

UNIVERSIDADE DE LISBOA



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA



Dissertação de Mestrado

**A OBTENÇÃO DE PROVAS EM SMARTPHONES PROTEGIDOS ATRAVÉS
DA BIOMETRIA (IMPRESSÕES DIGITAIS) E SENHAS NUMÉRICAS E O
PRINCÍPIO DA NÃO AUTO INCRIMINAÇÃO.**

Leonor Cacaes Palácios da Silva

Sob a orientação do Prof. Doutor Paulo De Sousa Mendes

Especialidade em Ciências Jurídico-Forenses

Ano letivo

2016/2017

Ano de conclusão

2018

*À minha família, que me fizeram acreditar que seria possível.
Por serem a minha força, a minha inspiração e o meu orgulho.
Aos meus amigos, pelo apoio incondicional, por todos os
momentos de partilha. E por saber que vão estar sempre por
perto.*

*Ao Professor Doutor. Paulo de Sousa Mendes pela sua
orientação, disponibilidade, pelo saber que transmitiu.*

À Faculdade de Direito.

Resumo:

É imperterível dispor uma solução para os problemas que têm surgido, nomeadamente, na relação do princípio da não auto incriminação com o desbloqueio dos smartphones biometricamente. Neste sentido, enquanto não houver atualização da legislação, cada caso tem que ser analisado individualmente, com recurso ao princípio da proporcionalidade, isto é, este princípio será sempre o melhor critério para a resolução de problemas aos quais a legislação ainda não está apta a solucionar. Trata-se assim de um princípio essencial onde são ponderados e analisados os direitos e bens jurídicos em causa.

Palavras-chave: Princípio da não auto incriminação; princípio da proporcionalidade; impressão digital; smartphone; meios de obtenção de Prova; nemo tenetur se ipsum accusare; direito ao silêncio.

Abstract:

It is imperative to find a solution to the problems that have arisen, namely in relation to the principle of non-self-incrimination with the unblocking of smartphones biometrically. In this sense, as long as there is no update of the legislation, each case has to be analysed individually, with refusal to the principle of proportionality. this principle will always be the best criterion for solving problems that the legislation is not yet able to solve. This is an essential principle in which the legal rights and property in question are weighed and analyzed.

Keywords: Privilege against self-incrimination; principle of proportionality; fingerprint; smartphone; evidence gathering; nemo tenetur se ipsum accusare; right to silence.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

art., arts. - Artigo

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CPP - Código de Processo Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

MP – Ministério Público

n.º - Número

p., pp. - Página, páginas

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

vol. – Volume

vs.– Versus

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	7
I. SERÁ A IMPRESSÃO DIGITAL APENAS UM MODO DE IDENTIFICAÇÃO?	9
1. O CASO CONCRETO - ESTADO DE VIRGINIA VS. BAUST, N.º. CR14-1439, AT 1 (VA. 2D CIR. CT. OCT. 28, 2014)	11
2. A OBTENÇÃO DE PROVAS QUE EXIGEM A INTERVENÇÃO CORPORAA..	15
3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO CASO CONCRETO	16
4. O DIREITO AO SILÊNCIO E DA NÃO AUTO INCRIMINAÇÃO EM RISCO.	19
II. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS	24
1. O PRINCÍPIO DA NÃO AUTO INCRIMINAÇÃO RELACIONADO COM O DIREITO À NÃO ENTREGA DE DOCUMENTOS	25
1.1. CASO FUNKE VS. FRANÇA	26
1.2. CASO JB VS. SUÍÇA.....	28
2. VALORAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO DO ARGUIDO NO PROCESSO CRIME	29
2.1. CASO JOHN MURRAY VS. REINO UNIDO	29
2.2. CASO HEANEY E MCGUINNESS VS. IRLANDA	30
3. OBTENÇÃO DE MATERIAL CORPÓREO PARA ANÁLISE	33
3.1. CASO SAUNDERS VS. REINO UNIDO.....	33
3.2. CASO JALLOH VS. ALEMANHA.....	36
4. CONCLUSÃO DA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TEDH	39
III. O SISTEMA DE PENAL PORTUGUÊS	41
1. O PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE	44
2. A INTERPRETAÇÃO AMPLA DO NEMO TENETUR.....	45

3. A INTERPRETAÇÃO RESTRITA DO NEMO TENETUR	46
4. A EXISTÊNCIA OU NÃO DE UM DEVER GERAL DE COLABORAÇÃO	47
5. ESTARÁ ESTE PRINCÍPIO CONSTITUCIONALMENTE CONSAGRADO ...	48
6. QUAIS AS GARANTIAS DE DEFESA DO ARGUIDO NO ÂMBITO DA NÃO AUTO INCRIMINAÇÃO?	51
7. QUAL O ÂMBITO DE VALIDADE DO NEMO TENETUR?	52
8. A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS	56
CONCLUSÃO.....	59
BIBLIOGRAFIA	62
WEBGRAFIA	65

INTRODUÇÃO

Como sabemos, com o desenvolvimento da tecnologia a maioria das pessoas têm um smartphone, um tablet, e todos com a possibilidade de se desbloquearem com a impressão digital, inclusive existem equipamentos que permitem que essa seja a única forma de o desbloquear, e, estando nós na era da tecnologia, é de conhecimento geral que a maioria das pessoas guardar grande parte da informação pessoal ou profissional nesses equipamentos, nessa senda cumpre responder às seguintes questões:

- Em que medida pode um suspeito, detentor de um smartphone ou tablet, ser obrigado a desbloquear o equipamento para ser alvo de investigação e assim poder ser acusado com base nas provas encontradas no dispositivo?
- Existe alguma diferença se o smartphone tiver senha numérica ou se for desbloqueado biometricamente?
- Hipoteticamente, se existir a obrigação do suspeito desbloquear o smartphone, pode ser em qualquer situação? Ou existem limites/critérios?

São estas as questões que pretendo responder no desenvolvimento desta dissertação, colocando questões ao longo do texto e tentando encontrar respostas com base nos casos concretos, bem como, na doutrina.

O Direito da não auto incriminação, ou *nemo tenetur*, surge no nosso direito processual penal quando deixamos de ter uma estrutura inquisitória, em que o Estado era o *dominus* do processo e passamos a ter uma estrutura acusatória que procura a igualdade de poderes, da acusação e da defesa e em que o *dominus do processo é o Ministério Público*.

Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, “¹*estrutura acusatória significa na verdade duas coisas: por um lado, reconhecimento da participação constitutiva dos sujeitos processuais na declaração do direito do caso; por outro lado, reconhecimento*

¹ DIAS, Figueiredo, in “A Nova Constituição da República e o Processo Penal”, in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1976, p. 9.

do princípio da acusação, segundo o qual terá de haver uma diferenciação material entre o órgão que institui o processo e dá a acusação e o órgão que vai julgar.”

Segundo o princípio *nemo tenetur ipsum accusare*, ninguém deve ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação, este princípio tem consagração constitucional implícita no nosso direito, desdobrando-se em diversos corolários, nomeadamente, e o mais importante, o direito ao silêncio.

Como sabemos, a nossa legislação apenas permite uma limitação a este direito, designadamente a obrigatoriedade da identificação pessoal, anteriormente também quanto aos antecedentes criminais, contudo, hoje em dia, já não existe essa limitação, conforme disposto no artigo 342.º do Código de Processo Penal.

A abolição desta limitação, deveu-se ao facto de se considerar atentatória do direito da não auto incriminação, uma vez que, poderia contribuir para uma imagem negativa a respeito do arguido.

Como corolário deste princípio também temos o direito de não entregar documentos, por exemplo, correspondência pessoal, diários íntimos, estando cobertos pela reserva da vida privada. Com esta afirmação surge uma questão, uma vez que estamos na era digital, e muitas pessoas utilizam o seu smartphone ou Ipad como diário íntimo, contendo o seu email registado nesses aparelhos, que podem ser considerados correspondência pessoal, será que não estaremos a entrar na esfera da reserva da vida privada se obrigamos o arguido a entrega-los ou desbloqueá-lo biometricamente?

É neste ponto que este princípio se torna menos pacífico, ou seja, é admitido que podem haver provas que sejam realizadas contra a vontade do arguido, como por exemplo, colheita de sangue, de tecidos, saliva, designadamente para testes de ADN, ou mesmo o teste do balão, nestas situações já estamos na fronteira entre o estatuto do arguido como sujeito processual e como objeto de meio prova.

É neste sentido que me proponho estudar o presente tema de dissertação, analisando jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, doravante designado como TEDH, retirando conclusões de forma a explicar a minha posição referente a este tema.

I. SERÁ A IMPRESSÃO DIGITAL APENAS UM MODO DE IDENTIFICAÇÃO?

A impressão digital, como sabemos, é um meio de identificação, pelo que, os obstáculos colocados para a sua obtenção são reduzidos, uma vez que não se considera uma intromissão de quem obrigar um suspeito a facultar (aos agentes policiais) a sua impressão digital, dado que não se trata de algo que seja considerado pessoal para o indivíduo, trata-se apenas de um procedimento de identificação, tal e qual como uma fotografia.

Porém, o avanço da tecnologia é notório, e se antigamente a impressão digital apenas servia para identificar o sujeito numa base de dados, hoje em dia é utilizada para muito mais que isso, nomeadamente, para proteger informações pessoais num equipamento, designadamente um smartphone. Assim, a impressão digital também deve ser entendida como algo privado e sujeito a proteção.

A impressão digital, nos dias de hoje, pode mesmo atingir a qualidade de testemunha, mas assumindo essa qualidade, não deveria estar protegida pelo *nemo tenetur*?

Ora vejamos, a impressão digital é uma prova obtida do corpo do suspeito, designadamente nos casos em que é o meio de desbloqueio do smartphone, que provavelmente irá conter provas que o incriminem. Normalmente, a maioria dos smartphones pode ser desbloqueado com a impressão digital ou com a senha numérica², sendo que na segunda opção não pode o suspeito ser obrigado a fornece-la.

Assim, a impressão digital não é mais do que uma característica física de identificação fora do alcance do *nemo tenetur*, tal como podemos ver no nosso caso concreto que iremos analisar de seguida.

² Em relação ao tema da senha numérica, já foi esta questão anteriormente desenvolvida, sendo entendido pela maioria da doutrina e da jurisprudência que o suspeito não pode ser obrigado a fornecer a senha numérica, ou qualquer senha que desbloqueie o equipamento, uma vez que estamos a falar de uma senha que foi criada pelo próprio, fruto da sua mente, algo que existe independentemente da sua vontade, ou seja, estaríamos a utilizar o conhecimento do suspeito para o acusar. Este tem vindo a ser o entendimento do TEDH.

Todavia, a coação para utilização da impressão digital para desbloqueio do smartphone não pode ser empregue sem que primeiro se tenha analisado todas as circunstâncias do caso, sem que haja uma ponderação, pois, ao utilizarmos este método estamos a violar vários direitos fundamentais do suspeito, nessa medida, temos sempre que atender ao princípio da proporcionalidade.

Mas atenção, não nos podemos esquecer que, ao ser permitido, obrigar o suspeito a colocar a sua impressão digital para desbloquear o smartphone, é como se estivéssemos a “puni-lo” por utilizar a nova tecnologia³, sendo que a nossa legislação não caminha com a mesma rapidez que a tecnologia.

Assim, e estando a nossa legislação estagnada em relação a esta questão, a minha opinião vai no sentido da proporcionalidade, ou seja, apenas em determinados casos em função da sua gravidade e dos bens jurídicos em causa é que pode o suspeito ser obrigado a colocar a sua impressão digital para desbloqueio do smartphone, mas somente em casos muito estritos.

Estamos na era da tecnologia e cada vez menos vai ser necessário senhas numéricas, hoje em dia, além da impressão digital, o smartphone pode também ser desbloqueado com os olhos, bastando olhar para um ponto do ecrã que deteta a íris do indivíduo e assim é desbloqueado o smartphone.

Ora, com todos estes avanços é urgente haver uma alteração legislativa, no sentido de acautelar estas situações, dado que, no ponto em que estamos, a lei e a jurisprudência, que tem sido adaptada a estes casos, permite que o suspeito seja obrigado a fornecer a sua impressão digital para o desbloqueio do smartphone.

E atenção, em determinados casos, pode ser justificativo a utilização desses meios, tal como poderemos observar adiante, mas só em casos de extrema gravidade, em que os bens jurídicos em causa, sejam, superiores aos direitos fundamentais do suspeito, reinando assim nestes casos o princípio da proporcionalidade.

³ GOLDMAN, Kara, in *“BIOMETRIC PASSWORDS AND THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION”*

1. O CASO CONCRETO - ESTADO DE VIRGINIA VS. BAUST, N.º. CR14-1439, AT 1 (VA. 2D CIR. CT. OCT. 28, 2014)

Ora, passando à análise do tema em concreto a questão que se coloca é se um arguido, que tenha um smartphone e o aparelho contenha imagens ou vídeos que o possam incriminar ou que contenham provas de um crime, se o mesmo pode ser obrigado a desbloquear o telemóvel com a sua impressão digital? E se for uma senha numérica a resposta será a mesma?

Vejam os seguintes casos, o Tribunal de Circuito da Virgínia enfrentou a questão que estamos a tratar quando a Commonwealth procurou obrigar o réu a reproduzir a senha ou a impressão digital no smartphone bloqueado.

A decisão do tribunal mostra os desafios envolvidos na aplicação do direito existente à tecnologia, funcionalidade e privacidade expectáveis de um telemóvel bloqueado.

Neste caso, o acusado, David Baust, teria assaltado uma vítima no seu quarto. A vítima afirmou que Baust registou num equipamento a sala em que o assalto tinha, alegadamente, ocorrido e que o gravador de vídeo transmitia para o smartphone de Baust.

A polícia obteve e executou uma busca, recuperando (entre outros itens) o telemóvel. Nos seus depoimentos, tanto Baust como a vítima declararam que o dispositivo de gravação "poderia ter possivelmente" gravado o assalto e que a gravação "poderia existir".

No entanto, o telemóvel estava "bloqueado" e só poderia ser desbloqueado utilizando uma senha ou a impressão digital.

A questão colocada por este tribunal consistiu em saber se seria violada a Quinta Emenda, ou seja, se o arguido fornecendo a senha ou a impressão digital se estaria a contribuir para a sua auto incriminação?

Ora, no entendimento do Tribunal, é necessário distinguir estes dois métodos de desbloqueio do Smartphone, que levou a que chegasse a duas conclusões distintas.

