

Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência v. direito à não auto-incriminação (notas de estudo)

*«Não existe um processo penal válido sem prova que o sustente, nem um processo penal legítimo sem respeito pelas garantias de defesa»
(Teresa Pizarro Beleza e Frederico Costa Pinto)**

*«(...) le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l' 'accusé'. En mettant celui-ci à l'abri d'une coercition abusive de la part des autorités, ces immunités concourent à éviter des erreurs judiciaires et à garantir le résultat voulu par l'article 6» (TEDH)***

*«The international community, due to the operation of international and regional conventions protecting fair trial rights, has come a very long way from the unabashed and egregious violation of the dignity and personality of the individual in judicial proceedings. It is the sacred and solemn duty of every judicial institution to respect and give benevolent construction to the provisions guaranteeing such rights instead of giving such a construction as to whittle down their effects»
(TPIY)****

1. Questiona-se se a recusa por parte do arguido em prestar autógrafos pode ou não integrar a prática de um crime de desobediência previsto e punível pelo artigo 348.º, n.º1, alínea b) do Código Penal.

Em regra, a recusa ocorre em sede de inquérito por crime de falsificação de documento, depois de o Ministério Público ter expressamente advertido o arguido de que incorria na prática de um crime de desobediência.

* Tereza Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto (coord.), *Prova Criminal e Direito de Defesa*, Coimbra, 2011, Almedina, págs 5 (Nota de Apresentação).

** Ac. do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 3 de Maio de 2001, *J.B. c. Suíça*, n.º31827/96, §64, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/>, assim como os demais deste Tribunal.

*** Ac. do Tribunal Penal Internacional para a ex Jugoslávia de 19 de Janeiro de 1998, *Prosecutor v. Zenil Delalic, Zdradvko Mucic, Hazim Delic e Esad Landzo*, proferido no caso *Mucić et al. (IT-96-21) "Čelebići Camp"*, disponível em <http://www.icty.org/>.

Não está em causa o poder de a autoridade judiciária competente, nomeadamente o Ministério Público em sede de inquérito, ordenar a realização de uma recolha de autógrafos, diligência para a qual o arguido, devidamente notificado para o efeito, tem o dever de comparência.

Do que verdadeiramente se trata é, antes, de saber se a autoridade judiciária competente pode compelir o arguido¹, sob pena de desobediência, à prestação de

¹ É controvertido se a expressão “pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária”, constante do n.º1 do artigo 172.º do actual Código de Processo Penal, comporta ou não o recurso ao uso da força. A doutrina portuguesa encontra-se dividida entre aqueles que recusam o uso da força [cfr. Helena Moniz, “Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, ano 12, n.º2, Abril-Junho 2002, págs. 249-251, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva Dias, “Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial”, in *Revista do CEJ*, 2º semestre, 2005, n.º 3, pág. 210, Sónia Fidalgo, “Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, *RPCC*, ano 16, n.º1, Janeiro-Março 2006, pág. 135, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ªed, Coimbra editora, 2007, pág. 456, Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra Editora, 2009, pág. 30, nota 60] e aqueles que a permitem [Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, Lisboa, 2007, Universidade Católica Editora, págs. 464-465, em anotação ao artigo 172.º Pedro Verdelho, “Técnica no Novo C.P.Penal: Exames, Perícias e Prova Digital” www.cej.mj.pt/cej/forma...08/.../provatecnicacoimbra2007pv.pdf (informando que neste sentido também se pronunciara Rui Pereira, em conferência sobre a Revisão do Código de Processo Penal, realizada em 11-5-2007, no Centro de Estudos Judiciários) e - ao que parece - Simas-Santos e Leal Henriques, *Código de Processo Penal Anotado*, vol. I, 3ªed, Lisboa, 2008, Rei dos Livros, pág. 1111].

A jurisprudência admite a legalidade e constitucionalidade da colheita compulsiva, sob ameaça ou com recurso à força física, de amostras biológicas (cabelo, saliva, urina ou sangue) para determinação do ADN do arguido (Acs da Rel. de Coimbra de 9-1-2002, proc.º n.º 3261/2001, rel. Oliveira Mendes, da Rel. de Lisboa de 24-8-2007, proc.º n.º 6553/2007, rel. Vieira Lamin, da Rel. do Porto de 3-5-2006, proc.º n.º 0546541, rel. Alice Santos, de 10-12-2008, proc.º n.º 0844093, rel. Maria Elisa Marques, de 13-9-2006, proc.º n.º 0641683, rel. Luís Gominho e de 10-7-2013, proc.º n.º 1728/12.8JAPRT.P1, rel. Joaquim Gomes, todos disponíveis em www.dgsi.pt). Como se referiu em jeito conclusivo neste último aresto: “Recapitulando, podemos considerar que as intervenções corporais como modo de obtenção de prova, como seja a recolha de saliva através de zaragatoa bucal, podem ser obtidas por via compulsiva, para determinação do perfil de ADN e posterior comparação com vestígios recolhidos no local do crime, mostrando-se aceitáveis e legitimadas se estiverem legalmente previstas (i), perseguirem uma finalidade legítima (ii), mostrarem-se proporcionais entre a restrição dos direitos fundamentais em causa (integridade pessoal; intimidade, autodeterminação informativa) e os fins perseguidos (iii), revelando-se idóneas (a), necessárias (b) e na justa medida (c). Para o efeito essas intervenções corporais devem ser judicialmente determinadas (iv) e estar devidamente motivadas (v), não sendo admissíveis quando corresponderem, na sua execução, a tratamentos desumanos ou degradantes (vi), optando-se, neste casos e em sua substituição, por qualquer outra mostra de fluído orgânico que possa ser devidamente recolhida para determinação do ADN (vii)”.

Também o Ac. da Rel. de Guimarães de 15 de Outubro de 2012 proc.º n.º 21/10.5JABRG. G1, rel. Cruz Bucho (sumariado na Colectânea de Jurisprudência Ano XXXVII, Tomo IV,

autógrafos ou se, pelo contrário, o arguido pode legitimamente recusar-se a participar naquela diligência de prova.

Trata-se de uma questão ainda hoje controvertida, objecto de interpretações divergentes e com inegável interesse teórico e prático, desde logo porque convoca a aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* o qual, como certamente aponta a Prof.^a Ada Pellegrini Grinover “coloca-se, (...), na encruzilhada entre os valores maiores da liberdade e da dignidade humana com a necessária operacionalidade da persecução penal. Se, de um lado, o processo que hoje se busca é, antes de mais nada, um ‘processo de resultados’, como instrumento adequado à atuação do direito objetivo, dentro da ideia de sua efetividade, é preciso, ao mesmo tempo, colocar limites à atuação estatal, que deve escrupulosamente observar os direitos da defesa. Mas essa equação é particularmente difícil de ser resolvida em certos casos, em que a colaboração do acusado se torna elemento imprescindível para que o processo alcance aquele grau de certeza - senão de verdade - que permita um julgamento justo, à luz da prova produzida”².

2. O Código de Processo Penal de 1929, no seu artigo 195.º, regulava expressamente o “exame para reconhecimento de letra”.

pág.279-280, texto integral disponível em www.colectaneadejurisprudencia.com.) entendeu que a circunstância de a recusa ser punida criminalmente (artigo 53.º, n.º4 do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro) não obsta à realização coactiva ou sob ameaça de execução forçada de exame radiológico ao arguido que transportava no seu corpo produtos estupefacientes, desde que ela tenha sido ordenada por despacho judicial, com integral respeito pelos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade e a realização da diligência, por técnico habilitado e com o máximo respeito pela dignidade do examinando, não coloque em perigo a vida ou a saúde do arguido.

O Tribunal Constitucional, no seu Ac. n.º 161/2005, disponível em www.tribunalconstitucional.pt, assim como os demais deste Tribunal, pronunciou-se pela constitucionalidade de “uma norma infraconstitucional que permita a detenção de arguido pelo tempo indispensável à realização da diligência de exame pericial psiquiátrico a levar a cabo na sua pessoa sob a presidência de agente do Ministério Público ou de juiz”. O mesmo Tribunal Constitucional, no seu Ac. n.º 155/2007, ainda antes de publicada a Lei n.º 5/2008, já entendia que os artigos 61.º n.º3, alínea d), 172.º, n.º1 ambos do Código de Processo Penal e o artigo 6.º, n.º1 da Lei n.º 45/2004, interpretados de forma combinada continham a norma de habilitação que permitia coactivamente submeter o arguido a recolhas biológicas para exame de ADN. O que o Tribunal Constitucional afastou foi que essa recolha coactiva pudesse ser realizada sem autorização de um juiz.

Trata-se, porém, de questão de que não cuidaremos desde logo porque, como é bom de ver, em sede de recolha de autógrafos o uso da força sempre se revelaria impossível ou impraticável (veja-se, a propósito, o Ac da Rel. de Coimbra de 12 de Dezembro de 2007, proc.º n.º 845/06.8TAACB-A.C1, rel. Jorge Dias, in www.dgsi.pt).

² Na “Apresentação à Edição” da tese de doutoramento de Maria Elizabeth Queijo, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, São Paulo, 2ª ed., 2012, Editora Saraiva, pág. 21.

Segundo o §3 daquele normativo legal “O juiz ordenará, quando for necessário, que a pessoa a quem é atribuída a letra escreva na sua presença e na dos peritos, quando eles o pedirem, as palavras que lhe indicar. Se ela se recusar a escrever, incorrerá na pena de desobediência qualificada, sendo presa imediatamente e aguardando o julgamento sob prisão, se antes não cumprir a ordem do juiz, fazendo-se de tudo menção no auto da diligência.”

Hoje a situação é inteiramente distinta.

O Código de Processo Penal de 1987 não contém disposição equivalente ao citado artigo 195.º.

Como veremos, antecipando a conclusão, inexistente hoje qualquer disposição que expressamente obrigue o arguido a sujeitar-se a esta concreta e específica diligência e que regule a consequência da eventual recusa.

Estando em causa o posicionamento do arguido no processo penal, como logo se intui dificilmente poderia ser de outra forma.

Como bem sublinhava Bettiol:

«Quase não há um instituto de processo penal que não revele a sua intrínseca natureza política e não seja, portanto, a expressão de uma ideia que supera o plano da realidade prática e a espelhe em termos de orientação política»³.

Entre nós também Cavaleiro de Ferreira assinalava que:

«Não pode dizer-se que o processo penal tenha fundamental e exclusivamente uma natureza formal e técnica. Tem alta significação ética e, empregando a expressão em sentido diferente do normal, política, é nele que se revela mais nitidamente a coordenação do Estado e do indivíduo. É um campo em que se debatem os interesses opostos do Estado, enquanto titular do direito de punir e do indivíduo interessado na defesa da sua esfera jurídica, isto é, do seu direito de liberdade, do seu património, da integridade da sua honra ou reputação, da inviolabilidade do seu domicílio, do segredo da sua correspondência, etc»⁴.

Na síntese do Prof. Figueiredo Dias:

“...o processo penal é um dos ramos de direito mais fortemente *ideologizados*, dada a directa conexão da sua temática com os pressupostos políticos

³ *Instituições de Direito e de Processo Penal*, trad. port. de Manuel da Costa Andrade, Coimbra Editora, 1974, pág. 196.

⁴ *Curso de Direito Processual Penal*, 1959, vol I, pág. 19.

Embora reconhecendo a natureza política do direito processual penal, Rui Pinheiro e Artur Maurício, *A Constituição e o Processo Penal*, 2ªed, Lisboa, 1983, Rei dos Livros, págs. 14 e ss qualificam a perspectiva de Bettiol e de Cavaleiro de Ferreira, em que se enfoca essa natureza e as ilações que daí se extraem, como reveladoras de “uma visão limitada – e por isso mesmo - distorcida da realidade”. Impregnada de um cunho ideológico marcadamente marxista, claramente ultrapassado, a posição de Rui Pinheiro e de Artur Maurício expressa a este respeito tem hoje um interesse meramente histórico.

fundamentais de uma comunidade com a ‘concepção do homem’ que lhe subjaz”⁵.

Convém não esquecer que o Código de Processo Penal de 1929 era um diploma de cariz nitidamente autoritário, que foi elaborado em plena Ditadura Militar e que, com sucessivas alterações, vigorou ao longo do Estado Novo, reflectindo necessariamente concepções do mundo e da vida, do estado e do cidadão, da comunidade e da pessoa, que em muitos casos são antagónicas daquelas que desde Abril de 1974 presidem aos destinos da nação portuguesa.

Com efeito, Portugal e o mundo sofreram alterações radicais.

No que concerne à realidade nacional, o Estado Novo foi derrubado por um golpe militar que procurou instituir um outro regime de cariz democrático e social, cujas traves mestras constam da Constituição de 1976.

E, como afirma o Prof. Germano Marques da Silva:

«Soe dizer-se que o direito processual penal é direito constitucional aplicado porque anda estreitamente associado às normas constitucionais na medida em que é a Constituição que define a estrutura do estado, as relações entre o estado e os cidadãos e os direitos, liberdades e garantias fundamentais das pessoas. Não é de estranhar por isso, a grande importância que assumem as normas directamente atinentes ao processo penal que constam da Constituição e que à medida que se vão aprofundando e desenvolvendo os direitos, liberdades e garantias das pessoas também se vão aprofundando e desenvolvendo as normas da *constituição processual penal*»⁶⁻⁷.

⁵ “A Nova Constituição da República e o Processo Penal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 36, Jan-Dez. 1976, pág. 99.

⁶ Anotação ao artigo 32.º da Constituição da República, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, págs. 353-354. Sobre as relações entre o processo penal e a Constituição veja-se Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, I, Coimbra Editora, 1974, págs. 74-80, José António Barreiros, *Processo Penal*, Coimbra, 1981, Almedina, págs 187-189, Faria Costa, “Um olhar cruzado entre a Constituição e o processo penal”, in *A Justiça nos dois lados do Atlântico-Teoria e Prática do Processo Criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Lisboa, 1998, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, págs. 187-197, Germano Marques da Silva, *Curso de Direito Processual Penal*, I, 4ª ed., 2000, Verbo, págs. 28-30 e 93-96 e Maria João Antunes, “Direito Processual Penal- ‘Direito Constitucional Aplicado’”, in Mário Ferreira Monte (Dir.), *Que Futuro para o Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 2009, págs.745-754.

⁷ Uma das razões apresentadas, em 1983, pelo Prof. Figueiredo Dias para a necessidade de uma reforma global do processo penal português, recusando um mero *aggiornamento* do direito então vigente, consistiu precisamente na afirmação de que “o direito processual penal é (...) ‘direito constitucional aplicado’, ‘sismógrafo ou espelho da realidade constitucional’, ‘sintoma do espírito político-constitucional de um ordenamento jurídico’... e que o nosso Código de Processo Penal vigente provem de 1929 e, por conseguinte, de uma época jurídico-política de *ditadura*” (“Para Uma Reforma Global do Processo Penal Português - Da sua

Ora, a Constituição de 1976 “consagra uma concepção rigorosamente democrática do processo penal, pedra basilar daquele asseguramento do ‘Estado de Direito democrático’ de que fala o preâmbulo constitucional. Os princípios do asseguramento de todas as garantias de defesa do arguido, da presunção da sua inocência, da instrução judicial, da contraditoriedade da audiência, da proibição de provas ilegítimas e, finalmene, do juiz natural ou legal são disso testemunhos eloquentes”⁸.

Acresce que Portugal aprovou, e passou a vigorar na ordem interna com a mesma relevância das normas internas (artigo 8.º da Constituição da República), um conjunto de instrumentos internacionais com enorme relevância no processo penal. A este respeito, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos.

Não surpreende, assim, que no artigo 186.º do Anteprojecto de Código de Processo Penal apresentado pelo então Desembargador Dr. Maia Gonçalves em 1983, a convite do Ministro da Justiça Dr. Menéres Pimentel, em que se continuava a regular o “Exame para reconhecimento de letra”, se omitisse qualquer referência às consequências da recusa⁹.

Por outro lado, o novo processo penal português no quadro de um Estado de direito democrático e social, está hoje *préordenado à concordância prática das três teleologias antinómicas* – realização de justiça no caso, por meios processualmente admissíveis e por forma a assegurar a paz jurídica dos cidadãos - *na busca da maximização alcançável e admissível das respectivas implicações*¹⁰.

Ao nível dos estatutos dos diferentes sujeitos e intervenientes processuais, destaca-se um *reforço da posição jurídica do arguido*, anunciando-se, de igual modo, que *o regime do Código, globalmente considerado, redundava num inquestionável aumento e consolidação dos direitos processuais do arguido. Também aqui, de resto, o respeito intransigente do princípio do acusatório leva o Código a adotar soluções que se aproximam duma efetiva ‘igualdade de armas’, bem como à preclusão de todas as medidas que contendam com a dignidade pessoal do arguido*¹¹.

Necessidade e de Algumas Orientações Fundamentais”, in Ordem dos Advogados, *Para Uma Nova Justiça Penal*, Coimbra, 1983, Almedina, pág.194.

⁸ Figueiredo Dias, “A Nova Constituição da República e o Processo Penal”, cit., pág. 101.

⁹ Ministério da Justiça, *Código de Processo Penal (Anteprojecto)*, Lisboa, 1983. Segundo o n.º 3 do citado artigo 186.º “Não havendo escrito com o qual possa comparar-se a letra a examinar, a pessoa a quem seja atribuída é notificada pessoalmente para escrever, na presença de peritos, as palavras que eles indicarem”.

Para uma síntese das linhas orientadoras deste Anteprojecto veja-se José António Barreiros, *Manual de Processo Penal*, Lisboa, 1989, Universidade Lusíada, págs. 72-75 e Paulo Pinto de Albuquerque, *A Reforma da Justiça Criminal em Portugal e na Europa*, Coimbra, 2003, Almedina, págs. 701-707.

¹⁰ Cfr. n.º2 do preâmbulo do Código de Processo Penal, aprovado pelo Dec.-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro.

¹¹ Cfr. n.º10 do preâmbulo do Código de Processo Penal.

Não é, pois, de estranhar que no quadro de um Estado de Direito material, de raiz democrática e social, seja diversa a solução para o problema de que nos ocupamos.

É o que nos propomos demonstrar.

3. Na sua obra intitulada *Direito Processual Penal*, publicada um mês antes de eclodir o movimento do 25 de Abril e que condensava já um conjunto de propostas que iriam enformar os princípios fundamentais do novo processo penal, o Prof. Figueiredo Dias, salientava que o facto de o arguido ser considerado um sujeito do processo penal “(...) não quer (...) dizer que o arguido não possa, em determinados termos demarcados pela lei por forma estrita e expressa, ser objecto de medidas coactivas e constituir ele próprio um meio de prova. Quer dizer sim, que as medidas coactivas e probatórias que sobre ele se exerçam não poderão nunca dirigir-se à extorsão de declarações ou de qualquer forma de auto-incriminação, e que, pelo contrário, todos os actos processuais do arguido deverão ser expressão da sua livre personalidade”¹².

Efectivamente, segundo o disposto no art. 60.º do Código de Processo Penal de 1987, “Desde o momento em que uma pessoa adquirir a qualidade de arguido é-lhe assegurado o exercido de direitos e deveres processuais, sem prejuízo da aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial e da efectivação de diligências probatórias, nos termos especificados na lei”.

Como bem observa Vânia Costa Ramos, “só a qualidade de sujeito lhe permite gozar de direitos e estar adstrito a deveres”¹³.

Entre os deveres especiais do arguido, o artigo 61.º, n.º 3, alínea d), do Código de Processo Penal prescreve que sobre ele recaem em especial os deveres de “Sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente”.

O dever de sujeição a diligências de prova não abrange, porém, todo e qualquer tipo de provas legalmente admissíveis nos termos do art. 125.º do CPP uma vez que aquelas normas (arts. 60.º, in fine e 61.º n.º 3-d) do CPP) se referem a diligências de

¹² *Direito Processual Penal*, I, Coimbra Editora, 1974, pág. 430.

¹³ Vânia Costa Ramos, “Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documento para prova e nemo tenetur se ipsum accusare – Parte II”, *Revista do Ministério Público* n.º109, Jan-Mar. 2007, pág. 72.

Logo após a entrada em vigor do actual Código de Processo Penal, o Prof. Figueiredo Dias esclareceu que “O Código confere ao arguido o papel de sujeito do processo sob o duplo ponto de vista, que corresponde essencialmente à dupla referência que lhe é feita no texto constitucional: enquanto o arma, por um lado, com um direito de defesa (art. 32.º-1) a que por várias formas confere efectividade e consistência; e enquanto lhe confere, por outro lado, uma fundamental presunção de inocência até ao trânsito em julgado da condenação (art. 32.º-2)”- “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, in Centro de Estudos Judiciários, *Jornadas de Direito Processual Penal-O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, 1988, Almedina, pág. 27.

prova que estejam “especificadas na lei”, o que bem se compreende face aos valores em conflito, de um lado o interesse público da prevenção, investigação e repressão da criminalidade, e de outro, o direito à não auto-incriminação, à integridade pessoal e à própria personalidade da pessoa afectada pelo exame¹⁴.

Não se subscreve, deste modo, o entendimento do Prof. Germano Marques da Silva segundo o qual o arguido “No que às diligências de prova respeita, tem de sujeitar-se a todas as que não foram proibidas por lei (artigo 125.º) e quanto às medidas de coacção e garantia patrimonial apenas às que forem previstas na lei (art.º191.º)”¹⁵.

Salvo o devido respeito, não é isso que resulta da lei.

Como adiante melhor veremos, o que resulta da lei é que o arguido apenas tem de sujeitar-se a diligências probatórias *especificadas* na lei.

A exigência de especificação, isto é de previsão legal (princípio da legalidade), não é formulada pelo legislador apenas relativamente às medidas de coacção mas também quanto às diligências de prova.

Este normativo foi, aliás, claramente inspirado na lição do Prof. Figueiredo Dias:

«(...) Na medida, porém, em que o objecto do exame seja uma pessoa, que assim se vê constrangida a sofrer ou suportar uma actividade de investigação sobre si mesma, o exame constitui um verdadeiro meio de coacção processual - como claramente o inculca, de resto, a 2ª parte do corpo do art. 178.º do CPP, ao estatuir que, para realização de um exame, pode “o juiz [hoje o MP] tornar efectivas as suas ordens, até com o auxílio da força...” -, tendo por isso de

¹⁴ Como bem observa Maria Elizabeth Queijo, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, 2ªed., cit. pág. 480, “Há uma tensão permanente entre o interesse na apuração dos delitos e o respeito aos direitos fundamentais do acusado, entre eles o de não se autoincriminar, que exige uma solução harmoniosa. Ambos os interesses são públicos: o primeiro, voltado à persecução penal, e o segundo, vinculado à construção de um processo penal ético. Não poderá ser inviabilizada a persecução penal, pelo reconhecimento de direitos fundamentais ilimitados, mas não será admissível também que sejam eles, inclusive o nemo tenetur se detegere, aniquilados, para dar lugar ao direito à prova ilimitado e à busca da verdade a qualquer custo, com a colaboração inarredável do acusado”.

¹⁵ *Do Processo Penal Preliminar*, Lisboa, 1990, pág. 444 e *Curso de Direito Processual Penal*, I, 4ª ed., Verbo, 2000, pág. 300. O autor acrescenta ainda que “O arguido pode ser submetido, entre outras, a interrogatório (prova por declarações - art.ºs 140.º e segts), a acareação (art. 146.º), a reconhecimento (art.ºs 147.º e segts), a reconstituição dos factos (art.º 150.º), a perícia e exame (arts. 151.º segts e 172.º), a revista (art. 174.º), etc”. No mesmo sentido, quase *ipsis verbis*, se pronunciaram os Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Código de Processo Penal–Comentários e notas práticas*, Coimbra Editora, 2009, pág.154. Aquela afirmação do Prof. Germano Marques da Silva, foi expressamente reproduzida no recente Ac. da Rel. de Guimarães de 1-7-2013, proc.º n.º 171/12.3TAFLG.G1, rel. Maria Augusta Fernandes, como fundamento para a afirmação da obrigatoriedade de o arguido se sujeitar a recolha de autógrafos e da consequente ilegitimidade da recusa.

submeter-se aos princípios (já acima referidos) que estritamente demarcam a admissibilidade de tais meios e coacção.

Sendo os exames, na parte referida, um meio de coacção processual, as normas que os permitem não poderão deixar de ser entendidas e aplicadas nos termos mais estritos, tal como sucede com os restantes meios de coacção, maxime com a prisão preventiva; em um como em outro caso a liberdade é a regra e a restrição daquela a excepção. Excepção que, aliás, não deixa de ser constitucionalmente imposta: assegurando o art. 8.º, n.º 1, da ConstP a todos os cidadãos o direito à integridade pessoal, quaisquer limitações que a tal direito sejam feitas pela lei ordinária relativa a exames em processo penal terão de obedecer à máxima *strictissime sunt interpretanda*»¹⁶.

