDH 2000-XII; *J.B. vs. Suíça*, n.º 31827/96, § 64, *In*, Relatórios TEDH 2001-III; e *Allan vs. Reino Unido*, n.º 48539/99, § 44, TEDH 2002-IX. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 27, parág. 100, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁵⁶ A este respeito, o caso *Tirado Ortiz e Lozano Martin vs. Espanha*, n.º 43486/98, *In*, Relatórios TEDH, 1999-V; *Heaney e McGuinness vs. Irlanda*, n.º 34720/97, §§ 51-55, *In*, Relatórios TEDH 2000-XII; e *Allan vs. Reino Unido*, n.º 48539/99, § 44, TEDH 2002-IX. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 27, parág. 101, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 27, parág. 102.

²⁵⁸ *Vide*, o caso *Saunders vs. Reino Unido* de 17 de Dezembro de 1996 § 69, *In*, Relatórios TEDH 1996-VI; *Choudhary vs. Reino Unido* n.º 40084/98 de 4 de Maio de 1999; *J.B. vs. Suíça*, n.º 31827/96, § 68, *In*, Relatórios TEDH 2001-III; *P.G. e J.H. vs. Reino Unido* n.º 44787/98, § 80, *In*, Relatórios TEDH 2001-IX. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, pp. 27 e 28, parág. 102, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁵⁹ *Ibidem*.

criminalidade. Traduz-se, na verdade, num comportamento de combate ao crime demasiado vigoroso por parte das autoridades²⁶⁰.

É que apesar da Convenção Europeia dos Direitos Humanos não consagrar um normativo específico em matéria de admissibilidade da prova, a qual deverá ser primariamente regulada pelo direito interno dos Estados, a utilização de um método de obtenção de prova que viole a proibição absoluta consagrada no artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, torna por si só, o julgamento injusto, mesmo que a prova assim obtida não tenha sido decisiva para a condenação, porque a forma como foi obtida poderá com toda a probabilidade ter adulterado o resultado, pelo que, compromete a confiança com que qualquer prova se deve revestir para se dela extrair uma convicção num determinado sentido. Assim como nos casos em que a confissão da prática do crime é obtida de forma coactiva, a sujeição de um suspeito a tratamentos desumanos ou degradantes para obtenção de prova, também ofende os valores fundamentais de um Estado de Direito, da equidade e da justiça do processo penal, e são estas as razões que por si, obstam à utilização e valoração da prova assim obtida²⁶¹.

4.6. A Qualificação da Intervenção Corporal Não Consentida como Tortura ou Tratamento Desumano ou Degradante.

O n.º 1 do artigo 1.º da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, consagra o conceito de tortura como qualquer acto, coacção ou intimidação que cause dor ou sofrimento intenso, com a intenção de obter informações ou uma confissão, praticado por uma autoridade pública²⁶².

²⁶⁰ *Ibidem*.

²⁶¹ Neste ponto, BRATZA um dos Juízes do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que compunha o colectivo no caso *Jalloh vs. Alemanha*, salienta que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou existir uma violação do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, com o principal fundamento de que a utilização e valoração como prova da droga que foi obtida, em violação do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, torna por si só o julgamento injusto. Cfr. Declaração de Voto do Juiz Nicolas Bratza, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 37, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁶² Consagra o n.º 1 do artigo 1.º da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aprovada pela Resolução nº 39/46 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de Dezembro de 1984:

““Para os efeitos da presente Convenção, o conceito “tortura” abrange qualquer acto que cause dor aguda ou sofrimento intenso, físico ou psíquico, e que seja infligido com a intenção de obter da pessoa ou de terceiro, informações ou uma confissão, ou como forma de punir qualquer acto que a própria pessoa ou terceiro tenha cometido, ou de que seja suspeito de ter cometido, ou qualquer acto de intimidação, coacção do próprio ou de terceiro, ou por qualquer outra razão discriminatória de qualquer tipo, quando o acto de causar dor intensa ou sofrimento seja infligido ou ordenado com o consentimento ou com a aquiescência de uma autoridade pública, ou de qualquer pessoa que haja no exercício de poderes públicos. Não abrange a dor ou sofrimento emergente, inerente ou incidental a sanções legítimas.”

Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 11, parág. 48, *Ac. cit.*, p. 9.

Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cat.pdf>.

Qualquer meio de prova que tenha sido obtido sob tortura, não poderá, em caso algum, ser válido para efeitos de procedimento criminal, excepto contra a pessoa acusada de torturar, como prova dos seus actos, nos termos do artigo 15.º da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes²⁶³. Os Estados têm a obrigação de proceder a uma investigação imediata e imparcial, quando haja motivos razoáveis para crer que foram levados a cabo actos de tortura contra pessoa detida, sob a sua jurisdição, segundo o disposto no artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes²⁶⁴.

Em nenhum momento do processo foi dada a oportunidade ao Requerente *Jalloh*, para poder reclamar os danos não patrimoniais, pela dor e sofrimento intenso a que foi sujeito, devido ao facto de ele nunca ter sido considerado como uma vítima, pelos Tribunais Alemães. Só no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos foi colocada a questão neste prisma.

O Requerente *Jalloh* alegou ter sido submetido a um tratamento desumano e degradante por ter sido obrigado, sob o uso da força, a suportar a administração de eméticos²⁶⁵, em violação do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos²⁶⁶.

O Advogado de defesa do Requerente *Jalloh* alegou que a administração de eméticos, de forma coactiva, constitui uma grave violação do seu direito à integridade física, pondo em risco a sua saúde, e até mesmo a sua vida, porque os eméticos usados – o xarope de ipecacuanha e apomorfina – são susceptíveis de causar efeitos secundários fatais²⁶⁷. A introdução de uma sonda nasogástrica pelo nariz do suspeito que não estava a cooperar com as autoridades, é susceptível de causar lesões no nariz, garganta e no esófago e até mesmo levar ao rebentamento de uma das bolotas

²⁶³ Consagra o artigo 15.º da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes:

“Cada Estado signatário deverá assegurar que qualquer declaração que tenha sido feita sob tortura, não poderá, em caso algum, ser um meio de prova válido para efeitos de procedimento criminal, excepto contra a pessoa acusada de torturar, como prova da finalidade dos seus actos.”

Cfr. Acórdão *Jalloh* vs. Alemanha, p. 12, parág. 48, *Ac. cit.*, p. 9.

Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cat.pdf>.

²⁶⁴ Consagra o artigo 12.º da Convenção das Nações Unidas Contra a e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes:

“Os Estados Signatários deverão tomar medidas para que existam mecanismos de investigação imparcial, eficaz e imediata perante a existência de indícios sérios de que foi cometido um acto de tortura num território da área da sua jurisdição.”

Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cat.pdf>.

²⁶⁵ Acórdão *Jalloh* vs. Alemanha, p. 15, parág. 56, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁶⁶ Consagra o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos:

“Artigo 3 – Proibição da tortura

Ninguém poderá ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.”

Cfr. Tradução de CABRAL BARRETO, Ireneu, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem - Anotada...*, p. 91, *ob. cit.* p. 22.

²⁶⁷ Acórdão *Jalloh* vs. Alemanha, p. 16, parág. 58, *Ac. cit.*, p. 9.

de droga no estômago. Estes riscos são confirmados pelo facto de este procedimento ter causado a morte de dois suspeitos na Alemanha²⁶⁸. O Advogado de defesa do Requerente *Jalloh* salientou que a grande maioria dos estados membros do Conselho da Europa, bem como os Estados Unidos, consideram este método de obtenção de prova legalmente inadmissível²⁶⁹.

Além disso, alegou o Advogado de defesa do Requerente *Jalloh*, que a violação do direito à integridade física do Requerente não pode ser justificada por razões de carácter médico, nomeadamente, porque a medida em si mesma cria um risco de saúde e de vida para o Requerente, aumentando o perigo de o suspeito sofrer uma overdose causada pelo rebentamento das bolotas que continham a droga e que foram engolidas²⁷⁰. Nestes termos, de acordo com a alegação do Advogado de defesa do Requerente, a oposição expressa do suspeito, em sujeitar-se a determinado procedimento médico, tem de ser respeitada ao abrigo do seu direito à auto-determinação, ou não se estaria num estado de direito²⁷¹.

O Requerente alegou ainda que o método escolhido para a administração de eméticos foi muito intimidante e humilhante, sendo violador do princípio da dignidade da pessoa humana²⁷². Foi violenta a forma como foi forçado a submeter-se a um procedimento médico de elevado risco, para a sua saúde e para a sua vida, tendo o Requerente passado momentos agonizantes²⁷³. O tratamento ao qual foi submetido foi, de tal forma, desumano e humilhante que chegou ao ponto de o Requerente ter de regurgitar em frente a vários agentes da polícia²⁷⁴. Enquanto esteve detido, o Requerente sentiu-se indefeso perante as autoridades²⁷⁵. Além disso, o Requerente salientou que, em momento algum, lhe foi perguntado acerca do seu historial médico, ou se tinha algum problema da saúde ou alergia que tivesse conhecimento²⁷⁶. Antes da introdução da sonda nasogástrica não lhe foi feito qualquer exame para averiguar o seu estado de saúde²⁷⁷. Foram também preteridos os cuidados médicos e a supervisão necessária ao Requerente no momento posterior à sua submissão a este procedimento de obtenção de prova²⁷⁸. O Requerente sofreu lesões no estômago derivadas da colocação coactiva da sonda nasogástrica, as quais foram comprovadas numa endoscopia feitas no

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ *Ibidem*.

²⁷² *Ibidem*, p. 16, parág. 59.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ *Ibidem*.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 16, parág. 60.

²⁷⁷ *Ibidem*.

²⁷⁸ *Ibidem*.

hospital da prisão²⁷⁹. O Requerente foi sujeito a um intenso sofrimento físico e psicológico quer durante a colocação da sonda gástrica, quer pelo efeito desencadeado pelos eméticos²⁸⁰.

O Estado Federal da Alemanha alegou que não existe qualquer prova de que o Requerente sofreu quaisquer lesões temporárias nem permanentes causadas pelo procedimento de administração de eméticos pela sonda nasogástrica.²⁸¹ De acordo com o Estado Federal da Alemanha, o Requerente apenas terá ficado cansado durante várias horas após a realização do procedimento²⁸². O Estado Federal da Alemanha alegou que este cansaço foi causado pelos efeitos secundários da apomorfina que lhe foi administrada, bem como, pelo comportamento de resistência que o Requerente apresentou no decorrer do procedimento²⁸³.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos salientou que o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos consagra um dos valores mais importantes e basilares de uma sociedade democrática²⁸⁴.

Se a prova foi obtida em violação do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, ainda que a valoração de tal prova não tenha sido decisiva e determinante na decisão condenação do Requerente, leva necessariamente à afectação do direito a um julgamento justo e equitativo, nos termos do n.º 1 do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos²⁸⁵.

Até nas circunstâncias mais desafiantes para os Estados como o combate contra o terrorismo e o crime organizado, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos consagra uma proibição absoluta às autoridades de recorrerem à tortura, a tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, seja qual for a conduta do visado²⁸⁶. Ao contrário da maioria das normas da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, não consagra qualquer excepção a esta proibição, nem permite a sua derrogação, em caso algum, nem mesmo ao abrigo do n.º 2 do artigo 15.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos²⁸⁷, em caso de estado de emergência em que a vida dos cidadãos esteja em risco²⁸⁸.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 16, parág. 61.

²⁸⁰ *Ibidem*.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 17, parág. 66.

²⁸² *Ibidem*.

²⁸³ Além disso, alegou o Estado Federal da Alemanha que em nenhum dos processos instaurados na jurisdição alemã o Requerente *Jalloh* alegou ter sofrido lesões permanentes de saúde causadas pelo procedimento de obtenção de prova escolhido. Apenas o faz perante o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, sem ter apresentado qualquer prova documental das suas alegações. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, pp. 17 e 18, parág. 66, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁸⁴ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 27, parág. 99, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁸⁵ *Vide*, o caso *İçöz vs. Turquia* n.º 54919/00, de 9 de Janeiro de 2003, e *Koç vs. Turquia*, n.º 32580/96, de 23 de Setembro de 2003. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 27, parág. 99, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁸⁶ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 27, parág. 99, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁸⁷ Consagram os n.ºs 2 e 3 do artigo 15.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos:

“Artigo 15 – Derrogação em caso de estado de necessidade

De acordo com a Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, os maus-tratos ao Requerente têm de assumir um mínimo de gravidade²⁸⁹ para estarem abrangidos pela previsão do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. A densificação do conceito mínimo de gravidade é relativo, dependendo das circunstâncias do caso, tais como, o tempo de duração em que se infligiu determinado tratamento ao visado, os efeitos físicos e psicológicos de tal intervenção no visado, e em alguns casos releva o sexo, a idade, e o estado de saúde da vítima²⁹⁰.

Além disso, de acordo com a Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos as alegações de maus-tratos têm de ser acompanhadas de prova documental adequada.²⁹¹ Para a apreciação desta prova, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos utiliza o critério de que a prova dos factos alegados tem de ter uma força acima de qualquer dúvida razoável²⁹². Além disso, a prova pode ser extraída de um conjunto de inferências lógicas sobre factos certos que são claros, determinados e que confluem num determinado sentido, sem contradições, ou de presunções inilidíveis inferidas de determinados factos²⁹³.

1 – Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional.

2 – A disposição precedente não autoriza nenhuma derrogação ao artigo 2.º, salvo quanto ao caso de morte resultante de actos ilícitos de guerra, nem aos artigos 3.º, 4.º (parágrafo 1) e 7.º.

(...)”

Cfr. Tradução de CABRAL BARRETO, Ireneu, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – Anotada...*, p. 320, *ob. cit.* p. 22.

²⁸⁸ Vide, o caso *Chahal vs. Reino Unido*, de 15 de Novembro de 1996, § 79, *In*, Relatórios TEDH 1996-V, e *Selmouni vs. França*, n.º 25803/94, § 95, *In*, Relatórios TEDH 1999-V. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 27, parág. 99, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 18, parág. 67.

²⁹⁰ Como por exemplo, o caso *Price vs. Reino Unido*, n.º 33394/96, § 24, TEDH 2001-VII; *Moussel vs. França*, n.º 67263/01, § 37, TEDH 2002-IX; e *Naumenko vs. Ucrânia*, n.º 42023/98, § 108, 10 Fevereiro, 2004. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 18, parág. 67, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁹¹ Vide, o caso *Klaas vs. Alemanha* de 22 Setembro de 1993, § 30, Série A n.º 269. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 18, parág. 67, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁹² O termo original colocado no Acórdão é o critério “*beyond reasonable doubt*”. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 18, parág. 67, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁹³ Como por exemplo, o caso *Irlanda vs. Reino Unido*, 18 Janeiro de 1978, § 161 *in fine*, Série A n.º 25, e *Labita vs. Itália [GC]*, n.º 26772/95, § 121, TEDH 2000-IV. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 18, parág. 67, *Ac. cit.*, p. 9.

WILDHABER e CAFLISCH dois dos Juízes do TEDH que compunha o colectivo no caso *Jalloh vs. Alemanha*, perfilham o entendimento de que o comportamento das autoridades alemãs não se qualifica como um tratamento desumano e degradante e, conseqüentemente, que não houve uma violação do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Apesar de concordarem com os critérios elencados pelo TEDH para aferir se um determinado comportamento das autoridades se qualifica como tratamento desumano ou degradante, consideram que foram incorrectamente aplicados ao caso *Jalloh vs. Alemanha*. De acordo com WILDHABER e CAFLISCH, ao contrário do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a previsão do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos abrange a tortura, como os maus-tratos a ela análogos. O artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos abrange tratamentos infligidos com a finalidade de punir o visado ou fazê-lo confessar a prática de um crime. Segundo WILDHABER e CAFLISCH, o caso *Jalloh vs. Alemanha* não se enquadra na definição de tortura que se encontra no artigo 1.º da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes porque estava em causa um suspeito que estava a tentar ocultar as provas do crime, engolindo-as. Esta tentativa não podia ser frustrada sem recorrer ao uso da força.

O Juiz ZUPANČIČ, um dos Juízes do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que compunha o colectivo no caso *Jalloh vs. Alemanha*, qualifica o caso *Jalloh* como um caso clássico de tortura *stricto sensu*, considerando que o comportamento chocante e censurável das autoridades alemãs contamina a confiança na prova assim obtida²⁹⁴. ZUPANČIČ defende que a conclusão pela não admissibilidade da prova não se funda na tortura *per se*. O processo judicial existe para uma resolução pacífica e civilizada dos conflitos, sendo o seu objectivo substituir e evitar o emprego de qualquer acto de violência que contenda com os valores fundamentais de um estado de direito, como *o nemo tenetur seipsum prodere*²⁹⁵.

POSNER defende que é incorrecta a procura de uma definição de um limiar ou conceito objectivo de lesão, em consequência de tortura ou de tratamentos desumanos ou degradantes, porque na prática, seria reduzir o âmbito de protecção da Convenção Europeia dos Direitos Humanos a

No prisma destes Juízes, a finalidade do uso da força sobre o Requerente é diferente da finalidade a que se refere o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, pelo que não está abrangido pela proibição deste artigo. WILDHABER e CAFLISCH, salientam que o uso da força poderia ter sido evitado pelo Requerente se tivesse colaborado com as autoridades, tomando voluntariamente os eméticos.

Face ao argumento adoptado pela maioria do colectivo de Juízes do TEDH no sentido de que, previamente à administração coerciva de eméticos deveriam ter sido realizados exames médicos prévios, uma anamnese completa, devendo as autoridades alemãs ter feito uma avaliação rigorosa dos riscos de saúde para o suspeito inerentes à opção por esse procedimento coercivo, os Juízes WILDHABER e CAFLISCH consideram que era inexigível às autoridades alemãs tal exigência porque no caso concreto, o Requerente não sabia falar alemão, e o seu inglês era muito fraco, apresentando consistentemente uma relutância em cooperar com as autoridades, razão pela qual segundo WILDHABER e CAFLISCH era legítima uma anamnese parcial, a única facticamente possível por um lado, para assegurar a prova, e por outro lado, para minimizar os riscos de saúde de um eventual rebentamento das bolotas de droga no estômago do Requerente. WILDHABER e CAFLISCH defendem que as autoridades alemãs tiveram o cuidado de minimizar os riscos para a saúde, enquanto que o Requerente *Jalloh*, “ao enveredar pelo caminho da criminalidade, nomeadamente o tráfico de droga, mostra não ter muita consideração pela saúde dos outros”. Cfr. Declaração de Voto dos Juízes Luzius Wildhaber e Lucius Caflisch, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 46, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁹⁴ Para ZUPANČIČ a tortura é uma forma agravada de tratamento desumano ou degradante. A determinação do grau de gravidade e da qualificação como tratamento desumano ou degradante ou tortura, em cada caso concreto, é uma questão de facto que tem de ser determinada pelo tribunal da jurisdição penal onde decorre o processo crime, em que se discute a admissibilidade da prova. No caso concreto, há que verificar se o procedimento em causa originou dor aguda ou sofrimento intenso ou não atinge esse patamar.

ZUPANČIČ considera que a tortura é um *delictum proprium* que é levado a cabo por uma autoridade pública, ou por outra pessoa no exercício de poderes públicos. Para que um acto seja qualificado com tortura, exige um elemento volitivo, ou seja, tem de ser intencional (*dolus specialis*), com a finalidade ou aquiescência não só de infligir dor aguda ou sofrimento intenso, mas também de obter da pessoa ou de terceiro, informações ou uma confissão, ou como forma de punir qualquer acto que a própria pessoa ou terceiro tenha cometido, ou de que seja suspeito de ter cometido, ou qualquer acto de intimidação, coacção do próprio ou de terceiro, ou por qualquer outra razão discriminatória. Pode incluir também situações em que existe uma aquiescência por parte das autoridades públicas, abrangendo o elemento volitivo no seu mínimo (*dolus eventualis*), por exemplo quando o chefe da polícia responsável por uma determinada esquadra, tem conhecimento que os seus subordinados estão a perpetrar actos de tortura. Além disso, a tortura é um crime de resultado, porque não se verifica se não for em consequência de um comportamento de autoridades públicas, causando dor aguda ou sofrimento intenso. Cfr. Declaração de Voto do Juiz Boštjan M. Zupančič, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 40, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁹⁵ *Ibidem*.

lesões que fossem visíveis num raio-x, em dentes partidos ou em falta, ou numa aparência física debilitada²⁹⁶.

Isso levaria a que ficassem imunes outros actos de tortura e de tratamentos desumanos e degradantes cujas consequências embora não visíveis, são susceptíveis de infligir no visado uma dor considerável e prolongada, sem deixar quaisquer vestígios no corpo da vítima. Por exemplo, sujeitar o visado a uma simulação de afogamento, ou a choques eléctricos, causam uma agonia à vítima, e não deixam marcas visíveis. Seria por isso errado adoptar um conceito objectivo e determinado de lesão corporal, como pressuposto da qualificação como tortura ou de um tratamento desumano ou degradante, porque isso seria legitimar o Estado a infligir sofrimento aos detidos como bem entendesse, desde que não deixasse marcas no seu corpo²⁹⁷.

De acordo com a ciência médica, o limiar subjectivo da dor pode variar de pessoa para pessoa. Acresce ainda que o nível de intervenção corporal do procedimento não é decisivo. Por exemplo, durante a 2ª Guerra Mundial era uma prática de tortura japonesa, deixar cair, em curtos lapsos de tempo simétricos, uma gota de água na cabeça rapada do visado, durante horas. Apesar de aparentemente não parecer intrusivo, na verdade causa à vítima um sofrimento intenso. ZUPANČIČ cita MANFRED NOWAK, o relator das Nações Unidas contra a Tortura, que acerca da denúncia de as autoridades procederem à alimentação coactiva dos prisioneiros em Guantánamo, afirmou que “a serem verdade estas alegações, este facto corresponde a uma nova forma de tratamento cruel. Ora, se um dos maiores especialistas do mundo em direitos humanos qualifica a alimentação coactiva como um tratamento cruel, ZUPANČIČ argumenta que, por maioria da razão, provocar a regurgitação também se qualifica como um tratamento cruel²⁹⁸. Por esta razão, ZUPANČIČ defende que o caso

²⁹⁶ O Juiz POSNER fez parte do colectivo de Juízes no caso *Cooper vs. Casey*, número de processo 97 F3d 914, 917 (17º Círculo, 1996) e no caso *Thomas vs. Farley*, número de processo 31 F3d 557, 559 (17º Círculo, 1994). Cfr. Declaração de Voto do Juiz Boštjan M. Zupančič, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 40, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁹⁷ Cfr. EASTERBROOK que fez parte do colectivo de Juízes no caso *Williams vs. Boles*, número de processo 841 F2d 181, 183 (17º Círculo, 1988). Cfr. Declaração de Voto do Juiz Boštjan M. Zupančič, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 40, *Ac. cit.*, p. 6. Além disso, a dor intensa e prolongada pode ser apenas psicológica, causando agonia ao visado enquanto ocorre e não deixar ferimentos físicos visíveis.

²⁹⁸ Para ZUPANČIČ a diferença fundamental estes dois procedimentos, é que em princípio presume-se que a alimentação coactiva é feita no interesse da pessoa visada, para salvaguardar a sua saúde. O mesmo já não se pode dizer da regurgitação provocada, apesar de algumas argumentações pouco conseguidas em sentido contrário.

A finalidade de provocar a regurgitação é a de obter prova. Enquanto que a alimentação coactiva introduz nutrientes ao organismo do visado, a sonda nasogástrica visa introduzir um emético no organismo. A consequência da alimentação coactiva é a restauração nutricional do visado para fazer face à deterioração da sua saúde causada pela sua relutância em se alimentar voluntariamente. As consequências de provocar a regurgitação são o vômito compulsivo involuntário e por vezes, a morte do visado.

O procedimento de alimentação coactiva pode causar uma sensação de ansiedade ao visado, mas apenas causada pelo suportar a inserção da sonda, cuja substância nutritiva que visa administrar não apresenta qualquer risco de saúde para o visado. O mesmo já não se pode dizer do procedimento de administrar eméticos por uma sonda nasogástrica para provocar a regurgitação porque o nível e a gravidade da ansiedade que o visado sente é consideravelmente maior, tendo um receio justificado, por saber ser um procedimento que já levou à morte de duas pessoas, e através do qual se pretende

Jalloh vs. Alemanha é um caso de tortura pela gravidade e o nível elevado de dor e sofrimento a que o Requerente foi sujeito²⁹⁹.

ZUPANČIČ salienta que excepto em casos extremos de tratamentos desumanos ou degradantes por parte das autoridades, é impossível chegar a um conceito genérico e fechado que abarque todas as condutas possíveis³⁰⁰. Daí ser extremamente importante que os Estados signatários da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, coloquem nos seus ordenamentos jurídicos internos o tipo incriminador nos exactos termos em que se encontra consagrado no artigo 1.º da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Não obstante a Alemanha ter sido alertada para tal, por diversas vezes, pelo Comité das Nações Unidas contra a Tortura, o legislador interno alemão ficou inerte nesta matéria. Perante a qualificação por parte do Tribunal de um determinado acto como tortura ou tratamento desumano e degradante, as suas consequências físicas e psicológicas para o visado constituem os factos para a condenação de quem perpetuou esses actos, com o contributo do depoimento da vítima. A definição de tortura consagrada no artigo 1.º da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, não pretende apenas servir de prevenção, à prática desse tipo de comportamentos por parte das autoridades e de obstar ao resultado da sua utilização como meio de prova. O conceito de tortura consagrado no artigo 1.º tem ainda a finalidade de punir aqueles que adoptaram esses métodos e sujeitaram a vítima a tais tratamentos cruéis, desumanos e degradantes³⁰¹.

No caso *Jalloh vs. Alemanha*, assim como em casos análogos, pertence ao Estado o ónus de provar que o visado, não obstante ter sido obrigado a estar imobilizado por vários agentes da polícia durante um procedimento intrusivo e traumatizante, que ainda assim possuía resistência tal, quer do ponto de vista físico, quer psicológico. O Estado tem de provar que o visado detinha um sistema nervoso suficientemente estável de tal forma que suportasse a dor e o procedimento para provocar regurgitação, sem sentir qualquer ansiedade, angústia, medo ou dor, bem como, a capacidade de suportar as sequelas físicas permanentes em consequência directa do procedimento. Houve uma

obter prova contra si. ZUPANČIČ salienta que apesar de a alimentação coactiva não ter a finalidade específica de torturar o visado, não deixa de poder substanciar um tratamento desumano e degradante. Já a finalidade ardilosa que preside ao procedimento de provocar a regurgitação implica uma motivação subjectiva da autoridade que perpetua esta conduta, o que levanta sérias objecções de consciência. Cfr. Declaração de Voto do Juiz Boštjan M. Zupančič, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, pp. 39-41, *Ac. cit.*, p. 9.

²⁹⁹ ZUPANČIČ defende que o que está em causa não é saber, se em geral, a provocação da regurgitação produz uma dor aguda e um sofrimento intenso, mas sim, se no caso concreto, tal dor e sofrimento se verificaram de facto. Cfr. Declaração de Voto do Juiz Boštjan M. Zupančič, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 42, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁰⁰ Cfr. Declaração de Voto do Juiz Boštjan M. Zupančič, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, pp. 39-41, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁰¹ *Ibidem*, pp. 41-42.

ausência de provas neste sentido por parte do Estado Federal da Alemanha, pelo que, se presume que as autoridades alemãs não podiam deixar de conhecer que os seus actos iriam ter consequências.

É qualificável pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos como tratamento desumano quando o mesmo é premeditado, de longa duração, causando lesões corporais graves e um intenso sofrimento físico e psicológico³⁰². É qualificável pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos como tratamento degradante, nos termos do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, quando provoca no visado sentimentos como medo, angústia, e inferioridade, humilhação, rebaixamento, afectando-o física e psicologicamente³⁰³, ou quando leva o visado a agir contra sua vontade ou consciência³⁰⁴. Além destes critérios acima referidos, há que atender se o tratamento degradante foi feito com o propósito de humilhar e rebaixar o visado, ainda que da ausência de qualquer das intenções referidas não se possa presumir a não violação do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos³⁰⁵. Para que uma pena ou tratamento seja qualificado como desumano ou degradante, além dos inerentes sentimentos sofrimento e humilhação causados ao visado, tem ainda de ser empregue sob as vestes de uma aparente legitimidade³⁰⁶, por exemplo, tem de se enquadrar no âmbito de uma conduta da autoridade pública, ou de uma pessoa no exercício de poderes públicos, e que por isso, é um tratamento *a priori* considerado legítimo pelo Estado da respectiva jurisdição.

No que respeita à forma como os eméticos foram administrados, após o Requerente *Jalloh* ter recusado tomar os eméticos voluntariamente, foi agarrado e imobilizado por quatro agentes da polícia.³⁰⁷ Este facto demonstra a brutalidade e o nível de força física que foi empregue contra o Requerente³⁰⁸. Foi-lhe introduzida uma sonda pelo nariz até ao seu estômago de forma a ultrapassar a sua resistência física e psicológica. Esta situação causou-lhe dor e ansiedade³⁰⁹. O Requerente foi

³⁰² Como por exemplo, o caso *Labita vs. Itália* [GC], n.º 26772/95, § 121, TEDH 2000-IV. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 18, parág. 68, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁰³ Como por exemplo, o caso *Hurtado vs. Suíça* de 28 Janeiro de 1994, Parecer da Comissão, § 67, Série A n.º 280. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 18, parág. 68, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁰⁴ Como por exemplo, o caso *Dinamarca, Noruega, Suécia e Holanda vs. Grécia* (o caso Grego “*the Greek case*”), n.º 3321/67, 3322/67, 3323/67 e 3344/67, relatório da Comissão de 5 de Novembro de 1969, Anuário 12, p. 186, e *Keenan vs. Reino Unido*, n.º 27229/95, § 110, TEDH 2001-III. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 18, parág. 68, *Ac. cit.*, p. 6.

³⁰⁵ Como por exemplo, o caso *Raninen vs. Finlândia*, de 16 Dezembro de 1997, § 55, Relatórios de Sentenças e Decisões 1997-VIII; *Peers vs. Grécia*, n.º 28524/95, § 68 e §74, TEDH 2001-III e *Price vs. Reino Unido*, n.º 33394/96, § 24, TEDH 2001-VII. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, pp. 18 e 19, parág. 68, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁰⁶ Como por exemplo, o caso *Labita vs. Itália* [GC], n.º 26772/95, § 121, TEDH 2000-IV. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 19, parág. 68, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁰⁷ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 22, parág. 79, *Ac. cit.*, p.9.

³⁰⁸ *Ibidem*.

³⁰⁹ *Ibidem*.

ainda sujeito a mais uma intervenção corporal contra a sua vontade, tendo-lhe sido dada uma injeção com outro emético³¹⁰.

Tem de ser tido também em consideração o sofrimento psicológico do Requerente *Jalloh* enquanto aguardava que os eméticos fizessem efeito³¹¹. Durante todo esse tempo, esteve sob controlo e observação de agentes da polícia e por um médico e foi obrigado a regurgitar nestas circunstâncias humilhantes³¹². Atendendo a todas as circunstâncias do caso, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou que a intervenção médica coactiva a que o Requerente foi sujeito, para efeitos de obtenção de prova, atingiu o nível mínimo de gravidade, enquadrando-se no escopo do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos³¹³. As autoridades alemãs sujeitaram o Requerente a uma grave interferência ao seu direito à integridade física e psíquica contra a sua vontade³¹⁴.

O Requerente foi obrigado a regurgitar, não por razões de ordem médica, mas apenas com o objectivo de obter prova que podia igualmente ter sido obtida por outro método menos gravoso³¹⁵.

A forma como foi realizada a intervenção médica coactiva, era susceptível de gerar sentimentos de medo, angústia e inferioridade, aptos a humilharem e rebaixarem o Requerente³¹⁶.

³¹⁰ *Ibidem*.

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² *Ibidem*.

³¹³ ZUPANČIČ, um dos Juízes do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que compunha o colectivo no caso *Jalloh vs. Alemanha*, esclareceu que, uma vez que a densificação do conceito de “dor aguda e sofrimento intenso” é determinante para o caminho a trilhar no julgamento do caso, e que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos não contém uma norma com a sua definição, o TEDH recorreu à definição legal do artigo 1.º da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Consagra o artigo 1.º da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes:

“(…) O conceito “tortura” abrange qualquer acto que cause dor aguda ou sofrimento intenso, físico ou psíquico, e que seja infligido com a intenção de obter da pessoa ou de terceiro, informações ou uma confissão, ou como forma de punir qualquer acto que a própria pessoa ou terceiro tenha cometido, ou de que seja suspeito de ter cometido, ou qualquer acto de intimidação, coacção do próprio ou de terceiro, ou por qualquer outra razão discriminatória de qualquer tipo, quando o acto de causar dor intensa ou sofrimento seja infligido ou ordenado com o consentimento ou com a aquiescência de uma autoridade pública, ou de qualquer pessoa que haja no exercício de poderes públicos. Não abrange a dor ou sofrimento emergente, inerente ou incidental a sanções legítimas.”

Segundo ZUPANČIČ a previsão do artigo 1.º é propositadamente aberta, de forma a abranger qualquer acto que se destine aos propósitos elencados, permitindo assim uma *analogia inter legem*. O caso *Selmouni vs. França* foi o primeiro a ter na sua fundamentação o artigo 1.º da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Cfr. Declaração de Voto do Juiz Boštjan M. Zupančič, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 39, *Ac. cit.*, p. 9.

³¹⁴ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 23, parág. 82, *Ac. cit.*, p. 9.

³¹⁵ *Ibidem*.

³¹⁶ A maioria do colectivo de Juízes do TEDH argumentou que, de entre as alternativas possíveis, o procedimento escolhido pelas autoridades alemãs foi o mais gravoso. Contudo, os Juízes WILDHABER e CAFLISCH consideram que a administração de laxantes ao Requerente *Jalloh* ou a longa espera que o corpo expelisse a droga pelo normal funcionamento do organismo, ainda que num grau menos elevado, iria gerar os mesmos sentimentos de angústia, medo e humilhação ao Requerente. Os Juízes WILDHABER e CAFLISCH defendem que os riscos do procedimento escolhido para a administração coactiva de eméticos eram menores do que o risco de as bolotas de droga virem a rebentar no decorrer da função digestiva do corpo do Requerente. No prisma destes dois Juízes, o crime de tráfico de droga tem de ser

Acresce ainda o facto, de o procedimento ter, inerente, riscos para a saúde do Requerente, além de que foram preteridos os necessários exames médicos preliminares ao procedimento³¹⁷.

Além disso, embora as entidades responsáveis pela realização do procedimento não tenham tido essa intencionalidade, a forma como a intervenção médica foi realizada causou ao Requerente um grande sofrimento físico e psíquico³¹⁸.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou que o Requerente foi sujeito a um tratamento desumano e degradante, em violação do consagrado no artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, na medida em que os eméticos foram administrados com a finalidade de obrigar o Requerente a regurgitar as drogas que tinha engolido³¹⁹. A prova assim obtida foi utilizada e valorada no procedimento criminal contra o Requerente, não obstante ter sido um resultado directo da violação de um dos direitos basilares garantidos pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos³²⁰.

combatido e as as provas salvaguardadas. Por essa razão, consideram que o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos não é aplicável ao caso *Jalloh vs. Alemanha*. Ainda que fosse, defendem WILDHABER e CAFLISCH que o tratamento a que o Requerente foi sujeito não atinge o limiar mínimo de gravidade a que se refere o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Cfr. Declaração de Voto dos Juízes Luzius Wildhaber e Lucius Caflisch, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 47, *Ac. cit.*, p. 9.

³¹⁷ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 23, parág. 82, *Ac. cit.*, p. 9.

³¹⁸ *Ibidem*.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 23, parágs. 82 e 83.

³²⁰ *Ibidem*, p. 28, parág. 104.

BRATZA concorda com qualificação dada pelo restante colectivo do TEDH, no sentido em que a administração coactiva de eméticos, mediante uma sonda nasogástrica, ao Requerente *Jalloh* foi um tratamento desumano e degradante, e não um acto de tortura. Também concorda que a norma excepcional do artigo 15.º em conjugação com o artigo 16.º da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, distingue as diferenças na admissibilidade da prova em situações de tortura ou em tratamentos desumanos ou degradantes. No entanto, não existe um conceito rígido de tratamento desumano ou degradante, por poder assumir diversas formas. Por esta razão, BRATZA defende que fica imediatamente comprometida a equidade do processo, quando é valorada em julgamento prova obtida pelas autoridades em violação do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

BRATZA vai mais longe que a maioria do colectivo do TEDH quando preferiram deixar em aberto a questão de saber se, em geral, um tratamento desumano ou degradante torna automaticamente o julgamento injusto, limitando-se a aferir se nas circunstâncias do caso concreto se o tratamento a que o Requerente foi sujeito torna o julgamento injusto. Embora BRATZA admita poder ser este um ponto de partida na determinação se houve ou não um julgamento injusto, discorda que a conclusão de que houve uma violação do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos poderia ter sido diferente se o Requerente fosse suspeito de ser um traficante de droga em grande escala e consequentemente fosse maior o interesse público na sua condenação. Da mesma forma, a gravidade do crime e a concomitante relevância do interesse público jamais poderia servir de fundamento legitimador de um tratamento desumano e degradante, contrário ao artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Por estas razões, BRATZA considera que foi desnecessário averiguar se tinha provimento a alegação de que o direito à não auto-incriminação do Requerente tinha sido violado porque a determinação da existência de uma violação do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, no prisma do direito à não auto-incriminação do visado, seria de uma especial dificuldade e complexidade. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 31, parág. 116 e Declaração de Voto do Juiz Nicolas Bratza, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 37-38, *Ac. cit.*, p. 9.

4.7. A Alegação de um Risco Iminente para a Saúde e a Vida do Requerente como Fundamento Legitimador da Intervenção Corporal Não Consentida?

O Estado Federal da Alemanha salientou que, no seu prisma, existia um risco real e iminente de que as bolotas de droga - cuja textura não foi concebida para um transporte a longo prazo dentro do corpo humano - pudessem romper e provocar uma overdose ao visado³²¹. Como tal, apesar de os eméticos terem sido administrados com o principal objectivo de obtenção de prova, a necessidade de remoção das bolotas de droga do corpo do visado foi também justificada por razões médicas³²².

O Estado Federal da Alemanha alegou que existia, nas circunstâncias do caso *Jalloh*, uma obrigação *de facere* do Estado³²³ de intervir, de forma a salvaguardar a saúde e a vida do Requerente, mediante a provocação da regurgitação das drogas. O Estado Federal da Alemanha argumentou ainda que a hipótese de se aguardar pela expulsão natural das bolotas de droga, sem a administração de qualquer substância, mas apenas pelo funcionamento normal do organismo do Requerente não seria tão eficaz para a investigação, nem menos humilhante para o Requerente, podendo até, de acordo com o prisma do Estado Federal da Alemanha consubstanciar, por si só, um risco para a saúde do Requerente³²⁴.

Do prisma do Estado Federal da Alemanha, o método de obtenção de prova escolhido foi o estritamente necessário para assegurar a prova do crime de tráfico de droga.³²⁵ Além disso, foi alegado que os eméticos que foram administrados ao Requerente não eram prejudiciais à sua saúde³²⁶, tendo sido o procedimento realizado num hospital, por um médico e de acordo com as *legis artis*³²⁷. Segundo o entendimento do Estado Federal da Alemanha, estas circunstâncias levam a que o procedimento não possa ser considerado, de modo algum, humilhante para o Requerente³²⁸.

Nas suas alegações, o Estado Federal da Alemanha garantiu que foram realizados exames médicos preliminares, bem como, perguntas sobre o historial clínico do Requerente antes da

³²¹ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 17, parág. 63, *Ac. cit.*, p. 9.

³²² *Ibidem*.

³²³ O termo literal colocado na fundamentação do Acórdão é a existência de uma obrigação “positiva”, por parte do Estado. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 17, parág. 63, *Ac. cit.*, p. 9.

³²⁴ O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos criticou a alegação do Estado Federal da Alemanha de que “os eméticos nunca são administrados a jovens suspeitos de tráfico de droga para consumo próprio, a menos que estes sejam suspeitos de ser traficantes de droga em média/grande escala, numa perspectiva de comercial”, tendo salientado que a saúde de traficantes de droga adultos não vale menos do que a saúde de traficantes de droga jovens³²⁴. Além disso, os traficantes de droga adultos correm os mesmos riscos de saúde que os traficantes de droga jovens, em consequência da administração coactiva de eméticos. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 17, parág. 63 e p. 20, parág. 75, *Ac. cit.*, p. 9.

³²⁵ *Ibidem*, p. 17, parág. 64.

³²⁶ *Ibidem*.

³²⁷ *Ibidem*.

³²⁸ *Ibidem*.

administração dos eméticos³²⁹. Alegadamente, esta anamnese foi feita pelo mesmo médico que dirigiu o procedimento de administração dos eméticos por via da sonda nasogástrica³³⁰.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no que diz respeito às intervenções médicas às quais a pessoa detida é obrigada a submeter-se contra a sua vontade, considera que o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos impõe a obrigação do Estado de proteger a saúde e a integridade física de pessoa detida ou presa, providenciando-lhe prontamente assistência médica, sempre que tal se afigure necessário³³¹. Não obstante o acima referido, as pessoas obrigadas a submeter-se a intervenções médicas contra a sua vontade continuam a estar protegidas pelo artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos o qual, em caso algum, poderá ser desaplicado³³².