Assim, o juiz Frucci seguiu o entendimento de que Baust não poderia ser obrigado a fornecer a sua senha para aceder ao smartphone, mas poderia ser compelido a produzir sua impressão digital para aceder ao smartphone.

Seguiu assim o entendimento de que reproduzir a senha exigiria que o arguido divulgasse informações que apenas são do seu conhecimento, ou seja, que surgiram de sua própria mente. Já por outro lado, concluiu que a impressão digital não exige nenhum conhecimento similar.

Também se torna relevante falarmos sobre o caso *SCHMERBER vs. Califórnia* de 1966, em que neste caso, o Tribunal admitiu a prova que tinha sido colhida, por exame de sangue, que permitiu à policia verificar o estado de embriaguez do arguido. Assim, o Tribunal não aceitou que a recolha de tal amostra tenha violado a Quinta emenda, no que respeita ao arguido não ser obrigado a auto incriminar-se. Os argumentos utilizados para tal decisão cingiram-se ao fato de ser entendido que apenas contribui para a sua auto incriminação quando se trate de um “*depoimento de natureza comunicativa*”⁴ ou seja, o Tribunal protege o conteúdo que vem da “mente do arguido”.

Relacionado com este tema analisa-se *infra*, os casos que dizem respeito à recolha de ar ou sangue de um automobilista, é claro que nestes casos o que está em causa são também outros bens jurídicos que tem de ser protegidos, tratando-se sempre uma ponderação de circunstâncias, sendo certo que no caso de ser um automobilista já faz parte das regras que para conduzir não se pode estar sobre o efeito do álcool, é como que uma condição, pelo quem a sujeição ao teste do balão ou a recolha de sangue afim de averiguar se o individuo tem álcool no sangue, não pode ser considerado violação do direito à não auto incriminação, uma vez que, todos nós sabemos que se trata de uma condição, quando vamos conduzir já sabemos ao que nos estamos a sujeitar, logo o indivíduo tem do seu lado, à partida, o poder de escolha antes de entrar no carro e iniciar a sua marcha.

Na decisão que nos propomos analisar, tratando-se de um caso que está intimamente ligado ao presente tema, o juiz enalteceu o facto de que a senha numérica só

⁴ RAMOS, Humberto Alexandre Campos, in “A OBTENÇÃO DE PROVAS ATRAVES DE BUSCAR NO SMARTPHONE – DA RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO”, 2016, pg. 10.

existe porque foi fruto da cabeça do suspeito, nessa medida, se o arguido fosse compelido a entrega-la estaria a contribuir para a sua auto incriminação, ou seja, no seu depoimento, fornecendo a sua senha, estaria a fornecer informações contra si próprio, e assim, no caso em apreço, estaríamos perante uma violação da quinta emenda, e tanto no direito Português, como no Direito Brasileiro, uma violação do direito ao não auto incriminação.

Se, no caso em análise, o Tribunal entendeu que o arguido não poderia ser obrigado a fornecer a sua senha numérica por violar a quinta emenda, o mesmo já não sucedeu com a impressão digital, isto é, para além da senha numérica o smartphone estava também bloqueado pela impressão digital, ou seja, podia ser desbloqueado de uma das duas maneiras.

E no entendimento do Tribunal, poderia o arguido/suspeito, ser obrigado a fornecer a sua impressão digital, para desbloquear o smartphone, uma vez que essa situação não se trata de uma transmissão de conhecimento, mas sim de algo que existe para além da vontade do individuo. Assim, nesta situação, não existe violação da quinta emenda.

No fundo, trata-se de uma posição muito semelhante à do TEDH, como se poderá ver nos casos que iremos analisar *infra*, uma vez que é entendimento desse Tribunal que tudo o que exista para além da vontade do arguido/suspeito, ou seja, que o próprio não tenha contribuído para a sua existência, não pode ser considerado uma violação do princípio da não auto incriminação, dado que o arguido não tem que fornecer qualquer tipo de “conhecimento” para recolha desses dados, como é o caso do ADN, sangue.

Assim, como podemos ver, o caso aqui analisado vai de encontro às decisões do TEDH, seguindo um entendimento mais abrangente, sendo que, tem de ser sempre analisado o caso concreto, não podemos ser evasivos somente porque sim, os bens jurídicos em causa têm de ser superiores.

Outro caso, também relevante nesta matéria, que se passou nos Estado Unidos, é o *Riley vs. Califórnia*⁵, em 25 de junho de 2014, trata-se de um caso, em que um individuo

⁵ RAMOS, HUMBERTO ALEXANDRE CAMPOS, in “A OBTENÇÃO DE PROVAS ATRAVES DE BUSCAR NO SMARTPHONE – DA RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO”, 2016, pg. 12 e 13.

Riley foi detido numa operação de trânsito, e após a detenção, os seus objetos de valor ficaram com os policias, estando o telemóvel sempre a receber chamadas, insistentemente, a policia resolveu averiguar, analisando o telemóvel, descobrindo assim, que este fazia parte de um gangue.

A decisão dos Tribunais Americanos, em casos semelhantes a este, tem por base, por um lado, avaliação do grau de invasão da privacidade do indivíduo e, por outro lado, o grau de necessidade para a proteção dos interesses governamentais legítimos.

Assim, a decisão da Corte Suprema Americana, reverteu uma decisão unanime da primeira instância, uma vez que decidiu que a policia não poderia obter/procurar informações no smartphones apreendido sem que para tal exista um mandato judicial, ao abrigo da garantia da quinta emenda.

Entende assim, a Corte Suprema⁶, que estes dispositivos são uma extensão da pessoa, ou seja, hoje em dia, em pleno seculo XXI, estas tecnologias fazem parte do dia a dia do individuo, não tendo como única e exclusiva utilidade a comunicação, mas o armazenamento de muita informação pessoal, intima, da qual o individuo presume que nenhum terceiro terá acesso, e assim, entendem que não pode ser invadido a intimidade do individuo sem que haja razões suficientemente fortes para o fazer.

Sabendo que, esta tecnologia é sensível e fácil de aceder remotamente, o que em muitos casos pode levar à perda total de todos os elementos contidos no smartphone numa questão de segundos, pode ser motivo justificativo aceder ao mesmo, utilizando o efeito surpresa, para não correr o risco de perder toda a informação.

Contudo, é preciso ter em atenção, que não se trata de uma invasão sem limites, tendo que haver, como já dito variadas vezes, uma ponderação dos direito e bens jurídicos em causa. Não se justificando uma invasão desta grandeza em casos de pequena criminalidade, ou, que possam servir como exemplo para outros indivíduos.

Outro caso, ligado a este princípio que aqui desenvolvemos, e que foi considerado um marco na história judicial, foi o caso de *Miranda vs. Arizona*, em que a Corte Suprema

⁶ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_8l9c.pdf

dos Estados Unidos decidiu que para as declarações prestadas pelos arguidos/suspeitos serem válidas, estes têm de ser advertidos dos seus direitos e das consequências que podem advir das suas declarações, sendo obrigatório que o réu entenda esses direitos e que expressamente renuncie aos mesmos. Esta decisão levou a que a policia começasse a praticar todos os procedimentos relativos a uma detenção e aos interrogatórios.

2. A OBTENÇÃO DE PROVAS QUE EXIGEM A INTERVENÇÃO CORPORAL

Como irá ser demonstrado a grande “polémica” esplanada na maioria dos acórdãos que nos propormos analisar *infra*, dizem respeito à obtenção de provas sendo necessária a intervenção no corpo do acusado.

E nesta situação podemos distinguir as provas invasivas e as não invasivas.

As primeiras consistem na necessidade de obtenção de provas que tem de ser retiradas de forma invasiva do corpo do arguido, ou seja, colheita de sangue para exame de ADN, teste de alcoolemia. Estas provas, como teremos oportunidade de observar na jurisprudência que iremos analisar, podem ser obtidas sem que seja necessário o acusado dar a sua autorização.

No caso que estamos a estudar, existe a permissão de utilização como prova da recolha compulsiva da impressão digital para o desbloqueio do smartphone.

Já os meios de prova não invasivos, dizem respeito à obtenção de provas sem intervenção invasiva do corpo do acusado, ou seja, podem ser recolhidos no local do crime, por exemplo, impressões digitais, cabelos para exame de ADN, mas também podem ser retirados do corpo do acusado, mas não podem ser considerados invasivos, uma vez que, falamos de cabelos, e impressões digitais.

3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO CASO CONCRETO

Após a análise do caso concreto, e ter deixado clara a minha posição quanto à proporcionalidade, chegou o momento de a densificar e explanar de forma clara, o modo como é entendimento na nossa doutrina e na jurisprudência.

Como tivemos oportunidade de analisar e como adiante também será desenvolvido com maior ênfase no âmbito da análise da jurisprudência do TEDH, o princípio da proporcionalidade está ligado aos valores em causa, sendo necessária uma comparação entre os direitos fundamentais do sujeito, nomeadamente, os direitos que podem ser restringidos pelas diligências necessárias à descoberta da verdade material.

Os direitos do sujeito que podem ser postos em causa, serão, principalmente:

- O direito à integridade física, que é passível de ser colocado em risco quando seja compelido à recolha coativa de provas no seu corpo;
- O direito à sua privacidade, reserva da intimidade da vida privada, no caso, por exemplo, do desbloqueio do smartphone, ou na entrega de documentos, entre outros.

No desenvolvimento da presente dissertação irá ser analisada diversa jurisprudência, nomeadamente, os casos mais mediáticos sobre os quais o TEDH se pronunciou, assim, e em suma do que irá ser referido, a posição da jurisprudência segue o entendimento da admissão da prova de colheita de material biológico por intrusão corporal fundada.

A jurisprudência Portuguesa, quanto à realização de exames para determinação de ADN do arguido, tem vindo a admitir a sua realização coerciva, nos termos do artigo 172.º do CPP⁷.

⁷ “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.*

2 - *É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 3 do artigo 154.º e 6 e 7 do artigo 156.º*

3 - *Os exames susceptíveis de ofender o pudor das pessoas devem respeitar a dignidade e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter. Ao exame só assistem quem a ele proceder e a autoridade*

Relativamente ao teste do balão, também já mencionado ao longo do desenvolvimento do tema, pronunciou-se o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 319/95, de 20 de junho de 1995⁸, no sentido de admitir a obrigação do sujeito de se submeter ao teste do bafómetro (teste do balão”) para verificar o nível de álcool quando este esteja a praticar a condução.

Esta posição do Tribunal justifica-se em ponderação do valor do bem jurídico em causa, atendendo ao exercício de prevenção da “*violação de bens jurídicos valiosos (entre outros a vida e a integridade física) que uma condução sob a influência do álcool pode causar e que o teste de alcoolemia visa acautelar*”⁹.

Assim, considera o Tribunal Constitucional que a invasão na esfera do indivíduo pela sujeição ao teste do balão, tendo em conta os outros bens jurídicos em causa, nomeadamente, a Vida de terceiros, a segurança pública e também, por outro prisma, a elevada sinistralidade no trânsito rodoviário, no qual o consumo do álcool é o maior causador dos números elevados de acidentes, é de peso irrelevante.

Apesar de tudo, a nossa legislação já se encontra pensada de forma a minimizar a restrições aos direitos fundamentais dos sujeitos, ou seja, de forma a minimizar a intromissão no corpo do sujeito.

Nomeadamente, nos exames, a própria legislação, no regime da perícia, ao dispor a intervenção de profissionais do ramo, está, de certo modo, a acautelar a possibilidade de as perícias poderem ser realizadas por pessoas que não tem qualificação para tal.

Se analisarmos os métodos de recolha de fluidos corporais, percebemos, que hoje em dia, os métodos são cada vez menos intrusivos, como exemplo, temos o teste do balão, que apenas se trata da recolha de ar expirado, basta um sopro do sujeito, sendo que apenas se recorre à análise de sangue quando o exame não é possível de ser realizado por motivos

judiciária competente, podendo o examinando fazer-se acompanhar de pessoa da sua confiança, se não houver perigo na demora, e devendo ser informado de que possui essa faculdade.”

⁸ <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950319.html>

⁹ CAMPOS, Sofia Belo de, in “Âmbito do se ipsum accusare direito processual penal português com destaque para a sua aplicabilidade aos casos de recolha de provas por intrusão corporal”, 2014

de saúde do sujeito, como podemos verificar no artigo 153.º n.º 1, 5.º e n.º 8 do Código da Estrada¹⁰¹¹ (DL n.º 114/94, de 03 de Maio).

Como é evidente, a colheita de sague deve ser, sempre que possível, um segundo plano, dado trata-se de um método mais invasivo e possível de violar a integridade física do sujeito.

O Acórdão do TC n.º 155/2007 de 2 de março de 2007¹², considerou indispensável para a determinação do perfil genético dos arguidos, que tinham sido acusados de dois crimes de homicídio, a recolha de saliva para que pudesse ser efetuada a comparação com os vestígios biológicos recolhidos no local do crime.

Considerou o Tribunal Constitucional que *“a introdução no interior da boca do arguido, contra a sua vontade expressa, de um instrumento (zaragatoa bucal) destinado a recolher uma substância corporal (no caso, saliva), ainda que não lesiva ou atentatória da sua saúde, não deixa de constituir uma «intromissão para além das fronteiras delimitadas pela pele ou pelos músculos» (...), uma entrada no interior do corpo do arguido e, portanto, não pode deixar de ser compreendida como uma invasão da sua integridade física, abrangida pelo âmbito constitucionalmente protegido do artigo 25º da Constituição.”*

Assim, este Tribunal reconheceu que a extração coerciva de saliva para efeitos probatórios, utilizando os arguidos como meios de prova, colide com vários direitos

¹⁰ Artigo 153.º - Fiscalização da condução sob influência de álcool

1 - O exame de pesquisa de álcool no ar expirado é realizado por autoridade ou agente de autoridade mediante a utilização de aparelho aprovado para o efeito. (...)

5 - Se o examinando preferir a realização de uma análise de sangue, deve ser conduzido, o mais rapidamente possível, a estabelecimento oficial de saúde, a fim de ser colhida a quantidade de sangue necessária para o efeito. (...)

8 - Se não for possível a realização de prova por pesquisa de álcool no ar expirado, o examinando deve ser submetido a colheita de sangue para análise ou, se esta não for possível por razões médicas, deve ser realizado exame médico, em estabelecimento oficial de saúde, para diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool.

¹¹ Anteriormente esta matéria era regulada pelos arts. 153.º, n.º1, 4.º Decreto Regulamentar n.º 24/98 de 30 de Outubro, Secção II da Portaria n.º 1006/98 de 30 de Novembro – mas este Decreto foi REVOGADO.