Essa especificação na lei (que sempre terá de ser exigida), não pode retirar-se do próprio art. 61.º n.º 3-d) do CPP, sob pena de “dar por demonstrado o que se pretende demonstrar”, como se escreve no Ac. do TC n.º 155/2007.

Mas, para melhor se responder à pergunta de saber se a recolha de autógrafos se encontra ou não especificada na lei, importa conhecer um pouco mais desta diligência de prova e atender à sua natureza.

4. Como é sabido a lei distingue entre meios de prova e meios de obtenção de prova¹⁷.

Assim, rejeitando o regime de tratamento unitário que resultava dos artigos 175.º e seguintes do Código de Processo Penal de 1929, o Código de Processo Penal vigente

¹⁶ *Direito Processual Penal*, I, cit., pág. 439.

No mesmo sentido cfr. o Ac. da Rel. do Porto de 13-9- 2006, proc.º n.º 0641683, rel. Luís Gominho, in www.dgsi.pt, a propósito de uma zaragatoa bucal efectuada ao arguido para recolha de saliva para definição do seu perfil genético, o qual acentuou que “o recurso a tais meios de obtenção da prova só poderão ser ordenados e sobre o arguido impende a consequente obrigação de se sujeitar a eles, tem carácter excepcional, apenas na estrita medida em que se mostrem ineficazes outros meios de prova, devendo observar-se quanto à sua utilização os mesmos princípios que regem a aplicação da medida de coacção da prisão preventiva”.

¹⁷ De acordo com a lição do Prof. Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. II, 5ªed., Lisboa, 2011, Verbo, pág. 280 “Os meios de obtenção da prova distinguem-se dos meios de prova numa dupla perspectiva: lógica e técnico-operativa. Na perspectiva lógica os meios de prova caracterizam-se pela sua aptidão para serem por si mesmos fonte de convencimento, ao contrário do que sucede com os meios de obtenção da prova que apenas possibilitam a obtenção daqueles meios. Na perspectiva técnico-operativa os meios de obtenção da prova caracterizam-se pelo modo e também pelo momento da sua aquisição no processo, em regra nas fases preliminares, sobretudo no inquérito”. Mas, como o ilustre Prof. reconhece, “nalguns casos, o próprio meio de obtenção de prova acaba também por ser também um meio de prova. Assim, por exemplo, enquanto a escuta telefónica é um meio de obtenção de prova, as gravações já são um meio de prova”. “Por isso - conclui o mesmo autor - só tendencialmente os critérios acima referidos para distinguir os meios de obtenção da prova dos meios de prova são válidos (...)”(ibidem).

separou formal e materialmente a perícia que enquadrrou nos meios de prova, dos exames que tratou como meio de obtenção de prova.

É aparentemente fácil a distinção entre exame – meio de obtenção da prova pela qual a autoridade judiciária, o órgão de polícia criminal ou o perito percebem directamente os elementos úteis para a reconstituição dos factos e descoberta da verdade (art. 171.º do CPP) – e a perícia - meio de prova que tem lugar quando a percepção ou a apreciação dos factos exigem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos (artigo 151.º do CPP)¹⁸.

Mas, como entre nós se pronunciou o Juiz Desembargador Dr. Francisco Marcolino de Jesus, na sua valiosa tese de mestrado, e há muito vem sendo assinalado pela doutrina italiana, “A distinção é só aparente, pois que são enormes as dificuldades na distinção. A dificuldade sobe de tom quando se sabe que na base de uma perícia está sempre um exame”¹⁹.

¹⁸ Cfr., v.g., Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. II, 5ªed., 2011, cit., págs. 261 e ss e 281 e ss, em especial, págs. 282-284, Marques Ferreira, “Meios de Prova”, in CEJ - *Jornadas de Direito Processual Penal*, cit., págs. 253 e ss e 263 e ss, Rui do Carmo, “A Prova Pericial: Enquadramento Legal”, in Rui Abrunhosa Gonçalves e Carla Machado (coord.), *Psicologia Forense*, Coimbra, 2005, Quarteto, págs. 37-38, Carlos Pinto de Abreu, “Prova e meios de obtenção de prova: breve nota sobre a natureza e o regime dos exames no processo penal” (conforme intervenção elaborada para o I Congresso de Direito Penal) disponível em <http://carlospintodeabreu.com/> e, na jurisprudência, v.g., o Ac. da Relação de Guimarães de 10-10-2005, proc.º n.º 1717/06-1, rel. Miguez Garcia.

Na lição do Prof. Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. II, 5ªed., 2011, cit., págs 282-283, “Parece que a distinção assenta essencialmente em que a perícia é uma interpretação dos factos feita por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos; os peritos tiram dos vestígios as ilações que eles consentem e são estas ilações, as conclusões periciais, que são submetidas às autoridades para a sua apreciação; as conclusões periciais são os meios de prova. Nos exames, ou a autoridade judiciária se apercebe directamente dos elementos de prova, buscando directamente os vestígios e indícios, pela inspecção do local, das pessoas ou das coisas, e o exame é um meio de obtenção dos vestígios que são meios de prova ou indirectamente, através do auto elaborado por autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal em que se descrevem os vestígios que o crime deixou e os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado”.

¹⁹ *Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal*, Coimbra, 2011, Almedina, pág.142. Também o Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, no seu Parecer n.º 64/2006 (*Diário da República*, 2.ªsérie, N.º242, de 19-12-2006, pág. 29427 e ss), já afirmou que “Apesar da separação dos enquadramentos processuais, a perícia e os exames encontram-se intimamente ligados, criando a solução adoptada algumas dificuldades práticas a que a lei tem vindo progressivamente a dar resposta” (pág. 29428). Já Carlos Pinto de Abreu, “Prova e meios de obtenção de prova: breve nota sobre a natureza e o regime dos exames no processo penal”, cit, embora assinala que “o exame é, a maior parte das vezes, essencial ou imprescindível à realização de um exame”, sustenta que “a distinção entre a figura do exame e a figura da perícia e as suas fronteiras, quer de natureza quer de regime, estão perfeitamente delimitadas”.

E tanto é assim que, para além de por vezes os termos exame e perícia serem utilizados indistintamente, alguma doutrina²⁰, como alguma jurisprudência²¹ e até o próprio legislador²², aludem expressamente a “exames periciais”.

Entre as inúmeras perícias existentes²³ destaca-se o exame para reconhecimento de letra, exame à letra e assinatura ou perícia de comparação de escrita manual, também denominado no Brasil de exame grafotécnico e em Espanha de perícia caligráfica .

Como sinónimo de exame de reconhecimento de letra é frequente falar-se em perícia, prova ou exame grafológico²⁴ .

²⁰ Cfr., v.g., Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva Dias, “Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial”, in *Revista do CEJ*, 2º semestre, 2005, n.º 3, págs. 189, 212, 216, 221, 222 e notas 55 e 59, as teses de mestrado de Maria José Mouraz Lopes dos Santos, *A perícia médico-legal nos casos de violência nas relações de intimidade. Contributo para a sua qualidade*, Porto, 2010, in <http://repositorio-aberto.up.pt> e de Karem Elódia Brito da Silva, *Abuso sexual de crianças: aspectos jurídicos a ponderar no âmbito da perícia médico-legal*, Coimbra, 2010, in <http://docs.google.com>.

Nós próprios usaremos indistintamente os termos perícia e exame pericial.

²¹ Cfr., v.g., o Ac. do TC n.º 165/2005 (que julgou inconstitucional, por violação do disposto no art.º 27.º, n.º 3, alínea f), da Constituição da República Portuguesa, a norma constante do artigo 172.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, quando interpretado no sentido de que pode ser ordenada a detenção judicial de arguido, pelo tempo indispensável à realização de exame médico na sua pessoa e em caso de falta injustificada a diligência anteriormente designada para tal efeito, para garantir a sua comparência em tal diligência a efectuar sob a presidência e direcção de quem pratica o respectivo acto de exame médico) referindo-se expressamente a “exame pericial psiquiátrico”, os Acs do STJ de 7-2-1996, proc.º n.º 48729-3, rel. Cons.º Manuel Saraiva e de 24-5-2008, proc.º n.º 1587/06.OTVPRT.P1.S3, rel. Cons.º Oliveira Vasconcelos, os Acs. da Rel. do Porto de 28-5-2012, proc.º n.º 3352/10.OTCVCD, rel. Ana Paula Amorim e de de 10-7-2013, proc.º n.º 1728/12.8JAPRT.P1, rel. Joaquim Gomes, e o Ac. da Rel. de Guimarães de 27-2-2012, proc. n.º 331/09.4TCGMR, rel. Fernando Freitas, todos in www.dgsi.pt.

²² Cfr., v.g., a Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto, que aprova o regime jurídico das perícias médico-legais (artigo 6.º, n.ºs 3 e 4) à semelhança do anterior Dec.-Lei n.º 387-C/87, de 29 de Dezembro (artigo 27.º, n.º1), a Portaria n.º 175/2011, de 28 de Abril que aprova a Tabela de Custas e Exames e Perícias Médico-Legais e Forenses, na linha da anterior Portaria 625/2005, de 12 de Agosto, a Portaria n.º 685/2005, de 18 de Agosto, que aprova a Tabela de custas de peritos, a Portaria n.º 94/96, de 26 de Março relativa a “Procedimentos de Diagnóstico e dos Exames Periciais necessários à Caracterização do Estado de Toxicod dependência”. Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, Lisboa, 2007, Universidade Católica Editora, pág. 430 salienta mesmo que “(...) o proprio legislador ignora estas distinções [entre exames, pareceres e perícias], como resulta dos novos artigos 156, n.º6 e 172, n.º2”.

²³ Sem qualquer justificação ou esclarecimento, Carlos Pinto de Abreu, “*Prova e meios de obtenção de prova: breve nota sobre a natureza e o regime dos exames no processo penal*”, cit., refere que o exame de reconhecimento de letra previsto no artigo 584.º do Código de Processo Civil “não é verdadeiro exame, mas uma figura mista entre o exame e a perícia”.

²⁴ Assim, v.g., Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, cit., pág. 21, nota 41 e pág. 30, nota 60, Procuradoria-Geral da República, *Relatório dos Serviços do Ministério Público*, 2009, pág. 11, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, As

Esta terminologia deve, porém, ser evitada porque confunde duas realidades completamente distintas.

A análise forense da escrita é uma disciplina científica do âmbito forense²⁵.

As perícias forenses de escrita têm como objectivo principal, através da comparação das características de dois ou mais exemplares de escrita, identificar o autor da escrita questionada²⁶.

Ao perito de escrita é, assim, solicitado que verifique a autenticidade ou que determine a autoria de um escrito.

Diferentemente, a grafologia estuda e analisa a caligrafia com o objectivo de interpretar a personalidade, de traçar o perfil psicológico de um indivíduo²⁷.

No âmbito da perícia forense de escrita, a comparação pode fazer-se com recurso a documentos pré-existentes assinados e/ou redigidos pelo arguido, documentos autênticos ou particulares, os quais poderão para o efeito ser requisitados (no caso de existirem em arquivos ou repartições públicas), apresentados ou apreendidos. Na falta de tais documentos, importará proceder à recolha de autógrafos, com vista à sua

Alterações Processuais Intercalares de 2000, Relatório Preliminar, vol. I, Julho de 2001, págs. 218-222, disponível em opj.ces.uc.pt, o Ac. do STA de 10-4-2002, rec. n.º 101/02-30, rel. Cons.º Benjamim Rodrigues, in *Diário da República* de 8-3-2004, *Apendice*, pág. 930, os Acs. da Rel de Lisboa de 29-11-2000, proc.º n.º 3850/00-3ª, rel. Dias dos Santos, in www.pgdlisboa.pt e de 25-9-2003, proc.º n.º 6848/2003-9, rel. Cid Geraldo, os Acs da Rel. do Porto de 2-2-2005, proc.º n.º 0413844, rel. Élia São Pedro e de 20-9-2006, proc.º n.º 0414881, rel. Jorge França, o Ac. da Rel. de Guimarães de 30-10-2002, proc.º n.º 657-1, rel. Leonel Serôdio e o Ac. da Rel. de Évora de 2-11-2006, proc.º n.º 1266/06-3, rel. Gaito das Neves, todos in www.dgsi.pt.

²⁵ Curiosamente, em 2009 e nos Estados Unidos, um relatório elaborado pelo Committee on Identifying the Needs of the Forensic Sciences Community, do National Research Council, intitulado “*Strengthening Forensic Science in the United States*”, veio relançar a polémica sobre o assunto por ter concluído que “With the exception of nuclear DNA analysis, no forensic method has been rigorously shown the capacity to consistently, and with a high degree of certainty, demonstrate a connection between evidence and a specific individual or source”.

Os tribunais norte-americanos têm, porém, desvalorizado aquela afirmação e considerado “that handwriting comparison and identification as practiced by FBI examiners passes the Frye test for admissibility” (cfr., v.g., o Ac. do District of Columbia Court of Appeals de 9-2-2012, n.º 08-CF-1361, proferido no caso *Robert Petrus v. United States*, disponível em <http://caselaw.findlaw.com/dc-court-of-appeals/1593870.html>).

²⁶ Artur Pereira, *As Perícias na Polícia Judiciária*, pág. 31, disponível em <http://www3.bio.ua.pt/>

²⁷ Cfr. Andreia Gomes Vieira, “Perícia Forense de Escrita Manual vs. Grafologia (Ciência vs. Simbologia)” in *Polícia e Justiça* III série, Julho-Dezembro 2005, n.º 6, págs. 53-68.

comparação com aqueles que se encontram apostas num documento falsificado ou contrafeito²⁸.

Em consequência, a perícia (exame pericial) em causa não pressupõe, necessariamente, uma prévia recolha de autógrafos.

Pelo contrário, senão na generalidade dos casos pelo menos na maior parte das situações, a perícia poderá ser realizada, por vezes até com maior fiabilidade, com recurso a documentos assinados e/ou redigidos pelo arguido²⁹ que o Ministério Público poderá facilmente apreender.

Por isso, até em caso de ausência em parte incerta, ou de incapacidade psíquica ou física superveniente (v.g. resultante de acidente ou de doença, ou de acidente)³⁰ ou de falecimento³¹, a recolha de autógrafos é materialmente impossível e, não obstante, poderá ser realizada a perícia em causa.

Como observa o Prof. Pinto da Costa : “Quando a perícia não pode ser realizada com recolha de autógrafos e de texto (p.ex falecimento da pessoa) e se houver condições para a realização da mesma, esta será realizada pelo método comparativo com o ou os documentos genuínos entregues para a realização da perícia”³².

5. A recolha de autógrafos ou, na impressiva terminologia brasileira, a colheita de padrões gráficos, não é, pois, uma perícia.

²⁸ Como bem assinala Artur Pereira, *As Perícias na Polícia Judiciária*, cit., pág. 17, “Os conceitos de falsificação e contrafacção são frequentemente confundidos mas no âmbito da análise de documentos, ou seja, tecnicamente, são conceitos distintos. Assim, uma falsificação (ou viciação) é um documento parcialmente falso pois há uma alteração de um ou mais elementos que constituem o documento, mantendo-se o respectivo suporte (papel, cartão, etc.) original. A contrafacção pode dizer-se que é uma falsificação completa pois é uma imitação de um documento autêntico em que todos os seus elementos, incluindo o suporte, estão reproduzidos”.

²⁹ Cfr o recente Ac. da Rel. do Porto de 1-3-2013, proc.º n.º 320/08.6TBLSD-A.P1, rel. Maria da Graça Pereira Marques Mira, in www.dgsi.pt assim sumariado: “Havendo nos autos um documento, cujo conteúdo é reconhecido como sendo verdadeiro, por parte da A., incluindo a assinatura nele aposta de "D...", a mesma pessoa cuja assinatura é visada na peritagem ordenada, sendo que, aquela aposição, foi efectuada em momento e local seguramente mais descontraído do que aquele que presidiu à recolha de autógrafos e, por isso, mais fidedigno, compreende-se o interesse e a pertinência da requerida análise dessa letra face ao inconclusivo relatório pericial”.

³⁰ Cfr. Ac. da Rel. de Lisboa de 1-4-2009, proc.º n.º 3431.03.0TBOER-A.L1-6, rel. Granja da Fonseca.

³¹ Cfr. Ac. da Rel. de Coimbra de 12-7-2011, proc.º1624/09.6T2AVR-A.C1, rel. Falcão de Magalhães.

³² *Exames de escrita* in <http://jpintodacosta.pt/>

A recolha de autógrafos reveste natureza instrumental: é um acto preparatório, de recolha, de colheita de elementos (amostras de escrita manual) com vista à realização de uma perícia, de um exame pericial³³.

Ora, conforme assinalado, na base de uma perícia está sempre um exame.

Assim, “Tomando como exemplo um crime de lesão corporal, exame será a descrição dos vestígios do crime materializada no correspondente auto, e perícia o acto que analisa as características do ferimento”³⁴.

Também o exame (pericial) hematológico pressupõe a prévia recolha de uma amostra de sangue.

A este propósito e segundo informam Simas Santos e Leal Henriques, a Comissão revisora da primitiva versão do CPP entendeu “que a recolha de sangue seria um exame, sendo a correspondente análise, uma perícia, esta sim um juízo com elaboração mental”³⁵.

Também os exames para determinação do perfil genético pressupõem a prévia recolha de material biológico (recolha de sangue, saliva, sêmen, etc).

Conforme dispõe o n.º 1 do artigo 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, que aprovou a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, sob a epígrafe “Recolha de amostras com finalidades de investigação criminal”, “1. A recolha de amostras em processo crime é realizada a pedido do arguido ou ordenada oficiosamente ou a requerimento, por despacho do juiz, a partir da constituição de arguido, ao abrigo do disposto no artigo 172.º do Código de Processo Penal”.

Contrariamente ao que fora sustentado por um sector da doutrina³⁶ que, antes da publicação daquela Lei n.º 5/2008, negou a possibilidade de autonomização entre a

³³ Sobre os procedimentos a adoptar vejam-se as *Instruções para a realização de perícias de escrita manual* (de acordo com a Instrução de Trabalho LPC-FEM-IT001 - Edição 2), disponíveis em <http://www.policiajudiciaria.pt/>

³⁴ Cunha Rodrigues, Acta n.º 21 da Comissão revisora da primitiva versão do CPP, de 16-3-1992, apud Simas Santos e Leal Henriques, *Código de Processo Penal Anotado*, vol. I, 3ªed, cit., pág. 1115).

³⁵ *Código de Processo Penal Anotado*, vol. I, 3ªed, cit., pág. 1115. No mesmo sentido se pronuncia Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 429.

³⁶ Cfr., v.g., Sónia Fidalgo, “Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, cit., págs. 138-139. Já anteriormente o Prof. Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, 1992, pág. 80, a propósito da colheita de substâncias biológicas como sangue, esperma, cabelos, tecidos cutâneos, saliva etc, para exame de ADN afirmava que as mesmas reclamavam “uma legitimação que, a não passar necessariamente pelo consentimento, não vemos em qualquer caso que possa pura e simplesmente pedir-se às normas que prevêm a submissão a exames da pessoa”. Em 2005, também Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva Dias, “Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial”, cit., pág. 203, parecia recusar a natureza de exame à recolha daquelas amostras. Na verdade, depois de se interrogar se a

recolha do material biológico (exame) e a posterior análise (perícia), é o próprio legislador (citado artigo 8.º, n.º1 da Lei n.º 5/2008) quem efectua essa autonomização sujeitando a recolha de amostras ao regime dos exames (“ao abrigo do disposto no artigo 172.º do Código de Processo Penal”)³⁷.

Do mesmo modo se entendeu no Ac. da Rel. de Guimarães de 15 de Outubro de 2012³⁸, a propósito de um exame radiológico para detecção, apreensão e posterior perícia dos produtos estupefacientes transportados no corpo do arguido (cfr. artigo 53.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro) que “uma coisa é tirar uma radiografia, isto é sujeitar alguém a Raios X, a radiações electromagnéticas penetrantes, de comprimento de onda muito mais curto do que o da luz visível que vão impressionar as chapas fotográficas (cfr. v.g., L. Manuila, A. Manuila, P. Lewalle e M. Nicoulin, Dicionário Médico, vol. II, Lisboa 2000, pág. 513)”, operação qualificada de exame, “outra coisa é ler a radiografia, interpretá-la, valorar o resultado assim obtido”, o que releva já da perícia.

Conforme foi justamente assinalado nos trabalhos preparatórios da revisão do CPP, recorda-se que a noção de exame prevista na lei não se confunde com a etimologia da palavra, tratando-se antes de um conceito normativo³⁹.

Nesta perspectiva e à semelhança do que sucede noutras situações, nomeadamente com a recolha de amostras biológicas ou com a colheita de impressões digitais⁴⁰,

recolha daquelas amostras implica a realização de exames nos termos do artigo 171.º, n.º1 do CPP e se, na falta de consentimento o arguido pode ser compelido a submeter-se à referida recolha de amostras tal como sucede, quando é compelido à realização de um exame (artigo 172.º n.º1 do CPP), a autora concluiu: “Não podemos esquecer que a pessoa que faz o exame, nos moldes do artigo 171.º n.º1 do CPP, limita-se a proceder a uma ‘inspecção’, não pode recolher amostras, razão pela qual não fará sentido aplicar por analogia (art. 4.º do CPP) o disposto no artigo 172.º n.º1 do CPP”. Vera Lúcia Raposo, “A Vida Num Código de Barras”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. IV, Coimbra Editora, 2010, pág. 943, em comentário ao Ac. do TC n.º 155/2007 considera que à data da prolação daquele acórdão inexistia previsão legal que permitisse a colheita de vestígios biológicos sem o consentimento do arguido.

³⁷ O Tribunal Constitucional, no seu Ac. n.º 155/2007, ainda antes de publicada a Lei n.º 5/2008, já entendia que os artigos 61.º n.º3, alínea d), 172.º, n.º1 ambos do Código de Processo Penal e o artigo 6.º, n.º1 da Lei n.º 45/2004, interpretados de forma combinada continham a norma de habilitação que permitia coactivamente submeter o arguido a recolhas biológicas para exame de ADN (cfr. no mesmo sentido, na jurisprudência dos tribunais superiores os Acs da Rel. de Coimbra de 9-1-2002, proc.º n.º 3261/2001, rel. Oliveira Mendes, da Rel. do Porto de 3-5-2006, proc.º n.º 0546541, rel. Alice Santos, de 10-12-2008, proc.º n.º 0844093, rel. Maria Elisa Marques e de 13-9-2006. proc.º n.º 0641683, rel. Luís Gominho e da Rel. de Lisboa de 24-8-2007, proc.º n.º 6553/2007, rel. Vieira Lamin, todos in www.dgsi.pt).

³⁸ Proc.º n.º 21/10.5JABRG. G1, rel. Cruz Bucho, sumariado na *Colectânea de Jurisprudência* Ano XXXVII, Tomo IV, pág.279-280; texto integral disponível em www.colectaneadejurisprudencia.com.

³⁹ Acta n.º 21 da Comissão revisora da primitiva versão do CPP, de 16-3-1992, apud Simas Santos e Leal Henriques, *Código de Processo Penal Anotado*, vol. I, 3ªed, cit., pág. 1115.

também a recolha de amostras de escrita manual, mediante a recolha ou colheita de autógrafos, reveste a natureza de um exame por via do qual se recolhem indícios relativos às *pessoas que cometeram* o crime (artigo 171.º, n.º1)⁴¹.

6. Mas, nem no actual Código de Processo Penal, nem em legislação processual penal avulsa, existe disposição expressa que regule particularmente esta específica recolha de amostras de escrita.

E, inexistente qualquer disposição legal que crie para o arguido a obrigação de prestar autógrafos.

Não se pretenda encontrar essa habilitação legal no disposto no n.º 1 do artigo 172.º do Código de Processo Penal, segundo o qual “Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”.

Não é pelo facto de a recolha de autógrafos revestir a natureza de exame que por via do citado n.º1 do artigo 172.º o arguido pode ser compelido, sob ameaça de desobediência, a prestar autógrafos.

O n.º 1 do artigo 172.º do Código de Processo Penal apenas permite compelir alguém à realização de um exame *devido*. Mas o exame só é devido ou, em termos mais gerais, o arguido só está adstrito ao dever de se sujeitar a uma específica diligência de prova, quando existir previsão legal para o efeito. É o que resulta dos citados artigos 60.º e 61.º, n.º3, alínea d).

A este respeito é particularmente elucidativo o seguinte trecho do Ac. do TC n.º 155/2007:

«Cremos, em primeiro lugar, que a tentativa de extrair daqueles preceitos do Código de Processo Penal a norma de habilitação para a realização dos exames que agora estão em causa assenta no vício lógico de dar por demonstrado o que se pretende demonstrar. Com efeito, o artigo 172º, nº 1, do Código de Processo Penal, apenas estatui que “se alguém pretender eximir-se [...] a qualquer exame devido [...], pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”, mas não esclarece, só por si, e é isso que está agora em causa,

⁴⁰ Expressamente no sentido de que a recolha de impressões digitais é um exame cfr. Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 429, esclarecendo que a comparação daquelas impressões com as de uma pessoa concreta já é uma perícia.

