

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



**PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE IPSUM
ACCUSARE NO CONTEXTO DA SUJEIÇÃO
A EXAMES**

Jociara Yanira Correia Cardoso

Professora Orientadora:

Doutora Teresa Quintela de Brito

Mestrado em Direito

Área de especialização:

(Ciências Jurídico-Forenses)

2014/2015

«Não conhecemos as coisas senão através do nosso corpo, mas não sabemos como o nosso corpo conhece, nem quem conhece através do nosso corpo. E não sabemos o que sabemos, enquanto não conhecermos o conhecimento que o nosso corpo tem.»

Henri Atlan

Nota prévia

Agradecimentos

Durante a elaboração desta dissertação fui acompanhada por um conjunto de pessoas a quem não posso deixar de agradecer, por todo apoio, motivação e principalmente incentivo que transmitiram.

Assim agradeço:

À Professora Teresa Quintela, por ter aceitado, o meu pedido de orientação e por ter-me dado o seu apoio, partilhado conhecimentos e dedicado o seu tempo a ajudar-me a concluir este projeto.

Aos meus pais e respetivos companheiros (Celina e Danilson - João Félix e Ulla), muito obrigada pela força, pela dedicação e encorajamento durante toda a minha vida. Sem vocês nunca teria chegado até aqui. A vocês devo tudo o que consegui até hoje.

Aos meus irmãos Denilce, Isabel, Rania e Heidynilson obrigada pelas risadas, pelas brincadeiras e por sempre acreditarem em mim.

A ti, Samoel Varela, por seres o companheiro que sempre estive ao meu lado e nunca deixou de apoiar-me e criticar-me quando foi preciso, de forma a fazer-me ver que apenas com persistência e dedicação conseguimos encontrar as respostas.

Aos meus amigos Neuza Diniz, António Brito, Eveliny da Lomba, Leiquene Correia e Solange Fernandes, pelo apoio em todos os momentos da nossa vida académica, pela amizade, por terem ouvido os meus desabafos, os meus receios e principalmente por terem-me aconselhado a nunca desistir e a acreditar em mim mesma.

Enfim, a todos vocês, um grande obrigado! Sem o vosso apoio este trabalho teria sido muito mais difícil de concluir. Dedico-o a todos porque ele é tão meu, como vosso.

Índice

Introdução	5
I - Enquadramento Histórico e Temático do Princípio do <i>Nemo Tenetur ipsum Accusare</i>	
Evolução e Tratamento do Princípio da não autoinculpação	8
Direito ao Silêncio vs. Direito à não autoinculpação	10
Vertentes do Nemo Tenetur e suas complexidades	13
II – Fundamentos do Princípio do <i>Nemo Tenetur</i>	
Direitos Fundamentais (conflitos e restrições)	17
Fundamento Constitucional	21
O Nemo tenetur nas diversas fases do processo penal	25
Fundamento Processual	31
III – Enquadramento do Princípio do <i>Nemo Tenetur</i> no Direito Comparado	
Nemo Tenetur nos EUA: “ <i>Miranda Warnings</i> ”/avisos de Miranda	35
Caso <i>Schmerber vs. Califórnia</i>	39
Tribunal Europeu do Direitos do Homem.....	42
IV – Jurisprudência Portuguesa sobre o <i>Nemo Tenetur</i>	
Acórdão do STJ - Processo nº 171/12.3TAFLG.G1A.S1.....	46
Acórdão do TRP - Processo nº 1728/12.8JAPRT.P1	50
Acórdão do TRP - Processo nº 0546541	53
VI - Real aplicabilidade do princípio	55
VII – Conclusão.....	66
VIII - Bibliografias	69

Abreviaturas

ADN	Ácido Desoxirribonucleico
AC.	Acórdão
ART.	Artigo
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto de Lei
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
EUA	Estados Unidos da América
MP	Ministério Público
OPC	Órgão de Policia Criminal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TC	Tribunal Constitucional
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRP	Tribunal da Relação do Porto

Introdução

O presente estudo tem como objeto a análise do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, na sua vertente de sujeição a exames e a real aplicabilidade do mesmo no direito processual penal Português. Através deste trabalho pretende-se analisar e perceber a extensão que este princípio tem no ordenamento jurídico português. Neste sentido o que se propõe é analisar o princípio do *nemo tenetur* na sua variante da sujeição a exames, mais concretamente na obrigatoriedade que recai sobre o arguido da sua realização.

Ou seja, fornecer sangue, saliva, radiografias, sujeitar-se a operações, constituem exames que invadem o corpo do arguido. Através deste estudo pretendemos perceber se realmente existe uma lacuna na legislação relativamente à admissibilidade de realização desses exames contra a vontade do arguido, ou se toda a questão da dignidade humana e proteção da integridade física e da vontade do arguido, já se encontram salvaguardadas na legislação atual no que respeita a este tipo de exames.

Este princípio constitui uma garantia de defesa do arguido, ajudando-o a proteger-se no decurso do processo. O *nemo tenetur* tem vindo a ganhar força ao longo dos anos, e vem sendo aceite por uma parte da jurisprudência, como princípio não escrito (visto que não se encontra em nenhuma legislação de forma clara e direta) e como referem Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos: “**o nemo tenetur goza de uma consagração constitucional implícita no direito português**”¹.

Porém, tendo em conta a realidade jurídica atual, pretendemos descortinar se a nível prático este princípio tem aplicabilidade. É indiscutível a sua importância assim como as vantagens da sua aplicabilidade, contudo a nível prático, a sua concretização é defendida por alguns na doutrina com um carácter restritivo e assim talvez limitado.²

¹ Augusto Sila Dias e Vânia Costa Ramos, *Direito a não auto inculpação (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare no Direito Processual Penal Português*, Coimbra Editora, cit. pág. 19.

² Defensores da conceção restritiva, Sofia Belo Campos Lima, “*Âmbito do nemo tenetur se ipsum Accusare no direito processual penal português, com destaque para a sua aplicabilidade aos casos de recolha de provas por instrução corporal*,” dissertação defendida na Universidade Católica de Portugal em Junho de 2014, pág. 25.

O direito ao silêncio é considerado por muitos como sendo a mais importante vertente do princípio do *nemo tenetur*, pois, na prática, é a única vertente do *nemo tenetur* que acaba por ter uma aplicabilidade plena e prevista legalmente (art.º 61 ° nº1, al. d) do CPP.³

Sabemos que o Direito Processual Penal tem como finalidade última a descoberta da verdade material e, para isso, é necessário seguir e utilizar todos os meios legais disponíveis (de forma a reunir todas as provas necessárias, para garantir a descoberta da verdade). Nesse sentido parece claro e necessário que até mesmo o próprio arguido, num contexto de colaboração com a justiça, possa ser “utilizado” de forma a se alcançar a verdade material e para o próprio bem do processo.

Este entendimento, ainda que por vezes aceitável e compreensível tendo em conta o contexto global, “colide” com um outro direito, também este importante que é a dignidade da pessoa humana do arguido. É este direito que temos que ter em atenção sempre que analisamos o princípio do *nemo tenetur*, na medida em que, como o próprio TEDH afirma, ainda que não seja de modo absoluto, o arguido dispõe de certos direitos que não podem ser desvalorizados ou desrespeitados. Estando no âmbito da dignidade da pessoa humana não podemos aceitar que o arguido seja “utilizado” como um simples objeto de prova, ainda que com o intuito de busca da verdade material.

Sabemos que o Código Processo Penal consagra no seu artigo 172º, nº1, a possibilidade de “alguém” poder ser compelido a realizar um exame e pretendemos tentar perceber no final deste trabalho como deve ser interpretada a palavra **compelir**. Será que esse constrangimento poderá ser realizado por qualquer método? Utilizando a força?

Nesse constrangimento deverão ser considerados os preceitos constitucionais relativos ao respeito pela dignidade humana? Ou simplesmente existe uma permissão para que a dignidade da pessoa humana seja restringida, num determinado contexto e tendo em conta certos critérios? Ou seja pretendemos perceber se havendo uma restrição dos direitos fundamentais, essa restrição cumpre os preceitos constitucionais e se existe algum critérios que autoriza em certas circunstâncias tal restrição.

Será que existe um direito maior que a dignidade da pessoa humana? Será que o direito à não autoincriminação abarca as questões relativas à sujeição a exames?

³ Augusto Silva dias e Vânia Costa Ramos, ob. cit. pág. 20.

Estas são questões a que nos propomos a responder para que através delas possamos perceber melhor o real alcance da aplicabilidade do princípio do *nemo tenetur*, no que toca à obrigatoriedade de sujeição a exames no corpo do arguido.

Para que este objetivo seja alcançado iremos inicialmente apresentar uma breve exposição da evolução histórica do princípio, de modo a percebermos como vem sendo tratado ao longo dos tempos, e assim apurar se a sua importância atual é de alguma forma, superior ou diferente do que era antes. Logo de seguida iremos analisar as vertentes que vêm sendo associadas ao princípio do *nemo tenetur* e tentar-se-á perceber a problemática existente em cada uma delas, para podermos avançar depois para o fundamento constitucional e processual do princípio do *nemo tenetur*. Neste ponto vai-se averiguar a importância dos direitos fundamentais (decorrentes da dignidade da pessoa humana) e assim tentar responder à questão da possibilidade de restrição da dignidade da pessoa humana através da sujeição de exames. Como não podia deixar de ser, falar-se-á também do TEDH e analisar-se-á alguns acórdãos proferidos por este Tribunal sobre o *nemo tenetur*.

Depois desta fase introdutória estaremos em condições de entrar mais a fundo no tema, analisando os acórdãos nacionais, de modo responder

às questões anteriormente referidas. Esperamos sinceramente conseguir transmitir a nossa posição e fornecer de alguma forma um contributo positivo para as análises futuras deste princípio.

Palavra-chave: Garantias de defesa, *nemo tenetur*, real aplicabilidade, sujeição a exame.

Evolução e tratamento do princípio da não autoinculpação

O princípio do *nemo tenetur*, também conhecido como direito a não se autoincriminar vem evoluindo e ganhando força ao longo dos anos. Assim como outros princípios do Direito, também este foi no passado limitado e excluído algumas vezes pelos aplicadores do Direito.

O Direito é dinâmico pelo que acompanha a evolução que a sociedade vai tendo, de modo que os princípios que o regem vão-se aprimorando a cada época.

No direito Hebreu o princípio da não autoinculpação era considerado e aplicado segundo as crenças religiosas⁴, onde não era aceitável que o acusado fosse obrigado a depor contra si próprio, pois assim este estaria a dispor do seu corpo/vida, algo que apenas pertencia a Deus.

Da mesma forma que no Direito Canónico consideravam que o condenado não deveria se autoincriminar perante os Homens, pois apenas a Deus deveria tal obrigação.

Porém, Igreja Católica foi durante algum tempo orientada pela Inquisição. Por esse motivo a forma como aplicavam o direito era seguindo as regras do modelo inquisitório⁵ (Técnicas de torturas e coação para se obter a verdade)⁶. Assim sendo, o “condenado” ficaria sempre sem grandes possibilidades de se defender dignamente. O acusado não tinha quaisquer direitos, tendo o processo como objetivo obter a confissão do mesmo, e não a descoberta da verdade dos factos.

Só após a *Magna Carta*, em 1215, com o início do modelo acusatório, é que se começa a poder falar no princípio do *nemo tenetur* em parte na sua real e atual forma.

⁴ A Igreja aplicava o princípio mas não com o intuito e significado existente atualmente, ou seja, o objetivo não era garantir uma maior proteção do arguido, impedindo o mesmo de se auto incriminar, mas sim evitar uma “afronta” a Deus.

⁵ Tratava-se de práticas que obrigavam o arguido a prestar juramento de verdades absolutas perante o tribunal, pois caso contrário seria severamente punido. São exemplos de torturas físicas e psicológicas para se obter a verdade pretendida.

⁶ Sofia Belo Campos Lima, *Âmbito do nemo tenetur se ipsum Accusare no direito processual penal português, com destaque para a sua aplicabilidade aos casos de recolha de provas por instrução corporal*, dissertação defendida na Universidade Católica de Portugal em Junho de 2014, pág. 6.

A partir deste modelo⁷, com o programa reformador dos iluministas dos séculos XVII e XVIII, é que começa a ser reconhecida a dignidade humana como direito fundamental do Homem.

Mais tarde, a 22 de Novembro de 1969, o princípio do *nemo tenetur* veio ser expressamente consagrado no art.º 8, parágrafo 2º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aí se estabelecendo que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo, e nem a se declarar culpado⁸.

No Direito americano o princípio do *nemo tenetur* teve o seu impulso em 1679, pois, antes desta data, a Constituição americana nada dizia sobre esta questão. Em 1966 a decisão do Supremo Tribunal, no caso *Miranda vs State of Arizona*, consagrou os deveres de esclarecimento e advertência sobre os correspondentes direitos dos arguidos. Este caso foi a base para o que se aplica até à data nos E.U.A., ou seja, todos os detidos têm de ser informados pelos agentes de autoridade dos seus direitos e das consequências que advêm caso não queiram se remeter ao silêncio, pois tudo o que disserem poderá ser utilizado depois em julgamento.

Este acto simples é de grande importância para o suspeito/arguido pois temos assim a garantia de que este possui no momento da sua detenção o conhecimento pleno dos seus direitos, de forma a poder utilizar os mesmos em prol da sua defesa e proteção. Apenas com o conhecimento total dos seus direitos é que podemos garantir que existe realmente um processo justo e equitativo.

⁷ Bruna Abranches A. Castro, *A incursão no direito comparado da (in) viabilidade das intervenções corpóreas em sistemas processuais penais*, dissertação de mestrado, apresentada, na Faculdade Direito de Lisboa, 2010, pág.16.

⁸ Alguns autores como Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos (ob. cit. pág. 19) consideram que o *Nemo Tenetur* esta consagrado na CRP ainda que implicitamente.

Direito ao silêncio vs direito à não autoincriminação

Parece-nos importante desmistificar a suposta igualdade existente entre o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação. Numa primeira análise, podem ser compreendidos como sendo “sinónimos”, porém essa realidade nada mais não é que aparente.

Quando falamos de direito ao silêncio, estamos perante um direito que assiste ao arguido de não se pronunciar sobre certas questões que lhe são colocadas. Dizemos certas questões pois sabemos que existem temas sobre os quais o arguido é obrigado a responder e com a verdade.⁹ Este direito, pelo facto de consistir na ausência de nenhuma imposição de responder com a verdade ao arguido, é por vezes entendido como um direito a mentir. Porém como esclarece Joana Sofia Martins Sant’Ana Bernardo¹⁰ utilizando uma observação do Professor Doutor Figueiredo Dias, “ *não existe, por certo, um direito a mentir (...) o que sucede simplesmente é ter a lei entendido ser inexigível dos arguidos o cumprimento do dever de verdade (...)* ”. O que está em causa não é uma abertura do legislador para a mentira, mas sim uma não obrigação da parte do arguido para com a verdade. Ou seja, entendemos que o arguido não se encontra neste caso obrigado a responder com a verdade sobre todas as questões, mas isso não significa que possa inventar ou criar uma versão favorável para si e com isso enganar a justiça.

O direito ao silêncio não ofende nem lesa bens alheios, pois o arguido simplesmente não responde nem deturpa a realidade dos factos, mas a mentira é uma “arma”, que facilmente pode originar numa lesão de bens alheios¹¹.

Nas situações do direito à não autoincriminação estamos perante uma possibilidade, também essa atribuída ao arguido, de não se pronunciar ou fornecer provas que o possam incriminar. Ou seja, ao contrário do direito ao silêncio, no direito à não autoincriminação não temos uma proteção apenas no campo das declarações orais, mas temos uma amplificação

⁹ O arguido deve responder e com a verdade às questões sobre a sua identidade art.º 61 n.º3 al. b), assim como às questões previstas no art.º 141º n.º3, sob penas de cometer crime de desobediência (art.º 348º CP) ou falsas declarações no caso de faltar à verdade (art.º 348-A CP); Paulo Sousa Mendes, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 2013, pág. 127.

¹⁰ Tese de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, em Março de 2014, *O Direito à não autoincriminação e os deveres de colaboração com a administração Tributaria*, pág. 22.

¹¹ Joana Sofia Martins Sant’Ana Bernardo ob. cit. Pág. 22 e 23.

dessa proteção a qualquer forma de incriminação (seja através de declarações ou atos que o arguido possa realizar e assim se prejudicar, autoincriminando-se). Ou seja o direito a não autocriminação inclui o direito ao silêncio e outras formas de incriminação.

Efectivamente direito à não autoincriminação é defendido por muitos como sendo um direito amplo, que pode abarcar tanto o direito ao silêncio, como outras situações de não auto incriminação¹². Temos as situações de entrega de documento ou de sujeição a exames, em que o arguido pode se autoincriminar se realizar algum desses atos. É para essas situações também que o direito à não autoincriminação serve. O princípio do *nemo tenetur* não se restringe às declarações verbais pois, caso contrário, seria sempre confundido com o direito ao silêncio e tornar-se-ia um sinónimo deste. Se ambos os direito protegessem o arguido apenas nas situações de incriminação através de declarações verbais não poderíamos considerar que existe uma separação entre ambos.

O direito a não autoincriminação consiste num direito a não cooperar com os OPC na investigação (se dessa cooperação resultar a sua autoincriminação), e não deverá resultar nenhuma consequência ou represália processual decorrente desse facto. O direito à não cooperação surge das bases do *nemo tenetur*, ele serve exatamente para garantir um processo justos e equitativo para o arguido, desobrigando este a participar na sua incriminação¹³.