De acordo com o entendimento perfilhado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, uma intervenção que seja medicamente necessária e imprescindível para a saúde do visado não pode ser simultaneamente ser considerado um tratamento desumano ou degradante³³³. Por exemplo, nos casos em que uma pessoa detida se recusa a comer de forma consciente e deliberada, é legítimo proceder à sua alimentação forçada, ainda que contra a sua vontade, se a vida dessa pessoa estiver em perigo. Mas ainda neste caso, tem de ser provado medicamente que a intervenção corporal forçada é imprescindível para sustentar a vida do visado. Além disso, tem de ser provado que existem garantias processuais de defesa do visado contra a aplicação desta medida, e que estas foram devidamente observadas no caso concreto³³⁴.

4.8. O Grau de Gravidade do Tipo de Intervenção Corporal Não Consentida e a Obrigação de Fundamentação.

Ainda que a intervenção médica sem o consentimento do visado não seja fundada em razões médicas para a protecção da sua saúde, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considera que os artigos 3.º e 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos não proíbem o recurso a procedimentos médicos, sem o consentimento do visado, para obtenção da prova do crime. Por

³²⁹ *Ibidem*, p. 17, parág. 65.

³³⁰ *Ibidem*.

³³¹ *Ibidem*, p. 19, parág. 69.

³³² Como por exemplo, o caso *Mouisel vs. França*, n.º 67263/01, § 40, TEDH 2002-IX; e *Naumenko vs. Ucrânia*, n.º 42023/98, § 112, 10 Fevereiro, 2004. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 19, parág. 69, *Ac. cit.*, p. 9.

³³³ Como por exemplo, o caso *Herczegfalvy vs. Áustria*, de 24 Setembro de 1992, § 82, Série A n.º 244 *Naumenko vs. Ucrânia*, n.º 42023/98, § 112, 10 Fevereiro, 2004. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 19, parág. 69, *Ac. cit.*, p. 9.

³³⁴ Exemplo e pressupostos de admissibilidade elencados pelo TEDH no caso *Nevmerzhitsky vs. Ucrânia*, n.º 54825/00, § 94, ECHR 2005-II. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 19, parág. 69, *Ac. cit.*, p. 9.

exemplo, retirar amostras de sangue ou de saliva contra a vontade do suspeito da prática do crime não contende com os artigos 3.º e 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos³³⁵.

Contudo, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos salienta que o recurso a intervenção médica, mediante o uso da força, contra a vontade do suspeito, como forma de obtenção de prova tem de ser sempre justificado com base em factos certos e determinados, de acordo com as circunstâncias do caso concreto³³⁶. Este requisito é essencial nos casos em que é necessário retirar elementos de prova que se encontram dentro do corpo do suspeito de determinado crime³³⁷. O carácter intrusivo deste tipo de procedimento exige um escrutínio rigoroso de todas as circunstâncias envolventes³³⁸.

Desta forma, deve ser tida em consideração a gravidade do crime em causa³³⁹. Além disso, as autoridades públicas têm de provar que foram tidos em consideração métodos alternativos de obtenção de prova que pudessem ser aplicáveis ao caso concreto³⁴⁰. O método de obtenção de prova escolhido não pode, em caso algum, ser susceptível de causar lesões duradouras ou permanentes à saúde do suspeito³⁴¹.

Desta forma, tal como as intervenções médicas para fins terapêuticos, a forma como a pessoa é sujeita a uma intervenção médica para obtenção de prova que se encontra no seu corpo, não pode exceder o nível mínimo de gravidade definido pela Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Assim, há que verificar no caso concreto, se a intervenção médica mediante o uso da força para obtenção de prova causou no visado um sofrimento intenso ou dores físicas agudas³⁴². Além disso, há que verificar se a intervenção médica sob o uso da força para obtenção de prova foi realizada e supervisionada permanentemente por um médico³⁴³. Outro factor relevante a ter em

³³⁵ Como por exemplo, o caso *X vs. Holanda*, n.º 8239/78, Decisão da Comissão de 4 de Dezembro de 1978, Decisões e Relatórios (DR) 16, pp. 187-89, e *Schmidt vs. Alemanha*, n.º 32352/02 de 5 de Janeiro de 2006. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 19, parág. 70, *Ac. cit.*, p. 9.

³³⁶ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 19, parág. 71, *Ac. cit.*, p. 9.

³³⁷ *Ibidem*.

³³⁸ *Ibidem*.

³³⁹ *Ibidem*.

³⁴⁰ *Ibidem*.

³⁴¹ Como por exemplo, o caso *Nevmerzhitsky vs. Ucrânia*, n.º 54825/00, § 94 e § 97, ECHR 2005-II. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 20, parág. 71, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁴² A este respeito, o caso *Peters vs. Holanda*, n.º 21132/93, Decisão da Comissão de 6 de Abril de 1994, DR 77-B; *Schmidt vs. Alemanha*, n.º 32352/02 de 5 de Janeiro de 2006; e *Nevmerzhitsky vs. Ucrânia*, n.º 54825/00, § 94 e § 97, ECHR 2005-II. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 20, parág. 72, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁴³ *Vide*, o caso *Ilijkov vs. Bulgária*, n.º 33977/96, Decisão da Comissão de 20 de Outubro de 1997. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 20, parág. 73, *Ac. cit.*, p. 9.

conta é se a intervenção médica mediante o uso da força teve como consequência um agravamento do estado de saúde do visado ou lesões duradouras ou permanentes na sua saúde³⁴⁴.

No que concerne ao caso *Jalloh vs. Alemanha*, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos salientou que o Estado Federal da Alemanha fundamentou a remoção coactiva das bolotas de droga do estômago do Requerente, no risco de vida iminente que este corria caso as mesmas viessem a rebentar, causando-lhe a morte por overdose.

No entanto, os Tribunais internos da Federação Alemã, ao terem aceite este fundamento como válido e, conseqüentemente, legítima a intervenção médica coactiva, entram no âmbito de aplicação do artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão³⁴⁵. Este artigo consagra a possibilidade de as autoridades públicas ordenarem uma intervenção médica sob o corpo do visado contra a sua vontade, para efeitos de obtenção de prova. Contudo, estabelece o limite de que tal não método de obtenção de prova não é permitido caso exista o risco de serem causadas lesões à saúde do visado³⁴⁶.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos salientou ainda que o artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão não serve de fundamento legitimador, por não abranger na sua previsão intervenções médicas coactivas que visem salvaguardar a vida do visado pela existência de um risco ou perigo iminente para a sua saúde³⁴⁷.

Além disso, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou indiscutível que não foi feita, por parte das autoridades alemãs, uma avaliação prévia dos riscos inerentes a deixar as bolotas de droga no organismo do Requerente³⁴⁸, nem foi feita uma ponderação prévia dos riscos entre nada fazer e os riscos da introdução coactiva de eméticos, mediante uma sonda nasogástrica, para saúde do Requerente.

Pelas razões acima referidas, a convicção do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, é a de que a decisão das autoridades alemãs de aplicar coactivamente ao Requerente a administração de eméticos mediante uma sonda nasogástrica teve outro fundamento que não o alegado pelo Estado Federal da Alemanha³⁴⁹. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considera que se trata apenas de uma aparência a alegação de que a medida escolhida teve uma justificação estritamente médica

³⁴⁴ Como o caso *Ilykov vs. Bulgária*, n.º 33977/96, Decisão da Comissão de 20 de Outubro de 1997 e *Krastanov vs. Bulgária*, n.º 50222/99, § 53, de 30 de Setembro de 2004. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 20, parág. 74, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁴⁵ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 20, parág. 75, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁴⁶ *Ibidem*.

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ *Ibidem*.

³⁴⁹ *Ibidem*.

para proteger a saúde do Requerente³⁵⁰. No entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, esta intervenção médica coactiva sob o corpo do Requerente teve como fundamento efectivo a preocupação exclusiva de assegurar e obter a prova do crime de tráfico de droga³⁵¹.

As ressalvas efectuadas pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não levam, por si só, à conclusão de que a intervenção médica coactiva sobre o Requerente consubstancia uma violação do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos³⁵².

Em diversos casos³⁵³ que chegaram à jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, este considerou expressamente que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos não proíbe o recurso a uma intervenção médica coactiva com o objectivo de orientar a investigação de um crime³⁵⁴.

Contudo, qualquer decisão que aprove um procedimento médico que implique uma interferência ao direito à integridade física de outra pessoa, com a finalidade de obter prova contra ela mesma, tem de ser sujeita a um escrutínio rigoroso, devendo para este efeito serem tidos em especial consideração os seguintes factores: do grau de necessidade da intervenção médica coactiva para a obtenção da prova; os riscos à saúde do visado que foram criados com a intervenção médica coactiva; a forma como foi realizada a intervenção médica coactiva; a dor física e o sofrimento psicológico causados ao visado, o nível de supervisão médica que foi disponibilizada para o efeito; e as consequências dessa intervenção na saúde do visado³⁵⁵.

³⁵⁰ *Ibidem*.

³⁵¹ *Ibidem*.

³⁵² *Ibidem*, p. 21, parág. 76.

³⁵³ Como por exemplo, o caso *X vs. Holanda*, n.º 8239/78, Decisão da Comissão de 4 de Dezembro de 1978, Decisões e Relatórios (DR) 16, pp. 187-89, e *Schmidt vs. Alemanha*, n.º 32352/02 de 5 de Janeiro de 2006. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p.19, parág. 70, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁵⁴ *Ibidem*.

³⁵⁵ Este entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos vem contrastar com os critérios utilizados e as conclusões em casos semelhantes na Jurisprudência Americana. No caso *Schmerber vs. Califórnia* foram definidos pelo Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos os seguintes critérios para determinar a legalidade da intervenção corporal não consentida: 1) As autoridades competentes deverão ter a certeza de que irão ser encontrados elementos de prova incriminatórios; 2) Os agentes da polícia deverão actuar ao abrigo de um mandato, salvo situações de perigo iminente de destruição da prova; 3) O método de obtenção de prova utilizado deverá ser proporcional ao fim, e deverá ser realizado de forma cuidadosa, tratando o visado de uma forma responsável, respeitando os seus direitos.

Contudo, como foi referido com mais desenvolvimento acima (no ponto 2.4), estes critérios demonstraram falhas na sua aplicação, desde logo, no caso Estado de Ohio vs. Dario Williams, no qual o mesmo Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos vem a concluir pela ilegitimidade da intervenção médica coactiva das autoridades públicas, ainda que as circunstâncias do caso preencham todos os critérios de validade elencados pelo Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos. Outra crítica a este elenco, é a de que o critério 3) tem inerente a premissa de que a intervenção médica coactiva é um método de obtenção de prova legítimo se for efectuada por um médico. No caso *Schmerber vs. Califórnia*, o Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos, a partir da premissa de que um médico é mais qualificado do que um polícia para efectuar as diligências de obtenção de prova, concluiu pela legitimidade do método de obtenção de prova.

Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, pp. 13-14, parágs. 51 e 52 e p. 21, parág. 76, *Ac. cit.*, p. 9.

Remetemos para a crítica mais aprofundada realizada, *supra*, no ponto 2.3.

É atendendo às circunstâncias do caso concreto que se deve aferir se a intervenção médica coactiva atinge o nível mínimo de gravidade que contende com o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos³⁵⁶.

No que respeita à opção por uma intervenção médica coactiva, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos reconhece que o crime de tráfico de droga é um crime grave, cuja escala se que tem alargado nos últimos tempos e o seu combate constitui actualmente um verdadeiro desafio para os Estados, já que a existência do tráfico de droga tem consequências para a sociedade em geral³⁵⁷.

No que concerne à existência de supervisão médica aquando à administração de eméticos, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, considerou como provado que o método de obtenção de prova, cuja legitimidade e legalidade está em discussão, foi efectuado por um medico num hospital³⁵⁸. Após o procedimento ter terminado, o Requerente foi examinado por um médico, o qual lhe deu alta, considerando que o mesmo estava em condições para ser detido³⁵⁹.

Contudo, foi um ponto de divergência entre as Partes quanto a saber se foram feitos exames prévios ao Requerente, antes da execução da intervenção corporal não consentida, para averiguar se a saúde ou a vida do Requerente estaria em risco, se os eméticos fossem administrados por uma sonda nasogástrica contra a sua vontade³⁶⁰.

Atendendo a que o Requerente resistiu de forma violenta à administração de eméticos, que não falava alemão, e o seu inglês era fraco, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos assume que o Requerente estaria incapaz e relutante em responder a quaisquer questões que eventualmente fossem colocadas pelo médico, em exames prévios à intervenção corporal coactiva³⁶¹. A este respeito, o Estado Federal da Alemanha não apresentou provas que demonstrassem o contrário³⁶².

No que respeita às garantias existentes para a realização do procedimento da introdução coactiva da sonda nasogástrica e da administração de eméticos, o artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão consagra que as intervenções corporais devem ser obrigatoriamente realizadas de acordo com as *legis artis*, por um médico, num hospital e apenas são legítimas se não existir qualquer risco para a saúde do Requerente³⁶³.

³⁵⁶ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 21, parág. 76, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁵⁷ *Vide*, o caso *D. vs. Reino Unido* de 2 de Maio de 1997, § 46, Relatórios 1997-III. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 21, parág. 77, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁵⁸ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 22, parág. 80, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁵⁹ *Ibidem*.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ *Ibidem*.

³⁶² *Ibidem*.

³⁶³ *Ibidem*, p. 31, parág. 120.

Apesar de a lei alemã consagrar, em geral, garantias contra a utilização de métodos de obtenção de prova indevidos ou arbitrários, o Requerente, exercendo o seu direito de permanecer em silêncio, recusou submeter-se a exames prévios ao procedimento³⁶⁴.

O Requerente não falava alemão e o seu inglês era muito fraco, o que significa que ele foi sujeito a um procedimento, sem que as autoridades tivessem feito um exame rigoroso da sua aptidão física para suportar a realização e as consequências da administração de eméticos mediante uma sonda nasogástrica³⁶⁵.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou que no caso *Jalloh vs. Alemanha*, é claro que, aquando a decisão das autoridades alemãs em proceder a uma intervenção médica coactiva, estas já sabiam que o Requerente era apenas suspeito de ter engolido bolotas de droga, e tendo sido revistado externamente, nada foi encontrado nos bolsos, nem em lado algum, de forma visível³⁶⁶. Por isso, é evidente para o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que a quantidade de droga que eventualmente pudesse constar na boca ou estômago do Requerente nunca poderia servir para comercializar droga em grande escala³⁶⁷.

Este facto reflecte-se na própria sentença dada pela última instância dos Tribunais internos Alemães que condenou o Requerente a seis meses de pena de prisão suspensa, ficando em liberdade condicional.³⁶⁸ Esta condenação consubstancia o limite mínimo de gravidade de entre todas as sentenças possíveis no caso concreto³⁶⁹.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos admite que seja importante para as autoridades a cargo da investigação determinarem a quantidade exacta e o tipo de droga que estava a ser colocada

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 31, parág. 120.

³⁶⁵ Quanto aos efeitos da intervenção corporal coactiva na saúde do Requerente, as Partes discordaram quando ao facto de saber se essa intervenção causou ao Requerente lesões permanentes, nomeadamente no seu estômago. Atendendo à documentação médica, não existe prova expressa da existência de umnexo de causalidade entre a administração coactiva de eméticos e os tratamentos ao estômago que o Requerente recebeu no hospital da prisão, dois meses e meio após a sua prisão, quer os tratamentos médicos posteriores. Contudo, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos salienta que deste facto não se pode extrair a ilação de que a intervenção médica coactiva não tinha inerente riscos de saúde para o Requerente. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 23, parág. 81. e p. 31, parág. 120, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁶⁶ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 21, parág. 77, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁶⁷ *Ibidem*.

³⁶⁸ *Ibidem*.

³⁶⁹ A maioria do colectivo de Juízes do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos argumentou que foi violado o princípio da proporcionalidade porque o procedimento escolhido e o uso da força era completamente desproporcional para um crime de tráfico de droga em pequena escala, em pequena quantidade, tanto que foi aplicada uma pena de prisão suspensa de 6 meses. Para a obtenção de prova neste caso teria bastado aguardar que o corpo do Requerente expelisse de forma natural a droga, por via do funcionamento normal do organismo. Face a este argumento os Juízes WILDHABER e CAFLISCH consideram que é “estranha” esta linha argumentativa porque parece que quanto maior for o círculo comercial do traficante de droga, maior é a legitimidade para serem administrados eméticos. Então, parece que a saúde e a vida dos traficantes de droga em grande escala é menos importante do que a dos traficantes de droga em pequena escala. Por esta razão os os Juízes WILDHABER e CAFLISCH defendem que é irrelevante o tamanho do círculo comercial do traficante de droga no caso concreto, para determinar se houve ou não violação do princípio da proporcionalidade. Cfr. Declaração de Voto dos Juízes Luzius Wildhaber e Lucius Caflisch, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 47, *Ac. cit.*, p. 9.

à venda³⁷⁰. No entanto, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não considera que a administração coactiva de eméticos fosse indispensável no caso do Requerente para obtenção de prova³⁷¹. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos salientou que as autoridades alemãs podiam simplesmente ter esperado que as bolotas de droga percorressem todas as fases da função digestiva, de forma natural³⁷². Releva, neste contexto, que a maioria dos Estados membros do Conselho da Europa utiliza, este último método referido de obtenção de prova, para crimes de tráfico de droga³⁷³.

³⁷⁰ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 21, parág. 77, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁷¹ Neste ponto, BRATZA um dos Juízes do TEDH que compunha o colectivo no caso *Jalloh vs. Alemanha*, perfilha o entendimento de que o limiar mínimo a que se refere o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, não pode depender da maior ou menor necessidade da obtenção da prova. Quando o TEDH qualifica o tratamento que foi dado ao Requerente como desumano e degradante, fá-lo com fundamento de que a obtenção da prova pelo uso da força não era necessária, nem indispensável no caso, por se tratar de um mero traficante de rua e não de um suspeito de traficar droga numa grande escala comercial. Por isso, entendeu a maioria dos Juízes do TEDH neste caso, que existia a alternativa de esperar que as drogas saíssem do corpo do Requerente mediante a sua função normal digestiva, como é a prática dos outros Estados do Conselho da Europa.

Tendo em consideração a dificuldade dos Estados em combater a criminalidade organizada de tráfico de droga, BRATZA compreende a necessidade de obter provas legalmente admissíveis para que seja possível a condenação de grandes traficantes de droga. Admite também que perante razões imperiosas de carácter médico, devidamente comprovadas, se possa administrar eméticos de forma coactiva, por não existirem alternativas, exclusivamente do ponto de vista de ser perigoso para a saúde do visado, aguardar que as drogas saíssem do seu corpo no final de todas as fases da função digestiva. Esta última parte é fundamental para aferir se houve ou não violação do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Contudo, BRATZA não concorda com o restante colectivo de Juízes quando afirmam, no parág. 77 do Acórdão, que ainda que não houvesse razões ponderosas de carácter médico, que a necessidade imperiosa de obter a prova pela gravidade do crime poderia justificar a administração de eméticos de forma coactiva, e que este seria também um critério para determinar se houve ou não violação do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. BRATZA defende que este critério seria incompatível com o fundamento que o TEDH salientou, por várias vezes, no Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, de que o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, é uma proibição absoluta da tortura, de penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. Portanto, é uma proibição que não permite ser excepcionada em caso algum, nem com fundamento no interesse público. Por esta razão deverá ser irrelevante, para aferir se foi atingido o limiar mínimo do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o grau de necessidade de obter prova, em conexão com a gravidade do crime em causa. Desta forma, assim como a urgência em obter a prova, não pode justificar um tratamento desumano ou degradante, também não pode ser justificação a gravidade do crime de que é suspeito para submeter o visado a tal tratamento. É também por estas razões que BRATZA considera que não constitui um critério de determinação de existência de uma violação do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, a finalidade do tratamento, nem da utilização da prova obtida por um tratamento desumano ou degradante. Nem deverá relevar se existiam ou não outros métodos de obtenção de prova alternativos.

Acréscce ainda o facto de que são muito poucos os Estados que admitem aplicar a medida de administração coactiva de eméticos a suspeitos do crime de tráfico de droga. Mesmo esses, o apenas fazem em determinadas circunstâncias e atendendo à gravidade do crime. Isto demonstra, que tal tratamento é grave sendo considerado uma forma anormal e subsidiária de tratar os suspeitos.

Apesar de não concordar com a utilização dos critérios acima referidos, BRATZA subscreve os demais fundamentos do Acórdão, e consequentemente considera que o tratamento a que foi sujeito o Requerente viola o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Cfr. Declaração de Voto do Juiz Nicolas Bratza, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 36 e p. 21, parág. 77, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁷² Noutro prisma, os Juízes RESS, PELLONPÄÄ, BAKA e ŠIKUTA que compunham o colectivo no caso *Jalloh vs. Alemanha* defendem, ao contrário do restante colectivo de Juízes, que no caso *Jalloh vs. Alemanha* não houve uma violação do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Os Juízes RESS, PELLONPÄÄ, BAKA e ŠIKUTA criticam o restante coletivo do TEDH por considerarem que a gravidade do crime cometido pelo Requerente foi minimizada, não tendo sido apresentados fundamentos suficientes que o justifiquem. O Requerente já tinha sido visto pela polícia a vender uma bolota de droga, que estava escondida dentro da sua boca, a um comprador às 11h35m. Depois foi embora e desapareceu. Às 12h25m regressa e novamente foi visto pela polícia a entregar uma bolota de droga a um comprador. Assim, as autoridades alemãs não tinham como saber que a quantidade de droga que possuía no momento da detenção

era diminuta porque o Requerente já tinha visto, várias vezes, a vender droga. Estes quatro Juízes consideram que para aferir o critério de gravidade do crime não tem relevância que a quantidade de droga tirada do corpo do Requerente fosse diminuta, mas sim o facto de o Requerente ter sido visto a vender droga repetidamente, o que criou na polícia uma suspeita fundada de que o Requerente estava envolvido em crime de tráfico de droga com dimensão considerável, sendo necessário para as autoridades aferir a quantidade exacta de droga que estava a ser vendida. Por esta razão, os Juízes RESS, PELLONPÄÄ, BAKA e ŠIKUTA criticam que o restante colectivo de Juízes do TEDH tenha argumentado que o único factor decisivo e relevante é o facto de apenas ter sido encontrada uma bolota de droga no corpo do Requerente e que este tenha sido condenado apenas a uma pena de prisão suspensa de seis meses. Os Juízes RESS, PELLONPÄÄ, BAKA e ŠIKUTA defendem que a pena diminuta, concedida pelos Tribunais internos alemães é justificada pela ausência de antecedentes criminais do Requerente, bem como, por após a detenção até à data do julgamento, o Requerente não ter registo de actividade criminosa. Estes quatro Juízes argumentam que se fosse outra pessoa detida com a mesma quantidade de droga, mas com antecedentes criminais, a pena poderia ter sido mais gravosa pelo que este não poderia ser um factor a ter em conta para aferir da legitimidade da intervenção corporal não consentida.

No que respeita ao método de obtenção de prova escolhido, os Juízes RESS, PELLONPÄÄ, BAKA e ŠIKUTA apesar de reconhecerem, que a alternativa de aguardar que as bolotas de drogam saíssem de forma natural, seria uma interferência menos intrusiva à integridade física do Requerente, em comparação com a administração de eméticos, consideram que seria uma medida que exigiria uma vigilância permanente do detido, principalmente quando este tem necessidade de realizar as suas necessidades fisiológicas. Se tivesse sido escolhida esta medida, o Requerente teria sido privado do seu direito à liberdade e da protecção da sua intimidade na realização das suas necessidades fisiológicas, podendo esta situação perdurar por vários dias, o que seria igualmente humilhante. Os Juízes RESS, PELLONPÄÄ, BAKA e ŠIKUTA reforçam a sua argumentação salientando que o direito à intimidade do detido na realização das suas necessidades fisiológicas é considerado um direito fundamental básico da pessoa detida, tanto que em dois casos do TEDH, nos quais este direito não foi respeitado pelas autoridades, pela falta de condições do local da detenção, foi considerado um tratamento desumano e degradante, em violação do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Cfr. Caso *Peers vs. Grécia*, n.º 28524/95, §§ 73-75, TEDH 2001-III, e *Kalashnikov vs. Rússia*, n.º 47095/99, § 99, TEDH 2002-VI). Por estas razões, os Juízes RESS, PELLONPÄÄ, BAKA e ŠIKUTA defendem que não era assim tão pacífico que a medida alternativa de aguardar que as bolotas de drogam saíssem de forma natural acautelasse melhor os direitos do Requerente protegidos pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

No que respeita a terem sido verificadas duas mortes de suspeitos detidos por terem sido sujeitos à administração de eméticos mediante uma sonda nasogástrica os Juízes RESS, PELLONPÄÄ, BAKA e ŠIKUTA defendem que as mortes podem ter sido causadas não pelo procedimento em si mas pelo cúmulo do suspeito sofrer previamente ao procedimento problemas cardíacos ou outros problemas de saúde. Neste ponto de vista, a medida alternativa de aguardar que as bolotas de droga saíssem de forma natural também tinha um risco para a saúde e a vida do suspeito, por existir a possibilidade de as bolotas rebentarem entretanto, no organismo. Por estas razões, estes quatro Juízes defendem que não é pacífico que os riscos de saúde corridos pela administração de eméticos sejam manifestamente superiores aos riscos de saúde inerentes à medida alternativa de se aguardar que as bolotas de drogam saíssem de forma natural. Os Juízes RESS, PELLONPÄÄ, BAKA e ŠIKUTA consideram por isso, que o método de obtenção de prova escolhido foi apropriado, e acrescentam que de acordo com o seu entendimento, a medida aplicada não parece ter deixado danos permanentes na saúde do Requerente. Consideram que releva o facto de a administração dos eméticos ter sido ordenada por um Procurador e realizada por um médico, dentro de um hospital, com toda a privacidade e que embora a introdução da sonda nasogástrica seja desconfortável e crie alguma ansiedade, é um procedimento de curta duração e é normalmente utilizado como procedimento clínico, não sendo considerado um método inédito nestas circunstâncias.

Os Juízes RESS, PELLONPÄÄ, BAKA e ŠIKUTA consideram que o uso da força sobre o Requerente, tendo em vista a sua imobilização, por quatro polícias era necessário e imprescindível para impedir qualquer movimento brusco do Requerente de modo a evitar uma lesão causada pelo tubo da sonda nasogástrica. Apesar de reconhecerem que o Requerente foi sujeito a um tratamento desagradável e agressivo, argumentam que “quem escolhe enveredar pelo crime de tráfico de droga, sabe e aceita o risco de poder vir a ser apanhado e sujeito a determinados métodos de obtenção de prova que ficam aquém de serem agradáveis”, pelo que não qualificam este tratamento como desumano e degradante, não existindo, do prisma dos Juízes RESS, PELLONPÄÄ, BAKA e ŠIKUTA uma violação do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Cfr. Declaração de Voto dos Juízes Georg Ress, Matti Pellonpää, Andrés Baka e Ján Šikuta, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, pp. 50-53, *Ac. cit.*, p. 9.

Os Juízes RESS, PELLONPÄÄ, BAKA e ŠIKUTA que compunham o colectivo no caso *Jalloh vs. Alemanha* defendem, ao contrário do restante colectivo de Juízes, que no caso *Jalloh vs. Alemanha* não houve uma violação do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Apesar de reconhecerem que a intervenção corporal não consentida realizada consubstancia uma interferência ao direito à integridade física do Requerente, entendem que se encontra justificada e legitimada pelo artigo 81a do Código de Processo Penal Alemão e pelo n.º 2 do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, e defendem que a mesma era necessária, de acordo com os valores de uma sociedade democrática, à protecção da saúde de terceiros e à prevenção da prática do crime de tráfico de droga. Cfr. Declaração de

No caso *Saunders vs. Reino Unido*³⁷⁴ o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou que o direito à não auto-incriminação não abrange a prova material que possa ser obtida mediante o suspeito, através do uso de poderes coercivos, e a qual tenha uma existência independente da vontade do suspeito, tal como documentos apreendidos sob a égide de um mandato, amostras de ar exalado, sangue ou urina, e tecidos corporais para efeitos de testes de ADN³⁷⁵.

Para o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a prova em causa no caso *Jalloh vs. Alemanha* - as drogas escondidas dentro do corpo do Requerente, as quais foram obtidas mediante a administração coactiva de eméticos - só aparentemente parece enquadrar-se no âmbito da categoria de prova que tem uma existência material independente da vontade do suspeito.

A valoração deste tipo de prova, em regra, não é proibida no processo penal³⁷⁶. Contudo, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos salienta que existem vários elementos distintivos entre o caso *Jalloh vs. Alemanha* e os casos *Saunders vs. Reino Unido*, *J.B. vs. Suíça* e *Funke vs. França*³⁷⁷.

Os casos *J.B. vs. Suíça* e *Funke vs. França* e o caso *Jalloh vs. Alemanha* têm em comum que a finalidade do comportamento das autoridades era a de obter provas materiais contra a vontade dos

Voto dos Juízes Georg Ress, Matti Pellonpää, András Baka e Ján Šikuta, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, pp. 53-54, *Ac. cit.*, p. 9.

Os Juízes RESS, PELLONPÄÄ, BAKA e ŠIKUTA que compunham o colectivo no caso *Jalloh vs. Alemanha* defendem, ao contrário do restante colectivo de Juízes, que no caso *Jalloh vs. Alemanha*, não houve uma violação do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Em primeiro lugar, salientam a importância do artigo 15.º da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que consagra que a prova obtida mediante tortura, nunca pode ser valorada como prova contra a vítima. Os Juízes RESS, PELLONPÄÄ, BAKA e ŠIKUTA consideram que requer cautela a posição do restante colectivo TEDH que pretende com o caso *Jalloh vs. Alemanha* iniciar o paradigma de estender a aplicação deste princípio a outras violações da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Os Juízes RESS, PELLONPÄÄ, BAKA e ŠIKUTA defendem que a Jurisprudência anterior no sentido de que, por regra, a regulação da matéria da admissibilidade da prova deve caber à lei interna dos Estados é um pilar fundamental do princípio da subsidiariedade, pelo que, no entender destes Juízes as excepções a esta regra deverão ser formuladas de forma mais restrita quanto possível.

No que respeita ao respeito pelo direito do Requerente à sua não auto-incriminação, os Juízes RESS, PELLONPÄÄ, BAKA e ŠIKUTA perfilham o entendimento de que a utilização e valoração como prova das bolotas de droga obtidas pela regurgitação provocada do Requerente, têm uma existência involuntária e independente da vontade do suspeito, pelo que não deverá ser considerada como prova proibida no processo penal do Requerente *Jalloh*, não existindo uma violação do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Estes quatro Juízes consideram insuficiente a argumentação do restante colectivo do TEDH, no sentido em que a condenação do Requerente a uma mera pena de prisão suspensa de seis meses é demonstrativo da desproporcionalidade do método de obtenção de prova escolhido para o caso concreto e que justifica a proibição da utilização como prova contra o Requerente das bolotas de droga obtidas do seu estômago através desse método de obtenção de prova. Cfr. Declaração de Voto dos Juízes Georg Ress, Matti Pellonpää, András Baka e Ján Šikuta, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, pp. 54-56 e p. 21, parág. 77, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁷³ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 21, parág. 77, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁷⁴ Caso *Saunders vs. Reino Unido* § 69, de 17 de Dezembro de 1996 § 69, *In*, Relatórios TEDH 1996-VI. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 30, parág. 112, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁷⁵ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 30, parág. 112, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 30, parág. 113.

³⁷⁷ *Ibidem*.

Requerentes³⁷⁸. Contudo, no caso *Saunders vs. Reino Unido* a obtenção coactiva de material biológico tinha como objectivo possibilitar a realização de um exame forense, com vista a detectar a eventual presença de álcool ou drogas³⁷⁹. Além disso, o grau de força que foi utilizado no caso *Jalloh vs. Alemanha* difere significativamente do grau de coerção que normalmente é necessário para obter material biológico, como o do caso *Saunders vs. Reino Unido*³⁸⁰. Neste último caso, para a recolha de material biológico é apenas exigido ao visado que suporte de forma passiva uma interferência rápida e pouco significativa à sua integridade física, como por exemplo, suportar a dor de lhe ser retirada uma pequena amostra de sangue, ou de cabelo, ou sentir uma mera zaragatoa bucal para recolha de saliva para efeitos de testes de ADN³⁸¹.

Ainda que possa ser necessária uma participação activa do suspeito, no caso *Saunders vs. Reino Unido*, está em causa a obtenção de material que é resultado do normal funcionamento do corpo humano, como amostras de voz, ar exalado, sangue, ou urina³⁸². Diferentemente, para compelir o suspeito a regurgitar a prova, foi empregue pelas autoridades o uso da força contra a vontade do visado, para a introdução de uma sonda pelo nariz até ao estômago, para possibilitar a administração coactiva de eméticos que provocassem essa reacção patológica do seu corpo. Acresce ainda, que este procedimento não era isento de riscos para a saúde do Requerente³⁸³.

Além disso, no caso *Jalloh vs. Alemanha* as provas foram obtidas por métodos que contendem com o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos³⁸⁴. O procedimento utilizado no caso *Jalloh vs. Alemanha* é extremamente mais gravoso e difícil de suportar do que, por exemplo, suportar a retirada amostras de ar exalado, ou sangue. A obtenção de amostras de voz, ar exalado, sangue, ou urina, salvo em raras e excepcionais circunstâncias, em regra, não atingem o nível mínimo de gravidade do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos³⁸⁵. Além disso, apesar de estas pequenas amostras constituírem uma interferência ao direito à intimidade e vida privada do suspeito, este tipo de procedimento, é por regra, legítimo ao abrigo n.º 2 do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos³⁸⁶, por ser imprescindível à prevenção da prática

³⁷⁸ *Ibidem*.

³⁷⁹ *Ibidem*.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 30, parág. 114.

³⁸¹ *Ibidem*.

³⁸² *Ibidem*.

³⁸³ *Ibidem*.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 30, parág. 115.

³⁸⁵ *Ibidem*.

³⁸⁶ Consagra o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos:

“Artigo 8.º – Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1 – Qualquer pessoa tem o direito ao respeito da sua vida privada (...).

2 – 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

de crimes³⁸⁷. O direito à não auto-incriminação está directamente relacionado com a presunção de inocência consagrada no n.º 2 do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. No caso *Saunders vs. Reino Unido* o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou que o direito à não auto-incriminação, concerne primeiramente, em respeitar a vontade do suspeito em permanecer em silêncio. Como internacionalmente reconhecido nos diversos ordenamentos jurídicos dos Estados signatários da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, bem como noutros Estados, esta garantia não abrange os métodos de obtenção de prova que possa ser obtida através do suspeito mediante o uso da força, mas que têm uma existência independente da vontade do suspeito como documentos obtidos sob mandato, amostras de ar expirado, sangue, urina e tecidos corporais para efeitos de testes de ADN³⁸⁸.

De acordo com ZUPANČIČ o critério da existência independente da vontade do visado, não pode valer no caso *Jalloh vs. Alemanha* por violar o artigo 15.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos que consagra que, em caso algum, pode ser utilizada contra a vítima prova obtida em resultado de tortura, a menos que seja para a condenação de quem perpetuou a tortura. Admitir este critério de admissibilidade de prova no caso *Jalloh vs. Alemanha* seria análogo a admitir como prova a bolota de droga que tivesse sido cuspidada involuntariamente pelo Requerente, após vários socos no estômago ou outro tipo de tratamento cruel, com essa finalidade específica de obter prova, por parte das autoridades³⁸⁹.

Só este entendimento é compatível com uma resolução pacífica e civilizada dos conflitos, e é assim que se deve pautar a resolução dos processos num estado de direito. Assim, o uso da força contra a vontade do suspeito, só deve ser utilizado em último caso, com um fundamento legítimo, com respeito pelo direito à não auto-incriminação, pelo direito a um processo justo e equitativo, sem qualquer desequilíbrio e desigualdade entre o Estado e o suspeito³⁹⁰.

Admitir e valorar a prova obtida mediante um tratamento desumano e degradante do Requerente *Jalloh* é estar a subverter as garantias do processo penal, e é estar a promover e legitimar esse tipo de comportamento por parte das autoridades³⁹¹.

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."

Cfr. Tradução de CABRAL BARRETO, Ireneu, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem - Anotada...*, p. 233, *ob. cit.* p. 22.

³⁸⁷ A este respeito, o caso *Tirado Ortiz e Lozano Martín vs. Espanha*, n.º 43486/98, *In*, Relatórios TEDH, 1999-V. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 31, parág. 115, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁸⁸ *Ibidem*.

³⁸⁹ Declaração de Voto do Juiz Boštjan M. Zupančič, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, pp. 43-44, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁹⁰ *Ibidem*.

³⁹¹ *Ibidem*. Vide, Caso *Saunders vs. Reino Unido* de 17 de Dezembro de 1996, Relatórios TEDH 1996-VI.

4.9. A Admissibilidade e Valoração da Prova Obtida através do Corpo do Suspeito e Sem o seu Consentimento.

A 20 de Dezembro de 1993, perante o Tribunal Distrital de *Wuppertal*, o Requerente *Jalloh*, devidamente representado por Advogado, opôs-se à utilização, em Julgamento, da prova obtida mediante a administração de eméticos, através de um método de obtenção de prova que considera ser ilegal³⁹².

A administração de substâncias tóxicas é proibida pelo artigo 136a do Código de Processo Penal Alemão³⁹³. O normal funcionamento do corpo do Requerente foi alterado abruptamente, tendo sido provocada por uma manipulação e supressão total da capacidade de auto-controlo do cérebro e do corpo do Requerente³⁹⁴.

A valoração em Julgamento da prova obtida, em violação do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, coloca sérias dúvidas na equidade de tal procedimento criminal³⁹⁵.

Ainda que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não tenha considerado que o caso concreto do Requerente seja qualificado como tortura, a prova contra ele obtida, foi um resultado de actos de violência e de brutalidade empregues contra o Requerente, que consubstanciam alguns elementos caracterizadores do conceito de tortura³⁹⁶.

Por esta razão, nunca poderia ter sido valorada, para aferir da culpa do Requerente, uma prova obtida desta forma. Qualquer entendimento diverso, iria traduzir-se numa fraude à lei, ou seja,

³⁹² Mediante o uso da força para provocar a regurgitação da bolota de cocaína, os polícias e o médico envolvidos, foram considerados culpados pelas lesões corporais que causaram ao Requerente *Jalloh*, como decorrência da violação dos deveres a que estavam vinculados, no âmbito do exercício das suas funções (*körperverletzung im Amt*). Não obstante, a prova foi obtida, em resultado deste procedimento, foi admitida e valorada. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 4, parág. 19, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁹³ O artigo 136a do Código de Processo Penal Alemão, em matéria de proibição de métodos de interrogatório (*verbotene Vernehmungsmethoden*), consagra o seguinte:

“1. A liberdade e a plena capacidade do suspeito de tomar decisões, a forma de comportamento e as posições que pretende adoptar para a sua defesa, não podem ser comprometidas por maltratos, tratamentos degradantes ou desumanos, pela indução de fadiga, agressões físicas, administração de drogas, tortura, meios enganosos, ou mediante hipnose. Os meios coercivos sobre o suspeito apenas podem ser utilizados nos limites da lei de processo penal. O tratamento do suspeito utilizando métodos de obtenção de prova proibidos pela lei de processo penal ou a utilização de métodos de obtenção de prova fora do escopo legalmente permitido ou para obter uma vantagem desconforme lei processual penal e violadora dos direitos do suspeito deverá ser considerada proibida.

2. É proibida a utilização de métodos de obtenção de prova que possam afectar a memória do suspeito ou a sua capacidade de entendimento e de aceitação livre de uma dada situação. (*Einsichtsfähigkeit*)

3. A proibição consagrada nos números 1 e 2 deverão ser aplicadas ainda que o suspeito dê o seu consentimento para um determinado método de obtenção de prova. Quaisquer declarações obtidas mediante métodos proibidos de obtenção de prova não poderão ser usadas como prova, ainda que o suspeito tenha consentido com a sua utilização.”

Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, pp. 6 e 7, parág. 34, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 4, parág. 19.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 28, parág. 105.

³⁹⁶ *Ibidem*.

Além disso, o artigo 15.º da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis ou Degradantes, consagra que quaisquer resultados provenientes de actos de tortura, não podem ser utilizadas como prova no procedimento criminal contra a vítima de tortura.

numa violação indirecta dos valores consagrados no artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos³⁹⁷.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou que o tratamento a que o Requerente foi sujeito, atingiu o nível mínimo de gravidade a que se refere a proibição do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos³⁹⁸. Nos casos em que a prova é obtida mediante o emprego intencional de maus-tratos ao visado, ainda que não se qualifiquem como tortura, não pode deixar de ser entendido que, ao serem valoradas como prova, tornam injusto o julgamento contra a vítima destes tratamentos, independentemente da gravidade do crime de que vem acusado, da importância da prova para a condenação ou das oportunidades da defesa para contestar a utilização e valoração da prova em Julgamento³⁹⁹.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos salientou que apesar de não ser a intenção das autoridades alemãs infligir dor e sofrimento ao Requerente, a prova foi obtida por um método que contende com uma das garantias basilares da Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁴⁰⁰.

Acresce ainda, estar assente e ser pacífico entre as Partes, que as drogas obtidas através do método de obtenção de prova impugnado foram decisivas para a condenação do Requerente⁴⁰¹.

Também se provou que foi dada ao Requerente e por ele exercida a oportunidade de contestar a utilização e a valoração da prova obtida sob o uso da força⁴⁰². Contudo, os Tribunais Alemães não aplicaram, nem ponderaram qualquer critério para a não admissibilidade da prova, uma vez que consideraram que a administração de eméticos era legítima face à lei interna⁴⁰³.