¹² <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>

constitucionais, designadamente, o direito à integridade física, à reserva da intimidade da vida privada, entre outros.

Porém, entendeu o Tribunal Constitucional que os interesses públicos em causa, que estavam a ser protegidos através daquela prática, nomeadamente as necessidades de investigação penal e a busca da verdade material, era justificação suficiente para os meios empregues.

E não podemos deixar de concordar com esta posição, não nos podemos esquecer nunca que todos temos os nossos direitos, e temos uma linha muito ténue que separa os direitos de cada um, e a violação de direitos de outrem.

Nessa medida, não existe outra solução sem ser a de ponderar todos os bens jurídicos que estejam em causa, verificar se existe ou não outra forma de obter aquelas provas sem violar de forma brusca os direitos do sujeito, ou utilizar o seu corpo como meio de prova.

Em suma, podemos concluir que no fundo, o pilar deste princípio do *nemo tenetur* é o princípio da proporcionalidade.

4. O DIREITO AO SILÊNCIO E DA NÃO AUTO INCRIMINAÇÃO EM RISCO

Como iremos demonstrar ao longo do desenvolvimento da presente dissertação, o direito ao silêncio é visto como um corolário do direito à não auto incriminação, sendo expressamente consagrado na Constituição Brasileira e sendo considerado pela maioria da nossa doutrina e jurisprudência um direito constitucional implícito.

E, este direito com o avançar das tecnologias e a estagnação da legislação está a ser posto em risco.

Lembramos novamente, a decisão, já antiga de 1966, no caso SCHEMERBER VS Califórnia, onde a Corte Suprema limitou a área de intervenção do direito à não auto incriminação, isto é, apenas se aplicaria este direito nas declarações orais, ou escritas do réu, o que quer dizer que todas as outras provas, mesmo que retiradas do seu corpo, não

podem ser consideradas como auto incriminatórias, uma vez que existem para além da sua vontade, não são provas que advenham do seu pensamento.

No direito Brasileiro¹³, o entendimento seguido não tem sido este, levando os direitos do arguido a um nível mais elevado, existindo uma sólida jurisprudência, que segue o entendimento de que o direito à não auto incriminação e o direito ao silêncio, encontrando-se expressamente consagrado na constituição, são direito legítimos do acusado, e não podem estes servir de meios de prova, tendo “*ab initio*” direito à presunção da inocência até que o contrário seja provado.

No direito português, o Tribunal Constitucional, com base na posição do TEDH no Acórdão Saunders vs. United Kingdom, segue o entendimento de que o direito à não auto incriminação apenas se aplica às declarações do arguido, ou seja, não pode o arguido recusar-se a submeter a perícias. Fazendo referência ao Acórdão n.º 340/2013¹⁴, do TC, de 17 de junho, Processo n.º 817/12, que entende o direito à não auto incriminação da seguinte forma, passo a citar: “*tem sido reconhecido que o direito à não auto-incriminação não tem um carácter absoluto, podendo ser legalmente restringido em determinadas circunstâncias (vs.g. a obrigatoriedade de realização de determinados exames ou diligências que exijam a colaboração do arguido, mesmo contra a sua vontade)*”.

Como tem vindo a ser demonstrado, tem que haver sempre uma ponderação dos bens jurídicos em causa, como podemos examinar na decisão do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça ¹⁵de 25 de Maio de 2014, em que diz o seguinte e passo a citar: “*O ...nosso ordenamento jurídico prevê várias situações em que o direito à integridade física e à auto-determinação corporal cedem face a interesses comunitários e sociais preponderantes, quer na área da saúde pública, da defesa nacional, quer na área da justiça, quer de outras. Assim sucede quando se impõem certas condutas corporais como a vacinação obrigatória, os rádiorrastreios, o tratamento obrigatório de certas doenças infecciosas, a proibição de dopagem dos praticantes desportivos, o serviço militar*

¹³ Op. cit. nota de rodapé n.º 5

¹⁴ <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130340.html>

¹⁵ <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/51e3488081f4667680257dff004fade5?OpenDocument&Highlight=0,171%2F12>

obrigatório ou a prestação de serviço cívico, a realização de perícia psiquiátrica e de perícia sobre a personalidade“. Enquanto meios de coacção sobre uma pessoa que se vê obrigada a suportar um exame, deve o normativismo que lhe respeita ser aplicado com rigor, restritivamente, como sucede com a prisão preventiva, mas sem perder de vista, contrabalançando-o, que a administração da justiça é uma “exigência de ordem pública e do bem estar geral, bem como um dos pilares do Estado de direito“, nas palavras da Sr.^a. Desembargadora relatora do Ac da Rel.Porto, de 3.5.2006, P.º n.º 0546541, havendo que concluir na colisão de direitos estabelecida, que a recolha de sangue, de urina, etc., compulsivamente, é conforme à lei, legitimando o sacrifício desse interesse menor a administração judiciária”

Nas palavras de Jorge Miranda e Rui Medeiros ¹⁶“*não obstante a integridade física e moral ser inviolável não significa qualquer prevalência absoluta deste direito em relação a outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, mas apenas uma interdição absoluta das formas mais intensas da sua violação”*.

Assim, e sendo esse o meu entendimento que tenho vindo a explanar nesta dissertação, não podemos encarar os direitos individuais de cada um como sendo absolutos, pois em contraposição dos nossos direitos, estão sempre os direitos do próximo.

O mencionado acórdão cita o Prof. Figueiredo Dias, ¹⁷demonstrado exatamente o que acabo de referir, que passo também a citar “*É perigoso afirmar os direitos individuais como absolutos, declinando todo o equilíbrio com os direitos inalienáveis da comunidade. E se é certo que existe todo um limite inultrapassável baseado no respeito pela dignidade humana, na ponderação das garantias de defesa asseguradas no art.º32.º n.º 1, da CRP, há que entrar, em conjugação, transacção ou concordância com os direitos de protecção e de realização da vida comunitária, suposto naturalmente que, como se exprime a nossa Constituição no art.º 18.º, permaneça intocado o conteúdo do direito fundamental e a sua limitação ocorra segundo os princípios estritos da necessidade e da proporcionalidade“.*

¹⁶ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, in Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra edição, pág. 553.

¹⁷ Ob. Cit. Nota de rodapé n.º 15

Ora, aplicando o tem vindo a ser desenvolvido ao nosso caso, a situação tem de ser analisada.

Portanto, temos um smartphone que se desbloqueia através de impressão digital e através de senha numérica. Como sabemos, hoje em dia, com todos os recursos tecnológicos que possuímos não é difícil descriptar um smartphone e ter acesso a este, sem que seja necessário usar um meio coercivo para obrigar o acusado a colocar o seu dedo para desbloquear o telemóvel biometricamente. E falo já do desbloqueio através da impressão digital, dado que é também o meu entendimento, que o acusado não pode ser obrigado a fornecer a senha que ele próprio criou, que apenas existe porque este a criou, ao contrário da impressão digital.

Bem sabemos que, hoje em dia, o smartphone é como se fosse o nosso diário íntimo, hoje em dia, a maioria das pessoas já não utiliza um diário, mas sim um smartphone, ou seja, ao acedermos ao mesmo estamos a violar o direito à privacidade de cada indivíduo.

Contudo, estes direitos, como todos os outros, não podem ser considerados absolutos, e temos sempre que colocar os bens jurídicos em causa numa balança, ou seja, avaliar, se no caso concreto, face ao tipo de crime, ao tipo de bens jurídicos que estão em causa, se vale a pena, obrigar a desbloquear o smartphone.

E vejamos, que não são os bens jurídicos à data do crime que temos de ter em conta, são os bens jurídicos no momento em que se pode dar essas recolhas de informação, essa coação sobre o acusado, principalmente, e na minha opinião, temos de analisar o tipo de crime que está em causa, todos os riscos que daí advém.

O certo é, que apesar de existirem outras formas de aceder à informação do smartphone, sem ser a de coagir o acusado a desbloquear o mesmo, muitas vezes há riscos que se correm por se proceder dessa forma, nomeadamente, o facto de se poder perder a informação, se o acusado não estiver detido mas o smartphone apreendido pode conseguir aceder ao mesmo e apagar as informações, e tudo isto são riscos, que em certos casos não se podem correr, dado que, muitas vezes a solução de um crime grave pode estar naquele smartphone.

Dessa forma, e como é o entendimento da maioria da jurisprudência e da doutrina, cada caso tem de ser analisado imparcialmente, colocando em ponderação todos os bens

jurídicos em causa, o tipo de crime em causa, os danos provocados, e o tipo de invasão ao corpo do arguido. É certo que obrigar o arguido a colocar o seu dedo num telemóvel não parece um tipo de invasão tão grande, como tirar sangue, sendo que tirar sangue para recolha do ADN, como decidiu o TEDH, não viola o direito da não auto incriminação, pelo que, seguindo esse entendimento, obrigar o arguido a colocar o seu dedo no smartphone, de forma a desbloqueá-lo, também não pode ser considerado uma violação do direito à não auto incriminação.

Assim, a maioria das opiniões neste tema, interpreta esta questão de forma a que o direito à não auto incriminação apenas abrange as declarações do arguido que requeiram o uso do “conteúdo da sua mente”, assim, o desbloqueio do smartphone através da coação do arguido a fornecer a senha numérica viola o direito à não auto incriminação, ou seja, apenas o acusado tem conhecimento dessa senha, logo não pode ser obrigado a dizê-la.

Dessa forma, no caso que estamos a analisar é protegido, o “conhecimento pessoal da informação que possa prejudicar o acusado”¹⁸, e se assim não acontecesse estaríamos a por em causa o *nemo tenetur*.

É explícito que a nossa legislação não consegue assegurar estes direitos na sua plenitude e há medida que a tecnologia avança, se a nossa legislação também não avançar estamos, mesmo, a colocar em risco estes direitos, uma vez que, não os conseguimos proteger, baseando as nossas ideias e convicções em decisões antigas que foram proferidas antes deste avanço tecnológico, nomeadamente, o desbloqueio de equipamentos com a impressão digital.

Por exemplo, nos países em que há o risco de terrorismo, maior é a desvalorização do direito ao silêncio. Ao ponto de, em alguns países, já ser utilizado o facto do acusado se remeter ao silêncio como um ponto de partida de que é culpado, ou seja, o silêncio está a ser valorizado, algo que não é permitido acontecer.

¹⁸ Ob. Cit. Nota de rodapé n.º 5

II. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS

Ao longo dos anos o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem vindo a pronunciar-se sobre inúmeros casos em torno do tema do princípio *nemo tenetur*.

Nas suas decisões está sempre presente a ideia de que o arguido tem o direito a um processo equitativo, ou seja, conforme consagrado no artigo 6.º n.º 1 da CEDH, que dispõe o seguinte: “*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, que sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela*”¹⁹.”, no entendimento do TEDH, apesar de não estar expressamente consagrado neste artigo, o direito ao silêncio e à não auto incriminação, está implicitamente ligado com o direito a um processo equitativo.

Este entendimento tem o seu epicentro a ideia de “*proteção do acusado contra o exercício impróprio de poderes coercivos pelas autoridades, enquanto condição essencial ao acautelamento do perigo de adulteração da justiça, e neste sentido, à própria realização plena do espírito do artigo 6.º da Convenção*”²⁰”

O TEDH tem seguindo o entendimento de que este princípio, tal como dito anteriormente, está relacionado, em primeira linha, com o direito do arguido em manter-se em silêncio, ou seja, deve ser provada a sua culpa utilizando recursos que não sejam “oferecidos” pelo arguido, isto é, não podem ser utilizadas provas que tenham sido obtidas coercivamente, desrespeitando a vontade do arguido.

¹⁹ http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

²⁰ COSTA, Joana in “O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem” – Revista do Ministério Público 128: Outubro: Dezembro 2011

Todos estes direitos/princípios estão intimamente ligados com a presunção de inocência, tal como consagrado no artigo 6.º n.º 2 da CEDH²¹, assim como na nossa constituição no artigo 32.º n.º 2²².

Contudo, é sempre necessário analisar cada caso, cada pormenor, de forma a não por em causa a segurança pública, ou seja, devem ser analisadas todas as circunstâncias do caso concreto, devendo, sempre, ter em consideração o processo no seu todo.

A jurisprudência do TEDH distingue três categorias de casos, que são²³:

- I. Utilização de poderes coercivos com o objetivo de o acusado prestar declarações, estando, no caso, a violação do direito ao silêncio do acusado;
- II. Utilização de poder coercivos para obter informações através da entrega de documentos pelo acusado;
- III. Utilização de poderes coercivos para obtenção de material corpóreo do acusado para análise.

No âmbito da presente dissertação importa analisar casos em que esteja em causa, a utilização de poderes coercivos para entrega de documentos pelo acusado, a violação do Direito ao silêncio do arguido e a obtenção de material corpóreo para análise, uma vez que, no meu entendimento, a argumentação do TEDH pode ser adaptada e aplicada ao tema em causa.

1. O PRINCÍPIO DA NÃO AUTO INCRIMINAÇÃO RELACIONADO COM O DIREITO À NÃO ENTREGA DE DOCUMENTOS

Neste prisma os casos a ser analisados pelo TEDH dizem respeito às situações em que o acusado não entrega às autoridades os documentos que estes pretendem apesar da

²¹ “2. *Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.*” - http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

²² “2. *Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.*”
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&so_miolo=&tabela=leis&nversao=

²³ COSTA, Joana in “O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem” – Revista do Ministério Público 128: Outubro: Dezembro 2011

cominação. Aqui a questão prende-se com o facto de o acusado estar a exercer os seus direitos e mesmo assim, ser penalizado pela sua recusa na apresentação dos documentos.

Nesse sentido irei analisar duas decisões do TEDH, nomeadamente no caso FUNKE VS. FRANÇA e no caso J.B. VS. SUIÇA.

1.1. CASO FUNKE VS. FRANÇA

Nesta situação há uma decisão do tribunal francês que condenou Funke, cidadão alemão, em multa e sanção pecuniária compulsória pela não apresentação de documentos solicitados pela autoridade.

Após uma informação fornecida pela administração fiscal francesa, agentes aduaneiros acompanhados pela Polícia judiciária, deslocaram-se à residência de Funke com o objetivo de obter informação sobre os seus ativos no estrangeiro, contudo Funke afirmou que não tinha quaisquer extratos relativos às contas que detinha no estrangeiro.