Assim sendo, quando falamos de direito ao silêncio, devemos considerá-lo como sendo uma das vertentes do direito à não autoincriminação, e não um direito isolado e independente ainda que este (o direito ao silêncio) possa existir sem se aplicar a proteção da autoincriminação.¹⁴

Ambos podem ser utilizados para o mesmo fim (proteção do arguido), mas essa ligação não faz desses direitos sinónimo um do outro, pois, enquanto um protege o arguido nas situações de declarações verbais, o outro amplifica a sua proteção para todos os casos em que o arguido possa se autoincriminar. Da mesma forma que um pode ser utilizado sem intenção de evitar a autoincriminação, outro existe apenas com esse fim.

¹² Paulo Sousa Mendes, Lições de Direito Processual Penal, pág. 209-215, e os acórdãos do TEDH sobre o *Nemo Tenetur* (caso Funke vs. França, caso J.B. vs. Suíça, etc.).

¹³ Bruna Abranches A. Castro, *A incursão no direito comparado da (in) viabilidade das intervenções corpóreas em sistemas processuais penais*, dissertação de mestrado, apresentada, na Faculdade Direito de Lisboa, 2010, pág. 29 e ss.

¹⁴ A utilização do direito ao silêncio pode ser aproveitada pelo arguido em situações de simples estratégia de defesa, não tendo ligação nenhuma a questão de não autoincriminação.

O arguido não tem de remeter-se ao silêncio apenas para não se autoincriminar poderá fazê-lo por diversos motivos, (como estratégia de defesa) e nesse caso não existe qualquer ligação entre o silêncio e a sua proteção contra a autoincriminação. Mas já o inverso não acontece, pois, quando estamos no campo do direito à não autoincriminação, se o arguido utilizar o silêncio, estará a fazê-lo com o intuito de se proteger e não se autoincriminar no processo.

Em suma, ambos os direitos servem um objetivo comum, que é a proteção do arguido mas em contextos e situações diferentes.

Vertentes do *Nemo Tenetur* e suas complexidades

O *nemo tenetur* é um princípio que, apesar de não se encontrar expressamente consagrado na Constituição da República Portuguesa, é reconhecido pela doutrina e jurisprudência, tratando-se assim de uma exigência fundamental e conatural a um Estado de Direito que respeite a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, havendo tal respeito, não se admite a possibilidade de o arguido ser convertido em um meio de prova contra si mesmo.

No nosso entender, o princípio do *nemo tenetur* manifesta-se em diferentes vertentes, ainda que tenha a sua maior aplicação e extensão no direito ao silêncio (art.º 61 º, n.º1, al. d) do CPP). Quando falamos do princípio do *nemo tenetur* sabemos que este consagra a garantia que o arguido tem de não se autoincriminar, ainda que seja através da entrega de documentos, sujeição a exames, direito ao silêncio ou, ainda dentro desta vertente, através de declarações prestadas sob coerção¹⁵.

Nem toda a doutrina entende que o princípio do *nemo tenetur* deva ser aplicado em todas as suas vertentes, pois a sua aplicação tem maior força no direito ao silêncio, tratando-se nas outras vertentes de meros corolários deste.

Existem dois entendimentos sobre o alcance do *nemo tenetur*, que são as teses restritivas e a tese ampla. Para os defensores destas teses o *nemo tenetur* poderá ter ou não uma limitação a nível do seu alcance prático.

Segundo as teses restritivas (defendida por Sofia Saraiva de Menezes, Frederico da Costa Pinto)¹⁶ este princípio tem a sua aplicação prática apenas no direito ao silêncio, tendo em conta o facto de na lei não existir uma base para se aplicar o mesmo extensivamente a campos diferentes do silêncio. Para os defensores desta tese “ a extensão do *nemo tenetur* (...) apenas serviria para frustrar os procedimentos de investigação”.¹⁷ Defendem assim a ideia de que possibilitar ao arguido mecanismos de defesa além do direito ao silêncio seria como que fornecer-lhe todos os instrumentos para impedir a investigação e consequentemente a realização do fim último do processo.

¹⁵ Paulo Sousa Mendes, Lições de Direito Processual Penal, ob. cit. pág. 209 e segs.

¹⁶ Em referência na obra de Sofia Belo Campos de Lima, ob. cit. Pág. 47, e a obra de Joana Sofia Martins Sant`Ana Bernardo, ob. cit., pág. 17 nota de roda pé ponto 33 e 36.

¹⁷ Sofia Belo Campos de Lima, ob. cit. Pág. 47.

Segundo este entendimento outras provas obtidas através do arguido, como as instruções corporais, não têm natureza de declarações pois a matéria obtida a através dessas instruções não constituem um reconhecimento da prática de nenhum acto da parte do arguido. Pois segundo eles, apenas no direito ao silêncio deparamos com um problema de formação e manifestação da vontade do arguido. Trata-se de considerar que tudo o que seja suscetível de se obter independentemente da vontade do arguido não pode ser abrangido pelo *nemo tenetur*. A formação da vontade é essencial, por isso entendem que o direito ao silêncio quase que esgota *nemo tenetur*.¹⁸

Em bom rigor entendemos não ser essa a situação real, ainda que seja apenas no direito ao silêncio que o arguido tem mais possibilidade de usufruir das garantias que este princípio lhe concede.¹⁹

Vejamos, quando se fala da entrega de documentos, sabe-se que se o arguido se recusar a entregar certos documentos, alegando que os mesmos o podem autoincriminar, estes podem sempre ser obtidos através de um mandato de busca e apreensão (art.º 174º nº 1 e 2, art.º 176º, 177º e 178º CPP) conforme a letra da lei nos transmite.

Assim como, no caso da sujeição a exames, sabe-se que se o arguido se recusar a realizar o exame, alegando autoincriminação, o Código de Processo Penal, no seu art.º172, nº 1, estabelece que este poderá ser compelido a realizar o referido exame.

Desta forma, numa primeira análise, verifica-se que apenas no direito ao silêncio conseguimos a plena garantia concedida pelo princípio do *nemo tenetur* ao arguido. Caso este se remeta ao silêncio sobre questões que não está obrigado a responder,²⁰ o tribunal não tem forma de contornar esse facto, tendo assim que seguir com o processo dessa forma, não podendo também ser utilizado esse silêncio para o prejudicar.

Mas será aceitável que um princípio que é baseado no respeito pela dignidade da pessoa Humana seja limitado em grande parte na sua aplicabilidade?

¹⁸ Sofia Belo Campos de Lima, *Âmbito do nemo tenetur se ipsum Accusare no direito processual penal português, com destaque para a sua aplicabilidade aos casos de recolha de provas por instrução corporal* pág. 25.

¹⁹ Conforme o entendimento que se retira das obras já citadas, Paulo Sousa Mendes, Augusto Silva Dias/Vânia Costa Ramos.

²⁰ Nestas situações as perguntas sobre informações descritas no art.º 141, nº 3, CPP podem, na falta de resposta com a verdade, fazer o arguido incorrer em responsabilidade penal.

Para os defensores da tese ampla, o *nemo tenetur* deve ser aplicado a todas as situações equiparadas às orais²¹. Em bom rigor não é aceitável a ideia de que a vontade do arguido, apenas se manifesta nas declarações orais. Nas palavras de Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos: “ só por ironia se pode sustentar que as declarações orais dependem da vontade do indivíduo e as colheitas de ar expirado ou de urina não”. Entendemos que tanto numa situação como noutra a vontade do arguido está presente, é claro que existem métodos (como os utilizados antigamente como por exemplo, tortura e a coação), em que a vontade do arguido é substituída pela vontade dos aplicadores do direito, na sua busca pela confissão e consequente responsabilização deste, por quaisquer meios. Mas nestes casos o arguido era encarado como um mero objeto de prova, contra si mesmo, e não como um sujeito processual detentor de direitos.

Atualmente, não podemos encarar o arguido, como um mero objeto. Não podemos aceitar a aplicação do *nemo tenetur* noutra conceção que não a ampla. Apesar de não ser um direito absoluto, uma total exclusão da sua aplicabilidade em certos âmbitos significaria uma limitação dos direitos fundamentais à integridade física, à autodeterminação pessoal, e à não autoincriminação do arguido. Entendemos que existem situações em que a restrição é necessária, nomeadamente quando estamos perante direitos ou interesses de valor social e constitucionalmente prevalecente, mas estas situações têm de estar legalmente previstas e ser objeto de ponderação caso a caso. Não podemos considerar logo à partida, que a aplicabilidade deste princípio seja restringida de imediato, sem se ponderar a situação e o caso em concreto. Nenhum princípio pode ser absoluto, sendo certo que, na falta de limites, dificilmente poderíamos alcançar o objetivo último do processo penal, que é a descoberta da verdade material.

A nível prático existe claramente uma dificuldade em delimitar onde é que termina o estatuto do arguido enquanto sujeito processual impondo-se-lhe o dever de colaborar na descoberta da verdade e onde é que começa o estatuto do arguido enquanto sujeito possuidor de dignidade humana que deve ser protegida, respeitada e não negada qualquer situação.²²

Este problema encontra-se bem claro no contexto da obrigatoriedade que recai sobre o arguido de se sujeitar a exames. Nós sabemos que o art.º.172º do CPP estabelece que se

²¹ Sofia Belo Campos de Lima, ob. cit. pág. 46.

²² Conforme está consagrada no CRP no art.º 18 n.º 2, relativamente a forma de restrição dos direitos liberdades e garantias.

O princípio do *Nemo Tenetur* no contexto da sujeição a exames por parte do arguido

alguém se tentar eximir a ser examinado, poderá ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente.

De acordo com a tese da concepção restritiva, o arguido deve sem sombra de dúvidas sujeitar-se aos exames devidos, pois, trata-se de recolha de sangue, ou urina, ou de expirar ar, etc. são todos exames, cujo produto não requiere a vontade do mesmo. Todos estes são suscetíveis de serem realizados sem a vontade do arguido.

Mas não apoiamos este entendimento precisamente porque, o arguido deixa de ser detentor de direitos para passar a ser um mero objeto.

Direitos fundamentais: conflitos e restrições

Os direitos fundamentais são um conjunto de direitos que, através da sua incorporação na ordem jurídica, são considerados “naturais” ou, “inalienáveis”²³. Eles apenas existem enquanto reconhecidos e protegidos pela Constituição da República, como refere Gomes Canotilho, “sem essa positivação jurídica, os direitos dos homens são apenas esperanças, aspirações, ideias (...) mas não direitos protegidos sob a forma de normas”²⁴.

Essas normas servem de base para a proteção do indivíduo, por esse motivo é que os direitos fundamentais existentes atualmente são diferentes dos direitos fundamentais existentes há séculos atrás. Estes estão relacionados com a realidade vivida pela sociedade e com a importância, que a mesma atribui a cada direito. Ao longo da história as concepções e os valores das sociedades vão-se alterando e, com isso, o entendimento da necessidade de criação e existência de direitos que protejam o Homem. Os direitos fundamentais têm como objetivo a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes de qualquer tipo de órgão estadual.²⁵

Trata-se de um direito que se subdivide em duas vertentes, a de garantir que o indivíduo não é alvo de abusos por parte dos poderes públicos e, conseqüentemente, a garantia de poder usufruir de uma liberdade positiva, de exigir certas omissões por parte dos mesmos poderes públicos.

Quando se fala de direitos do Homem e de direitos fundamentais existe uma aproximação entre ambos, mas não são sinónimos. Os direitos do Homem são os direitos que, aceites universalmente por todos os Estados, independentemente da sua Constituição, relativamente à generalidade dos Homens. Estes direitos englobam por exemplo a dignidade humana, à vida, a liberdade, etc. que são direitos inalienáveis que constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.²⁶ São direitos atribuídos e reconhecidos ao Homem independentemente da sua condição social, política.

²³ Está é a versão apresentada por J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Coimbra Editora, pág. 377.

²⁴ J.J. Gomes Canotilho, ob. cit., pág. 377.

²⁵ J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ob. cit., pág. 407.

²⁶ Declaração Universal dos Direitos do Homem, disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh.html>

Os direitos fundamentais são os direitos atribuídos jurídico-institucionalmente a um indivíduo com uma limitação espaço-temporal. Ou seja, estes direitos vão variando de Estado para Estado, e podem coincidir ou não com os direitos do Homem. Tratando-se de um Estado de Direito Democrático como o nosso, certamente os direitos fundamentais acabam por coincidir com os direitos atribuídos ao Homem. Essa coincidência é imposta pelo artigo 16º, nº 1 e 2 da CRP. Por Portugal ser um Estado de Direito Democrático e por ter assinado a convenção Europeia dos direitos do Homem (aprovada em 22 de Novembro de 1976)²⁷, terá necessariamente que se reger e respeitar as normas internacionais.

Em suma, os direitos do Homem são, em determinados Estados, direitos fundamentais, mas nem todos os direitos fundamentais são necessariamente reconhecidos universalmente como direitos do Homem. Tratando-se de um direito fundamental, o art.º 12º da CRP consagra que todo o cidadão goza dos direitos consignados na Constituição.

Sendo assim como será no momento em que dois direitos fundamentais entram em colisão um com o outro?

Como devemos resolver esse conflito se todos os intervenientes no conflito têm direito ver o seu direito protegido?

Na Constituição portuguesa os direitos fundamentais estão regulados e protegidos através dos artigos 17º e 18º. Esses artigos permitem constatar que tratando-se de direitos fundamentais existe uma grande dificuldade em os restringir e modelar. Como Gomes Canotilho refere os direitos fundamentais “ (...) constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações, e de controlo dos órgãos legislativos, administrativos e judiciais”²⁸.

Nesse sentido, segundo o princípio da legalidade, apenas a lei pode restringir os direitos fundamentais e só nos casos previstos na Constituição (art.º 18º nº 2). O referido artigo consagra, ainda, os critérios de resolução para uma situação de conflito de direitos fundamentais. Ou seja, havendo um conflito entre dois direitos fundamentais o aplicador do direito terá que analisar o caso e restringir um dos direitos em prol do outro. Trata-se de

²⁷ Sessão comemorativa do 30º Aniversário da adesão de Portugal à Convenção Europeia dos Direitos do Homem http://www.stj.pt/ficheiros/cerimonias/30anoscedh_discursoministrojustica.pdf

²⁸ J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª Edição, Coimbra Editora, pág. 379.

verificar entre os dois direitos qual terá que prevalecer, tendo em conta sempre os critérios da proporcionalidade, adequação e justa medida.

Na análise dos dois direitos, deverá ser mais protegido (ou menos restringido) o direito que mereça mais proteção no caso em concreto. E essa proteção deve sempre ter em consideração que o outro direito deve ser também ele restringido o mínimo possível, de uma forma proporcional à situação em concreto e com as medidas adequadas ao problema em questão. Sendo assim, fica claro que um direito fundamental só pode ser restringido, para o benefício e proteção de um outro direito fundamental desde que se demonstre necessária, adequada e proporcional tal restrição.

Para além desse critério o n.º 3 do art.º 18º consagra que tal restrição deve ser de carácter geral e abstrato, ou seja, há uma proteção contra as leis de natureza individual e concreta que violam o princípio da igualdade e, para além disso, como refere Gomes Canotilho, essas leis “agredem em termos materialmente desiguais os direitos, liberdades e garantias, representando a manipulação da lei pelos órgãos legislativos ao praticarem um ato administrativo individual e concreto sob as vestes legais”.²⁹ As leis individuais e concretas não garantem ao cidadão a proteção nem alternativas de ação e racionalidade de atuação estatal.

Tais leis nunca seriam possíveis de serem aplicadas da melhor forma para todos os cidadãos pois cada caso é um caso e deve ser tratado na sua particularidade. Apenas uma lei geral e abstrata conseguirá tal efeito tratando assim o que é igual como igual e o que é diferente como diferente (Princípio da Igualdade).

Como último critério previsto no art.º 18º n.º3 tem a necessidade de a restrição realizada não poder ter um carácter retroativo. Ou seja, a Constituição proíbe que uma lei restritiva possa produzir efeito total ou parcialmente retroativos. Este critério torna-se de grande importância, pois impede que haja uma certa confusão jurídica e consequente aumento de casos no tribunal. Se uma lei restritiva pudesse alterar os fatos que já estavam resolvidos no passado, isso traria uma grande instabilidade para toda a sociedade e até mesmo para as questões jurídicas. Da mesma forma, se uma lei restritiva pudesse conformar e moldar fatos anteriores à sua entrada em vigor, isso iria perturbar a sociedade e os cidadãos, que veriam os seus direitos manipulados de qualquer forma e sem o mínimo controlo ou garantia.

²⁹ J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ob. cit., pág. 454.

Todos estes critérios servem para garantir uma maior proteção aos direitos fundamentais e aos cidadãos que gozam desses direitos.

Sendo assim, tendo em conta o princípio da legalidade não podemos compreender ou aceitar a restrição defendida pela conceção restritiva do *nemo tenetur*. Como referem Augusto Silva Dias/Vânia Costa Ramos³⁰ “ (...) o princípio protege igualmente, de forma mediata, a dignidade da pessoa e direitos fundamentais com ela relacionados como os direitos à integridade pessoal e à privacidade”. Ou seja, o princípio do *nemo tenetur* apesar de escrito se encontrar expressamente na Constituição, e de em termos práticos, não existir uma previsão legal expressa para o mesmo, existe todo um contexto que o coloca nas entrelinhas da CRP. Mais não seja, pelo fato de assim consagrar e proteger os mesmos direitos que a Constituição consagra. Através da aplicação da conceção ampla, podemos concretizar e garantir a boa aplicação do *nemo tenetur* em toda a sua extensão.