No que concerne à utilização que foi dada à droga obtida coactivamente do estômago do Requerente, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos salienta que a prova obtida foi determinante na decisão de condenação pela prática do crime de tráfico de droga⁴⁰⁴. Apesar de ser verdade que foi dada e utilizada pelo Requerente a oportunidade de se opor à utilização da prova obtida em julgamento, os Tribunais alemães, por basearem o seu julgamento na premissa de que o método de obtenção de prova impugnado era legítimo face à lei interna, nem sequer se debruçaram sobre

³⁹⁷ A propósito do caso *Rochin vs. Califórnia* de 1952 (n.º 342 EUA 165), o Supremo Tribunal dos Estados Unidos, usou a expressão de que se se considerasse legítima a conduta das autoridades, seria permitir condutas agressivas e de brutalidade contra o visado sob o manto da lei - “to afford bruttaly under the cloak of the law”. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 28, parág. 105, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 28, parág. 106, *Ac. cit.*, p. 9.

³⁹⁹ *Ibidem*.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 29, parág. 107.

⁴⁰¹ Por esta razão, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou que fica em aberto, no caso *Jalloh vs. Alemanha*, a questão de saber se a valoração de prova obtida mediante um tratamento desumano de degradante torna automaticamente o julgamento injusto. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 29, parág. 107, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴⁰² *Ibidem*.

⁴⁰³ *Ibidem*.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 31, parág. 121.

nenhum critério ou princípio que pudesse eventualmente excluir a valoração como prova da droga obtida⁴⁰⁵.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos salienta que estava em causa um mero traficante de rua que vendia droga em pequena escala, e que foi condenado a uma pena de prisão de 6 meses suspensa, ficando em liberdade condicional⁴⁰⁶. Atendendo a estas circunstâncias, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, considerou que a utilização e valoração como prova das drogas obtidas mediante a administração coactiva de eméticos ao Requerente, tornou o seu julgamento injusto na sua totalidade⁴⁰⁷. Este entendimento é, por si só, fundamento suficiente para concluir que foi vedado ao Requerente um julgamento justo e equitativo, em violação do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁴⁰⁸.

Quanto ao peso do interesse público na utilização e valoração da prova para a condenação do Requerente, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos salienta que o método de obtenção de prova utilizado visava um traficante de rua que vendia droga numa escala relativamente pequena, e que acabou por ser condenado a seis meses de pena suspensa, ficando em liberdade condicional⁴⁰⁹. Neste caso concreto, o interesse público em assegurar a condenação do Requerente nunca poderia justificar o recurso a uma afectação tão grave ao seu direito à integridade física e psíquica⁴¹⁰. Por isso, concluiu o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que o interesse público em assegurar a condenação do Requerente, jamais poderia ter um peso que levasse à admissibilidade da prova obtida naquelas circunstâncias, muito menos a sua valoração em julgamento⁴¹¹.

4.10. A Decisão do TEDH no caso *Jalloh vs. Alemanha*.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos proferiu decisão, no sentido de que, a utilização e valoração em julgamento contra o Requerente de prova obtida mediante a administração coactiva de eméticos, contende com o seu direito à não auto-incriminação, e conseqüentemente tornou o seu julgamento globalmente injusto, pelo que consiste numa violação do n.º 1 do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁴¹².

⁴⁰⁵ *Ibidem*.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 29, parág. 107.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 29, parágs. 108 e 109.

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 31, parág. 119.

⁴¹⁰ *Ibidem*.

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 29, parág. 107.

⁴¹² *Ibidem*, p. 32, parágs 122 e 123.

O Requerente pediu uma compensação por danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos,⁴¹³ nos termos do artigo 41.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁴¹⁴. Como fundamento do pedido, invocou as lesões corporais sofridas, o sofrimento psicológico, a angústia, o sentimento de desespero, de impotência, bem como a sensação e a consciência de estar indefeso, em resultado de um método intrusivo e moroso de administração de eméticos, que foi considerado um procedimento arriscado para a vida e consequentemente ilegal⁴¹⁵.

No respeitante aos danos não patrimoniais, o Estado Federal da Alemanha alegou que se vier a verificar uma reabertura do processo, então o Requerente poderá reclamar a compensação nos Tribunais alemães. Contudo, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos salientou que o Requerente esgotou todos os meios jurisdicionais internos, os quais não deram provimento à sua pretensão. Como tal, não fazia sentido sujeitar o Requerente, a passar novamente por todos os meios da sua jurisdição interna⁴¹⁶, a qual já se tinha pronunciado no sentido da validade da prova e decidido pela

⁴¹³ Bem como o reembolso das custas e despesas, no valor de € 51,12. No que respeita aos danos patrimoniais reclamados, o Requerente foi condenado a pagar o valor de € 51,12 pelo Tribunal Local Alemão de Wuppertal, como consequência de o ter considerado culpado do crime de tráfico de droga. Contudo, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não consegue saber como teria decorrido e qual seria o desfecho do processo se, desde logo, se tivesse considerado ter havido uma violação da Convenção. Além disso, uma vez que a prova obtida foi um factor determinante da condenação do Requerente, e que poderia ter sido obtida de outra forma, sem contender com o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, podendo as autoridades ter aguardado pela fase final da função digestiva e, consequentemente, sem contender com o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou não existir uma prova donexo causal entre a violação destes dois artigos da Convenção e o dano patrimonial sofrido pelo Requerente, pelo que, não existe a este título um direito a uma compensação.

Também nestes sentido, nos casos *Schmautzer vs. Austria*, de 23 de Outubro de 1995, § 44, Série A n.º 328-A, e *Findlay vs. Reino Unido*, de 25 de Fevereiro de 1997, § 85, Relatórios TEDH, 1997-I. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 32 e 33, parágs. 126 e 128, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴¹⁴ Consagra o artigo 41.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos:

“Artigo 41.º – *Reparação razoável*

Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário.”

Cfr. Tradução de CABRAL BARRETO, Ireneu, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem - Anotada...*, p. 427, *ob. cit.* p. 22.

⁴¹⁵ Além disso, foi mantido detido durante cinco meses antes de ser condenado a seis meses de pena de prisão suspensa, ficando em liberdade condicional. Por estes factos, o Requerente pediu uma compensação no valor mínimo de € 30.000,00. O Estado Federal da Alemanha considerou que o valor pedido pelo Requerente pelos danos não patrimoniais era excessivo. Contudo, o Estado Federal da Alemanha não contestou o pedido de compensação do Requerente por danos patrimoniais.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou relativamente aos danos não patrimoniais relacionados com a prisão preventiva, sua acusação e condenação, não se justifica o pedido de compensação, tendo em conta que se o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos concluir que houve uma violação de algum dos direitos ou garantias do Requerente consagrados na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, será exigida a reabertura do processo, e aí poderá ser reclamada uma indemnização pelos danos sofridos no período em que esteve em prisão preventiva. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 32, parágs. 126 e 127, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴¹⁶ Num primeiro momento, para anular a decisão de condenação, a qual seria previsivelmente impugnada pelo Estado Federal da Alemanha, sucessivamente até esgotar os meios jurisdicionais internos, o que demoraria mais alguns anos. Depois, seria com base nessa decisão que o Requerente teria de vir reclamar o seu direito a uma compensação noutra processo, o qual também viria a ser impugnado sucessivamente até esgotar os meios jurisdicionais internos, o que iria

sua condenação. Tal hipótese, seria morosa e poderia comprometer a efectividade dos direitos e das garantias que a Convenção visa assegurar. Portanto, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou que, a este título, o Requerente tem direito a uma compensação⁴¹⁷.

Atendendo a todas as considerações acima referidas, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, considerou que o Recorrente sofreu danos não patrimoniais pela dor física e o sofrimento psicológico causados pelo método de obtenção de prova a que foi sujeito, e cuja prova obtida veio a ser utilizada contra si em julgamento. A este título, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos condenou o Estado Federal da Alemanha a pagar ao Requerente como compensação pecuniária o montante de € 10.000,00⁴¹⁸.

No caso *Jalloh vs. Alemanha*, foi decidido pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, por dez votos contra sete votos, no sentido em que houve uma violação do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Foi decidido pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, por doze votos contra cinco votos, no sentido em que não se levanta nenhuma questão autónoma ao abrigo do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Foi decidido, por onze votos contra seis votos, no sentido em que houve uma violação do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁴¹⁹.

representar uma situação morosa para o Requerente, podendo, no limite, pôr em causa o exercício e efectividade das garantias consagradas na Convenção e frustrada a jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 33, parág. 129, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴¹⁷ Vide, o caso *Barberà, Messegué e Jabardo vs. Espanha* (Artigo 50), de 13 de Junho de 1994, § 17, Série A n.º 285-C, e *Papamichalopoulos e Outros vs. Grécia* (Artigo 50), de 31 de Outubro de 1995, § 40, Série A n.º 330-B. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 33, parág. 129, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴¹⁸ O Requerente, no que respeita a despesas e custas pediu o montante total de € 5.868,88. Este montante resulta da soma da despesas legais de representação no Supremo Tribunal Constitucional Alemão no montante de € 868,88, de acordo com o Regulamento Federal dos Honorários dos Advogados (*Bundesrechtsanwalts-gebührenordnung*); e do montante de € 5.000,00 pelos custos incorridos no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. O Requerente não apresentou os documentos comprovativos dos valores destas despesas e o pelo Estado Federal da Alemanha não contestou este pedido do Requerente.

De acordo com a Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, só serão reembolsadas as custas e as despesas razoáveis e necessárias incorridas com a finalidade de prevenir ou repor uma violação da Convenção, e ter tido procedência no seu recurso ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

No caso *Jalloh vs. Alemanha*, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou que estavam preenchidos estes pressupostos, tendo considerando razoável o montante solicitado pelo Requerente para fazer face a despesas e custas. Vide, o caso *Nikolova vs. Bulgária*, n.º 31195/96, § 79, *In*, Relatórios TEDH 1999-II, e *Venema vs. Holanda*, n.º 35731/97, § 117, *In*, Relatórios TEDH 2002-X. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, pp. 33 e 34, parágs. 133-134, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴¹⁹ Foi decidido pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, por onze votos contra seis votos, no sentido em que o Estado Federal da Alemanha terá de pagar ao Requerente, no prazo de três meses, o montante de € 10.000,00 por danos não patrimoniais; o montante de € 5.868,88, referentes a custas e despesas; o montante relativo a quaisquer impostos ou taxas que possam ser devidos pelas quantias acima referidas. Caso esta obrigação não seja cumprida dentro do prazo estabelecido, acresce ao total destes montantes, os juros de mora, de acordo com as taxas em vigor do Banco Central Europeu. Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 34, parág. 135, ponto 4, *Ac. cit.*, p. 9.

III. Posição Adoptada: Os Direitos Fundamentais como Limite à Prossecução da Descoberta da Verdade.

5. O “Caso Jalloh” da Jurisprudência Portuguesa: o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Proc. n.º 10/10.0PECTB.C1, de 30 de Março de 2011.⁴²⁰

5.1. Objecto do Acórdão.

Neste Acórdão, está em causa um crime de tráfico de droga, em que são acusados três Arguidos, o Tiago, a Maria e o Francisco, dos quais só os dois primeiros foram condenados⁴²¹.

O cerne da questão é que a prova valorada em julgamento para a condenação dos Arguidos Tiago e Maria, resultou de uma intervenção corporal não consentida à vagina da Arguida Maria, sob a ordem verbal e sem fundamentação, dada por telefone, pelo Procurador-Adjunto do Ministério Público⁴²².

De acordo com os factos dados como provados pelo Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco, os Arguidos Tiago e Maria viviam em união de facto desde 2006 e estavam, pelo menos desde os finais de 2009, a ser alvo de operações de vigilância pelos órgãos de polícia criminal⁴²³. Mediante observações diárias de agentes que ficavam a ver quem entrava e saía da residência dos Arguidos Tiago e Maria, e posteriormente, com a sobreposição das escutas telefónicas, os órgãos de polícia criminal detectaram que os Arguidos Tiago, Maria e Francisco, de forma contínua e reiterada, se deslocavam a Espanha, para adquirir heroína⁴²⁴.

⁴²⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴²¹ O Tribunal *a quo* foi o Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco, 1º Juízo.

⁴²² Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 1, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴²³ O Acórdão refere expressamente que os Arguidos Tiago e Maria estavam a ser alvo de operações de vigilância e alvo de escutas pelos órgãos de polícia criminal, com uma exposição detalhada dos factos, os dias em que ocorreram, a referência das horas e os minutos, incluindo a forma e a quantia de pagamento. O início destas operações teve origem numa informação dada por um agente da esquadra de investigação criminal da PSP, o qual teve notícia de que diversos indivíduos conotados com o consumo de estupefacientes se dirigiam à residência dos Arguidos Tiago e Maria. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 11, p. 16, p. 20, parág. 3.1., pp. 23 e 24, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴²⁴ Salienta-se que na página 11 do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra é transcrito que foi dado como facto provado pelo Tribunal *a quo* que pelo menos, desde finais de 2009, os Arguidos Tiago e Maria passaram a comprar heroína em território espanhol. Contudo, na página 21 do mesmo Acórdão é transcrito que foi dado como facto não provado pelo Tribunal *a quo* que, desde finais de 2008, os Arguidos Tiago e Maria passaram a comprar heroína em território espanhol.

O Tribunal da Relação de Coimbra transcreveu a fundamentação do Acórdão do Tribunal *a quo* sem nem sequer pôr em causa ou mencionar esta contradição, uma vez que este facto foi considerado provado com base numa presunção. O Tribunal *a quo* deu como provado que os Arguidos iam a Espanha comprar droga, com base numa presunção fundada na experiência comum dos órgãos de polícia criminal, noutros casos, em que os traficantes vão comprar droga a Espanha por ser mais barato. Como os Arguidos Tiago e Maria não prestaram declarações, nem o Arguido Francisco nas suas declarações, nem nenhuma das Testemunhas confirmou em audiência que os Arguidos Tiago e Maria iam a Espanha com a finalidade de comprar droga, nem mesmo a polícia observou esse facto, porque as operações de vigilância limitavam-se ao território português, o Tribunal fundou a sua convicção nos indícios, nomeadamente a afluência reiterada de indivíduos conotados com o consumo ou a compra de produto estupefaciente, e a diminuição dessa

Depois, na sua residência, os Arguidos Tiago e Maria separavam e acondicionavam a heroína em doses individuais, dentro de um plástico⁴²⁵. Cada dose tinha o peso aproximado de 0,20 gramas, as quais eram vendidas pelo preço de € 20,00, cada uma⁴²⁶. Os órgãos de polícia criminal, detectaram que acorriam à residência dos Arguidos Tiago e Maria inúmeros indivíduos⁴²⁷. Por regra, telefonavam previamente ao Arguidos Tiago e Maria, a fim de saberem se os mesmos estavam em casa e se tinham heroína para vender⁴²⁸. Os factos elencados no Acórdão são muito pormenorizados, mencionando a forma de pagamento dos compradores da droga e até as horas e os minutos em que ocorreram, demonstrando que, no período entre finais de 2009 até ao dia da detenção, dia 30 de Abril de 2010, havia uma vigilância permanente dos Arguidos Tiago e Maria por parte dos órgãos de polícia criminal⁴²⁹.

É referido no Acórdão como factos provados, que o indivíduo A que comprava heroína aos Arguidos, deslocou-se a casa destes, pelo menos, dezassete vezes, ligando-lhes previamente a confirmar se tinham droga para vender e se estavam na residência⁴³⁰.

afluência quando os Arguidos Tiago e Maria se deslocavam a Espanha e pelo facto de, apesar de o Arguido Francisco ter dito em audiência de julgamento que os Arguidos Tiago e Maria iam a Espanha a casas de jogo, o mesmo, no momento da detenção, ter alegadamente, dito ao agente – o qual foi Testemunha no processo - que sabia que os Arguidos Tiago e Maria iam a Espanha comprar droga. Disse o Tribunal *a quo* que o facto de o Arguido Francisco ter tido a necessidade de negar qualquer conhecimento em Tribunal desse facto, é bem demonstrativo da sua capacidade normal de entendimento, e que o mesmo pela forma continuada em que as viagens eram efectuadas, não podia deixar de saber o que os Arguidos Tiago e Maria iam fazer a Espanha. Além disso, como o Arguido Francisco era ele próprio consumidor, o Tribunal *a quo* entendeu ser lógico que sabendo ele que os Arguidos Tiago e Maria não tinham carro, nem carta de condução, dar-lhes boleia para Espanha era a sua forma de garantia de abastecimento de droga.

Ao longo da descrição dos factos provados e não provados encontram-se contradições semelhantes, em que o mesmo facto surge simultaneamente no elenco dos factos provados e, nas páginas seguintes do Acórdão, consta também no elenco dos factos não provados. *Infra*, quando esses factos sejam chamados à colação, serão salientados. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 11, parág. 3.1 e p. 21, parág. 3.2, e p. 24 parág. 3.3, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴²⁵ Salienta-se que na página 11 do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra é transcrito que foi dado como facto provado pelo Tribunal *a quo* que a heroína adquirida em Espanha era separada em embalagens de plástico em doses individuais na residência dos Arguidos Tiago e Maria. Em contradição, na página 21 do mesmo Acórdão é transcrito que este mesmo facto - nestes exactos termos - foi dado como facto não provado pelo Tribunal *a quo*. Mais uma vez, o Tribunal da Relação de Coimbra transcreveu a fundamentação do Acórdão do Tribunal *a quo* sem nem sequer pôr em causa ou mencionar esta contradição. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 11, parág. 3.1, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴²⁶ *Ibidem*.

⁴²⁷ *Ibidem*.

⁴²⁸ *Ibidem*.

⁴²⁹ O Acórdão refere a existência de um registo das operações de vigilância da PSP. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 23, parág. 3.3, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴³⁰ Mais é referido no Acórdão do Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco, como factos provados, que esse mesmo indivíduo A, no dia 10 de Março de 2010, pelas 15 horas e 52 minutos, e no dia 11 de Março de 2010, pelas 15 horas e 52 minutos, contactou previamente os Arguidos Tiago e Maria pelo telefone, para saber se tinham a droga, e, de ambas as vezes, comprou um pacote de heroína tendo entregue € 20,00 em dinheiro. Também, essa mesma pessoa, no dia 15 de Abril de 2010, pelas 11 horas e 50 minutos deslocou-se, uma vez mais, à residência dos Arguidos Tiago e Maria, mas como estes não estavam em casa, acabou por não adquirir qualquer heroína. Além disso, nos dias 26 de Abril de 2010, pelas 17 horas e 20 minutos, e no dia 29 de Abril de 2010, pelas 18 horas e 35 minutos, após ter telefonado aos Arguidos para saber se tinham a droga, comprou, de ambas as vezes, uma dose, tendo entregue € 20,00 em dinheiro. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 12, parág. 3.1, *Ac. cit.*, p. 9.

Concluiu-se que esse mesmo indivíduo, pelo menos desde o início de 2009, adquiria heroína aos Arguidos para consumir⁴³¹.

Outro indivíduo B, pelo menos desde o início de 2010, foi visto 7 a 8 vezes a ir ter à residência dos Arguidos Tiago e Maria, comprando de cada uma das vezes uma dose ou pacote, com cerca de 0,20 gramas, tendo entregue aos Arguidos € 20,00 em dinheiro, em cada uma das transacções⁴³². Também a esposa desse indivíduo B, foi vista a deslocar-se, mais do que uma vez, à residência dos Arguidos Tiago e Maria, em data não determinada, mas onde adquiriu pacotes de droga por € 20,00⁴³³.

Há ainda o indivíduo C que nos últimos dias de Fevereiro de 2010, em hora não concretamente apurada, foi visto a entregar ao Arguido Tiago € 10,00, por quantidade não determinada de heroína, que este lhe cedeu⁴³⁴.

Também no dia 11 de Março de 2010, o indivíduo C, tendo previamente telefonado à Arguida Maria para confirmar que esta tinha heroína para lhe vender, deslocou-se à residência dos Arguidos Tiago e Maria pelas 15 horas e 42 minutos, tendo-lhe entregue a Arguida Maria um pacote de heroína com o peso líquido de 0,123 gramas, tendo recebido em troca € 20,00 em dinheiro.

Existe ainda o indivíduo D que foi visto por agentes da polícia, em três ocasiões diferentes, entre Janeiro e Abril de 2010, a dirigir-se à residência dos Arguidos Tiago e Maria onde adquiriu três doses de heroína, por € 20,00 cada⁴³⁵.

Há ainda o indivíduo E que foi visto, por agentes da polícia, várias vezes, no decurso do ano de 2010, em datas não concretamente determinadas, a comprar droga junto à porta de entrada da residência dos Arguidos Tiago e Maria, e de todas as vezes que se deslocou, telefonava previamente, sendo que ora atendia a Arguida Maria, ora o Arguido Tiago que sempre confirmavam ter heroína

⁴³¹ Salienta-se que, simultaneamente, aparece elencado nos factos não provados pelo Tribunal *a quo*, que não ficou provado que o indivíduo A comprou heroína aos Arguidos Tiago e Maria, pelo menos 30 vezes. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 22, parág. 3.2, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴³² Salienta-se que, simultaneamente, aparece elencado nos factos não provados pelo Tribunal *a quo*, que não ficou provado que o indivíduo B comprou heroína aos Arguidos Tiago e Maria, pelo menos 12 vezes. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 12, parág. 3.1 e p. 22, parág. 3.2, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴³³ No dia 30 de Março de 2010, cerca das 17 horas e 49 minutos, o indivíduo B chegou junto da residência dos Arguidos Tiago e Maria ao volante do veículo de marca Fiat, modelo Punto, com a matrícula (...), acompanhado da sua esposa. O indivíduo B estacionou o veículo, e do seu interior saiu apenas a sua mulher, dirigindo-se à residência dos Arguidos e comprou uma dose de heroína por € 20,00, tendo voltado, de seguida, para o veículo automóvel e abandonado o local. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 12, parág. 3.1, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴³⁴ *Ibidem*.

⁴³⁵ Simultaneamente, aparece elencado nos factos não provados pelo Tribunal *a quo*, que não ficou provado que o indivíduo C telefonou previamente aos Arguidos Tiago e Maria e que após a confirmação de que os mesmos tinham heroína para vender, comprou um pacote por € 15,00. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 22, parág. 3.2, *Ac. cit.*, p. 9.

para vender⁴³⁶. Esse indivíduo E foi visto por agentes da polícia a comprar heroína aos Arguidos Tiago e Maria, junto à residência destes, uma vez antes do Verão de 2009 e, também pelo menos, uma vez de 15 em 15 dias, a partir de Outubro de 2009 até Abril de 2010, inclusive, tendo comprado uma dose de cada vez por € 20,00⁴³⁷. De todas as vezes, este indivíduo E telefonava previamente e em que ora atendia a Arguida Maria, ora atendia o Arguido Tiago, e que lhe confirmavam sempre ter heroína para vender e, uma vez chegado à residência dos Arguidos Tiago e Maria, ora era recebido pelo Arguido, ora era recebido pela Arguida⁴³⁸.

No decurso do ano de 2010, em datas e horas não concretamente determinadas, o indivíduo F, foi visto duas vezes a deslocar-se à residência dos Arguidos Tiago e Maria, telefonando-lhes previamente para confirmar se podia ir a sua casa para adquirir heroína, tendo obtido resposta afirmativa⁴³⁹. De ambas as vezes, foi o Arguido Tiago quem lhe abriu a porta e o recebeu, na primeira, esse indivíduo F comprou um pacote de heroína por € 20,00 e da segunda vez comprou três pacotes de heroína por € 50,00⁴⁴⁰.

Há ainda o Arguido Francisco, que foi visto, por agentes da polícia, em finais de 2008, a comprar pelo menos uma dose de heroína aos Arguidos Tiago e Maria. Esse Arguido Francisco, entre Julho de 2009 e Abril de 2010, comprou heroína aos Arguidos Tiago e Maria, no valor mensal entre € 300,00 a € 400,00⁴⁴¹.

Foi ainda observado o indivíduo H, que desde o início de Dezembro de 2009, até à data de detenção dos Arguidos, ou seja, até 30 de Abril de 2010, ia reiteradamente duas vezes por semana à residência dos Arguidos Tiago e Maria, e ora era recebido pelo Arguido, ora era recebido pela Arguida, e de cada vez, comprava uma dose de heroína por € 20,00⁴⁴².

No dia 23 de Abril de 2010, os Arguidos Tiago e Maria foram comprar a Espanha uma quantidade de heroína não apurada, sendo que para o efeito, utilizaram o carro do Arguido Francisco acima referido, o qual lhes deu boleia. Também no dia 27 de Abril de 2010, voltaram a sair os três às 16h30m para Espanha, e regressaram às 21h20m com uma quantidade de heroína não apurada⁴⁴³.

⁴³⁶ Este indivíduo E foi visto por agentes da polícia a deslocar-se à residência dos Arguidos Tiago e Maria várias vezes. Numa vez, comprou uma dose de heroína por € 20,00 e, noutra vez, comprou uma quantidade inferior de heroína, por € 10,00. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, pp. 13-14, parág. 3.1, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 14, parág. 3.1.

⁴³⁸ *Ibidem*.

⁴³⁹ *Ibidem*.

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

⁴⁴¹ *Ibidem*.

⁴⁴² *Ibidem*.

⁴⁴³ Salienta-se que, simultaneamente, aparece elencado nos factos não provados pelo Tribunal *a quo*, que não ficou provado que o Arguido Francisco actuou de forma concertada e em união de esforços com os Arguidos Tiago e Maria e que o mesmo também adquiria heroína em Espanha. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 22, parág. 3.2, *Ac. cit.*, p. 9.

No dia 29 de Abril de 2010, por volta das 22 horas, os Arguidos Tiago e Maria e o Arguido Francisco foram vistos novamente a sair juntos, num veículo automóvel em direcção a Espanha para comprar mais heroína⁴⁴⁴.

No dia 30 de Abril de 2010, pelas 3 horas, quando os três regressavam de Espanha em direcção à residência dos Arguidos, foram interceptados pelos Agentes da Polícia de Segurança Pública⁴⁴⁵.

Depois de elencados estes factos de forma tão cronologicamente pormenorizada, o Acórdão da Relação de Coimbra, passa logo de seguida, a referir que após se ter procedido à revista com recurso a meios médicos do Hospital verificou-se que a Arguida ocultava no seu corpo, de forma endovaginal, heroína com o peso líquido de 24,842 gramas⁴⁴⁶.

5.2. As Semelhanças com o Acórdão do TEDH *Jalloh vs. Alemanha*.

O Caso *Jalloh* e o caso do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, acima referido, têm em comum, ter como antecedente à intervenção corporal não consentida, a existência uma operação de vigilância por parte da polícia, tendo sido os factos observados pelos agentes nos episódios que se passaram em dias anteriores, que motivaram a detenção, quer do Requerente *Jalloh*, quer da Arguida Maria.

Ao contrário do que a polícia estava à espera, aquando a revista à roupa dos visados, nenhuma embalagem de droga foi encontrada. Em ambos os casos, foi alegado pelos representantes do Estado, o receio de que, a não valoração da prova obtida mediante a intervenção corporal não consentida, iria pôr em causa toda uma investigação, relacionada com um problema social grave, que é o crime de tráfico de droga

Tanto o Requerente *Jalloh* como a Arguida Maria recusaram-se a submeter-se à intervenção corporal que lhes foi proposta, para a obtenção da prova do crime de tráfico de droga. Não obstante, foi decidido levar a cabo coactivamente, a intervenção corporal, mesmo sem o consentimento dos visados.

Em ambos os casos, a decisão de proceder à intervenção corporal não consentida, foi imediata, sem passar pela ponderação ou autorização de um Juiz.

Nos dois casos, a prova obtida – as bolotas de droga - resultantes da intervenção corporal não consentida, foi admitida e valorada como prova, tendo sido decisiva na condenação. Neste ponto, o problema ainda é mais grave no caso da Arguida Maria, do Acórdão do Tribunal da Relação de

⁴⁴⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 15, parág. 3.1, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁴⁶ *Ibidem*.

Coimbra, porque a pena de prisão de 6 anos a que foi condenada, foi efectiva, e não suspensa como no caso *Jalloh*.

Os Tribunais Judiciais de 1ª e de 2ª Instância alemães e portugueses nem sequer se debruçaram sobre a proporcionalidade, necessidade, da existência de alternativas, ou da eventual qualificação da intervenção corporal não consentida como um tratamento desumano ou degradante, por considerarem, *a priori*, que a intervenção era legítima em prol do interesse público na condenação.

Quer o Tribunal Constitucional Alemão, quer o Tribunal Constitucional Português, se recusaram a analisar a constitucionalidade da questão, com fundamento na ausência de pressupostos formais.

Por razões que desconhecemos, o Advogado da Arguida Maria, não submeteu o caso à apreciação do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

5.3. A Necessidade, a Proporcionalidade e a Adequação do Método de Obtenção de Prova Utilizado.

O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra nada diz, no seu seguimento cronológico dos factos, o que aconteceu entre o momento da interceptação e detenção dos Arguidos por parte dos Agentes da Polícia de Segurança Pública e o momento em que a Arguida é revistada no Hospital, nomeadamente, omite os factos que levaram ao desencadear deste procedimento⁴⁴⁷.

⁴⁴⁷ A imprescindibilidade de saber, de forma rigorosa, as circunstâncias que presidiram à intervenção, para aferir da necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, é demonstrada em casos do TEDH, como *Wainwright vs. Reino Unido* e *Frérot vs. França*, nos quais não houve sequer uma intrusão corporal efectiva, mas devido às circunstâncias, os visados sentiram um fundado receio de haver essa possibilidade. No Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, foi realizada efectivamente uma intervenção corporal endovaginal e, de forma manifestamente censurável, quando se lhe coloca a questão da nulidade da prova, o Tribunal absteve-se de indagar as concretas circunstâncias de facto, a que a Arguida foi sujeita.

No caso do TEDH *Wainwright vs. Reino Unido*, em que o *Governor* britânico (director do estabelecimento prisional) ordenou que todas as pessoas que fizessem visitas prisionais aquele específico presidiário tinham de ser revistadas meticulosamente (sujeitas a uma *strip-search*), por existir “um fundado receio” de que podiam trazer droga consigo, por o presidiário ser suspeito de traficar droga dentro da prisão.

Sem qualquer conhecimento de tal ordem do *Governor*, uma senhora, Mary Wainwright, e o seu filho, o senhor Alan Wainwright - aquando a sua primeira visita prisional a esse presidiário (que era o seu filho e o seu irmão, respectivamente), após passarem pela revista inicial a que são sujeitos todos os visitantes (detecção de objetos metálicos, e passagem dos objectos pessoais por raio-x), a senhora Mary Wainwright e o senhor Alan Wainwright foram afastados dos restantes visitantes, e foram levados por quatro ou cinco guardas prisionais por um corredor, onde lhe foi comunicado que eram suspeitos de trazerem droga consigo. Por essa razão, foram informados que seriam sujeitos a uma *strip-search*, e que isso era uma condição obrigatória para poder visitar o presidiário.

A senhora e o senhor Wainwright foram separados e levados para salas distintas.

Num ambiente intimidativo, a senhora Wainwright foi levada, por duas senhoras guardas prisionais, para uma sala pequena, em que as janelas, apesar de terem estores, os mesmos não estavam fechados. As janelas tinham vista para a rua e para um prédio de escritórios imediatamente em frente. Estava escuro lá fora, e as luzes da sala estavam acesas, pelo que era possível ver-se, do lado de fora da prisão, tudo o que se estava a passar dentro da sala. A senhora Wainwright, foi obrigada a ficar totalmente nua enquanto estava a ser revistada.

A senhora Wainwright explicou às senhoras guardas prisionais que o seu filho padecia de uma deficiência, e que estava preocupada com a reacção dele por não entender o que se passava, e tinha receio que os guardas prisionais não soubessem lidar com a situação.

As senhoras guardas prisionais ignoraram a sua preocupação. Primeiro foi ordenado à senhora Wainwright que tirasse toda a roupa da parte superior do corpo. Enquanto uma das guardas prisionais examinava cada uma das peças de roupa que a senhora Wainwright tinha despido, a outra guarda prisional caminhava em seu redor, observando a parte superior despida do seu corpo. Por se sentir humilhada, e intimidada, começou a chorar enquanto era revistada. Foi-lhe dito que podia voltar a vestir a blusa, e, de seguida foi-lhe ordenado para baixar as cuecas e afastar as pernas. Depois, disseram-lhe para tirar uma das pernas da cueca para que fosse possível abrir as pernas com uma maior amplitude. Depois ordenaram-lhe para se curvar para a frente. O seu ânus e vagina foram revistados visualmente. Depois, foi-lhe ordenado que levantasse a blusa acima dos seios. A senhora Wainwright perguntou às senhoras guardas prisionais se tal era mesmo necessário, uma vez que a parte superior do seu corpo já tinha sido revistada. As senhoras guardas prisionais ignoraram a sua pergunta e continuaram a revista, caminhando e olhando em redor do corpo da senhora Wainwright.

No fim do procedimento, a senhora Wainwright estava a tremer e visivelmente angustiada e perturbada. Só depois de lhe ter sido ordenado que se voltasse a vestir, é que lhe foi entregue para assinar uma declaração onde dava o seu consentimento para lhe ser efectuada uma revista, nomeadamente uma *strip-search* e onde constava em anexo a descrição sumária do procedimento. A senhora Wainwright disse que só assinava se as senhoras guardas prisionais lhe garantissem que não lhe iriam fazer mais nada, e tendo tido uma resposta positiva, assinou sem ler.

Apesar de não ter sido tocada pelas senhoras guardas prisionais, a senhora Wainwright, sentiu-se coagida e compelida a obedecer às suas instruções.

Num ambiente intimidativo, o senhor Wainwright - que sofria de paralisia cerebral e consequentemente padecia de um atraso no desenvolvimento intelectual e no comportamento social - foi levado, por dois senhores agentes prisionais, para uma sala. Depois, os agentes prisionais colocaram luvas de látex. Ao ver isto, o senhor Wainwright começou a ficar nervoso, com medo e a sentir-se indefeso, por achar que ia ser sujeito a uma intrusão corporal ao ânus. Foi-lhe ordenado que despisse toda a roupa da parte superior do seu corpo. Um dos senhores guardas prisionais tocou e tacteou a parte superior do corpo do senhor Wainwright, e tacteou também, com os dedos, as suas axilas. De seguida, foi-lhe ordenado que despisse toda a roupa da parte inferior do corpo. Ele recusou-se a tirar os boxers. Nesta altura, o senhor Wainwright já tremia e chorava. Acabou, com alguma relutância, por despir os boxers. Ordenaram-lhe que afastasse as pernas. Devido à sua deficiência física, para não perder o equilíbrio, teve de apoiar-se, com uma mão, na parede. Um dos guardas prisionais andou em redor do senhor Wainwright, observando o seu corpo atentamente. O guarda prisional agarrou e levantou o pénis do senhor Wainwright e puxou o prepúcio para trás. Depois, ordenou-lhe que se vestisse novamente. O outro guarda prisional saiu da sala e voltou com uma declaração de prestação de consentimento e pediu ao senhor Wainwright que a assinasse. O senhor Wainwright explicou que, devido à sua doença, não conseguia ler e que alguém tinha que ler o documento, em voz alta, para ele pudesse perceber o que lá estava escrito. Pediu que fosse a sua mãe, a senhora Wainwright, a ler o documento. Os guardas prisionais ignoraram o seu pedido e ameaçaram-no dizendo que se não assinasse, não poderia visitar o seu irmão que estava preso. O senhor Wainwright acabou por assinar o documento.

Uma vez findo o procedimento, a senhora e o senhor Wainwright foram encaminhados para a zona de visitas onde se encontrava o presidiário que pretendiam visitar. A senhora Wainwright contou ao seu filho que estava preso o que se tinha passado. Estava tão perturbada, que teve de ir à casa de banho chorar, e vomitou pelo menos quatro vezes. O senhor Wainwright ainda tremia e estava nervoso. A senhora e o senhor Wainwright acabaram por ir embora mais cedo, não tendo ficado o tempo todo de duração do período de visitas.

Quando chegou a casa, a senhora Wainwright, tirou as suas roupas e foi tomar um duche por se sentir suja, perturbada e chateada. A depressão de que já padecia, agravou-se consideravelmente. O senhor Wainwright quando chegou a casa, fechou-se no seu quarto a chorar. Durante meses, afastou-se das pessoas que lhe eram próximas, incluindo o seu filho bebé, e ficava a maior parte do tempo no seu quarto. Não queria sair de casa sozinho e quando saía tinha ataques de pânico e ansiedade. O senhor e a senhora Wainwright começaram a ter dificuldades em dormir, e estavam constantemente a recordar-se do sucedido. O senhor Wainwright tinha pesadelos em que se via a ser sujeito novamente a entrar na sala com os agentes e a ser revistado nu. Os dois foram vistos por um médico professor doutor em psiquiatria e que diagnosticou à senhora e ao senhor Wainwright sintomas de stress pós-traumático em consequência do procedimento de *strip-search* a que foram sujeitos.

O TEDH salientou que nestes casos, em que se afere a qualificação como tratamento desumano ou degradante, tem uma enorme relevância a forma como foi realizado o procedimento, tendo considerado que os agentes prisionais não respeitaram com rigor todos cuidados e as normas procedimentais existentes, de forma a respeitar a dignidade humana dos visados da melhor forma possível. Cfr. Caso *Wainwright vs. Reino Unido*, processo n.º 12350/04 de 26 de Setembro de 2006, disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-76999"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

No caso *Frérot vs. França*, o TEDH considerou que a revista ao corpo do visado (presidiário), que incluía a inspecção visual do ânus, para averiguar a existência de objectos ou substâncias proibidas, apenas devem ser realizadas se tal for

Num Acórdão em que está a ser discutida a eventual nulidade desta intervenção corporal não consentida levada a cabo para obter prova contra a Arguida, era fundamental perceber o que terá acontecido para que as autoridades ordenassem a sua revista no Hospital. O que as autoridades tinham observado até ao momento, era que os Arguidos iam comprar heroína a Espanha, e empacotavam a droga em doses individuais na sua residência⁴⁴⁸, mas não existia indicação nenhuma que os Arguidos escondiam a droga dentro do seu corpo. Fica assim em aberto saber se os Arguidos tinham a prática de esconder a droga no corpo, em vez de a esconder no carro, ou se naquele dia, a Arguida ao aperceber-se da presença da polícia, resolveu esconder a droga e se os agentes terão ou não visto esse comportamento de ocultação da prova.

Para aferir da legitimidade da intervenção corporal não consentida seria fundamental perceber como é que os agentes suspeitaram que a Arguida tinha droga escondida dentro do seu corpo, para a terem levado para o Hospital. Era essencial aferir se ela foi levada porque existia uma suspeita fundada, ou se foi levada ao Hospital apenas por prevenção e sem qualquer indício de que teria droga oculta no interior do seu corpo. Salienta-se que no momento da detenção dos Arguidos, a polícia foi à sua residência⁴⁴⁹ e encontraram duas embalagens de plástico com heroína, uma com o peso líquido de 0,040 gramas e outra com o peso líquido de 1,242 gramas, além de várias seringas usadas⁴⁵⁰. Por isso, a polícia já tinha em seu poder provas para sustentar a futura Acusação de que os Arguidos Tiago e Maria estariam a traficar droga.

Para aferir da eventual nulidade da prova, o Tribunal da Relação de Coimbra salienta que no documento junto ao processo, sob o título de “episódio de urgência”, consta que o médico foi informado pelos órgãos de polícia criminal que a heroína estaria ocultada de forma endovaginal, sendo que o conhecimento dos órgãos de polícia criminal, de acordo o depoimento de um agente da PSP em audiência, adveio das declarações prestadas pela Arguida, na altura mera suspeita, ainda no posto policial⁴⁵¹.

estritamente necessário, devido a circunstâncias específicas, ou houver fundadas suspeitas de que o visado escondia algo naquela parte do corpo. Cfr. Caso *Frérot vs. França*, processo n.º 70204/01, de 12 de Junho de 2007, disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-81008"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

⁴⁴⁸ Estes dois factos – o de que desde finais de 2008 os Arguidos começaram a comprar heroína em Espanha, e que a mesma era separada e empacotada em doses individuais – constavam da acusação pública, mas foram dados como não provados pelo Acórdão do Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 21, parág. 3.2, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴⁴⁹ A casa em que os Arguidos habitavam encontrava-se totalmente degradada, com um cheiro nauseabundo e muito lixo acumulado. Na sua residência não foi encontrado dinheiro, o que confirma a alegação da defesa, no sentido de que o lucro obtido com a droga vendida era para fazer face às despesas do consumo de droga dos próprios Arguidos Tiago e Maria que eram toxicodependentes. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 16, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 16, parág. 3.1, *Ac. cit.*, p. 6.

⁴⁵¹ A folhas 113 do Processo. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 10, parág. 2, *Ac. cit.*, p. 9. Contudo, no despacho de autorização do Procurador-Adjunto do Ministério Público, elaborado em

O que o Tribunal da Relação de Coimbra não questiona sequer é incoerência de a Arguida ter escondido a droga e quando nada é detectado na revista, denunciar-se a si própria, e ao mesmo tempo não dar o seu consentimento para retirar voluntariamente a droga da sua vagina.

Depois da recusa da Arguida, foi contactado o titular do inquérito, o Procurador-Adjunto do Ministério Público, que por telefone, deu ordens para que se procedesse à “revista/perícia”, nos termos do n.º 3 do artigo 53.º do DL 15/93 de 22 de Janeiro⁴⁵².

A Arguida, na altura, mera Suspeita, foi conduzida a um Hospital para se efectuar a intervenção corporal não consentida endovaginal. O procedimento, ocorreu às 3h45m nesse mesmo dia da detenção, dia 30 de Abril de 2010⁴⁵³.

O Auto da Constituição de Arguida só foi emitido posteriormente, às 4h20m do dia 30 de Abril de 2010⁴⁵⁴.