Porém, na busca realizada à sua residência foram encontrados extratos bancários e livros de cheques respeitantes a bancos estrangeiros, que acabaram por ser apreendidos, mas esses documentos não eram bastantes, e por isso, foram considerados insuficientes para a instauração de processo criminal, pelo que as autoridades solicitaram a Funke que lhes entregasse os extratos bancários relativos aos últimos três anos.

Quer isto dizer, que as autoridades, queriam que Funke entregasse documentos para que, eventualmente, pudessem instaurar um processo criminal contra ele?

A documentação foi solicitada com base no disposto no Código Aduaneiro Francês, no artigo 65.º n.º 1, al. i) ²⁴ “*agentes aduaneiros com certa categorias profissional (...) podem requerer a apresentação de papéis e documentos de qualquer tipo relacionados com operações que interessem ao respectivo departamento, em geral, desde que se trate de pessoa singular ou colectiva, directa ou indirectamente, relacionada com operações, licitas ou ilícitas, inseridas no âmbito da competência dos serviços aduaneiros*”. E segundo o mesmo código, nos termos do artigo 413.º, o não

²⁴ COSTA, Joana in “O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem” – Revista do Ministério Público 128: Outubro: Dezembro 2011, nota de Rodapé n.º 33

fornecimento dessa informação pode ser sancionado com prisão de 10 dias a 1 mês e uma multa que podia ir de 600 a 3.000,00 francos.

Estamos claramente perante uma norma que viola o princípio da não auto incriminação, pois estas normas obrigam que lhes seja entregue toda a documentação que sejam da competência dos serviços aduaneiros e se optarem por não o fazerem tem uma penalização, é como se a norma de penalização fosse uma coação para obrigar os interpelados a entregar toda a documentação solicitada.

O tribunal de primeira instancia condenou o queixoso e o de segunda instancia confirmou a sentença do tribunal *ad quo*.

Dadas as circunstâncias o queixoso recorreu para o TEDH que criticou a atuação das autoridades aduaneiras, conferindo ao queixoso o estatuto de acusado, uma vez que, quando lhe foi ordenado que fossem entregues os documentos havia uma suspeita contra o queixoso, nomeadamente que este tinha cometido uma infração.

Entende, o TEDH que as autoridades procuravam certos documentos que pensavam existir, mas não tinham qualquer certeza e usaram as normas a seu favor, de forma a coagir o queixoso a entregar a documentação dado que não tinham outra hipótese de obter essa documentação de outra forma.

Em suma, não tendo as autoridades aduaneiras quaisquer provas contra o queixoso, coagiram-no de forma a que este as entregasse de forma a que pudessem abrir um processo criminal contra este, ora, como dito anteriormente, e reafirmado pelo TEDH o procedimento adotado é evidentemente violador do artigo 6.º da Convenção.

Segundo o TEDH a questão está na ultrapassagem dos limites daquilo que é consentido pelos princípios da não auto incriminação, processo equitativo e presunção de inocência, uma vez que, temos uma coação com a possibilidade de aplicar penalizações pecuniárias que revistam natureza criminal.

A fundamentação do TEDH gira em torno de, por um lado, a existência incerta da documentação e, por outro lado, a impossibilidade de obter a prova por outros meios, ou seja, com este caso podemos concluir que é entendimento do TEDH que havendo impossibilidade de obtenção de meios de prova não pode ser um individuo acusado se apenas é possível forma essa acusação com provas fornecidas pelo próprio, tem de haver

sempre a possibilidade poder formar convicção sem que o individuo se tenha de auto incriminar.

1.2 CASO JB VS. SUÍÇA

Mais uma vez, e na senda do caso anterior, também está em causa a intimação dos contribuintes a prestar declarações com o intuito de garantir a correta tributação fiscal com cominação de pagamento de multa pela não prestação das informações ou entrega de documentos.

Neste sentido, entende o TEDH tal como no caso anteriormente referido, que há violação do artigo 6.º da Convenção se forem usados poderes coercivos para obter informações/documentos que possa incriminar o contribuinte e assim dar origem a um processo criminal.

Nos casos referidos são abordadas questões delicadas²⁵, uma vez que, por um lado, temos os meios de prova que, maioritariamente, só podem ser obtidos através da colaboração do contribuinte, e por outro lado temos a possível auto incriminação do contribuinte, o que no caso não pode existir, não pode ser opção, tendo uma balança temos que ver o que pesa mais, e se por um lado o contribuinte tem o dever de colaborar, por outro, tem o direito de não se auto incriminar, que parece pesar bem mais do que o seu dever.

Não tendo as autoridades tributárias forma de adquirir as provas de outra forma, não podem coagir o contribuinte a entrega-las para no futuro poder ser algo de um processo criminal, tem de haver outros mecanismos sem violar o direito ao silêncio, o direito à não auto incriminação, nem todos os meios justificam os fins, não podemos utilizar a regra do vale tudo para penalizar os contribuintes.

²⁵ MENDES, Paulo Sousa, in *“O DEVER DE COLABORAÇÃO E AS GARANTIAS DE DEFESA NO PROCESSO SANCIONATÓRIO ESPECIAL POR PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA”* - JULGAR - N.º 9 - 2009

2. VALORAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO DO ARGUIDO NO PROCESSO CRIME ²⁶

1.1 CASO JOHN MURRAY VS. REINO UNIDO

No âmbito deste tema importa referir o caso John Murray vs. Reino Unido, em que TEDH se pronunciou sobre a legitimidade da condenação penal baseada na valoração do silêncio do acusado.

O Sr. Murray foi detido pela polícia quando descia as escadas de um prédio onde foram descobertos um sequestrado e os respetivos sequestradores, militantes do Irish Republican Army (IRA), mas o Sr. Murray recusou-se sempre a prestar declarações, tanto durante o inquérito policial, como durante a audiência de julgamento, o que significa que utilizou, em sua defesa, o direito ao silêncio.

Contudo, e apesar de desde o início o Sr. Murray se ter mantido em silêncio, não impediu o Juiz de o condenar, com base na recusa deste de explicar a sua presença no local onde fora detido.

Neste caso, o TEDH considerou, que nem o julgamento tinha sido injusto, nem o princípio da presunção de inocência tinha sido violado (não havendo, por conseguinte, violação do artigo 6.º, n.ºs 1 e 2, da CEDH), dado que o acusado não tinha como explicar a sua presença naquele prédio.

No âmbito deste caso o TEDH deixou claro que a questão de saber se o direito ao silêncio é, ou não, absoluto deve ser respondida de forma negativa, entendendo que a decisão do acusado em não prestar declarações não influencie, de alguma maneira, a convicção do juiz quando avalia as outras provas que lhe se são apresentadas.

É claro, não só na nossa legislação como noutras, que o arguido tem o direito ao silêncio, que, como já foi referido anteriormente é um corolário do direito à não auto incriminação, e nessa medida, se existe esse direito, não deveria o mesmo poder ser valorado de qualquer maneira, mesmo que não o seja diretamente, acaba sempre por o ser em conjunto com outras provas e nessa situação, se o julgador tem perante si provas indiciárias da prática daquele crime, e perante essa situação, mesmo assim, o acusado não

²⁶ Idem nota de rodapé n.º 25

quiser prestar declarações é inevitável que o seu silêncio acabe por ser valorada de alguma forma, apesar de não o poder ser.

Contudo, o silêncio do acusado não pode ser valorado com prova para o condenar, contudo, o que se passou neste caso, foi um conjunto de provas que levaram a que ele fosse condenado e não o seu silêncio.

1.2 CASO HEANEY E MCGUINNESS VS. IRLANDA²⁷

No dia 23 de outubro de 1990 aproximadamente às 4h da manhã ocorreu uma explosão num posto de controle da British Western / Royal Ulster Constabulary em County Derry., cinco soldados britânicos e um civil morreram e vários outros militares do exército britânico ficaram gravemente feridos.

Mais ou menos, uma hora e meia depois, a policia irlandesa observou uma luz numa casa a quatro milhas do local da explosão. Obtiveram o mandato de busca, por volta das 6 horas da manhã no dia 24 de outubro de 1990 e às 7horas da manhã realizam a busca à casa e encontra uma variedade de luvas de borracha e de malha, bonés e outras roupas. Os sete homens que se encontravam nessa casa, incluindo o proprietário foram detidos nos termos da seção 30 das Lei das infrações contra a o Estado de 1939.

Os suspeitos foram advertidos de que o que dissessem podia ser usado contra si e que tem o direito de permanecer em silencio.

O Sr. Heaney foi questionado sobre a explosão e sobre a sua presença na casa onde foi detido. O suspeito recusou-se a responder às questões que lhe foram feitas. Dada a situação, os policia leram a seção 52 da Lei de 1939 e de acordo com essa seção foi-lhe solicitado que desse a informação completa dos seus movimentos e ações entre as 6 da manhã de 23 de outubro e 6h55 horas de 24 de outubro de 1990. Mais uma vez o suspeito recusou-se a responder a qualquer questão, reduzindo ao silêncio.

²⁷ Conselho Europeu, Tribunal Europeu dos Direito do Homem: Quarta Secção CASO DE HEANEY E MCGUINNESS vs. IRLANDA (Número de pedido 34720/97), Julgamento Strasbourg, 21 de dezembro de 2000

O mesmo se passou com o Sr. McGuinness, foram-lhe colocadas as mesmas questões que ao senhor Heany e este recusou-se sempre a falar, sendo também advertido pela policia, tendo-lhe sido lida a seção 52 da Lei de 1939, solicitando que desse toda a informação dos seus movimentos, mas continuou em silêncio, sem querer responder às questões que lhe eram colocadas.

No dia 25 de outubro de 1990 os suspeitos foram levados ao Tribunal Penal em Dublin onde foram acusados de ser membros de uma organização ilegal e por não cumprirem o disposto na seção 52 da Lei de 1939, em que seriam obrigados a dar conta de todos os seus movimentos.

Não contentes com esta decisão recorreram e em 26 de junho de 1991, os acusados foram absolvidos da acusação de pertencerem a uma organização ilegal, mas cada um foi condenado por não ter fornecido a informação dos seus movimentos durante aquele período determinado, contrariando a seção 52 da Lei de 1939. O tribunal rejeitou os argumentos de que a seção 52 deve ser lida de forma a ser incluída no direito de ao silêncio. Nessa medida, ambos foram sentenciados a seis meses de prisão. Sendo a sentença divulgada em 10 de novembro de 1991.

Nesta situação estamos claramente perante informações contraditórias, isto é, primeiro leem-se os direitos do suspeito, nomeadamente o direito de permanecer em silêncio e de seguida, uma vez que o suspeito exercer o seu direito, é lhe lida a lei de 1939, na sua seção 52, que obriga suspeito a dar conta de todos os seus movimentos em determinado período, ora, estamos perante uma coação clara, se não falar irá ser penalizado, independentemente de ter exercido o seu direito de se remeter ao silêncio.

Os acusados ainda recorreram para o Supremo alegando a inconstitucionalidade da seção 52 da lei de 1939 que foi indeferido, considerando que tal legislação não prejudica o direito ao silêncio do suspeito.

Nessa medida, os acusados recorram para o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, com fundamento na violação do artigo 6.º n.º 1²⁸ da convenção, uma vez que

²⁸ “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, que sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”

foram condenados por uma infração numa pena de prisão por terem confiado que o seu Direito ao Silêncio também abrangeria a seção 52 da Lei de 1939.

O TEDH entende, neste contexto, que o presente processo não diz respeito a um pedido, através do uso de poderes obrigatórios, de material que tenha uma existência independente da vontade dos requerentes, como documentos ou amostras de sangue.

Como tenho vindo a demonstrar ao longo desta exposição de acórdãos do TEDH, o tribunal aceita que o direito ao silêncio e o direito à não auto incriminação garantido pelo Artigo 6.º n.º 1 *não são direitos absolutos*.

Mas, neste caso, o TEDH entendeu que houve violação do direito dos requerentes ao silêncio e do seu direito à não auto incriminação pelo artigo 6.º n.º 1 da Convenção. Além disso, tendo em conta o vínculo estreito, neste contexto, entre os direitos garantidos pelo artigo 6.º, n.º 1, da Convenção e a presunção de inocência garantida pelo artigo 6.º, n.º 2, o Tribunal conclui igualmente que houve violação da última disposição.

Além deste direito violado, os requerentes também reclamaram que o artigo 52 da Lei de 1939 constituía uma violação dos seus direitos garantidos pelo artigo 8.º e 10.º da Convenção.²⁹

²⁹ “ARTIGO 8.º (Direito ao respeito pela vida privada e familiar)

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
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 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.

ARTIGO 10.º (Liberdade de expressão)

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.
2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a

O Governo alegou que não houve violação de nenhum dos dois artigos, salientando que qualquer interferência nos direitos dos requerentes nos termos desses artigos estava em conformidade com a lei e era proporcional face aos fins legítimos prosseguidos, tendo em conta a margem de apreciação concedida ao Estado em tais casos. Os pedidos da seção 52 apresentados pelos requerentes poderiam ter servido na investigação de crimes dos quais os requerentes foram suspeitos ou de crimes cometidos por outros.

O Tribunal considera que a questão essencial levantada pelas recorrentes era a compulsão imposta pela secção 52 da Lei de 1939, de responder às questões dos agentes polícias que investigam a prática de uma infração penal grave, questão essa que já tinha sido considerada pelo Tribunal nos termos do artigo 6.º da Convenção. Nessa medida, não considera o Tribunal que as queixas dos recorrentes nos termos dos artigos 8.º e 10.º da Convenção dão lugar a qualquer questão separada da anterior.

Face ao exposto, foi a Irlanda condenada pela violação do artigo 6.º da Convenção, pela violação do direito ao silêncio e do direito à não auto incriminação.

2. OBTENÇÃO DE MATERIAL CORPÓREO PARA ANÁLISE

2.1 CASO SAUNDERS VS. REINO UNIDO

Quanto a este tema, o TEDH acabou por desenvolver certos critérios a fim de fixar em que termos e de que forma seria permitida a obtenção de material corpóreo para análise sem a permissão do suspeito.

Estes acórdãos foram um grande passo no processo penal e é neles que também me baseio para o desenvolvimento da minha dissertação, como se tem vindo a perceber, apesar do Acórdão do Saunders não dizer diretamente respeito à obtenção de material

defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.”

corpóreo é neste primeiro acórdão que o TEDH se manifesta sobre essa questão, e é nessa medida que cumpre analisa-lo.