³⁰ Direito à não auto-inculpação (...), ob. cit., pág.15

Fundamento Constitucional do princípio do *Nemo Tenetur*

Conforme foi mencionado anteriormente, o princípio do *nemo tenetur* não tem consagração expressa na CRP, trata-se, como muitos autores referem, de um direito não escrito pois mesmo não estando consagrado é aceite e respeitado por todos. Indo mais longe ainda, é possível afirmar que talvez seja um direito fundamental análogo, na medida em que, apesar de não estar referido expressamente no catálogo dos direitos fundamentais na constituição, acaba por beneficiar do mesmo tratamento que estes.³¹ Está claro por parte de alguns autores (Augusto Silva dias, Vânia Costa Ramos, Paulo Sousa Mendes) que este princípio, ainda que não escrito encontra-se presente na nossa Constituição.

A CRP consagra no seu art.º 1º que “Portugal é uma República Soberana, baseada na Dignidade da Pessoa Humana (...)”.

É esta dignidade que deve ser respeitada também no processo penal, de forma a garantir ao arguido um processo justo e equitativo. No nosso entender, no que toca às questões de sujeição a exames no processo penal, a dignidade do arguido tem vindo a ser colocada de parte em algumas situações.

Apesar de o arguido se encontrar numa situação de suspeita da prática de algum crime, este não pode nunca ser tratado com menos respeito ou menos dignidade do que qualquer cidadão. Ao considerarmos que a sujeição a exames é algo da qual não depende a vontade do arguido, estamos a restringir a sua dignidade e autodeterminação.

A dignidade da pessoa humana é inviolável, tendo que ser respeitada por todos³². Trata-se de um direito fundamental que é inerente a qualquer pessoa.

Para parte da doutrina alemã, o *nemo tenetur* é encarado como tendo uma fonte constitucional, mais precisamente baseia-se nos preceitos relativos à dignidade da pessoa humana³³.

³¹ Este entendimento formulou-se a partida da possibilidade apresentada pelo Prof. J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7º Edição, Coimbra Editora, pág. 405.

³² Este também é o entendimento da doutrina Alemã, Bruna Branches Arthidoro de Castro, dissertação de mestrado, *A incursão no Direito comparado da (in) viabilidade das intervenções corpóreas em sistemas processuais penais – extensão e limites do nemo tenetur se ipsim accusare-*, defendida em 2010, cit., pág. 25.

Segundo esta corrente, o direito à autodeterminação “ está em íntima conexão com a doutrina da dignidade humana”³⁴(arquetipo deste conceito Kantiano de autonomia). Para eles o direito ao silêncio, por exemplo, é um direito de personalidade e “uma autoincriminação feita contra este direito, vai contra o natural instinto humano”. Ou seja, segundo os alemães, o *nemo tenetur* não pode ser restringindo, porque tratando-se de um direito cuja fonte é a dignidade da pessoa humana, ao ser restringido estaríamos a restringir a própria dignidade humana.

O entendimento nacional é diferente, segundo Figueiredo Dias, Manuel Costa Andrade³⁵, a dignidade da pessoa humana não é fundamento do *nemo tenetur* mas sim o direito que o *nemo tenetur* visa proteger³⁶. Tendo em conta que o fundamento do *nemo tenetur* é de carácter processualista, e que a garantia processual visa proteger direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, não é estranha uma possível restrição da aplicabilidade do *nemo tenetur*, desde que que essa restrição seja feita à luz do conceção ampla. Ou seja, admitindo a possibilidade de aplicação do *nemo tenetur* em situações além do direito ao silêncio, ainda que em determinadas situações essa aplicabilidade possa ser restringida tendo em conta o caso concreto.

O nº 2 do artigo 18º da CRP estabelece que tais restrições devem ser feitas tendo em vista a salvaguarda de interesses e direitos constitucionalmente protegidos, respeitando três critérios fundamentais. Tais restrições devem basear-se nos princípios da proporcionalidade, da necessidade, da adequação e justa medida.

Apesar de compreendermos esta teoria nacional³⁷, pensamos que talvez fizesse sentido uma conceção mista. Ou seja uma conceção que considerasse que o *nemo tenetur* tem o seu fundamento tanto a nível substantivista (dignidade da pessoa humana), como a nível processualista (garantias do processo criminal). Talvez este entendimento seja em bom rigor o

³³ Sofia Belo Campos de Lima, *Âmbito do nemo tenetur se ipsum Accusare no direito processual penal português, com destaque para a sua aplicabilidade aos casos de recolha de provas por instrução corporal* Pág. 10 e 11

³⁴ Sofia Belo Campos de Lima, ob. Cit. Pág.11

³⁵

³⁶ Sofia Belos Campos de Lima, ob. Cit. Pág. 12

³⁷ Defendida por Augusto Silva Dias/Vânia Costa Ramos, ao longo da obra já citada.

que poderá se retirar de uma interpretação correta da letra da lei. Ou seja verificados e cumpridos todos os critérios legais para a restrição de um direito fundamental, acabamos por conseguir conjugar tanto o entendimento subjetivista (considerando que o *nemo tenetur* se fundamenta em preceitos constitucionais como o direito de autodeterminação e dignidade humana), como o entendimento processualista, considerando que por se fundamentar nesses preceitos constitucionais, o *nemo tenetur* necessariamente precisa de os proteger e salvaguardar. Tudo depende da análise e ponderação feita antes de se resolver restringir um direito fundamental do arguido.

Talvez desta forma a linha que separa a utilização do arguido como objeto no processo e a sua cooperação com a justiça, fosse mais nítida na prática.

No caso em análise (sujeição a exames), num contexto constitucional não consideramos compreensível que o arguido, seja compelido/obrigado a realizar o exame, visto que estar-se-á a ir contra o seu direito, o direito de preservar a sua integridade física (art.25 CRP)³⁸.

Numa lógica da conceção restritiva, é normal se aceitar esta possibilidade, na medida em que os exames devidos não são dependentes da vontade do arguido. Mas numa conceção ampla, estes exames dependem sim e tem sempre em conta a vontade do arguido.

Neste caso como superar este paradoxo? Será que existe realmente um paradoxo?

Como forma de contornar este entrave, os defensores desta conceção restritiva alegam que, a intromissão é mínima, ou que se trata de exames realizados por especialistas e que com isso a proteção da integridade física do arguido já estará ponderada.

Patrícia Naré Agostinho considera que não é pela pouca intensidade ou pelo ato ser rotineiro, que não estamos perante uma lesão da integridade corporal³⁹.

Com o simples facto de estarmos a ultrapassar a barreira da pele estamos em bom rigor a violar um direito constitucionalmente consagrado no art.º25º da CRP (a integridade física que é inviolável).

³⁸ Ainda que saibamos que este direito não é absoluto.

³⁹ Patrícia Naré Agostinho, *Instruções Corporais em Processo Penal*, Coimbra Penal, Almedina, 2013 pág. 214.

³⁹ Ainda que saibamos que este direito não é absoluto.
Editora, pág. 76.

Sabemos que não se trata de um direito absoluto, mas será que mesmo assim ele deverá ser restringido da forma que tem vindo a ser? pelo menos no que diz respeito à sujeição a exames?

À medida que se tem contato com o direito apercebe-se que este é controverso, visto que, por mais que proteja num momento, essa proteção nunca é absoluta, nem muito menos é inalterável. No Direito, os direitos atribuídos a todos nós vão sofrendo alterações, cedências, consoante a situação em causa e no caso do processo penal tem em grande plano a necessidade da descoberta da verdade material.

Por mais que um direito seja protegido constitucionalmente este nunca é intocável e é certo que, desde que respeitando os critérios da necessidade, proporcionalidade e adequação, tal direito poderá ser restringido.

Constitucionalmente nenhum direito fundamental é ignorado ou pode ser colocado de parte num processo, este poderá sim ser restringido, mas nunca eliminado do seu titular. Esta situação de paradoxo, torna a aplicabilidade do princípio do *nemo tenetur* de difícil compreensão pois mesmo protegido, o arguido acaba por ver o seu direito limitado.

***Nemo Tenetur* ao longo das diversas fases do processo penal português**

O processo penal desenvolve-se através de fases, onde vão se registando diferentes características e objetivos processuais (ainda que o fim último seja sempre a descoberta da verdade material).

Tratando-se de uma forma de processo comum, temos a existência de três fases processuais:

- **O Inquérito:** sucede à notícia do crime dando início às investigações por parte dos OPC sob direção do MP, com o intuito de se descobrir se o caso em análise tem ou não “suporte” para seguir para acusação (art.º 262º e ss. CPP);
- **A Instrução:** trata-se de uma fase facultativa, que só tem início com o requerimento de um dos interessados com legitimidade para tal (arguido e assistente art.º 287º nº 1 al. a) e b) CPP), e fica sob direção do juiz de Instrução assistido pelos OPC, art.º 288 nº1 CPP;
- **O Julgamento:** trata-se da fase crucial e decisiva do processo, onde são analisadas as questões que podem obstar ao julgamento (art.º 311º CPP), depois é marcada a audiência arts.º 312º, 321º CPP e no final lida a sentença (art.º 365 CPP);

Há quem entenda que devemos contar, para além dessas três fases, mais duas, nomeadamente⁴⁰:

Notícia do Crime, através da qual temos o início da investigação do crime (inquérito) este fato pode ser feita de três formas: ou o MP toma conhecimento da notícia por conta própria ou através dos OPC ou então mediante denúncia⁴¹ (art.º 241º CPP);

⁴⁰ Paulo Sousa Mendes, Lições de Direito Processual Penal, ob. cit., pág. 63. Nas notas de rodapé Paulo Sousa Mendes refere que “Costa Pinto, 1998:91”- apresenta a possibilidade das cinco fases do processo comum.

⁴¹ Paulo Sousa Mendes, Lições de Direito Processual Penal ob. cit., pág. 63.

Recurso: trata-se de uma fase, na qual os interessados impugnam as decisões judiciais que lhes são desfavoráveis, perante um tribunal hierarquicamente superior (art.º 399 CPP).

Em todas estas fases existe um longo processo e tramitação de forma a se descobrir no final de cada um se o processo deve ter andamento para o julgamento ou não.

O princípio em análise encontra-se presente na fase do inquérito, na medida em que esta fase visa investigar a existência de um crime⁴². Nesta fase está prevista no nosso CPP a possibilidade de o suspeito/arguido poder oferecer provas e requerer diligências (art.º 61º, nº 1, al. g) CPP). Tais provas muitas vezes podem servir contra si próprio, nesse sentido nesta fase, o arguido (caso já haja alguém assim constituído) poderá recorrer ao *nemo tenetur* para se proteger futuramente.

No caso de ainda não se estar perante a figura do arguido, este princípio pode ser utilizado pelo suspeito ou pela testemunha (art.º 132º nº 2) que, mesmo tendo a obrigação de responder com a verdade às questões que lhe são colocadas, pode remeter-se ao silêncio quando da sua resposta possa originar a sua incriminação⁴³. Encontra-se assim presente um dos corolários do princípio do *nemo tenetur*, o direito ao silêncio. Esta possibilidade de se remeter ao silêncio não origina qualquer sanção para a testemunha caso esta requeira a sua constituição como arguida para assim poder gozar dos direitos que são inerentes ao estatuto processual do arguido (arts.º 59º, nº 2, 61º CPP).

Temos também a possibilidade de recurso ao princípio *Nemo Tenetur* por parte do arguido, no momento do seu primeiro interrogatório, (art.º 141º, nº4 CPP). Nesse interrogatório pode o arguido remeter-se ao silêncio e assim evitar novamente qualquer tipo de autoincriminação. Este interrogatório obriga a lei que seja realizado pelo juiz de instrução criminal, sob pena de incorrer numa nulidade (art.º 118º CPP). Esta nulidade deriva do facto de ser a própria lei a exigir tal facto (art.º 268º, nº 1, al. a) do CPP).

Para além do caso do 1º interrogatório temos, a situação da sujeição a exames prevista no art.º 172º CPP. Nestas situações, consagra a lei que o exame seja autorizado pelo juiz de Instrução, ainda em sede de Inquérito (art.º 269º nº1 al) b.). Tais situações são assim

⁴² Quirino Soares, *Sebenta de Direito Processual Penal Tomo II*, Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, pág. 3.

⁴³ Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, *Direito à não auto-inculpação*, ob. cit. pág. 20.

justificadas pelo fato de exigir uma certa interferência com os direitos fundamentais do arguido e nesse sentido torna-se necessária a intervenção do juiz de instrução⁴⁴.

O *nemo tenetur* é assegurado nesta primeira fase também através da intervenção do juiz de instrução, pois trata-se de uma imposição legal (art.º 269º n.º1 al) b.) que visa garantir o cumprimento e a salvaguarda dos direitos fundamentais do arguido, apreciando assim a legalidade das diligências que lhe vão sendo requeridas, bem como garantir que os seus direitos fundamentais são respeitados.

A fase de inquérito encerra através da acusação ou do arquivamento do processo. O MP, após realizar todas as diligências que considerar necessárias, é quem decide o seguimento do processo. Finda esta fase, temos o início de uma fase facultativa que é a instrução. Nesta fase o arguido (caso o MP tenha deduzido acusação) ou o assistente (caso o MP tenha arquivado o processo), através de requerimento, podem pedir a abertura da instrução de forma a prosseguir o processo e tentar submeter ou não a causa ao julgamento.

Esta fase é da competência do juiz de instrução criminal, e é ele que irá autorizar e delegar a realização de diligências com o intuito de se resolver a causa em análise.

Caso o juiz de instrução considere que não será necessária a realização de nenhuma diligência, faz a marcação do debate instrutório (art.º297º CPP) com o intuito de conseguir uma discussão entre os sujeitos processuais, garantindo assim o direito ao contraditório entre todos (art.º 298º CPP). Este debate é uma consequência dos indícios e fatos que resultaram do inquérito e da instrução.

Analisando estas duas fases, o princípio do *nemo tenetur* encontra-se presente em ambas de forma. Ambas as fases têm o objetivo de recolher provas necessárias para se concluir se o processo tem fundamento para o julgamento ou se deverá ser arquivado. Durante esse processo temos situações em que o arguido pode ser compelido a realizar exames físicos que o possam incriminar ou situações em que tem de prestar declarações e nesses casos pode recorrer ao *nemo tenetur*. Trata-se de uma possibilidade aceite e aplicável no decurso do processo. Ainda que o tratamento dado a uma recusa de declarações e a uma recusa de sujeição a exames seja diferente.

Vejamos,

⁴⁴ Quirino Soares, Sebenta de Direito Processual Penal, Tomo II, ob., cit., pág. 15.

Quando o arguido se recusa a falar ou a responder a qualquer questão no interrogatório ou durante o debate instrutório, o próprio CPP consagra que ele está no direito de o fazer (art.º 61º, nº 1, al. d) e art.º 140º, nº 3), ou seja nesta situação o arguido tem a proteção legal para se recusar a falar. Já numa situação de recusa da realização de exames (físicos) o arguido não tem essa proteção de uma forma tão clara na lei.

O art.º 172º CPP consagra que, se alguém pretender eximir-se ou obstar à realização do exame, este poderá ser **compelido** por decisão da autoridade judiciária competente (no caso o juiz de instrução - art.º 269º CPP). Não temos em nenhuma parte do código um artigo que proteja a decisão do arguido de simplesmente se recusar a realizar o exame, temos sim pequenas atenuantes ao longo do art.º 172º do CPP e suas remissões, que nos indicam que apesar de a pessoa ser compelida, este ato deverá ser realizado com o respeito pela dignidade da pessoa e do pudor de quem foi compelido (art.º 172º nº 3).

Também no artigo 61º, nº 1, al. b), temos a garantia de que todas as situações que afetem pessoalmente o arguido são ponderadas pelo Juiz de Instrução.⁴⁵ Também os artigos 154º nº 3 e 155º nº 6 e 7, ambos do CPP, transmitem a ideia anteriormente indicada, de que em situações em que não haja consentimento do arguido, todas as perícias sobre a pessoa só podem ser realizadas mediante ponderação e autorização do Juiz. E quando são autorizadas, estas são realizadas por médicos e não podem criar perigo para a saúde do visado. Temos assim presentes os princípios da proporcionalidade, através da necessidade, adequação e justa medida, exigidos na Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 18º nº 2.

Em suma, apesar de o *nemo tenetur* ser aceite pelo nosso ordenamento jurídico, o tratamento que cada vertente deste princípio recebe é diferente (no decurso do processo) assim como a proteção que o próprio código lhe atribui. Ou seja, não sendo um direito absoluto, o *nemo tenetur* encontra uma maior restrição (se é que podemos assim qualificar), nas situações que vão para além do direito ao silêncio. Na prática consideramos que existe efectivamente um reconhecimento e aplicabilidade mas que essa aplicabilidade nas situações

⁴⁵ Trata-se de uma garantia que visa a proteção dos direitos fundamentais do arguido, bem como da real aplicação dos mesmos, conforme já referimos anteriormente.

diversas do direito ao silêncio, encontra uma maior limitação e complexidade para se efetivar.⁴⁶

Após a realização do debate instrutório, o juiz de instrução profere um despacho de pronúncia (no caso de avançar com o processo para o julgamento, pois entendeu ter provas suficientes contra o arguido) ou de não pronúncia (caso entenda que não obteve indícios/provas suficientes contra o arguido). Desta forma encerra a fase de Instrução e, havendo despacho de pronúncia, avançamos para a última fase processual que é o julgamento.