Salientamos que, de acordo com os factos provados no Acórdão, a interceptação da PSP e detenção dos Arguidos quando voltavam de Espanha com destino à sua residência, foi às 3h00m do dia 30 de Abril de 2010. Às 3h45m já estava a Arguida no Hospital para lhe ser retirada a droga coactivamente.

Decorreram apenas 45 minutos entre a detenção da Arguida e a intervenção corporal não consentida.

Consideramos que a urgência e rapidez com que foi levado a cabo a intervenção corporal não consentida, tão gravosa para a visada, é incompatível com o argumento de “assegurar o efeito útil da investigação e imprescindível a salvaguardar a prova”, porque antes de a Arguida ter sido levada para o Hospital já tinha sido encontrada, imediatamente após a detenção, na residência dos Arguidos uma embalagem de plástico com heroína com o peso líquido de 0,040 gramas e uma outra com o peso líquido de 1,242 gramas⁴⁵⁵.

Diferentemente do nosso entendimento, o Tribunal da Relação de Coimbra desconsidera a alegada falta de formalidade de uma ordem com tais implicações, dada por telefone, louvando o

momento posterior à intervenção corporal à Arguida, é referido que o conhecimento da existência de droga oculta no corpo da Arguida, adveio das declarações do Arguido Francisco a um dos agentes da PSP.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 28, parág. 4.1.

⁴⁵³ De acordo com o relatório de “episódio de urgência”. A folhas 113 do Processo. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 10, parág. 2, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴⁵⁴ Tivemos o cuidado de consultar a totalidade do processo, no Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco, para ter a certeza de que existe efectivamente uma omissão, acerca das circunstâncias que levaram à decisão de proceder a uma intervenção corporal endovaginal, bem como acerca da forma como a Arguida foi coagida a submeter-se ao procedimento.

⁴⁵⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 15, parág. 3.1, *Ac. cit.*, p. 9.

facto de o Magistrado do Ministério Público ter validado posteriormente a ordem telefónica com um despacho redigido e datado a 30 de Abril de 2010, o mesmo dia do procedimento⁴⁵⁶.

O que o Tribunal da Relação de Coimbra não justifica é a compatibilização desse entendimento, com a qualificação - que o próprio Tribunal atribui ao crime praticado pelos Arguidos - como de “criminalidade altamente organizada”, consagrando expressamente a lei processual penal, no n.º 6 e na alínea a) do n.º 5 do artigo 174.º do Código de Processo penal, que na criminalidade altamente organizada⁴⁵⁷, é obrigatória a validação do Juiz de Instrução Criminal, o que nunca veio a suceder, no caso concreto da Arguida. Independentemente deste artigo poder ser interpretado no sentido em que a validação tenha de ser prévia ou posterior ao procedimento, neste caso, pela gravidade do procedimento que sendo endovaginal que inflige sofrimento e dor à visada, para obter prova para ser utilizada num processo crime contra ela própria, não pode deixar-se de defender que, nestes casos, tem de ser acautelado e garantido - previamente à realização do procedimento - por parte do Juiz de Instrução Criminal, imparcial ao interesse em ter provas para sustentar a acusação, para garantir a tutela dos direitos fundamentais da visada e prevenir uma intervenção ilegítima.

Nada consta no documento “episódio de urgência” junto ao processo, como foi feito tal procedimento, ou se sequer foram ponderadas alternativas. Não se sabe, por exemplo, se terá sido empregue o uso da força contra a Arguida, para ultrapassar a sua recusa em submeter-se ao procedimento.

5.4. O Grau de Gravidade do Tipo de Intervenção Corporal Não Consentida e a Obrigação de Fundamentação.

Atendendo à admissão e valoração da prova obtida por intervenção corporal endovaginal não consentida feita à Arguida Maria, e que tal teve uma enorme relevância na condenação dos dois Arguidos Tiago e Maria, ambos interpuseram recurso, do despacho de improcedência da arguição de nulidade do meio de obtenção de prova utilizado, para o Tribunal da Relação de Coimbra.

O Arguido Tiago alegou, em sede de recurso, que o método de obtenção de prova violou o artigo 174.º do Código de Processo Penal, bem como, o artigo 53.º do DL n.º 15/93, de 22 de

⁴⁵⁶ O despacho encontra-se a folhas 157 o processo. Salientamos que o facto de o despacho ter a data do dia da realização do procedimento, não é significativo. O que releva é que no período entre ter sido dada a ordem e o momento em que foi levado a cabo o procedimento (decorreram menos de 45 minutos entre um e outro, só havia uma ordem dada telefonicamente.

Se a detenção foi às 3h do dia 30 de Abril de 2010, e o procedimento no Hospital foi às 3h45, a ordem telefónica foi dada entre este período. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 28, parág. 4.1, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴⁵⁷ *Ibidem*.

Janeiro⁴⁵⁸. Alegou que o método de obtenção de prova é nulo por ter implicado uma intromissão na vagina da Arguida, que além de ter sido sem consentimento desta, foi realizada na ausência de um despacho do Juiz de Instrução Criminal que o autorizasse, em violação do artigo 53.º do DL n.º 15/93 de 22 de Janeiro, do n.º 1 alínea a) do artigo 269.º, do n.º 2 do artigo 154.º e do n.º 3 do artigo 126.º do Código de Processo Penal⁴⁵⁹.

Além disso, o Arguido Tiago alegou, em sede de Recurso, que é inconstitucional a interpretação do n.º 3 do artigo 126.º e do n.º 2 do artigo 154.º do Código de Processo Penal e do artigo 53.º do DL n.º 15/93 de 22 de Janeiro, no sentido de permitir utilizar a prova obtida mediante intrusão na vagina da Arguida, sem que esta o consentisse ou sem que o Juiz de Instrução o ordenasse, por violação do n.º 8 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa⁴⁶⁰. Em sede de recurso foi pedido pelo Arguido que fosse declarada nula a perícia efectuada à Arguida, da qual resultou a apreensão de 24,482 g de heroína⁴⁶¹.

No mesmo sentido, foi alegado pela Arguida Maria, em sede de Recurso, que esta não autorizou a extracção da droga oculta, de forma endovaginal. Alegou que os artigos 151.º a 171.º do Código de Processo Penal apenas legitimam a que a Arguida fosse compelida a ser submetida a exame ou a perícia sem o seu consentimento, desde que haja uma autorização da autoridade judiciária competente⁴⁶². No caso concreto da Arguida Maria, o método de obtenção de prova escolhido foi realizado em cumprimento de uma ordem que foi dada verbalmente e sem qualquer fundamentação por parte do Procurador-Adjunto do Ministério Público e o mesmo não assistiu à diligência⁴⁶³. Estas circunstâncias, foram o fundamento do pedido da Arguida, para que fosse declarada inválida a decisão do Procurador-Adjunto do Ministério Público, por não preencher os requisitos legais, e consequentemente, sendo ilícita a prova obtida, constitui uma objecção à sua admissibilidade e valoração em julgamento para a condenação da Arguida⁴⁶⁴.

Salientamos que, a propósito de outro caso – que era muito menos gravoso que o da Arguida⁴⁶⁵ - o Tribunal da Relação do Porto, no Acórdão de 10 de Julho de 2013⁴⁶⁶ referiu, em

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 2.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p. 2, parág. 4.1.

⁴⁶⁰ *Ibidem*.

Consagra o n.º 8 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa:

“Artigo 32.º - *Garantias do Processo Criminal*

8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.”

⁴⁶¹ *Ibidem*.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 2, parág. 4.2.

⁴⁶³ *Ibidem*.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, pp. 2-3, parág. 4.2.

⁴⁶⁵ Estava em causa a legitimidade de uma mera zaragatoa bucal coactiva ordenada por despacho escrito e fundamentado do Procurador-Adjunto do Ministério Público.

consonância com o nosso entendimento, a importância da intervenção corporal não consentida ter de ser fundamentada.

Entendeu o Tribunal da Relação do Porto no caso das intervenções corporais como modo de obtenção de prova, como seja a mera recolha de saliva através de zaragatoa bucal, podem ser obtidas por via compulsiva. Contudo, o Tribunal da Relação do Porto acrescentou ainda que as intervenções corporais não consentidas apenas se mostram aceitáveis e legitimadas se (i) estiverem legalmente previstas, (ii) perseguirem uma finalidade legítima, mostrarem-se proporcionais entre a restrição dos direitos fundamentais em causa como a integridade pessoal, intimidade, autodeterminação informativa e (iii) os fins perseguidos, revelando-se (a) idóneas (b) necessárias e na (c) justa medida⁴⁶⁷. Para o efeito, essas intervenções corporais devem ser judicialmente⁴⁶⁸ determinadas (iv) e estar devidamente motivadas (v) não sendo admissíveis quando corresponderem, na sua execução, a tratamentos desumanos ou degradantes (vi), optando-se, neste caso e em sua substituição, por qualquer outra mostra de fluido orgânico que possa ser devidamente recolhida para determinação do ADN⁴⁶⁹.

Ora, se o Tribunal da Relação do Porto, num caso de zaragatoa bucal coactiva, demonstra uma preocupação em invocar, entre outros, o Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos *Jalloh vs. Alemanha* e em elencar critérios de ponderação para aferir da sua legitimidade, não se percebe porque é que o Tribunal da Relação de Coimbra, num caso de intervenção corporal endovaginal coactiva, só se limita a defender a sua qualificação como revista ou perícia, e a legitimidade da falta de formalidade da ordem do Procurador-Adjunto do Ministério Público, pela

⁴⁶⁶ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto - Processo n.º 1728/12.8JAPRT.P1 de 10 de Julho de 2013, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/50331a8bd88a08bc80257bad004a4597?OpenDocument>.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 1.

⁴⁶⁸ Mais uma manifesta contradição com o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 30 de Março de 2011 que defendeu que o facto de a lei processual penal exigir que a autorização para a intervenção corporal não consentida seja proferida por uma autoridade judiciária, não significa que necessariamente que tenha de ser por uma autoridade judicial, razão pela qual considerou que a ordem telefónica do Magistrado do Ministério Público era, por si só, suficiente e que conferia legitimidade à realização da intervenção corporal não consentida. *Vide*, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 1, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴⁶⁹ ZUPANČIČ salienta que houve uma quebra, ao longo do tempo, dos limiares mínimos em matéria da admissibilidade de prova. Enquanto em 1952, no caso *Rochin vs Califórnia*, não havia dúvidas que levanta uma objecção de consciência violar o direito à intimidade e vida privada do suspeito, entrando na sua casa, e pelo uso da força, obriga-lo a abrir a boca, e a extracção coactiva da droga do seu estômago. Foi considerado que este comportamento das autoridades - de não olhar a meios para obter prova - ultrapassou claramente todos os limites, não tendo o valor do interesse público na condenação um valor absoluto.

A partir de 2006, com o caso *Jalloh vs. Alemanha*, o que antes era pacífico, começa a ser ponderado e discutível. Esta mudança está relacionada com a evolução na Doutrina pela diferenciação entre o conceito de tortura e tratamento desumano e degradante, baseada numa hierarquia de valores. A conduta da polícia só levanta uma objecção de consciência se for considerada tortura ou tratamento desumano e degradante e apenas nestes casos não é considerada legítima. Nesta matéria, importa existir rigor por parte do Julgador, sem qualquer receio de condenar este tipo de práticas, que jamais poderão fazer parte integrante de um Estado de Direito. Cfr. Declaração de Voto do Juiz Boštjan M. Zupančič, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 45, *Ac. cit.*, p. 9.

urgência em acautelar a integridade da prova e a gravidade do crime, sem pôr em causa, em momento algum, ou sequer mencionar os direitos fundamentais da Arguida. O Tribunal da Relação de Coimbra nem sequer demonstrou uma preocupação de ponderar de valores como a prossecução da descoberta da verdade e o direito à integridade física e o direito à não auto-incriminação da Arguida⁴⁷⁰.

Referiu o Tribunal da Relação de Coimbra que considerou os argumentos dos Arguidos Tiago e Maria para a não admissão e valoração da prova obtida da vagina da Arguida “são absolutamente genéricos e pouco eivados em factos justificativos da pura alegação”⁴⁷¹.

Na sua decisão, o Tribunal da Relação de Coimbra, numa moldura penal de 4 a 12 anos de prisão, condenou os Arguidos Tiago e Maria, na pena de 6 anos de prisão⁴⁷². Referiu o Tribunal da Relação de Coimbra que a enorme quantidade de droga apreendida com o inerente potencial lesivo para a saúde individual e pública, impede que se qualifique o crime como de tráfico de menor gravidade⁴⁷³.

Na fundamentação desta condenação o Tribunal considerou que o tráfico de estupefacientes, é uma matéria complexa de difícil e tortuosa prova”, e que constitui do ponto de vista económico, criminal e social “um autêntico flagelo e dificilmente seria aceitável para o conjunto dos cidadãos que a pena correspondente a tal ilícito fosse mais baixa do que seis anos e que fosse ainda suspensa na sua execução”⁴⁷⁴.

Acrescentou também que os “agentes se desresponsabilizaram das obrigações para com a comunidade em que estão inseridos, apesar de cientes das consequências da sua opção, permitindo-se viver à custa da sociedade, sem trabalhar” e ainda que “não podemos olvidar a gravidade deste comércio de corpos e de almas que é o tráfico de estupefacientes, capaz de lançar tanto jovem e suas famílias na penúria económica, emocional e física”.⁴⁷⁵ O Tribunal da Relação de Coimbra referiu

⁴⁷⁰ Mais se acrescenta que, em 61 páginas da fundamentação do Acórdão, se encontra apenas uma frase, em nota de rodapé, em que é feita referência ao direito à presunção de inocência, e apenas no contexto de justificar a formação de uma convicção judicial em processo penal com base em prova indiciária. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 61, nota de rodapé 8, parág. 2, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 57.

⁴⁷² Sendo que o Arguido Francisco, que dava boleias aos Arguidos Tiago e Maria para Espanha, o que lhes permitia ter droga para vender, teve a sua pena como cúmplice suspensa na sua execução. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 58, nota de rodapé 1, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴⁷³ “ (...) a quantidade de droga em causa, o *modus operandi* dos Arguidos, os montantes envolvidos até ao momento da detenção e a ausência de fontes de rendimento conhecidas, não são passaporte para que possamos antever razões para a diminuição da ilicitude no comportamento dos Arguidos”. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 54, parág. 4.2.2.1, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴⁷⁴ *Ibidem*, p. 42 e p. 57, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴⁷⁵ Foi também referido como fundamento da decisão de condenação, que “somos nós que podemos também escolher o nosso próprio destino, passageiros de um tempo igualmente por nós determinado. E a escolha (dos Arguidos) foi errada, mesmo aos quase 30 anos de idade”. Além disso, que o facto de os Arguidos “não terem actividades profissionais, os

ainda, que as penas mostram-se equilibradas e ajustadas às necessidades de prevenção, neste caso, em que “os Arguidos prevaricam, à custa da desgraça alheia (para já não falar da sua)”.⁴⁷⁶

Nas várias páginas da fundamentação da decisão de condenação dos Arguidos Tiago e Maria, na pena de seis meses de prisão efectiva, são poucas as frases, em que o Tribunal da Relação de Coimbra apresenta exclusivamente argumentos jurídicos e não argumentos padecidos de um preconceito relativamente à toxicodependência dos Arguidos, nomeadamente, que para o preenchimento do tipo penal basta a simples detenção, distribuição e trânsito do produto estupefaciente⁴⁷⁷, o facto de não serem primários, tendo praticado este crime depois de uma condenação por consumo agravado, o dolo directo com que agiram os dois arguidos; a média ilicitude dos factos pela colaboração em actividade de tráfico de estupefacientes que permitiu a difusão de droga em dimensões consideráveis, o que demonstra a indiferença dos Arguidos pelos direitos de terceiros como a vida e a integridade física, considerando o Tribunal da Relação de Coimbra, não existir razão para lhes aplicar o mínimo legal da pena, entendendo ser equilibrada a pena de 6 anos de prisão efectiva que se “afigura indispensável para que não sejam postas irremediavelmente em causa a necessária tutela dos bens jurídicos e estabilização das expectativas comunitárias”⁴⁷⁸.

5.5. O Requisito da Existência de uma Autorização da Autoridade “Judiciária ou Judicial” Competente?

O Tribunal *a quo* interpretou o n.º 1 do artigo 172.º do Código de Processo Penal no sentido em que a autorização conferida por autoridade judiciária para obtenção de prova, compelindo a

pode levar de novo ao jugo e à descoberta dos heróis e das heroínas do costume.” Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, pp. 57-58, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 57, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴⁷⁷ A natureza de crime de perigo abstracto permite uma “antecipação da tutela penal, independentemente da efectiva lesão do bem jurídico em causa, a saúde pública, antecipação cifrada na punição dos primeiros actos de execução do agente”. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 50, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴⁷⁸ É “(...) a culpa que fixa o limite máximo da pena que no caso será aplicada – a finalidade de prevenção geral de integração ou positiva orienta a determinação concreta da pena abaixo do limite máximo indicado pela culpa, aparentando-se mais com a prevenção especial de socialização, sendo esta a determinar, em última instância, a medida final da pena. (...)”

Na verdade, só se justificará a aplicação de uma pena se ela for necessária e na exacta medida da sua necessidade, ainda que sempre subordinada a uma incondicionável proibição de excesso, conquanto, ainda que necessária, a pena que ultrapasse o juízo de censura que o agente mereça é injusta e dessa forma inadmissível. (...)

No crime de tráfico de estupefacientes, como crime de perigo abstracto, as exigências de prevenção geral, são determinantes na fixação da medida concreta da pena, para aquietação da comunidade e afirmação de valores essenciais afectados por comportamentos que, antes e para além de causarem efectivos danos, são aptos a colocar em perigo bens jurídicos essenciais, como sejam a segurança da comunidade, a saúde e vida dos dependentes de estupefacientes e até a vida, de indiscutível valor supremo. As necessidades de prevenção geral são prementes, visto que a situação que se vive em Portugal em termos de tráfico e de toxicodependência é grave, traduzida num significativo aumento da criminalidade (...). Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 51 e p. 57, *Ac. cit.*, p. 9.

Arguida a exame endovaginal, sob o uso da força, sem o seu consentimento, não tem de ser necessariamente emanada por uma autoridade judicial, considerando válida e legítima a decisão do Procurador-Adjunto do Ministério Público e consequentemente admissível e susceptível de ser valorada em julgamento a prova resultante e da extracção da droga do corpo da Arguida⁴⁷⁹.

A Arguida Maria alegou que tal interpretação e decisão viola o disposto nos n.ºs 1 e 3, do artigos 26.º; os n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 18.º; o n.º 1 do artigo 25.º; os n.ºs 2 e 3 do artigo 27.º e o n.º 8 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa⁴⁸⁰.

Pelos fundamentos acima referidos, a Arguida pediu, em sede de Recurso, que o Tribunal da Relação de Coimbra declarasse nula a prova obtida, a qual consistia na droga que foi coactivamente extraída do corpo da Arguida de forma endovaginal⁴⁸¹.

Em resposta a estes dois recursos, o Ministério Público, defendeu que considera que a diligência de obtenção de prova no corpo da Arguida consubstancia uma revista, nos termos dos artigos 53.º e 42.º do DL 15/93 de 22 de Janeiro e os n.ºs 1, 3 e 5 alínea a) do artigo 174.º; a alínea m) do artigo 1.º e o artigo 151.º do Código de Processo Penal⁴⁸². O Ministério Público alegou ainda que estando o processo em fase de inquérito, a autoridade judiciária competente para autorizar a revista era o Ministério Público, pelo que, não houve qualquer violação do disposto nos artigos 126.º, 171.º e 172.º do Código de Processo Penal⁴⁸³. Além disso, o Ministério Público acrescentou que considera devidamente fundamentado o despacho de improcedência da arguição de nulidade do meio de obtenção de prova utilizado para extrair a droga do corpo da Arguida⁴⁸⁴.

O Arguido Tiago recorreu do Acórdão do Tribunal *a quo*, por não se conformar com a factualidade dada como provada, nem com a qualificação jurídica de “grande tráfico” conferida⁴⁸⁵, por ser desconforme ao n.º 1 do artigo 21.º do DL 15/93 de 22 de Janeiro, nem com a consequente medida da pena fixada⁴⁸⁶.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, pp. 2-3, parág. 4.2.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p. 3, parág. 4.2.

⁴⁸¹ *Ibidem*.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 3, parág. 4.3.

⁴⁸³ *Ibidem*.

⁴⁸⁴ *Ibidem*.

⁴⁸⁵ Foram consideradas provadas 55 transacções, 6,765 gramas transaccionadas, 8 compradores, ano e meio de actividade ilícita, um agente em situação de miséria e de toxicodependência, inexistência de proveitos económicos da actividade ilícita. Por esta razão, o Arguido Tiago defende que se deve qualificar como um crime de tráfico e menor gravidade, nos termos do artigo 25.º do DL 15/93 de 22 de Janeiro. Em sede de Recurso, defendeu o Arguido Tiago que a qualificação mais gravosa do crime é inconstitucional por violação do n.º 1 do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa.

Atendendo também às circunstâncias e à moldura penal do crime de tráfico de 4 a 12 anos, o Arguido Tiago defende que a pena aplicável, por não corresponder ao limite mínimo da moldura legal, ultrapassa o grau de culpa do agente, em violação do n.º 1 do artigo 71.º do Código Penal. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 4, parág. 5.1, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, pp. 3-4, parág. 5.1.

Também a Arguida Maria recorreu do Acórdão do Tribunal *a quo*, impugnando a matéria dada por provada por ter tido origem numa prova que considera nula, por ter sido obtida sob o uso da força, sem o seu consentimento e incumprindo os requisitos legais, ao que acresce, tratar-se de um método de obtenção de prova gravoso porque implicou a extracção da droga oculta no corpo da Arguida de forma endovaginal⁴⁸⁷. O Advogado de defesa da Arguida alegou em sede de recurso que esta é a única prova que existe contra a Arguida, e a forma como foi obtida, justifica que seja considerada nula, e consequentemente a Arguida deverá ser absolvida⁴⁸⁸.

O Ministério Público, por concordar com os termos e factos da decisão recorrida, pugnou pela improcedência dos quatro recursos⁴⁸⁹.

O Tribunal da Relação de Coimbra considera, nomeadamente, que foi feito à Arguida um “exame médico-legal”⁴⁹⁰. Afirmou o Tribunal da Relação de Coimbra que nos exames inspeccionam-se os vestígios que possa ter deixado o crime, mas esta inspecção não só exige especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, como os vestígios ou são depois objecto de perícia ou valorados directa e livremente pela autoridade judiciária. A propósito desta última parte, o Tribunal da Relação de Coimbra alude ao n.º 1 do artigo 163.º do Código de Processo Penal e cita o preceito na parte em que o juízo técnico e científico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação pelo julgador⁴⁹¹.

Diferentemente, no nosso entendimento, este preceito visa exclusivamente o momento posterior à decisão de se proceder a um exame e não diz respeito à formação da decisão de coagir alguém a submeter-se a exame contra a sua vontade, e por isso, não faz sentido que o Tribunal da

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 4, parág. 5.2.

⁴⁸⁸ O Advogado de defesa da Arguida alegou ainda que esta pretende matricular-se no ensino superior e continuar a estudar, que é uma pessoa estimada na comunidade, tem o apoio familiar para a sua recuperação e está com vontade de se submeter a tratamento à toxicoddependência, assim como o facto de ter pedido em julgamento uma última oportunidade. Alegou ainda que a culpa da Arguida é atenuada pela intenção com que praticou os factos, já que apenas vendia para consumir. Com estes fundamentos, Advogado de defesa da Arguida requereu ao Tribunal que fosse reduzida a pena ao limite mínimo da moldura legal, com pena suspensa, tendo a Arguida a injunção de se submeter a um tratamento até à sua plena recuperação, cuja frequência será provada ao Tribunal.

Foi dado como provado pelo Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco que a Arguida apresenta consciência crítica face ao crime pelo qual vem acusada, reconhecendo os prejuízos causados às vítimas e à sociedade. Além disso, que a sua situação jurídico-processual causa-lhe elevada ansiedade.

Entendeu o Tribunal da Relação de Coimbra, que tal vontade de se reintegrar não deverá ser valorizada, atendendo ao facto de “os toxicoddependentes têm vontades que a razão desconhece”. Além disso, considerou o Tribunal da Relação de Coimbra que a família da Arguida, nomeadamente, o seu pai - que demonstrou perante o Tribunal *a quo* disponibilidade para apoiar a filha na recuperação - não merece credibilidade, por estarmos “perante um progenitor que nem conhece a filha que tem.” O Tribunal da Relação de Coimbra disse também “pouco contar com familiares cansados de tanta promessa.” Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 4, parág. 5.2., p. 5 e p. 8, parág. 5.2, p. 21, parág. 3.1, p. 47, parág. 4.2.1.8. p. 57, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 8, parág. 5.3.

⁴⁹⁰ O exame médico-legal implica, no presente caso, que se inspecione, se observe ou se examine uma pessoa, a e que após tal inspecção, observação ou exame se registem documentalmente, em auto, quaisquer vestígios do crime. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 28, parág. 4.1, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 30, parág. 4.1.

Relação de Coimbra invoque este preceito para justificar, no caso da Arguida, a inexistência de qualquer apreciação por parte Juiz de Instrução Criminal.

No mesmo sentido, PINTO DE ALBUQUERQUE entende que “o Ministério Público não tem competência para ordenar o exame susceptível de ofender o pudor de pessoa (isto é, que incide sobre parte do corpo humano com conotação sexual) que não tenha prestado consentimento, pois este exame só pode ser determinado pelo Juiz. Em síntese, o Ministério Público tem competência para ordenar, ao abrigo do n.º 1 do artigo 172.º do Código de Processo Penal, exame que seja susceptível de ofender o pudor de pessoa que tenha prestado consentimento, mas o Ministério Público não tem competência para ordenar exame susceptível de ofender o pudor de pessoa que não tenha prestado consentimento, por força do n.º 2 do artigo 172.º conjugado com o n.º 2 do artigo 154.º do Código de Processo Penal”⁴⁹².

O Tribunal da Relação de Coimbra, apesar de qualificar o procedimento ao qual foi sujeito a Arguida como sendo um exame, vem de forma expressa, afastar a aplicação do n.º 2 do artigo 154.º do Código de Processo Penal com o fundamento de que a intervenção corporal não consentida endovaginal à Arguida é – e passamos a citar - “tal exame que não deixa de ter uma fisionomia pericial, embora mitigada” pelo que, no entendimento do Tribunal da Relação de Coimbra, “o regime dos exames do Código de Processo Penal não é aplicável ao caso da Arguida na parte em que exige a intervenção do Juiz de Instrução Criminal”⁴⁹³.

O Tribunal da Relação de Coimbra considera que o exame foi autorizado pela autoridade judiciária competente, que no caso, defende ser o Ministério Público invocando, para o efeito, o n.º 3 do artigo 53º do DL 15/93 de 22 de Janeiro, que é “lei especial relativamente ao regime geral dos exames previsto no Código de Processo Penal”, não sendo, do ponto de vista do Tribunal da Relação de Coimbra, necessária a intervenção do Juiz de Instrução Criminal com fundamento de que a intervenção corporal não consentida endovaginal “não é um exame tipificado no n.º 2 do artigo 154.º do Código de Processo Penal” porque “não foi um exame sobre as características físicas e psíquicas da Arguida”, não cabendo por isso na letra do n.º 2 do artigo 172º e no n.º 1 alínea b) do artigo 269º do Código de Processo Penal.

Ora, mais uma vez, não se compreende esta interpretação do Tribunal da Relação de Coimbra, por não fazer sentido considerar que o legislador iria abster-se de regular um exame tão invasivo e doloroso como um exame endovaginal sem o consentimento da visada. Aliás, no nosso entendimento, não é por acaso que não existe um elenco taxativo de exames ou de perícias na lei

⁴⁹² PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica, 2011, p. 479.

⁴⁹³ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 30, parág. 4.1, *Ac. cit.*, p. 9.

processual penal. Apenas estão consagradas cláusulas abertas que abranjam todas as revistas, todas as perícias e todos os exames que incidam sobre a integridade física ou psíquica do visado. Qualquer outro entendimento, implicaria uma desprotecção em situações mais gravosas pelo elevado grau de sofrimento e invasividade, como a intervenção corporal a que foi sujeita a Arguida.

Defendemos, juntamente com PINTO DE ALBUQUERQUE que “só o Juiz pode ordenar, a realização de perícia sobre as características físicas de pessoa que não haja prestado o seu consentimento, não podendo ser valorada a prova obtida de outro modo”⁴⁹⁴. Todos os procedimentos de obtenção de prova que “incidam sobre parte do corpo humano com conotação sexual, são exames sobre as características físicas da pessoa”⁴⁹⁵.

O Tribunal da Relação de Coimbra critica ainda a abundância, nas alegações de Recurso do Advogado de defesa da Arguida, de citações de PINTO DE ALBUQUERQUE, por não concordar com o entendimento deste, porque “não vê qualquer necessidade de intervenção do Juiz de Instrução Criminal no exame previsto no n.º 3 do artigo 53.º do DL 15/93 de 22 de Janeiro”, considerando “haver a necessidade de intervenção judiciária mas já não judicial”. Acrescenta ainda o Tribunal da Relação de Coimbra que, no caso da Arguida, “foi dada autorização prévia – depois confirmada por escrito - pelo titular do inquérito (Ministério Público), sendo o bastante”⁴⁹⁶.

O Tribunal da Relação de Coimbra considerou que tem aplicação a regra especial do n.º 3 do artigo 53.º do DL 15/93 de 22 de Janeiro, tendo havido uma autorização da entidade competente – o Ministério Público - porque se estava na fase de inquérito. Entendeu este Tribunal que “tal autorização é suficiente já que não estamos perante um exame dos previstos no n.º 2 do artigo 154.º, a exigir intervenção validatória de um Juiz”⁴⁹⁷.

O Tribunal da Relação de Coimbra afirmou expressamente que não cabe aplicação ao caso, o regime das revistas do artigo 174º do Código de Processo Penal, mas as da lei especial, salientando “não ser este entendimento contrariado por qualquer preceito geral que possa mexer com os direitos, liberdades e garantias de um Arguido”⁴⁹⁸.

O Tribunal da Relação de Coimbra salientou ainda que a Arguida foi ouvida no dia seguinte ao seu exame para 1º interrogatório judicial, por um Juiz de Instrução Criminal que validou a sua

⁴⁹⁴ PINTO DE ALBUQUERQUE, refere expressamente que esta reserva de competência judicial deve valer também para a perícia ordenada nos termos do n.º 3 do artigo 53.º do DL 15/93 de 22 de Janeiro. Cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica, 2011, p. 442 e p.478.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 479

⁴⁹⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 30, parág. 4.1, *Ac. cit.*, p. 9.

⁴⁹⁷ *Ibidem*.

⁴⁹⁸ *Ibidem*.

detenção e a prendeu preventivamente, presumindo-se então “o seu aval judicial em tudo o que teria ocorrido antes da apresentação da Arguida à sua pessoa”⁴⁹⁹.

Criticamos, uma vez mais, o entendimento e a incoerência espelhada na fundamentação deste Acórdão. Não concordamos com a ideia de que pode ser presumida a decisão do Juiz de Instrução Criminal no sentido da validação da intervenção corporal não consentida, pela necessidade e a legitimidade do procedimento⁵⁰⁰. Além disso, se o Tribunal da Relação de Coimbra defende não é obrigatória a comunicação e validação do Juiz de Instrução Criminal no caso da Arguida, para quê a necessidade de ter de presumir o aval judicial a todo o procedimento anterior?

O Tribunal da Relação de Coimbra referiu na sua fundamentação que, em regra, compete às autoridades judiciárias ou aos órgãos de polícia criminal ordenar a realização de exames. Referiu também que tal pressupõe já, normalmente, a pré-existência de um processo. Pela nossa parte, salientamos que a Arguida, no momento da decisão e da realização da intervenção corporal não consentida, era uma mera suspeita.

Contudo, afirmou o Tribunal da Relação de Coimbra que independentemente da existência de um processo e enquanto não estiver presente qualquer autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal competente, qualquer agente da autoridade pode tomar provisoriamente providências cautelares se houver perigo imediato para a obtenção da prova. Ou seja, assim que houver notícia da prática do crime, e mesmo sem precedência de processo, devem, quando possível, providenciar-se todos os esforços para evitar que os vestígios se apaguem ou alterem antes de serem examinados⁵⁰¹.

Contudo, consideramos que, no caso concreto, este preceito não é aplicável, nem pode servir de fundamento legitimador de uma intervenção corporal sem consentimento na vagina da arguida. Esta regra, seria sim, legitimadora e aplicável às buscas à residência dos Arguidos, no momento da sua detenção.

Defendeu o Tribunal da Relação de Coimbra, para justificar a legitimidade da intervenção corporal não consentida à Arguida, que quando não haja especiais, imediatas ou urgentes razões cautelares, e na fase de inquérito, a matéria dos exames pode ser prosseguida ou ordenada por, e assistida ou realizada perante, qualquer autoridade judiciária ou, até, por qualquer órgão de polícia

⁴⁹⁹ *Ibidem*.

⁵⁰⁰ Na consulta da totalidade do processo, no Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco, foi possível confirmar que, no Despacho do Juiz de Instrução Criminal, proferido aquando o 1º interrogatório à Arguida, nada consta acerca da intervenção corporal endovaginal não consentida. Verificámos também não ter existido sequer uma comunicação imediata ao Juiz de Instrução Criminal, nem da pretensão, nem da efectiva realização da intervenção corporal endovaginal não consentida à Arguida. Ora, o Juiz de Instrução Criminal não poderia validar uma intervenção corporal não consentida, que nem lhe chegou ao conhecimento que tinha existido – pelo que é evidente não se poder presumir a sua validação - tendo sido incumpridas as exigências do n.º 6 e alínea a) do n.º 5 do artigo 174.º do Código de Processo Penal.

⁵⁰¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 29, parág. 4.1, *Ac. cit.*, p. 9.

criminal, nos termos do n.º 1 do artigo 270.º do Código de Processo Penal⁵⁰². Refere o Tribunal da Relação de Coimbra que só assim não é, excepcionalmente, quando se esteja perante actos que são da competência exclusiva do Juiz de Instrução Criminal, conforme o n.º 2 do artigo 270.º do Código de Processo Penal⁵⁰³. Mais uma vez, o Tribunal da Relação de Coimbra, esquece que por remissão do n.º 2 do artigo 270.º, a alínea b) do n.º 1 do artigo 269.º, o n.º 2 do artigo 172.º e sua remissão para o n.º 3 do artigo 174.º do Código de Processo Penal que consagra expressamente que na falta de consentimento do visado, é da exclusiva competência do Juiz de Instrução Criminal ordenar a intervenção corporal, uma vez ponderado o direito à integridade física e a reserva de intimidade do visado.

O problema é que o Tribunal da Relação de Coimbra, neste ponto fundamental, apesar de qualificar o crime como sendo de criminalidade altamente organizada, nunca menciona o n.º 5 do artigo 174.º do Código de Processo Penal, que dispõe que, nos casos de criminalidade organizada, a diligência de obtenção de prova sob revista, tem de ser imediatamente comunicada ao Juiz de Instrução Criminal, por este apreciada e validada, sob pena de nulidade. No caso da Arguida, houve uma ordem telefónica, seguida da intervenção corporal endovaginal não consentida, e só posteriormente foi redigido o despacho do Procurador do Ministério Público. Nada consta no processo acerca da existência de uma comunicação ou validação pelo Juiz de Instrução Criminal. Repare-se que é o próprio Tribunal da Relação de Coimbra a qualificar o caso da Arguida como de criminalidade altamente organizada, e depois, não leva esta qualificação até às últimas consequências, ou seja, nem aborda o fundamental n.º 5 do artigo 174.º e alínea f) do n.º 1 do artigo 269.º do Código de Processo Penal.

O Tribunal da Relação de Coimbra invoca na sua fundamentação para a defesa da legalidade do procedimento a que foi sujeita a Arguida, o n.º 2, 2ª parte do artigo 172.º do Código de Processo Penal. Da nossa parte, não se entende, a razão do Tribunal da Relação de Coimbra ter excluído a aplicação da 1ª parte do n.º 2 do artigo 172.º que remete para o n.º 3 do artigo 154.º do Código de Processo Penal, que embora consagrado sistematicamente para a perícia, a remissão visa acautelar os visados que não prestaram o seu consentimento à diligência, pela existência obrigatória de um despacho do Juiz que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta, o direito à integridade pessoal e a reserva da intimidade da visada⁵⁰⁴.

⁵⁰² *Ibidem.*

⁵⁰³ *Ibidem.*

⁵⁰⁴ *Ibidem.*

O Tribunal da Relação de Coimbra concluiu que inexistia qualquer nulidade de prova, pelo que im procedem os recursos dos Arguidos⁵⁰⁵.

É manifestamente censurável que o Tribunal da Relação de Coimbra nem sequer se tenha debruçado pela justificação dada pelo Procurador-Adjunto do Ministério Público segundo o qual não lhe era possível, “em tempo útil”, dar essa ordem por escrito. Esta justificação pode ser interpretada, de duas formas: pela existência de um perigo iminente para a saúde ou a vida da pessoa; ou por uma preocupação em salvaguardar a prova. Existindo no processo, um documento raio-x à Arguida que comprova a existência de um objecto estranho ao corpo humano, um objecto em forma de bolota, e que com toda a probabilidade é droga, por si só, já é uma prova que indicia o crime, por outro lado, se a pessoa visada estava sob custódia policial, sob vigilância permanente, não existia o risco de se extraviar esse objecto estranho sem que os órgãos de policia criminal o detectassem, nem havia um perigo de fuga porque ela já estava detida.

Quanto à questão da alegada nulidade da prova, o Tribunal da Relação de Coimbra, invoca um arrepiante⁵⁰⁶ argumento de maioria de razão, no sentido em que não se coloca o problema em retirar da Arguida, “o que havia (a própria) ou tinha permitido a outrem que fosse colocado nessa parte tão íntima do seu corpo.”⁵⁰⁷

Não foi feita uma reflexão das consequências de deixar à responsabilidade da mesma entidade - a qual como *dominus* da investigação, tem um claro interesse no diferimento da autorização para obtenção da prova para sustentar a acusação - que tenha simultaneamente a responsabilidade de verificar, de forma imparcial, se estão a ser devidamente tuteladas os direitos e garantias do visado e se a medida é necessária, ou se existem alternativas.

O Tribunal da Relação de Coimbra defendeu, no Acórdão de 30 de Março de 2011,⁵⁰⁸ que na fase de Inquérito, não há necessidade de intervenção do Juiz de Instrução Criminal no exame previsto no n.º 3 do art.º 53º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro⁵⁰⁹, porque aí se prevê apenas, na falta

⁵⁰⁵ *Ibidem*, p. 30, parág. 4.1.

⁵⁰⁶ Arrepiante, aos olhos dos princípios de um Estado de Direito Democrático. O Código de Processo Penal Português, bem como a Constituição da República Portuguesa, emanam um conjunto de garantias que demonstram uma preocupação pela tutela dos direitos do Suspeito e do Arguido no processo penal. Ou seja, não é por alguém ter cometido um crime, que merece uma tutela mais fraca dos seus direitos ou, no limite, uma inexistência de qualquer direito ou garantia. Afigurando-se óbvio e indiscutível o acima referido, não se percebe como pode um Tribunal de Recurso, em 2011, fundamentar a improcedência da arguição da nulidade da prova tirada pelo uso da força, de forma endovaginal, sem o consentimento da visada, e sem uma autorização escrita fundamentada da autoridade judiciária competente, com um estranho argumento de maioria de razão.

⁵⁰⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 10, parág. 2, *Ac. cit.*, p. 9.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 1.

⁵⁰⁹ Consagra o n.º 3 do artigo 53.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro:
“Artigo 53.º - *Revista e perícia*

de consentimento do visado, a prévia autorização da autoridade judiciária (e não judicial) competente.

Existe inequivocamente na lei processual penal uma preocupação acrescida, em tutelar os direitos do visado quando o mesmo não prestou o seu consentimento⁵¹⁰. Por essa razão não faz sentido que possa ser a entidade que tem interesse no deferimento dessa autorização para obter provas que sustentem a acusação, seja a mesma entidade que “pondera” a concessão dessa autorização. Pela gravidade da situação, a qual impõe a uma pessoa que seja extraída prova do seu corpo sem o seu consentimento, exige-se uma segurança acrescida, própria de um Estado de Direito Democrático.

É por essa razão que deve ser considerada inconstitucional, por violação da 2ª parte do n.º 4 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa, a interpretação do n.º 3 do artigo 53.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro; os n.ºs 1 e 3 do artigo 154.º; o n.º 1 do artigo 172.º e o n.º 3 e 6 do artigo 174.º do Código de Processo Penal, no sentido em que, a exigência de uma autorização da autoridade judiciária, não significa que seja necessariamente judicial porque só uma autoridade judicial tem a imparcialidade necessária para aferir e balancear, no caso concreto, pela tutela e respeito pelos direitos fundamentais do visado e ao mesmo tempo da urgência e necessidade da prova e da existência ou não de métodos alternativos. Outro entendimento, iria frustrar a válvula de segurança criada pelo legislador processual penal.

Para reforçar o nosso entendimento, no sentido em que no caso Arguida, era imprescindível a autorização do Juiz de Instrução Criminal para a realização da intervenção corporal endovaginal não consentida, chamamos à colação o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 228/2007⁵¹¹ que versa sobre um crime de homicídio qualificado e a problemática da admissibilidade da recolha coerciva de vestígios biológicos (zaragatoa bucal), com a finalidade de fixar e de determinar os perfis de ADN do Arguido para posterior comparação com os resultantes dos vestígios colhidos no local do crime, tendo havido, por parte do Arguido, uma recusa em permitir a colheita.