O Acórdão do TEDH referente ao *caso Saunders Vs Reino Unido*³⁰ de 17/12/1996 diz respeito, a um administrador executivo, o Sr. Ernest Saunders, que foi condenado em cinco anos de prisão pela prática dos crimes de associação criminosa, falsificação do balanço e crimes patrimoniais, no âmbito de uma oferta pública de aquisição lançada pela sociedade da qual era administrador executivo, Guinness PLC, sobre a Distillers Company PLC, como resposta à sociedade Argyll Group PLC.

O Sr. Saunders recorreu para o TEDH com fundamento de terem sido utilizadas como provas no processo crime subsequente as declarações que este tinha prestado sob coerção, no âmbito do procedimento administrativo de investigação, violando o seu direito à não auto incriminação, que está, como dito anteriormente, implicitamente, consagrado no artigo 6.º n.º 1 e 2 da CEDH.

Em resposta às alegações do Sr. Saunders o Governo Britânico alegou que apenas os depoimentos autoincriminatórios (em sede de interrogatório) seriam abrangidos pela prerrogativa da não autoincriminação e não as respostas fornecidas com o intuito de se “desculpar”, ou justificar, e nessa medida, podia o acusado ser confrontado com a transcrição das suas declarações. Para além desta justificação, o Governo Britânico ainda alegou este direito a não auto incriminar-se não é absoluto, e também não significa que em momento algum não possam ser utilizadas provas, nomeadamente, documentos ou outros meios de prova obtidos através do exercício de poderes coercivos, utilizando como exemplo os mandados de busca ou a sujeição a exames de saliva, sangue e urina.

A seu favor, o Governo Britânico, ainda utilizou como justificação à sua forma de atuação, o interesse público, nomeadamente, na conduta exemplar que as sociedades comerciais devem ter, mencionando que os suspeitos, deveriam ser obrigados a responder às questões colocadas pelos inspetores e essas respostas deveriam poder ser utilizadas pelas autoridades no processo crime subsequente, uma vez que, a seu ver, os suspeitos

³⁰ MENDES, Paulo Sousa, in “O DEVER DE COLABORAÇÃO E AS GARANTIAS DE DEFESA NO PROCESSO SANCIONATÓRIO ESPECIAL POR PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA” - JULGAR - N.º 9 - 2009

são, na maioria, homens de negócios que contam com apoio jurídico de advogados especializados, e dificilmente irão dar algum tipo de respostas ingénuas.

Por outro lado, a Comissão Europeia de Direitos Humanos, de ora em diante designado como Comissão, entende e defende que o direito à não auto incriminação deve compreender todo o tipo de acusados, não excluindo nenhum, mesmo que se trate de crimes complexos, nomeadamente delitos societários, não podemos esquecermos do princípio da igualdade, não pode haver distinção de direitos dependente do tipo de crime praticado.

No caso em apreço, entendeu a Comissão que o princípio do julgamento equitativo fora violado, dado que, foram os elementos que o arguido fora obrigado a fornecer antes da instauração do processo crime que foi utilizado contra si no processo crime subsequente.

O TEDH definiu com objeto da queixa a questão da legitimidade de utilização em processo-crime das declarações anteriormente prestadas pelo Sr. Saunders.

No âmbito deste processo o TEDH lembrou que, embora o artigo 6.º da CEDH não mencione expressamente o direito ao silêncio e o direito de não contribuir para a sua própria incriminação, estes pertencem ao núcleo da noção de processo equitativo estipulado no mencionado normativo. Esta interpretação, tem como fundamento a necessidade de o acusado ser protegido perante uma possível coerção abusiva por parte das autoridades.

Ou seja, este direito a não contribuir para a sua própria incriminação, significa que, em qualquer processo crime, a acusação tem de ser baseada e construída sem recurso a provas obtidas mediante coação, nessa medida, como podemos observar, este direito está intimamente ligado ao princípio da presunção da inocência.

O TEDH, no seu acórdão, ainda mencionou que *“o direito à não auto-incriminação concerne, em primeiro lugar, ao respeito pela vontade de um acusado em manter o silêncio. Tal como é interpretado na generalidade dos sistemas jurídicos das Partes contratantes da Convenção, o mesmo não abrange a utilização, em quaisquer procedimentos penais, de dados que possam ser obtidos do acusado recorrendo a poderes coercivos, contanto que tais dados existam independentemente da vontade do suspeito, tais como, inter alia, os documentos adquiridos com base em mandado, as*

recolhas de saliva, sangue e urina, bem como de tecidos corporais com vista a uma análise de ADN”.

É também nesta referência que foi baseada a minha posição, no tema discutido nesta dissertação, pois, na minha opinião, este critério utilizado pelo TEDH é completamente aplicável ao tema, não podendo fugir ao facto de as impressões digitais existirem independentemente da nossa vontade, contudo são precisos critérios e nunca nos podemos esquecer de conjugar com o princípio da proporcionalidade.

Voltando ao nosso caso, o TEDH entendeu que o direito à não auto incriminação não pode ficar limitado às declarações de admissão da prática de ilícitos, devendo abranger quaisquer depoimentos obtidos mediante coerção, incluídos todas as declarações que possam ser usadas em sede de processo crime.

Assim, decidiu o TEDH que houve violação do princípio do processo equitativo, conforme previsto no artigo 6.º n.º 1 da CEDH.

3.2. CASO JALLOH VS. ALEMANHA

Quanto ao Acórdão proferido pelo TEDH no caso Jalloh VS. Alemanha³¹, de 11 de julho de 2016, este teve por objeto a utilização de um invólucro contendo produto estupefacientes que o acusado foi forçado a expelir através da ingerência, forçada, de substâncias que provocam o vômito e através da utilização de uma sonda naso-gástrica, e foram essas provas que serviram para acusar o Sr. Jalloh e iniciar um processo crime.

A questão que se coloca neste caso, é se é permitida esta violência e se em termos de proporcionalidade, face ao crime em questão e à posição do Sr. Jalloh, poderiam ser utilizados estes métodos?

O caso ocorreu nas seguintes circunstâncias: o Sr. Jalloh, apercebendo-se da presença de dois agentes da policia, engoliu uma cápsula de 0,2182 gramas de cocaína.

Assim, foi detido por suspeita de tráfico e de seguida, por ordem do Ministério Público, for levado para o hospital para que lhe fosse administrado medicamentos

³¹ COSTA, Joana *in* “O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem” – Revista do Ministério Público 128: Outubro: Dezembro 2011.

necessários para que o suspeito vomitasse a capsula que tinha engolido. O que o Sr. Jalloh recusou e aí foi imobilizado pelos agentes policiais para que este ingerisse os medicamentos à força e ainda lhe foi introduzido um tubo pelo nariz até ao estomago, que como é de conhecimento geral é bem doloroso.

Ainda que invocada a obtenção de prova de forma ilegal pelo o uso de força, o suspeito acabou por ser condenado pela prática do crime de tráfico de estupefacientes com a pena de um ano de prisão, suspensa na respetiva execução pelo período de 6 meses, recusando o Tribunal o argumento da desproporcionalidade entre o crime cometido e a forma como foram obtidas as provas.

Face a esta situação o acusado recorreu ao TEDH considerando que tinha sido violado o artigo 3.º da Convenção³², e nessa medida o TEDH procurou caracterizar, em conjugação com o artigo 6.º da Convenção³³, a relação que deve interceder entre o recurso a um meio de obtenção de prova incompatível com as garantias da convenção.

³² “ARTIGO 3º Proibição da tortura: *Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.*”

³³ “ARTIGO 6º (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. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa 10 11 sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. 2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. 3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.*”

O TEDH entende que, nos casos em que a violação do artigo 6.º da Convenção advém da utilização e valoração de uma prova obtida coercivamente em procedimento e utilizada em julgamento, é passível de ser distinguido, as hipóteses em que a prova é obtida por meio incompatível com o artigo 8.º da Convenção³⁴, daquelas em que o meio de prova infringe a proibição constante do artigo 3.º da Convenção³⁵.

Segundo o entendimento do TEDH, se a prova for obtida por meio incompatível, que seja suscetível de violar o artigo 8.º da Convenção, a violação do artigo 6.º pelo seu uso em julgamento depende das circunstâncias do caso concreto, ou seja, existe uma ponderação de bens jurídicos em causa e da prova obtida, isto é, depende, também, em particular do carácter decisivo da prova obtida por esse meio na condenação do acusado.

Por outro lado, se a prova tiver sido obtida em violação do disposto no artigo 3.º da Convenção, não pode ser deixado de considerar um julgamento injusto, uma vez que, estamos a falar de atos intencionais de maus tratos, mesmo que não sejam qualificados como tortura.

No caso concreto, o TEDH considerou, quanto ao princípio da não auto incriminação, que, apesar da prova em causa (cápsula de cocaína ingerida pelo acusado obtida coercivamente pelos agentes da polícia, obrigando a expelir a mesma.) parece à primeira vista incluir-se na categoria do material probatório que existe independente da vontade do suspeito e ao qual não se estende o privilégio do artigo 6.º da Convenção, no entanto, existe diferenças relativamente aos casos que estão incluídos naquele critério (existência de prova independente da vontade do suspeito), uma vez que, o mencionado procedimento, foi utilizado para obter provas finais, definitivas, enquanto que no caso de recolha de amostras de sangue, urina ou tecidos corporais para os testes de ADN, apenas se trata da obtenção coerciva de material corpóreo para um exame forense, ou seja, a prova apenas é recolhida para conseguir obter um resultado a um teste, e não como prova final de um crime cometido.

³⁴ *Vide* nota de rodapé 29

³⁵ *Vide* nota de rodapé 32

E ainda, no presente caso, foi claramente, excedido o nível de coerção para a obtenção da prova, para não falar que nos casos de recolha de ADN, sangue, urina, falamos de um material que é reproduzido pelo normal funcionamento do organismo.

No caso, a prova foi obtida, claramente, pela violação do artigo 3.º da Convenção o que não acontece, nem pode acontecer, nos casos da recolha de ADN, sangue.

Assim, e face aos factos, o TEDH conclui pela aplicabilidade da não auto incriminação à obtenção do elemento de prova através da regurgitação forçada, considerando que tal meio de obtenção da prova foi violador dos direitos do suspeito, na medida em que os meios empregues para obtenção da prova foram claramente, violadores do artigo 3.º Convenção; o meio empregue era completamente desproporcional face à pequena gravidade do crime em questão e principalmente porque se tratava de uma prova decisiva para a condenação do acusado.

Nesta medida, o TEDH no que toca à intervenção coerciva, definiu os limites seguintes:

- a) Quando for necessária a obtenção de prova através de materiais corpóreos deverá estar em causa crimes graves e sérios;
- b) É necessário que as autoridades demonstrem que foram tidos em conta todos os meios alternativos de recolha de prova – princípio da subsidiariedade.
- c) Não pode, de forma alguma, ser excedida os limites do artigo 3.º da Convenção, ou seja, não por implicar risco relevante de danos corporais ou psicológicos de forma duradoura na saúde do visado, nem provocar-lhe sofrimento físico sério;

3. CONCLUSÃO DA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TEDH

Após a análise da jurisprudência do TEDH é possível concluir que o direito da não auto incriminação só por si, não proíbe o uso de poderes coercivos para obtenção de provas, isto porque, este direito apenas concede ao suspeito, o respeito pela sua vontade em permanecer em silêncio, abrangendo também a proibição de utilização como meio de prova documentos obtidos recorrendo à coerção.

O mesmo já não acontece com a obtenção de provas que existam independente da vontade do suspeito, apesar de existirem limites, é permitida a obtenção de urina, sangue,

recolha de tecidos corporais para testes de ADN. Contudo, temos de estar perante um crime grave e sério e não existir outro meio de prova alternativo, tais critérios foram definidos e desenvolvidos nos Acórdãos Saunders Vs. Reino Unido e Jalloh Vs. Alemanha.

No que toca ao direito ao silêncio, a violação pode ter origem, na decisão que sanciona o visado por não ter prestado declarações ou pelas declarações prestadas sob coerção.

É notório o caminho da jurisprudência, e, como podemos observar, todas as suas decisões apelam ao direito de um processo equitativo, nos termos do artigo 6.º da Convenção, numa luta constante contra o uso do poder coercivo pelas autoridades.

Face à exposição e análise dos acórdãos do TEDH com maior relevância para o tema, é perceptível a sua ligação e aplicação no tema aqui desenvolvido. Foi, maioritariamente, com base nesta jurisprudência que formei a minha opinião e desenvolvi o presente tema, pois, todas estas decisões tiveram uma importância relevante para este desenvolvimento.

Assim, e como também já mencionei, esta jurisprudência poderá ser aplicada ao tema, mas nunca esquecendo que é urgente o desenvolvimento da legislação neste domínio, pois quando desenvolvida esta jurisprudência ainda não estávamos numa era tão avançada como a que estamos. Aliás, como sabemos, a tecnologia tende a desenvolver-se bastante, mas rápido do que a nossa legislação ou jurisprudência, o que os leva ao presente problema, e outros.

Mais uma vez, e em forma de conclusão todos os casos têm que ser analisados de forma imparcial e única, sendo o princípio da proporcionalidade o pilar dessa análise, não nos podemos esquecer dos direitos que têm os arguidos/suspeitos, nem dos bens jurídicos que estão em causa.

Aliás, como podemos observar na jurisprudência *supra* mencionada, o critério da proporcionalidade é o mais aplicado, de onde foi extraída a presente conclusão, de considerar tal princípio como “parede mestra” de cada caso concreto. Pois, não nos podemos esquecer, do principal princípio no processo penal, que se conjuga com todos os outros princípios, o princípio da presunção da inocência a que todos temos direito *ab initio*.

III. O SISTEMA DO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS

Analisado o tema e a jurisprudência do TEDH, cumpre fazer uma ponte de ligação com o nosso sistema, e o princípio do *nemo tenetur ipsum accusare*.

No artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa, doravante CRP, consagra uma série de preceitos que são identificados como garantias em processo crime que visam acionar a possibilidade de defesa de cada pessoa.

Toda esta possibilidade de defesa, consagrada no artigo 32.º da CRP, estando perante um processo de acusação, indicia um tipo de estrutura de processo crime. Aliás, no n.º 5 do artigo 32.º³⁶ da CRP dispõem que o processo criminal tem estrutura acusatória.

E o que é que implica este princípio acusatório?

Para perceber este princípio, é necessário voltar um pouco atrás na história do processo penal, contrapondo este princípio com a estrutura inquisitória. Estamos a falar de dois modelos, que não existem em geral na sua forma pura, embora existam versões mitigadas destas duas estruturas.