No julgamento o juiz presidente irá tratar do saneamento do processo, que se resume a pronunciar-se sobre as nulidades e todas as questões que podem impedir a apreciação do mérito da causa (art.º 311º CPP). Concluída esta etapa, o juiz marca a data da audiência de julgamento e é na audiência que teremos a presença do *nemo tenetur*, mais uma vez na vertente do direito ao silêncio.

Novamente temos a proteção do arguido caso ele se remeta ao silêncio nesta fase processual (art.º 343º CPP) e sobre o tal silêncio o próprio juiz informa-o de que não irá desfavorecê-lo. Ou seja, mesmo nesta fase processual a vertente do silêncio tem a sua importância e proteção perante o tribunal, podendo o arguido servir-se dele sem receio de qualquer desvantagem e, mesmo que queira responder a algumas das questões, não fica obrigado a responder a todas (art.º 345º, n.º 1 CPP).

Nesta fase processual sabemos que são lidas e analisadas as provas recolhidas no decurso do processo (fase do inquérito e da instrução) mas essas provas podem não ser utilizadas na fase de audiência. Temos o caso da prova testemunhal, imaginemos que uma testemunha (que pode também se recusar a falar sobre determinada questão, por essa informação a incriminar) tenha em fase de instrução feito um depoimento, mas agora em audiência se recusa a depor. Esta situação está prevista e protegida pelo nosso CPP, onde vem consagrado que nestas situações é proibida a leitura do depoimento dessa testemunha (art.º 356º, n.º 6 CPP).

Trata-se de uma forma de manter a proteção e respeito pela vontade da testemunha, que, apesar de já não estar na fase de instrução ou inquérito, continua a poder-se proteger.

⁴⁶ Mais concretamente, tratando-se da sujeição a exames não existe uma “autorização” expressa, como existe no direito ao silêncio, para o arguido se recusar a realizar os exames. Existe sim uma ponderação e atenção na realização desses exames.

Da mesma forma as declarações prestadas anteriormente pelo arguido também têm proteção. Segundo o art.º 357º CPP, as declarações feitas pelo arguido anteriormente só podem ser utilizadas na fase de audiência caso o mesmo o solicite, ou caso tais declarações tenham sido feitas perante autoridade judiciária e perante o seu defensor (não esquecendo que o arguido tinha de ser informado do seu direito de manter ao silêncio). E, mesmo no caso de se verificarem todos os pressupostos da alínea b) do art.º 357º, o legislador foi mais além, garantindo que tais declarações não servem como confissão (nº 2 do art.º357), pois não se pode garantir que cumprem os requisitos da confissão prevista no art.º344.

A confissão deve ser feita de forma livre, integral e sem reservas, no caso de uma reprodução de declarações do arguido o juiz não tem como comprovar se tais declarações foram feitas sem ter sido utilizada alguma forma de coação ou até mesmo se o arguido, no momento em que as fez, saberia que poderia se remeter ao silêncio.

Em suma, podemos verificar que o *nemo tenetur* é aplicado e respeitado ao longo das diversas fases processuais, mas num contexto de limitações em algumas das suas vertentes. Temos sim a garantia e a proteção do *nemo tenetur* na sua vertente do direito ao silêncio, mas tratando-se da vertente da sujeição a exames o legislador não atribui uma autorização de recusa (como se verifica no direito ao silêncio); considera sim que a recusa pode existir, mas posteriormente caberá ao Juiz decidir, mediante uma justa ponderação, pela realização ou não do exame. Tendo sempre em conta que, caso o exame seja realizado, será feito por médicos e garantindo sempre que não haja perigo para o arguido.

Estamos, assim, perante uma aplicabilidade limitada do princípio, aonde verificamos claramente que o mesmo detém o seu centro no direito ao silêncio e as suas limitações nas restantes vertentes, nomeadamente no caso em concreto da obrigatoriedade de sujeição a exames.

Fundamento processual do princípio do *Nemo Tenetur*

*“O Direito Processual Penal é o meio próprio e único para afirmar a violação dos bens jurídicos- criminais e impor as sanções respetivas (...)”*⁴⁷.

Apenas através deste ramo do direito é que poderemos ter a realização processual do direito penal e conseqüente proteção dos bens jurídicos, de referência constitucional, que é função do DP proteger. Mas também é neste ramo do direito que se verificam as maiores complexidades relativamente ao tema em análise, pois em bom rigor é aqui que o princípio do *nemo tenetur* deveria ter a sua completa e ampla aplicabilidade.

O processo penal tem como fim último a descoberta da verdade material, mas os aplicadores do direito sabem que este objetivo não pode ser colocado à frente de todos os direitos do arguido. Antigamente, na altura em que o arguido não era considerado mais do que um objeto, poderia ser assim, mas hoje em dia não. E como refere Patrícia Naré Agostinho: “nem só da descoberta da verdade vive o processo penal”⁴⁸.

Graças ao modelo acusatório e à sua separação das entidades que acusam das que julgam, temos uma maior imparcialidade e conseqüentemente uma maior garantia de um processo justo e equitativo para o arguido. Não é pelo facto de ser suspeito da prática de um crime que pode perder os seus direitos⁴⁹. Com este modelo deixamos de ter o arguido no papel de objeto processual para termos um arguido ativo e no papel de sujeito processual, tendo assim a capacidade de intervir no processo e de “moldar o processo em conformidade com os seus atos”⁵⁰.

Apesar dessas garantias, no nosso sistema o arguido por vezes é, ainda que não comparativamente ao sistema inquisitório, um meio de prova. O art.º 172º do CPP consagra a possibilidade de “alguém”, no caso o arguido poder ser compelido a realizar exames, estando assim a ser utilizada a sua pessoa como meio de obtenção de prova.

⁴⁷ Quirino Soares, *Sebenta de Direito Processual Penal Tomo I*, Universidade Lusófona, de Humanidades e Tecnologias, pág.3

⁴⁸ Patrícia Naré Agostinho, *Instruções Corporais em processo penal*, ob., cit., pág. 69

⁴⁹ Patrícia Naré Agostinho, ob. Cit. Pág.. 69; Constituição da República Portuguesa, art.º 32º nº 2.

⁵⁰ Quirino Soares, ob. cit. pág. 49.

Já se referiu anteriormente que a CRP atribui a todos nós o direito à integridade física (art.º25 CRP), mas essa integridade, ainda que por vezes não de uma forma excessiva, é colocada numa situação de objeto ainda que contra a vontade do arguido. Segundo Patrícia Naré Agostinho, o arguido estará também numa situação de perda da sua autonomia pessoal, pois a possibilidade de dispor livremente do seu corpo e de aceitar ou não livremente realizar tais exames são condicionados pelo próprio CPP.

Já constatámos através de vários preceitos legais (supra referidos), que a sujeição a exames implica limitações no *nemo tenetur*, dito de outra forma, é nesta vertente que percebemos que, apesar de existir uma proteção e uma aceitação do *nemo tenetur*, o legislador consagrou formas de ponderação para a sua aplicabilidade.

No nosso CPP vêm elencados um conjunto de meios de obtenção de prova, entre os quais os exames (art.º 171º). O exame é um meio de obtenção de provas que pode recair sobre as pessoas, os lugares ou sobre as coisas de forma a recolher vestígios da prática de determinado crime.

O que importa para a análise do caso são os exames que recaem sobre as pessoas (nomeadamente os exames de recolha de sangue, operações cirúrgicas para obtenção de provas que o arguido possa ter ocultado no seu corpo, substâncias que o possa obrigar a vomitar etc.). A realização de tais exames pode ser obrigatória de forma a se preservar ou encontrar provas da existência da prática do crime (art.º 172º CPP). Como já foi referido anteriormente, o CPP não consagra nenhuma forma ou alternativa de proteção ao arguido caso este se recuse a realizar tais exames, ao contrário da proteção existente para o arguido caso este queira se remeter ao silêncio. Mas, prever alternativas à recusa, estabelece uma ponderação cuidada e detalhada para a realização de exames com a recusa do arguido (artigos, 154º, nº 3; 156º, nº 6 e 7 e 172º, nº 1 parte final, todos do CPP e CRP art.º 18º). Mas para alguns essa ponderação ainda assim não deixa de utilizar o arguido como um objeto contra si mesmo.⁵¹

Em várias passagens ao longo do CPP tem-se a certeza e concretização do *nemo tenetur* na vertente do direito ao silêncio. Direito este que realmente pode ajudar o arguido a se preservar e proteger, mas esta vertente não é único do *nemo tenetur*.

⁵¹ É a ideia transmitida por Autora Patrícia Naré Agostinho na ob., cit.

Como afirmam Augusto Silva Dias/Vânia Costa Ramos: “o âmbito em que a aplicação do princípio se torna menos pacífica é o dos exames e diligências de prova realizados através e contra a vontade do arguido (...)”. É neste ponto que não conseguimos realmente perceber se o arguido voltou a ser um objeto processual, como era no modelo inquisitório, ou se ainda é encarado como um sujeito dotado de direitos e dignidade. Quando se fala dos exames não se consegue em nenhum ponto do CPP encontrar uma proteção concreta do arguido no caso de recusa, apenas se consegue perceber que este será compelido a realizar os exames mas sempre respeitando o pudor e a dignidade da pessoa (art.º 172º n.º 3), e que para ser compelido a realizar o exame existiu anteriormente uma ponderação por parte de um Juiz, que garante assim que o exame será realizado de forma a não colocar em perigo o arguido (art.º 154 n.º 3 e 156º n.º 6).

O facto é que os autores que consideram que o *nemo tenetur* tem como núcleo absoluto o direito ao silêncio⁵² têm, ainda que parcialmente razão pois, apesar de serem do conhecimento geral as *vertentes do nemo tenetur*⁵³, analisadas bem, o direito ao silêncio é de facto a única garantia para o arguido que não esta sujeita a critérios de ponderação, pois todas as outras possibilidades são na maioria das vezes sujeitas a este critério.⁵⁴

Não se trata de considerar errada essa possibilidade, trata-se, sim, de perceber, que como Costa Andrade refere “a dificuldade sobe de tom à medida que nos afastamos da consideração abstrata dos problemas e nos aproximamos das constelações típicas situadas na zona, de fronteira e concorrência entre o estatuto, de arguido como sujeito processual e o seu estatuto como objeto de medidas de coação ou meio de prova”⁵⁵.

Este é de fato o problema central do *nemo tenetur* na sua vertente de sujeição a exames. Apesar de não estarmos perante um modelo processual que encarra o arguido como um mero objeto⁵⁶, a verdade é que, em termos práticos, a afirmação de Costa Andrade faz todo o sentido. Quanto mais nos afastamos da teoria e das soluções teóricas temos uma maior

⁵² Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, Direito à não Auto-inculpação (*Nemo Tenetur se Ipsum Accusare*) no Direito Processual Penal Português.

⁵³ Direito ao Silêncio, sujeição de exames, entrega de documentos, declarações prestadas sob coação, etc.

⁵⁴ No caso, respeito art.º 18 CRP relativo à restrição dos direitos que consagra os critérios da necessidade adequação e proporcionalidade.

⁵⁵ Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra editora, reimpressão 2013, pág. 127.

⁵⁶ Modelo inquisitório em que os direitos do arguido inexistente e onde a descoberta da verdade matérias prevaleceria a qualquer preço, Paulo Sousa Mendes, ob. Cit. Pág. 30.

dificuldade de conseguir visualizar com clareza uma solução prática para um problema concreto. O fato é que a fronteira que separa a figura do arguido enquanto sujeito processual e do arguido enquanto objeto processual é bastante pequena a nível prático, pois facilmente se confundem os dois ao longo do processo.

E, apesar de existirem todos esses preceitos legais para proteger e garantir a realização de exames apenas quando estritamente necessário e sob a direção de pessoas qualificadas, de forma a se preservar o arguido, não podemos deixar de ter em atenção que este está ser **compelido** (ou seja forçado agir contra sua vontade), a realizar estes exames.

Em suma, a nível processual penal, o *Nemo Tenetur* vem sendo aplicado e respeitado, ainda que com maior incidência na sua vertente do direito ao silêncio. Quando falamos da questão da sujeição a exames e da sua obrigatoriedade (art.º172º “**compelido**”), não se consegue encontrar nenhuma alternativa para o arguido, caso este queira recusar-se a realizar os exames. Não há possibilidade de este, ao se recusar incorrendo em outro crime (de desobediência por exemplo, como nas situações de recusa do exame de alcoolemia por parte dos condutores), ser-lhe apresentada uma alternativa, ou seja, o legislador deixa assim o arguido, nesses casos, obrigado a realizar o exame, ainda que contra a sua vontade. A vontade do arguido é considerada por alguma doutrina e jurisprudência, como algo que apenas se manifesta nas declarações orais. Não sendo assim considerada necessária nas situações de sujeição a exames, pois num exame de colheita de urina por exemplo, o elemento recolhido já existe independentemente da vontade do arguido⁵⁷.

⁵⁷ Está é mais um elemento verificar na análise dos acórdãos.

***Nemo Tenetur* nos EUA “*Miranda Warnings*/avisos de Miranda”**

Este caso foi o pilar para o entendimento e aplicação prática das garantias do indivíduo, na sua vertente da autoincriminação nos Estados Unidos da América.⁵⁸

A partir deste caso deu-se início ao novo procedimento de interrogatório e tratamento do indivíduo enquanto suspeito da prática de um crime, mas principalmente, um novo entendimento do próprio indivíduo relativamente ao seu papel e interação no processo.

Tudo teve início com a prisão de Ernesto Artur Miranda, um jovem que foi preso sob suspeita da prática do crime de violação. Depois da sua prisão o jovem foi sujeito a um reconhecimento por parte da vítima, que desencadeou o início do seu interrogatório.

Apesar de alegar sempre a sua inocência, foram precisas apenas duas horas para que o jovem confessasse o crime pelo qual estava a ser acusado, assim como mais dois crimes dos quais nem a polícia tinha conhecimento. Acabou por assinar a sua confissão e foi com base nesse documento que foi condenado posteriormente a 30 anos de prisão.

No decorrer do julgamento os polícias informaram o tribunal de que em momento algum o suspeito tinha sido informado dos seus direitos (poder falar com um advogado antes do interrogatório ou mesmo de poder ser acompanhado pelo mesmo durante o interrogatório).

Neste sentido, o advogado de Miranda interpôs recurso para a Suprema Corte dos EUA de forma a tentar anular tal confissão, pois tinha sido feita de forma a prejudicar o suspeito.

Nesta altura a 5ª emenda mencionava o direito de ninguém ser obrigado a testemunhar contra si mesmo, porém, o entendimento da maioria da jurisprudência era no sentido contrário, quando se tratava da aplicação do mesmo durante a inquirição em sede policial.

Para além disso os órgãos responsáveis pela persecução criminal alegaram que o suspeito em momento algum tinha sido ameaçado ou compelido a confessar, tornando assim tal confissão voluntária, livre e sem reservas.

⁵⁸ A totalidade deste texto pode ser lido e analisado no site http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/14970/14970_7.PDF

Mas, apesar destas garantias, o facto era que o suspeito não tinha sido informado que poderia não falar sem a presença do seu advogado e que, com isso, não incorreria em nenhum crime de desobediência ou não teria qualquer consequência processual.

A decisão tomada pela Suprema Corte foi por uma maioria de 5 a 4 votos e teve por base 3 pontos como:

- A garantia prevista na 5º emenda era tão aplicável em procedimentos judiciais como extrajudiciais; é aplicável para proteção do suspeito em qualquer circunstância em que o mesmo se possa incriminar, nomeadamente nos procedimentos policiais e sobretudo quando estes tenham o suspeito preso;
- Nenhuma declaração obtida no decurso de um interrogatório, de indivíduo que se encontre sob custódia policial, é válida, pois este encontra-se intimidado e acaba por se sentir compelido a colaborar;
- Passou a ser obrigatório comunicar ao suspeito que tem direito a permanecer calado; que tudo que disser poderá ser utilizado contra ele no processo criminal; que tem direito a um advogado e a falar com este antes do interrogatório assim como a se fazer acompanhar pelo mesmo; se não puder pagar um, ser-lhe-á atribuído um defensor público;
- Por último, caso o suspeito indique que quer se remeter ao silêncio, o interrogatório deverá cessar imediatamente.

Analisando a decisão tomada pela Suprema Corte verificamos que existem pontos de coincidência com o nosso ordenamento jurídico. Vejamos:

- A primeira situação destacada foi o fato de a garantia da 5º emenda ser aplicada ao arguido em quaisquer circunstâncias, pois no nosso ordenamento jurídico já estivemos a ver que o *nemo tenetur* é aceite, ainda que não esteja escrito e que o mesmo tem uma aplicação plena no nosso CPP na sua vertente do direito ao silêncio (art.º 61º CPP). As restantes vertentes do princípio (exames, entrega de documentos etc.) não têm a mesma proteção no CPP, na medida em que não lhes é atribuída a mesma a possibilidade de recusa que no caso do direito ao silêncio. Ou seja tratando-se das outras vertentes do *nemo tenetur*, temos uma maior complexidade para ser aceite e considerada a recusa.