3 - *Na falta de consentimento do visado, mas sem prejuízo do que se refere no n.º 1 do artigo anterior, a realização da revista ou perícia depende de prévia autorização da autoridade judiciária competente, devendo esta, sempre que possível, presidir à diligência.”*

⁵¹⁰ Vide, *supra*, o ponto 1.2.

⁵¹¹ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 228/2007, de 28 de Março, em que a Relatora Conselheira foi a Professora Doutora Maria Fernanda Palma, e está disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070228.html>.

Num caso semelhante, de zaragatoa bucal coactiva sem autorização do Juiz de Instrução Criminal, o Tribunal Constitucional pronunciou-se exactamente no mesmo sentido, pela inconstitucionalidade da admissão e valoração da prova obtida, sem o consentimento do visado, e mediante o uso da força, sem autorização judicial.

Vide, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 695/06, 2 de Março de 2007, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>.

Não obstante, não ter havido validação do Juiz de Instrução Criminal, o Arguido foi submetido à colheita, a qual foi realizada coactivamente. Os Tribunais Judiciais de 1ª e 2ª Instância consideraram que, face ao caso concreto e estando em causa dois crimes de homicídio qualificado, pela inexistência de testemunhas presenciais e pela gravidade dos crimes, estar-se-ia verificada uma situação de excepção e de especial necessidade, de colher meios probatórios que conduzam à identificação dos seus autores.

O Tribunal Constitucional julgou inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 25.º, 26.º e do n.º 4 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa, a norma constante do n.º 1 do artigo 172.º do Código de Processo Penal, quando interpretada no sentido de possibilitar, sem autorização do juiz, a colheita coactiva de vestígios biológicos de um Arguido para determinação do seu perfil genético, quando este último tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita; e julgou também inconstitucional, por violação do disposto no n.º 4 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa, a norma constante nos n.ºs 1 e 2 e das alíneas a) e c), do n.º 3 do artigo 126.º do Código de Processo Penal, quando interpretada em termos de considerar válida e, por conseguinte, susceptível de ulterior utilização e valoração a prova obtida através da colheita realizada nos moldes descritos na alínea anterior.

Ora, se num caso, de uma mera zaragatoa bucal sem consentimento, o Tribunal Constitucional considerou imprescindível, o requisito de uma autorização do Juiz de Instrução Criminal, para que a única prova do crime de homicídio qualificado possa ser admitida e valorada como prova, não se percebe a razão do Tribunal da Relação de Coimbra, num caso de intervenção corporal endovaginal sem consentimento, em que existiam já, outras provas da existência de droga na casa dos Arguidos, considerou ser de desaplicar a exigência de uma autorização do Juiz de Instrução Criminal.

5.6. A (Ir)relevância da Qualificação da Intervenção Corporal Endovaginal Não Consentida como Revista ou Perícia para a Alegada Prescindibilidade de uma Autorização da Autoridade Judiciária Competente.

No que respeita à questão da nulidade da prova, no Recurso do Arguido Tiago⁵¹² foi alegado a nulidade da revista de modo endovaginal que resultou a apreensão de 24.482g de heroína, que estava oculta no corpo da arguida, por violação dos artigos n.º 3 do artigo 126.º e do n.º 1 alíneas a) e b) do artigo 269.º, do n.º 2 do artigo 154.º, e dos n.ºs 1 e 2 do artigo 172.º do Código de Processo Penal, e dos n.ºs 1 e 3 do artigo 53.º do Decreto-Lei n.º 15/93 de 22 de Janeiro, com fundamento de

⁵¹² Recurso do despacho de improcedência da arguição de nulidade do meio de obtenção de prova utilizado.

que o Ministério Público não tem competência para ordenar exame susceptível de ofender o pudor de pessoa que não tenha prestado consentimento que se seja qualificado como revista, exame ou perícia, ao abrigo do n.º 2 do artigo 172.º e do n.º 2 do artigo 154.º Código de Processo Penal.⁵¹³

Face a este argumento, o Procurador-Adjunto do Ministério Público, defendeu, que não se trata de um acto nulo. Segundo o entendimento do Ministério Público, o acto recorrido é qualificado como uma revista, na qual foram observadas todas as formalidades legais⁵¹⁴.

O Tribunal da Relação de Coimbra contradiz-se, ao longo da fundamentação do Acórdão, acerca da qualificação da intervenção corporal endovaginal não consentida, à qual a Arguida foi sujeita. Na página 10 do Acórdão, o Tribunal da Relação de Coimbra qualifica a intervenção corporal feita à Arguida como sendo uma revista. Tal afirmação é contraditória à qualificação feita, pelo mesmo Tribunal, na página 30 do Acórdão, na qual qualifica a intervenção como uma perícia médico-legal⁵¹⁵.

Para a análise da questão da nulidade da prova, é conveniente qualificar o procedimento como perícia ou como revista⁵¹⁶. Não obstante a estranheza de tão grave contradição, num caso onde a questão principal incide sobre a validade do meio de obtenção de prova imposto à Arguida, iremos analisar as duas hipóteses.

Num primeiro momento, o Tribunal da Relação de Coimbra qualifica, o meio de obtenção de prova de proceder à extracção da droga da vagina da Arguida, como sendo uma revista⁵¹⁷. Nos termos do n.º 1 do artigo 174.º do Código do Processo Penal, a revista é o meio processual que tem a finalidade de encontrar objectos relacionados com um crime ou que possam servir de prova, sempre

⁵¹³ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, pp. 9 e 10, parág. 2, *Ac. cit.*, p. 9.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 10, parág. 2.

⁵¹⁵ *Vide*, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 10, parág. 2, em contradição, com a p. 30, parág. 4.1, *Ac. cit.*, p. 9.

⁵¹⁶ No que concerne ao caso concreto do Acórdão, e de acordo com o n.º 1 do artigo 174.º do Código do Processo Penal a revista é o meio processual tendente a encontrar objectos relacionados com um crime ou que possam servir de prova, sempre que existirem indícios, de que a pessoa visada os oculta em si. A perícia, segundo o artigo 151.º do Código de Processo Penal, impõe-se quando a percepção ou a apreciação dos factos exigiram especiais conhecimentos técnicos. A perícia consiste no estudo de natureza eminentemente técnica, científica, efectuado por pessoas especialmente habilitadas para tal, visando obter o seu parecer ou opinião, relativamente a factos com interesse para a prova a produzir. A perícia está sistematicamente integrada no elenco dos meios de prova e os exames estão sistematicamente consagrados no elenco dos meios de obtenção da prova. A perícia é uma interpretação dos factos feita por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos; os peritos tiram dos vestígios as ilações que eles consentem e são estas ilações, as conclusões periciais, que são submetidas às autoridades para a sua apreciação; as conclusões periciais são os meios de prova. De acordo com MARQUES DA SILVA, nos exames, ou a autoridade judiciária se apercebe directamente dos elementos de prova, buscando directamente os vestígios e indícios, pela inspecção do local, das pessoas ou das coisas, e o exame é um meio de obtenção dos vestígios que são meios de prova ou, indirectamente, através do auto elaborado por autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal em que se descrevem os vestígios que o crime deixou e os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, pp. 28 e 29, parág. 4.1, *Ac. cit.*, p. 9. e MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal...*, p. 212, *ob. Cit.* p. 10.

⁵¹⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 10, parág. 2, *Ac. cit.*, p. 9.

que existirem indícios de que o visado os oculta na sua pessoa. O Tribunal da Relação de Coimbra salienta que o regime deste meio de prova é consagrado nos artigos 174.º e 175.º do Código do Processo Penal e, cujos pressupostos, são consonantes com a primeira parte do n.º 1 do artigo 53.º do DL 15/93 de 22 de Janeiro. Diferentemente, a perícia, de acordo com o artigo 151.º do Código do Processo Penal, é efectuada quando a percepção ou a apreciação dos factos exigem especiais conhecimentos técnicos, ou científicos de pessoas especialmente habilitadas para tal, visando obter o seu parecer ou opinião, relativamente a factos com interesse para a prova a produzir⁵¹⁸.

O Tribunal da Relação de Coimbra referiu que, da conjugação dos n.ºs 3 e 5 alínea a) do artigo 174.º e da alínea m) do artigo 1.º do Código do Processo Penal, a revista deve ser autorizada, ou ordenada por despacho da autoridade judiciária competente. No caso concreto, entendeu o Tribunal da Relação de Coimbra que deverá ser o Ministério Público, atenta a fase processual respectiva⁵¹⁹. Por esta razão, o Tribunal da Relação de Coimbra, julgou improcedente a arguição de nulidade do meio de prova.

Consideramos que o entendimento perfilhado no Douto Acórdão é contrário à própria lei vigente, porque o conceito legal de “autoridade judiciária” que consta na alínea b) do artigo 1.º do Código de Processo Penal, não consagra que o critério para saber qual é a entidade responsável - entre Juiz de Instrução Criminal e o Ministério Público - é a fase processual. O critério para saber quem é a autoridade judiciária em concreto é ditada consoante os “os actos que cabem na sua competência”. Ora, cabe na competência exclusiva do Juiz de Instrução Criminal todos os actos que se prendam directamente com direitos fundamentais, nos termos da 2ª parte do n.º 4 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa. Além disso, se o Tribunal da Relação de Coimbra enquadra o caso concreto na alínea a) do n.º 5 do artigo 174.º do Código do Processo Penal⁵²⁰, então também não pode deixar de aplicar o n.º 6 do artigo 174.º do Código do Processo Penal que exige a imediata comunicação ao Juiz de Instrução Criminal para que este possa apreciar e validar a realização da diligência, sob pena de nulidade. Este requisito não foi preenchido no caso concreto, pelo que, a prova derivada da diligência não podia deixar de ser nula.

O Tribunal da Relação de Coimbra acrescentou ainda, neste primeiro momento, que mesmo que se entendesse qualificar-se como perícia⁵²¹, de igual modo, a extracção do corpo estranho do

⁵¹⁸ *Ibidem*.

⁵¹⁹ *Ibidem*, p. 11, parág. 2.

⁵²⁰ *Ibidem*.

⁵²¹ Salienta-se, uma vez mais, que a qualificação como revista nas páginas 10 e 11 do Acórdão é contraditória à qualificação como perícia feita na página 30 do Acórdão, em que é referido expressamente pelo Tribunal da Relação de Coimbra: “como tal, sendo uma perícia médico-legal o que foi feito à Arguida (e não uma mera revista pois opinamos no sentido de que o corpo de um ser humano não pode ser objecto de uma revista”. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, pp. 10 e 11, parág. 2. e p. 30, parág. 4.1, *Ac. cit.*, p. 9.

organismo da Arguida, em concreto, da sua vagina, “não configura uma perícia sobre as características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento”, como previsto no artigo 52.º do DL 15/93 de 22 de Janeiro, pelo que não teria de ter o aval do Juiz de Instrução Criminal⁵²².

Na página 30 do Acórdão, o Tribunal da Relação de Coimbra contradiz o que foi dito nas página 11 do Acórdão⁵²³. Agora, o Tribunal da Relação de Coimbra defende tratar-se - com referência ao n.º 2 artigo 53.º do DL 15/93 de 22 de Janeiro - de uma perícia⁵²⁴ por “o procedimento se realizar num hospital deixa de ter a natureza de uma mera revista, passando para o domínio das perícias, mesmo que atípicas, pois aqui não se pretende nenhuma avaliação pericial mas apenas o desencadear de um procedimento seguro para a saúde da visada”⁵²⁵.

Neste segundo momento, o Tribunal da Relação de Coimbra, qualifica agora a intervenção corporal à Arguida como sendo uma “perícia médico-legal” e “não uma mera revista” porque o Tribunal da Relação de Coimbra entende que “o corpo de um ser humano não pode ser objecto de uma revista”⁵²⁶. Mais uma vez, não conseguimos compreender esta grave contradição, nem esta interpretação, porque é contrária à própria lei que consagra, no n.º 1 do artigo 174.º do Código de Processo Penal, que a revista é ordenada quando houver indícios que alguém “oculta na sua pessoa” quaisquer objectos relacionados com um crime ou que possam servir de prova.

Entendemos que, neste Acórdão, independentemente da qualificação da intervenção corporal não consentida à vagina da Arguida como revista ou perícia, o Tribunal da Relação de Coimbra não podia deixar de declarar nulo o procedimento, porque qualquer entendimento contrário viola a letra da lei processual penal actualmente em vigor.

Mais acrescentamos, que o Tribunal da Relação de Coimbra esteve tão focado em fundamentar a sua posição de que o procedimento em causa não era qualificável como uma perícia, mas sim uma revista, por forma a não ser aplicável a válvula de segurança da 1ª parte do n.º 2 do

⁵²² *Ibidem*, p. 11, parág. 2.

⁵²³ Cita-se o que consta na página 11 do Acórdão:

“Mas, ainda que se entendesse tratar-se de uma perícia – para o que, repete-se, não converge com o nosso juízo decisório – de igual modo, a extracção do corpo estranho do organismo da Arguida, em concreto, da sua vagina, não configura uma perícia sobre as características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento, que, no actual regime jurídico da droga, se encontra prevista no seu artigo 52.º.

Termos em que se julga improcedente a arguição de nulidade do meio de prova (...).”

Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 11, parág. 2, *Ac. cit.*, p. 9.

⁵²⁴ Contrariamente aquilo que o mesmo Tribunal da Relação de Coimbra defende nas páginas 10 e 11 do Acórdão, em que afirma qualificar-se como revista, aquilo que agora na página 30 do Acórdão defende qualificar-se como perícia. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, pp. 10 e 11, parág. 2. e p. 30, parág. 4.1, *Ac. cit.*, p. 9.

⁵²⁵ *Ibidem*, p. 30, parág. 4.1.

⁵²⁶ *Ibidem*.

artigo 172.º e do n.º 3 do artigo 154.º do Código de Processo Penal⁵²⁷, que se esqueceu que, ao qualificar o caso da Arguida, como estando perante um crime altamente organizado, para justificar a suficiência de uma ordem do Procurador-Adjunto do Ministério Público, dada por telefone, aos órgãos de polícia criminal, dada a alegada urgência e a necessidade em acautelar a prova, não podia deixar de aplicar também o n.º 5 do artigo 174.º, bem como a alínea d) do n.º 2 do artigo 270.º do Código de Processo Penal, que exige a imediata comunicação e validação do juiz de instrução criminal, sob pena de nulidade da prova.

Entendemos que a incoerência espelhada ao longo do Acórdão, na qualificação da intervenção corporal endovaginal não consentida à Arguida, tem como fundamento o receio do “fracasso do processo penal”⁵²⁸ e o enorme relevo que teve na condenação dos Arguidos Tiago e Maria, a quantidade de droga que foi retirada da vagina da Arguida.

Os dois Arguidos foram condenados pela detenção de droga no peso líquido de 26,124 gramas de heroína, que daria o total de 261 doses, que a serem vendidas por €20,00 cada, o valor total da venda ascenderia a €5.220,00⁵²⁹. Repare-se que esta quantidade resulta da soma das gramas de droga que foram encontradas dentro da vagina da Arguida, mais as gramas de droga que estavam na residência dos Arguidos. Dentro do corpo da Arguida estavam 24,842 gramas de heroína. Dentro da residência dos Arguidos estavam 1,282 gramas de heroína, o que daria o total de 12 doses, que a serem vendidas por €20,00 cada, o valor total da venda ascenderia a €240,00.

O reconhecimento da nulidade do método de obtenção de prova ao corpo da Arguida, teria de necessariamente levar à desconsideração das 24,842 gramas de heroína encontradas, o que iria resultar numa menor gravidade do crime e numa redução da pena⁵³⁰.

⁵²⁷ Que na altura da redação do Acórdão, em 2011, era o n.º 2 do artigo 154.º do Código de Processo Penal. A partir da Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, passou a ser o n.º 3, ou seja, houve entretanto uma mera alteração numérica, mas na altura da elaboração do Acórdão tinha exactamente a mesma redacção.

⁵²⁸ “ (...) fundamental nos casos de tráfico de estupefaciente em que não é possível obter prova directa dos factos é a valoração da chamada prova indirecta. (...). Exigir, a todo o custo, a existência deste tipo de provas implicaria o fracasso do processo penal ou, para evitar tal situação, haveria de forçar-se a confissão o que, como é sabido, constitui uma característica mais notória do sistema de prova taxada e o seu máximo expoente: a tortura.”

Curiosamente, depois desta afirmação, o mesmo Tribunal acaba por não considerar nula uma prova obtida por um método que causou sofrimento à visada, sem sequer se debruçar sobre a sua potencial qualificação como um tratamento desumano ou degradante. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 39, *Ac. cit.*, p. 9.

⁵²⁹ O limite quantitativo máximo para cada dose média individual diária de heroína é de 0,1 gramas, nos termos do mapa anexo à Portaria n.º 94/96 de 26 de Março. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 50, parág. 4.2.2.1, *Ac. cit.*, p. 9.

⁵³⁰ Salienta-se que para além da quantidade total de droga encontrada, foi tido em conta para a qualificação do crime como de altamente organizado e de grande tráfico, o facto de os Arguidos deslocarem-se entre Portugal e Espanha, comprando a droga em Espanha e vendendo em Portugal. Os Arguidos Tiago e Maria exerceram o seu direito ao silêncio na audiência de julgamento. Contudo, o terceiro Arguido – o Arguido Francisco – que lhes dava boleia para Espanha, quis prestar declarações e disse que os três só iam a Espanha para ir a casas de jogo. O Tribunal entendeu não ser credível o depoimento do Arguido Francisco, porque as demais circunstâncias e as regras da experiência comum levam

Da nossa parte, consideramos que a preocupação no combate ao crime de tráfico de droga não pode ser encarado pelo Tribunal da Relação de Coimbra como um valor absoluto, adulterando a qualificação jurídica dos procedimentos, à custa dos direitos e garantias processuais penais legal e constitucionalmente consagradas.

5.7. A Existência de uma Situação de Vigilância Permanente e Oculta do Suspeito como Legitimador de uma Menor Protecção do Suspeito, em Matéria de Obtenção de Prova através do seu Corpo e Sem o seu Consentimento?

Acrescentou ainda o Tribunal da Relação de Coimbra, para fundamentar a legitimidade da ordem telefónica de se efectuar uma intervenção corporal endovaginal não consentida à Arguida, porque estamos perante “um exame nocturno, a requerer alguma urgência na sua conclusão porque podia estar em causa a iminência de uma detenção em flagrante delito, após meses de investigação e vigilância policiais.”⁵³¹

Da nossa parte, consideramos que é irrelevante o facto de a intervenção corporal não consentida ser realizada à noite ou de dia. O que releva é se a intervenção preenche todos os pressupostos para que, num Estado de Direito democrático, se possa coagir alguém a um determinado procedimento, que no caso era doloroso, e do qual irá resultar uma prova que foi fundamental na moldura penal na condenação não só da Arguida, mas também do Arguido Tiago, com o qual vivia em união de facto. Por outro lado, a situação não ia deixar de consubstanciar um flagrante delito porque foi encontrada droga na residência dos Arguidos Tiago e Maria no momento da detenção, e os mesmos foram interceptados na chegada de uma viagem a Espanha.

O facto de só terem decorrido 45 minutos entre o momento da detenção, e o momento da realização do procedimento, demonstra que nem houve qualquer ponderação de valores, mas em exclusivo, o interesse em levar a cabo todas as diligências de prova para sustentar a acusação. A Arguida já estava detida, e ia ser presente ao Juiz de Instrução Criminal no próprio dia da detenção.

o Tribunal a ter a convicção que este não podia deixar de saber, como consumidor de droga que é, que os Arguidos Tiago e Maria iam a Espanha comprar droga, para posteriormente vir vendê-la em Portugal.

Salienta-se que não houve qualquer elemento que provasse que os Arguidos iam a Espanha comprar droga, porque as operações de vigilância não se estendiam ao território espanhol. Além disso, as declarações do único Arguido que prescindiu do seu direito ao silêncio não consubstanciaram uma confissão, nem eram incriminatórias para os Arguidos Tiago e Maria, antes pelo contrário.

Neste ponto, mais uma vez, o Tribunal da Relação de Coimbra parece interpretar a lei conforme a sua conveniência. Como o Tribunal considerou incoerente as declarações de um dos Arguidos (Francisco), entendeu o Douto Tribunal que “(...) os outros co-Arguidos (Tiago e Maria) puderam contraditar o depoimento deste (do Arguido Francisco), não o tendo feito, porque preferiram o seu direito ao silêncio”. Ora, tal interpretação retira o sentido útil de que o exercício do direito ao silêncio não pode ser valorado contra os co-Arguidos, em grave contradição com o n.º 4 do artigo 345.º do Código de Processo Penal. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 44, *Ac. cit.*, p. 9.

⁵³¹ *Ibidem*, p. 59, nota de rodapé n.º 4.

Só consta no processo que o Magistrado do Ministério Público não estava presente aquando a realização do procedimento de obtenção de prova, e que a intervenção corporal não consentida foi feita por um médico num hospital. O Tribunal da Relação de Coimbra nunca se debruçou sobre a forma como foi levado a cabo a realização coactiva do procedimento, nem como a Arguida terá sido tratada, face à sua recusa em submeter-se ao procedimento.

5.8. Existe uma Obrigação do Visado de Suportar uma Intervenção Corporal Não Consentida com um Elevado Grau de Intrusividade?

Não foi analisado pelo Tribunal da Relação de Coimbra, o n.º 4 do artigo 53.º do DL 15/93 de 22 de Janeiro, que prevê expressamente, a possibilidade de recusa do visado em submeter-se ao procedimento, mesmo tendo havido uma autorização ou ordem da autoridade judiciária competente para a obtenção da prova⁵³².

Embora esta recusa tenha como consequências a eventual condenação em crime de desobediência, que pode cominar em pena de prisão até 2 anos ou numa pena de multa até 240 dias.

No nosso entendimento, este n.º 4 do artigo 53.º do DL 15/93 de 22 de Janeiro concede um direito ao visado de se recusar a submeter-se a um determinado procedimento independentemente da justificação ser por não querer sentir dor ou sofrimento, pelo teor do procedimento escolhido pela autoridade competente; ou por não querer fornecer provas contra si mesmo.

No caso concreto, mesmo perante a recusa da Arguida, o procedimento de obtenção de prova endovaginal foi realizado na mesma, ainda que houvessem outras alternativas⁵³³.

⁵³² Esta possibilidade de recusa, não está prevista no regime geral das perícias consagrado no artigo 154.º do Código de Processo Penal. No entanto, em anotação a este artigo 154.º, PINTO DE ALBUQUERQUE defende que à luz do “princípio da dignidade da pessoa humana, deve reconhecer-se a existência de um direito de recusa da perícia ou do exame”. Por essa razão, defende PINTO DE ALBUQUERQUE que a “pessoa deve ser informada que tem o direito de recusar submeter-se a perícia ou a exame, podendo, se necessário conferir-lhe um período de reflexão”.

O artigo 53.º do DL 15/93 de 22 de Janeiro, e o artigo 154.º do Código de Processo Penal são “omissos quanto ao procedimento a adoptar no caso de o visado, recusar obedecer à ordem da autoridade judiciária e, designadamente, não permitem que o visado possa ser compelido, como se prevê no n.º 1 do artigo 172.º do Código de Processo Penal.”

De acordo com PINTO DE ALBUQUERQUE, a norma do n.º 1 do artigo 172.º do Código de Processo Penal “é excepcional, porque contrária aos direitos constitucionais de protecção da integridade física e da privacidade, pelo que, não é aplicável analogicamente.” Cfr. PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica, 2011, p. 442-444.

⁵³³ A propósito do caso *Jalloh vs Alemanha*, o colectivo de Juizes do TEDH, colocou na sua fundamentação a existência de uma prática, em vários países da Europa, no sentido de existir a possibilidade de deter a pessoa suspeita de ter droga dentro de seu corpo, numa sala especialmente equipada para o efeito, com todas as condições dignas e humanamente necessárias, mas apetrechada de sanitários próprios, sem ligação à rede de esgotos, ou seja, sem qualquer forma onde a droga pudesse ser escondida ou deitada fora sem que as autoridades percebessem. *Vide, supra*, pp. 22, 36 e *infra* p. 135. Assim, as autoridades podem esperar que o corpo do suspeito conclua todas as fases da função digestiva ou que o suspeito resolva expelir a droga, sem ter a preocupação que a mesma se extravie, e ao mesmo tempo o visado não tem que ser submetido a um procedimento que lhe cause dor ou sofrimento para obter a prova contra ele próprio.

A Arguida já estava detida, sob vigilância policial. Não haveria perigo de fuga, ou de extravio da droga oculta, por exemplo, se a mesma fosse permanentemente vigiada por agentes femininas da polícia - desde as 3h00m até às 9h00m – no período entre a detenção e a hora em que foi presente ao Juiz de Instrução Criminal.

O entendimento perfilhado pelo Tribunal da Relação de Coimbra é perigoso porque pressupõe que alguém que tenha escolhido enveredar pelo crime de tráfico de droga é merecedor de uma menor consideração ao nível da tutela dos seus direitos fundamentais. Este raciocínio é manifestamente incompatível com a preocupação do legislador constituinte e o legislador penal em prever um conjunto de direitos e garantias específicas ao Suspeito e ao Arguido no processo penal, por na prática, frustrar todas as garantias legais existentes.

Salientamos que, a visada, só foi constituída Arguida, depois de concluída a intervenção, sendo uma mera Suspeita, desde o período em que esteve no posto policial até ao hospital, violando a regra da obrigatoriedade da imediata constituição de Arguido, em situação de flagrante delito, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 58.º do Código de Processo Penal. A não observância desta formalidade, implica que a droga obtida, não pudesse ser admitida como prova, conforme o n.º 5 do artigo 58.º do Código de Processo Penal⁵³⁴.

Em nosso entender, importa separar e distinguir da legitimidade do Estado para intervir contra a vontade do visado para salvar a sua vida, da legitimidade do Estado para intervir contra a vontade do visado para obter provas a serem usadas contra ele num processo crime. São situações diferentes, porque no nosso entendimento, o facto de uma intervenção corporal coactiva e não consentida ser legítima do ponto de vista do dever do Estado de salvar a vida de determinada pessoa que está em perigo iminente, não pode daí, sem mais, haver um aproveitamento do objecto obtido, sob coacção, para utilização como prova no processo crime.

Para que seja legítima a obtenção de prova mediante intervenção corporal não consentida, tem de haver um conjunto de pressupostos distintos porque é a diferença da finalidade de cada uma das hipóteses que assim o exige. A primeira situação tem a finalidade de salvar uma vida. A segunda situação apenas visa obter a prova do crime. Uma coisa é causar dor e sofrimento físico e psíquico

Esta é uma verdadeira alternativa que salvaguarda a busca da verdade e a validade da prova obtida, bem como o respeito pelos direitos e garantias do visado, que não é por ter escolhido engolir a droga, ou ocultá-la no seu corpo, que tem de se conformar a toda e qualquer intervenção corporal para que o Estado possa ter provas para o condenar.

⁵³⁴ Relembramos que a intervenção corporal não consentida, foi às 3h45m, de acordo com o relatório do episódio de urgência elaborado pelo médico. Só às 4h40m foi elaborado no posto policial, o auto de constituição de Arguida Maria. Nem o Advogado de defesa da Arguida Maria, nem o Tribunal da Relação de Coimbra, repararam neste pormenor que antecede toda a discussão da qualificação ou dos pressupostos formais da intervenção corporal não consentida.

ao visado para evitar um mal maior, como a morte, outra questão diferente é impor-lhe dor e um sofrimento físico e psíquico para obter prova do crime contra ele próprio.

Salienta-se que não estamos a defender uma absoluta impossibilidade de obter prova sob o uso da força sem o consentimento da pessoa, ou no limite, a uma impunidade do criminoso. Estamos antes a defender que a existência deste tipo de casos na Jurisprudência demonstram que têm de ser estabelecidos um conjunto de critérios objectivos, a ser ponderados em concreto, e os quais devem constar na fundamentação de uma autorização prévia, dada necessariamente pelo Juiz de Instrução Criminal, e só assim teremos um sistema de obtenção de prova mediante intervenção corporal não consentida, com uma válvula de segurança maior e conforme a um Estado de Direito Democrático.

5.9. A Admissibilidade e Valoração da Prova Obtida através do Corpo da Suspeita e Sem o Seu Consentimento: a Decisão do Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco e do Tribunal da Relação de Coimbra em desconformidade com o entendimento perfilhado pelo TEDH no caso *Jalloh*.

Em 11 de Novembro de 2010, foi proferido pelo colectivo de Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco o despacho de improcedência da arguição de nulidade do meio de obtenção de prova utilizado para extrair do corpo da Arguida 24,482 g de heroína⁵³⁵.

Em 24 de Novembro de 2010, o Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco proferiu Acórdão no qual julgou a Arguida Maria e o Arguido Tiago, como autora e autor material de um crime de tráfico de estupefacientes, condenando-os na pena de seis anos de prisão, nos termos do n.º 1 do artigo 21.º e Tabela I-A do DL 15/93 de 22 de Janeiro⁵³⁶.

Para a formação da convicção do Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco, este fundamentou que apesar dos dois Arguidos não terem prestado declarações⁵³⁷, que valorou o

⁵³⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 2, *Ac. cit.*, p. 9.

⁵³⁶ O Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco fundamentou a sua decisão de condenação, no sentido em que Arguidos actuaram de forma livre, consciente e deliberada, durante, um longo período, de forma concertada e em união de esforços, comprando a heroína em Espanha, onde se deslocavam apenas com o propósito de a adquirirem, visando posteriormente vendê-la a diversas pessoas que lhe solicitassem heroína a troco de dinheiro, o que conseguiram. Além disso, os Arguidos sabiam que as suas condutas eram proibidas por lei. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 1 e p. 15, parág. 3.1, *Ac. cit.*, p. 9.

⁵³⁷ Salienta-se que, na p. 23 do Acórdão, é dito que o Tribunal formou a sua convicção de que os Arguidos iam comprar droga a Espanha porque apenas o Arguido Francisco prestou declarações nesse sentido, tendo sido o único Arguido do processo que prestou declarações. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 23, parág. 3.2, *Ac. cit.*, p. 9.

A fundamentação do Tribunal é contrária, ao princípio de que “não podem valer como meio de prova as declarações de um co-arguido em prejuízo de outro co-arguido, quando este último se recusar a responder”, nos termos do n.º 4 do artigo 345.º do Código de Processo Penal, sob pena de adulterar a regra de que o exercício do direito ao silêncio não pode valer contra o Arguido, segundo o n.º 1 do artigo 343.º do Código de Processo Penal.

testemunho de um agente da PSP que, ao deter o Arguido Francisco, este lhe revelou que levava os Arguidos Tiago e Maria, a Espanha para que os mesmos pudessem ir comprar droga⁵³⁸.

Contudo, nas declarações do Arguido Francisco, em audiência de julgamento, não foi por este confirmado o que antes tinha, alegadamente, sido dito por si, no momento da detenção. O Arguido Francisco disse na audiência de julgamento que não sabia se os Arguidos Tiago e Maria iam a Espanha comprar droga⁵³⁹. Disse ao Tribunal que os Arguidos Tiago e Maria iam a Espanha para ir a casas de jogo⁵⁴⁰. Perante esta declaração, o Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco fundou a sua convicção de que os Arguidos Tiago e Maria iam comprar droga a Espanha para vender, porque segundo as vigilâncias policiais, “só a existência de droga depois de cada ida a Espanha, podia justificar o aumento da afluência de consumidores/adquirentes de produto estupefaciente à porta da residência dos Arguidos Tiago e Maria”⁵⁴¹.

Além disso, entendeu o Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco que não faz sentido que os Arguidos, sem fonte de rendimento conhecida, fizessem tantas viagens a Espanha com o propósito de ir jogar⁵⁴². Foi também tomado em consideração por este Tribunal para a formação da sua convicção o Relatório Social que diz que Arguido perdeu o emprego por desleixo. Contudo, o mesmo Tribunal já considerou como irrelevante a menção do Relatório Social que declarava que a Arguida estava a receber o rendimento social de inserção (cuja certificação foi junta aos autos).

No processo consta um documento, sob o título de “episódio de urgência” no qual consta ter sido efectuado um exame de Raio X abdominal simples à Arguida e nele foi detectado um objecto

⁵³⁸ Este Arguido Francisco prestou declarações na audiência de julgamento e o Tribunal afirmou que considerou o seu depoimento “coerente, convicto e consentâneo com o registo de operações de vigilância da PSP”. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 23, parág. 3.2, *Ac. cit.*, p. 9.

⁵³⁹ *Ibidem*.

⁵⁴⁰ *Ibidem*.

⁵⁴¹ O Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco considerou que sendo o Arguido Francisco a pessoa que dava boleia aos Arguidos Tiago e Maria para Espanha, sendo ele uma pessoa dotada de uma capacidade normal de entender e de se coordenar, sendo ele próprio consumidor de droga, e tendo sido visto que quando regressava de Espanha com os Arguidos Tiago e Maria não entrava na residência destes, e no restante período as entradas na residência dos Arguidos era feita de forma rápida e reiterada, como faziam os demais consumidores/adquirentes que lá acorriam. Neste contexto, o Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco entendeu que o Arguido Francisco não podia deixar de saber a finalidade das viagens a Espanha. Entende o Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco que como os Arguidos Tiago e Maria não tinham carta de condução nem carro, terá o Arguido Francisco se oferecido para os auxiliar. O Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco salientou o facto de as declarações prestadas em julgamento pelo Arguido Francisco serem contraditórias ao que, alegadamente, terá dito ao agente da PSP no momento da detenção. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 24, parág. 3.3, *Ac. cit.*, p. 9.

⁵⁴² Quanto à intenção criminosa dos Arguidos e a sua consciência da ilicitude, o Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco afirmou que “apesar de nem sempre resultar explícita a intervenção das presunções judiciais, estas constituem um mecanismo necessário para levar o Tribunal a afirmar a verificação de factos controvertidos, servindo-se de indícios para deles inferir a verificação de outros factos indiciários carecidos de prova directa. Acrescentou ainda que “o artigo 127.º do Código de Processo Penal não proíbe o uso desses raciocínios lógico-mentais, nem a nossa lei processual penal faz qualquer referência a requisitos especiais no uso da prova indiciária, conquanto que estejam a coberto da lógica e da experiência comum”. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 23 e p. 25, parág. 3.3, *Ac. cit.*, p. 9.

estranho ao corpo humano⁵⁴³. Neste mesmo documento, lê-se a nota que a Arguida não prestou o seu consentimento para lhe ser retirado do seu corpo esse objecto⁵⁴⁴.

Consta no processo, sob o título “Auto de Revista/Perícia”⁵⁴⁵, o qual foi elaborado por um médico que nele declara, que no dia 30 de Abril de 2010, pelas 3h45m, no Hospital, procedeu a uma perícia médica à Arguida, e que no decurso da mesma, foi extraído um objecto estranho⁵⁴⁶, de forma endovaginal, o qual foi entregue ao órgão de polícia criminal. Foi também declarado nesse Auto que a perícia médica lhe foi solicitada pelo órgão de polícia criminal, em cumprimento de ordem dada verbalmente pelo Procurador-Adjunto do Ministério Público, com o fundamento de que o mesmo não podia, em tempo útil, dar a ordem por escrito.

Quanto a saber se a intervenção ao corpo da Arguida consistiu numa produção de prova nula, o Tribunal da Relação de Coimbra, antes de qualquer fundamentação de direito, começou imediatamente por afirmar a conclusão de que “os Recursos dos Arguidos estão votados ao insucesso”⁵⁴⁷.

Recorde-se, que os recursos dos Arguidos Tiago e Maria alegavam a nulidade da prova proibida, e como tal, como a mesma foi utilizada na fundamentação da decisão, a sentença deveria ser nula, tendo sido invocado pelos Arguidos o consagrado no artigo 122.º do Código de Processo Penal⁵⁴⁸.

Em primeiro lugar, o Tribunal da Relação de Coimbra, afirma existe uma falta de legitimidade do Arguido Tiago para recorrer do despacho do Tribunal *a quo* de improcedência da arguição da nulidade da prova, porque “a inspeccionada” foi a Arguida e não ele, com fundamento de que não considera que o despacho recorrido tenha sido proferido contra ele, nem foi o Arguido afectado pela decisão em causa, conforme a alínea b) do n.º 1 do artigo 401.º do Código de Processo Penal⁵⁴⁹.

Não compreendemos esta cogitação do Tribunal da Relação de Coimbra porque, como é evidente, se tiver provimento o recurso pela nulidade da prova obtida do corpo da Arguida Maria, e consequentemente da nulidade da sentença que valorou essa prova para a condenação de ambos, esta

⁵⁴³ A folhas 113 do Processo. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 10, parág. 2, *Ac. cit.*, p. 9.

⁵⁴⁴ *Ibidem*.

⁵⁴⁵ A folhas 112 do Processo. *Ibidem*, p. 10, parág. 2.

⁵⁴⁶ Mais tarde, veio a identificar-se que a substancia que constituía esse objecto estranho era heroína. A folhas 504 do Processo. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, p. 10, parág. 2, *Ac. cit.*, p. 9.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. 27, parág. 4.1.

⁵⁴⁸ *Ibidem*.

⁵⁴⁹ *Ibidem*.

circunstância, influi na condenação do Arguido Tiago, pelo que é claramente do seu interesse que seja apreciada a nulidade da prova obtida no corpo da Arguida.

No momento da detenção, no dia 30 de Abril de 2010, os Arguidos foram revistados por agentes da PSP, e nada foi encontrado. É referido no Acórdão que no fim dessa revista, a Arguida Maria terá dito à agente da PSP que trazia droga no interior da sua vagina, mas que se recusou a tirá-la voluntariamente⁵⁵⁰.

De seguida, o Tribunal da Relação de Coimbra, para fundamentar a legitimidade da intervenção corporal não consentida endovaginal, começou a elencar argumentos e que são exactamente os mesmos argumentos que o Estado Federal da Alemanha invocou no caso *Jalloh*.

Referiu o Tribunal da Relação de Coimbra que previamente à realização do procedimento já se sabia com antecedência que a Arguida Maria escondia droga no interior da sua vagina. É alegado pelo Ministério Público que foi a própria Arguida que disse à agente da PSP que procedeu à sua detenção que tinha droga no interior da sua vagina. Estranhámos que o Tribunal da Relação de Coimbra nem sequer tenha colocado em causa o alegado. Por um lado, porque na descrição cronológica dos factos provados, consta que após a revista rápida (verificar os bolsos ou aferir volumes estranhos na roupa dos Arguidos) diz-se que nada de anormal foi detectado pelos agentes e que, terá sido nesse momento, que a Arguida Maria disse à agente da PSP que tinha droga escondida no interior da sua vagina.

E incoerente que a Arguida Maria tenha tido a preocupação de esconder a droga, e de forma eficaz, porque nada foi detectado na revista externa, logo de seguida denunciar-se a si própria.

Mesmo que se admita um eventual arrependimento, porque se vê a ser detida, o mesmo é incoerente com a falta de colaboração desta com as autoridades, e da sua recusa expressa em retirar a droga. Qual era o receio da mesma de se auto-incriminar, ou de fornecer provas contra si mesma se já tinha confessado? Qual era a pressa das autoridades em obter a droga, de alguém que já estava detido e tinha confessado ter droga dentro do seu corpo? Salientamos que decorreram apenas 45 minutos entre a detenção e o início do procedimento já com a Arguida Maria no Hospital.

Argumentou o Tribunal da Relação de Coimbra – estranhamente na primeira pessoa - afirmando que “apenas a queríamos tirar (a droga) em segurança”⁵⁵¹. Aqui, e de forma

⁵⁵⁰ *Ibidem*.

⁵⁵¹ *Ibidem*, p. 30, parág. 4.1.

manifestamente censurável, o Tribunal, veste a pele do Ministério Público, em vez de assumir uma posição imparcial⁵⁵².

Não faz sentido que o Tribunal da Relação de Coimbra venha defender a legitimidade de uma ordem dada via telefone pela necessidade imediata de realização do procedimento “por razões de segurança” – em abstracto e sem especificar se a preocupação era com a saúde da Arguida ou pela urgência em salvaguardar a prova - quando o próprio Ministério Público, nem sequer fundamentou, no despacho posterior à intervenção, as razões que levaram à decisão de realização imediata da realização da intervenção corporal endovaginal não consentida, ou seja, não demonstra uma ponderação da necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à não auto-incriminação, o direito à integridade pessoal e a reserva de intimidade da visada, tornando meramente formal e desprovido do núcleo essencial do requisito da exigência de uma autorização da autoridade judiciária competente⁵⁵³.

5.10. O Recurso elaborado pelo Advogado de Defesa da Arguida ao Tribunal Constitucional - o Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 388/2011, de 24 de Agosto⁵⁵⁴.

O Advogado de defesa da Arguida recorreu do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra para o Tribunal Constitucional, nos termos do n.º 1 do artigo 75.º-A da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional.

Foi exposto ao Tribunal Constitucional a circunstância de a Arguida não ter autorizado a extracção da droga oculta de forma endovaginal e que tal procedimento coactivo foi realizado num

⁵⁵² O que o Tribunal deveria ter cogitado era que, ao contrário do caso *Jalloh*, a droga da Arguida Maria estava no interior da vagina, e não no seu estômago, pelo que não havia um grau semelhante de risco para a saúde ou para a vida, por um eminente rebentamento da embalagem da droga, e a conseqüente overdose.