⁴¹ A Portaria do Ministério da Justiça n.º 175/2011, de 28 de Abril, in *Diário da República*, 1.ª série — N.º 82 — 28 de Abril de 2011, que aprova a tabela de preços a cobrar pela Direcção-Geral de Reinserção Social, pelo Instituto Nacional de Medicina Legal, I. P., e pela Polícia Judiciária por perícias e exames, relatórios, informações sociais, audições e outras diligências ou documentos que lhes forem requeridos ou que por estes venham a ser deferidos a entidades públicas ou privadas, integra a recolha de autógrafos (à qual atribui o valor de 0,4 UC (por hora ou fracção de tempo superior a trinta minutos) entre as “H) Perícias e exames no âmbito da escrita manual”.

quais exames são devidos, isto é, a que tipo de exames é que o arguido tem o dever de se sujeitar. Dito de outra forma: o artigo 172º, nº 1, do Código de Processo Penal, que prescreve a possibilidade de realização coactiva dos exames que sejam devidos (i.e., que a autoridade judiciária competente possa determinar e, conseqüentemente, que o arguido tenha o dever de suportar), pressupõe - mas não permite fundamentar - o dever de o arguido se sujeitar a um concreto tipo de exame. E, o mesmo acontece com o artigo 61º, nº 3, alínea d), quando estatui que recai especialmente sobre o arguido o dever de se sujeitar a diligências de prova especificadas na lei. Ora, também aqui a questão é, justamente, a de saber se a diligência de prova agora em causa está ou não suficientemente especificada na lei (que tem de ser, obviamente, outra lei, que não o próprio artigo 61º).

Em suma: aqueles preceitos do Código de Processo Penal pressupõem que o exame seja devido ou que a diligência de prova esteja especificada na lei, pelo que deles não pode, logicamente, retirar-se o dever ou a especificação que os mesmos pressupõem»⁴².

Afasta-se, assim, não apenas a interpretação do Prof. Germano Marques da Silva, seguida pelos “Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto”, segundo a qual o arguido teria de sujeitar-se a todas as diligências de prova que não fossem proibidas por lei⁴³, como inclusivamente se afasta a posição que tende a assimilar diligências de prova especificadas na lei com meios de prova e meios de obtenção de prova típicos⁴⁴.

⁴² A propósito da colheita coactiva de vestígios biológicos (zaragatoa bucal) de um arguido para determinação do seu perfil genético, o referido Ac. do TC n.º 155/2007 foi encontrar a norma habilitante para o efeito no nº 1 do artigo 6º da Lei nº 45/2004 : “Do ponto de vista que agora importa considerar, este preceito, vai mais longe do que os anteriores, podendo funcionar como norma de autorização para a determinação de um exame “necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo” que aqueles preceitos do Código de Processo Penal pressupõem. Se o exame médico-legal for necessário ao inquérito ou instrução do processo ninguém pode eximir-se à sua realização, prescreve o artigo 6º, nº 1, da Lei nº 45/2004, que o mesmo é dizer que o exame é, então, devido. E, sendo-o, poderá o arguido ser compelido à sua realização.”

⁴³ Cfr. *supra* págs. 8-9 e nota 15.

⁴⁴ Assim, logo em 1987 e ainda em face do Projecto de Código de Processo Penal, o depois Cons.º Dr. José Gonçalves da Costa, “O Estatuto do Arguido no Projecto de Código de Processo Penal (Uma Primeira Leitura)”, in *Cadernos da Revista do Ministério Público, Jornadas de Processo Penal*, Lisboa, 1987, pág. 278 assinalava que “Dos ‘meios de prova’ regulados no Título II (arts.128.º e segs.) do mencionado Livro III, são de referir aqui (por de tais provas poder ser sujeito ou objecto o arguido) as declarações do arguido (arts. 140.º e segs.), a acareação (art. 146.º), o reconhecimento (arts. 147.º e 149.º), a reconstituição (art. 150.º), as perícias (arts. 151.º e segs.). Quanto aos ‘meios de obtenção da prova’, de que trata o Título III (arts. 171.º e seg.), o arguido pode ser submetido a exames (arts. 171.º e seg) e a revistas (arts 174.º e seg.), ou pode ser-lhe imposta a sujeição a buscas (arts. 174.º - com referência a objectos - e 176.º), apreensões (arts. 178.º e segs.) e escutas telefónicas (arts 187.º e segs.)”. Ao que parece, será também este o entendimento de Lara Sofia Pinto, “Privilégio contra a Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido”, in Tereza Pizarro Beleza e

E, repete-se, inexistente qualquer disposição legal que crie para o arguido a obrigação de prestar autógrafos.

A recolha de autógrafos não é, por conseguinte, uma diligência de prova especificada na lei.

Não tendo recusado sumeter-se a uma diligência de prova especificada na lei o arguido não faltou à obediência devida.

Na síntese de Maria Elizabeth Queijo, “não havendo dever de colaborar, decorre que a recusa do acusado em contribuir na produção das provas não configura crime de desobediência”⁴⁵.

Na verdade, como bem observam Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos: “Não pode, sob pena de contradição e de quebra da unidade da ordem jurídica, considerar-se interdita uma actuação do poder público e autor de um crime de desobediência quem recusa submeter-se a ela”⁴⁶.

Consequentemente, contrariamente ao que sucedia no âmbito de vigência do Código de Processo Penal de 1929, a conduta do arguido que se recusa a prestar autógrafos não integra a prática de um crime de desobediência.

7. A questão pode e deve, ainda, ser encarada numa perspectiva material, à luz do princípio da não auto-incriminação (“*nemo tenetur se ipsem accusare*”) segundo o qual ninguém é obrigado a contribuir para a sua própria incriminação, o que engloba o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de prova⁴⁷.

Como acentua o Prof. brasileiro Thiago Bottino:

«Embora haja outras garantias igualmente fundamentais – tais como o juiz natural, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a vedação de provas ilícitas, a presunção de inocência etc. –, o regime jurídico da auto-incriminação é crucial para a diferenciação entre dois modelos opostos de sistema punitivo: o modelo democrático e o modelo autoritário»⁴⁸.

Frederico de Lacerda da Costa Pinto (coord.), *Prova Criminal e Direito de Defesa*, cit, pág. 96 quando se refere a “diligências de prova previstas na lei”.

⁴⁵ *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, cit., pág. 364.

⁴⁶ *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, cit., pág. 36.

⁴⁷ Neste sentido veja-se, v.g., Maria de Fátima Reis, “O direito à não auto-incriminação, *Sub Iudice*, n.º 40 (Jul.-Set.2007), p. 59-74, Paulo de Sousa Mendes, “O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência”, *Julgar* n.º 9/2009, pág. 15.

⁴⁸ “A Doutrina Brasileira do Direito ao Silêncio - O STF e a Conformação do Sistema Processual Penal Constitucional”, in Geraldo Prado e Diogo Malan (Org.), *Processo Penal e Democracia - Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*,

O Prof. Francisco Muñoz Conde adverte até que:

«Dentro de estas prohibiciones [proibições probatórias] quizás la más importante de todas y la que supuso un avance fundamental frente al anterior proceso penal de carácter inquisitivo es la derivada del principio «nemo tenetur se ipsum accusare», conforme al cual “nadie está obligado a declarar contra sí mismo” o aportar pruebas que lo incriminen. De este principio se deducen derechos tan fundamentales en el moderno proceso penal como el derecho del acusado a la defensa, a guardar silencio, a no estar obligado a declarar o incluso a declarar falsamente, a la asistencia desde el primer momento de su detención de un abogado que le asesore, y, en definitiva, a que no se le obligue de un modo directo, mediante coacción, o indirecto, mediante engaño, a declararse culpable o suministrar datos que puedan facilitar la investigación de un delito en el que presuntamente puede haber participado»⁴⁹.

Entre nós, também o Prof. Costa Andrade destaca que:

«O princípio nemo tenetur se ipsum accusare ganha, assim, o significado de uma decisiva pedra de toque, imprimindo carácter e extremando entre si os modelos concretos de estrutura processual. Bem podendo, por isso, figurar como critério seguro de demarcação e de fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações de processo inquisitório. Não devendo, pois, estranhar-se que as grandes linhas de clivagem e de afrontamento que marcaram a evolução histórica das instituições processuais penais se tenham invariavelmente repercutido neste tópico»⁵⁰.

E, como o próprio Tribunal Constitucional muito recentemente enfatizou:

«O princípio nemo tenetur se ipsum accusare, é uma marca irrenunciável do processo penal de estrutura acusatória, visando garantir que o arguido não seja reduzido a mero objeto da atividade estadual de repressão do crime, devendo antes ser-lhe atribuído o papel de verdadeiro sujeito processual, armado com os direitos de defesa e tratado como presumivelmente inocente. Daí que para proteção da autodeterminação do arguido, este deva ter a possibilidade de decidir, no exercício de uma plena liberdade de vontade, qual a posição a tomar perante a matéria que constitui objeto do processo»⁵¹.

Recorda-se que de acordo com o artigo 14.º, n.º3, alínea g) do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos⁵², aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas pela sua resolução 2200 A (XXI) de 16 de Dezembro de 1966 (em vigor na ordem jurídica internacional no dia 23 de Março de 1976), “Qualquer pessoa acusada

Rio de Janeiro, 2008, Lumen Juris, vol. 1, p. 567-598, disponível no sítio do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros), em <http://www.iabnacional.org.br/>.

⁴⁹ “De La Prohibición de Autoincriminación al Derecho Procesal Penal del Inimigo”, in Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa (org.) *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2009-2010, vol. 3, págs. 1014-1015.

⁵⁰ *Sobre as proibições de prova em processo penal*, cit., pág.122.

⁵¹ Ac. do TC n.º 340/2013.

⁵² Aprovado para ratificação por Portugal pela Lei n.º 29/78, de 12 de Junho.

de uma infração penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: g) A não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada”⁵³.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁵⁴, no seu articulado, não prevê de forma explícita o direito ao silêncio ou o direito à não auto-incriminação.

Contudo, segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) que se foi desenvolvendo a partir da década de noventa do século passado, o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação constituem standarts internacionais, que estão no coração da noção de processo equitativo, os quais se destinam a proteger o acusado contra o exercício abusivo de poderes coercivos pelas autoridades, a evitar o perigo de adulteração da justiça e, nesse sentido, a assegurar a realização plena do artigo 6.º da Convenção⁵⁵.

⁵³ O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, adoptado em 17 de Julho de 1998 (aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 3/2002 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 2/2002, ambos publicados no *Diário da República* I-A, n.º 15, de 18-1-2002), contém diversas manifestações do princípio *nemo tenetur* [artigos 55.º, n.º1, al.a) e n.º2, al.b) e 67.º, n.º1, al. g)]; ver também no que concerne às testemunhas os artigos 74.º, n.ºs 3 e 10 das Regras de Procedimento e de Prova do Tribunal Penal Internacional, disponíveis em <http://www.icc-cpi.int/>).

Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 22-11-1969 (Pacto de São José da Costa Rica) assegura a toda a “pessoa acusada de um delito”, entre outras garantias mínimas, o “direito de não ser obrigado a depor contra si próprio, nem a confessar-se culpada” [artigo 8.º, n.º2, g)].

⁵⁴ Aprovada para ratificação por Portugal pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro.

⁵⁵ Curiosamente, ainda em 1989 o TJCE no seu Ac. de 18-10-1989, *Orkem c. Comissão das Comunidades Europeias*, proc.º n.º 347/87, disponível em www.curia.int afirmava que “ no que respeita ao artigo 6.º da convenção europeia, admitindo que possa ser invocada por uma empresa objecto de um inquérito em matéria de direito da concorrência, convém declarar que não resulta do seu texto nem da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que essa disposição reconheça um direito a não testemunhar contra si próprio”[“30. As far as Article 6 of the European Convention is concerned, although it may be relied upon by an undertaking subject to an investigation relating to competition law, it must be observed that neither the wording of that article nor the decisions of the European Court of Human Rights indicate that it upholds the right not to give evidence against oneself”]. Conforme o Tribunal afirmou “a Comissão tem o direito de obrigar a empresa a fornecer todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento e, se necessário, os documentos correlativos que estejam na sua posse, mesmo que estes possam servir, em relação a ela ou a outra empresa, para comprovar a existência de um comportamento anticoncorrencial, mas não pode, através de uma decisão de pedido de informações, prejudicar os direitos de defesa reconhecidos à empresa”. Donde decorre que “a Comissão não pode impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais esta seja levada a admitir a existência da infração, cuja prova cabe à Comissão”.

Só em 1993 é que o princípio veio a ser afirmado pela primeira vez pelo TEDH por via do seu Ac. de 25-2-1993, *Funke c. França*, n.º 10588/83.

O TEDH foi chamado a pronunciar-se sobre a conformidade com o artigo 6.º da Convenção de uma decisão francesa que condenara um cidadão alemão, Jean-Gustave Funke, em multa (amende) e sanção pecuniária compulsória (astreinte), que se tinha recusado, na sequência de

Segundo aquela jurisprudência o direito à não auto-incriminação relaciona-se, em primeira linha, com o respeito pela vontade da pessoa do acusado em permanecer em silêncio e constitui uma decorrência do pressuposto segundo o qual a acusação deverá provar a sua tese contra o acusado sem o recurso a elementos de prova obtidos através de métodos coercivos ou opressivos com desrespeito pela vontade deste. Neste sentido, o direito à não auto-incriminação encontra-se intimamente relacionado com a presunção de inocência consagrada no n.º 2 do artigo 6.º da Convenção⁵⁶.

uma busca domiciliária em que foram descobertos livros de cheques de contas bancárias suas sediadas no estrangeiro, a fornecer à administração fiscal francesa extratos dessas suas contas, que poderiam eventualmente ser usados contra ele como prova.

De forma tabelar, sem qualquer referência ao seu fundamento e sem qualquer precisão quanto ao seu alcance, o TEDH afirmou aquele princípio nos seguintes termos: “§44. La Cour constate que les douanes provoquent la condamnation de M. Funke pour obtenir certaines pièces, dont elles supposaient l’existence sans en avoir la certitude. Faute de pouvoir ou vouloir se les procurer par un autre moyen, elles tentèrent de contraindre le requérant à fournir lui-même la preuve d’infractions qu’il aurait commises. Les particularités du droit douanier (paragraphe 30-31 ci-dessus) ne sauraient justifier une telle atteinte au droit, pour tout “accusé” au sens autonome que l’article 6 (art. 6) attribue à ce terme, de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination. Partant, il y a eu violation de l’article 6 par. 1 (art. 6-1).”

⁵⁶Como se refere no Ac. do TEDH de 5-04-2012, *Chambaz c. Suíça*, n.º 11663/04:

«52. La Cour rappelle que même si l’article 6 de la Convention ne les mentionne pas expressément, le droit de garder le silence et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable consacrée par l’article 6§1. En particulier, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que les autorités cherchent à fonder leur argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l’ ‘accusé’ (voir Funke précité; John Murray c. Royaume-Uni, 8 février 1996, § 45, Recueil 1996-I ; Saunders c. Royaume-Uni, 17 décembre 1996, §§ 68-69, Recueil 1996-VI ; Serves c. France, 20 octobre 1997, § 46, Recueil 1997-VI ; J.B. c. Suisse, précité, § 64)».

Sobre a jurisprudência do TEDH relativa a este princípio, cfr., v.g., Charlotte Girard, *Culpabilité et Silence en Droit Comparé*, Paris, 1997, Éditions L’Harmattan, em especial págs. 185-190, a comunicação de Bernard Bouloc, in Bernard Bouloc, Réginald de Beco e Pierre Legros, *Le droit au silence et la détention provisoire*, Bruxelles, 1997, Bruylant, págs. 29-42, a tese de doutoramento apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madrid, por Rafael Luna Rodríguez, *El Derecho A No Autoinculpación En El Ordenamiento Tributario Español*, Madrid, 2002, págs. 134-179, disponível em <http://biblioteca.ucm.es/>, Tim Ward e Piers Gardner, “The Privilege Against Self-Incrimination: In Search of Legal Certainty”, *European Human Rights Law Review*, 2003, n.º4, págs. 388-399, Franklin Kutty, *Justice pénale et procès équitable*, vol. 2, Bruxelles, 2006, Larcier, pág. 283, Marck Berger, “Self-Incrimination and the European Court of Human Rights: Procedural Issues in the Enforcement of the Right to Silence”, *European Human Rights Law Review*, 2007, n.º 5, págs. 514-533, Ian Dennis, *The Law of Evidence*, 3ªed., Londres, 2007, Sweet & Maxwell, págs. 158-165, Andrew Ashwort, “Self-Incrimination in European Human Rights Law – A Pregnant Pragmatism”, *Cardoso Law Review*, 2008, 30(3), págs. 751-774, disponível em www.cardozolawreview.com.

Entre nós, veja-se Paulo de Sousa Mendes, “O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência”, *Julgaz* n.º 9/2009, págs. 17-22, Jónatas Machado e Vera Raposo, “O direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais”, in *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 3, n.º

Nunca é demais realçar a importância desta jurisprudência, já que, como relembram Jonatas Machado e Vera Raposo, no contexto português o TEDH funciona na prática como um *super tribunal constitucional europeu* em matéria de direitos humanos⁵⁷.

Ao contrário do que sucede com inúmeras Constituições e declarações de direitos de outros países⁵⁸, nomeadamente a Constituição americana (5ª emenda), espanhola (artigos 17.3 e 24.2) ou brasileira (artigo 5.º, inciso LXIII), a Constituição portuguesa não consagra o princípio da não auto-incriminação de uma forma expressa e directa.

Mas, à semelhança do que sucedeu na Alemanha, isso não impediu a doutrina e a jurisprudência de sustentar que o princípio configura verdadeiro direito constitucional não escrito.

Na verdade, tanto a doutrina⁵⁹ como a jurisprudência⁶⁰ são unânimes em sublinhar a natureza constitucional implícita do *nemo tenetur*, o qual “surge como refração da

8, Jul/Set 2009, págs. 31-35 e, mais desenvolvidamente, Joana Costa, “O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, *Revista do Ministério Público* n.º 128, Outubro: Dezembro 2011, págs. 117-183.

⁵⁷ “O direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais”, cit., pág. 31, itálicos no original. Como os autores esclarecem, “(...) para além da responsabilidade internacional do Estado português pela violação dos direitos humanos consagrados na CEDH, admite-se agora [cfr. artigo 449.º, n.º 1, al. g) do C.P.P.], a relativização do caso julgado por força de uma decisão daquela que é, cada vez mais a suprema instância judicial europeia no âmbito dos direitos humanos. Daí que seja especialmente importante atender à jurisprudência do TEDH em matéria de direito à não auto-incriminação”(ibidem).

Sem questionar a relevância da jurisprudência do TEDH, o Ac. do STJ de 6-10-2010, proc.º n.º 1106/02.7PBRRG-E.S1, rel. Cons.º Armindo Monteiro, in www.dgsi.pt restringe, porém, o papel daquele Tribunal no âmbito do recurso de revisão: “o TEDH, à luz da alteração introduzida ao CPP pela Lei n.º48/07, de 29/8, não é um tribunal que completa, ocupando o topo, a pirâmide de recursos ordinários estabelecida no nosso ordenamento jurídico, um supertribunal, que funciona, automaticamente, pois o peso da sua decisão na nossa ordem jurídica, passa por uma indagação bastante mais complexa, que numa visão sistémica e integrada, por isso que restritiva, desce, tendo como ponto de referência, aos princípios, que lhe servem de guia e modelo, vertidos na Convenção, que visa salvaguardar e, depois, o direito interno de cada Estado-Membro só assim se podendo inferir pela inconciliabilidade do decidido com a decisão de condenação ou se esta é geradora de graves dúvidas sobre o acerto do julgado no caso concreto”.

⁵⁸ Cfr., v.g., a Constituição da Nicarágua (artigo 52.º), a Ley Suprema de México (artigo 20.º), a Ley Fundamental de Colômbia (artigo 25.º), a Ley Suprema do Paraguai (artigo 62.º), a Ley Suprema da Costa Rica (artigo 36.º), a Constituição argentina (artigo 18.º), a Constituição do Japão (artigo 38.º), a Constituição da Índia (artigo 20.º), a Constituição da Rússia (artigo 51.º), a Constituição da África do Sul (artigo 35.º), a Carta Canadiana de Direitos e Liberdades [§ 11(c)] e a New Zealand Bill of Rights Act 1990, N.º109, § 25(d).

⁵⁹ Sobre este princípio podem ver-se, na doutrina nacional, as seguintes obras: Manuel Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, cit., págs. 120-132; Idem, *Direito Penal Médico*, Coimbra Editora, 2004, págs. 134-141; Vânia Costa Ramos, “Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documento para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*”, *Revista do Ministério Público* n.º108, Out-Dez 2006, págs. 125-149 e n.º 109, Jan-Mar, 2007, págs. 57-96; Sónia Fidalgo, “Determinação do perfil genético como meio de prova

tutela de valores ou direitos fundamentais, com directa consagração constitucional, que a doutrina vem referindo como correspondendo à dignidade humana, à liberdade de acção e à presunção de inocência”(Ac. do TC n.º n.º 461/2011).

Como se sintetiza naquele ac. do TC n.º 461/2011:

“A divisão doutrinária, situa-se sobretudo ao nível da determinação do conteúdo do direito em referência (segue-se J. Figueiredo Dias e M. Costa Andrade — in “Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova”, Almedina, Fevereiro de 2009, p. 40).

Para uma corrente de pendor substantivo, o fundamento constitucional do referido direito assentaria directamente na dignidade da pessoa humana, plasmada no artigo 1.º da CRP, ou seria o reflexo dos direitos à integridade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, consagrados nos artigos 25.º e 26.º da mesma Lei Fundamental.

Em contrapartida, para uma corrente de matriz processualista, o fundamento constitucional do referido direito encontrar-se-ia nas garantias processuais inerentes ao estatuto do arguido, nomeadamente os princípios do processo equitativo e da presunção de inocência, consagrados nos artigos 20.º, n.º 4 e 32.º, n.ºs 2 e 8, ambos da CRP.

Na linha do que o Tribunal Constitucional já defendeu, nomeadamente no âmbito do Acórdão n.º 695/95 — disponível no sítio da internet www.tribunalconstitucional.pt — e tal como igualmente sustentam J. Figueiredo Dias e M. Costa Andrade, acima citados, p. 41 — considera-se que o direito à não auto-incriminação encontra o seu fundamento jurídico-constitucional imediato nas garantias processuais de defesa do arguido, destinadas a assegurar um processo equitativo, relacionando-se, de forma

em processo penal”, *RPCC ano 16*, n.º1, cit., págs 140-142; Jorge de Figueiredo Dias, Manuel da Costa Andrade e Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, 2009, Almedina; Augusto Silva Dias, Vânia Costa Ramos, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, cit.; Jónatas Machado e Vera Raposo, “O direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais”, cit., págs. 13-47; Germano Marques da Silva, *Direito Penal Tributário*, Lisboa, 2009, Universidade Católica Editora, págs. 176-180; Vera Lúcia Raposo, “A Vida Num Código de Barras”, cit., págs. 957-959; Lara Sofia Pinto, “Privilégio contra a Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido”, in Tereza Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto (coord.), *Prova Criminal e Direito de Defesa*, Coimbra, Almedina, 2011, págs. 91-116; Sofia Saraiva de Menezes, “O Direito ao silêncio: a verdade por trás do mito”, in Tereza Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto (coord.), *Prova Criminal e Direito de Defesa*, cit. págs. 117 e 136, Paulo Dá Mesquita, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*, Coimbra Editora, 2011, especialmente págs. 553-563, e Jorge dos Reis Bravo, “Intervenções corporais probatórias direitos fundamentais: compatibilidade e limites”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, vol.1, n.º1, disponível em <http://revistas.ulusofona.pt/>.

⁶⁰ Cfr., v.g., Acs do Tribunal Constitucional n.ºs 695/95, 524/97, 304/2004, 181/2005, 155/2007, 461/2011, 340/2013 e 418/2013.

mediata ou reflexa, com os direitos fundamentais de matriz mais substantiva aludidos supra»⁶¹.

Esta não é, porém, uma questão puramente teórica pois, como bem assinala Vânia Costa Ramos, se um direito fundado na dignidade da pessoa humana é “um direito de natureza tendencialmente absoluta”, já um direito fundado em garantias processuais poderá ser sujeito a certas limitações⁶².

Assim, à semelhança do que sucede com o direito ao silêncio⁶³ também o princípio do *nemo tenetur* não constitui um princípio absoluto pelo que comporta restrições justificadas.