O modelo inquisitório consiste num processo mais autoritário, isto é, ao longo dos anos este sistema existiu em variados momentos, nomeadamente, ligado aos Estados absolutistas da Europa, antes da Revolução Francesa, e também estava ligado ao Tribunal do Santo Ofício, ou da Inquisição. É um processo que se destina, essencialmente, a inquirir da responsabilidade de um indivíduo pela violação de qualquer ordem jurídica, que poderia ser estadual, como moral ou religiosa. No modelo mais característico do processo inquisitorial, levado a cabo pela inquisição, a responsabilidade de um cidadão era levada de uma forma secreta, muitas vezes as pessoas não tinham conhecimento que havia alguma queixa contra elas.

Nesta estrutura, todas as formas de investigação eram lícitas e legítimas, isto quer dizer que, toda esta estrutura, no seu modelo originário, implica um carácter secreto do processo e a impossibilidade de defesa por parte do arguido, e também que seja a mesma identidade a investigar, acusar, julgar, condenar e a presidir à execução da pena, logo

³⁶ “5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.”

põem em causa o princípio da imparcialidade, uma pessoa que acompanha o processo todo, vai criando a sua convicção, logo já não vai “virgem” para analisar o processo e decidir qual a pena a aplicar.

Já a estrutura acusatória é a ideia de um processo de partes, isto é, uma parte defende a acusação e outra a absolvição e essencialmente o juiz que preside o processo é uma entidade *suprapartes* que conhece das razões de quem defende e de quem acusa e decide em função da sua convicção. Daqui que retiramos que quem acusa é uma entidade diferente de quem decide, nesta medida, a imparcialidade está assegurada, uma vez que o juiz não tem qualquer intervenção, a nível de investigação e acusação, durante o processo.

A estrutura acusatória do processo está ligada ao princípio da acusação, segundo o qual, não só a entidade que julga tem de ser uma entidade diferente daquela que investiga e acusa, como também a entidade que julga só pode conhecer dos factos que lhe são trazidos pela entidade que deduz acusação. Isto é, no momento em que o Ministério Público, traz os factos acusando alguém de ter cometido determinado crime, daí em diante, o juiz vai decidir a questão podendo também investigar sobre outros factos, que, entretanto, tenha descoberto, ou cuja existência suspeite, desde que sejam além do núcleo dos factos que o Ministério Público apresentou na acusação.

O nosso processo penal atual, conforme consagrado na constituição, baseia-se num processo acusatório, mas não quer dizer que não tenha afloramentos da tradição inquisitória, contrariando assim, a ideia de um sistema acusatório puro, desde logo, a fase que se inicia o Processo Penal, é a chamada fase de inquérito, tratando-se de uma fase, de uma certa maneira, inquisitória, ou seja, uma fase em que são investigados os indícios da prática de um crime referente a uma certa pessoa.

Esta fase é hoje presidida pelo Ministério Público, tal como descrito no artigo 263.º do CPP, ou seja, o Ministério Público é o “*dominus do inquérito*”, conforme dispõe o artigo 219.º n.º 1 da CRP. Como sabemos, nesta fase, há certos atos que podem ser praticados pelos Órgãos de Polícia Criminal, doravante designados como OPC, atos esses que são delegados pelo Ministério Público.

Por outro lado, na fase de julgamento o processo também não é puramente acusatório, ou seja, o juiz não se limita a observar a discussão entre a acusação e a defesa,

também tem, o juiz, o poder/dever de investigar o assunto sem se desviar do núcleo essencial constituído dos factos que foram trazidos pela acusação.

A estrutura acusatória aproxima o processo penal do processo civil, tende a ver o processo penal como um processo de partes, entre duas partes que tem pretensões opostas, como é próprio do processo civil. Mas em todo o caso, e tal como dito anteriormente, ainda que a estrutura fundamental seja esta, não é claramente um processo acusatório puro, como é o processo anglo-americano.

Como já expliquei, o nosso processo tem fases que são estruturalmente inquisitórias, como é o caso do inquérito, em que, em principio, não há um direito ao contraditório, nomeadamente nas proas reunidas, pelo contrário, normalmente no inquérito é a situação inversa que se verifica.

O arguido apenas tem a possibilidade de se defender ou no julgamento ou na fase de instrução, em todo o caso, na instrução o juiz tem poderes de investigação autónomos, ou seja, pode ordenar diligências, no sentido de averiguar os novos factos que lhe são trazidos.

Contudo, há dois aspetos essenciais em que o nosso processo é, sem dúvida, acusatório, que são os seguintes:

1. A distinção entre a entidade que acusa e a entidade que julga, esta é a primeira consequência fundamental duma estrutura acusatória, é o Ministério Público que acusa e o juiz que julga, e se houve instrução são dois juízes distintos, o juiz de instrução e o juiz que preside o julgamento. Trata-se de uma garantia fundamento de defesa do arguido e é entendido como base duma estrutura acusatória;
2. Outro ponto, que está ligado com o primeiro, é que tudo aquilo que o juiz vai decidir está estabelecido no momento da acusação, isto é, o Ministério Público acusa e fixa o objeto do processo. Para uma pessoa se poder defender tem que saber exatamente sobre aquilo que é acusada, não pode o arguido ser pronunciado por factos que não constem da acusação.

Assim, e face ao já exposto, parece que o nosso sistema se baseia num sistema misto, isto é, o processo foi dividido em três fases distintas, o inquérito, a instrução e o julgamento, na primeira cabe ao Ministério Público investigar, e decidir pela acusação ou não, sem que o acusado se possa defender/contraditar nesta fase, de seguida a fase de

instrução, que se destina a investigar o crime, averiguando o alegado pelo Ministério Público e pelo acusado, fase esta que é presidida por um juiz de instrução e por fim a fase de julgamento que se destina a apurar as responsabilidades do réu.

1. O PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE*

Em que medida é este princípio o escudo da maioria dos suspeitos/arguidos/acusados?

Em que consiste este princípio?

Estas são as questões a que pretendemos responder, de forma a que seja entendido tudo o que foi anteriormente dito, nomeadamente, na análise do caso concreto.

O princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, ou princípio da não auto incriminação, marca o ponto de viragem do modelo do Processo Penal inquisitório para o modelo do Processo Penal acusatório.

Este princípio está consagrado no nosso ordenamento jurídico, desde 1987, na vertente do direito ao silêncio, o código de Processo Penal consagra no seu artigo 61.º n.º 1 al. d), os direitos do arguido, onde consta este direito. Estamos perante um direito que também se estende ao próprio suspeito, dado que a pessoa sobre a qual recai a suspeita pode requerer a sua constituição como arguido, nos termos do artigo 59.º n.º 2 do C.P.P.

Além do direito ao silêncio se encontrar expressamente consagrado, ganha uma realidade prática, uma vez que é acompanhado da proibição da valoração negativa do silêncio, isto é, da consagração da proibição de utilização de provas que tenham sido obtidas com recurso à violação do deste direito, o facto de não poderem ser utilizadas as declarações anteriormente prestadas pelo arguido, quando este se remete ao silêncio em audiência, assim como a obrigação das decisões judiciais terem de ser fundamentadas.

Contudo este princípio não é entendido por todo de uma forma uniforme, isto é, como é de esperar existem divergências na doutrina, de um lado temos os autores que aplicam este princípio de uma forma mais ampla e do outro lado, os autores que interpretam de uma forma mais restrita, ora vejamos.

2. A INTERPRETAÇÃO AMPLA DO *NEMO TENETUR*

No entendimento dos autores que seguem este entendimento, o *NEMO TENETUR*, abrange as declarações orais e as equiparadas a esta, assim, está incluído nesta tese ampla todos os contributos que o acusado possa fornecer, de forma a que seja produzida prova que o possa incriminar.

Ora, consideram os autores que adotam esta tese que todos as provas recolhidas que podem levar à incriminação de um individuo, são indiretamente incriminatórias,³⁷ nessa medida, é também seu entendimento que as provas que forem recolhidas por intromissão no corpo do acusado são também suscetíveis de auto incriminar, e assim, tem de ser consideradas como estando num plano equiparado com as declarações orais do acusado, estando compreendidas pelo âmbito de aplicação do *nemo tenetur*.

Entende o professor Dr. Augusto Silva Dias e a Dra. Vânia Costa Ramos ³⁸que as declarações do acusado não são necessariamente mais comprometedoras do que o sangue ou a saliva que lhe são extraídos para efetuar exames, dado que, hoje em dia esse tipo de exames são quase 100% fiáveis, logo é razão suficiente para haver a extensão deste princípio a estes casos. Entendem ainda estes autores que o que deve ser analisado caso a caso, são os bens jurídicos em causa, ou seja, é sempre necessário aplicar o princípio da proporcionalidade.

Ora, para a Dra. Lara Sofia Pinto³⁹, um meio de prova que seja incriminatório não pode ser valorado e como consequência não pode este meio de prova ser utilizado sem ser conhecido o seu conteúdo, o que significa, que se houver esta revelação de conteúdo

³⁷ MENEZES, Sofia Saraiva de, *op. cit.* pág. 134, DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* pág. 24-25 – *op. cit.* pág. 46 LIMA, Sofia Belo Campos de, in “Âmbito do *se ipsum accusare* direito processual penal português com destaque para a sua aplicabilidade aos casos de recolha de provas por intrusão corporal”.

³⁸ SILVA DIAS, Augusto, e RAMOS, Vânia Costa in “FUNDAMENTO GERAL DO DIREITO À NÃO AUTO-INCULPAÇÃO (*NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE*) NO DIREITO PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS”

³⁹ PINTO, Lara Sofia, in “Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido – Case study: revelação coactiva da password para descriptação de dados – resistance is futile” in “Prova Criminal e Direito de Defesa”, Almedina, 2013

irá ser permitido o acesso a determinados dados que, noutras ocasiões, seriam inacessíveis, logo não poderiam ser utilizados como meios de prova, pelo que, para esta autora, esta intromissão/divulgação do conteúdo da prova que seira inacessível, utilizando os recursos normal, é considerada uma declaração auto incriminatória.

3. A INTERPRETAÇÃO RESTRITA DO *NEMO TENETUR*

No lado oposto, com outra visão, temos a doutrina que interpreta o *nemo tenetur*, de uma forma restrita, suportando a sua interpretação no facto de a legislação não consagrara de forma expressa este direito à não auto incriminação, não concordando com a interpretação ampla do direito ao silêncio, no sentido de abranger as colheitas se sangue, tecidos biológicos.

Ora, o entendimento seguido por esta doutrina, apenas considera que estão abrangidos pelo direito ao silêncio as declarações que o arguido seja coagido a prestar mediante métodos ilícitos, o que, no entendimento deste segmento de doutrina, não se aplica à sujeição aos exames, considerando assim que não é ilícito a recolha de sangue, ADN, ou outros fluidos corporais.

Para alguns autores, nomeadamente, para a Dra. Sofia Saraiva de Menezes⁴⁰, se o direito à não auto incriminação se aplicasse também à sujeição a exames, estaríamos a entrar por um caminho em que se iria “*frustrar todos os procedimento de investigação e produção de prova legítimos*”. Se tal acontecesse o sujeito tinha em seu poder um excesso de medidas de reacção contra a investigação criminal, o que apenas iria dificultar ou mesmo invalidar, a descoberta da verdade material.

Ainda como argumento de defesa desta interpretação, entende-se que a recolha de fluidos corporais não pode ser considerada como declaração, dado que, o sujeito não está a ser obrigado a reconhecer a pratica do crime. Assim, o resultado dos exames, tanto podem levar à condenação do arguido como à absolvição⁴¹.

⁴⁰ MENEZES, Sofia Saraiva, in “O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito” in «Prova Criminal e Direito de Defesa», Almedina, 2013

⁴¹ FIDALGO, Sónia, in “Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal” in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 16, n.º 1, 2006

4. A EXISTÊNCIA OU NÃO DE UM DEVER GERAL DE COLABORAÇÃO

Como vem sendo demonstrado ao longo do desenvolvimento deste trabalho a minha opinião, vai no sentido da Teoria Ampla do princípio do *nemo tenetur*, contudo, não podemos dizer que se seguimos exatamente nos mesmo termos.

Aceitamos, que a recolha de provas biológicas seja considerada como possíveis declarações auto incriminatórias, sendo claro, que os sujeitos se devem poder recusar a participar nessas diligências, afinal, todos temos o domínio do nosso corpo e dos nossos direitos, podendo sempre, recusar quando esteja em causa a quebra desses mesmo direitos.

Contudo, não pode esta tese ser aplicada sem que primeiro seja analisado o plano geral da situação, estará sempre em jogo o principio da proporcionalidade.

É legislado pela Lei 45/2004 de 19 de agosto, no seu artigo 6.º, a existência da obrigatoriedade de sujeição a exames, na qual *“ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer tipo de exame médico-legal quando este se mostrar necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela autoridade judiciária, competente nos termos da lei”*.⁴²

Perante esta legislação, questionamos se estamos perante um dever geral de colaboração?

A epigrafe da referida norma é *“Obrigatoriedade de sujeição a exames”*, ou seja, a lei utiliza o termo “sujeitar” o que, só por si, poderia sintomatizar uma distinção entre colaboração ativa e colaboração passiva, nesta situação apenas seria exigível uma colaboração passiva do arguido. Nesses termos, e interpretando a legislação, o sujeito estaria obrigado a sujeitar-se a exames, mas já não estaria obrigado a entregar documentos, por exemplo.

O que significa, que nesta visão, e aplicando esta legislação, apenas viola o principio do *nemo tenetur*, a entrega forçada de documentos. É claro, e já foi discutido este tema, que a sujeição a exames pode ser considerada auto incriminação, mas não nos

⁴² Lei 45/2004 de 19 de Agosto, artigo 6.º n.º 1 - Obrigatoriedade de sujeição a exames.

podemos esquecer, que são esses meios de prova, que muitas vezes nos levam à descoberta da verdade material. Todos nós temos plena consciência que o nosso ADN é suscetível de ficar em qualquer local por variadas formas, nomeadamente, impressões digitais, saliva, entre outros. Assim, e interpretando a legislação, pode afirmar-se que existe um dever colaboração passivo do sujeito, mais não seja, em cumprimento do despacho que o obriga a sujeitar-se ao exame.

A doutrina alemã, segue o entendimento, diverso do direito português, que o sujeito não pode ser compelido, pelas forças policiais, a fazer o teste de alcoolemia, designadamente, a fazer o teste do sopro do balão, uma vez que se trata de uma colaboração ativa do sujeito, e assim é passível de se auto incriminar, logo não pode ser obrigado a fazer o teste.