- Relativamente ao segundo ponto de destaque, este não se verifica no nosso ordenamento jurídico, estando o arguido preso (sob custódia policial), este tem sempre a presença do seu defensor (art.º 64º CPP), para além da proteção que lhe é atribuída pelo art.º 141º CPP. Neste sentido torna-se difícil entendermos que, cumprindo todos os requisitos previstos pela lei para o 1º interrogatório do arguido preso, este se sinta intimidado e forçado a colaborar. E, para além disso, tal interrogatório é feito exclusivamente pelo juiz de instrução, impossibilitando assim quaisquer possibilidades dos OPC, recorrerem a qualquer tipo de coação ou intimidação para obter algum tipo de declaração comprometedor para o arguido.
- Relativamente ao terceiro ponto em destaque, este é aplicado também no nosso ordenamento jurídico através do art.º 61º CPP (onde constam o rol de direitos do arguido, nomeadamente direito a um advogado, a não responder a questões que o possam incriminar...) art.º 141º CPP (onde consta no nº 4 al. b. que caso o arguido não se remeta ao silêncio tudo o que disser será utilizado no processo ainda que em sede de audiência e julgamento, fiquem sujeitas a livre apreciação da prova); Remetendo-se ao silêncio, o mesmo não é utilizado contra si nem pode servir para se fazerem juízos de valores. Neste ponto não existe a aplicação do ditado segundo o qual “*quem cala consente*”. Cessando de imediato qualquer interrogatório.

Estes pontos vêm reforçar a ideia de que devem ser tratados com dignidade e respeito todos os indivíduos, ainda que suspeitos da prática de algum crime. Não é pelo facto de estarmos perante um suspeito que privá-lo dos seus direitos e tratá-lo de uma forma menos humana. O Princípio do *nemo tenetur* deixa bem claro essa mesma ideia, pois tem como ideia central e principal a garantia de um processo justo e equitativo.

Também o nosso ordenamento jurídico acolhe e defende o processo equitativo, através de um dos princípios do DPP que é o princípio da garantia de todos os meios de defesa e de um processo equitativo (artigo 32º da CRP e _____ do CPP. Neste princípio, temos a junção de princípios como a presunção da inocência, na medida em que para termos um processo justo e equitativo não devemos nunca julgar o arguido culpado *ab initio*, temos que o julgar consoante as provas que formos obtendo. Da mesma forma temos presente o princípio do contraditório, na medida em que devemos sempre garantir que o arguido tenha a possibilidade

de se explicar e de se defender das acusações que lhe são feitas e desta forma conseguiremos cumprir o princípio da igualdade de armas⁵⁹.

Apesar dessa junção de princípios, o “princípio da garantia de todos os meios de defesa e de um processo equitativo” ganha a sua autonomia devido à importância que entidades internacionais lhe atribuem (nomeadamente a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos)⁶⁰.

Os EUA, através deste caso, evoluíram em termos de defesa do arguido/suspeito, pois nunca seria possível garantir justiça e consequente descoberta da verdade material prejudicando ou, no caso em concreto, ignorando os direitos do suspeito apenas com o intuito de se obter uma confissão. Se assim fosse não estaríamos perante um modelo moderno de processo penal, mas sim perante um modelo retrógrado e sem respeito pela pessoa humana.

Temos um outro caso também ocorrido nos EUA, e que consideramos essencial, visto que tem uma grande ligação com o tema em apreço.

⁵⁹ A igualdade de armas, como se sabe, tem o simples objetivo de garantir as mesmas oportunidades e meios de ambas as partes (acusação e defesa) de exporem as suas ideias perante o juiz.

⁶⁰ A convenção Europeia dos Direitos do Homem foi adoptada em Roma, 4 de Novembro de 1950, disponível no site <http://www.gddc.pt>; o Pacto Internacional sobre os direitos cíveis e políticos, foi adoptado e aberto em 16 de Dezembro de 1966, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, está disponível no site <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>.

Caso *Schmerber vs Califórnia*.

Tudo ocorreu após um acidente de automóvel sofrido por *Schmerber*, de modo que o mesmo foi posteriormente hospitalizado. No seguimento do acidente, os polícias que realizaram o primeiro atendimento desconfiaram que o motivo do acidente estaria relacionado com o facto de *Schmerber* estar alcoolizado. Para confirmar as suas suspeitas, ordenaram ao médico que colhesse uma amostra de sangue de *Schmerber* de forma a confirmarem tal suspeita. Realmente o exame veio a confirmar que *Schmerber* tinha uma taxa de álcool no sangue muito superior ao permitido por lei e graças a este exame ele foi condenado.

O facto que se coloca em análise é o de que *Schmerber*, no momento da recolha do sangue, encontrava-se inconsciente e por isso impossibilitado de dar a sua permissão ou não para tal exame. E nesse sentido alegou que tal prática violava o seu direito de não se auto incriminar (5º emenda), visto que não lhe foi possível, em momento algum, recusar ou aceitar o exame devido ao seu estado de desconhecimento do mesmo.

Analisada pela Suprema Corte, esta concluiu pela admissibilidade deste meio de prova, ainda que sem o consentimento de *Schmerber*. Para decidir sobre este caso foram analisados casos anteriores e concluiu-se que se tratava de uma intervenção mínima e que, para além disso, tal ato não violava o direito a não se autoincriminar, visto que no caso *Miranda* tinham ficado bem claros os limites dessa garantia. Nesse sentido, referiram que tal garantia compreendia exclusivamente o direito de não ser compelido ou coagido de forma a fornecer declarações ou depoimentos de natureza cognitiva ainda que de forma oral ou escrita. Ou seja, em momento algum foi mencionado que tal garantia protegia outros meios de autoincriminação que não oral/escrita.

Para além disso, consideram que não se tratava de uma prova produzida por meios que violassem a liberdade de formação da vontade de depoimento ou de comunicação, mas sim por análise química.

No nosso entender esta análise terá sido demasiado restritiva do conceito e aplicação do princípio do *nemo tenetur*. Detetam-se alguns pontos de contacto com entendimento de uma parte da doutrina atualmente em Portugal, no que concerne à aplicação do princípio do *nemo tenetur* à sujeição a exames. Em bom rigor, o *nemo tenetur* tem sido aceite e aplicado

apenas a nível do direito ao silêncio, sendo entendido pelos defensores da concepção restritiva como não aplicável as restantes vertentes.

Consideramos que no caso *Schmerber* o seu direito foi violado, na medida em que, analisando as circunstâncias, o exame assim realizado, estando suspeito inconsciente, não teve a ponderação e proporcionalidade necessária. A sua vontade não foi tida em conta em momento nenhum no que dizia respeito à invasão do seu corpo.

São várias as questões que nos saltam à vista nesta situação. Numa primeira abordagem entendemos que, no momento da realização do exame, não existia uma urgência ou um interesse público superior em causa, para se realizar o exame com o sujeito inconsciente, sem ter a percepção do que iria acontecer.

Como referem Augusto Silva Dias/Vânia Costa Ramos⁶¹, é necessário haver uma ponderação em que quanto mais relevantes são os direitos restringidos, mais relevantes ainda têm que ser os bens e direitos a realizar ou proteger. Analisando a situação assim como foi descrita, não consideramos que tenha existido esta ponderação. Estando *Schmerber* no hospital inconsciente, já não representava um perigo eminente para a ordem pública enquanto condutor sob o efeito de álcool, logo a realização do exame poderia perfeitamente ter sido feita num momento em que este já estaria consciente e em plena posse das suas faculdades.

O nosso Código da Estrada prevê como obrigação inerente ao seu estatuto de condutor (art.º 152º, nº 1 e nº 3; art.º 157º, nº 3 al. a) do Código da Estrada) determinados comportamentos que os mesmos devem ter, de forma a se manter a segurança dos que circulam na via pública. Os condutores estão obrigados sujeitarem-se à colheita de ar expirado ou de sangue. No entanto, tal exame é sempre realizado após ter sido transmitido e solicitado ao condutor. Ainda que exista quem discorde, trata-se de uma situação em que muitas vezes os condutores se recusam a realizar os mesmos. Neste caso em concreto não foi concedido ao *Schmerber* o direito de decidir sobre uma intervenção no seu próprio corpo. Ainda que tenha sido uma intervenção mínima.

Patrícia Naré Agostinho, nestas situações refere que “ainda que não lesivas ou atentatórias da saúde, não deixam de constituir uma intromissão para além das fronteiras

⁶¹ Augusto Silva Dias, Vânia Costa Ramos, ob., cit. Pág. 31

delimitadas pela pele ou pelos músculos”⁶². Para uma parte da doutrina portuguesa, os defensores da teoria da dependência da vontade do indivíduo, este exame seria completamente válido e aceitável, na medida em que a colheita do sangue não depende da vontade do indivíduo. Neste sentido a proteção do *nemo tenetur* não faria sentido ser alargada a estas situações, porque o indivíduo, não só não confessa nenhum fato como se trata da extração de fluidos que não estão dependentes da sua vontade. Assim entraríamos numa realidade ilusória de que apenas o direito ao silêncio dever ser englobado nas garantias do *nemo tenetur*. O que para nós é falso, pois entendemos que não é só através de declarações orais que a vontade do arguido está presente.

Tratando-se do seu corpo e do livre arbítrio sobre o mesmo, este direito deveria ser respeitado. Claramente não de uma forma absoluta e em todas as situações, mas no caso em concreto não existia nenhum interesse superior a proteger maior que o direito restringido.

⁶² Patrícia Naré Agostinho, Instruções Corporais em Processo Penal, ob., cit., pág. 76, 77

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem/ *Nemo Tenetur*

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) foi criado em 1959 e tem como objetivo apreciar as queixas que lhe são remetidas, relativamente às violações que os estados membros cometem dos direitos previstos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). Tal convenção consagra um conjunto de direitos que devem ser respeitados e assegurados por todos os estados membros, a nível interno.

São várias as situações do TEDH que ficaram célebres e se relacionam com o *nemo tenetur*, nomeadamente as proferidas no caso *Frunk vs. França* relacionado com a obrigação de o suspeito/arguido entregar documentos, ainda que o incriminem; o caso *Jonh Murray vs. Reino Unido*, relacionado com a valoração do silêncio do arguido evitando assim a sua autoincriminação; o caso *Saunders vs. Reino Unido*, relacionado com a valoração de declarações que foram prestadas anteriormente sob coerção, etc.

Todos estes casos são conhecidos e têm ajudado a compreender o alcance que o TEDH atribui ao princípio do *nemo tenetur* ainda que esse mesmo alcance não seja muitas vezes considerado da mesma forma a nível interno pela jurisdição dos estados membros⁶³.

Mas que interessa para o presente trabalho, é o caso *Jalloh vs. Alemanha*, visto que está inteiramente relacionado com o tema em análise, assim como o caso de *Schmerber vs. Califórnia*, ambos sobre a valoração de provas extraídas à “força” (ou não) do organismo do suspeito.

O TEDH foi chamado a analisar a queixa de *Abu Bakah Jalloh* contra Alemanha, que se fundamentava principalmente na violação do art.º 6º da Convenção.

Jalloh tinha sido preso pelos policiais alemães, sob suspeita de tráfico de droga visto que pouco antes da sua detenção tinha sido visto a retirar um pequeno saco de plástico da boca e a entregar a alguém em troca de dinheiro. Quando foi abordado pela polícia *Jalloh* engoliu algo que os polícias suspeitaram ser droga. Foi imediatamente detido e levado para o hospital, onde lhe foi dito que ingerisse um medicamento que o faria regurgitar o saco de plástico. Perante a sua recusa, este foi imobilizado por quatro policiais e forçado a ingerir uma

⁶³ Paulo Sousa Mendes, Lições de Direito Processual Penal, págs. 209-216

substância através de uma sonda gástrica inserida pelo nariz. Como era de esperar, *Jalloh* acabou por regurgitar o saco de plástico, acabando por se verificar que no interior continha 0,2 gramas de cocaína. Com base nesse exame foi posteriormente condenado por tráfico de droga.

Baseando-se nesses factos, *Jalloh* pediu ajuda ao TEDH para considerar ilegal a sua prisão, assim como a sua condenação, visto que se basearam numa prova obtida ilegalmente, através da força com conseqüente ofensa da sua integridade física, pois ficou com problemas estomacais. Da outra parte, os representantes do Governo Alemão, alegaram que a garantia de vedação da autoincriminação proibia somente que se forçasse uma pessoa a agir contrariamente a sua vontade e que a reação de regurgitar seria uma ato normal do próprio corpo e por isso impossível de se controlar pela mente, logo não afetando à vontade do agente. Para além disso, alegaram que o facto de *Jalloh* ter-se recusado a cooperar com a polícia iria prejudicar todo o desenvolvimento do processo, relativamente às medidas de investigação e, por esse motivo não poderia ser aceite nem legítimo.

O TEDH considerou, e bem, que houve de facto a violação do art.º 6, nº 1, da CEDH, na medida em que o direito de se remeter ao silêncio ou de não se autoincriminar integram a noção de procedimento justo e, estes estão consagrado neste mesmo artigo. Referiu ainda que a necessidade da garantia da não autoincriminação, reside precisamente na defesa por parte do arguido contra algum tipo de coerção inapropriada por parte das autoridades. Para além disso, considerou também que tais provas foram conseguidas em consequência de atos de violência/brutalidade, que, mesmo não sendo propriamente atos de tortura revivem a teoria do sistema inquisitório, onde a prova de acusação deve provir do próprio acusado independentemente do seu valor probatório.

Por último, o TEDH fez referência a um ponto muito importante: o grau de coerção utilizado para obter as provas, a importância do interesse público (fim ao tráfico de estupefacientes nas ruas) e a punição da infração em apreço não foram proporcionais, ou seja, não se justificava tamanha violência para se conseguir prender um pequeno traficante de rua. No caso *Jalloh* não era nenhum barão do narcotráfico e não estava ligado a grandes redes para que se pudesse justificar a violência que aplicaram supostamente, para garantir a segurança e o interesse público. Tanto que depois de ser julgado, *Jalloh* foi condenado a uma pena de prisão de seis meses suspensa em regime de prova.

Nesta situação, contrariamente ao caso *Schmerber vs. Califórnia*, a decisão por parte do TEHD foi a mais acertada pois deu “corpo” ao *nemo tenetur* nas situações além do direito ao silêncio. Foi possível analisar e perceber que o *nemo tenetur*, ao contrário do que muitos consideram, é suscetível de ser aplicado em variadas situações ainda que essas não abarquem uma declaração escrita/oral. No nosso entender o suspeito/arguido não fornece uma declaração incriminadora apenas através de uma declaração escrita/oral, existem muitas outras situações em que o mesmo pode se incriminar, nomeadamente através da disponibilização de substâncias corpóreas.

Desta forma, os exames previstos no art.º 172º CPP dever também respeitar a vontade do arguido (consagrando assim o *nemo tenetur* num contexto além do direito ao silêncio), estamos perante uma garantia que deveria ser entendida no seu pleno e não de uma forma restritiva.

Como afirmam Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos⁶⁴, “ (...) a previsão legal da obrigatoriedade de sujeição a tal exame ou perícia por si só, não possuem, a força normativa bastante para modificar a realidade e legitimar a diligência probatória forçada ou coativa”. Ou seja, apesar de existir uma previsão legal para compelir o individuo a realizar exames contra a sua vontade, esta previsão por si só não é suficiente (ou entendemos que não deveria ser), para forçar o arguido a realizar um exame contra a sua vontade. É necessário haver uma conjugação entre a previsão legal e a ponderação da proporcionalidade que o TEDH fala no caso *Jalloh*.

Compreende-se que estes exames podem ser de extrema importância para a descoberta e perseguição penal, mas também consideramos que o ordenamento jurídico deveria tratar de uma forma mais delicada situações que interferem com o corpo do individuo e a disposição do mesmo. Por esse motivo concordamos com a ideia de que, não sendo um direito absoluto, o *nemo tenetur* no contexto de sujeição a exames só deverá ser restringido quando a restrição do direito em concreto seja significativamente inferior aos bens e direitos que visamos proteger. É uma questão de aplicabilidade prática dos preceitos constitucionais ao caso concreto. Desta forma a aplicação do artigo 172º do CPP tornar-se-ia mais justa e assim conseguiríamos compreender e visualizar com mais facilidade a aplicabilidade do *nemo tenetur* em outras vertentes que não apenas o direito ao silêncio.

⁶⁴ Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, ob. cit. Pág. 23 3 31.

Em suma, as decisões analisados pelo TEDH apesar de criarem uma certa corrente jurisprudência, no que toca ao âmbito de aplicabilidade do princípio no ordenamento jurídico de cada estado membro, essa jurisprudência não é de todo absoluta pois, analisando caso a caso, os estados membros vão adaptando a forma como resolvem cada questão desde que assegurem o respeito pelo acordado na CEDH. Acabamos assim por obter situações como as que se verificam no nosso ordenamento jurídico em que o princípio é aplicado, mas não em toda a sua extensão.

Jurisprudência Portuguesa

Acórdão do STJ - Processo nº 171/12.3TAFLG.G1-A.S1 de 21-10-2014

A jurisprudência tem vindo a ser unânime relativamente à existência e aplicabilidade do *nemo tenetur* no nosso ordenamento jurídico⁶⁵. Analisando os acórdãos do STJ, do TRL, TRC e TRP, encontra-se várias situações em que o *nemo tenetur* é tido em conta no processo exatamente como a doutrina já nos tinha mostrado ao longo deste trabalho.

No caso do acórdão do STJ, de fixação da jurisprudência (processo nº 171/12.3TAFLG.G1-A.S1) a questão do *nemo tenetur* surge, não num contexto de sujeição a exames corpóreos mas sim de realização de autógrafos para posterior perícia.

Temos assim a questão de saber se, a recusa da realização de autógrafos (para posterior exame e perícia), incorre ou não num crime de desobediência.