No caso *Jalloh*, colocou-se num primeiro momento, a questão da eventual legitimidade da intervenção pela existência de um risco elevado para a vida da pessoa. É que no decorrer das fases da função digestiva, existe uma maior probabilidade de bolotas de droga rebentarem, não só pelos movimentos inerentes à digestão, mas também pelo contacto da embalagem com o suco gástrico, que poderá funcionar como um ácido corrosivo que se ultrapassar a resistência da embalagem, esta irá romper, causando uma overdose. No caso da Arguida Maria, o risco era menor, porque na vagina, não existe um percurso semelhante ao decorrer das fases da função digestiva, nem o contacto com o suco gástrico. Estas circunstâncias levam a que seja bem menor a probabilidade de um eventual rebentamento, nada obstando a que se esperasse pela validação do Juiz de Instrução Criminal.

⁵⁵³ Apenas consta no despacho de autorização do Procurador-Adjunto do Ministério Público, acerca da intervenção corporal não consentida à Arguida Maria:

“Consigno que tendo sido contactado telefonicamente no dia de hoje, cerca das 3h30m, e tendo-me sido dado conhecimento que no âmbito da presente investigação haviam sido interceptados os Arguidos e havendo fundadas suspeitas de que a Arguida Maria transportaria consigo heroína oculta endovaginal e/ou endorectal, sendo que tais suspeitas resultaram da revista efectuada, bem como das informações prestadas pelo Arguido Francisco [o que não foi condenado], foi por mim autorizada a sua revista, bem como a revista a Tiago [que vivia em união de facto com a Arguida Maria], a efectuar no hospital desta cidade, nos termos do n.º 1 e 3 do artigo 53.º do DL 15/93 de 22 de Janeiro, uma vez que não foi obtido o consentimento dos visados”.

⁵⁵⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 388/2011 de 24 de Agosto, processo n.º 575/2011, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110388.html>.

Hospital em cumprimento de uma ordem verbal e não fundamentada pelo Procurador-Adjunto do Ministério Público, que não assistiu à diligência⁵⁵⁵.

No requerimento de interposição de recurso, o Advogado da Arguida elaborou o pedido ao Tribunal Constitucional, nos seguintes termos: que fosse declarada a inconstitucionalidade da “interpretação e aplicação” do n.º 1 e da alínea a) do n.º 2 do artigo 126.º, do artigo 127.º e do artigo 172.º do Código de Processo Penal⁵⁵⁶, por tal consubstanciar uma violação dos n.ºs 1 e 3 do artigo 26.º, dos n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 18.º, do n.º 1 do artigo 25.º, dos n.ºs 2 e 3 do artigo 27.º e do n.º 8 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa⁵⁵⁷, e “consequentemente que fosse considerada nula a prova resultante da extracção da droga oculta no corpo da Recorrente de forma endovaginal”⁵⁵⁸.

O Tribunal Constitucional proferiu despacho a notificar o Advogado da Arguida de que não poderiam ser consideradas as ditas “motivações de recurso”, pelo disposto no n.º 2 do artigo 75.º-A

⁵⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁵⁶ Consagra o n.º 1 e a alínea a) do n.º 2 do artigo 126.º, o artigo 127.º e o artigo 172.º do Código de Processo Penal:

“Artigo 126.º - Métodos proibidos de prova

1 - São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas.

2 - São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante:

a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus-tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos. (...)”

“Artigo 127.º - Livre apreciação da prova

Salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente.”

“Artigo 172.º - Sujeição a exame

1 - 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. (...)”

⁵⁵⁷ Não compreendemos a razão do Advogado de defesa da Arguida ter invocado a violação dos n.ºs 2 e 3 do artigo 27.º e do n.º 1 e 3 do artigo 26.º, quando deveria antes ter invocado o n.º 2 do artigo 25.º Constituição da República Portuguesa que consagra o direito à integridade física e moral contra tratamentos desumanos ou degradantes e que tem plena aplicação ao caso. Esta é uma falha grave do Advogado que, ao invocar os artigos errados, passa ao lado da questão central que preside a este Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra.

⁵⁵⁷ Consagra o artigo 25.º da Constituição da República Portuguesa:

“Artigo 25.º - Direito à integridade pessoal

1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável.

2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratamentos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos.”

Consagra o artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa:

“Artigo 18.º - Força jurídica

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. (...)”.

Consagra o n.º 8 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa:

“Artigo 32.º - Garantias de processo criminal

(...)

8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa (...).

(...)”.

⁵⁵⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 388/2011 de 24 de Agosto, *Ac. cit.* p. 108.

e n.º 2 do artigo 76.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional⁵⁵⁹, convidando ao aperfeiçoamento da mesma, mediante a indicação da norma cuja inconstitucionalidade a Arguida pedia que o Tribunal Constitucional apreciasse⁵⁶⁰.

Não obstante este despacho, o Advogado de defesa da Arguida, apresentou um recurso reformulado que continuou a não preencher os pressupostos formais. Por essa razão, a Relatora no Tribunal Constitucional, não admitiu o recurso, com fundamento de que faltavam no caso os correspondentes pressupostos de admissibilidade, nos termos do n.º 5 do artigo 76.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional⁵⁶¹.

Da decisão sumária de não admissão do recurso por parte do Tribunal Constitucional veio a Arguida reclamar para a conferência nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 78.º-A da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional⁵⁶². Nesta reclamação o Advogado da Arguida, mais uma vez, não invocou norma nenhuma, remetendo para as peças processuais anteriores⁵⁶³, e insistindo exclusivamente na inconstitucionalidade do despacho verbal do Ministério Público⁵⁶⁴, descurando a questão essencial que era, a de pôr em causa a constitucionalidade, no âmbito de intervenção corporal endovaginal não consentida, de ser atribuída competência ao Ministério Público - a entidade que tem interesse no diferimento da autorização para a intervenção corporal não consentida - ser a mesma entidade a quem cabe balancear o interesse público na descoberta da verdade e a salvaguarda dos direitos fundamentais da visada.

⁵⁵⁹ Lei n.º 28/82 de 15 de Novembro, alterada pela Lei Orgânica n.º 11/2015 de 28 de Agosto.

⁵⁶⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 388/2011, de 24 de Agosto, *Ac. cit.* p. 106.

⁵⁶¹ *Ibidem.*

⁵⁶² *Ibidem.*

⁵⁶³ Nomeadamente, as alegações de recurso para o tribunal constitucional e o requerimento de aperfeiçoamento.

O Advogado alegou o seguinte na reclamação para a conferência: “(...) a Recorrente vem clamando desde a 1.ª instância pela inconstitucionalidade e nulidade da prova que lhe foi imposta (exame à sua intimidade feminina), através de um despacho verbal, via telefone. (...) não nos podemos olvidar que estamos no âmbito de um processo crime, infamante e estigmatizante por natureza, pelo que todas as cautelas são poucas, por forma a que a justiça saia prestigiada, isto é, num processo onde todos os direitos de defesa do arguido lhe sejam conferidos e as suas pretensões analisadas, sem recurso a qualquer meio processual que possa levantar qualquer dúvida e/ou turbe a imparcialidade de objectividade dos tribunais. (...)”. Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 388/2011, de 24 de Agosto, *Ac. cit.* p. 106.

Não se percebe, a razão pela qual, após ser notificado que tinha de ser mencionada uma norma concreta da qual a Arguida considerava ter sido interpretada de forma inconstitucional, o Advogado persiste no mesmo erro, limitando-se a alegações abstractas e a remeter para as peças anteriormente apresentadas, continuando sem mencionar qualquer norma para que o Tribunal Constitucional pudesse apreciar da constitucionalidade da sua interpretação, não dando outra hipótese senão, a de conduzir ao indeferimento do pedido.

⁵⁶⁴ Apresentou o Advogado, como conclusão na reclamação para a conferência: “(...) Assim, quanto mais não seja a simples situação do despacho verbal, expressamente invocado pela recorrente como o sentido que não está contido na norma cuja inconstitucionalidade (sentido em que foi interpretada) se pretende que venha a ser decretado, com o qual se fundamentou a realização do exame efectuado à intimidade da arguida. (...)”. Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 388/2011, de 24 de Agosto, *Ac. cit.* p. 106.

O Advogado persiste numa insistência exclusiva no argumento da forma verbal do despacho do Ministério Público e demonstra uma dificuldade de percepção do que é exigido, de um prisma meramente formal, para que o Tribunal Constitucional aprecie o recurso, comprometendo qualquer possibilidade à Arguida de ver o seu caso apreciado.

O Tribunal Constitucional veio, mais uma vez, indeferir a reclamação, com fundamento de que no “sistema português de controlo de constitucionalidade, não há lugar para o controlo de constitucionalidade de actos ou decisões dos poderes públicos (judiciais ou outros), com fundamento de que eles próprios sejam lesivos de direitos fundamentais”⁵⁶⁵.

O Advogado da Arguida veio alegar que “o concreto meio pelo qual fora colhida a prova durante o processo (extracção da droga oculta no seu corpo de forma endovaginal) violava vários direitos constitucionalmente garantidos. Contudo, não chegou nunca a identificar, nem nas alegações de recurso perante o tribunal *a quo*, nem no próprio requerimento de interposição do recurso perante o Tribunal Constitucional (mesmo depois de aperfeiçoado), a norma cuja inconstitucionalidade, por violação dos referidos direitos, constitucionalmente tutelados) pedia que o Tribunal apreciasse”⁵⁶⁶. É esta ausência que leva à decisão de não admitir o recurso interposto. “(...) Não havendo lugar em direito português para os chamados “recursos de amparo” ou “queixas constitucionais”, não pode o Tribunal Constitucional senão julgar da constitucionalidade de normas. Aquilo que, no presente caso, a Arguida lhe pede – que considere nula, em consequência de um juízo de inconstitucionalidade incidente sobre a própria decisão judicial, em si mesma considerada, “a prova resultante da extracção da droga oculta no corpo da recorrente de forma endovaginal” – está portanto fora do âmbito das competências que lhe são conferidas pela Constituição e pela lei”⁵⁶⁷.

O Tribunal Constitucional português fiscaliza exclusivamente a constitucionalidade de normas e não a constitucionalidade de decisões judiciais⁵⁶⁸. Este é um pilar básico e fundamental do funcionamento da justiça constitucional portuguesa. Um Advogado que formule o pedido nos termos acima referidos, pedindo ao Tribunal Constitucional que declare inconstitucional a aplicação que é feita da lei processual penal, bem como pedir que o Tribunal Constitucional declare nula a prova resultante da intervenção corporal não consentida, demonstra um manifesto desconhecimento da justiça constitucional portuguesa, que ao fazer o pedido desta forma manifestamente errada, leva inevitavelmente ao seu indeferimento.

Consideramos que o pedido deveria ter sido formulado nos seguintes termos: que seja declarada inconstitucional, pela violação dos n.ºs 1 e 2 do artigo 25.º e da 2ª parte do n.º 4 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa, as normas constantes no n.º 1 do artigo 172.º, no n.º 3 e 6 do artigo 174.º e no n.º 1 e 3 do artigo 154.º do Código de Processo Penal, quando interpretadas no sentido de possibilitar, sem autorização do Juiz de Instrução Criminal, a realização coactiva de

⁵⁶⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 388/2011, de 24 de Agosto, *Ac. cit.* p. 106.

⁵⁶⁶ *Ibidem*.

⁵⁶⁷ *Ibidem*.

⁵⁶⁸ Vide, REIS NOVAIS, Jorge, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 256-257, 259-260, 291, 306-307.

uma intervenção corporal endovaginal/endorectal a um Arguido, para a obtenção da prova do crime, quando este último tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal intervenção. Mais se pediria, para consequencialmente, se julgar inconstitucional, por violação do disposto no n.º 4 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa, as norma constantes dos n.ºs 1, 2 alíneas a) e c) e n.º 3 do artigo 126º do Código de Processo Penal, quando interpretadas em termos de considerar válida e, por conseguinte, susceptível de ulterior utilização e valoração a prova obtida através de intervenção corporal não consentida, realizada nos moldes acima descritos. Finalmente, pedir-se-ia para que o Tribunal Constitucional concedesse provimento ao recurso e ordenasse a reforma da decisão recorrida em conformidade com o juízo de inconstitucionalidade cujo pedido agora se formula⁵⁶⁹.

Se o pedido tivesse sido formulado correctamente e o Tribunal Constitucional considerasse inconstitucional a interpretação que o Tribunal da Relação de Coimbra fez do n.º 2 do artigo 172.º, do n.º 3 do artigo 174.º e do n.º 1 do artigo 154.º do Código de Processo Penal, a decisão faria caso julgado no processo quanto à questão da inconstitucionalidade suscitada e os autos baixavam ao Tribunal da Relação de Coimbra de onde provieram, a fim de que este, reformulasse a decisão no processo da Arguida interpretando as normas em causa em conformidade com a Constituição⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ Como o Tribunal Constitucional Português apenas fiscaliza a constitucionalidade de normas, e não de decisões judiciais, não seria possível colocar à sua consideração o facto de o Tribunal da Relação de Coimbra, num determinado momento, considerar “atípica” a intervenção corporal à qual a Arguida foi sujeita, e como tal, não se enquadra no regime os exames, nem das perícias, nem das revistas, e “consequentemente”, não tem que obedecer ao requisito do n.º 6 do artigo 174.º e do n.º 3 do artigo 154.º do Código de Processo Penal.

⁵⁷⁰ Consagra o artigo 80.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional:

“Artigo 80.º - Efeitos da decisão

1 - A decisão do recurso faz caso julgado no processo quanto à questão da inconstitucionalidade ou ilegalidade suscitada.

2 - Se o Tribunal Constitucional der provimento ao recurso, ainda que só parcialmente, os autos baixam ao tribunal de onde provieram, a fim de que este, consoante for o caso, reforme a decisão ou a mande reformar em conformidade com o julgamento sobre a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade.

3 - No caso de o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação no processo em causa.

(...).”

Não existe qualquer registo na base de dados do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que o Advogado tenha seguido com este processo para a referida instância europeia.

Consideramos que o Advogado cometeu um grande erro ao não ter levado este caso à apreciação do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, uma vez que existia já, a decisão referente ao caso *Jalloh vs. Alemanha*, cujas circunstâncias são muito semelhantes ao caso da Arguida Maria, em matéria de intervenção corporal não consentida, infligindo sofrimento ao visado para obter prova do crime de tráfico de droga.

Salienta-se que o TEDH atenderia a vários factores que seriam relevantes no caso da Arguida, para se aferir a qualificação da intervenção corporal endovaginal não consentida, como tratamento desumano e degradante, como a necessidade e proporcionalidade do método escolhido, a duração, intensidade, o sofrimento e consequências físicas e psicológicas.

Para este efeito, a concluir-se que o procedimento a que foi sujeita a Arguida consubstancia um tratamento desumano e degradante por não ter respeitado os requisitos legais para a garantia e salvaguarda dos direitos fundamentais da

6. A Dupla Qualidade do Arguido: o Arguido como Sujeito Processual e o Arguido como Meio de Prova.

A partir da constituição de Arguido, são asseguradas um conjunto de garantias, inerentes ao seu estatuto, as quais estão consagradas nos artigos 61.º e 64.º do Código de Processo Penal e nos artigos 29.º e 32.º da Constituição da República Portuguesa. Contudo, são-lhe também impostos deveres processuais, nomeadamente, o dever de se sujeitar a diligências de prova, podendo estas incidir sobre o seu corpo, de acordo com a alínea d) do n.º 3 do artigo 61.º do Código de Processo Penal.

A dupla qualidade do Arguido como sujeito processual e como um meio de prova está permanentemente interligada, na medida em que, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da presunção de inocência, o direito à não auto-incriminação e o direito a um processo justo e equitativo, leva a que a utilização do Arguido como meio de prova seja sempre limitada pelo respeito da sua decisão livre, ou se não existir consentimento, pelo respeito pelos seus direitos fundamentais. Estas garantias não podem ser afastadas em prol de outros interesses investigatórios tidos como superiores, mesmo que esteja em causa um crime grave, ou mesmo que seja a única prova do crime, porque tal entendimento seria incompatível com os valores de um Estado de Direito Democrático, cuja trave-mestra consiste no respeito pelos direitos fundamentais das pessoas, em qualquer circunstância, e como tal, mesmo que sobre ela recaiam fortes suspeitas da prática de um crime, a obtenção de prova não pode ser realizada a qualquer custo, sendo nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, conforme o disposto no n.º 8 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa e n.º 1 do artigo 126.º do Código de Processo Penal.

Numa perspectiva estritamente processual probatória, o princípio da presunção de inocência consagrado no n.º 2 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa, significa que as provas

Arguida, foi cometido por ordem do Ministério Público, em representação do Estado, em nome do interesse público, um crime de violação da Arguida.

No caso M.C./Bulgária, na definição de tratamento desumano e degradante no contexto de violação sexual, dispensa-se a prova da resistência física da mulher, ou das consequências físicas da violação, devendo antes ser dada relevância à ausência do consentimento da mulher. Cfr. Caso M.C./Bulgária, processo n.º 39272/98, de 4 de Dezembro de 2003. Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-61521"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

Para o TEDH releva também o facto da intervenção corporal endovaginal não consentida ter sido realizada por uma pessoa do sexo oposto, por colidir com o princípio da dignidade da pessoa humana, tornando um procedimento tão delicado e doloroso, ainda mais constrangedor para a visada. Salienta-se que não consta do processo quantas pessoas estavam na sala onde se realizou o procedimento, nem nunca se descreve a forma como a Arguida foi forçada a fazer o procedimento de obtenção de prova endovaginal.

Este é um ponto essencial, que foi meticulosamente analisado no caso *Jalloh*, porque a validade da prova está dependente da forma como foi obtida, e nem o Tribunal Judicial da Comarca de Castelo Branco, nem o Tribunal da Relação de Coimbra demonstraram qualquer preocupação com essas circunstâncias fundamentais para a análise da validade e consequente possibilidade de valoração da prova assim obtida.

tidas em conta para fundamentar a decisão da condenação têm de ser legalmente admissíveis e válidas⁵⁷¹.

O Arguido tem o direito de ser ouvido pelo Juiz de Instrução Criminal sempre que esteja em causa uma decisão que pessoalmente o afecte e de constituir Advogado ou solicitar a nomeação de um defensor e ser por ele assistido em todos os actos processuais em que participar, nos termos das alíneas b), e) e f) do n.º do artigo 61.º do Código de Processo Penal. Na fase de instrução, os actos que contendam com direitos fundamentais, são da exclusiva competência do Juiz de Instrução Criminal, conforme o n.º 4 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa.

Consideramos que estas garantias, deveriam ser mais concretizadas, em matéria de intervenções corporais não consentidas. Por um lado, pela consagração de uma obrigatoriedade prévia de autorização pelo Juiz de Instrução Criminal, e por outro lado, pela obrigatoriedade de o visado ter consigo, aquando a diligência de obtenção de prova, o seu Advogado.

Se existe uma obrigatoriedade de assistência do defensor em actos menos gravosos – como interrogatórios, debate instrutório, e audiência de discussão e julgamento, nos termos do artigo 64.º do Código de Processo Penal - não compreendemos como é que num procedimento de obtenção de prova que envolve uma intrusão corporal grave, o visado não tenha consigo ninguém para assegurar o respeito pelos seus direitos fundamentais.

Se o legislador, teve o cuidado de permitir ao visado, de nestas circunstâncias, ser acompanhado de alguém da sua confiança, é porque pressupõe que seja um procedimento especialmente constrangedor ou intimidante para o visado, conforme o n.º 3 do artigo 172.º, e n.º 1 do artigo 175.º do Código de Processo Penal.

Além disso, trata-se de uma intervenção corporal não consentida, cuja realização deve estar limitada ao despacho de autorização do Juiz de Instrução Criminal. Na maioria dos casos, o Procurador-Adjunto do Ministério Público, nem sequer está presente na realização da diligência. A presença do Advogado, seria uma forma de a polícia ter um cuidado acrescido, em agir dentro dos limites, e simultaneamente, uma forma de o visado se sentir protegido por saber estar acompanhado de alguém que está ali para o defender e para assegurar a garantia e o respeito pelos seus direitos fundamentais, no decorrer da diligência de obtenção de prova.

⁵⁷¹ MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal...*, p. 122, *ob. cit.* p. 10.

6.1. Os Casos em que se Verifica a Existência de um Risco Iminente para a Saúde ou para a Vida do Visado: o Acórdão do TEDH – *Bogumil vs. Portugal*, de 7 de Outubro de 2008⁵⁷².

Para aferir da legitimidade de uma intervenção corporal não consentida para obtenção de prova nas situações em que existe um risco para a saúde ou para a vida do visado, iremos analisar o caso *Bogumil vs. Portugal*.

No caso *Bogumil vs. Portugal*, o Requerente *Adam Bogumil* é um cidadão polaco que apresentou uma queixa contra o Estado Português, enquanto estava detido no estabelecimento prisional de Lisboa, a 8 de Novembro de 2003, alegando ter sofrido uma intervenção cirúrgica, sem o seu consentimento, para retirar uma embalagem com cocaína do seu estômago, e que tal, além de ter tido consequências para a sua integridade física, a prova assim obtida foi admitida e valorada pelo Tribunal. Por outro lado, considera que não beneficiou de um apoio judiciário efectivo, no processo penal que lhe foi movido⁵⁷³.

No dia 12 de Novembro de 2002, na chegada ao Aeroporto de Lisboa proveniente do Brasil, o Requerente foi abordado pelas autoridades aduaneiras. Na descrição dos factos no Acórdão, não consta quais foram os indícios que levaram as autoridades aduaneiras a suspeitar do Requerente.

Foi-lhe efectuada uma revista e foram encontradas, dissimuladas nos seus sapatos, várias embalagens de cocaína, com cerca de 360 gramas. Alegadamente, o Requerente terá nesse momento informado as autoridades aduaneiras que tinha ingerido, no dia anterior, uma embalagem de cocaína.

De seguida, o Requerente foi levado para o Hospital de São José de Lisboa, onde com o seu consentimento, foi-lhe feito um raio-x, que confirmou haver um objecto anormal no seu estômago⁵⁷⁴.

No dia 13 de Novembro de 2006, o médico chefe da equipa de cirurgia no Hospital de São José, elaborou uma declaração justificativa do procedimento⁵⁷⁵.

Na declaração, explicou que no dia seguinte à detenção - dia 13 de Novembro de 2002, a imagem radiológica se mantinha a mesma, ou seja, fez-se um novo raio-x ao Requerente, do qual se verificou “a permanência, sem progressão”, de uma das embalagens de cocaína no seu tubo digestivo. “Depois de tentada a sua expulsão por vários métodos farmacológicos, foi solicitada a realização de endoscopia digestiva alta⁵⁷⁶”, e para o efeito, o Requerente foi transportado ao Serviço

⁵⁷² Acórdão *Bogumil vs. Portugal*, *Ac. cit.* p. 10.

⁵⁷³ Acórdão *Bogumil vs. Portugal*, p. 1, parág. 3, e p. 2, parágs. 7 e 8, *Ac. cit.* p. 10.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 2, parágs. 8 e 10.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 2, parág. 10.

⁵⁷⁶ A endoscopia digestiva alta é um exame que permite analisar, através da boca, o tubo digestivo alto (esófago, estômago e duodeno). Para tal, é utilizado um tubo flexível, o (gastrosópio) com uma pequena câmara que faz a

de Gastroenterologia do Hospital Santo António dos Capuchos⁵⁷⁷. Uma vez realizada a endoscopia ao Requerente, foi possível confirmar que a embalagem de cocaína não tinha ultrapassado o piloro⁵⁷⁸.

Nestas circunstâncias, entendeu a equipa médica que não se deveria ser tentada a sua remoção instrumental endoscópica, porque existir um risco de ruptura da embalagem no estômago e consequentemente a morte do Requerente, num muito curto espaço de tempo, causada pela rápida absorção daquela quantidade de cocaína⁵⁷⁹. Atendendo ao facto do Requerente estar com a embalagem de cocaína no estômago, em situação de permanência, há mais de 72 horas, em iminente risco de ruptura e de absorção do seu conteúdo, e perante o início de alguns sintomas por parte do Requerente, de alguma indisposição, foi decidido proceder à sua remoção cirúrgica, com carácter de urgência⁵⁸⁰.

No dia 14 de Novembro de 2002, o Juiz de Instrução Criminal, proferiu despacho a validar a detenção do Requerente, por suspeita de prática do crime de tráfico de estupefacientes, ordenou a sua prisão preventiva e a sua comparência para interrogatório logo que o seu estado de saúde o permitisse. Os factos descritos indicam que só a partir deste momento, o Requerente passou de Suspeito, a Arguido, com todas as garantias inerentes a esse estatuto. No referido despacho, o Juiz de Instrução Criminal designou intérprete e determinou que uma tradução em língua polaca do seu despacho fosse notificada ao Requerente. Não há qualquer referência, no Despacho, de qualquer pedido dirigido ao Juiz de Instrução Criminal que avalie a legitimidade ou alternativas a um método de obtenção de prova mediante uma intervenção cirúrgica ou qualquer outro e sem o consentimento do visado. Podemos concluir por isso, que com toda a probabilidade, o Juiz de Instrução Criminal não estava ao corrente da dificuldade do pessoal médico em retirar a embalagem de droga do estômago do Requerente.

transmissão de imagens de elevada definição do tubo digestivo para um monitor. Cfr. <http://www.affidea.pt/servi%C3%A7os/exames-de-especialidade/gastroenterologia/endoscopia-digestiva-alta/>.

Este exame, tem a duração média de 3 a 5 minutos, e causa algum desconforto e uma sensação de vómito, nomeadamente, se for realizado sem anestesia, mas não causa dor. Consiste na introdução de um tubo pela boca e garganta.

A endoscopia digestiva alta é, por regra, um exame seguro, no entanto, existe uma pequena probabilidade de ocorrência de complicações, que podem passar por infeções, traumatismos dentários ou então reacções adversas a medicamentos que tenham sido tomados.

No caso do visado sentir uma dor abdominal persistente, febre, dificuldade em respirar, dificuldade de engolir ou dor torácica deve voltar a ser observado por um médico.

Cfr. <http://www.affidea.pt/servi%C3%A7os/exames-de-especialidade/gastroenterologia/endoscopia-digestiva-alta/>.

⁵⁷⁷ Caso *Bogumil* vs. Portugal, p. 3, parág. 10, *Ac. cit.* p. 10.

⁵⁷⁸ O piloro é uma válvula, em forma circular, localizada na parte inferior do estômago e que, durante a digestão, controla a passagem dos alimentos para o duodeno (que é a parte inicial do intestino delgado). Cfr. <https://www.medipedia.pt/home/home.php?module=artigoEnc&id=25>.

⁵⁷⁹ Acórdão *Bogumil* vs. Portugal, p. 3, parág. 10, *Ac. cit.* p. 10.

⁵⁸⁰ *Ibidem*.

Foi alegado pelo médico chefe da equipa de cirurgia no Hospital São José, que foi explicado ao Requerente, que pelas razões acima referidas, existia a necessidade da realização de uma intervenção cirúrgica urgente⁵⁸¹. Esta comunicação com o Requerente foi “na mesma língua em que se estabeleceu o contacto antes da realização da endoscopia digestiva alta, seguramente por ele perceptível, não tendo este, contudo, formalizado, por escrito, a sua autorização, ao contrário do que havia sucedido antes da sua deslocação ao Hospital (...), transmitindo-a, apenas, verbalmente.”⁵⁸².

A intervenção cirúrgica teve lugar no dia 15 de Novembro de 2002 (três dias após a detenção no aeroporto e um dia depois da constituição de Arguido), a partir das 00h10m. A “operação decorreu com normalidade”, tendo sido removida a embalagem de cocaína do organismo do Requerente. Às 15h50m do mesmo dia da operação, o Requerente foi transferido do Hospital São José, para o Hospital Prisional de São João de Deus, em Caxias⁵⁸³.

A médica Directora Clínica do Hospital Prisional, declarou por escrito, no dia 27 de Março de 2007, que o Requerente foi internado no Hospital Prisional no dia 15 de Novembro de 2002, e foi transferido para a realização do pós-operatório⁵⁸⁴. Declarou a médica Directora Clínica do Hospital Prisional que “à entrada o doente estava estável hemodinamicamente, tinha um abdómen e um cólon livre à palpação com penso operatório limpo e seco. Foi observado pelo nosso cirurgião que controlou a terapêutica e ferida operatória que evoluiu dentro da normalidade. Foi também observado e medicado pelo médico de Psiquiatria por se encontrar deprimido”⁵⁸⁵.

No dia 25 de Novembro de 2002, o Requerente compareceu perante o Juiz de Instrução Criminal, na presença do intérprete e de um Advogado Estagiário, que tinha sido designado oficiosamente. Após o interrogatório, o Juiz de Instrução Criminal manteve a medida de coacção de prisão preventiva⁵⁸⁶.

O Requerente só teve alta do Hospital Prisional no dia 6 de Dezembro de 2002⁵⁸⁷.

No dia 10 de Dezembro de 2002, o Requerente foi interrogado pelo Procurador do Ministério Público encarregado do caso, na presença do seu Advogado-estagiário oficioso tendo prestado declarações no sentido em que tinha ingerido uma embalagem de cocaína sob coacção⁵⁸⁸.

No dia 15 de Janeiro de 2003, o Procurador-Adjunto do Ministério Público titular do processo solicitou à Ordem dos Advogados que indicasse um Advogado e não um Advogado-

⁵⁸¹ *Ibidem*.

⁵⁸² *Ibidem*.

⁵⁸³ *Ibidem*.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 4, parág. 14.

⁵⁸⁵ *Ibidem*.

⁵⁸⁶ *Ibidem*, p. 4, parág. 17.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 4, parág. 14.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, p. 4, parág. 18.

estagiário como defensor oficioso do Requerente, por o mesmo ser suspeito da prática de um crime cuja moldura penal poderá ser superior a oito anos de prisão. Em 17 de Janeiro, a Ordem dos Advogados indicou um novo Advogado, no dia 6 de Fevereiro de 2003⁵⁸⁹.

Em 28 de Março de 2003, o Procurador-Adjunto do Ministério Público titular do processo deduziu acusação contra o Requerente, por prática de crime de tráfico de estupefacientes⁵⁹⁰.

No dia 28 de Abril de 2003, o Requerente efectuou uma queixa – numa carta redigida em língua polaca, a qual foi traduzida pela Embaixada da Polónia em Lisboa, ao Procurador Geral da República - na qual contestava a intervenção cirúrgica a que fora submetido, alertava para o agravamento do seu estado de saúde e das falhas do apoio judiciário⁵⁹¹.

Esta carta foi junta ao processo e, no dia 5 de Maio de 2003, o Procurador-Adjunto do Ministério Público titular do processo, ordenou que se desse conhecimento da referida carta ao Advogado do Requerente⁵⁹².

Perante as queixas do Requerente relativas à intervenção cirúrgica a que foi submetido, o Procurador-Adjunto do Ministério Público, considerou que uma carta não consubstancia uma forma adequada a uma queixa formal, tendo decidido não dar seguimento às alegações do Requerente e respondeu-lhe que tinha sido assinada pelo Requerente uma declaração escrita a autorizar a intervenção cirúrgica⁵⁹³.

No 26 de Agosto de 2003, a Embaixada da Polónia em Lisboa informou o Procurador-Adjunto do Ministério Público titular do processo que o Requerente queixava-se de que o Advogado, nomeado no dia 6 de Fevereiro de 2003, nunca tinha contactado com ele⁵⁹⁴.

A Embaixada da Polónia também chamou a atenção do Procurador-Adjunto do Ministério Público sobre a degradação do estado de saúde do Requerente⁵⁹⁵.

O audiência de discussão e de julgamento do Requerente foi no dia 18 de Setembro de 2003 às 10h00m⁵⁹⁶. Foi apenas na abertura da audiência, que o Tribunal designou uma nova Advogada como defensora oficiosa do Requerente⁵⁹⁷. O Juiz presidente, suspendeu a audiência, para ser retomada às 15h15m para que a Advogada oficiosa pudesse conferenciar com o Arguido a fim de

⁵⁸⁹ *Ibidem*, p. 4, parág. 19.

⁵⁹⁰ *Ibidem*, p. 5, parág. 20.

⁵⁹¹ *Ibidem*, p. 5, parág. 22.

⁵⁹² *Ibidem*, p. 5, parág. 23.

⁵⁹³ *Ibidem*, p. 5, parág. 23 e p. 12, parág. 54.

⁵⁹⁴ Por despacho datado de 5 de Setembro de 2003, o Juiz do processo crime, convidou o Advogado oficioso a pronunciar-se sobre a carta do Requerente. No dia 15 de Setembro de 2003, o Advogado Oficioso informou o Tribunal que tinha suspenso a sua inscrição na Ordem dos Advogados, pedindo que fosse nomeado outro defensor. Cfr. Acórdão *Bogumil vs. Portugal*, p. 5, parág. 26, *Ac. cit.* p. 10.

⁵⁹⁵ *Ibidem*, p. 5, parág. 25.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, p. 6, parág. 27.

⁵⁹⁷ *Ibidem*.

preparar a defesa⁵⁹⁸. Salienta-se que consta dos factos que o Arguido, além de estar preso preventivamente, só falava polaco, pelo que a conferência com a Advogada oficiosa não poderá ter sido levada a cabo com o tempo e o rigor necessário para preparar a defesa, sem um tradutor a acompanhá-los. A audiência de discussão e de julgamento terminou às 16 horas, depois de ouvidos o Requerente e duas testemunhas da acusação sobre os factos, nomeadamente, o funcionário da alfândega que deteve o Requerente e o inspector de polícia judiciária que o acompanhou ao hospital⁵⁹⁹.

O Tribunal admitiu e valorou como prova a embalagem de droga retirada aquando da intervenção cirúrgica⁶⁰⁰.

Por Acórdão, no dia 26 de Setembro de 2003, o Tribunal condenou o Requerente na pena de quatro anos e dez meses de prisão e a sua extradição do território português⁶⁰¹.

No dia 10 de Outubro de 2003, o Requerente interpôs Recurso – redigido por ele próprio, em língua polaca - para o Tribunal da Relação de Lisboa. Nele, queixava-se da ausência de contacto e de falta de comparência por parte da sua Advogada oficiosa e alegava que a pena a que foi condenado era excessiva⁶⁰². Por carta de 14 de Novembro de 2003, o escrivão informou-o que o presidente do Tribunal da Relação não tinha competência para intervir no processo⁶⁰³.

No dia 6 de Junho de 2005, o Requerente informou o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que tinha sido transferido para um Estabelecimento Prisional na Polónia⁶⁰⁴.

No dia 5 de Dezembro de 2005, o Requerente foi colocado em liberdade⁶⁰⁵.

O artigo 126.º do Código de Processo Penal proíbe a utilização de provas obtidas mediante métodos que ofendam a integridade física ou moral das pessoas⁶⁰⁶.

⁵⁹⁸ O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou ter havido uma violação do direito do Requerente a um processo equitativo, nomeadamente, ao abrigo do n.º 1 e da alínea c) do n.º 3 artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos porque depois de ter designado uma nova Advogada oficiosa, o Tribunal, que não podia deixar de saber que o Requerente não tinha beneficiado até então de um apoio judiciário efectivo, e deveria por isso ter adiado a audiência. “Não importa que a Advogada oficiosa em causa não tivesse apresentado tal pedido de adiamento. As circunstâncias do caso impunham que o tribunal não permanecesse passivo e assegurasse o respeito concreto e efectivo dos direitos de defesa do Requerente.” Cfr. Acórdão *Bogumil vs. Portugal*, p. 6, parág. 27, p. 11, parág. 49, *Ac. cit.* p. 10.

⁵⁹⁹ *Ibidem*, p. 6, parág. 27.

⁶⁰⁰ *Ibidem*, pp. 5 e 6, parág. 28.

⁶⁰¹ *Ibidem*, p. 5, parág. 28.

⁶⁰² Por ofício de 20 de Outubro de 2003, o escrivão do Tribunal da Relação de Lisboa devolveu a carta ao interessado, informando-o que o documento dirigido ao Tribunal devia ser redigido em língua portuguesa. Posteriormente, em data não precisa, o Requerente remeteu ao Tribunal da Relação de Lisboa uma tradução em língua portuguesa do seu recurso. Cfr. Acórdão *Bogumil vs. Portugal*, p. 6, parág. 29, *Ac. cit.* p. 10.

⁶⁰³ *Ibidem*, p. 6, parág. 30.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 6, parág. 31.

⁶⁰⁵ *Ibidem*.

⁶⁰⁶ Consagra o artigo 126.º do Código de Processo Penal:
“Artigo 126.º - Métodos proibidos de prova

Os n.º 1 do artigo 53.º Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, relativo ao combate ao crime de tráfico de estupefacientes, prevê que se “houver indícios de que alguém oculta ou transporta no seu corpo estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, é ordenada revista e, se necessário, procedese a perícia.” O n.º 3 consagra ainda que na falta de consentimento do visado, a realização desta depende da prévia autorização da “autoridade judiciária competente”⁶⁰⁷.

O dossier médico do Requerente contém o documento por ele assinado mediante o qual consente a realização da endoscopia digestiva alta. Não consta nenhum documento no qual conste um consentimento escrito respeitante à intervenção cirúrgica⁶⁰⁸.

1 - São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas.

(...)”

⁶⁰⁷ Consagra o artigo 53.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro:

“Artigo 53.º - Revista e perícia

1 - Quando houver indícios de que alguém oculta ou transporta no seu corpo estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, é ordenada revista e, se necessário, procede-se a perícia.

2 - O visado pode ser conduzido a unidade hospitalar ou a outro estabelecimento adequado e aí permanecer pelo tempo estritamente necessário à realização da perícia.

3 - Na falta de consentimento do visado, mas sem prejuízo do que se refere no n.º 1 do artigo anterior, a realização da revista ou perícia depende de prévia autorização da autoridade judiciária competente, devendo esta, sempre que possível, presidir à diligência.

4 - Quem, depois de devidamente advertido das consequências penais do seu acto, se recusar a ser submetido a revista ou a perícia autorizada nos termos do número anterior é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.”

⁶⁰⁸ No Acórdão *Bogumil vs. Portugal* foi desenvolvido na parte da fundamentação de direito, a questão do consentimento, o qual só é eficaz se o paciente o fizer de forma livre e esclarecida; e a não responsabilização do médico quando os procedimentos forem levados a cabo, de acordo com as *legis artis*, ou quando o consentimento só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou para a saúde do visado, fazendo referência às normas dos artigos 156.º e 157.º do Código Penal. Cfr. Acórdão *Bogumil vs. Portugal*, p. 7, parág. 36, *Ac. cit.* p. 10.

Contudo, ressaltam-se as circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado. No caso concreto do Requerente, ele está no hospital, devidamente escoltado por elementos da polícia, e não na qualidade de paciente, mas na qualidade de alguém que é suspeito da prática de um crime, e do qual se pretende obter prova do crime a partir do seu corpo.

Consagrava o artigo 58.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos vigente à data dos factos:

“1. O Médico não deve em circunstância alguma praticar, colaborar ou consentir em actos de violência, tortura, ou quaisquer outras actuações cruéis, desumanas ou degradantes, seja qual for o crime cometido ou imputado ao preso ou detido”.

Consagram os artigos 20.º, 24.º e 26.º do Regulamento de Deontologia Médica em vigor (Regulamento n.º 707/2016, de 21 de Julho):

“Artigo 20.º - Consentimento do doente

1 - O consentimento do doente só é válido se este, no momento em que o dá, tiver capacidade de decidir livremente, se estiver na posse da informação relevante e se for dado na ausência de coacções físicas ou morais.

(...)”

“Artigo 24.º - Recusa de exames e tratamentos

(...)”

2 - Em caso de perigo de vida de doente com capacidade para decidir, a recusa de tratamento imediato que a situação imponha só pode ser feita pelo próprio doente, expressa e livremente.”

“Artigo 26.º - Respeito pelas crenças e interesses do doente

1 - O médico deve respeitar (...) os interesses legítimos do doente.

(...)”

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou que, ao contrário do que alegou o Estado Português, a intervenção cirúrgica ao Requerente não tem base legal em nenhum dos artigos acima transcritos.

O Requerente afirma nunca ter sido consultado sobre os procedimentos médicos aplicáveis à sua situação. Nega ter dado consentimento, verbal ou escrito, à intervenção cirúrgica a que foi sujeito⁶⁰⁹.

O Estado Português veio alegar uma excepção à admissibilidade do pedido do Requerente perante o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, invocando a falta de um pressuposto, o do n.º1 do artigo 35.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, alegando que o Requerente não tinha esgotado os meios de recurso internos, uma vez que nunca pediu qualquer responsabilidade, perante as instâncias judiciais, contra os médicos que realizaram o procedimento⁶¹⁰.

O Requerente contestou a existência da alegada excepção, porque não é a responsabilidade individual dos médicos que está em causa, mas a responsabilidade das autoridades portuguesas, sobretudo da polícia e do Procurador-Adjunto do Ministério Público. O Requerente alegou que não tinha qualquer meio de recurso que lhe permitisse contestar a legalidade ou a proporcionalidade da realização da intervenção cirúrgica⁶¹¹.

O único fundamento legal, de acordo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, era o que consagrava o artigo 127.º do DL 265/79 de 1 de Agosto, que estava em vigor ao tempo dos factos, que se intitulava Reforma do Sistema Prisional.

“Artigo 127.º - Meios coercivos no tocante aos cuidados com a saúde

1 - Só podem impor-se coercivamente aos reclusos exames médicos, tratamentos ou alimentação em caso de perigo para a sua vida ou grave perigo para a sua saúde.

2 - Os meios coercivos devem ser exigíveis, mas não podem envolver grave perigo para a vida ou para a saúde do recluso.

(...)

4 - Os meios coercivos só podem impor-se uma vez esgotados os esforços razoáveis para obter o consentimento do recluso.

Consagra o artigo 35.º da Lei n.º 115/2009 de 12 de Outubro, agora em vigor, e que consagra o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.