⁶¹ Sobre o fundamento substantivo ou processual do princípio *nemo tenetur* veja-se também, para além do *Parecer* dos Profs. Figueiredo Dias e Costa Andrade citado no texto do acórdão, Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, cit., págs 15-16, Lara Sofia Pinto, “Privilégio contra a Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido”, cit., págs. 105-107, Sofia Saraiva de Menezes, “O Direito ao silêncio: a verdade por trás do mito”, cit., págs. 123-125 e, mais desenvolvidamente, Vânia Costa Ramos, “Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documento para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*-Parte II”, *RMP* n.º 109, cit., págs. 59 e ss.

Também Pinto de Albuquerque funda no “direito a todas as garantias de defesa”, quer o direito ao silêncio consagrado no art. 32.º, n.º 1, da CRP, no art. 6.º, n.º 1, da CEDH, e no próprio artigos 141, n.º4, al. a) e 343.º, n.º1, todos do CPP”, quer o “direito de não colaborar com as autoridades judiciárias” (*Comentário do Código de Processo Penal*, Lisboa, 2007, Universidade Católica Editora, pág. 187.

Para Maria Fernanda Palma, “A constitucionalidade do art. 342.º do Código de Processo Penal (o direito ao silêncio do arguido)”, in *Revista do Ministério Público*, ano 15, n.º60, pág. 109, “A estrutura acusatória do processo penal (...) delimita o princípio da presunção de inocência não só como atribuição do ‘ónus da prova’ ao tribunal, mas também como direito do arguido a ser sujeito do processo e, por conseguinte, não ter de participar coactivamente na produção da prova”.

⁶² “Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documento para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare* – Parte II, *RMP* n.º 109, cit, págs. 58 e 73.

⁶³ Cfr. o Ac. do TEDH de 8-2-1996 (Grand Chamber) *John Murray v. United Kingdom*, n.º 18731/91, §47: “On the one hand, it is self-evident that it is incompatible with the immunities under consideration to base a conviction solely or mainly on the accused’s silence or on a refusal to answer questions or to give evidence himself. On the other hand, the Court deems it equally obvious that these immunities cannot and should not prevent that the accused’s silence, in situations which clearly call for an explanation from him, be taken into account in assessing the persuasiveness of the evidence adduced by the prosecution.

Wherever the line between these two extremes is to be drawn, it follows from this understanding of “the right to silence” that the question whether the right is absolute must be answered in the negative.

It cannot be said therefore that an accused’s decision to remain silent throughout criminal proceedings should necessarily have no implications when the trial court seeks to evaluate the evidence against him. In particular, as the Government have pointed out, established international standards in this area, while providing for the right to silence and the privilege against self-incrimination, are silent on this point.

Como bem refere Maria Elizabeth Queijo “A inexistência do dever de colaborar, em todos os casos, redundaria em uma concepção do *nemo tenetur se detegere* como direito absoluto, aniquilando, em determinadas situações, por completo, a possibilidade de desencadeamento da persecução penal ou de dar seguimento a ela. Em outras palavras: equivaleria, em diversos casos, à consagração da impunidade”⁶⁴.

Também o Tribunal Supremo espanhol em recente aresto, de 29 de Janeiro de 2013, proferido no conhecido caso “Marta Castillo” assinalou que “El ejercicio de las garantías procesales, comprensivo de los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, en ningún modo confiere al encausado un derecho absoluto,

Whether the drawing of adverse inferences from an accused’s silence infringes Article 6 (art. 6) is a matter to be determined in the light of all the circumstances of the case, having particular regard to the situations where inferences may be drawn, the weight attached to them by the national courts in their assessment of the evidence and the degree of compulsion inherent in the situation.»

Cfr., ainda, os Acs. do TEDH de 2-5-2000, *Condron c. Reino Unido*, n.º 35718/97, § 61, de 21-12-2000, *Quinn c. Irlanda*, n.º 36887/97, §47, de 8-4-2004, *Weh c. Áustria*, n.º 38544/97, §46, de 29-6-2007 (Grand Chamber), *O’Halloran e Francis c. Reino Unido*, n.ºs 15809/02 e 25624/02, §53, e de 20-4-2010, *Adetoro c. Reino Unido*, n.º 46834/06, [“47. The Court recalls at the outset that the right to silence is not an absolute right (see John Murray, cited above, § 47; Condron, cited above, § 56; and Beckles, cited above, § 57). The fact that a trial judge leaves a jury with the option of drawing an adverse inference from an accused’s silence during police interview cannot of itself be considered incompatible with the requirements of a fair trial. However, as the Court has previously emphasised, the right to silence lies at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 and particular caution is required before a domestic court can invoke an accused’s silence against him (see Beckles, cited above, § 58; and Condron, cited above, § 56). 48. It would be incompatible with the right to silence to base a conviction solely or mainly on the accused’s silence or on a refusal to answer questions. However, it is obvious that the right cannot and should not prevent that the accused’s silence, in situations which clearly call for an explanation from him, be taken into account in assessing the persuasiveness of the evidence adduced by the prosecution (see Condron, cited above, § 56; and Beckles, cited above, § 58)”].

Na doutrina, veja-se, desenvolvidamente, Elsa Monceaux, *Quel droit au silence en procédure pénale?* tese de mestrado, 2011, disponível em <https://docassas.u-paris2.fr>, Joana Costa, “O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, cit. págs. 131-150, Ian Dennis, *The Law of Evidence*, 3ªed., cit. págs. 173-176, Franklin Kutty, *Justice pénale et procès équitable*, vol. 2, Bruxelles, 2006, Larcier, pág. 289-296 e Louis-Edmond Pettiti, em “Droit au Silence”, in *Documentação e Direito Comparado*, n.ºs 75/76, 1998, págs. 135-148.

Sobre o carácter não absoluto do direito ao silêncio na jurisprudência portuguesa vejam-se, v.g., os Acs do TC n.º 695/95 e 127/07 e os Acs. do STJ de 6-10-2010, proc.º n.º 936/08.JAPRT, rel. Cons.º Henriques Gaspar, de 10-1-2008, proc.º n.º 07P3227, rel. Cons.º Simas Santos e de 20-2-2008, proc.º n.º 08P295, rel. Cons.º Raúl Borges, disponíveis em www.dgsi.pt.

⁶⁴ *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, 2ªed., cit., pág. 364.

del que pueda hacer un uso omnímodo en términos de defensa cuando ello lesiona gravemente otros bienes jurídicos igualmente dignos de protección”⁶⁵.

No direito português podem mencionar-se, entre outras⁶⁶, as seguintes limitações ou restrições ao direito ao silêncio e ao direito à não auto-incriminação⁶⁷:

⁶⁵ STS, 2.ª, 62/2013, disponível, v.g., em www.poderjudicial.es. Sobre este caso veja-se, com interesse, Manuel Jesús Dolz Lago, “El caso ‘Marta del Castillo’ y la jurisprudencia - breve comentario a la STS, 2.ª, 62/2013 de 29 de enero”, in *Diario La Ley*, ano 2013, n.º 8038, José Vicente Rubio Eire, *El derecho de un acusado en el procedimiento penal a no ser forzado a realizar ninguna actividad humana que pueda provocar su autoincriminación*, Madrid, 22-5-2013, in <http://www.elderecho.com/e> José Maria de Pablo Hermida, La sentencia ‘Marta del Castillo’ y la presunción de inocencia, *El Mundo*, 29-1-2013, pág. 20.

⁶⁶ Como bem observam os Profs. Figueiredo Dias e Costa Andrade, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, cit., pág. 45, os meios ocultos de investigação (escutas, agentes encobertos, etc), admitidos no direito português dentro de determinados pressupostos “redundam invariavelmente na recolha de declarações auto-incriminatórias de arguidos e suspeitos”. No mesmo sentido, com referência ao agente provocador, veja-se Manuel Augusto Alves Meireis, *O Regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*, Coimbra, 1999, Almedina, págs. 204-205 e com especial enfoque nos “jailhouse informants” e nos agentes encobertos, veja-se Kai Ambos, “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización”, in *Política Criminal*, n.º 7, 2009, A1-7, págs. 43-48, disponível em http://www.politicacriminal.cl/n_07/a_1_7.pdf.

Sobre a técnica dos “jailhouse informants” veja-se o Ac. do TEDH de 5-11-2002, *Allan c. Reino Unido*, n.º 48539/99, e Marie Aude Beernaert, “La Recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L’Homme”, in *Revue Trimestrielle des Droits de L’Homme*, 69/2007, págs 87-88. Sobre outros métodos enganosos que visam obter a auto-incriminação cfr. Francisco Muñoz Conde, “De La Prohibición de Autoincriminación al Derecho Procesal Penal del Inimigo”, cit., sobretudo págs. 1020-1025.

No âmbito do direito rodoviário, a obrigação do “titular do documento de identificação do veículo” de identificar o condutor responsável de uma infracção respeitante ao exercício da condução (cfr. artigos 135.º e 171.º, ambos do Código da Estrada) pode também, em certos casos, levantar questões atinentes ao *nemo tenetur*. Sobre a constitucionalidade do artigo 152.º, n.º 1 do Código da Estrada, na versão anterior ao Dec.-Lei n.º 44/2005, de 23 de Fevereiro, que antecedeu o actual artigo 135.º) cfr. o Ac. do TC n.º 276/04. A interpretação destes normativos tem suscitado entre nós algumas divergências jurisprudenciais (cfr., v.g. os Acs. da Rel. de Guimarães de 1-10-2007, rel. Anselmo Lopes e de 7-1-2008, proc.º n.º 2042/07-2, rel. Cruz Bucho e da Rel. de Lisboa de 28-9-2010, proc.º n.º 1106/09.6TAPDL.L1-5, Jorge Gonçalves, este último com outras referências jurisprudenciais).

Nos ordenamentos jurídicos austríaco, holandês e inglês normas semelhantes têm suscitado inúmeras questões de conformidade com a CEDH. A este respeito, podem consultar-se na jurisprudência do TEDH, v.g., a Decisão de 19-10-2004, *Falk c. Países Baixos*, n.º 66273/01 e os Acs. de 8-4-2004, *Weh c. Áustria*, n.º 38544/97, §§47 e ss, de 24-3-2005, *Rieg c. Áustria*, n.º 63207/00, §§ 27 a 32, de 29-6-2007, *O’Halloran e Francis c. Reino Unido*, n.ºs 15809/02 e 25624/02, §§ 55-63, de 10-1-2008, *Lückhof e Spanner c. Áustria*, n.ºs 58452/00 e 61920/00, §§ 52-59 e de 18-3-2010, *Krumpholz c. Áustria*, n.º 13201/2005, §§ 36 e ss. Veja-se, ainda, com interesse, sobre o direito escocês Aidan O’Neil, “Self incrimination still a grey area”, 1-3-2000, in *The Journal of The Law of Scotland*, disponível em www.journalonline.co.uk, sobre o direito espanhol Jacob Barga de Quiroga, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Mendonza, 2001, Ediciones Jurídicas de Cuyo, pág. 337, Vicente Magro Servet, “Admisión de la Prueba Indiciaria en la Responsabilidad por Infracciones de Tráfico”, *La Ley*, ano

- a obrigação do arguido responder com verdade às perguntas sobre a sua identidade (artigo 61.º, n.º3, al. b) do CPP)⁶⁸;
- a obrigatoriedade de realizar determinados exames, por exemplo de alcoolemia ou de substâncias psicotrópicas, no domínio rodoviário (cfr. artigos 152.º e 153.º do Código da Estrada⁶⁹);
- a obrigatoriedade de sujeição a exames no âmbito das perícias médico-legais quando ordenadas pela autoridade judiciária competente, prevista pela Lei n.º 45/2004, de 29 de Agosto (artigo 6.º);
- os deveres de cooperação perante a administração tributária impostos pela Lei Geral Tributária (artigo 59.º) e pelo Regime Complementar de Procedimento de Inspecção Tributária, aprovado pelo Dec-Lei n.º 413/98, de 31 de Dezembro⁷⁰;

XXVIII, n.º 6784, 21-9-2007, e sobre o direito francês, a tese de doutoramento apresentada em 17-12-2010 por Pierre Bolze, *Le Droit à la Preuve Contraire en Procédure Pénale*, págs. 349-351, disponível em <http://docnum.univ-lorraine.fr>.

⁶⁷ Cfr., v.g., Figueiredo Dias e Costa Andrade, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, cit., pág. 44-45 e Vânia Costa Ramos, “Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documento para prova e nemo tenetur se ipsum accusare – Parte II”, *Revista do Ministério Público* n.º109, cit., págs. 73-74.

⁶⁸ Cfr., para um caso similar (recusa de uma testemunha em prestar juramento), o Ac. do TEDH de 20-10-1997, *Serves c. França* (82/1996/671/893).

⁶⁹ Cfr. infra nota 111.

⁷⁰ Cfr. os Acs da Rel. de Guimarães de 29-1-2007, proc. n.º 1917/07-1, rel. Cruz Bucho e de 12-3-2012, proc.º n.º 82/05.9IDBRG. G1, rel. Ana Teixeira e Silva e Ac. da Rel. do Porto de proc.º n.º 15048/09.1IDPRT.P1, rel. Ernesto Nascimento. Todos disponíveis em www.dgsi.pt. Na doutrina nacional veja-se, v.g., Nuno Sá Gomes, *Evasão Fiscal, Infracção Fiscal e Processo Penal Fiscal*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal n.º 177, Lisboa, 1977, págs. 311-314, Liliana Sá, “O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não auto-incriminação”, *Revista do Ministério Público* n.º 107, Junh-Set. 2006, págs. 121-163, Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, cit., especialmente págs. 43-66, Germano Marques da Silva, *Direito Penal Tributário*, cit., págs. 176-180, Paulo Marques, *Crime de Abuso de Confiança Fiscal*, Coimbra Editora, 2011, págs 111-126, João Fernando Damião Caldeira, *O Procedimento Tributário de Inspecção – Um contributo para a sua compreensão à luz dos Direitos Fundamentais*, 2011, págs. 194-198, disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/>, Suzana Fernandes da Costa, “Os Limites ao Dever de Colaboração com a Inspecção Tributária. O direito à não auto-inculpação e o sigilo tributário dos TOC”, in *Revista APIT* (Associação dos Profissionais da Inspecção Tributária), n.º2, Abril 2013, págs. 10-15, disponível em www.apit.pt/ e António Gama, “Investigação na criminalidade tributária e a prova. Especificidades na recolha da prova e a sua valoração em julgamento. Dever de colaboração do obrigado tributário versus direito ao silêncio do arguido”, in CEJ, *Curso de Especialização - Temas de Direito Fiscal Penal*, 2013, págs. 324-351, ebook disponível em <http://www.cej.mj.pt/>. Vimos referenciados mas não pudemos consultar o texto de Ana Paula Dourado e Augusto Silva Dias, “Information duties, aggressive tax planning and the nemo tenetur se ipsum accusare in light of Article 6 (1) of the ECHR”, Kofler, G., Maduro, M., Pistone, P. (eds.), *Taxation and Human Rights in Europe and the World*, IBCFD Publications, Amsterdam, 2011 e a tese de mestrado de Brigas Gonçalves, *O conflito entre o dever de cooperação do obrigado fiscal e o direito à não auto-inculpação do arguido*, Universidade Católica, 2002.

- os deveres de cooperação perante a Autoridade de Concorrência previstos na Lei da Concorrência (artigos 17.º n.º 1 al. a) e b) , 18.º e 43.º, n.º 3 da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho) ⁷¹;

- os deveres de protecção perante a CMVM, previstos no CVM ⁷².

O Tribunal Constitucional no seu recente Ac. n.º 340/2013, de 17-6-2013, decidiu “não julgar inconstitucional a norma resultante da interpretação do disposto nos artigos 61.º, n.º 1, d), e 125.º, do Código de Processo Penal, com o sentido de que os documentos obtidos por uma inspeção tributária, ao abrigo do dever de cooperação imposto nos artigos 9.º, n.º 1, 28.º, n.º 1 e 2, 29.º e 30.º do Decreto-Lei n.º 413/98, de 31 de dezembro, e nos artigos 31.º, n.º 2, e 59.º, n.º 4, da LGT, podem posteriormente vir a ser usados como prova em processo criminal pela prática do crime de fraude fiscal movido contra o contribuinte”.

⁷¹ Na doutrina, veja-se Maria de Fátima Reis, “O direito à não auto-incriminação, *Sub Judice*, n.º 40 (Jul.-Set.2007), p. 59-74, Paulo de Sousa Mendes, “O procedimento sancionatório especial por infracções às regras da concorrência”, in Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes (coord.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra Editora, 2009, págs. 217-222, Paulo de Sousa Mendes, “O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência” in *Julgar* n.º 9/2009, págs 11-28, os artigos integrados no Dossier Temático I (O dever de colaboração e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*), constante da *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 1, n.º 1, Jan.-Mar. 2010, da autoria de Paulo de Sousa Mendes, “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, págs. 121-144, de Helena Gaspar Martinho, “ O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do Direito da concorrência – Uma análise da jurisprudência comunitária”, págs. 145-174, de Vânia Costa Ramos, “Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência – Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, págs. 175-197 e de Catarina Anastácio, “O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infracção às regras de defesa da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”, págs. 199-235.

O Tribunal Constitucional, por via do seu Ac. n.º 461/2011, decidiu para além do mais “Julgar não inconstitucional a interpretação normativa que resulta da conjugação dos artigos 17.º, n.º 1, alínea a), 18.º e 43.º, n.º 3, da Lei n.º 18/2003, no sentido de obrigar o Arguido, em processo contra-ordenacional, a revelar, com verdade e de forma completa, sob pena de coima, informações e documentos à Autoridade da Concorrência”.

⁷² Na doutrina, para além dos pareceres de Figueiredo Dias e Costa Andrade e de Frederico da Costa Pinto, in *Supervisão, Direito ao Silêncio*, cit., veja-se Augusto Silva Dias, “O direito à não-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários”, *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 1, n.º 1, Jan.-Mar. 2010, págs. 237-275, Ana Pascoal Curado, “As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira : natureza jurídica e aplicação do princípio *nemo tenetur*”, *Revista de Concorrência e Regulação*, ano 3, n.º 9, Jan.-Mar. 2012), págs. 239-274 e Helena Bolina, “O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados à luz da aplicação subsidiária do processo penal aos processos de contraordenação no mercado de valores mobiliários” in *Revista do CEJ*, n.º 14 (2º semestre 2010), págs. 383-430.

Na jurisprudência destacam-se, para além do paradigmático Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30-10-2008 , proc.º n.º 2140/08.9 - 9.ª secção [“os deveres legais das entidades sujeitas a supervisão de colaborarem com a CMVM e de prestarem informação verdadeira e completa (ao mercado e à autoridade de supervisão) não podem ser limitados ou excluídos pela existência genérica de um direito do arguido ao silêncio e a não auto-incriminação, ao ponto de não se informar ou de se poder prestar informações falsas”] os Acs. da mesma Rel.

8. Sobre o âmbito do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* reinam ainda muitas incertezas e indefinições.

Como bem observa Carlos Haddad:

«O princípio contra a autoincriminação tem um espectro abrangente, cuja extensão foi paulatinamente se ampliando. Hoje são muitas as diferenças quanto a seus exatos alcances e limites. Desde os primórdios, quando não se podia exigir confessasse o acusado o próprio crime, passando pela mais recente consagração do direito ao silêncio, até às situações bastante atuais e pouco exploradas de recusa em submeter-se a intervenções corporais ou em expirar ar no bafômetro, com o fim de obtenção de prova da prática do delito, a invocação do princípio suscita incertezas e discussões. Atenção especial é dedicada à relação entre o princípio contra a auto-incriminação e as intervenções corporais, cujo emprego, para a maior parte da doutrina brasileira, encontra óbice naquele»⁷³.

A manifestação mais tradicional do princípio *nemo tenetur* é, sem dúvida, o direito ao silêncio.

Como se salientou no Ac. do Tribunal Constitucional n.º 418/2013, o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* “encontra-se sobretudo associado ao direito ao silêncio, ou seja, à faculdade de o arguido não prestar declarações autoincriminatórias, nomeadamente não respondendo a questões sobre os factos que lhe são imputados e cuja prova pode importar a sua responsabilização e sancionamento.”

Também a jurisprudência do TEDH refere, frequentemente, que o direito à não auto-incriminação se relaciona em primeira linha com o direito ao silêncio [“The right not

de 22-7-2009, proc.º n.º 3839/06.0TFLSB.L1 -3ª secção, rel. Telo Lucas), ambos acessíveis em www.cmvn.pt, de 6-4-2011, proc.º n.º 1.724/09.27FLSB -3, rel. A. Augusto Lourenço (citando no mesmo sentido o Ac. de 16-12-2009, proc. 5523/07.8TFLSB.L1, 3.º secção); em sentido divergente cfr. Ac. da Rel. de Lisboa 15-2-2011, proc.º n.º 3501/06.3TFLSB.L1-5, rel. Simões de Carvalho, disponíveis in www.dgsi.pt.

Esta jurisprudência é transponível para outros casos em que estão em causa deveres de informação e colaboração impostos às entidades supervisionadas pelo RGICSF.

Como refere, Helena Bolina, “O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados à luz da aplicação subsidiária do processo penal aos processos de contraordenação no mercado de valores mobiliários”, cit “...as questões aí suscitadas são comuns aos processos de contraordenação instaurados por outros reguladores do setor financeiro [setores bancário e de seguros, para além dos valores mobiliários] na medida em que ...são também comuns as disposições processuais relativas aos ilícitos de mera ordenação social deste setor, bem como certas características da regulação substantiva.” Cfr. também neste sentido, o recente Ac. da Relação de Évora de 11-7-2013 35/12.0YQSTR.E1, rel. António João Latas in www.dgsi.pt.

⁷³ *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, (tese de doutoramento apresentada em 13-10-2003 na Faculdade de Direito de Direito de Minas Gerais, Belo Horizonte, págs. 17-18, disponível em <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/>

to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent”]⁷⁴.

Os dois princípios estão, assim, intimamente ligados.

Como salientam os Profs. Figueiredo Dias e Costa Andrade, “Embora não tenham exactamente o mesmo conteúdo, o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação estão incindivelmente ligados: não lhe sendo reconhecido o direito a manter-se em silêncio, o arguido seria obrigado a pronunciar-se revelando informações que o podem eventualmente prejudicar na medida em que contribuem para a sua condenação”⁷⁵.

Também o Ac. do TC n.º 340/2013, considerou que “Intimamente ligado ao direito ao silêncio está o direito do arguido à não autoincriminação, entendido como o direito de não contribuir para a sua própria incriminação, conhecido pelo brocardo latino *nemo tenetur se ipsum accusare*. É facilmente explicável a relação deste direito com o direito ao silêncio, uma vez que, não sendo reconhecido ao arguido o direito a manter-se em silêncio, este seria obrigado a pronunciar-se e a revelar informações que poderiam contribuir para a sua condenação”⁷⁶.

Mas o *nemo tenetur se detegere* não é sinónimo do direito ao silêncio.

O direito à não auto-incriminação não se esgota no direito ao silêncio.

O direito ao silêncio não representa a única decorrência do princípio *nemo tenetur se detegere* no processo penal.

Como bem sintetiza Fabienne Kéfer, “Le droit de ne pas s’auto-incriminer ne couvre pas que les paroles. Il vise tout type d’information, y compris les écrits”⁷⁷.

Com efeito, as manifestações verbais não são as únicas formas em que se apresenta o princípio contra a auto-incriminação, pois, através de outras condutas, é possível produzir prova de carácter incriminatório, utilizável contra quem a produziu⁷⁸.

⁷⁴ Cfr., v.g., Acs de 17-12-1996, *Saunders c. Reino Unido*, n.º 19187/91, §69, de 21-12-2000, *Heaney e McGuinness c. Irlanda*, n.º 34720/97, § 40 e de 8-4-2004, *Weh c. Áustria*, n.º 38544/97, §40).

⁷⁵ *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, cit., pág. 38.

⁷⁶ Também em Espanha o Tribunal Supremo já destacou que “El derecho a no declarar y a no confesarse culpable constituye un principio que resalta el valor de la libertad de toda persona sometida a un proceso criminal, prohibiendo cualquier actividad encaminada a quebrantar su integridad y libertad obligándole a declarar en un determinado sentido”(STS de 24-4-1992). Como bem observa Rafael Luna Rodríguez, *El Derecho A No Autoinculpación En El Ordenamiento Tributario Español*, cit, pág. 201, “Nótese que en esta Sentencia, a pesar de hablar de dos derechos, los reconduce a un solo principio, lo cual evidencia parte de la identidad sustancial que ambos derechos ostentan (...)”.

⁷⁷ “Questions à propos du délit d’obstacle à la surveillance en droit belge”, *Revue Trimestrielle des droits de l’homme*, 56/2003, pág. 1324.

⁷⁸ Carlos Henrique Borlido Haddad, *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, cit., pág. 43.

Como refere João Cláudio Couceiro (*A garantia Constitucional do direito ao silêncio*, RT, 2004, págs. 147-148, apud Adriana Dias Pais Ristori, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, Coimbra, 2007, Almedina, pág. 16, nota 1), «Com os avanços da ciência, não é apenas pelas suas declarações (tomado o termo em seu sentido estrito) que uma pessoa pode se incriminar. Atualmente, todo o corpo ‘fala’».