Claramente a doutrina Alemã, não tem a mesma orientação que a nossa doutrina e o nosso direito, uma vez que no direito português é entendido que a distinção entre a colaboração ativa ou passiva no sujeito não tem influencia para efeitos de aplicação do *nemo tenetur*.

A maioria da nossa doutrina, nomeadamente autores como Manuel da Costa Andrade⁴³, entre outros, seguem o entendimento de que se deve afastar a teoria adotada pela doutrina Alemã, uma vez que existe uma linha muito ténue na distinção entre conduta ativas e passivas, o que torna a distinção difícil.

5. ESTARÁ ESTE PRINCÍPIO CONSTITUCIONALMENTE CONSAGRADO?

A Constituição da República Portuguesa, ao contrário de outras Leis Fundamentais, tal como a Constituição Americana, na quinta emenda, a Constituição Brasileira e a Espanhola, como mencionado anteriormente, na nossa legislação a única consagração

⁴³ ANDRADE, Manuel da Costa, «Sobre as proibições de prova em processo penal», Coimbra Editora, Coimbra, Reimpressão de 2013

expressa, como corolário do direito ao silêncio, é no C.P.P. nos artigos 61.º n.º 1 al. d),⁴⁴ 132.º n.º 2⁴⁵, 141.º n.º 4 al. a)⁴⁶ e 343.º n.º 1⁴⁷ do CPP.

Apesar de este princípio/direito, não se encontrar expressamente consagrada na nossa constituição, tanto a doutrina como a jurisprudência entendem que existe uma natureza constitucional implícita do *nemo tenetur*.

Aliás, podemos observar no Acórdão 155/2007⁴⁸ do Tribunal Constitucional, onde estava em causa “*a recolha de saliva através de zaragatoa bucal, contra a vontade expressa do arguido, mas sem que tivesse existido utilização de força física*” – apesar de ter havido ameaça de recurso à mesma, esta colheita coativa de vestígios biológicos foi determinada para posterior comparação com os vestígios biológicos colhidos no local do crime.

A propósito deste caso, o Tribunal Constitucional debruçou-se sobre a consagração constitucional do princípio da não auto incriminação, como corolário do direito ao silêncio, nomeadamente no artigo 32.º n.º 4, dado que entende o Tribunal que está diretamente relacionado como princípio da inocência.

Este princípio, no que toca aos seus fundamentos constitucionais, podem distinguir-se dois, no entendimento de uma parte da doutrina um fundamento material ou substantivo e de outra parte um fundamento processual.

A doutrina portuguesa segue o entendimento do fundamento processual, contudo, existem entendimentos distintos, isto é, a maioria dos autores veem o direito ao silêncio

⁴⁴“Artigo 61.º n.º 1 O arguido goza, em especial, em qualquer fase do processo e salvas excepções da lei, dos direitos de: (...) d) Não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar;”

⁴⁵ Artigo 132.º n.º 2 “A testemunha não é obrigada a responder a perguntas quando alegar que das respostas resulta a sua responsabilização penal.”;

⁴⁶ Artigo 141.º n.º 4 - Seguidamente, o juiz informa o arguido: a) Dos direitos referidos no n.º 1 do artigo 61.º, explicando-lhos se isso for necessário;”

⁴⁷ Artigo 343.º n.º 1 – “O presidente informa o arguido de que tem direito a prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objecto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo.”

⁴⁸ <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>

como uma “*projeção da estrutura acusatória do processo e das garantias de defesa*”⁴⁹, outro autores, “*relacionam aquele direito com aspetos particulares destas garantias, tais como a presunção da inocência*”⁵⁰.

No acórdão do Tribunal Constitucional n.º 695/95, é um referência para os acórdãos mais recentes, referentes a esta matéria, este acórdão julgou inconstitucional o número 2 do artigo 342.º por entender que não pode ser imposto ao arguido a obrigatoriedade de responder às questões sobre os seus antecedentes criminais, uma vez que obrigado a responder a esta questão na audiência de julgamento iria violar o seu direito ao silêncio, assim, e perante o entendimento refletido neste acórdão parece que reconduz este direito ao silêncio ao estipulado no n.º 1 do artigo 32 da C.R.P., cujo objetivo principal é garantir a proteção da posição do arguido como sujeito do processo.

A posição adotada pelo Tribunal Constitucional, nesse Acórdão, tem vindo a ser reiterada pelo Tribunal constitucional, nomeadamente, nos Acórdãos n.ºs 155/2007, 181/20058 e 304/2004. Mas é importante referir que a jurisprudência mais recente tem vindo, nas suas decisões, a fazer referência a posições definidas pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, designadamente, no Acórdão Saunders c. Vs. Reino Unido, de que iremos falar mais adiante.

Apesar de a nossa Constituição não consagrar expressamente este principio, o nosso CPP consagra expressamente o direito ao silêncio no seu artigo 61.º n.º 1 al. d), ora, como já foi referido, o direito ao silencio é um corolário do *nemo tenetur*. Para além desta disposição, o nosso código ainda consagra outras que regulamentam o exercício do direito ao silêncio em determinados atos processuais, nomeadamente, os interrogatórios, audiência de julgamento, e são estabelecidas algumas obrigações de informação sobre este direito da posição do arguido como sujeito processual.⁵¹

⁴⁹ SILVA DIAS, Augusto, e RAMOS, Vânia Costa in “FUNDAMENTO GERAL DO DIREITO À NÃO AUTO-INCULPAÇÃO (NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE) NO DIREITO PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS”

⁵⁰ Vide nota de rodapé 49.

⁵¹ Artigo 58.º n.º2; 132.º n.º 2; 141.º n.º 4 al. a); 143.º n.º 2; 144.º n.º 1 e 343.º n.º 1 do CPP.

6. QUAIS AS GARANTIAS DE DEFESA DO ARGUIDO NO ÂMBITO DA NÃO AUTO INCRIMINAÇÃO?

Como vimos, o princípio do *nemo tenetur*, encontra-se consagrado implicitamente na Constituição Portuguesa, e manifesta-se nos seus corolários, com maior relevância no direito ao silêncio.

Podemos dizer que os “titulares” deste direito são o arguido e o suspeito, as testemunhas já não podem “usufruir” deste direito, uma vez que são obrigadas a responder a todas as perguntas que lhe forem feitas, a não ser que das suas respostas possa resultar a sua responsabilização penal, nos termos do artigo 132.º n.º 2 do CPP, mas neste caso, a testemunha remete-se ao silêncio e pode requerer a sua constituição como arguido e assim evita que seja chamado a depor como testemunha, pois se fosse chamado nessa qualidade estaria vinculado ao dever de verdade, isto é, estaria obrigado a responder a todas as questões, mesmo que isso o levasse a auto incriminar-se.

Em relação ao arguido, o direito ao silêncio tem uma exceção que tem a ver com a obrigatoriedade de identificação, nos termos do disposto no artigo 141.º n.º 3 do CPP⁵², anteriormente também tinha de responder quanto aos seus antecedentes criminais, mas com a alteração do código já não existe essa obrigatoriedade, pois estaríamos a violar outros princípios constitucionais também importantes, e ao responder à questão dos antecedentes criminais iria levar a que fosse criada à partida uma imagem negativa sobre aquele sujeito, o que violaria o direito a um processo equitativo.

Segunda a maioria da doutrina o *nemo tenetur* enquadra-se quase de modo absoluto no direito ao silêncio, entendendo que quase se confundem um com o outro. A doutrina tem vindo, ao longo do tempo, encontrando outras manifestações do *nemo tenetur* na legislação, nomeadamente, o direito a não entregar documentos (correspondência pessoal, diários íntimos).

⁵² “Artigo 141.º n.º 3 - O arguido é perguntado pelo seu nome, filiação, freguesia e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, residência, local de trabalho, sendo-lhe exigida, se necessário, a exibição de documento oficial bastante de identificação. Deve ser advertido de que a falta de resposta a estas perguntas ou a falsidade das respostas o pode fazer incorrer em responsabilidade penal.”

Já não é tao pacifico na doutrina a questão dos exames e diligências de provas realizadas contra a vontade do arguido, como é o caso, o “sopro do balão”, sague, urina, tecido ou saliva, para efeitos de análises de ADN. Tal como desenvolvido anteriormente, aquando da analise da jurisprudência do TEDH.

Para Costa Andrade encontramos aqui numa zona muito cinzenta, isto é, entre o “*estatuto arguido como sujeito processual e o seu estatuto como objeto de meio de prova.*”

E entrando nessa zona cinzenta, temos de averiguar caso a caso, e essencialmente analisar proporcionalmente, ou seja, no caso concreto ponderar quais os benefícios em contrapartida da “evasão” ao corpo do arguido.

7. QUAL O ÂMBITO DE VALIDADE DO *NEMO TENETUR*?

Quanto ao âmbito de validade do princípio do *NEMO TENETUR* é possível diferenciar entre três âmbitos:

1. O âmbito normativo;
2. O âmbito temporal e,
3. O âmbito material.

No que toca ao primeiro âmbito (normativo) este é aplicável a todo o direito sancionatório, principalmente, ao Direito Penal e ao Direito de Mera Ordenação social, é também aceitável a sua aplicação às infrações disciplinares, contudo, o seu maior destaque e relevo é no direito penal e contraordenacional.⁵³

Segue o mesmo entendimento do TEDH, que entende que este princípio apenas é aplicável quando existe uma acusação de “natureza penal”, ou seja, é necessário que haja uma consequência sancionatória, punitiva. Daqui retiramos que este princípio apenas vigora dentro do quadro sancionatório, de outra forma também não faria sentido, dado que, se não houvesse a possibilidade de haver uma pena, uma sanção, não se iria colocar a

⁵³ SILVA DIAS, Augusto, e RAMOS, Vânia Costa *in* “FUNDAMENTO GERAL DO DIREITO À NÃO AUTO-INCULPAÇÃO (NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE) NO DIREITO PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS”

questão de se auto incriminar, da própria expressão “auto incriminação” já se retira uma consequência punitiva, sancionatória.

Em relação ao âmbito temporal, como mencionado anteriormente, este vigora antes da constituição de arguido, pode mesmo vir a ser um fator de constituição de arguido, isto é, um individuo que é chamado a depor como testemunha, se entender que os factos sobre os quais tem que falar o incriminam, pode recusar-se responder e requerer a sua constituição como arguido aproveitando este princípio da não auto incriminação, nos termos do disposto no artigo 59.º n.º 2 do CPP.

Por fim, cumpre analisar o âmbito material, onde existem algumas divergências quanto à concretização deste princípio, isto é, em algumas situações é preciso analisar o caso concreto e ponderar os interesses e valores em causa, é sempre necessário fazer uma ponderação dos princípios/direitos em causa.

Havendo colisão de princípios/direitos a ponderação tanto pode ser feita pelo juiz, em aplicação ao caso concreto, como pelo legislador. Temos como exemplo da atuação do legislado no artigo 152.º e 153.º do Código da Estrada⁵⁴, onde o condutor é obrigado

⁵⁴ “Artigo 152.º

(Princípios gerais)

1 - Devem submeter-se às provas estabelecidas para a deteção dos estados de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas:

a) Os condutores;

b) Os peões, sempre que sejam intervenientes em acidentes de trânsito;

c) As pessoas que se propuserem iniciar a condução.

2 - Quem praticar atos suscetíveis de falsear os resultados dos exames a que seja sujeito não pode prevalecer-se daqueles para efeitos de prova.

3 - As pessoas referidas nas alíneas a) e b) do n.º 1 que recusem submeter-se às provas estabelecidas para a deteção do estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas são punidas por crime de desobediência.

4 - As pessoas referidas na alínea c) do n.º 1 que recusem submeter-se às provas estabelecidas para a deteção do estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas são impedidas de iniciar a condução.

5 - O médico ou paramédico que, sem justa causa, se recusar a proceder às diligências previstas na lei para diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas é punido por crime de desobediência.”

“Artigo 153.º

a sujeitar-se à colheita de ar expirado (sopro do balão) ou de sangue. Em relação ao teste do álcool ser obrigatório está aqui em causa o elevado número de sinistralidade por álcool no sangue, logo existe uma ponderação de valores que está aqui em causa, de um lado a evasão à privacidade, à integridade física de uma pessoa e por outro lado o bem jurídico Vida, que é bem mais relevante do que todos os outros que possam ser afetados por esta pequena ingerência. E mais, a condução é uma atividade que é permitida sob condição, isto é, só quem está habilitado é que pode conduzir, dessa forma, quem conduz tem que se sujeitar às regras já existentes, e como é claro, a finalidade deste teste é preventiva,

(Fiscalização da condução sob influência de álcool)

1 - O exame de pesquisa de álcool no ar expirado é realizado por autoridade ou agente de autoridade mediante a utilização de aparelho aprovado para o efeito.

2 - Se o resultado do exame previsto no número anterior for positivo, a autoridade ou o agente de autoridade deve notificar o examinando, por escrito ou, se tal não for possível, verbalmente:

a) Do resultado do exame;

b) Das sanções legais decorrentes do resultado do exame;

c) De que pode, de imediato, requerer a realização de contraprova e que o resultado desta prevalece sobre o do exame inicial; e

d) De que deve suportar todas as despesas originadas pela contraprova, no caso de resultado positivo.

3 - A contraprova referida no número anterior deve ser realizada por um dos seguintes meios, de acordo com a vontade do examinando:

a) Novo exame, a efetuar através de aparelho aprovado;

b) Análise de sangue.

4 - No caso de opção pelo novo exame previsto na alínea a) do número anterior, o examinando deve ser, de imediato, a ele sujeito e, se necessário, conduzido a local onde o referido exame possa ser efetuado.

5 - Se o examinando preferir a realização de uma análise de sangue, deve ser conduzido, o mais rapidamente possível, a estabelecimento oficial de saúde, a fim de ser colhida a quantidade de sangue necessária para o efeito.

6 - O resultado da contraprova prevalece sobre o resultado do exame inicial.

7 - Quando se suspeite da utilização de meios suscetíveis de alterar momentaneamente o resultado do exame, pode a autoridade ou o agente de autoridade mandar submeter o suspeito a exame médico.

8 - Se não for possível a realização de prova por pesquisa de álcool no ar expirado, o examinando deve ser submetido a colheita de sangue para análise ou, se esta não for possível por razões médicas, deve ser realizado exame médico, em estabelecimento oficial de saúde, para diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool.”

apenas com o sentido de entender se o condutor está em condições de prosseguir a sua marcha em segurança.