Este caso chegou ao STJ após ter sido julgado pelo TRG, nele os arguidos foram condenados pelo crime de desobediência após se recusarem a prestar autógrafos. O presente acórdão transmite-nos ideia da maioria da doutrina e da jurisprudência nacional tem da aplicabilidade e abrangência do princípio do *nemo tenetur*.

Resumidamente, o STJ foi chamado a pronunciar-se sobre a admissibilidade de uma recusa de prestação de autógrafos e se a mesma constituiria um crime de desobediência. Numa primeira abordagem o STJ refere que as diligências a que o arguido pode ser obrigado encontram-se especificadas pela lei (nos art.º 60º, 61º, nº3 alínea d) do CPP) e delas não consta resulta a recolha de autógrafos. Logo, se o arguido não é obrigado à recolha, não pode incorrer num crime de desobediência por se recusar a realizar tal recolha.

Analisada a questão de o arguido não poder contribuir para a sua própria incriminação, concluíram por negar provimento ao recurso, justificando que, apesar de tal exame não ter consagração obrigatória no CPP ou em qualquer legislação avulsa, o mesmo não consiste em nenhuma “ofensa, atentado aos direitos de personalidade relacionados com a honra, bom nome, reputação ou integridade física e moral. Referindo o acórdão ainda que “ (...) um

⁶⁵ Acórdão do STJ, de 28-05-2014, Proc. 171/12.3 TTAFLG.G1-A.S1, nº 3º Secção, relator Armindo Monteiro.

estado não pode demitir-se do dever de assegurar o valor-pilar da descoberta da verdade material, salvaguardando, é certo, os direitos do arguido (...) ” e ainda “ os exames grafológicos envolvem uma participação ativa do arguido, sem a qual não é possível a sua efetivação, constituem um dever especial para aquele que emerge, com outros, da conjugação dos art.ºs 60º e 61º n.º 3 d) ”.

(...) O direito à não autoincriminação relaciona-se, em primeira linha, com o respeito pela vontade da pessoa do acusado em permanecer em silêncio e (...) não abrange já a utilização, em processo penal de elementos suscetíveis de serem obtidos do acusado através do exercício do poder compulsivo, contando que a respetiva existência seja independente da vontade do suspeito, tais como documentos apreendidos em buscas, amostras de sangue ou de urina e tecidos corporais para testes de ADN”.⁶⁶

Este entendimento leva a crer que, apesar do arguido estar protegido pelo princípio do *nemo tenetur*, este de nada lhe serve quando, numa situação de sujeição a exames, sejam recolhidos elementos/substâncias que existam independentemente da sua vontade. **Mas assim sendo em que ponto é que fica a possibilidade de se recusar a incriminar-se através de outros meios que não o oral?**

De acordo com esta análise, o *nemo tenetur* tem aplicabilidade apenas no que diz respeito ao direito ao silêncio, pois apenas nesse campo (aparentemente) é que da vontade do suspeito depende a produção oral das declarações.

Entende-se que esta teoria não deveria ser aceite, pois prejudica e coloca em causa todo o princípio em si. Assim sendo, não seria possível, a nível prático, o arguido proteger-se situações incriminatórias em outro campo que não o direito ao silêncio e a aplicabilidade prática do mesmo perderia sentido e utilidade.

Atualmente, apenas no que diz respeito ao direito ao silêncio têm vindo a observar o *nemo tenetur*, não obstante a mais ampla afirmação desse princípio a nível do TEDH. Para além desta teoria, no mesmo acórdão foi referido que a colheita de sangue não constitui nenhuma declaração pelo que não viola o direito a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado, apenas constitui a base de uma mera perícia de resultado que irá servir para a construção de um perfil genético.

⁶⁶ Ac., cit., pág. 15

Este entendimento faz sentido se se analisar o *nemo tenetur* num âmbito minimalista⁶⁷, onde se restringe o direito ao silêncio apenas às provas por declarações, mas essa ideia está bastante limitada e ultrapassada na medida em que sabemos que não é apenas através de declarações orais que o arguido pode fornecer provas e com isso incriminar-se. Qualquer meio ou forma de se fornecer provas incriminatórias deve ser tida em conta, seja através de atos ou fluidos corporais ou declarações.

Tudo o que serve para demonstrar uma determinada realidade deveria ser tido em conta (conceção maximalista do *nemo tenetur*). Para além disso, não é pelo fato de tais substâncias existirem além da vontade do arguido, que passa a ser possível a sua utilização contra o mesmo. O sangue, a saliva etc. podem realmente existir sem a vontade do arguido, pois trata-se do sistema normal de qualquer organismo humano, mas devemos ter em conta que tais substâncias não existem nem subsistem caso o arguido não exista, ou seja, apesar de “existirem sem que o arguido possa dizer que sim ou que não, elas não subsistem fora do arguido. Trata-se de um todo que não podemos separar, a partir do momento que separamos essas mesmas substâncias estas têm um prazo de validade.

Sendo assim, não aceitamos a tese de que o direito à não incriminação não abrange a utilização no processo de elementos que “existam independentemente da vontade do arguido”, sabendo que esses elementos são partes integrantes de um todo (o corpo do arguido) e ao mesmo tempo o corpo do arguido é uma parte necessária para a existência de tais substâncias.

Da mesma forma que não percebemos a passagem no acórdão em que se refere que o direito a não autoincriminação relaciona-se, em primeira linha, com o respeito pela vontade do arguido em permanecer em silêncio⁶⁸. Ou seja, percebemos e aceitamos esta ideia, mas o que nos parece errado é o fato de a mesma ser aceite e mesmo assim não ser respeitada no âmbito prático por se considerar que silêncio remete apenas às declarações orais. O TEHD considera que o *nemo tenetur* existe para defender a dignidade da pessoa humana e essa dignidade pode ser colocada em causa em muitas outras situações, que não as declarações orais. Na verdade entende-se ser mais fácil ofender a dignidade da pessoa ao compeli-la a

⁶⁷ Ac. cit., pág. 10,

⁶⁸ Ac. cit., pág. 15

sujeitar-se a um exame que irá ser demasiado invasivo no seu corpo, ou forçá-lo a ter uma atitude passiva contra a sua vontade (forçando-o simplesmente a realizar um exame) do que propriamente força-la a prestar declarações. Não que entendamos que as declarações não têm a sua importância e o seu peso (o direito à palavra é algo que nunca poderemos perder), mas o direito a dispor do nosso corpo tem de igual modo um peso significativo na vida e no bem-estar de qualquer pessoa.

Analisando o acórdão, percebe-se porque o STJ considerou a recusa de fornecer o autógrafo como crime de desobediência. Não considera que tal exame (ainda que possa incriminar o arguido) deva ser levado em conta nos termos do exame que aqui se analisa, não é invasivos e nem transpõe a barreira da pele do arguido. Os exames que pretendemos que sejam levados a cabo com um maior rigor (nas situações do art.º 172º CPP) são os exames que realmente podem ferir a dignidade do arguido, são os exames que realmente podem ter alguma consequência a nível da pessoa e do seu corpo. O fato de o arguido fornecer um autógrafo em nada ou muito pouco pode prejudicar a sua dignidade, trata-se de um simples gesto (já sabemos que o *nemo tenetur* não é um princípio absoluto que possa ser utilizado para toda e qualquer situação).

Pode haver quem contra-argumente referindo que assim o arguido não estará a poder dispor da sua letra. Sim, é verdade, mas a limitação desse direito em comparação a realização de um superior (resolução de um crime de falsificação de documentos e consequente normalização da sociedade), conforme dispõe a CRP no art.º 18º nº 2 talvez esteja justificada.

Acórdão do TRP- Processo nº 1728/12.8JAPRT.P1 de 10-07-2013, relator Joaquim Gomes

Este acórdão do Tribunal da Relação do Porto, assim como o acórdão supra analisado, vêm transmitir um entendimento da aplicação do *nemo tenetur*, mas agora num contexto amplo e ao mesmo tempo restrito, ou seja, não incluindo caso em concreto sob a proteção do *nemo tenetur* num contexto de sujeição a exames.

A questão analisada no presente acórdão foi a admissibilidade da determinação de um exame pericial através da recolha da saliva bucal do arguido, utilizando o método de zaragatoa, ainda que por via compulsiva.

Esta recolha seria posteriormente utilizada para determinação do perfil genético dos arguidos e conseqüente comparação com vestígios biológicos anteriormente recolhidos.

Lembrando ainda que estavam em causa crimes como associação criminosa, detenção de explosivo improvisado, dano qualificado e furto qualificado.

Perante os fatos o tribunal entendeu que o exame pericial era válido negando provimento ao recurso interposto por um dos arguidos. Os fundamentos utilizados para esta decisão foram os mesmos que vêm sendo utilizados por grande parte da jurisprudência. Mas no caso em concreto verificamos a necessidade e admissibilidade da restrição.

Vejamos

O tribunal entendeu que realmente a integridade física do arguido é inviolável, conforme consagra a própria Constituição da República, no entanto este direito não é absoluto. Assim como outros direitos fundamentais, a integridade física pode ser restringida, caso sejam tidos em conta os princípios da legalidade, da intervenção mínima e da proporcionalidade. Segundo o entendimento do tribunal e de grande parte da jurisprudência, a restrição dos direitos só é admissível e legítima respeitando os princípios supra referidos e quando se pretenda salvaguardar com essa restrição um outro direito também ele constitucionalmente previsto.

No nosso entender, tendo em conta os crimes em causa no processo, a conseqüência social da não punição dos seus autores, em confronto com o direito à integridade física dos arguidos (num contexto de sujeição a um exame de recolha de saliva), torna-se claramente

perceptível a ideia de Augusto Silva Dias/Vânia Costa Ramos, quando referem que é necessário haver uma ponderação entre o direito restringido e o direito que se visa proteger.

Entendemos que os interesses em causa são manifestamente superiores, ao direito que irá ser restringido, na medida em que os crimes alegadamente praticados pelos arguidos são crimes de graves e consequentemente de grande impacto social. Este tipo de situações assim como no caso da obrigatoriedade de prestar autógrafos para comparação da caligrafia⁶⁹, o direito do arguido é de facto restringido, mas num contexto mínimo. O recurso a zaragatoa bucal, não consideramos que se enquadre num tipo de restrição que ofenda a integridade física do arguido da mesma forma que a introdução de sondas na garganta ou a de comprimidos para forçar o vômito⁷⁰. Ainda que concordemos com o que Patricia Naré dispõe sobre a não existência de uma intervenção mínima, não conseguimos aceitar essa teoria neste caso em concreto.

Os crimes que estão em causa e até a consequência que a resolução deste processo terá para a segurança (se encarrarmos a existência de um crime de associação criminosa e de detenção de explosivos) são manifestamente superiores não obstante assim à medida de sujeição a exames. Conforme vem mencionado no próprio acórdão “*deve-se atentar, entre outras coisas, à natureza e ao grau de constrangimento que é causado*”. Segundo este entendimento a natureza e o grau do constrangimento não são significativos o suficiente para se colocar em causa a não resolução de um processo com crimes desta natureza. Os critérios do artigo 18º da CRP são respeitados neste caso em concreto. Temos claramente uma restrição de um direito constitucionalmente previsto, mas limitado ao necessário para se salvaguardar outro interesse também eles merecedores de proteção.

Desta forma abraçamos novamente a conceção maximalista do *nem tenetur*, aceitando que o mesmo é de facto suscetível de abranger a outras formas de incriminação que não as declarações orais, mas entendemos assim como vem consagrado no art.º 18º da CRP, que essa abrangência em alguns casos não aplicada de forma a se salvaguardar outros direitos.

A questão que se colocará prende-se por vezes com o facto de a vontade de recusa do arguido não ter sido levada em conta. E estamos a forçá-lo a ter uma atitude passiva perante a realização de um exame que o mesmo recusa. Ora bem, sabemos e é ponto assente na doutrina

⁶⁹ Acórdão do STJ, de 21-10-2014 - Processo nº 171/12.3TAFLG.G1-A.S1;

⁷⁰ Como no caso supra analisado do *Jalloh vs Alemanha*;

e na jurisprudência que o *nemo tenetur* não é absoluto, logo não podemos querer aplicar o mesmo de uma forma linear para todas as situações independentemente do contexto e do caso em jogo. Entendemos que para se fazer uma aplicação justa teremos que analisar caso a caso e verificar se tendo em conta o caso em concreto a necessidade de restrição de um direito do arguido (tendo em conta a sua possível autoincriminação), é ou não necessária. Não basta a letra do artigo 172º do CPP, consagrar que o arguido pode ser compelido a realizar os exames. O exame em causa no presente acórdão tratava-se de um exame simples e sem grandes interferências no corpo do arguido, mas mesmo assim há que se realizar uma ponderação justa e proporcional antes de o juiz de instrução ordenar a realização do mesmo. Com referem Augusto Silva Dias/Vânia Costa Ramos⁷¹, a previsão legal da obrigatoriedade de sujeição a exames não tem a força normativa bastante para legitimar a realização do mesmo.

⁷¹ Augusto Silva Dias/Vânia Costa Ramos, ob. cit. Pág. 31.

Acórdão do TRP- Processo nº 0546541 de 02-05-2007, relator Luís Gominho⁷²

Este acórdão do Tribunal da Relação do Porto aborda a questão da validade da prova, obtida através de um exame de recolha de saliva por zaragatoa bucal, contra a vontade do arguido e por autorização do MP.

Temos aqui uma situação semelhante do acórdão supra analisado, mas em que a questão que nos parece central é a entidade competente para ordenar a realização do exame.

O processo veio anteriormente do Juízo-A do Tribunal de Instrução Criminal do Porto, onde o magistrado do MP ordenou a realização dos exames à saliva dos arguidos, através da zaragatoa bucal. Um dos arguidos interpôs recurso alegando o seguinte:

- O arguido no direito português só pode ser submetido a uma colheita de vestígios biológicos para análise de ADN, com o seu consentimento livre e esclarecido;
- Que havendo recusa da sua parte em realizar o exame, a sua realização coativa seria manifestamente ilegal, por não existir suporte legal e nesses casos nem o intérprete nem o aplicador de direito podem colmatar tal lacuna;
- (...)
- Seria inconstitucional, a norma do art.º 172º nº 1 do CPP, se fosse interpretada no sentido de possibilitar ao MP ordenar a sujeição desse exame;

A decisão do TRP foi no sentido de dar procedência ao recurso interposto pelo arguido, não considerando válida a realização do exame quando autorizada pelo MP e não aceitando a valoração dessa prova.

Está decisão entendemos fazer todo o sentido, pois conforme referimos anteriormente este tipo de exames que colocam em causa a integridade pessoal e à reserva da vida privada do arguido tem necessariamente de ser ordenada pelo juiz de Instrução criminal. O CPP consagra estas obrigatoriedades nos artigos 154º, nº 3 e 269º, nº 1 al. b).

A presença do juiz de instrução neste momento é necessária precisamente para assegurar o respeito e preservação da integridade física do arguido. Mais ainda, o juiz de

⁷² Acórdão disponível no site <http://www.dgsi.pt/>.

instrução é que melhor poderá fazer a ponderação necessária para decidir pela restrição ou não de um direito fundamental do arguido. Este género de decisões não pode ser colocada na mãos do titular da ação penal, sob pena de não se conseguir em algumas situações a imparcialidade necessária e o discernimento necessário para ponderar pela restrição ou não de um direito em prol da resolução do processo.

Existindo uma previsão legal que obriga a que tal ordem seja decretada pelo juiz de instrução não nos parece errada a decisão do tribunal de dar provimento ao recurso.

Relativamente aos outros fundamentos utilizados pelo arguido, entendemos que a realização do exame, não será em bom rigor ilegal, se atendermos ao fato de que essas situações possam ocorrer em casos que o bem jurídico que se pretenda salvaguardar seja superior ao interesse que se irá restringir.

Ou seja, entendemos que, existindo uma situação de possível sujeição a exames contra a vontade do arguido, essa sujeição deverá ter e conta a necessidade de aplicação dessa medida, grau da restrição dos direitos fundamentais do arguido, e se a sujeição a exames será medida mais adequada para resolver a situação em causa. Teremos em bom rigor de aplicar os requisitos que a constituição consagra para se restringir um direito fundamental (necessidade, adequação e justa medida/proporcionalidade).

Efectivamente existem suportes legais para se restringir um direito fundamental, mas esse mesmo suporte legal tem que ser interpretado e aplicado de acordo o que a Constituição diz e da forma mais correta para o caso concreto.

Efectivamente não basta, relembando novamente Augusto Silva Dias/Vânia Costa Ramos, a existência da previsão legal indicando a possibilidade de se compelir alguém a realizar o exame, é necessário uma justa ponderação antes. Caso contrário iremos cair no erro de em todas as situações independentemente do que estiver em causa, aceitar que o arguido seja compelido a realizar exames mesmo que exista a menor proporcionalidade entre o grau de intromissão/restricção do seu direito e a necessidade da realização de tal medida.

Real aplicabilidade do princípio

Com base em tudo o que foi analisado até agora torna-se mais fácil definir uma posição perante este tema. Foram analisadas várias situações, acórdãos e obras doutrinárias que nos apontam para uma aplicabilidade ponderada, e controversa por vezes, do *nemo tenetur* nas situações diversas do direito ao silêncio.

1. Inicialmente pode-se constatar que o princípio do *nemo tenetur* é um mecanismo de defesa que está ao dispor do arguido para situações em que este se sinta próximo de uma qualquer autoincriminação, ou seja, serve-lhe como defesa para situações que através de declarações/atos possa se prejudicar. Esta definição continua a ser encarada por nós como real e como sendo o motivo prático do *nemo tenetur*.