Embora a “confluência teleológica” entre os dois princípios seja incontornável por, no dizer de Paulo Dá Mesquita, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*, cit., pág. 557, nota 206, ambos “compreenderem o direito subjectivo de não ter de se dizer, às entidades de investigação ou ao tribunal, se se cometeu um determinado crime”, a relação entre o direito ao silêncio e o princípio contra a auto-incriminação não é pacífica nem na doutrina nem na jurisprudência.

É maioritária a opinião, que perfilhamos, segundo a qual o direito ao silêncio é uma manifestação do princípio da não auto-incriminação. Assim, cfr., v.g., Maria Elizabeth Queijo, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, cit., págs. 56, 66, 77, 93-94, 99, 106 e 232-233 (mencionando, neste sentido, os juristas brasileiros António Scarance Fernandes, *Processo Penal Constitucional*, 2005, pág. 292 e João Cláudio Couceiro, *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, 2004, pág. 152) Carlos Henrique Borlido Haddad, *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, cit., págs. 31, 34, 43, 52, 211 e 264, Rafael Luna Rodríguez, *El Derecho A No Autoinculpación En El Ordenamiento Tributario Español*, cit., págs. 204-206, Adriana Dias Pais Ristori, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, cit., págs. 16, 17-18, 90, 98 e 120, Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, cit., págs. 16, 19-20 e 32, Maria de Fátima Reis, “O direito à não auto-incriminação”, *Sub Iudice*, n.º 40 (Jul.-Set.2007), p. 59-74, Paulo de Sousa Mendes, “O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência”, *Julgar* n.º 9/2009, pág. 15 e “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, Número I, Janeiro – Março, 2010, págs.125-126, Sofia Saraiva de Menezes, “O Direito ao silêncio: a verdade por trás do mito”, cit., pág. 123. No mesmo sentido se parece inclinar o Prof. Germano Marques da Silva ao assinalar em *Direito Penal Tributário*, cit., págs 176-177 que “O Código de Processo Penal contém um vasto número de normas que são consequências do reconhecimento daquele princípio [princípio da não auto-incriminação]: o direito ao silêncio do arguido (art. 343º, nº 1, e 345º, nº 1), o dever de esclarecimento ou advertência sobre os direitos decorrentes daquele princípio (art. 58º, nº 2 e 4; 61º, nº 1, alínea b); 141º, nº 4, alínea a) e 343º, nº 1)”.

Neste sentido, veja-se também a declaração de voto do juiz Martens ao Ac. do TEDH de 17-12-1996, *Saunders c. Reino Unido*, n.º 19187/91 [“From a conceptual point of view it would, however, seem obvious that the privilege against self-incrimination (= roughly speaking, the right not to be obliged to produce evidence against oneself) is the broader right, which encompasses the right to silence (= roughly speaking, the right not to answer questions)”], subscrito entre nós pelo Ac. da Rel. de Évora de 11-10-2011, proc. n.º 101/09.0GBMMN.E1, rel. João Gomes de Sousa.

Também Franklin Kutu, *Justice pénale et procès équitable*, vol. 2, Bruxelles, 2006, Larcier, pág. 281 sublinha que “L’interprétation selon laquelle le droit au silence est une composante du droit de ne pas s’auto-incriminer semble la plus pertinente”. No mesmo sentido, *ipsis*

Pode, assim, dizer-se que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* abrange, no seu conteúdo potencial máximo, como corolários, o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de prova, nomeadamente documentos, v.g., correspondência pessoal, diários íntimos, isto é documentos sobre os quais não recai nenhum dever de apresentação ou entrega às autoridades judiciárias e que estão cobertos pela reserva da vida privada ⁷⁹.

verbis, Elsa Monceaux, *Quel droit au silence en procédure pénale?* tese de mestrado, 2011, pág. 3, disponível em <https://docassas.u-paris2.fr>.

O próprio Livro Verde sobre “A *presunção de inocência*”, apresentado pela Comissão em 26-4-2006 [COM(2006) 174 final], disponível em <http://eur-lex.europa.eu/> parece inclinar-se claramente neste sentido : “A *presunção de inocência* compreende o direito de não se incriminar a si próprio, que inclui o direito ao silêncio e o direito a não lhe serem exigidas provas incriminatórias. É aplicável o aforismo *se ipsum de nemo maxim tenetur prodere* (ninguém pode ser obrigado a incriminar-se a si próprio). O arguido pode recusar-se a responder a perguntas e a apresentar elementos de prova. O TEDH considerou que, embora não especificamente mencionado na CEDH, o direito de não se incriminar a si próprio é um princípio internacional geralmente reconhecido que ‘*integra a noção de processo equitativo*’. Este direito protege o arguido contra a coacção indevida por parte das autoridades, reduzindo assim o risco de erros judiciários e consagrando o princípio da igualdade de condições. A acusação deve provar as suas alegações sem recorrer a provas obtidas através de coacção ou da força. A segurança e a ordem pública não podem justificar a supressão destes direitos. Trata-se de um direito ligado à *presunção de inocência*, de modo que qualquer coacção para obter provas incriminatórias constitui uma violação do direito ao silêncio. O Estado viola o direito ao silêncio do arguido quando procura obrigá-lo a fornecer declarações bancárias aos inspectores dos serviços aduaneiros. Obrigar um arguido a cooperar com as autoridades na fase anterior ao julgamento pode violar o direito de não se incriminar a si próprio e comprometer a imparcialidade das diligências posteriores».

Nas mesmas águas parece navegar o Ac do STJ de 5-1-2005, proc.º n.º 04P3276, rel. Cons.º Henriques Gaspar, in www.dgsi.pt.

Há, porém, autores que, inversamente, consideram que o direito à não auto-incriminação é uma componente ou uma variante do direito ao silêncio.

Assim, Louis-Edmond Pettiti, em “*Droit au Silence*”, in *Documentação e Direito Comparado*, n.ºs 75/76, 1998, pág. 135 e no prefácio a Bernard Bouloc, Réginald de Beco e Pierre Legros, *Le droit au silence et la détention provisoire*, cit., pág. 8 [“*L’aspect du droit à ne pas s’autoincriminer est une variante du droit au silence (cf. arrêt Cremieux c. France CEDH)*”] e, na doutrina brasileira, Uadi Bulos Lammêgo, *Constituição Federal Anotada*, 5.ª ed., S. Paulo, 2003, Saraiva, pág. 315.

Entre nós Jónatas Machado e Vera Raposo, “O direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais”, cit., pág. 17, consideram também que “o direito à não auto-incriminação é uma sub categoria dentro do direito ao silêncio em sentido amplo”.

Finalmente, existem autores que perspectivam os dois princípios como equivalentes.

⁷⁹ Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, pág. 21.

Sobre a questão dos diários íntimos, para além da obra de Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, cit., veja-se João Conde Correia, “Questões Práticas relativas à utilização de diários íntimos como meio de prova em processo penal”, *Revista do CEJ*, vol. 6, 1º semestre 2007, págs. 139-160, Pedro Jacob Morais, “Valoração de diários íntimos nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, in *Collatio*, n.º 12, julho-setembro 2012, págs. 89-96, disponível em www.hottopos.com. e, na jurisprudência, o Ac. do TC n.º 607/2003.

Entre nós, o STJ já teve oportunidade de doutrinar que:

“O privilégio contra a auto-incriminação significa que o arguido não pode ser obrigado, nem deve ser condicionado a contribuir para a sua própria incriminação, isto é, tem o direito a não ceder ou fornecer informações ou elementos (v. g., documentais) que o desfavoreçam, ou a não prestar declarações, sem que do silêncio possam resultar quaisquer consequências negativas ou ilações desfavoráveis no plano da valoração probatória (cfr., v. g., acórdão de 3 de Maio de 2001, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso J. B. c. Suíça)”⁸⁰.

Também o Tribunal Constitucional, no seu Ac. n.º 340/3013, salientou:

«Este princípio, além de abranger o direito ao silêncio propriamente dito, desdobra-se em diversos corolários, designadamente nas situações em que estejam em causa a prestação de informações ou a entrega de documentos autoincriminatórios, no âmbito de um processo penal.

Tal princípio intervém no processo penal sob duas formas distintas: preventivamente, impedindo soluções que façam recair sobre o arguido a obrigatoriedade de fornecer meios de prova que possam contribuir para a sua condenação e repressivamente, obrigando à desconsideração de meios de prova recolhidos com aproveitamento duma colaboração imposta ao arguido».

Numa certa perspectiva poderíamos ser tentados a integrar a recusa na prestação de autógrafos no âmbito do direito ao silêncio, já que “expressão oral, escrita e gestual são actos comunicativos, manifestações equiparáveis da linguagem humana, que não faz sentido diferenciar em matéria de protecção contra a auto-determinação”⁸¹.

Nesta linha de orientação parece ter-se posicionado o Ac. da Rel. de Lisboa de 30-1-1990, ao considerar que a prestação de autógrafos “equivale a um especial tipo de declarações, não por via oral, mas por escrito”⁸².

Curiosamente, mais de meio século antes, o Conselheiro Luís Osório, em anotação ao citado artigo 195.º do Código de Processo Penal de 1929, expressava já a opinião de que “A punição, como desobediente, da pessoa que não quiser escrever as palavras indicadas não parece estar em harmonia com o facto de não se punir o réu que se recusa a responder às perguntas sobre a infracção, reconhecendo-lhe até o direito de não responder”⁸³.

⁸⁰ Ac do STJ de 5-1-2005, proc.º n.º 04P3276, rel. Cons.º Henriques Gaspar, in www.dgsi.pt.

⁸¹ Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, cit., pág. 42, mencionando no mesmo sentido Almeida Garret, *Sujeição do arguido a diligências de prova e outros temas*, cit., pág. 20 e ss.

⁸² Rel. Fisher de Sá Nogueira, in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XV, tomo 1, pág. 181, também sumariado em www.dgsi.pt

⁸³ *Comentário ao Código de Processo Penal Português*, 3º volume, 1932, Coimbra Editora, pág. 207, anotação VI ao artigo 195.º. Como acrescentava o ilustre anotador, “Melhor era ter procedido como o Br, ou ainda como os Fr, Be e It, mandando consignar no auto a recusa para os juizes daí retirarem as ilações que julgassem convenientes”. Esta última proposta

Esta concepção ampla sobre o direito ao silêncio não parece, porém, ter acolhimento na lei portuguesa.

Com efeito, a redacção do artigo 61.º, n.º1, al. d) do Código de Processo Penal [“*Não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os actos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar*”] “sugere um direito restrito aos casos em que o arguido é solicitado a apresentar declarações verbais”⁸⁴.

O direito do arguido ao silêncio parece, assim, incluir apenas a possibilidade de este não prestar declarações quando interrogado, de não responder a perguntas que lhe são dirigidas, de permanecer calado, colocando-se, por isso, no plano da “oralidade processual”⁸⁵.

Como assinala Frederico Lacerda da Costa Pinto, “O direito ao silêncio abrange apenas e só o direito a não responder a perguntas ou prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados e não abrange o direito a recusar a entrega de elementos que estejam em seu poder”⁸⁶.

No mesmo sentido, Lara Sofia Pinto refere que “o direito ao silêncio apenas abarca a colaboração do arguido na sua incriminação através de declarações sobre os factos que lhe são imputados. Portanto apenas está em causa o meio de prova por declarações”⁸⁷.

Também Franklin Kutty, depois de analisar a jurisprudência do TEDH a propósito do direito ao silêncio, conclui de forma enfática que “Le droit au silence semble se cantonner, pour l’essentiel, au contrôle de ses cordes vocales”⁸⁸.

Ora, num caso de recolha de autógrafos não estamos perante declarações verbais do arguido, mas sim perante uma diligência de prova relativamente à qual não cabe invocar o direito ao silêncio.

encontrava-se em perfeita sintonia com o pensamento de Luís Osório segundo o qual “pode o réu ficar calado ou mesmo recusar-se a responder; mas não pode evitar que o juiz tire do silêncio ou da recusa as conclusões que esse comportamento do réu pode autorizar”(Comentário ao Código de Processo Penal Português, 4º volume, 1933, Coimbra Editora, pág. 158, anotação VIII ao artigo 280º).

⁸⁴ Liliana Sá, “O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não auto-incriminação”, *Revista do Ministério Público* n.º 107, cit., pág. 27.

⁸⁵ A expressão é da autoria de Carlos Henrique Borlido Haddad, *Conteúdo e contornos do do princípio contra a auto-incriminação*, cit, pág. 43

⁸⁶ *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, cit pág. 95, §71. Segundo este autor, a própria ressalva contida no artigo 60.º do C.P.P. e o âmbito do dever descrito no artigo 61.º, n.º3 al. d) do mesmo Código “demonstram que no direito ao silêncio não pode estar outra coisa que não seja a possibilidade de numa inquirição não responder às perguntas que lhe são formuladas”(idem, pág. 97, §73).

⁸⁷ “Privilégio contra a Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido”, cit. pág. 109.

⁸⁸ *Justice pénale et procès équitable*, vol. 2, Bruxelles, 2006, Larcier, pág. 283.

Mas, mesmo que se perfilhe, como se perfilha, uma concepção mais restritiva do direito ao silêncio e se negue a equiparação entre a recusa em prestar autógrafos e a recusa em prestar declarações, esta última garantida pelo direito ao silêncio, nem por isso a solução para a questão que abordamos será diversa se perspectivada à luz do princípio contra a auto-incriminação.

9. Conforme referido, a área de abrangência do princípio contra a auto-incriminação não se restringe às declarações orais proferidas pelo arguido.

Mas, conforme assinala o Prof. Costa Andrade, importa reconhecer que existe uma “zona de fronteira e concorrência entre o estatuto do arguido como sujeito processual e o seu estatuto como objecto de medidas de coacção ou de meios de prova. Nesta zona cinzenta deparam-se, não raramente, situações em que não é fácil decidir: quando se está ainda no âmbito de um exame, revista, acareação ou reconhecimento, admissíveis mesmo se coactivamente impostos; ou quando, inversamente, se invade já o campo da inadmissível auto-incriminação coerciva”⁸⁹.

De que critério ou critérios deve, então, o intérprete socorrer-se para aquilatar se determinada diligência de prova se encontra ou não abrangida pelo princípio *nemo tenetur*?

Para alguns esse critério deve ser encontrado na dependência ou independência da vontade do arguido.

Segundo esta concepção estariam fora do princípio do *nemo tenetur* prestações pessoais exigidas sob ameaça de sanção, mas independentes da vontade do sujeito, que não passam por uma elaboração espiritual da sua parte.

Neste sentido, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), por acórdão de 17 de Dezembro de 1996 (caso *Saunders v. Reino Unido*, n.º 19187/91), concluiu que o direito à não auto-incriminação se refere, em primeira linha, ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, ao direito ao silêncio, acrescentando que esse

Também o antigo juiz do TEDH, Louis-Edmond Pettiti, quer no prefácio à obra de Bernard Bouloc, Réginald de Beco e Pierre Legros, *Le droit au silence et la détention provisoire*, cit., pág. 8, quer em “Droit au Silence”, in *Documentação e Direito Comparado*, n.ºs 75/76, 1998, págs. 135-148, ensina:

«Le droit au silence est issu du mythe de la parole, de la conquête organique et spirituelle de celle-ci par l’*homo sapiens*. Pouvoir conférer à l’être de nommer les vivants, pouvoir de méditer sans parler.

La parole est au coeur de la personnalité, sa contre-face est le silence, le droit à garder celui-ci. Par rapport à la liberté d’expression, cela signifie le droit d’être maître de sa communication avec autrui.

Par rapport à la justice, le droit au silence est le corollaire du libre aveu, conçu comme comportement moral et religieux impliquant liberté de repentir et faculté de pardon» (pág. 135).

⁸⁹ *Sobre as proibições de prova em processo penal*, cit., pág. 127.

direito “não abrange a utilização, em quaisquer procedimentos penais, de *dados que possam ser obtidos do acusado recorrendo a poderes coercivos, contanto que tais dados existam independentemente da vontade do sujeito, tais como, inter alia, os documentos adquiridos com base em mandado, as recolhas de saliva, sangue e urina, bem como de tecidos corporais com vista a uma análise de A.D.N.*⁹⁰”.

Este critério voltou a ser utilizado nos Acs de 21-12-2000, *Quinn c. Irlanda*, n.º 36887/97, §40, de 25-9-2001, *P.G. et J.H. c. Reino Unido*, n.º 44787/98⁹¹, de 4-10-2005, *Shannon c. Reino Unido*, n.º 6563/03, §36 e foi reafirmado no importante Ac. de 11-7-2006, *Jalloh c. Alemanha*, n.º 54810/00⁹².

⁹⁰ “69. The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the contracting parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing”.

Sobre este aresto cfr., v.g., Vânia Costa Ramos, “Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documento para prova e nemo tenetur se ipsum accusare- Parte I”, *RMP* n.º108, cit. págs 144-148 e Jónatas Machado e Vera Raposo, “O direito à não auto-incriminação e as pessoas colectivas empresariais”, cit., págs. 32-33.

⁹¹ “54. The Government submitted that the use of the listening devices in the cells and when the applicants were being charged did not disclose any interference, as these recordings were not made to obtain any private or substantive information. The aural quality of the applicants’ voices was not part of private life but was rather a public, external feature. In particular, the recordings made while they were being charged – a formal process of criminal justice, in the presence of at least one police officer – did not concern their private life. The applicants could have had no expectation of privacy in that context. In any event, to the extent that the Court might find that the recordings did engage Article 8, any interference was so negligible as not to amount to a violation of their rights under that provision. By analogy, if the obtaining of samples of breath, blood or urine would not raise problems under Article 6, the obtaining of voice samples would equally not offend Articles 6 or 8 (see *Saunders v. the United Kingdom*, judgment of 17 December 1996, Reports 1996-VI, pp. 2064-65, § 69)... 80. In so far as the applicants complained of the underhand way in which the voice samples for comparison were obtained and that this infringed their privilege against self-incrimination, the Court considers that the voice samples, which did not include any incriminating statements, may be regarded as akin to blood, hair or other physical or objective specimens used in forensic analysis and to which privilege against self-incrimination does not apply (see *Saunders*, cited above, pp. 2064-65, § 69)”.

⁹² «102. Toutefois, selon la jurisprudence constante de la Cour, le droit de ne pas s’incriminer soi-même concerne en premier lieu le respect de la détermination d’un accusé à garder le silence. Tel qu’il s’entend communément dans les ordres juridiques des Parties contractantes à la Convention et ailleurs, il ne s’étend pas à l’usage, dans une procédure pénale, de données que l’on peut obtenir de l’accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d’un mandat, les prélèvements d’haleine, de sang, d’urine, de cheveux et de tissus corporels en vue d’une analyse de l’ADN ou encore les échantillons de voix (*Saunders*, arrêt précité, § 69, *Choudhary c. Royaume-Uni* (déc.), n.º 40084/98, 4 mai 1999, *J.B. c. Suisse*, arrêt précité, § 68, et *P.G. et J.H. c. Royaume-Uni*, arrêt précité, § 80)».

Também o Tribunal Constitucional português no seu ac. n.º 155/2007 perfilhou claramente este entendimento ao sublinhar que:

«Ora, entende o Tribunal, no seguimento da jurisprudência e doutrina acabada de citar, que o direito à não auto-incriminação se refere ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo, como igualmente se concluiu na sentença do TEDH supra citada, o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, como é o caso, por exemplo e para o que agora nos importa considerar, da colheita de saliva para efeitos de realização de análises de A.D.N.. Na verdade, essa colheita não constitui nenhuma declaração, pelo que não viola o direito a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado. Constitui, ao invés, a base para uma mera perícia de resultado incerto, que, independentemente de não requerer apenas um comportamento passivo, não se pode catalogar como obrigação de auto-incriminação. Assim sendo, não se pode sustentar, ao contrário do que pretende o recorrente, que as normas questionadas contendam com o privilégio contra a auto-incriminação».

É também este o critério perfilhado maioritariamente pela doutrina argentina.

Assim, segundo o ensinamento do Prof. Javier Augusto De Luca:

«(...) la cláusula contra la autoincriminación compulsiva ampara solamente "declaraciones", es decir, expresiones de la voluntad del ser humano, que son un producto del pensamiento de las personas, elaboraciones mentales, que se reflejan en una conducta activa u omisiva, con sentido intelectual. Se incluyen los cuerpos de escritura, los gestos, etcétera, toda prueba que requiera su colaboración intelectual con significado expresivo. En cambio, un registro domiciliario, que también se hace en contra del imputado (supongamos que él se pone en la puerta para impedir el ingreso del juez y la autoridad pública que lo asiste), no tiene el mismo tratamiento. La acción de correrlo compulsivamente de la puerta, también va contra el cuerpo y el significado del

Neste importante acórdão estava em causa a administração forçada, através de uma sonda nasal, de substâncias indutoras do vômito (substâncias eméticas) através da qual se operou a recuperação por regurgitação da cápsula de cocaína que o suspeito engolira quando detido em flagrante por agentes de polícia.

O TEDH, para além de reafirmar a jurisprudência *Saunders*, indicou também os critérios gerais que contam para a decisão da questão da violação do nemo tenetur se ipsum accusare no caso concreto: "...para determinar se o direito à não autoincriminação do queixoso foi violado, o Tribunal, por sua vez, terá de considerar os seguintes factores: a natureza e o grau de coerção empregado para obter a prova, a importância do interesse público na investigação e punição da infração em apreço, a existência de garantias relevantes no processo e a utilização prevista dos meios de prova obtidos dessa forma". No caso concreto, o TEDH considerou que "[...] a medida impugnada visava um traficante de rua que vendia drogas à sua pequena escala e que foi, a final, condenado numa pena de prisão com suspensão de execução por seis meses e regime de prova. Nas circunstâncias do caso vertente, o interesse público em assegurar a condenação do queixoso não podia justificar o recurso a tão grave interferência na sua integridade física e mental".

acto, el secuestro de elementos dentro de su domicilio, también es en su contra. Pero no es válido analizar este proceder conforme la cláusula contra la autoincriminación, porque el individuo no realiza una declaración o un aporte contra sí mismo. No se le pide el consentimiento para allanar el domicilio, ni se hace jugar en contra su negativa»⁹³.

Um segundo critério, adoptado pelo Tribunal Constitucional alemão e pela generalidade da doutrina alemã, assenta na distinção entre conduta activa e tolerância passiva ⁹⁴.

Na síntese de Carlos Haddad, “sempre que a produção de prova envolve a necessidade de uma acção do réu, faculta-se a ele a recusa a cooperar. Caso a prova possa ser gerada sem uma actividade do acusado, que apenas suporta a acção de terceiros, não há espaço para a invocação do princípio”⁹⁵.

Este segundo critério foi utilizado pelo Tribunal Constitucional Espanhol a propósito da obrigatoriedade de submissão a testes de alcoolémia, quando afirmou que a realização dos mesmos não constitui, em si mesmo, uma declaração ou incriminação, para efeitos deste privilégio, uma vez que não se obriga o detectado a emitir uma

⁹³ “El cuerpo y la prueba”, in *Revista de Derecho Procesal Penal*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007, número dedicado a La injerencia en los Derechos Fundamentales del Imputado, III, pág. 41, disponível em www.catedradeluc.com.ar/. Cfr. no mesmo sentido, v.g., Juan Francisco Tapia, *Intervenciones Corporales en el Proceso Penal*, 2007, págs. 14-15, disponível em www.new.pensamientopenal.com.ar.

⁹⁴ Dando conta desta doutrina e jurisprudência germânicas veja-se, Karl-Heinz Gossel, “As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha”, *RPCC*, ano 2, fasc. 3, Julho-Setembro 1992, pág 423. Entre nós, veja-se Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, cit., pág. 127 e ss, Sónia Fidalgo, “Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, cit., pág. 141, Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, cit., pág. 32, nota 63, Lara Sofia Pinto, “Privilégio contra a Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido”, cit., pág. 97, nota 7 e, na doutrina brasileira, v.g., Maria Elizabeth Queijo, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, 2ª ed., cit., págs 330-332 e Carlos Henrique Borlido Haddad, *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2003, pág. 56 e nota 125, disponível em www.bibliotecadigital.ufmg.br/, este último informando que na Alemanha já se decidiu “não ser possível obrigar o acusado a submeter-se a testes, à reconstrução dos fatos, à prova grafotécnica ou à produção de semelhantes ações”. Como assinala Claus Roxin, “La protección de la persona en el proceso penal alemán”, trad. castelhana, publicado em *Revista Penal*, nº 6, julio 2000, Ed. CissPraxix Profesional, Barcelona, pág. 120, também disponível em <http://www.uhu.es>, “El procesado no tiene que colaborar con las autoridades encargadas de la investigación mediante un comportamiento activo (...), [aunque] se impone al procesado una obligación a tolerar...”.