“Artigo 35.º - Cuidados de saúde coactivamente impostos

(...)

3 - As intervenções e os tratamentos médico-cirúrgicos e a alimentação podem ainda ser coactivamente impostos se existir perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde do recluso e se o seu estado lhe retirar o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance da recusa.

4 - As intervenções e os tratamentos médico-cirúrgicos e a alimentação coactivos limitam-se ao necessário e não podem criar perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde do recluso.

(...).”

⁶⁰⁹ Acórdão *Bogumil vs. Portugal*, p. 4, parág. 15, *Ac. cit.* p. 10.

⁶¹⁰ *Ibidem*, p. 12, parágs. 53, 54 e 55.

⁶¹¹ O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos salientou que a regra do esgotamento dos meios de recurso internos não se conforma com uma aplicação automática e não reveste um carácter absoluto. Deverá ter-se em conta de forma realista os recursos previstos em teoria no sistema jurídico da Parte contratante em causa, mas também o contexto no qual eles se situam, bem como a situação pessoal do Requerente; é preciso averiguar, em particular se, tendo em conta o conjunto das circunstâncias do caso, o Requerente fez tudo o que se podia razoavelmente esperar dele para esgotar as vias de recurso internas.

No caso concreto, o Requerente era um estrangeiro que não dominava a língua portuguesa por que se rege o processo e encontrava-se acusado de uma infracção grave. Além disso, não beneficiou de um apoio jurídico efectivo durante uma parte significativa do processo. Não obstante, ele não deixou de se queixar da sua situação perante as autoridades competentes.

Nestas circunstâncias, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou que “o Requerente fez tudo o que se podia razoavelmente esperar dele para esgotar os meios de recurso internos. Seria considerado desrazoável e, contrário ao fim

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não admitiu a exceção invocada pelo Estado Português, com fundamento de que foi o Procurador-Adjunto do Ministério Público titular do processo que “não deu seguimento às suas queixas, e tomou a sua decisão baseando-se num conhecimento (...) pouco aprofundado das condições em que a intervenção em causa tinha ocorrido”, uma vez que afirmou em resposta à queixa que o Requerente tinha assinado uma declaração, na qual prestava o seu consentimento para realização da intervenção cirúrgica, mas tal documento não existe⁶¹².

O artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos proíbe a sujeição de alguém a tortura ou a tratamentos desumanos e degradantes. O Requerente veio alegar que nunca deu consentimento à intervenção cirúrgica de que foi sujeito⁶¹³. Alegou ainda nunca ter sido informado da natureza dos riscos incorridos na realização da intervenção cirúrgica, e que nem sequer foi com ele ponderada a existência de outros métodos susceptíveis de resolver o seu problema⁶¹⁴. O Requerente pôs em causa, a imprescindibilidade da intervenção cirúrgica, para a salvaguarda da sua saúde e para a sua vida e defende que outros métodos, deveriam ter sido previamente tentados, com a finalidade de remover a embalagem de droga e que só em último recurso deveria ter-se recorrido à sua remoção por via de uma intervenção cirúrgica⁶¹⁵. O Requerente, alegou ainda ter havido uma grave negligência ao ter sido ordenada a sua transferência, do Hospital de São José para o Hospital Prisional, no mesmo dia da operação. Esta decisão precipitada originou complicações pós-operatórias graves, de que diz sofrer ainda as consequências⁶¹⁶.

e ao espírito da Convenção, exigir dele que apresentasse ainda queixa-crime ou instaurasse uma acção civil”. Cfr. Acórdão *Bogumil vs. Portugal*, p. 12, parág. 57 e p. 13, parágs. 58 e 59, *Ac. cit.* p. 10.

⁶¹² *Ibidem*, p. 13, parágs. 58.

⁶¹³ O Requerente apenas apenas admite ter consentido na realização da endoscopia digestiva alta. Cfr. Acórdão *Bogumil vs. Portugal*, p. 13, parág. 63, *Ac. cit.* p. 10.

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 14, parág. 63.

⁶¹⁵ *Ibidem*.

⁶¹⁶ O Estado Português alegou que “a intervenção cirúrgica em causa foi realizada com o consentimento verbal do Requerente”, como resulta das “declarações do Chefe da Equipa Médica que acompanhou o Requerente durante o seu internamento no Hospital de São José”. Acrescentou ainda que este consentimento “era esclarecido, tendo o interessado sido informado, numa língua que ele compreendia, dos riscos que corria sem a intervenção”. Cfr. Acórdão *Bogumil vs. Portugal*, p. 14, parágs. 65, *Ac. cit.* p. 10.

Salientamos que o Estado Português nunca refere qual foi a língua utilizada na alegada comunicação com o Requerente previamente à realização da intervenção cirúrgica. Dos factos apresentados, todas as queixas apresentadas e redigidas pelo Requerente, são sempre em polaco, pelo que se pode deduzir com toda a probabilidade que o seu inglês seria fraco, e se assim for, seria para ele impossível apreender qualquer informação específica previamente à cirurgia.

No que diz respeito à decisão de se proceder a uma intervenção cirúrgica, o Estado Português nega que esta tenha sido ditada pela necessidade de recolher provas: “a única preocupação do pessoal médico foi salvar a vida do Requerente, o qual se encontrava em situação muito perigosa no momento em que foi decidido proceder à intervenção. Ora, de acordo com a Jurisprudência do Tribunal, uma medida ditada por uma necessidade urgente, pelo risco iminente para a saúde ou a vida do visado, não poderia ser qualificado como tratamento desumano ou degradante.” O Estado Português alegou ainda que “a intervenção em causa era simples e que não comportava um risco maior para o Requerente, do que a permanência da embalagem de droga no seu estômago e que o Requerente não provou uma relação de causalidade entre

Da nossa parte, consideramos que a transferência do Requerente para o Hospital Prisional ainda no mesmo dia em que ocorreu a cirurgia, demonstra que a verdadeira preocupação que motivou a intervenção cirúrgica era a obtenção da prova do crime e não a salvaguarda do seu estado de saúde e da sua vida⁶¹⁷. É incoerente invocar como fundamento da intervenção a protecção da saúde e da vida do Requerente, e a inércia posterior perante as sucessivas queixas quer por parte do Requerente, quer por parte da Embaixada da Polónia em Portugal, de que a saúde do Requerente se estava a degradar.

Para aferir a existência de uma violação do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, utilizou como critério o de avaliar se a necessidade médica foi demonstrada de forma convincente e se existem e foram respeitadas todas garantias processuais para contestar, de forma eficaz, a decisão de proceder a uma tal intervenção cirúrgica⁶¹⁸. Além disso, há que aferir se a intervenção médica praticada sob coacção, causou ao visado dores fortes ou sofrimento físico, se foi ordenada e executada por médicos, se a pessoa em causa foi objecto de controlo médico e constante e, por último, se a referida intervenção conduziu a um agravamento do estado de saúde do interessado ou teve consequências duradouras para a sua saúde⁶¹⁹.

Afirmou o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que no caso das intervenções médicas às quais uma pessoa detida é submetida contra a sua vontade, o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos impõe ao Estado uma obrigação de proteger a integridade física das pessoas privadas de liberdade, nomeadamente pela prestação dos tratamentos médicos requeridos. O facto de as pessoas por estarem detidas, não significa que sejam merecedoras de uma menor protecção, mantendo-se com o mesmo rigor as garantias consagradas no artigo 3.º e cujos pilares fundamentais não sofrem de nenhuma derrogação⁶²⁰.

O único elemento de prova, apresentado pelo Estado Português, de que o Requerente terá dado o seu consentimento para a realização da intervenção cirúrgica, foi a declaração justificativa do

a intervenção cirúrgica em causa e os problemas pós-operatórios que ele afirma ter tido. Cfr. Acórdão *Bogumil vs. Portugal*, p. 14, parágs. 66 e 67, *Ac. cit.* p. 10.

⁶¹⁷ Diferentemente, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou que não obstante “suscitar uma certa perplexidade” ter sido transferido no mesmo dia da intervenção cirúrgica, que o Requerente terá beneficiado no, Hospital Prisional, de vigilância constante e de acompanhamento médico adequado, até ao dia 6 de Dezembro de 2002, data da sua transferência para o Estabelecimento Prisional. Quanto às consequências da intervenção cirúrgica sobre a saúde do Requerente, face aos elementos do processo, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não considera assente que as perturbações de que o Requerente alega sofrer desde então, estejam ligadas à operação em causa.

Não obstante, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, decidiu que o Estado Português deverá indemnizar o Requerente em € 3 000,00 a título de danos morais. Cfr. Acórdão *Bogumil vs. Portugal*, p. 17, parágs. 79 e 80 e p. 19, parág. 95, *Ac. cit.* p. 10.

⁶¹⁸ *Ibidem*, pp. 14 e 15, parágs. 69 e 70, *Ac. cit.* p. 10.

⁶¹⁹ *Ibidem*, p. 15, parág. 70.

⁶²⁰ *Ibidem*, p. 14, parág. 69.

procedimento, de 13 de Novembro de 2006, elaborada pelo médico chefe da equipa de cirurgia no Hospital de São José⁶²¹. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, salienta que o facto da declaração ter sido elaborada quatro anos após os factos “retira-lhe um certo valor probatório”⁶²².

Além disso, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, considera que nenhum esclarecimento é prestado nesta declaração do médico, no que respeita forma como o Requerente foi tratado. Em primeiro lugar, nem se pronuncia sobre qual foi a língua utilizada para comunicar com o Requerente, limitando-se a indicar que se tratava da mesma língua em que se estabeleceu o contacto antes da realização da endoscopia digestiva alta, a qual, “seguramente seria perceptível pelo paciente”⁶²³. Finalmente, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, referiu não compreender os motivos pelos quais nenhum consentimento escrito foi pedido ao Requerente aquando da intervenção cirúrgica, mas de forma incoerente foi-lhe pedida autorização escrita antes de realizar a endoscopia digestiva alta, um exame que é menos intrusivo que uma intervenção cirúrgica⁶²⁴. Por estas razões, entendeu o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não poder considerar como assente que o Requerente tenha dado o seu consentimento para intervenção em causa⁶²⁵. Acrescentou também que também não se pode dar como provado que houve uma recusa do Requerente em ser submetido à intervenção cirúrgica.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou que as circunstâncias que presidem ao caso *Bogumil* apresentam diferenças consideráveis em relação às do caso *Jalloh*. Apesar de terem em comum a remoção de uma embalagem de estupefacientes no estômago do visado, a intervenção corporal não consentida ao Requerente *Bogumil* não foi levada a cabo, sob o uso da força, para ultrapassar a resistência do visado, pelo que não constitui um tratamento desumano ou degradante, contrário ao artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁶²⁶. Além disso, acrescentou o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que o Requerente corria efectivamente um risco iminente de a embalagem rebentar no seu estômago, tendo sido a equipa médica e não a polícia a decidir recorrer à cirurgia - após aguardar 48 horas - uma vez que não havia uma progressão da embalagem no corpo do Requerente⁶²⁷.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nunca aborda, depois de concluir por não provado a existência do consentimento do Requerido para a intervenção cirúrgica, a questão da

⁶²¹ *Ibidem*, p. 15, parág. 74.

⁶²² *Ibidem*.

⁶²³ *Ibidem*, pp. 15-16, parág. 74.

⁶²⁴ *Ibidem*, p. 16, parág. 74.

⁶²⁵ *Ibidem*, p. 16, parág. 76.

⁶²⁶ *Ibidem*, p. 17, parág. 81.

⁶²⁷ *Ibidem*, p. 16, parág. 77.

exigência da lei portuguesa⁶²⁸ de uma autorização da autoridade judiciária competente para a obtenção de prova sem o consentimento do visado, que dos factos também não consta existir.

Apenas é reforçado ter sido uma decisão da equipa médica, pelo que, se poderá concluir, que pelo menos, não terá sido autorizada pela autoridade judiciária competente.

Além disso, entendeu o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que a intencionalidade que presidiu à decisão de proceder à cirurgia não terá sido primordialmente a de obter prova porque a embalagem da droga ingerida pelo Requerente “não era indispensável – e ainda menos determinante – para efeitos de sustentação da acusação” tendo em conta que o Requerente foi condenado também com base em vários outros elementos de prova, nomeadamente a droga apreendida oculta nos seus sapatos, aquando da sua interpelação no aeroporto de Lisboa.⁶²⁹

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos proferiu decisão no sentido em que uma intervenção cirúrgica mesmo sem o consentimento do interessado, mas necessária, dado o seu estado de risco iminente para a sua saúde e a vida, não colide com o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Pela nossa parte, consideramos que independentemente da prova obtida na cirurgia não ter sido o fundamento exclusivo da condenação, o que é certo é que foi admitida e valorada como prova e, conseqüentemente, somando-se a quantidade de droga retirada do seu estômago, à quantidade que estava oculta nos sapatos do Requerente, aumenta a gravidade do crime e influencia a medida da pena aplicável ao Requerente, pela maior quantidade de droga transportada. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não teve esta última parte em consideração.

Por outro lado, também não concordamos com a comparação com o caso *Jalloh*, com a finalidade de dar relevo à ausência do uso da força sobre o Requerente *Bogumil* porque como é evidente, se este foi sujeito a uma cirurgia ao estômago, estaria sob o efeito de anestesia geral, pelo que o uso da força sobre o Requerente não era necessária para realizar o procedimento.

Consideramos que mesmo que não tenha sido utilizada a força para dar a anestesia, o Requerente *Bogumil* por não compreender a língua portuguesa, nem a inglesa, poderia não ter entendido que estava a ser preparado para uma cirurgia. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos também não considerou esta hipótese, apenas demonstra que entende com toda a probabilidade que a língua utilizada na comunicação com o Requerente não terá sido eficaz.

Juntamente com CABRAL BARRETO, defendemos que as “intervenções e os tratamentos médicos adequados prodigalizados aos presos doentes e a hospitalização em caso de necessidade”

⁶²⁸ Nomeadamente, o n.º 3 do artigo 53.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

⁶²⁹ Acórdão *Bogumil* vs. Portugal, p. 16, parág. 77, *Ac. cit.* p. 10.

por risco iminente para a vida e para a saúde do visado, ainda que constituam “uma provação rigorosa, não colidem com o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁶³⁰.

Contudo, ainda que a intervenção corporal não consentida seja legítima, por ser imprescindível e necessária para manter o estado de saúde ou a vida do visado, não exclui a obrigatoriedade do Estado de assegurar que o visado seja devidamente acompanhado, mantendo uma “contínua revisão de estado de saúde do doente e ministrar-lhe os cuidados médicos adequados”⁶³¹.

⁶³⁰ CABRAL BARRETO, Ireneu, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – Anotada...*, p. 100, *ob. cit.* p. 22.

⁶³¹ *Ibidem*.

7. A Insuficiência de Protecção do Suspeito e do Arguido no Regime Vigente.

São casos como o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, que demonstram que as garantias processuais penais e constitucionais, em matéria de intrusões corporais não consentidas, não estão suficientemente concretizadas na legislação processual penal portuguesa, para a garantia dos direitos fundamentais do visado⁶³².

⁶³² Em acórdãos semelhantes de extracção de bolotas de droga do corpo dos suspeitos, não existe por parte do Tribunal, qualquer preocupação em saber que métodos é que foram utilizados para que o visado expelisse as bolotas de droga. É um dado sempre omitido na descrição dos factos. Não obstante, são sempre valoradas como prova.

Vide, os seguintes exemplos:

“No dia 4 de Dezembro de 2010, pelas 14h00m, o Arguido, acabado de chegar ao Aeroporto de Lisboa, proveniente do Brasil, foi abordado pela verificadora auxiliar aduaneira, por se suspeitar que tinha ingerido produto estupefaciente e posteriormente foi conduzido ao Hospital de São José, em Lisboa, onde foi sujeito a exame radiológico. Na sequência da realização desse exame foi detectado, que o Arguido tinha no interior do organismo embalagens suspeitas de conterem produto estupefaciente. Momentos depois, o Arguido foi expelindo um total de 52 embalagens que continham cocaína, com o peso bruto de 588,79 gramas, que foram apreendidas e valoradas como prova”. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 534/10.9JELSB.L1-9, 29 de Setembro de 2011, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ae92bd6353254b468025794a004e378d?OpenDocument>

“Tendo a Arguida C expelido, durante o período de internamento hospitalar, um total de 29 embalagens de cocaína, com o peso bruto global de 250 gramas. Por seu lado, durante o internamento hospitalar, a Arguida B expeliu um total de 11 (onze) embalagens contendo um produto identificado como sendo cocaína, com o peso bruto global de 95 gramas”. Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 31/14.3JELSB.L1 – 3, de 4 de Fevereiro de 2015, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/9e3b4004f092b7be80257e2d0046e46c?OpenDocument>

“Os Arguidos foram conduzidos às instalações da PJ tendo demonstrado a necessidade de recorrer ao WC com o propósito de expelir outras bolotas que traziam no organismo. Em consequência foram conduzidos, tendo prestado o seu consentimento, a estabelecimento hospitalar, tendo expelido mais bolotas.” Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 219/11.09JELSB-B.L1-5, 25 de Outubro de 2011, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/fe7144c9b77d6e8f8025794a0054f99a?OpenDocument>

“É absolutamente irrelevante para a consumação do crime de tráfico agravado o local onde foi apreendida a droga, isto é nas instalações da Polícia Judiciária, local para onde foi transportada a fim de ser revistada por uma inspetora e onde a Arguida retirou então da sua vagina a droga que lhe foi apreendida.” Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 377/12.5JACBR.C1, de 2 de Abril de 2014, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/4386559017a3773980257cb6004ebc00?OpenDocument>

“No dia 2 de Setembro de 2007, pelas 07h15, o Arguido desembarcou no Aeroporto de Lisboa, proveniente do, Brasil, com destino final a Itália. No terminal aéreo foi seleccionado para revista pelos serviços alfandegários, por se suspeitar que transportasse consigo, produto estupefaciente. Foi então detectado, dissimulado na zona da cintura, dentro de uma embalagem, uma "bolota", com o peso total bruto de 36, 990 gramas e líquido de 30, 075 gramas de cocaína. Por se suspeitar que transportasse consigo no interior do organismo mais bolotas idênticas contendo o mesmo produto estupefaciente, foi conduzido ao Hospital de S. José, em Lisboa, onde após ter sido submetido a exame de raio-x veio a confirmar-se que transportava mais estupefaciente no interior do organismo. Veio o Arguido posteriormente a expelir a um total de 27 bolotas de cocaína o peso bruto de 238, 559 gramas e líquido total de 181, 555 gramas, as quais foram apreendidas e valoradas como prova.” Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 08P2378, de 4 de Setembro de 2008, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/64685883a868fea7802574bb0030c291?OpenDocument>

“No dia 30 de setembro de 2015, pelas 02h30m, os Arguidos circulavam pela A6, Caia, em Elvas, sentido Espanha-Portugal, detendo no interior dos respetivos organismos (...), o Arguido AA uma bolota que continha cannabis, com o peso bruto de 8,7 gramas, suficiente para 42 doses diárias individuais, e que foi expelida no Hospital Prisional de Caxias, em 02 de Outubro de 2015, pelas 21h45m, apreendida e valorada como prova”. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 10/15.3GMLSB.E1.S1, de 20 de Outubro de 2016, disponível em:

Esta é uma matéria que assume uma enorme relevância no âmbito da utilização e valoração da prova em julgamento e influem na condenação de uma pessoa, razão pela qual, se torna imprescindível a criação de uma garantia processual prévia, dotada de um conjunto de critérios de admissibilidade da intervenção corporal não consentida⁶³³.

Em nenhum momento, na fundamentação da decisão dos Acórdãos acima referidos, os visados foram considerados como eventuais vítimas de um tratamento desumano e degradante, por parte dos Tribunais Judiciais portugueses. É dado como um facto normal e lícito a condução imediata dos suspeitos directamente para o hospital, para expelirem as bolotas de droga, mediante um método que nunca é especificado.

Da conjugação do artigo 3.º com o artigo 1.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, decorre uma obrigação para os Estados signatários, dos quais se inclui Portugal, de “adoptar as medidas adequadas para impedir que as pessoas [sob a sua jurisdição] sejam submetidas a torturas ou penas ou tratamentos desumanos e degradantes (...) e para prevenir estes actos mediante uma legislação penal eficaz ligada a um dispositivo próprio a assegurar o seu respeito”⁶³⁴.

O n.º 1 do artigo 16.º da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis Desumanos ou Degradantes, consagra que deverão ser tomadas medidas de prevenção, para que, as autoridades públicas ou qualquer outra pessoa no exercício de poderes públicos, não pratiquem actos ou tratamentos cruéis, desumanos, ou degradantes que não se enquadrem no conceito de tortura, sendo da responsabilidade dos Estados cumprir as obrigações e princípios consagrados na Convenção assegurando a conformidade das normas internas acerca das formas e limites do tratamento de pessoas detidas, de suspeitos ou Arguidos⁶³⁵.

<http://www.gde.mj.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3e51b52f082a7b56802580520036e12d?OpenDocument>

“No dia 31 de Março de 2014, pelas 9h30m, o Arguido desembarcou no aeroporto Francisco Sá Carneiro, tendo, nessa altura, sido sujeito a controlo levado a cabo pela Delegação Aduaneira. No decurso desse controlo, verificou-se que o Arguido transportava *in corpore* produto estupefaciente, tendo sido conduzido ao Hospital de S. João, no Porto, onde expeliu 56 bolotas de cocaína. “A Procuradora da República respondeu e conclui que a confissão do Arguido não releva especialmente, pois que o mesmo foi detido em flagrante quando, depois de em controlo pela Delegação Aduaneira do aeroporto do Porto, lhe terem sido detetadas “bolota” de estupefaciente “*in corpore*” ter sido conduzido a hospital desta cidade onde expeliu as mesmas”. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 596/14.0JAPRT.S1, de 4 de Fevereiro de 2015, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6a48b4e235d3173d80257de4003eec44?OpenDocument>

⁶³³ Cfr. Declaração de Voto do Juiz Boštjan M. Zupančič, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 45, *Ac. cit.* p. 9.

⁶³⁴ CABRAL BARRETO, Ireneu, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem - Anotada...*, p. 92, *ob. cit.* p. 22.

⁶³⁵ Consagra o artigo 16.º n.º 1 da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes:

“Cada Estado signatário deverá tomar todas as medidas para evitar que qualquer território ao abrigo da sua jurisdição cometa quaisquer outros actos ou tratamentos cruéis, desumanos, ou degradantes que não se enquadrem no conceito de tortura, nos termos definidos pelo Artigo 1, quando tais actos forem cometidos por uma autoridade pública ou por qualquer outra pessoa no exercício de poderes públicos, ou praticados com o consentimento ou aquiescência do Estado.

Em 2006, o médico Director Clínico no Centro Hospitalar de Lisboa, a propósito do caso *Bogumil vs. Portugal*, declarou que “no Centro Hospitalar de Lisboa não existem normas administrativas, nem existem quaisquer circulares ou instruções que pautem a actuação do pessoal médico em casos de utentes referenciados ao serviço de urgência, por serem traficantes («portadores entéricos») de cápsulas («bolotas») com estupefacientes”⁶³⁶. Por isso, disse o médico Director Clínico no Centro Hospitalar de Lisboa que “nestes casos, cumprem-se as normas das boas práticas e o cumprimento dos procedimentos técnicos consignados na literatura médica”.⁶³⁷ Salientou que “estes doentes surgem no serviço de urgência do Hospital (...), normalmente acompanhados por elementos da Polícia Judiciária” e, por regra, vêm já munidos com “um documento que atesta o seu consentimento para os procedimentos complementares, necessários ao despiste da existência de estupefacientes na via digestiva”.

Da nossa parte, consideramos que deverão ser elaboradas instruções escritas dirigidas quer às equipas médicas nos hospitais, quer aos órgãos de polícia criminal, que expliquem como agir neste tipo de situações, em que aparece uma pessoa com droga oculta dentro do seu corpo.

Repare-se que nem os médicos, nem os órgãos de polícia criminal, em nenhum momento da sua formação, tiveram oportunidade de ver o suspeito, como titular de um elenco de direitos e garantias processuais penais. Só um jurista tem a formação que lhe permite olhar para o suspeito, como uma pessoa, titular de direitos e garantias constitucionalmente consagradas. O médico vê um “paciente” rodeado de polícias. E os polícias vêem mais um suspeito da prática de um crime, do qual têm o dever de prover as medidas necessárias para obter a prova.

Urge acautelar, que as primeiras pessoas a terem contacto com o visado, tenham os conhecimentos mínimos, dos limites absolutos que não podem, em caso algum, ser ultrapassados.

Não adianta existir um acervo escrito de garantias consagradas na Constituição e no Código de Processo Penal, se os Polícias e os Médicos encarregues da obtenção de prova, delas não têm conhecimento, ou têm a prática de não lhes dar aplicação. Apesar de ser possível, em momento posterior, pôr em causa a validade da prova obtida, releva ainda mais, assegurar que o visado não seja sequer sujeito a um tratamento que colida com os seus direitos fundamentais.

Nestes termos, os deveres consagrados nos Artigos 10, 11, 12 e 13 são igualmente aplicáveis, sendo que neste âmbito, a referência ao termo “tortura” deverá ser interpretada como “quaisquer outras penas, actos ou tratamentos cruéis, desumanos, ou degradantes”.

Cfr. Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 12, parág. 48, *Ac. cit.* p. 9.

Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cat.pdf>.

⁶³⁶ Cfr. Declaração justificativa do procedimento ao qual foi sujeito o Requerente *Bogumil*, datada de 21 de Novembro de 2006, o médico Director Clínico no Centro Hospitalar de Lisboa, Acórdão *Bogumil vs. Portugal*, p. 3, parág. 11, *Ac. cit.* p. 10.

⁶³⁷ Acórdão *Bogumil vs. Portugal*, p. 3, parág. 11, *Ac. cit.* p. 10.

Deverá também ser consagrado na legislação processual penal portuguesa um conceito de tortura, à luz do conceito de tortura consagrado no artigo 1.º da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis Desumanos ou Degradantes⁶³⁸. Deverá ser também consagrado um conceito de tratamento desumano e degradante, de acordo com os critérios adoptados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos⁶³⁹, como meio de prevenção, à prática desse tipo de comportamentos por parte das autoridades e de obstar ao resultado da sua utilização como meio de prova.

Uma vez consagrados estes conceitos, deverão sempre ser tidos em conta sempre que se coloque em causa a validade da prova obtida por intrusão corporal não consentida⁶⁴⁰.

No caso da Jurisprudência portuguesa, que acima analisamos, o Tribunal da Relação de Coimbra, na fundamentação da improcedência da arguição da nulidade da prova obtida mediante

⁶³⁸ Consagra o n.º 1 do artigo 1 da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis Desumanos ou Degradantes:

““Para os efeitos da presente Convenção, o conceito “tortura” abrange qualquer acto que cause dor aguda ou sofrimento intenso, físico ou psíquico, e que seja infligido com a intenção de obter da pessoa ou de terceiro, informações ou uma confissão, ou como forma de punir qualquer acto que a própria pessoa ou terceiro tenha cometido, ou de que seja suspeito de ter cometido, ou qualquer acto de intimidação, coacção do próprio ou de terceiro, ou por qualquer outra razão discriminatória de qualquer tipo, quando o acto de causar dor intensa ou sofrimento seja infligido ou ordenado com o consentimento ou com a aquiescência de uma autoridade pública, ou de qualquer pessoa que haja no exercício de poderes públicos. Não abrange a dor ou sofrimento emergente, inerente ou incidental a sanções legítimas.”

Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cat.pdf>.

Segundo ZUPANČIČ a previsão do artigo 1.º é propositadamente aberta, de forma a abranger qualquer acto que se destine aos propósitos elencados, permitindo assim uma *analogia inter legem*. Cfr. Declaração de Voto do Juiz Boštjan M. Zupančič, Acórdão *Jalloh* vs. Alemanha, p. 39 e p. 11, parág. 48, *Ac. cit.* p. 9.

⁶³⁹ É qualificável pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos como tratamento desumano quando o mesmo é premeditado, de longa duração, causando lesões corporais graves e um intenso sofrimento físico e psicológico .

É qualificável pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos como tratamento degradante, nos termos do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, quando provoca no visado sentimentos como o medo, angústia, e inferioridade, humilhação, rebaixamento, afectando a condição física e psicológica , ou quando leva o visado a agir contra sua vontade ou consciência, sob as vestes de uma aparente legitimidade, por ser efectuada por um poder público e como tal, considerado legítimo pelo Estado.

⁶⁴⁰ Em 1998, o Comité das Nações Unidas contra a Tortura, dirigiu recomendações à Alemanha para que consagrasse na sua legislação processual penal interna um conceito de tortura, e também que consagrasse uma norma que expressamente previsse a proibição de admissão e valoração de provas obtidas mediante tortura.

Em 2006, a propósito do caso *Jalloh*, o Juiz ZUPANČIČ que era parte do colectivo do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, defendeu serem estes dois pilares essenciais, aos quais os legisladores processuais penais dos Estados não podem ficar inertes, pois contribuem para a existência de casos semelhantes ao caso *Jalloh* vs. Alemanha. Com mais desenvolvimento, *Vide, supra*, p. 15, ponto 2.1.

ZUPANČIČ salienta que excepto em casos extremos de tratamentos desumanos ou degradantes por parte das autoridades, é impossível chegar a um conceito genérico e fechado que abarque todas as condutas possíveis. Daí, ser extremamente importante, que os Estados signatários da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis Desumanos ou Degradantes, coloquem nos seus ordenamentos jurídicos internos o tipo incriminador nos exactos termos em que se encontra consagrado no artigo 1.º da Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis Desumanos ou Degradantes. *Vide*, Observações Conclusivas do Comité das Nações Unidas contra a Tortura: Alemanha, de 11 de Maio de 1998, A/53/44 §§ 179-95 (*Concluding Observations/Comments*), §§ 185 e 193. Cfr. Declaração de Voto do Juiz Boštjan M. Zupančič, Acórdão *Jalloh* vs. Alemanha, pp. 39-41, *Ac. cit.* p. 9.

intervenção corporal endovaginal não consentida, nem sequer ponderou se a Arguida foi sujeita a um tratamento que se enquadra na previsão do n.º 1 do artigo 126.º do Código de Processo Penal.

O n.º 1 do artigo 126.º do Código de Processo Penal, dispõe expressamente que cominam com a nulidade as provas obtidas mediante tortura, coacção, ou ofensa da integridade física ou moral.

Contudo, não existe na legislação processual penal portuguesa, nenhuma definição legal de tortura, nem de tratamento desumano ou degradante, ou quaisquer critérios que permitam, em concreto, chamar a atenção do Juiz, que ele não pode admitir, nem valorar tal prova, porque tem perante si, um caso que colide com esta garantia.

8. Pela Criação de uma Garantia Processual Prévia de Defesa: A Obrigação de uma Autorização Prévia e Fundamentada, pelo Juiz de Instrução Criminal, para a Obtenção de Provas mediante Intervenção Corporal Não Consentida

Consideramos que o visado apenas deverá ser coagido a submeter-se à intervenção corporal não consentida por um despacho prévio, escrito e deviamente fundamentado - em critérios taxativos aplicados ao caso concreto - pelo Juiz de Instrução Criminal, depois de devidamente apreciadas as circunstâncias, de forma precisa e rigorosa, de forma a assegurar o respeito pelos direitos fundamentais e pelas garantias de processo criminal do visado⁶⁴¹.

A cópia desse despacho deverá ser assinada pelo médico que realiza a intervenção corporal não consentida, como prova de que tomou conhecimento do mesmo. Além disso, deve o médico fazer no auto do procedimento de obtenção de prova, devidamente datado e assinado, uma descrição rigorosa e detalhada da forma como foi realizado o procedimento, desde a descrição das partes do corpo objecto da intervenção, o que nelas foi feito e que instrumentos foram utilizados, os objectos encontrados; elencar as pessoas que estavam presentes; deverá ser mencionado qualquer incidente que tenha ocorrido; e conter a descrição da forma como o visado foi obrigado a submeter-se a tal intervenção, nomeadamente, a forma como foi empregue o uso da força física sobre o visado; e finalmente, a descrição de quaisquer declarações prestadas pelo visado, por pessoa da sua confiança, pelo Advogado, pelos órgãos de polícia criminal, ou pelo Procurador do Ministério Público⁶⁴².

⁶⁴¹ Utilizamos o conceito de visado, de forma a abranger o suspeito e o arguido, uma vez, que nos casos que analisamos, a polícia só se recorda de proceder à constituição de arguido, depois de ter já realizado a intervenção corporal não consentida.

⁶⁴² Estes requisitos formais, a que o auto do procedimento de obtenção de prova, mediante intervenção corporal não consentida deve obedecer, são inspirados e adaptados de PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica, 2011, p. 492 e p. 443.

É necessário assegurar os direitos de defesa do visado - que não presta o seu consentimento, para obtenção de prova contra si - mediante uma intervenção corporal. Tem de lhe ser dada oportunidade de se opor a tal intervenção, ao abrigo do seu direito à auto-determinação, e do seu direito à não auto-incriminação, ou não se estaria num Estado de Direito Democrático.

Em matéria de obtenção de prova, mediante intervenção corporal não consentida, por tal colidir com os direitos fundamentais do visado, temos muitas reservas, em deixar à responsabilidade do Ministério Público - o qual como *dominus* da investigação, tem um claro interesse no diferimento da autorização para obtenção da prova para sustentar a acusação - que tenha simultaneamente a responsabilidade de verificar, de forma imparcial, se estão a ser devidamente tutelados os direitos e garantias do visado e para avaliar se a intervenção corporal é necessária, ou se existem outras alternativas.

Existe inequivocamente na lei processual penal uma preocupação acrescida, em tutelar os direitos do visado quando o mesmo não prestou o seu consentimento para a obtenção de prova, mediante intervenção corporal não consentida⁶⁴³. Por essa razão, não faz sentido que possa ser a entidade que tem interesse no deferimento dessa autorização para obter provas que sustentem a acusação, seja a mesma entidade que “pondera” a concessão dessa autorização. Pela gravidade da situação, mediante a qual, se impõe a uma pessoa que seja extraída prova do seu corpo sem o seu consentimento, exige-se uma segurança acrescida, própria de um Estado de Direito Democrático, dotado de um conjunto de garantias constitucionais.

É por essa razão, que consideramos que deve ser considerada inconstitucional, por violação da 2ª parte do n.º 4 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa, a interpretação do n.º 3 do artigo 53.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro; dos n.ºs 1 e 3 do artigo 154.º; do n.º 1 do artigo 172.º e do n.º 3 e 6 do artigo 174.º do Código de Processo Penal no sentido em que, a exigência de uma autorização da autoridade judiciária competente para uma intervenção corporal não consentida, não significa que seja necessariamente judicial porque só uma autoridade judicial tem a imparcialidade necessária – no momento prévio à intervenção - para aferir, no caso concreto, a tutela e respeito pelos direitos do visado e ao mesmo tempo da urgência e necessidade da prova e da existência ou não de métodos alternativos. Outro entendimento, iria frustrar a válvula de segurança criada pelo legislador processual penal para garantir a tutela dos direitos fundamentais do visado e prevenir uma intervenção ilegítima.

Consideramos que proferir uma autorização para submeter alguém a uma intervenção corporal não consentida, sem qualquer fundamentação viola o dever que o Estado tem de assegurar a

⁶⁴³ Vide *supra*, o ponto 1.2. da presente dissertação.

protecção dos direitos fundamentais do visado, nomeadamente, as garantias do processo penal e o respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A autorização judicial para a realização de uma intervenção corporal não consentida deverá ser rigorosamente especificada quanto ao procedimento médico específico escolhido, o local, os limites da intervenção corporal, salvaguardando a forma cuidada como o visado deve ser tratado, e o acompanhamento obrigatório da diligência pelo Advogado de defesa do visado, de forma assegurar os direitos fundamentais do visado, o respeito pelos limites da autorização conferida, para prevenir abusos e também, para que, o visado se sinta salvaguardado.

Esta autorização escrita, com obrigatoriedade de fundamentação, irá consubstanciar uma dupla garantia. Por um lado, a exigência de que a mesma faça referência a um conjunto de critérios aplicados ao caso concreto, permitirá ao Advogado de defesa, constatar se a decisão respeitou ou não, a exigência do respeito pelos direitos fundamentais do visado, se a ponderação de valores foi bem efectuada e o raciocínio foi lógico. Além disso, a aplicação obrigatória de um determinado conjunto de critérios auxiliará o Juiz de Instrução Criminal a perceber se coagir o visado a determinada intervenção corporal, no caso concreto, contende com os seus direitos fundamentais, funcionando para o Juiz como um mecanismo de auto-controlo objectivo, distante de meras convicções sobre o caso, e como um mecanismo de fiscalização, caso em fase posterior, se venha a pôr em causa a valoração da prova obtida mediante a intervenção corporal não consentida.

A defesa de uma obrigatoriedade de um despacho prévio - devidamente fundamentado em critérios taxativos - que autorize uma intervenção corporal não consentida, não é um mero capricho nosso. É um formalismo que funcionará como uma válvula de segurança fundamental para a defesa e salvaguarda dos direitos fundamentais do visado.

Ninguém gosta de se ver na situação de suspeito. Imaginemos que somos nós. Imaginemos que é connosco. Hoje em dia, as redes de tráfico de droga, tendem a usar “pessoas correios” bem vestidas, estilo executivo, para não levantar suspeitas no aeroporto. A polícia sabe disso, e todos são susceptíveis de ser suspeitos. Imagine-se a situação de um de nós, estar no aeroporto, e os órgãos de polícia criminal exercendo a estratégia de deixarem os “correios de droga” livres, sob vigilância, para apanhar o maior número de pessoas da rede, emitem às autoridades aduaneiras do aeroporto de destino, uma fotografia da pessoa “correio de droga” que irá ser detida à chegada. Imaginemos que temos o azar de sermos parecidos com aquela pessoa. E, sem sabermos como, nem porquê, passamos a ser um suspeito. Ficamos nervosos. A polícia tem a foto e tem o nosso comportamento nervoso. Somos detidos e levados para o hospital. Entrámos no cerne da problemática que preside à presente dissertação. Cada um de nós tem de se imaginar neste tipo de situação, porque, quando

somos nós que estamos em causa, queremos que nos sejam conferidos todos os direitos consagrados. Queremos um Advogado. Queremos ser ouvidos pelo Juiz de Instrução Criminal. Queremos ter todas as salvaguardas antes da sujeição coactiva a qualquer intervenção corporal não consentida⁶⁴⁴.

i. O Respeito pelo Direito à Não Auto-Incriminação, pelo Direito à Auto-Determinação e pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O núcleo essencial do direito à não auto-incriminação consiste no respeito pela vontade do suspeito em permanecer em silêncio e proíbe a coacção do visado a agir contra a sua vontade e a contribuir para a sua auto-incriminação⁶⁴⁵.

O direito à não auto-incriminação abrange, não só, as situações em que o visado é obrigado a contribuir activamente para a obtenção de prova contra si mesmo, mas também as situações em que lhe são administradas substâncias para a provocação de uma reacção involuntária do corpo que não é controlada pela sua vontade - por exemplo, a regurgitação⁶⁴⁶.

A administração de eméticos ao visado sem o seu consentimento, com a finalidade de obter a prova do crime, força-o a contribuir para a sua própria condenação, mediante uma conduta activa involuntária e contra a sua vontade. É uma interferência legalmente inadmissível porque a forma como prova foi obtida – a administração de substâncias contra a sua vontade, com vista à obtenção de prova do crime, a partir da colaboração coactiva do seu corpo e contra si mesmo, contende com o seu direito à não auto-incriminação, porque o visado não é um objecto do procedimento criminal, não tendo um dever de tolerar intervenções corporais gravosas. Tal, não é compatível com os seus direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados⁶⁴⁷.

Para a recolha de material biológico, como o sopro, a voz ou amostras de sangue, urina, cabelo ou na recolha de tecidos corporais, mediante a zaragatoa bucal, para efeitos de testes de ADN, é apenas exigido ao visado que suporte, de forma passiva, uma interferência rápida e pouco significativa à sua integridade física, como por exemplo, suportar a dor de lhe ser retirada uma pequena amostra de sangue, ou de cabelo, ou sentir uma mera zaragatoa bucal para recolha de

⁶⁴⁴ Inspirámo-nos na estratégia de exposição de REDDINGTON que, num seminário realizado em *Rhode Island e Massachusetts*, para sensibilizar a plateia para a ideia de que os suspeitos não são só os outros, e acima de tudo, que são pessoas como nós, e que um dia poderemos vir a ser também suspeitos de um crime, pelo que é conveniente para todos ter a preocupação em tornar o sistema processual penal cada vez mais perfeito, em harmonia com os direitos fundamentais. Tomámos a liberdade de adaptar a história original, para a adequar ao crime de tráfico de droga. Cfr. REDDINGTON, Kevin J., “A Protecção do Arguido: Perspectiva de um Advogado de Defesa.”, In, *A Justiça nos dois lados do Atlântico: teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Fundação Luso-Americana Para O Desenvolvimento, Vol. II, Lisboa, 1997, pp. 89-90.

⁶⁴⁵ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 27, parág. 102, *Ac. cit.* p. 9.

⁶⁴⁶ *Ibidem*, p. 8, parág. 37.

⁶⁴⁷ *Ibidem*, p. 8, parág. 38 e p. 25, parág. 92.

saliva. Estas amostras recolhidas, em si mesmo, não são uma prova do crime, tendo a sua recolha como objectivo possibilitar a realização de um exame forense posterior, do qual serão retiradas conclusões.