Ao longo do desenvolvimento desta dissertação e com a análise da jurisprudência é perceptível que tem sido defendido pelo TEDH que a colheita de ar expirado, fluidos orgânicos, colheita de sangue, não estão abrangidos pelo princípio do *nem tenetur*, apoiando esta posição em critérios desenvolvidos pela doutrina, mas sobretudo pela jurisprudência.

Um dos critérios defendidos, mencionado *supra* e melhor desenvolver anteriormente, no âmbito da análise da Jurisprudência do TEDH, é o da dependência ou independência da vontade do arguido, isto é, a prova existe independente da vontade do arguido, ou seja, não foi desenvolvida por este.

O Professor Dr. Augusto Silva Dias e a Dra. Vânia Costa Ramos não seguem este entendimento, compreendendo que as declarações orais não são o único meio pelo qual o arguido se pode auto incriminar, entendem ainda que: “ (...) a imposição forçada de fornecer prova e de assim contribuir para a auto-incriminação, pela compressão que provoca ao nível dos direitos à integridade pessoal, à privacidade e a fornecer elementos auto-incriminatórios, só se justifica se do seu lado estiverem em jogo direitos ou interesses de valor social e constitucional prevalecente.”⁵⁵

No Acórdão 155/2007 do Tribunal Constitucional foi defendida uma conceção do direito à não auto incriminação que parece ser uma posição ponderada e aceitável, que é a seguinte: “o direito à não auto-incriminação se refere ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo (...) o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, como é o caso (...) da colheita de saliva para efeitos de realização de análises de ADN”,⁵⁶ ou seja, é entendimento do Tribunal Constitucional que a colheita não pode ser considerada uma declaração do

⁵⁵ SILVA DIAS, Augusto, e RAMOS, Vânia Costa in “FUNDAMENTO GERAL DO DIREITO À NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO (NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE) NO DIREITO PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS”

⁵⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007, vide nota de rodapé n.º 14.

arguido, mas somente uma perícia de resultado incerto, não colidindo com o direito de não declarar contra si próprio.

É claro e evidente que a colheita de materiais corpóreos, vulgo, saliva, sangue, deve ser vista caso a caso, devendo ser ponderados os bens jurídicos conflitantes, não pode o arguido ser um objeto, um “banco de prova”.

Neste âmbito é essencial recorrer ao princípio da proporcionalidade quando esteja em causa a análise de um caso em que se tenha de autorizar ou ordenar o exame ou perícia aos fluidos orgânicos.

Como sabemos, com o avanço da tecnologia, hoje em dia a análise ao ADN detém um grau de fiabilidade tão grande que torna esse meio de prova completamente irrefutável, e nessa medida, constitui um contributo para a sua incriminação muito superior ao das declarações prestadas e nessa medida, no entendimento do Professor Dr. Augusto Silva Dias e Dra. Vânia Cosa Ramos não é compreensível o porque de não estar abrangido pelo *nemo tenetur*.

O meu entendimento acaba por não ir diretamente ao encontro dos referidos Professores, ficando entre a sua posição e a posição do TEDH, conforme desenvolvido *supra*, ou seja, que é essencial haver uma ponderação dos interesses/direitos conflitantes no caso concreto.

8. A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR* E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Quais são as consequências se o suspeito ou o arguido se recusarem a entregar documentos, ou a sujeitar-se a um exame corpóreo?

Como já explicado anteriormente, o direito ao silêncio é quase um direito absoluto, inviolável, e o direito a não entregar documentos ou a não se sujeitar a exames corpóreos só se verifica após uma ponderação dos direitos conflitantes em causa.

Isto quer dizer, que se não houver um direito conflitante ou interesse público relevante, que justifique a intromissão na privacidade do arguido ou violação da sua integridade, não pode ser o arguido penalizado por se recusar.

O mesmo já não acontece na situação contrária, isto é, se no caso concreto, houve um bem jurídico superior, interesse público, deve o individuo ser obrigado a realizar os exames, e se, porventura, se recusar a fazê-lo estará a incorrer num crime de desobediência, pelo qual pode ser punido.

Agora colocando o problema noutra prisma, se um individuo contribuir para a sua auto incriminação mas por ter sido induzido em erro ou por ter existido coação?

Aqui a resposta já não pode ser a mesma, estando em causa a validade da prova, isto é, se não foram cumpridas todas as formalidades legais para a constituição de arguido, nomeadamente, no que toca ao tempo e ao modo de constituição, disposto no n.º 5 do artigo 58.º do CPP, não podem as declarações ou as provas obtidas serem usadas contra ele.

Por outro lado, se o meio de prova tiver sido obtido mediante coação, essa prova é nula, nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 2 al. a) e d) do artigo 126.º do CPP, e nessa medida não pode ser valorada.

Fala-se nesta situação da teoria dos “*Frutos da arvore envenenada*”, estendendo-se às provas secundárias que fossem obtidas por meio das provas obtidas mediante coação, isto é, se não tivesse existido coação não teriam chegado às provas principais e por consequência também não chegariam às secundárias. No entanto existem exceções que permitem a valoração da prova secundária se tivessem sido obtidas através de um comportamento licito alternativo.

Assim, a prova obtida mediante coação não pode ser valorada como meio de prova, bem como a recusa do arguido a submeter-se a exames corpóreos ou entrega de documentos, quando em causa estejam valores superiores, pode este ser punido pelo crime de desobediência.

Como podemos observar, este princípio, se levado ao seu extremo, se não for utilizado com limites, com ponderação, pode ser, muitas vezes, utilizado como escudo, como proteção, ou seja, o arguido/suspeito, remetendo-se ao silêncio está a exercer os seus direitos, mas com isso pode também estar a prejudicar a descoberta da verdade material.

E atenção, que não estamos no “*vale tudo*”, trata-se de um Direito consagrado a que todos temos direito de utilizar, mas com *conta, peso e medida*, e, talvez, por existir este direito, e o direito à pessoa não se auto incriminar, que em muitos casos, tem que ser feita uma ponderação e verificar se podem ser utilizados determinados tipos de prova, nomeadamente obter o desbloqueio do smartphone pela impressão digital do arguido, mesmo quando este não a queira fornecer.

Assim, e como tal como podemos observar ao longo do presente trabalho, face a esta explicação, ao caso concreto e à jurisprudência do TEDH analisados, nada pode ser decidido sem que seja feita uma ponderação dos bens jurídicos em causa e do tipo de crime em causa, recorrendo sempre o princípio da proporcionalidade.

CONCLUSÃO

Depois de percorrido este caminho, e chegados à meta visada, cumpre-nos tecer as devidas considerações finais, em jeito de resumo das ideias centrais que queremos que sejam retidas.

Em primeiro lugar é notória a nossa desatualização legislativa, isto é, não existe um acompanhamento do avanço da tecnologia, o que cria este tipo de problemas sobre os quais nos debruçamos.

Ao longo dos anos, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, desenvolveu a sua interpretação do direito à não auto incriminação, nomeadamente na aplicação do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, criando um critério no que toca à recolha de fluidos corporais, ADN, sangue, que numa interpretação extensiva podem ser aplicados à questão desenvolvida na presente dissertação.

Esse critério foi desenvolvido no caso *Saunders Vs. Reino Unido* e no caso *Jalloh Vs. Alemanha*, e consiste na existência de dados independentemente da vontade do suspeito, tais como, os documentos adquiridos com base em mandado, as recolhas de saliva, sangue e urina, bem como de tecidos corporais com vista a uma análise de ADN, apesar de terem sido criados certos limites, nomeadamente:

- a) Quando for necessária a obtenção de prova através de materiais corpóreos deverá estar em causa crimes graves e sérios;
- b) É necessário que as autoridades demonstrem que foram tidos em conta todos os meios alternativos de recolha de prova – princípio da subsidiariedade.
- c) Não pode, de forma alguma, ser excedida os limites do artigo 3.º da Convenção, ou seja, não por implicar risco relevante de danos corporais ou psicológicos de forma duradoura na saúde do visado, nem provocar-lhe sofrimento físico sério;

Por outro lado, e no âmbito da aplicação da Quinta Emenda, também a Suprema Corte Americana desenvolveu ferramentas úteis para orientar sua interpretação do direito à não auto incriminação, nomeadamente, regendo-se pelo princípio da proporcionalidade, seguindo em alguns casos a interpretação dada pelo TEDH.

Assim, é perceptível a posição da Suprema Corte no caso *supra* analisado (ESTADO DE VIRGINIA VS. BAUST), uma vez que, entendeu este Tribunal que Baust não poderia ser obrigado a fornecer sua senha para aceder ao smartphone, mas poderia ser compelido a produzir sua impressão digital para aceder ao mesmo, ou seja, entendeu que a reprodução da senha exigiria que o arguido divulgasse informações que apenas são do seu conhecimento, ou seja, que surgiram de sua própria mente e, por outro lado, a impressão digital não exige nenhum conhecimento similar.

Contudo, estas questões têm de ser sempre analisadas, caso a caso, porque como sabemos estes aparelhos são uma extensão da pessoa, não tendo como única e exclusiva utilidade a comunicação, mas o armazenamento de muita informação pessoal, íntima, da qual o indivíduo presume que nenhum terceiro terá acesso, e assim, entendem que não pode ser invadido a intimidade do indivíduo sem que haja razões suficientemente fortes para o fazer.

Ora, estando na era da tecnologia, sendo que cada vez menos vão ser utilizadas senhas numéricas, é urgente a alteração legislativa, no sentido de acautelar as situações mencionadas anteriormente⁵⁷, dado que, no ponto em que estamos a lei e a jurisprudência, que tem sido adaptada a estes casos, permitindo que o suspeito seja obrigado a fornecer a sua impressão digital para o desbloqueio do smartphone.

Assim, e durante o desenvolvimento da presente dissertação, ficou claro que a nossa legislação não acompanha, e é muito difícil de acompanhar, o avanço tecnológico, nessa medida, e na nossa opinião a solução não pode ser outra, se não aplicar o critério desenvolvido pelo TEDH em conjunto com o princípio da proporcionalidade.

Na realidade, na nossa opinião, a chave de todos estes problemas, sem ser a ficção de um possível acompanhamento legislativo a par e passo da tecnologia, é a análise de cada caso concreto, de cada bem jurídico e direitos fundamentais em causa, com a aplicação do princípio da proporcionalidade, de forma a que sejam sempre analisados os direitos e bem jurídicos em causa.

Não pode, de forma alguma, recorrer-se à aplicação à letra do acórdão do TEDH em que define a existência de certos recursos como existentes independentemente da

⁵⁷ vide ponto I. "SERÁ A IMPRESSÃO DIGITAL APENAS UM MODO DE IDENTIFICAÇÃO?", p. 9

vontade do indivíduo. Pois, como sabemos, a impressão digital existe independente da nossa vontade, mas a tecnologia não deixa de avançar por nossa vontade, e nessa medida não podem os indivíduos ser “penalizados” por aderirem à nova tecnologia, porque como vimos, esta questão não se coloca com a senha numérica, onde nunca é hipótese obrigar o arguido/suspeito a revelá-la.

É simples e fácil obrigar um indivíduo a colocar o dedo no smartphone ou recolher a sua impressão digital e desbloquear o equipamento, mas não podemos utilizar este avanço tecnológico em detrimento dos direitos do arguido/suspeito, pelo que, e como já dito inúmeras vezes, o princípio da proporcionalidade é essencial para que não sejam ultrapassados os limites, afinal a nossa liberdade começa quando termina a do outro.

BIBLIOGRAFIA

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

ANDRADE, Manuel da Costa, in “*Bruscamente no Verão Passado*” in Revista de Legislação e de Jurisprudência, 137.º, ANO – 2007-2008, N.ºs 3946 – 3951

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

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

ATWOOD, J. Riley in “*THE ENCRYPTION PROBLEM: WHY THE COURTS AND TECHNOLOGY ARE CREATING A MESS FOR LAW ENFORCEMENT*” 2015

CAMPOS, Sofia Belo de, in “*Âmbito do se ipsum accusare direito processual penal português com destaque para a sua aplicabilidade aos casos de recolha de provas por intrusão corporal*”, 2014

Conselho Europeu, Tribunal Europeu dos Direito do Homem: Quarta Secção CASO DE HEANEY E McGUINNESS vs. IRLANDA (Número de pedido 34720/97), Julgamento Strasbourg, 21 de dezembro de 2000

COSTA, Joana in “*O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*” – Revista do Ministério Público 128: Outubro: Dezembro 2011

DIAS, Jorge de Figueiredo, in “*A Nova Constituição da República e o Processo Penal*”, in *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1976, p. 9.

DIAS, Jorge de Figueiredo, in “*Direito Processual Penal*” 1.º e 2.º Vol. Coimbra Editora

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

DIAS, Maria do Carmo Menezes da Silva, “*Particularidades da Prova em Processo Penal. Algumas questões ligadas à prova pericial*”, in Revista do CEJ, 2.º Semestre, 2005, p. 182183.

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

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

GOLDMAN, Kara, in “*BIOMETRIC PASSWORDS AND THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION*”

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

MENDES, Paulo Sousa, in “*Lições de Direito Processual Penal*” Almedina, 2014

MENDES, Paulo Sousa, in “*O DEVER DE COLABORAÇÃO E AS GARANTIAS DE DEFESA NO PROCESSO SANCIONATÓRIO ESPECIAL POR PRÁTICAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA*” - JULGAR - N.º 9 – 2009

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

MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, in Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra edição, pág. 553.

MOREIRA, Sara Leitão in “*O princípio nemo tenetur se ipsum accusare—Faux Friend?*”

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

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

QUEIJO, Maria Elizabeth in *“O direito de não produzir prova contra si mesmo – o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal.”* 2ª ed. Editora Saraiva. 2012

RAMOS, Humberto Alexandre Campos, in *“A OBTENÇÃO DE PROVAS ATRAVES DE BUSCAR NO SMARTPHONE – DA RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO”*, 2016, pg. 10.

SILVA DIAS, Augusto, e RAMOS, Vânia Costa in *“FUNDAMENTO GERAL DO DIREITO À NÃO AUTO-INCUPLAÇÃO (NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE) NO DIREITO PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS”*

SILVA, Germano Marques da, in *“Curso de Processo Penal II”*

SILVA, Sandra Oliveira, *“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, X, Porto, 2013.

WEBGRAFIA

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, -

https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_819c.pdf

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950319.html>

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>

http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&so_miolo=&tabela=leis
&nversao](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&so_miolo=&tabela=leis&nversao)

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130340.html>

[http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/51e3488081f4667680
257dff004fade5?OpenDocument&Highlight=0,171%2F12](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/51e3488081f4667680257dff004fade5?OpenDocument&Highlight=0,171%2F12)