Analisando os acórdãos do TEDH sobre o tema verificamos, claramente esta realidade prática, situações em que o arguido foi utilizado pelo sistema como objeto para a sua própria incriminação. Em sua defesa recorre ao TEDH para proteger a sua pessoa enquanto sujeito processual (por isso detentor de direitos) e não como mero objeto processual (um simples meio para atingir o fim que é a descoberta da verdade).

2. Para além disso, também ficou claro na elaboração deste trabalho que o princípio do *nemo tenetur* não é um conceito novo, ele já vem sendo aceite pela doutrina/jurisprudência há alguns anos. Teve o seu reconhecimento a partir do momento em que os sistemas jurídicos reconheceram a importância da dignidade da pessoa humana. Trata-se portanto de um acompanhar da evolução e do crescimento da “mentalidade” social e do papel do ser humano perante a sociedade. Qualquer Estado de direito consagra e respeita este princípio (temos o exemplo da nossa CRP, nos seus art.º s 1º e 2º); precisamente por isso, a dignidade e o respeito pelo ser humano são tão importantes.

Se não houvesse este respeito e esta preocupação pelo ser humano não estaríamos perante nenhuma evolução e o princípio do *nemo tenetur* não teria importância (como era na altura do modelo inquisitório), pois o objetivo final era simplesmente a

descoberta da verdade material independentemente da utilização do arguido como objeto dessa própria descoberta.

3. Em várias ocasiões (acórdãos e textos doutrinários⁷³), somos confrontados com a existência de várias situações que suscitam a discussão deste princípio nomeadamente:

- Entrega de Documentos;
- Silêncio (dentro do qual se inclui a valoração das declarações prestadas sob coação);
- Provas extraídas à força do organismo do arguido;

Estas são as situações descritas por alguns autores⁷⁴ e consideradas como passíveis de terem a proteção do *Nemo Tenetur*, visto que a nível do TEDH tiveram essa mesma proteção. São situações em que a dignidade da pessoa humana é passível de ser colocada em causa, assim como a autodeterminação do arguido. O TEDH entende que a autoincriminação está intimamente relacionada com a vontade do arguido e o seu respeito⁷⁵. Sendo esta declaração verdadeira constatamos que, a nível prático, a regra é da aceitação e respeito pela aplicabilidade do *nemo tenetur* em todas as suas vertentes, ainda que existam divergências doutrinárias relativamente ao alcance do mesmo⁷⁶. Mas essa mesma aplicabilidade prática, não ocorre da mesma forma num contexto de direito ao silêncio ou de sujeição a exames.

De todas as vertentes do princípio do *nemo tenetur* apenas uma delas tem tido uma aceitação plena e unânime por parte de toda a doutrina. Arriscamos até dizer que apenas nessa vertente (direito ao silêncio), a jurisprudência aceita a aplicabilidade imediata e sem requisitos.

O direito ao silêncio tem uma proteção plasmada ao longo do nosso CPP, dando ao arguido a possibilidade de se proteger em situações em que o sistema poderia colocá-lo contra si mesmo. Há quem diga que este direito do arguido é mesmo um direito de mentir, visto que o mesmo só tem a obrigação de responder com a verdade a questões sobre a sua identidade (art.º 61 n.º 3 al. b).

Em contrapartida, tratando-se das restantes situações, nomeadamente da sujeição a exames, a proteção prevista tanto no CRP como no CPP não são assim tão imediatas, pois já se constou anteriormente que as mesmas podem ser restringidas em prol de um outro direito

⁷³Paulo Sousa Mendes, ob. cit. pág. 209-215; Joana Costa, “O princípio do *Nemo Tenetur* na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, Revista do Ministério Público out-dez 2011, n.º 128, pág. 117-183.

⁷⁴ Paulo Sousa Mendes, ob. cit. pág. 209-215.

⁷⁵ Joana Costa, ob. cit. pág. 131

⁷⁶ Esta divergência resulta das teorias amplas e restritivas supra mencionadas ao longo do trabalho.

fundamental. Ou seja nestas situações ainda que o *nemo tenetur* possa ser aplicado, de forma a se garantir a proteção do arguido num caso de autoincriminação, a CRP consagra que essa proteção ocorre mas não de forma absoluta ou imediata. Há que se realizar uma ponderação efetiva, dos direitos em causa. Ou seja o aplicador do direito terá que analisar se o direito que se pretende salvaguardar é superior ao direito que se irá restringir. Não se trata em bom rigor de estarmos a qualificar quem tem um direito superior a quem, mas temos que verificar uma proporcionalidade entre ambos.

Um outro ponto muito importante que se constatamos durante a elaboração deste trabalho (acórdão nº 155/2007 do TC) foi que, no que diz respeito à sujeição a exames, o nosso CPP consagra a obrigatoriedade por parte do arguido. Dito de outra forma, o CPP utiliza a palavra “compelir”, que de uma forma simples significa que o arguido pode ser forçado a realizar os exames mesmo que não queira. Trata-se de uma obrigatoriedade prevista pelo CPP e que tem até proteção da CRP, na medida em que a mesma admite restrições aos direitos e liberdades do cidadão mediante previsão legal (art.º 18 nº 2º CRP).

Neste ponto, concordamos com Augusto Silva Dias/Vânia Costa Ramos, que “*a previsão legal da obrigatoriedade de sujeição a tal exame ou perícia, por si só, não possuem a força normativa bastante para (...) legitimar a diligência probatória forçada ou coativa*”, é necessário existir por parte do aplicador do direito um análise e ponderação entre os direitos em causa. Esta situação de restrição de um direito constitucionalmente consagrado, não pode ser feita de ânimo leve ou apenas por se querer o fim último do processo penal (descoberta da verdade material).

O arguido acaba por perder a sua capacidade de comando e determinação o seu corpo. Trata-se de um ato que consideramos não poder ser forçado por qualquer motivo ou justificação.

O arguido é detentor de direitos que devem ser (e são), constitucionalmente protegidos, mas essa proteção não é absoluta e ao ser restringida deve obedecer aos requisitos elencados na própria CPR.

É estranho percebermos como a CRP protege um direito e ao mesmo tempo admite a sua restrição. Sendo por isso tão difícil perceber em que ponto começa a proteção e em que ponto poderá começar a restrição ou violação da mesma. A nível prático não é assim tão fácil construir essa linha e, sendo assim, talvez a lei devesse ter uma outra solução para questões tão sérias como o corpo humano e o respeito pelo mesmo.

A doutrina e a jurisprudência não defendem que o princípio do *nemo tenetur* deveria ter um carácter absoluto, assim com o TEDH também não o faz.

Com base em tudo o que foi analisado, as questões que nos propusemos a responder no início deste trabalho acabam por finalmente conseguirem resposta.

Lembramos que as questões eram:

- **Como deverá ser encerrada a palavra “compelir”?**

Neste ponto conseguimos perceber que a palavra compelir pode ser encarada sim no verdadeiro significado do termo, ou seja, a possibilidade de recurso à força por parte dos agentes de forma a obrigarem o arguido a realizar os exames⁷⁷. O que importa deixar claro é que, em momento nenhum, a jurisprudência refere que essa força possa ser encarada na sua forma extrema e com isso provocar lesões no arguido. Ao ser compelido a realizar os exames, os mesmos são feitos respeitando sempre a dignidade e a pessoa do arguido.

No entanto devemos deixar claro que o fato de a palavra compelir, estar consagrada na lei, não significa que o aplicador do direito possa forçar o arguido a realizar todo e qualquer exame, sem ponderar sobre os valores, direitos e interesses em jogo. Não basta a previsão legal. É necessário haver da parte do juiz de instrução uma análise detalhada e ponderada sobre a real necessidade de se submeter o arguido, a um exame contra a sua vontade, ainda mais se o grau da intervenção for grande o suficiente para ofender a dignidade, a integridade física do arguido.

- **Será que neste ponto não deverão ser considerados os preceitos constitucionais relativamente ao respeito pela dignidade da pessoa humana?**

Como se referiu no próprio acórdão (nº 171/12.3TAFLG.G1-A.S1 STJ) **“mesmo nos casos havidos classicamente de tolerância passiva não deixa de coexistir uma participação ativa, como é o caso de sujeição a recolha de sangue, saliva, urina, corte de cabelo, tecidos corporais (...) em que sem a colaboração do arguido expondo voluntariamente o seu corpo fica comprometido o resultado a alcançar”**.

Nós entendemos que se forem respeitados os critérios de ponderação supra mencionados, o aplicador do direito irá sempre respeitar a dignidade do arguido. Sabemos que existe uma previsão legal, art.º 156º n.º 6 do CPP, que consagra que as perícias realizadas no corpo, são

⁷⁷ Acórdão 155/2007, do TC pág. 1

realizadas de forma a não criar perigo para a saúde do visado, mas de nada vale esse cuidado se não forem tidos em conta outros critérios.

Se efectivamente o artigo 172º do CPP, for utilizado de uma forma arbitrária, sem existir uma justa ponderação antes de se forçar o arguido a realizar um exame, entraremos num campo onde o *nemo tenetur* deixa de fazer sentido aplicando-se apenas no direito ao silêncio.

Como consagra o acórdão supra mencionado, a humilhação de se ser instrumento “*in se*” de pesquisa e a passividade não deixam de constituir uma violência contra a pessoa humana. Nestas situações a impotência pode ser pior para a pessoa. Não se trata de um direito absoluto, por isso em algumas situações mesmo tendo em conta a dignidade da pessoa humana, os direitos do arguido são necessariamente restringidos porque os direitos que irão ser salvaguardados obrigam necessariamente a tal.

De acordo com o consagrado no art.º 18ºnº2 CRP “ **só a lei pode restringir os direitos, liberdades e garantias (...) devendo as restrições limitar-se ao necessário para a salvaguarda dos direitos ou interesses constitucionalmente protegidos**”. Tornar-se-ia impossível proteger os direitos de todos os cidadãos sem ter que limitar os direitos de outros. “A minha liberdade termina aonde começa a liberdade de outra pessoa”.

Esse é o problema em causa, neste momento entendemos que o ordenamento jurídico não tem essa delimitação clara e com isso acabamos por restringir direitos que talvez nem fossem precisos de restringir se houvesse uma justa ponderação antes. Não podemos colocar como justificativa apenas a prossecução do interesse público para fundamentar diligências de provas que incidem sobre o corpo do arguido.⁷⁸ Tratando-se de direitos fundamentais a lei é bastante rigorosa a nível da sua restrição pois são necessários a verificação de vários requisitos cumulativamente, numa questão tão importante não poderia ser de outra forma. Logo há que existir uma maior ponderação e fundamentação para se proceder a uma restrição desta natureza.

Trata-se de um pequeno detalhe que a nível teórico pode parecer pouco mas que a nível prático é muito pois delimita bastante a margem de manobra que o arguido tem para sua defesa e protecção.

Em suma e com base em todos estes pontos fica claro que o princípio do *nemo tenetur* existe e é aceite no nosso ordenamento jurídico mas a sua aplicabilidade real e prática esta

⁷⁸ Augusto Silva Dias/Vânia Costa Ramos, ob. ct. pág. 31

plasmada no direito ao silêncio. Como refere prof. Dr. Augusto Silva Dias “este direito constitui o núcleo do *nemo tenetur*” e é verdadeiramente neste direito que o princípio em causa se contempla.

Num contexto de sujeição a exames o *nemo tenetur* também é aceite por alguma parte da doutrina, mas é mais difícil de conseguirmos verificar a sua aplicabilidade prática, tendo em conta que muitas vezes o aplicador do direito não faz uma justa ponderação antes de restringir (e assim não aplicar o princípio) o direito do arguido.

É de fato uma possibilidade que a CRP e o CPP consagram, ou seja os direitos podem ser restringidos, mas essa restrição deverá seguir critérios de justa ponderação entre o direito protegido e o direito restringido. Ainda que em alguns acórdãos tenhamos concordado com a decisão do tribunal, tal concordância limita-se ao fato de que consideramos que no caso em concreta aquela decisão seria a mais acertada.

O princípio do *nemo tenetur* é uma garantia para o arguido no processo, e essa garantia deve ser reconhecida e respeitada em todas as suas vertentes. Ainda que não possamos atribuir-lhe um efeito absoluto, devemos pelo menos tentar garantir a possibilidade de a mesma poder servir os seus objetivos na maioria dos casos.

Entendemos que no nosso ordenamento jurídico existe uma lacuna legislativa a respeito deste tema, lacuna essa que permite ao aplicador do direito ponderar por seu livre entendimento quando aplicar ou não o *nemo tenetur* num contexto de sujeição a exames. Apesar de se aceitar a existência deste princípio não se consegue garantir a sua aplicabilidade em outras vertentes que não o direito ao silêncio.

Tal entendimento depreende-se do facto de na prática a aplicabilidade do *nemo tenetur* as questões de sujeição a exames, se encontrar ainda um pouco inconsistente. Dependendo da aplicação e interpretação que o aplicar do direito faça dos requisitos constitucionais para a restrição de direitos fundamentais.

Sendo o *nemo tenetur* aceite por toda a doutrina e jurisprudência de uma forma unânime⁷⁹, entende-se que deva ser aceite no seu todo e para isso concordamos com Paulo Sousa Mendes quando refere que “ (...) **este princípio carece ainda de uma fundamentação última de carácter não processualista, mas antes de ordem material e substantiva, ligando-o desta feita aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana**”.

⁷⁹ Paulo Sousa Mendes, ob. cit. pág.209

É necessário que a própria CRP consagre a sua proteção e a sua ligação aos direitos fundamentais de forma a não continuarmos a ter citações como a que encontramos no processo n° 171/12.3TAFLG.G1-A.S1 do STJ onde é referido que o direito à não

autoincriminação relaciona-se com a vontade da pessoa do acusado e não com elementos que existam independentemente da sua vontade e que são suscetíveis de serem obtidos do acusado através do exercício de poderes compulsivos. Não é pelo fato de o sangue, a urina, os tecidos corpóreos existirem além da vontade do arguido que deixam de fazer parte do mesmo. Esses elementos são um todo que constituem o arguido como um ser vivo.

Para conseguirmos um processo justo e equitativo como o TEDH tem vindo a aplicar na sua jurisprudência⁸⁰ teremos que encarar o *nemo tenetur* de outra forma e conseguir observá-lo além do direito ao silêncio.

O silêncio não pode ser encarado apenas no sentido de recusa de prestar declarações verbais, o silêncio deveria ser encarado como toda e qualquer forma de recusa de transmitir informações. Deveria ser encarado segundo uma conceção maximalista encarando assim que o *nemo tenetur* (direito à não autoincriminação) recai sobre toda e qualquer forma com que o arguido possa se incriminar.

Atualmente com a evolução da ciência os elementos como sangue, cabelo, tecidos corpóreos etc., têm tido cada vez mais importância a nível processual, ganhando assim um lugar de destaque na resolução de vários crimes. De acordo com a conferência da CNECV⁸¹ sobre a base de dados de perfil de ADN em Portugal, a criação deste perfil genético teve em grande conta o problema que isso acarretaria para o arguido⁸². Sabiam que ao criar este perfil seria difícil encontrar um equilíbrio aceitável entre a necessidade de tratamento dos dados genéticos e a proteção do indivíduo.

De fato este tem sido um problema, pois não basta a doutrina referir que uma colheita de sangue não constitui nenhuma declaração mas sim um contributo para uma mera perícia de resultado incerto⁸³, e que por isso não se encaixa num caso de autoincriminação. Com o resultado desse exame o arguido acabará por contribuir para a sua própria incriminação.

⁸⁰Joana Costa, “O princípio do *nemo tenetur* na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, Revista do Ministério Público out-Dez 2011, n° 128, pág. 117.

⁸¹ Conferencia Nacional da Ética para a Ciência da Vida
http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1415190079_Livro%20bioetica_15_Base%20de%20dados%20de%200perfis%20de%20DNA.pdf

⁸² CNECV, Base de dado do perfil de ADN em Portugal, pág. 38

⁸³ Processo n° 171/12.3TAFLG.G1-A.S1 STJ, pág. 16

Este tipo de tecnologias teve o seu fundamento no objetivo de reforçar a segurança dos cidadãos com meios mais eficazes para combater a criminalidade⁸⁴, mas para isso em muitos casos tem que condicionar os direitos, liberdades e garantias da proteção da dignidade

humana do cidadão. No caso em concreto acaba por condicionar a dignidade humana do arguido assim como o direito de autonomia e autodeterminação sobre o seu corpo, em prol da proteção da sociedade.

O que acaba por estar em causa é a proteção do Estado (num contexto de garantir a segurança e o cumprimento da ordem na sociedade) versus a proteção da dignidade humana do arguido. E nestes termos, num contexto processual, compreende-se que por vezes exista a tendência a se tentar proteger um, não ponderando todas as consequências que advém da restrição do outro.

Mas o erro (consideramos) não está no fato de proteger-se o Estado, mas sim na forma legislativa que se tem no momento. Se analisarmos a nossa legislação atual verificamos que a aplicabilidade do *nemo tenetur*, num contexto de sujeição a exames está delimitada pela apreciação e ponderação do juiz de instrução criminal. Não existe nenhuma norma que reconheça ou determine claramente como devem ser resolvidos os casos que enquadrem a sujeição a exames. Ficando a aplicabilidade limitada a uma ponderação por parte de juiz, entendemos que nesta vertente o *nemo tenetur* acaba por ficar limitado, ao contrário do que se verifica com a aplicabilidade do mesmo princípio na vertente do direito ao silêncio. A letra da lei conforme se encontra neste momento, pode dar origem a interpretações que por vezes não correspondem ao que o legislador pretendia e com isso ocorrerem situações de restrição de um direito quando na prática não era necessário.