Ainda que possa ser necessária uma participação activa do visado, está em causa a obtenção de material que é resultado do normal funcionamento do corpo humano⁶⁴⁸. Diferentemente, para compelir o suspeito a regurgitar ou a evacuar a prova, provoca-se uma reacção patológica ao funcionamento do seu corpo e há a humilhação inerente a ter de estar a ser vigiado enquanto as substâncias fazem efeito, com o desconforto inerente à regurgitação, e à evacuação provocada por laxantes. Tudo isto, lhe é imposto, com o objectivo de retirar dele a prova do crime.

A intervenção corporal nasogástrica, endovaginal ou endorectal não consentida pelo visado, realizadas pelo uso da força, são um método de obtenção de prova bem mais gravoso e mais difícil de suportar, pelo desconforto e humilhação inerente. Uma intervenção deste teor, contra a vontade da pessoa, é susceptível de causar uma dor e sofrimento intenso e incompatível com os direitos fundamentais do visado, e por essa razão, um método de obtenção de prova, contrário ao n.º 1 do artigo 126.º do Código de Processo Penal.

Nos casos em que o visado oculta a droga dentro do seu corpo e se recusa a colaborar para a sua extracção, mesmo depois de ter sido informado pelo médico dos riscos dessa decisão, a melhor solução que mais se harmoniza com o direito à não auto-incriminação, é a de aguardar, pelo menos 72h, que as bolotas de droga saiam pelo normal funcionamento do organismo do visado. Mediante a colocação do visado numa sala especialmente equipada - com sanitários sem ligação ao canal de esgotos - permite que o visado, por via do funcionamento normal do organismo, na fase final da função digestiva, tenha privacidade para regurgitar ou evacuar, e as autoridades não têm o receio de perder a prova, que – a ser expelida do corpo – ficará armazenada no recipiente instalado abaixo dos sanitários, permitindo que as bolotas de droga sejam recuperadas como prova⁶⁴⁹.

O uso da força contra a vontade do visado, só deve ser utilizado, em intervenções corporais menos gravosas, e em último caso, com um fundamento legítimo, e de forma mínima, com respeito pelo direito à não auto-incriminação, pelo direito a um processo justo e equitativo, sem qualquer desequilíbrio e desigualdade entre o Estado e o visado. Só este entendimento é compatível com os

⁶⁴⁸ *Ibidem*, p. 30, parág. 114.

⁶⁴⁹ Esses sanitários específicos denominam-se “*Pacto 500 toilets*”. Vide, *supra* p. 22, p. 36 e p. 102.

valores constitucional e legalmente consagrados e é assim, de forma pacífica e civilizada, que se deve pautar a obtenção de prova nos processos penais, num estado de direito democrático⁶⁵⁰.

ii. A Proporcionalidade do Meio ao Fim Prosseguido.

O direito à não auto-incriminação de um suspeito de ter droga oculta no seu corpo, não é menor que o direito à não auto-incriminação de um suspeito da prática do crime de homicídio qualificado. O direito a recusar-se a submeter-se a uma intervenção corporal, para não se auto-incriminar, não é diferente do direito a recusar prestar declarações para não se auto-incriminar.

É por isso que não podemos admitir que o Estado utilize um qualquer fundamento legitimador da intervenção corporal não consentida, ou no limite, nem sequer fundamente a autorização para que a mesma seja efectuada.

Estar a admitir como fundamento legitimador de uma intervenção corporal não consentida para obtenção de prova, o risco iminente para a saúde ou a vida do visado, é estar a colocar essa pessoa num estado de aflição psíquica entre optar por exercer o seu direito à não auto-incriminação, e não se submeter ao procedimento médico, assumindo o risco de vir a morrer, ou submeter-se sabendo que vai salvaguardar a sua vida, mas não se vai salvaguardar da futura condenação pelo crime de tráfico de droga.

Até nas circunstâncias mais desafiantes para os Estados como o combate contra o terrorismo e o crime organizado, o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o n.º 8 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa e o n.º 1 do artigo 126.º do Código de Processo Penal consagram uma proibição absoluta às autoridades de recorrerem à tortura, a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, seja qual for a circunstância⁶⁵¹. Ao contrário da maioria das normas da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, não consagra qualquer excepção a esta proibição, nem permite a sua derrogação, em caso algum, nem mesmo ao abrigo do n.º 2 do artigo 15.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁶⁵², em caso de estado de emergência em que a vida dos cidadãos esteja em risco⁶⁵³.

⁶⁵⁰ No mesmo sentido, ROXIN refere que “o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição do Estado”. Cfr. ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, München, C.H. Beck, trad. castelhana da 25.ª ed. alemã por Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, rev. por Julio B. J. Maier, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 10. Também, SOUTO DE MOURA defende que o tratamento que a Constituição der aos direitos fundamentais, no processo penal, é conformador primeiro e decisivo da respectiva lei ordinária, mas é, muito para além disso, um indicador claro da relação que se quis estabelecer entre o cidadão e o Estado. Portanto, através da Constituição processual penal, o Estado se auto-define como liberal ou autoritário, e revela o apreço em que tem a pessoa, individualmente considerada (...).” Cfr. SOUTO DE MOURA, José, “A Protecção dos Direitos Fundamentais no Processo Penal.”, In, I Congresso de Processo Penal, Coimbra, Almedina, 2005, p. 43.

⁶⁵¹ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 27, parág. 99, *Ac. cit.* p. 9.

⁶⁵² Consagram os n.ºs 2 e 3 do Artigo 15 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos:

Não é por alguém ter cometido um crime, ou decidido ocultar droga dentro do seu corpo, que merece uma tutela mais fraca dos seus direitos ou, no limite, uma inexistência de qualquer direito ou garantia.

Como tal, a gravidade do crime e a concomitante relevância do interesse público jamais poderá servir de fundamento legitimador de um tratamento desumano e degradante, contrário ao artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.⁶⁵⁴ A urgência em obter a prova, também não pode justificar um tratamento desumano ou degradante ao visado.

Por essa razão, não pode a autoridade judicial competente, utilizar como fundamento legitimador da intervenção corporal não consentida, a gravidade do crime de que o visado é suspeito, ou os riscos de se vir a frustrar toda uma investigação. Muito menos se poderá argumentar que se o visado escolheu colocar-se naquela situação, ocultando a droga dentro de si, também sabia que - se fosse apanhado, a bolota de droga iria ter de lhe ser retirada - pelo que, se o visado colocou ou permitiu que lhe colocassem as bolotas droga dentro do corpo, por maioria de razão, também é legítimo ao Estado retirar-lhe as bolotas droga, mesmo contra a sua vontade.

Também não serve de fundamento da intervenção corporal não consentida para obtenção de prova, o risco de saúde ou para a para o visado, pelo iminente rebentamento das bolotas de droga.

Quando o visado a escolheu engolir ou ocultar as bolotas, ele assumiu a criação de um risco para a sua saúde. Nos casos em que o visado é que confrontado com a possibilidade do risco de as bolotas virem a rebentar, e ainda assim persiste na recusa em extraí-las, não tem, neste caso, o Estado uma obrigação de *facere*, em agir, sob o uso da força, em prol da salvaguarda da saúde ou da vida do visado, porque o risco foi criado e é mantido por vontade do próprio.

A partir do momento, em que o visado é obrigado, contra a sua vontade, a expelir a prova, mediante um tratamento desumano e degradante, por colidir com o princípio da dignidade da pessoa humana, a validade da prova obtida, fica comprometida, por força do n.º 1 do artigo 126.º do Código de Processo Penal.

“Artigo 15 – Derrogação em caso de estado de necessidade

1 – Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional.

2 – A disposição precedente não autoriza nenhuma derrogação ao artigo 2.º, salvo quanto ao caso de morte resultante de actos ilícitos de guerra, nem aos artigos 3.º, 4.º (parágrafo 1) e 7.º.

(...)”

Cfr. Tradução de CABRAL BARRETO, Ireneu, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem - Anotada...*, p. 320, *ob. cit.* p. 22.

⁶⁵³ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 27, parág. 99, *Ac. cit.* p. 9.

⁶⁵⁴ *Ibidem*, p. 31, parág. 116 e Declaração de Voto do Juiz Nicolas Bratza, Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, pp. 37-38, *Ac. cit.* p. 9.

iii. A Natureza e o Grau da Coerção Utilizada para Obter a Prova.

O crime de tráfico de droga é um crime grave, com consequências para a sociedade em geral, e cuja escala se que tem alargado nos últimos tempos e o seu combate constitui actualmente um verdadeiro desafio para os Estados⁶⁵⁵. No entanto, num Estado de Direito Democrático, a coação de uma pessoa a uma intervenção corporal não consentida, que consubstancia um tratamento desumano e degradante, para a obtenção de prova, ultrapassa em larga medida, qualquer desejo “altruísta” de combate à criminalidade. Traduz-se, na verdade, num comportamento de combate ao crime demasiado vigoroso por parte das autoridades⁶⁵⁶.

São razões de ordem prática, que impedem que se afaste, em absoluto, a possibilidade de obter provas mediante uma intervenção corporal não consentida, sob pena, de no limite, fomentar a ocultação de droga no corpo, porque uma vez extraída contra a vontade do visado, nunca será válida como prova.

Os casos da Jurisprudência acima analisados, demonstram que, na prática, não existe o cuidado de fazer uma prévia ponderação de valores no caso concreto, sendo o visado, um objecto dos interesses do titular da investigação, que tem sempre pressa na aquisição da prova do crime. Tal preocupação, elevada a valor absoluto, é incompatível com os valores e garantias processuais penais consagradas na Constituição.

A prossecução do interesse público não pode servir de justificação para a adopção de medidas que extingam a essência dos direitos de defesa do visado, incluindo o seu direito à não auto-incriminação e a não ser sujeito a um tratamento desumano e degradante.⁶⁵⁷

Por isso, defendemos que qualquer decisão judicial que autorize um procedimento médico que implique uma intervenção corporal não consentida – por ser uma interferência grave ao direito à integridade física de uma pessoa, com a finalidade de obter prova contra ela mesma, tem de ser cuidadosamente elaborada, mediante um escrutínio rigoroso.

Em primeiro lugar, tem haver uma certeza de que existe efectivamente uma ou mais bolotas de droga ocultas e a exacta localização no corpo do visado, mediante um exame de raio-x. Tem de ser feita uma ponderação da necessidade da intervenção, atendendo ao direito à integridade física e à reserva da intimidade do visado. Há que aferir e ponderar as alternativas possíveis para a adopção de

⁶⁵⁵ Sobre a dimensão social e internacional do crime de tráfico de droga, *Vide*, MOURA VICENTE, Dário, *Problemas jurídicos da droga e da toxicodpendência*, Coimbra Editora, 2004 e BRAZ, José, “A cooperação internacional na luta contra o tráfico de droga” *In*, *Problemas jurídicos da droga e da toxicodpendência*, Coimbra Editora, Vol. 2, 2004, pp. 173-200.

⁶⁵⁶ Neste sentido, Supremo Tribunal de Justiça Americano, no caso *Rochin vs. Califórnia*, Ac. Cit., Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 16, parág. 58, *Ac. cit.* p. 9.

⁶⁵⁷ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 26, parág. 97, *Ac. cit.* p. 9.

um método menos intrusivo, menos intimidante, e que menos afecte o pudor do visado e igualmente eficaz para a obtenção da prova⁶⁵⁸.

A autorização só pode ser concedida, se houver a certeza, de que o procedimento não causa uma dor física forte e sofrimento psicológico intenso ao visado. Em caso algum, se poderá escolher um procedimento que, em si mesmo, cria riscos para a saúde ou para a vida do visado ou que seja susceptível de causar lesões duradouras ou permanentes para a sua saúde⁶⁵⁹.

Na autorização, tem que ser definido o objecto da intervenção corporal, o hospital onde deve ser realizada, o dia, a hora, e a nomeação da especialidade que o médico tem de ter para realizar a intervenção corporal determinada. Por exemplo, no caso acima analisado, para uma intervenção endovaginal, seria necessário um médico ginecologista.

Deverão ser formulados quesitos, para que o médico que procede à intervenção, perceba a finalidade da mesma e não ultrapasse os limites fixados. Tem de constar também a proibição expressa do médico resolver proceder a uma intervenção médica que seja diferente da autorizada, ainda que a finalidade seja a mesma. Se for necessária uma abordagem diferente, por razões médicas, deverá ser comunicado previamente ao Juiz de Instrução Criminal, que deverá ponderar, novamente a proporcionalidade do procedimento médico, à finalidade de obtenção de prova contra o visado⁶⁶⁰.

Finalmente, há que salvaguardar expressamente na autorização, o objecto, os limites e a finalidade da intervenção, a forma cuidada com que o visado tem de ser tratado na realização da intervenção médica coactiva, nomeadamente, que o uso da força deve ser sempre utilizado em último recurso e que, de modo algum, poderá exceder o estritamente necessário para a realização da intervenção. Além disso, tem de ser disponibilizada para o visado a devida supervisão médica, de forma prévia, aquando e posteriormente à intervenção, a qual, deve ser obrigatoriamente realizada de acordo com as *legis artis*, por um médico, num hospital.⁶⁶¹ Tem ainda de haver o cuidado de fazer exames prévios, de averiguar o seu historial médico, e de perguntar ao visado se tem algum problema da saúde ou alergia que tenha conhecimento⁶⁶².

Além disso, o procedimento não pode ser realizado de forma a ser susceptível de intimidar, agonizar ou humilhar o visado, nem lhe pode ser imposto de forma violenta. Neste ponto, a presença

⁶⁵⁸ *Ibidem*, p. 19, parág. 71.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 20, parág. 74

⁶⁶⁰ Estes requisitos formais, a que o despacho de autorização para intervenção corporal não consentida deve obedecer, são inspirados e adaptados de PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica, 2011, p. 492 e p. 443.

⁶⁶¹ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 31, parág. 120, *Ac. cit.* p. 9.

⁶⁶² *Ibidem*, p. 16, parág. 60.

do Advogado de defesa é imprescindível para que o visado não se sinta indefeso perante as autoridades. Pelo que, a menos que o visado prescindia, entendemos ser da maior relevância a presença do Advogado aquando a diligência de obtenção de prova⁶⁶³.

O recurso a uma intervenção corporal, contra a vontade do suspeito, como forma de obtenção de prova tem de ser sempre justificado com base em factos certos e determinados, de acordo com as circunstâncias do caso concreto⁶⁶⁴. Este requisito é essencial nos casos em que é necessário retirar elementos de prova que se encontram dentro do corpo do suspeito de determinado crime⁶⁶⁵. O carácter intrusivo deste tipo de procedimento exige um escrutínio rigoroso de todas as circunstâncias envolventes⁶⁶⁶.

iv. O Carácter Decisivo da Prova Obtida, a sua Valoração em Julgamento, o seu Impacto na Condenação e o Direito a um Julgamento Justo e Equitativo.

O artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o n.º 8 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa e o n.º 1 do artigo 126.º do Código de Processo Penal consagram um dos valores mais importantes e basilares de um estado de direito democrático⁶⁶⁷. Se a prova foi obtida mediante tortura, por tratamento desumano ou degradante, por coacção, ou ofensa da integridade física ou psíquica do visado, ainda que a valoração de tal prova não tenha sido decisiva e determinante na decisão condenação, leva necessariamente à afectação do direito a um julgamento justo e equitativo, nos termos do n.º 1 do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e n.º 4 *in fine* do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa⁶⁶⁸.

⁶⁶³ Também no sentido da imprescindibilidade do papel do Advogado nas fases preliminares do processo penal, na defesa dos direitos fundamentais do cidadãos, PINTO DE ABREU defende que ao Advogado deve ser sempre admitida a sua presença e intervenção, ainda que a diligência seja vedada ao público.

“Não coloca em causa a investigação criminal quem exige e reclama direitos e invoca e quer ver declarados vícios proibições de prova, nulidades insanáveis ou dependentes de arguição, ou irregularidades. Bem pelo contrário, é com o respeito dos direitos e com a consideração de tais arguições, que se obtém a garantia de que os procedimentos presentes e actos futuros, estão pautados pela fiabilidade da investigação criminal”. Cfr. PINTO DE ABREU, Carlos “*As polícias, a Polícia Judiciária e o sistema de justiça penal.*” In, *Polícia e Justiça*, N.º 8, 3ª série, Jul.-Dez., 2006, pp. 183-184.

No mesmo sentido, LARKIN defende que o apoio e conselhos de um Advogado são fundamentalmente necessários no período entre a detenção e a pronúncia, que é a altura em que se faz a maior parte das confissões e da obtenção de prova. No momento em que se passa da fase de investigação geral para uma fase em que já há um suspeito específico, esse suspeito deve ser informado e assegurado dos seus direitos, nomeadamente o direito a recusar-se submeter a uma diligência de prova ilegalmente determinada. Cfr. LARKIN, Francis J., “*Independência do Poder Judicial – A Matriz e o Ideal do Sistema Judicial Americano: O Impacto de um Poder Judicial Independente nos Direitos dos Arguidos da Detenção ao Julgamento.*” In, *A Justiça nos dois lados do Atlântico: teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, Vol. I, Lisboa, 1997, p. 72-75.

⁶⁶⁴ Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 19, parág. 71, *Ac. cit.* p. 9.

⁶⁶⁵ *Ibidem.*

⁶⁶⁶ *Ibidem.*

⁶⁶⁷ *Ibidem*, p. 27, parág. 99.

⁶⁶⁸ *Ibidem.*

O processo judicial existe para uma resolução pacífica e civilizada dos conflitos, sendo o seu objectivo substituir e evitar o emprego de qualquer acto de violência que contenda com os valores fundamentais de um estado de direito democrático, como o *nemo tenetur se ipsum accusare*, a equidade e da justiça do processo penal, e são estas as razões que por si, obstam à utilização e valoração da prova assim obtida.

A *ratio* que preside a estes princípios acima referidos, é sobretudo a de proteger o suspeito de qualquer tentação ou impulso que as autoridades tenham de o coagir por qualquer meio num determinado sentido procurando, desta forma, evitar que as autoridades responsáveis pela investigação não recorram a métodos de coacção, de forma a contornar a vontade do visado e a formação de um erro judiciário⁶⁶⁹.

Admitir e valorar a prova obtida mediante tortura, por tratamento desumano ou degradante, por coacção, ou ofensa da integridade física ou psíquica do visado é estar a subverter as garantias do processo penal, e é estar a promover e legitimar esse tipo de comportamento por parte das autoridades⁶⁷⁰.

A prova obtida mediante tortura, por tratamento desumano ou degradante, por coacção, ou ofensa da integridade física ou psíquica do visado, coloca em causa a sua credibilidade e poderá com toda a probabilidade ter adulterado o resultado, pelo que compromete a confiança com que qualquer prova se deve revestir para se dela extrair uma convicção num determinado sentido. Por esta razão, nunca poderá ser valorada, para aferir da culpa do visado, uma prova obtida desta forma⁶⁷¹.

Qualquer entendimento diverso, iria traduzir-se numa fraude à lei, ou seja, numa violação indirecta dos valores consagrados no artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e no n.º 1 do artigo 126.º do Código de Processo Penal⁶⁷².

Consideramos inaceitável a argumentação de que uma prova obtida mediante uma intervenção corporal não consentida ilegal, possa ser admissível e valorada no processo porque

⁶⁶⁹ *Ibidem*, p. 27, parág. 100.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, pp. 43-44.

⁶⁷¹ “Essência e condição *sine qua non* do processo penal é a prova, prova essa obtida com limites que bebem a sua razão de ser na dignidade da pessoa humana. Enfermam, portanto, do vício da nulidade as provas obtidas com desrespeito por tal direito, a saber: as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa (...). É este o princípio constitucional reitor em matéria de prova, como decorre inequivocamente do n.º 6 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa. De uma forma perfeitamente aberta ao espírito de tal consagração constitucional, o Código de Processo Penal acolhe as restrições à prova, punindo com o mesmo vício da nulidade as provas obtidas pelas formas referidas. É, aliás, o que resulta do artigo 126.º do Código de Processo Penal, válido para qualquer fase do processo, reafirmado em particular, no n.º 1 do artigo 292.º, para a instrução”. Cfr. FARIA COSTA, José de, “*Um Olhar Cruzado entre a Constituição e o Processo Penal.*” In, *A Justiça nos dois lados do Atlântico: teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Fundação Luso-Americana Para O Desenvolvimento, Vol. I, Lisboa, 1997, p. 196.

⁶⁷² A argumentação, no sentido de que outro entendimento seria uma fraude à lei, é inspirado no Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, p. 28, parág. 105, *Ac. cit.* p. 9.

apesar de não preencher os requisitos e formalidades legais, a intervenção corporal foi realizada por um médico, num hospital, em cumprimento de todas as normas e procedimentos médicos, pelo que, não se justifica, a não admissibilidade da prova necessária para assegurar a condenação por um crime grave e à frustração do resultado da investigação que foi desenvolvida, porque poria em causa a eficácia da perseguição penal. Não concordamos, porque tal entendimento significaria que, em determinados casos, deixariam de ser aplicáveis, os valores e princípios em matéria de obtenção de prova legalmente consagrados no Código de Processo Penal, e na Constituição.

Os limites aos métodos de obtenção de prova, são direitos fundamentais do visado, que não podem ser afastados em caso algum. Se houve uma violação desses limites, então, deverá o Juiz extrair todas as consequências para o processo.

IV. Conclusões.

- i.* O crime de tráfico de droga é um crime grave, com consequências para a sociedade em geral, e cuja escala se que tem alargado nos últimos tempos e o seu combate constitui actualmente um verdadeiro desafio para os Estados.
- ii.* Os métodos proibidos de obtenção de prova encontram-se consagrados no n.º 8 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa e no n.º 1 do artigo 126.º Código de Processo Penal e consubstanciam um dos pilares fundamentais das garantias do processo penal. São nulas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou ofensivas da integridade física ou moral das pessoas. A verificação de que uma prova foi obtida por um método proibido, tem como consequência o sacrifício da descoberta verdade, e ainda que a prova obtida seja de extrema relevância para a reconstituição do facto, mesmo que consubstancie a única prova, esse facto é julgado como não provado, não podendo nunca ser admitidas ou valoradas em julgamento.
- iii.* O consentimento do visado, para se sujeitar a diligências de obtenção de prova, consubstancia a forma mais expressiva da posição do Estado perante os direitos fundamentais. Entre as várias diligências probatórias que podem consubstanciar um intervenção corporal não consentida, o legislador processual penal demonstra, em vários preceitos, uma preocupação especial nas situações em que não existe consentimento do visado.
- iv.* Houve uma quebra, ao longo do tempo, dos limiares mínimos em matéria da admissibilidade de prova. A partir de 2006, com o caso *Jalloh vs. Alemanha*, o que antes era pacífico, começa a ser ponderado e discutível. Esta mudança está relacionada com a evolução na Doutrina pela diferenciação entre o conceito de tortura e tratamento desumano e degradante, baseada numa hierarquia de valores.
- v.* É qualificável pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos como tratamento desumano quando o mesmo é premeditado, de longa duração, causando lesões corporais graves e um intenso sofrimento físico e psicológico. É qualificável pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos como tratamento degradante nos termos do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos quando provoca no visado sentimentos como o medo, angústia, e inferioridade, humilhação, rebaixamento, afectando a condição física e psicológica, ou quando leva o visado a agir contra sua vontade ou consciência, sob as vestes de uma aparente legitimidade ou aquiescência do Estado.

- vi.** Para aferir da violação do direito à não auto-incriminação, o critério da existência independente da vontade do visado, só vale para recolha de material biológico, como uma pequena amostra de sangue, ou de cabelo, ou uma mera zaragatoa bucal, porque nestes casos é apenas exigido ao visado que suporte de forma passiva uma interferência rápida e pouco significativa à sua integridade física. Situação diferente é a de manipular e suprir totalmente da capacidade de auto-controlo do cérebro e do corpo do visado, mediante a administração coactiva de substâncias, que provoquem uma reação involuntária do corpo, para ultrapassar a vontade do visado em não fornecer provas contra si mesmo.
- vii.** Em Portugal, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de Março de 2011, considerou válida a prova obtida mediante intervenção corporal à vagina da Arguida, sem o seu consentimento e por ordem verbal e sem fundamentação, dada por telefone, pelo Procurador-Adjunto do Ministério Público. O Tribunal da Relação de Coimbra considerou que uma intervenção endovaginal, é atípica, afastando a aplicabilidade do regime dos exames, das perícias e das revistas, e conseqüentemente, considerando desnecessária a obrigação de validação pelo Juiz de Instrução Criminal, em grave contradição com o n.º 4 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa.
- viii.** Tanto o Tribunal de 1ª Instância, como o Tribunal da Relação de Coimbra interpretaram o n.º 3 do artigo 53º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, o n.º 1 do artigo 172.º e o n.º 3 do artigo 174.º do Código de Processo Penal, no sentido em que o requisito da autorização conferida por autoridade judiciária para obtenção de prova, compelindo a Arguida a exame endovaginal, sob o uso da força, sem o seu consentimento, não tem de ser necessariamente emanada por uma autoridade judicial, porque aí se prevê apenas, na falta de consentimento do visado, a prévia autorização da autoridade judiciária (e não judicial) competente.
- ix.** Existe inequivocamente na lei processual penal uma preocupação acrescida, em tutelar os direitos do visado quando o mesmo não prestou o seu consentimento para a obtenção de prova mediante intervenção corporal não consentida. Por essa razão, temos muitas reservas, em deixar à responsabilidade do Ministério Público - o qual como *dominus* da investigação, tem um claro interesse no diferimento da autorização para obtenção da prova para sustentar a acusação - que tenha simultaneamente a responsabilidade de verificar, de forma imparcial, se estão a ser devidamente tutelados os direitos e garantias do visado e para avaliar se a intervenção corporal

é necessária, ou se existem outras alternativas. Pela gravidade da situação, a qual impõe a uma pessoa que seja extraída prova do seu corpo sem o seu consentimento, exige-se uma segurança acrescida, própria de um Estado de Direito Democrático.

- x.** Deverá ser considerada inconstitucional, por violação do n.º 4 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa, a interpretação do n.º 3 do artigo 53.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro; os n.ºs 1 e 3 do artigo 154.º; o n.º 1 do artigo 172.º e o n.º 3 e 6 do artigo 174.º do Código de Processo Penal no sentido em que, a exigência de uma autorização da autoridade judiciária competente para uma intervenção corporal não consentida, não significa que seja necessariamente judicial porque só uma autoridade judicial tem a imparcialidade necessária – no momento prévio à intervenção - para aferir, no caso concreto, a tutela e respeito pelos direitos do visado e ao mesmo tempo a necessidade da prova e da existência ou não de métodos alternativos. Outro entendimento, iria frustrar a válvula de segurança criada pelo legislador processual penal para garantir a tutela dos direitos fundamentais do visado e prevenir uma intervenção ilegítima.
- xi.** Não estamos a defender uma absoluta impossibilidade de obter prova sob o uso da força sem o consentimento da pessoa, ou no limite, a uma impunidade do criminoso. Estamos antes a defender que a existência deste tipo de casos na Jurisprudência demonstram que, na prática, não existe o cuidado de fazer uma prévia ponderação de valores no caso concreto, sendo o visado, um objecto dos interesses do titular da investigação, que tem sempre pressa na aquisição da prova do crime. Tal preocupação, elevada a valor absoluto, é incompatível com os valores e garantias processuais penais consagradas na Constituição. A prossecução do interesse público não pode servir de justificação para a adopção de medidas que extingam a essência dos direitos de defesa do visado, incluindo o seu direito à não auto-incriminação e a não ser sujeito a um tratamento desumano e degradante.
- xii.** Até nas circunstâncias mais desafiantes para os Estados como o combate contra o terrorismo e o crime organizado, o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o n.º 8 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa e o n.º 1 do artigo 126.º do Código de Processo Penal consagram uma proibição absoluta às autoridades de recorrerem à tortura, a tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, seja qual for a circunstância.

- xiii.** Não é por alguém ter cometido um crime, ou decidido ocultar droga dentro do seu corpo, que merece uma tutela mais fraca dos seus direitos ou, no limite, uma inexistência de qualquer direito ou garantia. Nos casos em que o visado oculta a droga dentro do seu corpo e se recusa a colaborar para a sua extracção, mesmo depois de ter sido informado pelo médico dos riscos dessa decisão, a melhor solução que mais se harmoniza com o direito à não auto-incriminação, é a de aguardar, que as bolotas de droga saiam pelo normal funcionamento do organismo do visado.
- xiv.** Não existe na legislação processual penal portuguesa, nenhuma definição legal de tortura, nem de tratamento desumano ou degradante, ou quaisquer critérios que permitam, em concreto, chamar a atenção do Juiz, que ele não pode autorizar determinada intervenção corporal não consentida, nem valorar tal prova, porque tem perante si, um caso que colide com esta garantia. Consideramos que o visado apenas deverá ser coagido a submeter-se à intervenção corporal não consentida por um despacho prévio, escrito e deviamente fundamentado, pelo Juiz de Instrução Criminal, depois de devidamente apreciadas as circunstâncias, de forma precisa e rigorosa, de forma a assegurar o respeito pelos direitos fundamentais e pelas garantias de processo criminal do visado. A obrigatoriedade de fundamentação da decisão permitirá a sua fiscalização funcionando como um mecanismo de controlo.
- xv.** A prova obtida mediante tortura, por tratamento desumano ou degradante, por coacção, ou ofensa da integridade física ou psíquica do visado, coloca em causa a sua credibilidade e poderá com toda a probabilidade ter adulterado o resultado, pelo que compromete a confiança com que qualquer prova se deve revestir para se dela extrair uma convicção num determinado sentido. Por esta razão, nunca poderá ser valorada, para aferir da culpa do visado, uma prova obtida desta forma, porque outro entendimento, seria estar a subverter as garantias do processo penal.

“ Diz-me como tratas o Arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu. ”

FIGUEIREDO DIAS⁶⁷³

⁶⁷³ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Processual Penal*, 1º vol., Coimbra, Almedina, 1974, p. 428

Bibliografia

- AGOSTINHO, Patrícia Naré, *Intrusões corporais em processo penal*, Coimbra Editora, 2014
- BARBOUR, Sandra I., “*Constitutionality of Stomach Searches – Introduction*”, In, University of San Francisco Law Review, Vol. 10, 1975, pp.93-114
- BIRKHOLZ, KROPP, BLEICH, KLATT e RITTER, “*American Academy of Clinical Toxicology / European Association of Poisons Centres and Clinical Toxicologists - Position Paper: Ipecac Syrup*”, In, Journal of Toxicology, Clinical Toxicology, vol. 42, n.º 2, 2004
- BRAZ, José, “*A cooperação internacional na luta contra o tráfico de droga*” In, Problemas jurídicos da droga e da toxicodpendência, Lisboa, Coimbra Editora, Vol. 2, 2004, pp. 173-200
- BURGOA, Elena, “*La prueba ilícita en el proceso penal português*” In, Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Vol. 2, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 593-626
- CABRAL BARRETO, Ireneu, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem - Anotada*, Coimbra, Almedina, 2016
- CONTI, Carlotta, “*I diritti fondamentali della persona tra divieti e «sanzioni processual»: il punto sulla perizia coattiva*”, In, Diritto Penale e Processo, 8/2010, pp. 993-1005
- COSTA ANDRADE, Manuel, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 2013
- DALLMEYER, Jens, *Die Integrität des Beschuldigten im reformierten Strafprozess – Zur zwangsweisen Verabreichung von Brechmitteln bei mutmaßlichen Drogendealern*, KritV, 2000
- DALLMEYER, Jens, *Verletzt der zwangsweise Brechmitteleinsatz gegen Beschuldigte deren Persönlichkeitsrecht?*, StV, 1997
- DANN, B. Michael, “*The Fifth Amendment Privilege Against Self-Incrimination: Extorting Physical Evidence From a Suspect*”, In, Southern California Law Review, Vol.43, 1970, pp. 507-630
- DIAMANT-BERGER, Odile; GARNIER, Michel; MARC, Bernard, *Urgences Médico-Judiciaires*, 1995
- FARIA COSTA, José de, “*Um Olhar Cruzado entre a Constituição e o Processo Penal.*” In, A Justiça nos dois lados do Atlântico: teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos

Estados Unidos da América, Fundação Luso-Americana Para O Desenvolvimento, Vol. I, Lisboa, 1997, p. 187-197.

- FELICIONI, Paola, “*Considerazioni sugli accertamenti coattivi nell processo penale: e lineamenti costituzionali e prospettive di riforma*”, In, L’indice penale, Padova, Nuova seria, Ano 2, nº2, Maio-Ago., 1999, pp. 495-526
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Processual Penal*, 1º vol., Coimbra, Almedina, 1974
- GLEß, Sabine, *True or Due Process? The use of Illegally Gathered Evidence in the Criminal Trial*, disponível em:
https://ius.unibas.ch/uploads/publics/6785/20100913144136_4c8e1c0006a39.pdf
- GODSEY, Mark, “*Rethinking the Involuntary Confessions Rule: Toward a Workable Test for Identifying Compelled Self-Incrimination*”, In, California Law Review, Vol.93, 2005, pp. 465-540
- GONÇALVES Fernando; ALVES Manuel João, *A prova do crime: meios legais para a sua obtenção*, Coimbra, Almedina, 2009
- GONÇALVES Fernando; ALVES Manuel João, *Crime. Medidas de coação e prova*, Coimbra, Almedina, 2015
- GÖSSEL, Karl-Heinz, “*As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha*” (tradução do original alemão de Manuel Costa Andrade), In, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 2, Fase 3º, Julho-Setembro, 1992, pp. 397-441
- HOUSE, Luther, “*Criminal Procedure - Self-Incrimination – Scientific Tests on Body Substances as Evidence*”, In, Kentucky Law Journal, Vol.44, 1955-1956, pp. 353-360
- KLEINKNECHT e MEYER-GÖßNER, *Strafprozeßordnung - Kommentar*, Artigo 81a, § 22, Verlag C.H. Beck, 1999
- LARKIN, Francis J., “*Independência do Poder Judicial – A Matriz e o Ideal do Sistema Judicial Americano: O Impacto de um Poder Judicial Independente nos Direitos dos Arguidos da Detenção ao Julgamento.*” In, A Justiça nos dois lados do Atlântico: teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, Vol. I, Lisboa, 1997, p. 63-78.
- MARCOLINO DE JESUS, Francisco, *Os meios de obtenção da prova em processo penal*, Coimbra, Almedina, 2015
- MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal*, Volumes I e II, Verbo, Lisboa, 2008

- MOURA VICENTE, Dário, *Problemas jurídicos da droga e da toxicoddependência*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *La Búsqueda de la verdade en el proceso penal*, Buenos Aires, 2007
- NELSON, Lewis S., “*Body Packing - The Internal Concealment of Illicit Drugs*”, In, *New England Journal of Medicine*, 2003, nº 349, pp. 2519-2526.
- OLIVEIRA E SILVA, Sandra, “*O Arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio: Nemo tenetur se ipsum accusare*”, In, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Porto, A. 10, 2013, pp. 361-379
- OLIVEIRA E SILVA, Sandra, “*Legalidade da prova e provas proibidas*”, In, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, A. 21, nº 4, Out.-Dez., 2011, pp. 545-591
- PINTO DE ABREU, Carlos “*As polícias, a polícia judiciária e o sistema de justiça penal.*” In, *Polícia e Justiça*, Nº 8, 3ª série, Jul.-Dez., 2006, pp. 149-190
- PINTO DE ABREU, Carlos “*Prova e meios de obtenção de prova. Breve Nota sobre a natureza e o regime dos exames no processo penal.*”, In, *I Congresso de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 257-284
- PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica, 2011
- REDDINGTON, Kevin J., “*A Protecção do Arguido: Perspectiva de um Advogado de Defesa.*”, In, *A Justiça nos dois lados do Atlântico: teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Fundação Luso-Americana Para O Desenvolvimento, Vol. II, Lisboa, 1997, pp. 85-97.
- REIS NOVAIS, Jorge, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012
- ROGALL, Klaus, *Die Vergabe von Vomitivmitteln als strafprozessuale Zwangsmaßnahme*, NStZ, 1998, pp. 66-68.
- ROGERS, Michael G., “*Bodily Intrusion in Search of Evidence: A Study in Fourth Amendment Decisionmaking*”, In, *Indiana Law Journal*, Vol. 62, pp. 1181-1207.
- ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, München, C.H. Beck, trad. castelhana da 25.ª ed. alemã por Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, rev. por Julio B. J. Maier, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000

- RUDOLPHI, Hans J; FRISCH, Wolfgang; ROGALL, Klaus; SCHLÜCHTER, Ellen; WOLTER, Jürgen, *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Artigo 81a StPO, § 48, München 2005
- SARNACKI, David C., “*Analysing the Reasonableness of Bodily Intrusions*”, In, Marquette Law Review, 1984, V.68, pp. 130-153, disponível em:
<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1888&context=mulr>
- SCHAEFER, Hans Christoph, *Effektivität und Rechtstaatlichkeit der Strafverfolgung - Versuch einer Grenzziehung*, NJW, 1997
- SCHAPER, Andreas “*Surgical treatment in cocaine body packers and body pushers*”, In, International Journal of Colorectal Disease, 2007, n°22, pp. 1531-1535
- SILVA DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da, “*Particularidades da prova em processo penal: algumas questões ligadas à prova pericial*”, In, Revista do CEJ, Lisboa, n.º 3, 2º semestre, 2005, pp. 169-225
- SOUSA MENDES, Paulo, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 2014
- SOUSA MENDES, Paulo, “*As Proibições de Prova no Processo Penal.*”, In, Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 133-154.
- SOUTO DE MOURA, José, “*A Protecção dos Direitos Fundamentais no Processo Penal.*”, In, I Congresso de Processo Penal, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 33-51
- TONINI, Paolo, *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè Editore, 2014
- TRAUB, Stephen, J.; M.D., HOFFMAN, Robert S.; NELSON, Lewis S., “*Body Packing - The Internal Concealment of Illicit Drugs*”, In, New England Journal of Medicine, 2003, n°349, pp. 2519-2526
- VETTER, Udo, In, *Problemschwerpunkte des § 81a StPO – Eine Untersuchung am Beispiel der Brechmittelvergabe im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Neured, 2000
- WEßLAU, Edda, *Waffengleichheit mit dem "Organisierten Verbrechen"?*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, KritV, 1997
- WOLFLAST, Gabriele, *Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung*, Köln, 1995

Jurisprudência

I. Acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

- Acórdão *Jalloh vs. Alemanha*, de 11 de Julho de 2006, Processo n.º 54810/00, disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76307#{"itemid":\["001-76307"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76307#{).
- Acórdão *Bogumil vs. Portugal*, de 7 de Outubro de 2008, Processo n.º 35228/03, de 7 de Outubro de 2008, disponível em:
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["POR"\],"appno":\["35228/03"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-119158"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- Acórdão *Wainwright vs. Reino Unido*, processo n.º 12350/04 de 26 de Setembro de 2006, disponível em:
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-76999"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- Acórdão *Frérot vs. França*, processo n.º 70204/01, de 12 de Junho de 2007, disponível em:
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-81008"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- Acórdão *M.C. vs. Bulgária*, processo n.º 39272/98, de 4 de Dezembro de 2003, disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-61521"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- Acórdão *Saunders vs. Reino Unido*, processo n.º 19187/91, de 17 de Dezembro de 1996, disponível em:
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-58009"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
- Acórdão *Funke vs. França*, processo n.º 10828/84, de 25 de Fevereiro de 1993, disponível em:
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{"itemid":\["001-57809"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{)
- Acórdão *J.B. vs. Suíça*, processo n.º 31827/96, de 3 de Maio de 2001, disponível em:
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-59449"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

II. Acórdãos do Tribunal Constitucional

- Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 388/2011 de 24 de Agosto, Processo n.º 575/2011, disponível em:
<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110388.html>.
- Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 228/2007, de 28 de Março, disponível em:
<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070228.html>.
- Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 695/06, 2 de Março de 2007, disponível em:
<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>.

III. Acórdão dos Tribunais Judiciais

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 10/10.0PECTB.C1, de 30 de Março de 2011, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/-/565A3D87A3B4AE988025786C00496C76>.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 1728/12.8JAPRT.P1, de 10 de Julho de 2013, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/50331a8bd88a08bc80257bad004a4597?OpenDocument>.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 31/14.3JELSB.L1 – 3, de 4 de Fevereiro de 2015, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/9e3b4004f092b7be80257e2d0046e46c?OpenDocument>
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 534/10.9JELSB.L1-9, 29 de Setembro de 2011, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ae92bd6353254b468025794a004e378d?OpenDocument>
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 219/11.09JELSB-B.L1-5, 25 de Outubro de 2011, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/fe7144c9b77d6e8f8025794a0054f99a?OpenDocument>

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo n.º 377/12.5JACBR.C1, de 2 de Abril de 2014, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/4386559017a3773980257cb6004ebc00?OpenDocument>
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 08P2378, de 4 de Setembro de 2008, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/64685883a868fea7802574bb0030c291?OpenDocument>
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 10/15.3GMLSB.E1.S1, de 20 de Outubro de 2016, disponível em:
<http://www.gde.mj.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/3e51b52f082a7b56802580520036e12d?OpenDocument>
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 596/14.0JAPRT.S1, de 4 de Fevereiro de 2015, disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6a48b4e235d3173d80257de4003eec44?OpenDocument>

IV. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos

- Acórdão *Rochin vs. Califórnia*, de 2 de Janeiro de 1952, Processo n.º 342 US 165, disponível em:
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=342&invol=165>.
- Acórdão Estado de Ohio vs. *Dario Williams* de 26 de Agosto de 2004, Processo n.º 83574, disponível em:
<http://www.supremecourt.ohio.gov/rod/docs/pdf/8/2004/2004-Ohio-4476.pdf>.
- Acórdão *Schmerber vs. Califórnia* de 20 de Junho de 1966, Processo n.º 384 US 757, disponível em:
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/757/case.html>.