⁹⁵ *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, cit., págs. 58-59.

declaração que exteriorize um conteúdo, admitindo a sua culpa, mas apenas a tolerar que sobre ele recaia uma especial modalidade de perícia (STC 103/1985)⁹⁶.

Na Argentina, também a jurisprudência e parte da doutrina têm feito apelo a esta distinção entre tolerância passiva e a conduta activa para distinguir os casos em que o arguido pode ou não ser obrigado a sujeitar-se a uma diligência de prova⁹⁷.

Este mesmo critério recolhe, igualmente, os favores da doutrina e jurisprudência em Itália⁹⁸, na Costa Rica⁹⁹, bem como da jurisprudência brasileira¹⁰⁰.

⁹⁶ “(...) el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución”. Esta linha argumentativa foi reproduzida, entre outras, nas STC 22/88 de 18 de fevereiro, 252/1994 de 19 de setembro, 107/1995 de 7 de outubro, e 161/97, de 20 de outubro, todas disponíveis em <http://hj.tribunalconstitucional.es/>.

⁹⁷ Na jurisprudência, v.g., pode ler-se na sentença de 9-4-2008 da Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VII, causa nº 33.916. “G., Vanesa s/Robo”, disponível em <http://www.derechopenalonline.com/>: «Asimismo, se ha dicho que “...se ha intentado hacer una distinción entre los casos en que se pretende convertir al imputado en un sujeto activo de prueba (obligarlo a que declare, o a que haga un cuerpo de escritura), de aquéllos en que a aquél se le reclama un comportamiento pasivo, ya sea para extraerle sangre, huellas dactilares, etc. En esta interpretación, la garantía contra la autoincriminación funcionaría en el primer supuesto (imputado como sujeto activo), pero no en el segundo. En el primer caso es notoriamente ilegítimo forzar a un imputado para que escriba un texto determinado, parece mayoritariamente la opinión de que es lícito extraerle sangre...aun contra su voluntad. Cuando existen motivos fundados para una extracción de sangre, ese grado de sospecha sí podrá servir para vencer cualquier negativa de éste a prestarse a la medida en cuestión...” (Carrió, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, ed. Hammurabi, 2000, pag. 388/389). En otras palabras, la garantía contra la autoincriminación importa reconocer que es ilegítimo que se fuerce al imputado para que hable o requerirle un “hacer” (de esta Sala, causa nº 20.173, F. O., del 20-11-2002). En estos supuestos (declaración indagatoria, cuerpo de escritura, formulación de expresiones para una peritación psiquiátrica o psicológica o para efectuar una grabación de la voz a los fines de la comparación pericial), se está requiriendo del imputado una activa cooperación en el aporte de pruebas que eventualmente podrían comprometerlo, extremo que viola la garantía contra la autoincriminación (C.N.C.P., Sala II, causa “Jonjers de Sambo”, del 21-9-1999), a contrario de los actos que implican meramente la colaboración pasiva del imputado, que son posibles de realizar aun en contra de su expresa voluntad (C.N.C.P., Sala II, causa “Dorneles, Gonzalo”, del 30-11-2004)».

⁹⁸ Vejam-se as referências doutrinárias e jurisprudenciais constantes de Maria Elizabeth Queijo, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, 2ªed., cit., págs. 366-367 e nota 253. Na síntese de Carlos Henrique Borlido Haddad, *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2003, pág. 56, disponível em www.bibliotecadigital.ufmg.br/, “Na Itália, o princípio contra a auto-incriminação opera para excluir a coercibilidade da aquisição da prova sempre que se requeira

No Brasil, este critério tem também grande aceitação na doutrina.

Assim, conforme sustentado por Carlos Henrique Borlido Haddad, na sua magnífica tese de doutoramento:

«A produção de prova é ato eminentemente comissivo, do que decorre a inaplicabilidade do princípio contra a auto-incriminação às condutas omissivas que consistam em mero tolerar do acusado.

Somente por meio de conduta ativa pode ser produzida a prova penal pelo acusado e apenas quando há produção de prova existe espaço para a tutela do princípio contra a auto-incriminação, especificamente na hipótese de participação positiva do réu»¹⁰¹.

Parece também ter sido este o critério adoptado pelo conhecido e reputado penalista brasileiro Prof. Luíz Flávio Gomes quando conclui:

“Qualquer tipo de prova contra o réu que dependa (*ativamente*) dele só vale se o ato for levado a cabo de forma voluntária e consciente. São intoleráveis a fraude, a coação, física ou moral, a pressão, os artificialismos etc. Nada disso é válido para a obtenção da prova. A garantia de não declarar contra si mesmo (que está contida no art. 14.3, g, do PIDCP, assim como no art. 8º, 2, g, da CADH) tem significado amplo. O não declarar deve ser entendido como qualquer tipo de manifestação (*ativa*) do agente, seja oral, documental, material etc”¹⁰².

Fazendo apelo a este segundo critério, importaria distinguir entre as diligências de prova em que pela passividade do comportamento que lhes é inerente, não interferem

um fazer do acusado. Se não é exigida uma contribuição ativa, mas, sim, suportar a produção da prova, o princípio é inoperante”.

⁹⁹ Cfr., na doutrina v.g., Luis Paulino Mora Mora, “La prueba como derecho fundamental”, in Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, n.º 4, julio-diciembre 2005, págs. 179-181, disponível em <http://www.iidpc.org/> e na jurisprudência, v.g., o seguinte excerto: “en aras de la búsqueda de la verdad real como uno de los fines esenciales del proceso, el imputado puede ser fuente de prueba en aquellos casos en que la obtención de la misma ni importe daño físico o psíquico para el sujeto, ni lesione los derechos propios de un ser humano. Consecuentemente, los actos que requieren colaboración pasiva del imputado v. gr. extracción de sangre, reconocimiento, corte de cabellos, entre otros, pueden ser realizados aún sin su consentimiento, conforme a las circunstancias especiales de cada caso y a las formalidades de ley, según corresponda” (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Voto N° 556-91 de las catorce horas y diez minutos del veinte de marzo de mil novecientos noventa y uno) e a demais jurisprudência citada infra nota 149.

¹⁰⁰ Neste sentido, cfr., v.g., Maria Elizabeth Queijo, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, 2ªed., cit., pág. 313: “(...) a orientação predominante na jurisprudência brasileira não reconhece a existência de dever de colaboração do acusado na produção de provas, no processo penal, no que tange às que dependam de colaboração ativa do acusado.”

¹⁰¹ Carlos Henrique Borlido Haddad, *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, cit., pág. 64.

¹⁰² *Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência*, 26 janeiro. 2010, disponível em <http://www.lfg.com.br>. (itálicos nossos).

com o direito do arguido a não colaborar ou contribuir para a sua incriminação, como v.g., as provas dactiloscópicas, fotográficas ou provas de natureza análoga¹⁰³, as revistas, buscas e apreensões¹⁰⁴, os reconhecimentos¹⁰⁵ e grande parte dos exames, a obrigação de instalar um tacógrafo num camião¹⁰⁶, ou de se submeter à recolha de amostra de cabelo, de sangue e de urina, assim como de tecidos corporais tendo em vista uma análise de ADN¹⁰⁷, daquelas outras diligências que implicam uma conduta activa por parte do arguido, uma actividade ou acção positiva.

Assim, o arguido não pode ser compelido a apresentar documentos ou objectos incriminatórios (v.g. a arma do crime), a participar na reconstituição do facto¹⁰⁸, ou a

¹⁰³ Cfr. neste sentido Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 189. Em sentido divergente, Francisco de Almeida Garrett, *Inquérito Criminal e Prova em Julgamento*, Porto, 2008, Fronteira do Caos, págs. 117-132.

¹⁰⁴ Cfr. Carlos Henrique Borlido Haddad, *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, cit., págs. 173-174.

¹⁰⁵ Atente-se no seguinte e sugestivo trecho do ac. do Tribunal de Justiça de S.Paulo de 26-1-2010, Habeas Corpus n.º 990.09.213694-1 da comarca de Itanhaém, rel. Borges Pereira: «Como bem anotado pelo D. Procurador de Justiça oficiante às fls. 35: "...Pretender-se por via de desdobramento do direito do réu permanecer calado assegurado pelo art. 5.º, XLIII, da Constituição Federal, ou seja, de não se auto-incriminar (*nemo tenetur se detegere*), se impedir a realização de ato de reconhecimento pela vítima ou por testemunhas, se constitui em interpretação extensiva inadmissível e não autorizada, data vertia, daquele princípio constitucional. Com efeito, uma coisa é o réu preferir se calar, quando interrogado, para não se autoincriminar; e outra, muito diferente, a dele pretender se subtrair a ato de reconhecimento, que pode, até, ser negativo, meio tradicional de prova, previsto pelo artigo 226 do Código de Processo Penal. A providência requerida pelo combativo impetrante ficará, no caso trazido a julgamento, ao prudente arbítrio do Juiz, que na avaliação da necessidade da produção da prova, poderá entender necessário o reconhecimento pessoal, em função do que se apurará nos autos, de modo que não se pode entrever nenhum constrangimento ilegal ou nulidade do processo, em razão disso. Isto posto, DENEGA-SE A ORDEM de habeas corpus impetrada em favor de RAFAEL SODRE DE LIMA».

¹⁰⁶ Cfr. Ac. do TEDH de 3-5-2001, *J. B. contra Suíça*.

¹⁰⁷ Cfr. Ac. do TEDH de 17-12-1996, *Saunders c. Reino Unido*.

¹⁰⁸ Cfr. neste sentido, para o direito alemão Gossel, "As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha", *RPCC*, ano 2, fasc. 3, 1992, pág. 423, para o direito argentino, Maria Elizabeth Queijo, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, 2ªed., cit., págs. 345-346 e, para o direito brasileiro o Ac. do STF brasileiro de 10/12/1991, HC 69.026/DF, rel. Ministro Celso de Melo, Primeira Turma, D.J. de 4-9-1992, p.14091 ["A reconstituição do crime configura ato de carácter essencialmente probatório, pois destina-se - pela reprodução simulada dos fatos - a demonstrar o *modus faciendi* de pratica delituosa (CPP, art. 7.). O suposto autor do ilícito penal não pode ser compelido, sob pena de caracterização de injusto constrangimento, a participar da reprodução simulada do fato delituoso. Do magistério doutrinário, atento ao princípio que concede a qualquer indiciado ou réu o privilégio contra a auto-incriminação, ressalta a circunstancia de que é essencialmente voluntária a participação do imputado no ato - provido de indiscutível eficácia probatória - concretizador da reprodução simulada do fato delituoso"].

Segundo informa o académico brasileiro Antoniel Souza Ribeiro da Silva Júnior, "A reconstituição do crime no processo penal brasileiro", in *Portal Boletim jurídico*, 9-7-2004,

ver a sua voz gravada, sem o seu conhecimento ou contra o seu consentimento, para efeitos de realização de uma peritagem fonético-linguística em ordem a identificar a voz captada numa escuta telefónica¹⁰⁹, ou obrigado a revelar uma palavra chave

www.boletimjuridico.com.br: “O indiciado não está obrigado a participar dos atos de reconstituição, já que constituiria constrangimento ilegal o qual na está obrigado a suportar. O ilustrado BENTO DE FARIA há mais de quarenta anos já lecionava: ‘A autoridade não pode obrigar o indiciado a figurar no quadro, pois tal importaria em violência, e não valem os adminículos de prova obtidos por este meio’. A doutrina é uníssona neste aspecto. Pode o indiciado ou réu legitimamente recusar-se a participar, sem que se caracterize nenhuma desobediência ou desrespeito à autoridade. Mesmo trilho percorre a Jurisprudência do STF deferindo Habeas corpus para remediar a ilegalidade como podemos conferir: "O suposto autor do ilícito penal não pode ser compelido, sob pena de caracterização de injusto constrangimento, a participar da reprodução simulada do fato delituoso. Do magistério doutrinário, atento ao princípio que concede a qualquer indiciado ou réu o privilégio contra auto-incriminação, resulta circunstância de que é essencialmente voluntária a participação do imputado ao ato - provido de indiscutível eficácia probatória - caracterizador de reprodução simulada do fato delituoso" (RT 697:385-6).

Silenciar durante os atos persecutórios é um direito constitucional de qualquer cidadão conforme o art. 5º, inciso LXIII: ‘o preso será informado dos seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado" (...). Constitui-se numa aberração pretender ou exigir a qualquer custo que o indiciado participe da reprodução simulada dos fatos. O Estado não pode exigir que o cidadão se auto-incrimine fornecendo elementos de prova que podem complicar-lhe a situação numa futura ação penal. Nemo tenetur se detegere é o brocardo que sinaliza que ninguém é obrigado a acusar a si próprio. Incumbe aos órgãos da persecução penal reunir as provas da autoria e materialidade da infração. O suspeito pode restar completamente inerte, sem que nenhuma presunção possa ser derivada de seu comportamento».

O artigo 192.º do Código de processo penal da Costa Rica é a este respeito bem elucidativo: “Artículo 192. - Reconstrucción del hecho

Se ordenará la reconstrucción del hecho para comprobar si se efectuó o pudo efectuarse de un modo determinado.

Nunca se obligará al imputado a intervenir en el acto, que deberá practicarse con la mayor reserva posible.”

Perante o direito português, Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 426, pronuncia-se abertamente no sentido de que “o arguido não tem o dever de participar na diligência (artigo 272.º, n.º 2 *a contrario*)”. No mesmo sentido decidiu o Ac. do STJ de 5-1-2005, proc.º n.º 04P3276, rel. Henriques Gaspar, in www.dgsi.pt: “Pela sua própria configuração e natureza - reprodução, tão fiel quanto possível, das condições em que se afirma ou se supõe ter ocorrido o facto - a reconstituição do facto, embora não imponha nem dependa da intervenção do arguido, também a não exclui, sempre que este se disponha a participar na reconstituição, e tal participação não tenha sido determinada por qualquer forma de condicionamento ou perturbação da vontade, seja por meio de coação física ou psicológica, que se possa enquadrar nas fórmulas referidas como métodos proibidos enunciados no artigo 126º do CPP”. Diferentemente, Eurico Balbino Duarte, “Making Of-A Reconstituição do Facto no Processo Penal Português”, in Tereza Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto (coord.), *Prova Criminal e Direito de Defesa*, cit., pág. 46, admite que o arguido possa ser forçado a participar de uma forma passiva – sob pena de incorrer em desobediência (art. 348.º do Código Penal) – mas já não a colaborar activamente na reconstituição.

¹⁰⁹ Cfr neste sentido o Ac. do BGH de 9-4-1986 (apud Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, cit., pág. 129), o Ac. do STF do Brasil de 18-11-2003, HC n.º

secreta que condiciona o acesso a um computador, essencial para as autoridades terem rápido acesso à informação nele contida¹¹⁰, por em todas estas situações ser ilegítimamente obrigado a colaborar ou a contribuir para a sua incriminação.

83.096-0/RJ, 2ª Turma, rel. Ministra Ellen Gracie ["O privilégio contra a auto-incriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável"], a sentença do TS de Espanha de 28-11-2008 e, entre nós, a tese de mestrado em medicina legal de José Fernando Soares de Moura, *A Natureza da Identificação da Voz e suas Repercussões no Processo Penal*, Porto, 2011, págs. 78-79 e 124, disponível em <http://repositorio-aberto.up.pt/> e em <http://www.estig.ipbeja.pt/> e Francisco de Almeida Garrett, *Inquérito Criminal e Prova em Julgamento*, cit., págs. 103-104.

Curiosamente, a jurisprudência espanhola já se pronunciara em sentido contrário: "La prueba de identidad de voces, por sus características, no supone una intervención corporal propiamente dicha ya que para practicarla no es necesario realizar una invasión de derechos propios de la persona, como la intimidad personal o la integridad física. Desde el punto de vista de su agresividad corporal, se trata de una acción totalmente banal a la que el interesado puede prestarse sin que por ello se resientan sus derechos fundamentales. No obstante, al ser una aportación probatoria de carácter personal que pudiera afectar al derecho a no declarar o a no confesarse culpable, cabe analizar su naturaleza, para determinar si es una prueba de confesión o tiene una naturaleza distinta. Al igual que sucede con las pruebas de alcoholemia, cabe considerar que prestarse a facilitar la voz para que sea grabada y sometida a contraste con otras que constan incorporadas a sistemas magnéticos, para comprobar su autenticidad o identidad, no es igual que obligar al interesado a emitir una declaración reconociendo su culpabilidad, ya que se trata de prestar el consentimiento para que se haga a la persona objeto de una especial modalidad de pericia exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 CE" (Tribunal Supremo, 2ª Sala, 3 nov. 1997).

No que se refere propriamente às escutas telefónicas, atente-se na lição da Prof.^a Ada Pellegrini Grinover: "Deve-se observar, ainda, que o princípio nemo tenetur se detegere não se entende aplicável, pela doutrina dominante, às interceptações; nestas, o sujeito não está em confronto direto com a autoridade, não é por ela solicitado a responder, nem sofre pressões de qualquer espécie, já que não há constrição no telefonema e o instrumento é utilizado na mais ampla liberdade. O direito ao silêncio do réu ou do indiciado tem como finalidade preservar sua liberdade moral frente à autoridade" (*Liberdades públicas e processo penal - as interceptações telefônicas*, 2ªed., São Paulo, RT. 1982. pág. 200, apud Carlos Henrique Borlido Haddad *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, cit., pág. 181).

¹¹⁰ Neste sentido, Lara Sofia Pinto, "Privilégio contra a Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido", cit., dando conta de jurisprudência inglesa que se pronunciou em sentido contrário. Como os Profs. Teresa Belezza e Frederico Lacerda da Costa Pinto acentuam na nota de apresentação "A solução acabou por ser confirmada pela legislação recente, surgida já após a conclusão do trabalho (art. 14.º n.º5 da Lei n.º 109/2009)". Na doutrina americana veja-se, com interesse, Vivek Mohan e John Villasenor, "Decrypting the Fifth Amendment: The Limits of Self-incrimination in the Digital Era", *Journal of Constitutional Law Heightened Scrutiny*, vol. 15, págs. 11-28, também disponível em <https://www.law.upenn.edu> e Caren Myers Morrison, "Passwords, Profiles, and the Privilege Against Self-Incrimination: Facebook and the Fifth Amendment", *Arkansas Law Review*, vol. 65 págs. 133-162, também disponível em <http://lawreview.law.uark.edu/>.

Na jurisprudência portuguesa merece destaque o Ac. da Rel. de Évora de 15-11-2011, proc.º n.º 103/09.6 GCBJA.E1, rel. Martinho Cardoso in www.dgsi.pt o qual, a propósito da constitucionalidade da colheita de sangue para efeitos de determinação do grau de alcoolemia procurou conjugar os dois aludidos critérios, numa fórmula que bebe a sua inspiração quer em *Saunders c. Reino Unido* quer na STC 103/1985:

«(...) no seguimento da jurisprudência e doutrina acabada de citar, entendemos que o direito à não auto-incriminação se refere ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, como é o caso, por exemplo e para o que agora nos importa considerar, da recolha de material biológico no sangue para efeitos de análise do grau de alcoolemia. Na verdade, essa colheita não constitui nenhuma declaração, pelo que não viola o direito a não declarar contra si mesmo e a não se confessar culpado. Constitui, ao invés, a base para uma mera perícia de resultado incerto que, independentemente de não requerer apenas um comportamento passivo, não se pode catalogar como obrigação de auto-incriminação. Assim sendo, não se pode sustentar, ao contrário do que pretende o recorrente, que as normas questionadas contendam com o privilégio contra a auto-incriminação»¹¹¹.

¹¹¹ Sobre a constitucionalidade da recolha de material biológico no ar expirado e no sangue para efeitos de análise do grau de alcoolemia cfr., v.g., os Acs da Relação de Coimbra de 21-11-2007, proc.º 6/05.3PTVIS.C1, rel. Gabriel Catarino, de 25-3-2010, proc.º n.º 1828/06.3TALRA.C1, rel. Ribeiro Martins, de 14-07-2010, proc.º n.º 113/09.3GBCVL.C1, rel. Mouraz Lopes, de 15-09-2010, proc.º n.º 202/09.4GDLRA.C1, rel. Brízida Martins, de 10-11-2010, proc.º n.º 35/09.8PTFIG.C1, rel. Calvário Antunes, de 19-1-2011, proc.º n.º 30/07.1GTVIS.C2, rel. Belmiro Andrade, de 20-12-2011, proc.º n.º 408/09.6GAMMV.C1, rel. Jorge Dias, de 25-1-2012, proc.º n.º 123/09.0GTVIS.C1, rel. Abílio Ramalho e de 23-05-2012, proc.º n.º 136/10.0GBAND.C2, rel. Brízida Martins, os Acs. da Relação do Porto de 11-10-2006, proc.º n.º 0542272, rel. Jorge Jacob, de 20-10-2010, proc.º n.º 1271/08.0PTPRT.P1, rel. Olga Maurício, de 18-05-2011, proc.º n.º 438/08.5GCVNF.P1, rel. Artur Vargues, de 19-10-2011, proc.º n.º 294/10.3PTPRT.P1, rel. Moisés Silva e de 11-7-2012, proc.º n.º 40/11.4PTVNG.P1, rel. Maria do Carmo Silva Dias, os Acs. da Relação de Évora de 11-10-2011, proc.º n.º 101/09.0GBMMN.E1, rel. João Gomes de Sousa, de 15-11-2011, citado no texto, de 20-12-2012, proc.º n.º 45/09.5GECUB.E2, rel. Martinho Cardoso, de 30-4-2013, proc.º n.º 1157/11.9GBMMN.E1, rel. Maria Fernanda Palma, e o Ac. da Relação de Guimarães de 23-1-2012, proc.º n.º 32/10.0GBGMR, rel. Fernando Chaves, todos acessíveis em www.dgsi.pt.

O Tribunal Constitucional já considerou igualmente que a submissão do condutor ao teste de deteção de álcool não afronta os princípios da igualdade e do direito de acesso aos tribunais, não viola o dever de respeito pela dignidade da pessoa do condutor, nem o seu direito ao bom nome e à reputação, nem o direito que ele tem à reserva da intimidade da vida privada, nem tão pouco as garantias de defesa do arguido em processo penal (cfr. Acs. do TC n.º 319/95 e n.º 423/95, disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt). O Tribunal Constitucional afirmou igualmente a constitucionalidade das normas que impõem, sob pena de aplicação de uma pena de prisão, a submissão a uma prova de deteção de álcool no sangue através de pesquisa no ar expirado, quando o seu destinatário não se quer a ela submeter (cfr. Acs do TC n.º 628/2006 e 34/2012).

Estes critérios, sobretudo o segundo, têm sido criticados por alguns sectores da doutrina¹¹².

Mais recentemente, por via do seu Ac n.º 418/2013, o Tribunal Constitucional, decidiu “não julgar inconstitucional a interpretação normativa, extraída da conjugação do artigo 4.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento de Fiscalização da Condução sob Influência do Álcool ou de Substâncias Psicotrópicas, aprovado pela Lei n.º 18/2007, de 17 de maio, e do artigo 156.º, n.º 2 do Código da Estrada, segundo a qual o condutor, interveniente em acidente de viação, que se encontre fisicamente incapaz de realizar o exame de pesquisa de álcool no ar expirado, deve ser sujeito a colheita de amostra de sangue, por médico de estabelecimento oficial de saúde, para posterior exame de diagnóstico do estado de influenciado pelo álcool, nomeadamente para efeitos da sua responsabilização criminal, ainda que o seu estado não lhe permita prestar ou recusar o consentimento a tal colheita”.

No âmbito da CEDH, cumpre assinalar que a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, através da decisão de 4-12-1978 (*X. c. Países Baixos*, n.º 8239/78), pronunciou-se no sentido de considerar legal e justificada a sujeição a exame de sangue por parte do condutor suspeito de conduzir embriagado, como medida necessária à protecção dos direitos e liberdades de terceiros, não havendo, nessa medida, ofensa da norma do artigo 8.º.

Por outro lado, por decisão de 15-6-1999, *Tirado Ortiz e Lozano Martín c. Espanha*, queixa n.º 43486/98, o TEDH declarou inadmissíveis as queixas formuladas. Depois de afastar liminarmente a alegada violação do artigo 6.º da Convenção, o tribunal fez consignar que “La Cour estime toutefois que les dispositions légales espagnoles en la matière sont inspirées par le souci et la nécessité de protéger la société et plus particulièrement la sécurité routière et la santé d’autrui. Par conséquent, pour autant que l’obligation légale de se soumettre au test d’alcoolémie puisse être considérée comme constituant une ingérence dans la vie privée des requérants au sens de l’article 8 § 1 de la Convention, celle-ci peut être considérée nécessaire à la prévention des infractions pénales et à la protection des droits et libertés d’autrui. Il s’ensuit que cette partie de la requête doit être rejetée comme étant manifestement mal fondée en application de l’article 35 § 3 de la Convention”.