Entendemos que existindo uma alteração legislativa, onde fosse consagrada claramente a aplicabilidade do *nemo tenetur* numa vertente de sujeição a exames, e consequentemente a forma e os critérios para a sua não aplicação, seria a melhor solução. Ainda que já resulte do artigo 154º nº 3 do CPP, que “*Quando se tratar de perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento, o despacho previsto no número anterior é da competência do juiz, que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado*” entendemos que na prática essa ponderação tem vindo a ser utilizada em benefício da resolução do problema e não em proteção do arguido. Analisando a jurisprudência a as

⁸⁴ CNECV, Base de dados do Perfil de ADN em Portugal, pág. 37.

decisões proferidas sobre este tipo de despachos, a regra é a da restrição dos direitos do arguido, justificando-se que **“a colheita de materiais biológicos, em si mesma considerada, não chega a constituir verdadeiramente um atentado à integridade física - tratar-se-á de**

uma agressão insignificante”⁸⁵. Augusto Silva Dias/Vânia Costa Ramos, afirmam que a previsão legal da obrigatoriedade não é força normativa bastante para legitimar a diligência de prova, e com eles concordamos, mas o fato é que atualmente a previsão legal do artigo 172º do CPP, conjugada com o artigo 154º nº 3 do CPP tem vindo a servir de base (quando mal interpretada), para legitimar a realização desta diligência de prova.

A ponderação, que atualmente se tem verificado entre a restrição ou não dos direitos fundamentais do arguido muitas vezes não é feita da melhor forma. Existem acórdãos onde verificamos a seguinte justificação “ *o corpo do arguido é, em si mesmo um meio de prova, pelo que, sobre aquele, impende a obrigação de se sujeita às diligências de prova previstas na lei*”⁸⁶. Com uma justificação deste género verificamos que apesar de existir uma previsão legal que obriga a uma ponderação justa e necessária antes de autorizar a realização do exame, contra a vontade do arguido, essa ponderação muitas vezes é feita de forma pouco rigorosa ou respeitadora dos critérios necessários (necessidade adequação e justa medida).

Nesse sentido, de forma a tentar-se conciliar tanto o funcionamento do sistema processual, como a garantia do arguido, propõe-se uma alteração legislativa no sentido de garantir a proteção e aplicação do *nemo tenetur* numa conceção maximalista, considerando que existem outras formas de autoincriminação além de declarações. E consagrando que a sujeição a exames (ou qualquer meio de obtenção de prova, que ponha em causa a dignidade ou autodeterminação do arguido) passa a ser um recurso utilizado apenas em último caso, esgotando todos os meios de obtenção de prova existente em primeira linha.

Não devemos continuar a acreditar que pelo facto de ser um exame exigido por lei, ou pelo facto de estarmos a tentar alcançar a verdade material, que obrigatoriamente o arguido deve ser compelido a realizar os exames. Em muitos casos esses exames não são de forma imperativa a única via para a descoberta da verdade. Podem sim ser por vezes o caminho mais fácil, mas o facto de ser o caminho mais fácil e mais rápido não pode ser justificação para se ordenar a realização do exame, tendo em conta o que o mesmo irá implicar.

⁸⁵ Acórdão nº 155/2007 - processo nº695/06, relator Conselheiro Gil Galvão, 3º Secção do Tribunal Constitucional, pág. 7.

⁸⁶ Acórdão do TRL- processo número 6553/2007-5 de 24 de Agosto de 2007

O nosso corpo também fala e com o avançar da ciência cada dia constatamos que, através do corpo, podemos saber bem mais do que imaginamos. Desta forma conseguiríamos garantir um processo justo equitativo e que não atribui falsas garantias ao arguido.

Ou então reformulamos a lei de forma a deixar claro que, apesar de o TEDH assegurar uma conceção maximalista do *nemo tenetur*, deixando que o mesmo seja usado em situações de exames realizados contra a vontade do arguido (recorrendo à força),⁸⁷ no nosso ordenamento jurídico não o faremos. Não, pois o objetivo no processo é a descoberta da verdade material, e conseqüente responsabilização do arguido. Sem ter em conta a utilização do arguido como um meio de prova contra si mesmo.

Assim sendo, existe uma lacuna legislativa a nível das questões relacionadas com a utilização do corpo do arguido como fonte de prova. E essa lacuna acaba por originar em algumas situações uma má interpretação e conseqüente aplicação do princípio do *nemo tenetur*.

⁸⁷ Caso Jalloh vs. Alemanha, pode ser encontrado no site:
<http://www.sistemacriminal.org/site/index.php/leituras-sugeridas/jurisprudencia/129-o-caso-jalloh-vs-alemanha>.

Conclusão

É evidente que num estado de direito democrático não se pode atribuir um carácter absoluto a um princípio ou até mesmo a um direito fundamental, ainda que seja um direito tão valioso e importante como a dignidade humana ou a integridade física. Estes direitos são, sim, protegidos constitucionalmente e são suscetíveis, de ser restringidos num determinado momento em prol de um direito igualmente fundamental (art.º 18º CRP).

O sistema processual tem como objetivo garantir a segurança e a tranquilidade do estado e da sociedade e para isso faz os possíveis para conseguir alcançar a verdade em cada processo, de forma a restabelecer a ordem possível na sociedade.

Apesar de se estar de acordo nestes termos também acreditámos⁸⁸ que a investigação processual não tem que ser levada a cabo a qualquer preço, existem limites que têm e devem ser respeitados de forma a garantir que a evolução dos modelos processuais que temos vindo a ter não tenha sido em vão. Devemos manter sempre a ideia de que a evolução deve ser sempre para um sistema melhor e com o objetivo de manter essa evolução e não de retroceder.

Se neste momento, apesar de todos os valores constitucionais e de todos os direitos que se atribui aos cidadãos, houver um retrocesso para um momento em que o arguido não passa de um objeto no processo haverá uma rotura sem dimensão no sistema processual. Se a legislação não for capaz de garantir, ainda que de forma mínima, um determinado meio de defesa para o arguido, a própria credibilidade do sistema vai ser afetada. E no momento em que ninguém confiar no sistema do que é que adianta a existência do mesmo?

Não podemos perder de vista que, sendo arguido num processo, ele é detentor de direitos, direitos que a constituição não retira simplesmente por estar a correr um processo contra ele. Segundo a própria constituição todo o arguido presume-se inocente até ao trânsito em julgado da sentença (art.º 32º, nº 2). Sendo assim, a sua integridade física, a sua autonomia pessoal, a sua dignidade não podem ser colocadas em causa. Sabe-se que, não sendo direitos absolutos, podem ser restringidos em algumas situações, mas o que está em causa neste momento é o fato de apesar da existência de critérios de ponderação, para restrição desses direitos, muitas vezes a má interpretação da norma origina uma aplicabilidade errada da mesma.

⁸⁸ Assim como Patrícia Naré Agostinho, ob. cit. Pág. 69.

Não se considera aceitável que, numa situação em que o *nemo tenetur* é globalmente aceite, este não possa ser aplicado para a proteção do arguido numa situação de recusa de exames.

Os exames podem por vezes ter uma grande intromissão no corpo da pessoa. São situações que intrometem com a intimidade, com o seu corpo, com o objeto mas precioso de qualquer ser humano que é ele mesmo.

Por esse motivo não pode tal exame ser realizado contra a vontade do mesmo apenas porque a lei o determina, não podemos invadir o corpo de alguém com base em justificações e critérios pouco viáveis e sem ponderação. Passando por cima da sua vontade, da sua autonomia pessoal e principalmente da sua liberdade de disposição de si mesmo. Não se trata de um simples objeto que irá ser utilizado e depois devolvido, o problema vai além disso, o “objeto” em causa tem vontade própria, tem direitos e um deles é de dispor do seu corpo e de decidir sobre o mesmo.

Como Augusto Silva Dias/Vânia Costa Ramos referem “à medida que nos vamos afastando das concretizações nucleares, como o direito ao silêncio ou a não entrega de documentos íntimos, a proteção de que o princípio goza vai-se relativizando, isto é, ficando dependente de concordâncias práticas⁸⁹.”

Quando o princípio do *nemo tenetur* não é compreendido em toda a sua amplitude, todas estas questões ficam em causa, não se trata apenas de restringir um direito para a proteção de outro como o art.º18º CRP dispõe. Restringir é algo que pode ocorrer porque nunca será possível garantir a proteção a todos, mas é possível tentar minimizar essa restrição garantindo que os critérios de proporcionalidade, adequação e justa medida sejam cumpridos em situações além do direito ao silêncio. É possível deixarmos a teoria e alargarmos à submissão a exames, só é preciso pormos fim ao silêncio da lei relativamente à falta de regulamentação sobre este tema em concreto. Deixando claro que a ponderação antes da decisão de restrição dos direitos do arguido deve ser feita de forma justa, necessária e a luz dos critérios da CRP.

⁸⁹ Augusto Silva Dias, Vânia Costa Ramos, ob. cit. Pág. 23.

E assim garantirmos ainda que, se o arguido recusa ser utilizado como um objeto contra si mesmo, essa recusa é tida em consideração, ocorrendo uma análise e ponderação da necessidade efetiva para a realização desse exame.

Não obrigando o arguido a agir contra a sua vontade, contra a sua autodeterminação e, principalmente, a ficar numa posição passiva perante um ataque contra o seu direito de proteger a sua dignidade e integridade física.

Bibliografias

ANDRADE, Manuel da Costa – “*Sobre a proibição de prova em Processo Penal*”, Coimbra Editora, 2013.

AGOSTINHO, Patrícia Naré – “*Instruções Corporais em Processo Penal*”, Coimbra Editora, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes – “*Direito Constitucional e Teoria da Constitucionalidade*”, Almedina, 7º edição.

DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa – “*O direito à não auto-incriminação (Nemo Tenetur se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-ordenacional Português*”, Coimbra Editora, 2009.

COSTA, Joana – “*O Princípio do Nemo Tenetur na Jurisdição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*”, Revista do Ministério Público nº 128: Outubro- Dezembro 2011.

MARTINS, Joana Boaventura – “*Da Valoração das Declarações de Arguido Prestadas em fase Anterior ao Julgamento*”, Coimbra Editora, 2014.

MENDES, Paulo de Sousa – “*Lições de Direito Processual Penal*”, Almedina, 2013.

MESQUITA, Paulo Dá – “*Processo Penal, Provas e Sistema Judiciário*”, Coimbra Editora, 2010.

PALMA, Maria Fernanda, “*A Constitucionalidade do art.º 342 do Código Processual Penal (o direito ao silêncio do arguido)*”, separata da revista Ministério Público nº 60, 1995.

SANTOS, Gil Moreira dos – “*Princípios e Prática Processual Penal*”, Coimbra Editora, 2014.

O princípio do *Nemo Tenetur* no contexto da sujeição a exames por parte do arguido

SILVA, Germano Marques da – *Direito Processual Penal Português, Noções Gerais Sujeitos Processuais e Objeto*, Universidade Católica Editora, 2013

SOARES, Quirino – “*Direito Processual Penal*” Tomo I e II, Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, s.d.

Dissertações

AMARAL, Mário Pedro da Rosa – “Coimas de concorrência: direito do arguido e preço do silêncio”, dissertação de ciências jurídicas e económicas, 2009/2010.

BERNARDO, Joana Sofia Martins Sant`Ana – “O Direito à não autoincriminação e os deveres de colaboração com a administração tributaria”, Universidade Católica Portuguesa, 2014

CASTRO, Bruna Abranches Arthidoro de – “A incursão no Direito Comparado da (in) viabilidade das intervenções corpóreas em sistema processuais penais”- extensão e limites do nemo tenetur se ipsum Accusare, faculdade direito Lisboa, 2010.

CRUZ, Joana Maria Ferreira da – “Nemo Tenetur se Ipsum Accusare e a obrigação de sujeição a exames”, Faculdade de Direito Lisboa, 2001

LIMA, Sónia Belo Campos – “Âmbito do nemo tenetur se ipsum Accusare no direito processual penal português, com destaque para a sua aplicabilidade aos casos de recolha de provas por instrução corporal”, Faculdade de Católica Portuguesa, junho de 2014

LIMA, Sônia Silva Brito – “Presunção da Inocência -In Dubio Pro Reo – Doutrina e Jurisprudência pertinentes aos reflexos que tais princípios incidem sobre o estatuto do arguido, enquanto objeto de medidas (cautelares) de coação, enquanto meio de prova moldando todo o processo penal”. Relatório de Doutoramento.

MAIA, Rodrigo de Almeida – “O Direito ao silêncio: Gênese histórica e desenvolvimento no sistema anglo-saxónico (o princípio nemo tenetur se ipsum Accusare no âmbito processual penal),” Faculdade de Direito de Lisboa, 2009.

RAMOS, Vânia Costa – “Corpus Juris 2000, Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum Accusare”, faculdade direito de Lisboa, 2004/2005

Webgrafia

- BRAVO, Jorge dos Reis – “Intervenções corporais probatórias e direitos fundamentais: compatibilidade e limites”.
<http://recil.grupolusofona.pt/bitstream/handle/10437/3460/2972-10282-1-PB.pdf?sequence=1>
- MENDES, Paulo Sousa – A questão do Aproveitamento Probatório das declarações processuais do arguido anterior ao julgamento.
http://www.idpcc.pt/xms/files/Noticias_e_Eventos/Sousa_Mendes_Aproveitamento_das_declaracoes_do_arguido_anteriores_ao_julgamento.pdf
- MOREIRA, Sara Filipa Leitão de Maia – “ O Princípio nemo tenetur se Ipsum Accusare, Faux Friend”
http://cabodostrabalhos.ces.uc.pt/n10/documentos/3.1.4_Sara_Filipa_Leitao_de_Maia_Moreira.pdf
- NEMO Tenetur ipsum Accusare:
<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28698/3/O%20principio%20nemo%20tenetur%20se%20ipsum%20accusare.pdf>

- JACINTO, Teodósio – “ O modelo de Processo Penal entre o inquisitório e o acusatório: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento do inquérito”, colóquio Direito Penal e Processo Penal, STJ 3/6/2009. http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/dtopenalprocesso_teodosiojacinto.pdf
- RAMOS, Vânia Costa (power point) – O Processo Penal Português panorama introdutória, Berlim, Novembro 2005. <http://www.rathenau.com/dljvpt.ppt>
- Panorama da Garantia de Vedação da Auto incriminação no cenário internacional e supranacional (Direitos de Miranda, EUA). http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/14970/14970_7.PDF
- Convenção Europeia dos Direitos do Homem. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf
<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>
- Conferência CNECV (Convenção Nacional da Ética para Ciência da Vida) sobre a base de dados de perfil de ADN em Portugal. http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1415190079_Livro%20bioetica_15_Base%20de%20dados%20de%20perfis%20de%20DNA.pdf

Legislação

- Constituição da República Portuguesa
- Código Processo Penal
- Código Penal
- DL. n° 15/93 de 22 de Janeiro, Regime Jurídico do Tráfico e Consumo de Estupefacientes e Psicotrópicos, assinado em 30 de Dezembro de 1992, disponível para análise em:
http://www.sicad.pt/BK/Institucional/Legislacao/Lists/SICAD_LEGISLACAO/Attachments/692/dl_15_93.pdf
- https://www.infarmed.pt/portal/page/portal/INFARMED/LEGISLACAO/LEGISLACAO_FARMACEUTICA_COMPILADA/TITULO_III/TITULO_III_CAPITULO_III/068-DL_15_93_VF.pdf
- Lei n° 5/2008 de 12 de Fevereiro
Base de dados de Perfil de ADN, identificação civil e criminal
http://www.inml.mj.pt/wdInmlwebsite/data/file/Lei%205_2008_Aprova_a_Criacao_da_BD_ADN.pdf

Jurisprudência

- www.dgsi.pt
- Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 155/2007 de 02 de Março de 2007, processo nº 695/06, Relator Conselheiro Gil Galvão, disponível para análise em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html?impressao=1>
- Acórdão do STJ, Processo nº 171/12.3TAFLG.G1-A.S1 de 21-10-2014, relator Armindo Monteiro, disponível para análise em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/51e3488081f4667680257dff004fade5?OpenDocument>
- Acórdão do TRP, processo nº 1728/12.8JAPRT.P1 de 10-07-2013, relator Joaquim Gomes, disponível para análise em: <file:///D:/Pessoal/Tese/Teses/Nova%20Tese/Pesquisa/Jurisprud%C3%Aancia%20da%20Rela%C3%A7%C3%A3o%20do%20Porto%20em%20texto.html>
- Acórdão do TRP, processo nº 0546541 de 02-05-2007, relator Luís Gominho, disponível para análise em: <file:///D:/Pessoal/Tese/Teses/Nova%20Tese/Pesquisa/Ac%C3%B3rd%C3%A3o%20do%20Tribunal%20da%20Rela%C3%A7%C3%A3o%20do%20Porto.html>
- Acórdão do TRL, processo 6553/2007-5, de 24-08-2007, Relator Vieira Lamim, disponível para análise em: <http://www.dgsi.pt>
- Acórdão do TRC, Processo nº 387/08.7GTLRA.C1, Relator José Eduardo Martins, disponível para análise em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/7c6e7385780b41b18025797d0041963f?OpenDocument>
- Decisão do TEDH no Jalloh vs Alemanha: <http://www.sistemacriminal.org/site/index.php/leituras-sugeridas/jurisprudencia/129-o-caso-jalloh-vs-alemanha>