Como refere Roberta Del Monaco na sua tese de doutoramento, apresentada em 2012 na Universidade de Bolonha, *L’Accertamento dei reati di guida in stato di ebbrezza e alterazione da droghe*, pág. 76, disponível em <http://amsdottorato.cib.unibo.it/>, “I giudici di Strasburgo sono cristallini sul punto: nessuno spazio per il diritto contro le autoincriminazioni in materia di accertamenti dell’ebbrezza ed alterazione alla guida”.

¹¹² Cfr, na doutrina germânica, as referências constantes de Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo pena*, cit., págs. 127-131, na doutrina brasileira Marcelo Schirmer, *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*, Belo Horizonte, 2008, Ed. Del Rey, págs. 107-108 e Maria Elizabeth Queijo *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, 2ªed., cit., pág. 367, na doutrina da Costa Rica, Melissa Armijo Losilla e Natalia Hidalgo Carro, *Reconsideraciones críticas del principio nemo tenetur en el proceso penal costarricense*, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Sede Rodrigo Facio, 2010, págs. 154-158, disponível em www.ijj.ucr.ac.cr. e, na doutrina argentina, Alejandro Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 3ªed., Buenos Aires, 1994, Hammurabi, págs. 319-320. Na doutrina portuguesa, para além das observações de Costa Andrade, cfr. Sónia Fidalgo, “Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, cit., pág. 141, Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, cit., págs. 24 e ss e 32-34 e Lara Sofia Pinto, “Privilégio contra a Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido”, cit., págs. 98-99.

Na verdade, o segundo daqueles critérios, que atende à distinção entre conduta activa e tolerância passiva, tem sido qualificado de simplista e de difícil aplicação prática por ser difícil delinear a fronteira entre o que consubstancia uma acção versus uma sujeição.

Como exemplo da difícil distinção entre acção/sujeição refere-se, v.g., cerrar os punhos para fins de extracção de sangue ou a prova por reconhecimento, tradicionalmente qualificada como sujeição. Este último meio de prova, segundo os críticos do critério, parece implicar antes uma acção do arguido, e não tanto uma sujeição, porquanto exige que o arguido adopte certa postura e não chame a atenção sobre a sua pessoa afim de não inutilizar o resultado final.

Assinala-se, ainda, que também nos casos de colaboração passiva e não apenas de colaboração activa pode haver uma violação da dignidade humana, como num caso de administração de substância causadora de vômito.

Assim, segundo Wolsfast “O tormento, a humilhação de ter de ser instrumento contra si próprio podem, em caso de passividade forçada e verificadas certas circunstâncias, ser maiores do que em caso de colaboração activa”¹¹³.

Estas críticas afiguram-se-nos algo excessivas por incidirem sobre aspectos marginais ou secundários, alguns dos quais sem qualquer relevância perante o direito português.

Por outro lado, aquele critério geral tem sido adoptado por inúmeros e reputadíssimos autores e utilizado por vários tribunais superiores ao longo dos anos e em diferentes latitudes¹¹⁴.

Mesmo uma autora como Maria Elizabeth Queijo, que perfilhando aquelas críticas, adopta antes o critério da proporcionalidade, não deixa de reconhecer que:

«O ponto positivo do citado critério é o reconhecimento de que o acusado não pode ser compelido a participar, ativamente, da produção probatória em seu desfavor. Desse modo, não podendo ser compelido a fazer algo, colaborando de forma ativa na produção da prova, não há que cogitar de execução coercitiva. É a posição preconizada, no direito nacional, pelo Supremo Tribunal Federal, em se tratando de reconstituição do fato e de exame grafotécnico»¹¹⁵.

Como quer que seja, a doutrina e a jurisprudência constitucional portuguesas optam, antes, pelo critério da ponderação de bens, da concordância prática.

¹¹³ Apud Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, cit., pág. 128.

¹¹⁴ Para uma refutação vigorosa daquelas críticas veja-se, desenvolvidamente, Carlos Henrique Borlido Haddad, *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, cit., págs 60-68.

¹¹⁵ *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, 2ª ed., cit., pág. 368.

Na síntese dos Profs. Figueiredo Dias e Costa Andrade, as restrições ao *nemo tenetur* devem obedecer a dois pressupostos: i) devem estar previstas em lei prévia e expressa, de forma a respeitar a exigência de legalidade e; ii) devem também obedecer ao princípio da proporcionalidade e da necessidade, previsto no artigo 18.º, n.º 2 da CRP.¹¹⁶

Na jurisprudência constitucional atente-se, v.g., no seguinte excerto do Ac. do TC n.º 155/2007:

«(...) não proibindo a Constituição, em absoluto, a possibilidade de restrição legal aos direitos, liberdades e garantias, submete-a, contudo, a múltiplos e apertados pressupostos (formais e materiais) de validade. Da vasta jurisprudência constitucional sobre a matéria decorre, em síntese, que qualquer restrição de direitos, liberdades e garantias só é constitucionalmente legítima se (i) for autorizada pela Constituição (artigo 18º, nº 2, 1ª parte) (ii) estiver suficientemente sustentada em lei da Assembleia da República ou em decreto-lei autorizado (artigo 18º, nº 2, 1ª parte e 165º, nº 1, alínea b), (iii) visar a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (artigo 18º, nº 2, in fine); (iv) for necessária a essa salvaguarda, adequada para o efeito e proporcional a esse objectivo (artigo 18º, nº 2, 2ª parte); (v) tiver carácter geral e abstracto, não tiver efeito retroactivo e não diminuir a extensão e o

¹¹⁶ Figueiredo Dias e Costa Andrade, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, cit., pág. 45. Cfr. também Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, cit., pág. 23 e seguintes, Lara Sofia Pinto, “Privilégio contra a Auto-Incriminação versus Colaboração do Arguido”, cit., pág. 111 e, a propósito dos exames, Simas-Santos e Leal Henriques, *Código de Processo Penal Anotado*, vol. I, 3ªed, cit., pág. 1111.

Sobre as limitações dos direitos fundamentais cfr. Vieira Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra Editora, 1983, págs. 220-247, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV – *Direitos Fundamentais*, 2ªed., Coimbra Editora, 1993, págs. 296-308, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6ª ed. Coimbra 1995, Almedina, págs. 601-620 e Vital-Moreira-Gomes Canotilho, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ªed., cit., págs. 388-396

Em geral, sobre a concordância prática em processo penal veja-se Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, lições coligadas por Maria João Antunes, Fac de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-9, págs. 24-26.

Mais recentemente, na sua obra *Acordos sobre a sentença em processo penal*, Porto, 2011, ed do Conselho Distrital do Porto, pag. 27, o Prof. Figueiredo Dias voltou a reafirmar que “(...) o pior serviço, na perspectiva da sociedade democrática e liberal, que pode prestar-se à defesa dos direitos individuais é invocá-los sem razão bastante como entidades absolutas que recusam à partida todo o equilíbrio com direitos inalienáveis da comunidade. Se é certo que existe aqui um limite inultrapassável – o do respeito pela eminente dignidade pela pessoa –, em todo o resto os direitos e liberdades (incluídas as «garantias de defesa» a que se refere o art. 32.º-2 da Constituição da República Portuguesa) têm inevitavelmente de entrar em conjugação, transacção ou concordância com os direitos de protecção e de realização da vida comunitária; suposto naturalmente que, como se exprime a nossa Constituição no art. 18.º, permaneça respeitado o conteúdo essencial do direito fundamental e a sua limitação ocorra segundo os princípios estritos da necessidade e da proporcionalidade”.

alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (artigo 18º, nº 3, da Constituição)».

Este critério, para além de superar as dificuldades apontadas aos dois anteriores critérios, tem a vantagem de permitir aferir não apenas da constitucionalidade mas também da própria legalidade da restrição ao *nemo tenetur*.

Assim e no que se reporta à tipicidade dos casos de colaboração do arguido, em sede de diligências de prova, ela está também prevista nos citados artigos 60.º e 61.º, n.º alínea, ambos do CPP.

Por outro lado, tratando-se de perícia ou exame sobre características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento, a perícia ou o exame em causa são ordenados por despacho do juiz que, “pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado” (artigos 154.º, n.º2 e 172.º, n.º 2, ambos do CPP).

10. Qualquer que seja o critério adequado, uma coisa nos parece certa: o arguido não pode ser compelido à prestação de autógrafos.

Por um lado, a letra e assinatura colhidas ao arguido numa recolha de autógrafos não têm a natureza de dados que existem independentemente da vontade da pessoa obrigada e que, por isso, possam ser obtidos por meios coercivos sem violação da vontade dessa pessoa.

Pelo contrário, estamos perante elementos dependentes da vontade dessa pessoa, para cuja obtenção a sua colaboração se revela imprescindível.

Ao contrário do que sucede com a recolha de amostras biológicas ou de impressões digitais, a escrita colhida por meio de recolha de autógrafos não pode ser obtida mediante o simples exercício de poderes coercivos, não pode ser obtida à força¹¹⁷.

A escrita não tem uma existência independente da vontade do arguido.

O acto de escrever não é um acto puramente mecânico.

A escrita é antes expressão da vontade da pessoa em causa, fruto de uma elaboração mental¹¹⁸.

¹¹⁷ Como assinala Lyle A. Rodenburg, “68, Recent Cases, Criminal Law - Privilege against Self-Incrimination - Handwriting Exemplars Excluded from the Scope of the Fifth Amendment Privilege - Gilbert v. California, 388 U.S. 263 (1967)”; in *Creighton Law Review*, 120 (1968), pág. 128 disponível em <https://dspace.creighton.edu>, “Even if certain characteristics of writing such as speed, pen lift, style, and size are classed as physical, they are unavoidably accompanied by a communication of knowledge. A communication of writing knowledge is not real or physical evidence to any greater degree than a written or verbal substantive admission of guilt which relates to a different type of knowledge”.

Por isso, também, que no acto de recolha de autógrafos o arguido possa falsificar ou tentar dissimular a sua própria escrita ¹¹⁹.

Por outro lado, a recolha de autógrafos implica sempre uma colaboração activa, uma acção positiva do arguido, que não se confunde com “o mero tolerar passivo da actividade de terceiro” ¹²⁰.

A ordem dada ao arguido para prestação de autógrafos não implica para este uma mera sujeição ou tolerância passiva, mas antes um comportamento activo, uma actividade ou acção positiva, obrigando-o a emitir uma declaração (escrita) que exterioriza um conteúdo que o pode incriminar.

Já em 1984 a Comissão de reforma do direito do Canadá, ao estudar aos métodos científicos, inebrava a recolha de autógrafos nos “examens qui, manifestement, font partie de la catégorie des examens à participation active”¹²¹.

¹¹⁸ Mesmo um autor como Robinson O. Everet que, na tradição norte-americana (cfr. infra nota 137), considera uma amostra de escrita como uma “physical evidence” reconhece que “Yet, it is clear that the conscious mind does play some role in producing either a verbal or written utterance, and that some characteristics of either writing or speech can be altered –even if not enough to deceive the qualified expert” (New Procedures of Scientific Investigation and the protection of Accused’s Rights, in *Duke Law Journal*, vol. 1959, n.º1, pág. 55, disponível em www.jstor.org).

Curiosamente, já em 1937 Fred Inbau destacava na jurisprudência discrepante um ac. do Supreme Court of The Philippine Islands de 1929 donde se referia que “Writing is something more than moving the body, or the hand, or the fingers; writing is not a purely mechanical act, because it requires the application of intelligence and attention; and in the case at bar writing means that the petitioner herein is to furnish a means to determine whether or not he is the falsifier(…)” (Self-Incrimination- What Can an Accused Person be Compelled to do?, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 89, n.º4, pág. 1348, disponível em <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc>).

¹¹⁹ Sem que isso lhe acarrete qualquer responsabilidade criminal.

Assim também no direito brasileiro. Num caso em que o arguido vira a sua pena agravada porque portador de “personalidade desviada” pela malícia em fornecer deliberadamente padrões gráficos falsos, o STF, por decisão de 14-6-2005, proferida no Habeas Corpus n.º 83.960-6/RS, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, acolheu o pedido desconsiderando a referida agravante precisamente com fundamento no princípio da não auto-incriminação, garantia fundamental que compreende tanto a recusa em fornecer padrões (equivalente ao silêncio) como o fornecimento falso (correspondente à mentira).

Contrariamente, nos Estados Unidos onde a recolha de autógrafos não está abrangida pelo *privilege against self incrimination*, a falsificação ou tentativa de dissimulação é considerada *obstruction on justice*. Mas, no direito norte-americano, por identidade de razões, se o arguido preferir depor a seu favor, será tratado como qualquer outra testemunha, sujeito ao juramento e às penas aplicadas ao crime de falso testemunho (*perjury*).

¹²⁰ A expressão é da autoria do Prof. Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, cit., p. 127.

¹²¹ Commission de réforme du droit du Canada, *Droit Penal-les méthodes d’investigation scientifiques*, Canada, 2010, pág. 15. Entre nós, Sofia Saraiva de Menezes, “O Direito ao silêncio: a verdade por trás do mito”, pág. 134, integra igualmente a recolha de autógrafos nas diligências de prova que envolvem um comportamneto activo do arguido.

E, como bem se refere no citado Ac. da Rel. do Porto de 28-1-2009, “a diligência ordenada ao arguido exigia um comportamento activo que seria susceptível de contribuir para a sua incriminação, pois estava em causa apurar se a imputada falsificação de um escrito teria sido realizada pelo punho do arguido”.

Finalmente, fazendo apelo ao critério divulgado pela doutrina e jurisprudência constitucional portuguesas também se concluiria pela ilegitimidade da ordem, no que concerne à cominação da desobediência, por o arguido não estar obrigado à prestação de autógrafos.

Desde logo pela ausência de lei prévia e expressa uma vez que, como vimos, inexistia qualquer disposição legal que obrigasse o arguido a prestar autógrafos.

Depois, porque à luz do princípio da necessidade a legitimidade daquela ordem sempre se revelaria problemática uma vez que, como afirmámos, a perícia (exame pericial) em causa nem sequer pressupõe, necessariamente, uma prévia recolha de autógrafos.

Pelo contrário, ela poderá ser realizada, por vezes até com maior fiabilidade, com recurso a documentos assinados e/ou redigidos pelo arguido¹²² que o Ministério Público poderia apreender.

Por isso, até, em caso de ausência em parte incerta do arguido, ou de incapacidade ou de falecimento¹²³, a recolha de autógrafos é materialmente impossível e, não obstante, poderá ser realizada a perícia em causa.

Também a Relação do Porto já salientou que “o Ministério Público sempre poderia ter tentado obter documentos manuscritos pelo arguido, através da sua apreensão, se necessário com a realização de busca autorizada pela autoridade judiciária competente (tanto mais que o arguido, como advogado, por certo teria escritório), ordenando depois a competente realização da perícia à escrita” (citado Ac. de de 28-1-2009).

Note-se que o Código de 1929 previa expressamente que a comparação se efectuasse com “documentos autênticos ou mesmo com a de documentos particulares, reconhecidos como verdadeiros pela pessoa quem for atribuída a letra, ou havidos judicialmente como reconhecidos”(corpo do citado artigo 195), prevendo inclusivamente que o juiz ordenasse a apresentação em juízo dos documentos

¹²² Cfr o recente Ac. da Rel. do Porto de 1-3-2013, proc.º n.º 320/08.6TBLSD-A.P1, rel. Maria da Graça Pereira Marques Mira, in www.dgsi.pt assim sumariado: “Havendo nos autos um documento, cujo conteúdo é reconhecido como sendo verdadeiro, por parte da A., incluindo a assinatura nele aposta de "D...", a mesma pessoa cuja assinatura é visada na peritagem ordenada, sendo que, aquela aposição, foi efectuada em momento e local seguramente mais descontraído do que aquele que presidiu à recolha de autógrafos e, por isso, mais fidedigno, compreende-se o interesse e a pertinência da requerida análise dessa letra face ao inconclusivo relatório pericial”.

¹²³ Cfr. Ac. da Rel. de Coimbra de 12-7-2011, proc.º1624/09.6T2AVR-A.C1, rel. Falcão de Magalhães, in www.dgsi.pt.

necessários para o confronto que se encontrassem em poderes de particulares (§2 do mesmo artigo 195.º).

E a recolha de autógrafos só tinha lugar “quando for necessário”.

Também no âmbito do processo civil e de acordo com o n.º1 artigo 482.º do Código de Processo Civil, a recolha de autógrafos reveste natureza subsidiária uma vez que só “quando o exame para o reconhecimento de letra não puder ter por base a comparação com letra constante de escrito já existente e que se saiba pertencer a pessoa a quem é atribuída, é [que] esta [é] notificada para comparecer perante o perito designado, devendo escrever, na sua presença, as palavras que ele indicar”¹²⁴.

Regressando ao processo penal, pode até dizer-se que na generalidade das situações, e sem prejuízo da necessária “apreciação em concreto da natureza dos conflitos em causa”¹²⁵, “A recolha de autógrafos não era a única forma de o Ministério Público obter elementos para solicitar a pretendida perícia à escrita, embora fosse a mais fácil”¹²⁶.

Finalmente, a compressão ou limitação ao princípio do nemo tenetur sempre se revelaria excessiva e, nessa medida desproporcional, para além de aniquiladora do conteúdo essencial do princípio.

Assim sendo, também por esta via se conclui que seria legítimo ao arguido recusar-se a proceder à recolha de autógrafos, o que implicaria a ilegitimidade da ordem em sentido contrário sob a cominação de desobediência.

À mesma conclusão chegou, de resto, Maria Elizabeth Queijo, num exercício que apelidou de “aplicação do princípio da proporcionalidade ao problema”:

«A regra, como antes se mencionou, no modelo acusatório, é que a acusação deve buscar provas que não dependam da colaboração do acusado para demonstrar os fatos. Somente por exceção se pode pretender que o acusado coopere na produção de provas que, eventualmente, possam incriminá-lo.

Assim, v. g., se se trata de realizar exame grafotécnico e o acusado se recusa a fornecer material gráfico, deverão ser localizados e apreendidos, se for o caso, papéis e documentos que possam suprir o fornecimento do referido material.

Igualmente, se o acusado for intimado a entregar documentos que possam incriminá-lo e não o fizer, poderá ser realizada a busca e apreensão destes

¹²⁴ Cfr., neste sentido, Lebre de Freitas, *Código de Processo Civil anotado*, vol. 2.º, Coimbra Editora, 2001, pág. 514.

¹²⁵ Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, cit., pág. 45.

¹²⁶ Citado Ac. da Rel. do Porto de 28-1-2009.

O *nemo tenetur se detegere* é direito fundamental que não apresenta limites expressos na Constituição brasileira, assim como em textos constitucionais estrangeiros.

Mas a inexistência de limites expressos na própria Constituição ou na legislação infraconstitucional não significa que o *nemo tenetur se detegere* seja um direito absoluto.

Os limites do *nemo tenetur se detegere* são imanentes, implícitos e decorrem da necessidade de coexistência com outros valores que, igualmente, são protegidos pelo ordenamento, em sede constitucional.

A definição dos limites ao *nemo tenetur se detegere* diz respeito à solução do conflito entre o exercício do referido direito fundamental e a necessidade de preservação de outros bens protegidos constitucionalmente, representados pela segurança pública e a paz social, que são alcançados por meio da persecução penal.

Assim, a limitação ao *nemo tenetur se detegere* justifica-se teleologicamente: a paz social e a segurança pública são bens relevantes socialmente e protegidos pela Constituição Federal.

Se não se admitisse qualquer limitação ao *nemo tenetur se detegere*, seria ele um direito absoluto e, conseqüentemente, em diversas situações, o interesse público na persecução penal restaria completamente aniquilado, comprometendo a paz social e a segurança pública, bens diretamente relacionados ao interesse na persecução penal, que seriam sacrificados, conduzindo a situações indesejáveis socialmente e que causariam repulsa.

As limitações são, pois, inevitáveis, mas não deverão conduzir ao extremo sacrifício do direito fundamental restringido, tornando-o irreconhecível ou desnaturado. A essência do *nemo tenetur se detegere* deverá ser preservada, mantidos os seus atributos mínimos. Nessa ótica, não se poderá, à evidência, aniquilar esse princípio, sacrificando-o extremamente a ponto de compelir o acusado a colaborar ativamente em provas como a reconstituição do fato, o exame grafotécnico e o etilômetro»¹²⁷.

11. Três notas complementares.

¹²⁷ *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, 2ªed., cit., págs. 405-406.

A primeira para salientar que não tendo o arguido o dever de colaborar quando está em causa a sua incriminação, o exercício deste direito à não auto-incriminação não pode ser valorado como indício nem, muito menos, como presunção de culpa¹²⁸.

Mas, tal como sucede com o exercício do direito ao silêncio, também em determinadas circunstâncias a recusa do arguido na prestação de autógrafos no caso de inviabilizar a realização de uma perícia de escrita *não pode impedir que se retirem as inferências que as regras da experiência permitam ou imponham*¹²⁹.

A segunda nota para consignar que embora se admita como conveniente que o arguido seja previamente esclarecido ou informado de que não é obrigado a prestar autógrafos e de pode recusar-se a fazê-lo¹³⁰ e que, tal como na generalidade das situações, esteja

¹²⁸ Como o Supremo Tribunal Federal do Brasil já decidiu, “a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal, exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo”- Habeas Corpus nº 93916/PA Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 10-6-2008, disponível em <http://www.stf.jus.br>.

¹²⁹ Veja-se, no que concerne ao direito ao silêncio, Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, 1974., cit., pág. 449 e a jurisprudência portuguesa supra mencionada na nota 63, sobretudo o Ac. do STJ de 6-10-2010, proc.º n.º 936/08.JAPRT, rel. Cons.º Henriques Gaspar, de onde foi retirada a expressão em itálico.

¹³⁰ Nos casos em que pode ser invocado o princípio contra a auto-incriminação, a doutrina brasileira – cfr., v.g., Carlos Henrique Borlido Haddad, *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, cit., págs 222-228 e Maria Elizabeth Queijo, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, 2ªed., cit., págs. 369-372 - tem chamado a atenção para o dever de informação ou esclarecimento do arguido.

Assim, Carlos Haddad, salienta que “A proteção contra a auto-incriminação seria insuficiente se não fosse igualmente assegurado ao réu o direito de ser informado pelos órgãos de persecução penal, para que pudesse conscientemente decidir-se acerca do exercício dos seus direitos processuais. Quanto mais insciente a respeito de seus direitos, menos resistências opõe à persecução penal, pois um direito que não se conhece é um direito que não se exerce” (*Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, cit., pág. 222); que “(...) uma vez que o Supremo Tribunal Federal concebeu o direito de permanecer calado como expressão sinedóquica do princípio contra a auto-incriminação, a informação correspondente haverá de ser feita sempre que haja o risco de o acusado produzir involuntariamente prova a si prejudicial. Diligências que sejam determinadas e que requeiram a participação do réu; documentos cuja apresentação é solicitada; um agir que se ordena, devem ser precedidos da advertência da faculdade em colaborar, sem o se estaria desrespeitando a prescrição constitucional” (*idem*, pág. 227), “Sempre que couber a invocação do princípio contra a auto-incriminação deverá haver a correspondente informação sobre a faculdade de escolha da conduta processual a se adotar (*idem*, pág.228).

Também Maria Elizabeth Queijo, salienta que “A advertência com relação ao nemo tenetur se detegere e a consequente inexistência do dever de colaborar são essenciais para que o acusado possa autodeterminar-se livremente no momento da produção da prova: deverá ele decidir, devidamente informado sobre seu direito, se colabora ou não na persecução penal. (...)Omitindo-se a advertência, tal qual ocorre no momento do interrogatório, há o risco de que o acusado, desinformado, acabe cooperando na produção de prova que possa incriminá-lo involuntariamente. (...) Por outro lado, a omissão da advertência em foco terá reflexos no

acompanhado por defensor, nem a advertência nem a assistência de defensor são obrigatórias à face da lei portuguesa¹³¹.

A lei apenas impõe a referida advertência ao arguido para a resposta a perguntas feitas sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar (arts. 58.º, n.º2, 61.º n.º1 d), 141.º n.º4 e 343.º, n.º1, do C.P.P.)¹³².

No que se refere ao arguido, este dever de advertência não se encontra expressamente previsto para qualquer outra diligência de prova, meio de prova ou meio de obtenção de prova¹³³.

comportamento do acusado: haverá a tendência a colaborar, por temor das conseqüências da recusa, diante da autoridade. Em outras palavras: sem ser cientificado do *nemo tenetur se detegere*, o acusado ficará mais propenso a colaborar, porque ficará inseguro quanto à existência da possibilidade de recusar-se legitimamente a colaborar na produção da prova, amparado pelo princípio em questão (op. cit., pág. 369).

¹³¹ Assim também perante o direito italiano (cfr. Ac. da Corte di Cassazione de 7-3-2013 disponível em http://www.cortedicassazione.it/Documenti/16400_04_13.pdf.) e brasileiro (cfr. Carlos Henrique Borlido Haddad, *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, pág. 223).

¹³² No âmbito do direito ao silêncio, a simples omissão desta advertência dá lugar a uma proibição de prova que tem por efeito a impossibilidade de o Tribunal valorar as declarações prestadas (cfr., neste sentido, Marques Ferreira, “Meios de Prova”, in *Jornadas de Direito Processual Penal*, cit., 247, Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, cit., págs. 88-89 e 126, Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal*, 15ª ed., Coimbra, 2005, Almedina, pág. 347, Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal*, cit., pág. 392, Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. II, cit., pág. 246, Adriana Dias Pais Ristori, *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*, cit., pág. 172, Sofia Saraiva de Menezes, “O Direito ao silêncio: a verdade por trás do mito”, cit., pág.132 e já anteriormente, no âmbito do direito vigente em 1974, Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, 1974, cit., págs. 446-447).

Mas, mesmo no âmbito do direito ao silêncio e como argutamente salienta Joana Costa, “O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, *Revista do Ministério Público* n.º 128, cit., pág. 150, não obstante o direito português admitir a prova por inferência “não exige que da advertência a dirigir ao arguido conste a menção à possibilidade de formulação de juízos probatórios integrados também pela consideração do seu eventual silêncio (arts. 61.º n.º1 f) e 324.º, n.º1, do C.P.P.)”.

¹³³ No caso previsto no artigo 133.º, n.º2, do CPP em que se exige o consentimento expreso, na medida em que está em causa o direito ao silêncio, porquanto “visa, exclusivamente a protecção dos direitos do co-arguido, enquanto tal, no processo pertinente, em ordem a garantir o seu direito de se não auto-incriminar” (Acs, do Tribunal Constitucional n.º 340/04 e n.º 181/2005; cfr. também António Medina de Seça, “O conhecimento probatório do co-arguido”, Coimbra, 1999, *Boletim da Faculdade de Direito*, Studia Juridica 42, págs. 34 e segs.) não repugna admitir que o co-arguido deva ser previamente esclarecido do seu direito a recusar o depoimento.

A propósito da entrega de documentos não coberta por obrigação legal ou da recolha de material orgânico com vista a análise de ADN, Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, cit., pág. 35, entendem que nestes casos “deve o suspeito ser destinatário de um ‘convite’ ao fornecimento voluntário desses elementos e da informação de que, se os fornecer de livre vontade, podem ser usados como meio de prova contra si, se não os fornecer, pode ser compelido a fazê-lo por decisão de um juiz, ao cabo de um labor de

Por outro lado, salvo nos casos em que o arguido seja cego, surdo, mudo, analfabeto¹³⁴, desconhecedor da língua portuguesa, menor de 21 anos, ou se suscitar a questão da sua inimputabilidade ou da sua imputabilidade [artigo 61.º, n.º1, al. d)], a recolha de autógrafos não constitui caso em que lei determina a obrigatoriedade da assistência do defensor¹³⁵.

Finalmente, cumpre referir que as provas obtidas em violação do direito de protecção contra a auto-incriminação, por atentarem, no limite, contra a integridade moral do arguido, deverão considerar-se nulas e não podem ser utilizadas (artigos 32, n.º8 da Constituição da República e 126.º, n.ºs 1 e 2 do C.P.P.)¹³⁶.

ponderação dos interesses em jogo. ‘Convite’ e informação esses que são formulados pelo MP ou pelo órgão de polícia criminal. Importante é também que o suspeito ou o arguido possam ser assistidos por defensor nestes casos”.

Por outro lado, Paulo Dá Mesquita, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*, cit., depois de aludir ao “incidente judicial para a intromissão no caso de perícias e exames sobre características físicas ou psíquicas contra a vontade do visado”, emergente da revisão de 2007 do CPP e de referir que se pode entrever “nas entrelinhas” da jurisprudência do Tribunal Constitucional (v.g. Ac. n.º 181/05) a obrigatoriedade constitucional da “amplitude dos deveres informacionais do Estado previstos no CPP de 1987 [que] visam assegurar a prerrogativa contra auto-incriminação”, sustenta que “(...) pelo menos, onde exista um contexto de intimidação por via do exercício da força ou da autoridade estadual, em particular no caso de restrição à liberdade de circulação, se impõe constitucionalmente o dever de advertência, do direito ao silêncio, como condição de uma efectiva prerrogativa contra auto-incriminação”.

Também nestes casos, embora reconhecendo a vantagem da advertência - mas sem a extensão pretendida - e da assistência de defensor nos moldes apontados, a legislação ordinária não impõe a sua obrigatoriedade.

Questão distinta é a de saber se a partir do momento que se afirma a constitucionalidade do princípio contra a auto-determinação essa obrigatoriedade informacional não decorrerá também implicitamente da própria Constituição. Por o legislador não ter querido ou não ter sabido encarar e resolver o problema, esta é mais umas das múltiplas questões cuja discussão poderá, escusadamente, eternizar-se nos tribunais.

¹³⁴ A circunstância de o arguido ser analfabeto não inviabiliza em absoluto a recolha de autógrafos no caso de saber assinar.

¹³⁵ Em Espanha não é igualmente obrigatória a assistência de defensor. Cfr. v.g., a STS 26-11-98 [“parece obvio que la presencia Letrada en el momento de realizarse el cuerpo de escritura es innecesaria, pues poco o nulo asesoramiento puede ser prestado, al tratarse de una diligencia estrictamente material y personalísima... igualmente el Letrado podía haber solicitado posteriormente la práctica de otra pericia distinta, por peritos de su elección o la ampliación o ratificación de la ya practicada, con lo cual se desvanece la posibilidad de una indefensión absoluta e insubsanable”. “(...) la única presencia inexcusable es la del Secretario Judicial, que advierte y constata la realización del cuerpo de escritura y la veracidad de cuanto expone en la diligencia correspondiente como titular que es de la fé pública judicial”] e, com diferente fundamentação, as STS 1173/2004, de 20 de Outubro e STS 1171/2011, sala 2, de 9 de Novembro.

¹³⁶ Como assinala o Prof. Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, cit., pág. 126, “(...) a não caírem sob a censura directa da tortura ou coacção, as provas obtidas em contravenção do princípio *nemo tenetur*, configurarão inescapavelmente um atentado à *integridade moral da pessoa*. E um atentado particularmente qualificado na medida

12. Embora não seja frequente no quotidiano judiciário, a questão de que nos ocupamos já foi objecto de apreciação pelos tribunais portugueses.

Assim, o Ac. da Rel. de Lisboa de 30-1-1990, relatado pelo então Desembargador Dr Fisher de Sá Nogueira, pronunciou-se no sentido de que “Não comete o crime de desobediência, o arguido que em julgamento, tendo-se recusado a prestar declarações, se recusa também a intervir numa recolha de autógrafos ordenada pelo Tribunal destinada a apurar se determinado documento foi por ele assinado. É que a recolha de autógrafos para se determinar se um documento, eventualmente incriminatório, foi ou não assinado pelo Réu, tem o mesmo valor que a prestação de declarações sobre a veracidade ou falsidade dessa mesma assinatura: - equivale a um especial tipo de declarações, não por via oral, mas por escrito”¹³⁷.

Quase dezanove anos volvidos, o Ac. da Rel. do Porto de 28-1-2009, relatado pela Desembargadora Dr.^a Maria do Carmo Silva Dias, concluiu também que “Num inquérito por crime de falsificação de documento, é ilegítima a ordem dada pelo magistrado do Ministério Público ao arguido no sentido de escrever pelo seu punho determinadas palavras, com vista a posterior perícia à letra, com a cominação de que, não o fazendo, comete um crime de desobediência”¹³⁸.

Para além de ter salientado que a diligência ordenada ao arguido exigia um comportamento activo que seria susceptível de contribuir para a sua incriminação, pois estava em causa apurar se a imputada falsificação de um escrito teria sido realizada pelo punho do arguido, este douto aresto acentua igualmente a falta de previsão de uma norma que obrigue o arguido à recolha de autógrafos: “a delicadeza da situação sobressai quando, associando a ideia de que o arguido goza do privilégio de não contribuir para a sua incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) se pode defender que, na falta de disposição legal que regule especificamente a recolha de autógrfos, a resposta a dar será a de o arguido não ter qualquer obrigação de colaborar na investigação do crime de falsificação de documento denunciado, tal como não pode ser censurada a sua oposição (quando não quer prestar autógrafos)”.

Muito recentemente, a questão voltou à barra dos tribunais, tendo o Ac. da Rel. de Guimarães de 1-7-2013, proc.º n.º 171/12.3TAFLG.G1, relatado pela Desembargadora Dr.^a Maria Augusta Fernandes considerado, num contexto similar, que a recusa do

em que redundaria na degradação da pessoa em mero objecto ou instrumento contra si própria numa área onde cabe assegurar a expressão da plena liberdade e autorresponsabilidade”. Veja-se, também, Vera Lúcia Raposo, “A Vida Num Código de Barras”, cit. pág. 958, Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, cit., págs. 35-37 e, na doutrina brasileira, desenvolvidamente, Maria Elizabeth Queijo, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, 2ª ed., cit., págs. 448 e seguintes, em especial págs. 458-460.

¹³⁷ *Colectânea de Jurisprudência*, ano XV, tomo 1, pág. 181, também sumariado em www.dgsi.pt.

¹³⁸ Proc.º n.º 0816480, disponível em www.dgsi.pt.

arguido em participar numa recolha de autógrafos integrava um crime de desobediência previsto e punível pelo artigo 348.º, n.º1, alínea b) do Código Penal.

Este último aresto funda a obrigação de sujeição do arguido na recolha de autógrafos por um lado numa concepção minimalista, confortada pelo citado estudo de Sofia Saraiva de Menezes, que na prática reduz o princípio do *nemo tenetur* ao direito ao silêncio¹³⁹ e, por outro lado, na afirmação do Prof. Germano Marques da Silva, aliás expressamente citado no texto do acórdão, de que o arguido tem de sujeitar-se a todas as diligências de prova que não foram proibidas por lei (artigo 125.º).¹⁴⁰

Argumentação que, como decorre de todo o exposto, não podemos sufragar.

Embora esteja com ele indissolivelmente ligado, o princípio *nemo tenetur* não se confina ao direito ao silêncio.

Por outro lado, o arguido não tem de sujeitar-se a todas as diligências de prova que não foram proibidas por lei (artigo 125.º) mas apenas àquelas que estejam especificadas na lei (artigos 60.º e 61.º, n.º 3, al. d).

Finalmente, quanto à afirmação, constante daquele aresto, segundo a qual estaríamos perante uma “diligência de prova (base de um exame de resultado incerto)”, expressão difundida entre nós pelo Tribunal Constitucional que o foi colher à jurisprudência constitucional espanhola respeitante a exames de alcoolemia, já o Ac. do Tribunal Penal Internacional para a ex Jugoslávia de 19 de Janeiro de 1998 sublinhara que, “The fact that the handwriting sample per se is neutral evidence is not the issue. If the handwriting sample taken together with other evidence will constitute material evidence to prove the charge against the accused, then the Order of the Trial Chamber would have compelled the production of self-incriminating evidence”¹⁴¹.

Carlos Henrique Borlido Haddad, ao estudar o bem jurídico tutelado pelo princípio da auto-incriminação, refere a propósito:

«É certo que o direito a não auto-incriminar-se refere-se somente às contribuições do acusado, ou de quem acabe assumindo essa posição, que possam implicar a condenação penal. Mas não é tão claro que apenas as

¹³⁹ Na formulação desta autora, “O Direito ao silêncio: a verdade por trás do mito”, cit., pág. 135 “(...) o arguido tem um dever de sujeição a exames e a outros meios de prova em relação ao qual existe uma tutela coactiva nos termos do artigo 172.º do CPP, embora com os limites estabelecidos pelo artigo 126.º: ele terá que submeter-se, portanto, a exames, a provas por reconhecimento, a perícias físicas e psíquicas, a escutas telefónicas, a recolha de autógrafos, etc.”.

¹⁴⁰ Como ali se refere, “Como já acima desde o início demos a entender, tendo nós uma posição menos abrangente dos princípios componentes do *nemo tenetur*, esta é a posição que seguimos. Por isso a diligência em causa, independentemente de exigir um comportamento activo por parte dos arguidos, é uma diligência de prova (base de um exame de resultado incerto), sendo dever dos arguidos sujeitarem-se a todas diligências de prova que não forem proibidas por lei (art.º 125.º do CPP)”.

¹⁴¹ Cfr. infra nota 153.

contribuições do acusado reveladoras de conteúdo diretamente incriminatório estão protegidas pelo princípio *nemo tenetur se detegere*. O prefixo ‘auto’ anteposto ao substantivo ‘incriminação’ não induz a restrição que se pretende dar ao princípio.

(...) Pode o acusado recusar-se a fornecer padrões gráficos para comparação, a fim identificar a autoria de uma falsificação, mesmo que tenha a plena convicção de que não foi o autor do crime. É até possível que, posteriormente, se consiga realizar a prova técnica através de amostras obtidas em arquivos públicos e se conclua que o acusado, efectivamente não fora o autor do *factum*. Em nenhum momento, houve risco de auto-incriminação. mas fez ele uso da liberdade em não colaborar com as autoridades a que se atribui a persecução penal.

Muitas são as hipóteses em que o uso do direito de permanecer calado não corresponde à culpabilidade da pessoa que se cala. embora não sejam poucas as situações em que o silêncio visa encobrir a responsabilidade criminal»¹⁴².

Nesta medida e com o devido respeito atrevemo-nos a vaticinar que a doutrina deste último aresto da Relação de Guimarães não vingará.¹⁴³

Do outro lado da fronteira a situação não é substancialmente distinta.

A Ley de Enjuiciamiento Criminal, no seu artigo 391.º consagra a possibilidade de o juiz ordenar ao arguido que preste autógrafos, esclarecendo expressamente que não pode, para o efeito, ser utilizada qualquer tipo de coacção [“El Juez podrá ordenar al procesado, pero sin emplear ningún género de coacción, que escriba a su presencia algunas palabras o frases, cuando esta medida se considere útil para desvanecer las dudas que surjan sobre la legitimidad de un escrito que se le atribuya”].

Quer a doutrina quer a jurisprudência espanhola sustentam que o arguido pode recusar-se a intervir na recolha de autógrafos.

Assim, num caso em que o arguido fora condenado por desobediência por recusa de prestação de autógrafos, a sentença do Tribunal Supremo 1121/2004, de 14 de Outubro, relator D. Enrique Bacigalupo Zapater, decidiu que:

"el derecho a no declarar contra sí mismo y el principio "nemo tenetur se ipsum accusare" constituyen derechos reconocidos en el artículo 24-2 de la Constitución. Estos derechos no se refieren sólo a las declaraciones

¹⁴² *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, cit., págs. 195-197.

¹⁴³ No fundo e convocando a lição de Maria Elizabeth Queijo, esta divergência mais não é do que o reflexo de “duas tendências existentes no processo penal: de um lado, a vertente garantística, que reconhece o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas várias repercussões no interrogatório e nas provas que dependem da colaboração do acusado. De outro, a vertente que se inclina pelo recrudescimento da persecução penal, com a mitigação dos direitos e garantias individuais. Segundo a última vertente, o direito ao silêncio sofre diversas restrições. A colaboração do acusado na produção das provas passa a ser exigida ou, quando menos, sensivelmente estimulada”(O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal, 2ªed., cit. pág. 26).

autoinculpatórias; se refieren también a la inexistencia de obligación alguna del acusado de proporcionar ninguna clase de elementos a la acusación que pudieran servir para los fines de ésta. Por esta razón, no existe obligación del inculpado de proporcionar ningún cuerpo de escritura que pueda servir para la práctica de una pericia caligráfica" ¹⁴⁴.

Neste contexto, a sentença do Tribunal Supremo 1171/2011, de 9-11-2011, afirma:
“Según el art. 391 LECrim, el Juez puede ordenar (*mejor sería decir, pedir*) al procesado que escriba a su presencia algunas palabras o frases con el fin de poder luego practicar una pericial o dictamen caligráfico, lo que es muy importante en diversos delitos, principalmente falsedades”(itálicos nossos).

Alguma doutrina espanhola vai ainda mais longe salientando que a pessoa em causa deve inclusivamente ser previamente advertido desse direito ¹⁴⁵.

No moderno Código de Processo Penal Suíço também parece não existir qualquer punição para o arguido que se recusa a participar numa recolha de autógrafos ¹⁴⁶.

Na Alemanha, conforme informa Karl-Heinz Gossel, a jurisprudência tem entendido que o arguido não pode “ser obrigado a participar em testes, reconstituições de factos, provas grafológicas ou linguísticas” ¹⁴⁷.

Atentemos, agora, no que se passa do outro lado do Atlântico, em paragens incompreensivelmente muito pouco frequentadas pela doutrina nacional, numa parcela

¹⁴⁴ No mesmo sentido de que que o arguido pode recusar-se a intervir na recolha de autógrafos, embora com diferente fundamentação cfr. STS 21-5-2013 (Pte Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), STS 26-11-1998 nº 1486 (Pte José Augusto de Vega Ruiz). Como se assinalou na STS de 26-05-2005 (Pte Delgado Garcia, Joaquin), “...el Juez, de acuerdo con el artículo 391 LECrim, puede pedir al acusado que escriba a su presencia algunas palabras o frases con el fin de poder luego practicar un dictamen pericial caligráfico. Más, de acuerdo con los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución, dicho acusado puede negarse a hacer ese cuerpo de escritura, sin que, ante su negativa, el Juez pueda hacer nada, sino intentar valerse de otras pruebas, haciendo constar, eso sí, la negativa del acusado, negativa a hacer el cuerpo de escritura que podrá ser después valorada en la forma que sea procedente”.

¹⁴⁵ Cfr., v.g., Javier Cajal Alonso, “La Prueba Pericial”, in Pedro Martín Garcia e otros, *La prueba en el proceso penal*, Valencia, 2000, Ed. Revista General de Derecho, pág. 865 e Eduardo de Urbano Castrillo, *La Prueba Ilícita Penal*, 3ª ed., 2003, Aranzadi, pág. 148.

¹⁴⁶ É o seguinte o teor do artigo 262 do Código de Processo Penal Suíço, em vigor desde 1-1-2011:

«Art. 262 Echantillons d’écriture ou de voix

1 Un prévenu, un témoin ou une personne appelée à donner des renseignements peut être astreint à fournir un échantillon d’écriture ou de voix en vue d’un examen comparatif.

2 Les personnes qui refusent de fournir un tel échantillon peuvent être punies d’une amende d’ordre, à l’exception du prévenu et des personnes qui ont le droit de refuser de déposer ou de témoigner, dans les limites de ce droit».

¹⁴⁷ “As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha”, cit., pág. 423. No mesmo sentido Carlos Haddad, *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, cit., pág. 56.

do globo cada vez mais importante e que já foi dividida e partilhado pelos dois Países Ibéricos.

Na América Latina de lingua castelhana, quer na Argentina¹⁴⁸ quer na Costa Rica¹⁴⁹ a doutrina e a jurisprudência assinalam que o arguido não pode ser obrigado a prestar autógrafos.

A jurisprudência argentina assinala mesmo que a assinatura do arguido aposta na acta em que se dá conta de que aquele se recusou a prestar autógrafos não pode ser utilizada como elemento de comparação no exame de reconhecimento de letra¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Cfr. supra págs. 37-38 e nota 93.

¹⁴⁹ Atente-se, v.g., na seguinte jurisprudência da Costa Rica constante da magnífica base de dados “Sistema Costarricense de Información Jurídica”, disponível em www.pgr.cr:

- Sentencia: 00591 Expediente: 01-002332-0647-PE Fecha: 23/05/2008 Hora: 11:05:00 AM Emitido por: Sala Tercera de la Corte

«Está claro que el acusado no puede ser constreñido a rendir el cuerpo de escritura, como tampoco puede hacerse para obtener su declaración ni en cualquier otra clase de comportamientos que lo conviertan en fuente de prueba inculpativa. Desde larga data la Sala Constitucional señaló que el acusado no puede ser obligado a ser fuente de prueba como señaló en el precedente número 556-91, de las 14:10 hrs, del 20 de marzo de 1991, oportunidad en la que puntualizó "que el imputado puede negarse a ser fuente de prueba cuando para ello deba colaborar activamente como sería el caso de brindar cuerpos de escritura [...]". Sin embargo, ello no impide que las rinda voluntariamente, e informado y entendido de los alcances de la diligencia, como sucedió en este caso»;

- Sentencia: 00117 Expediente: 94-000117-0008-PE Fecha: 18/04/1994 Hora: 9:10:00 AM Emitido por: Tribunal de Casación Penal

«En este tipo de diligencias, el acusado no tiene obligación de rendir el cuerpo de escritura, pues se requiere una actividad volitiva del encausado, tal como ocurre, de igual forma, con la declaración indagatoria. La misma actividad y voluntad del acusado se puede convertir en una prueba que lo autoincrimine, por esta razón, con acierto reclama el defensor, la necesidad de que la autoridad judicial o policial haya hecho al interesado las advertencias de abstención pertinentes. La omisión de este requisito no se subsana por la falta de oposición de la defensa, ni tampoco se legitima por el hecho de que haya podido contar con la asistencia del abogado defensor, como lo expresó el Tribunal de Juicio al resolver el incidente de nulidad interpuesto por el representante de la defensa. En el caso en examen, la nulidad lesiona irremediabilmente las garantías del acusado, debiendo excluirse tal prueba. Ni el tiempo, ni la inactividad del abogado defensor, pueden legitimar una prueba que surge mediante la lesión de las garantías fundamentales de la defensa. El yerro en este caso es irremediable, por esta razón es insubsanable (...)».

Como justamente se assinala no Dictamen : 304 del 28/10/2009, de 28 de octubre, 2009, C-304-2009, Junta de Protección Social de San José (disponible na mesma base de dados), em comentário à primeira daquelas sentenças: “Dicho de otra manera: la solicitud para formular un cuerpo de escritura, base para la prueba grafoscópica, puede ser acordada por el órgano instructor, pero no podría ser impuesta o forzada a la parte, la cual puede negarse a formularla, en ejercicio de su derecho de defensa”.

¹⁵⁰ “Para los casos en que el imputado no preste su consentimiento para formar el cuerpo de escritura podrá el Juez practicar la medida con alguna escritura inserta en algún documento público o privado existente en registros, pero ha entendido la Jurisprudencia que no podrá utilizarse a tales fines la firma inserta por el imputado en el acta donde manifiesta su

No Brasil, dispõe o artigo 174.º do Código de Processo Penal brasileiro:

“No exame para reconhecimento de escritos, por comparação de letras observar-se-á o seguinte:

(...)

I - a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada; (...)

IV- quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado”.

Conforme o Supremo Tribunal Federal já decidiu em 8-9-1998:

«Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido»¹⁵¹.

O mesmo Tribunal, por decisão de 2-7-2009, reafirmou que:

“Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se

oposición a la formación del cuerpo de escritura: “La firma inserta en el acta que instrumenta la negativa a realizar un cuerpo de escritura es la expresión mediante la cual el imputado hace suyo lo declarado en el acto, aceptando lo que allí manifiesta. La firma se transforma, entonces, en el vínculo que una a la persona del firmante con lo consignado en el documento, el que justamente era la exposición de una decisión negativa evidente a realizar la grafía pretendida. Por ello el juez, en autos, como garante del debido proceso, debió reconocer este no consentimiento y abstenerse de utilizar en contra del imputado la firma como elemento de cotejo” STJ de Río Negro, Sala Penal, Fallo del 1-10-1997, apud Claudia Soledad Ibáñez, *Derecho de Defensa: el Difuso Limite entre el Imputado como Objeto y Sujeto u Organo de la Prueba*, in <http://www.viejo.periodicojudicial.gov.ar>.

¹⁵¹ HC 77.135, Relator (a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 08/09/1998, DJ 06-11-1998 PP-00003 EMENT VOL-01930-01 PP-00170, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>.

recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal»¹⁵².

O referido Habeas Corpus fora impetrado contra a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que decidira que “É perfeitamente legal a ordem emanada por autoridade policial para que o acusado forneça, em autos próprios, padrões gráficos do próprio punho, visando instruir procedimento investigatório, e a sua recusa tipifica desobediência, devendo ser recebida denúncia em que se imputa tal facto”.

Sobre a importantíssima e inovadora jurisprudência do STF brasileiro relativa ao princípio da não auto-incriminação vejam-se, desenvolvidamente, as magníficas teses de doutoramento de Thiago Bottino do Amaral, *Do direito ao silêncio à garantia de vedação de auto-incriminação: o Supremo Tribunal Federal e a consolidação das garantias processuais penais*, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, Julho de 2008, em especial págs. 146-248, disponível em www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br, de Maria Elizabeth Queijo, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, cit., em especial págs. 155-160 e de Carlos Henrique Borlido Haddad, *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, cit., págs 21 e ss.

¹⁵² HC 96.219-MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello, também disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>.

Curiosamente, alguma doutrina brasileira (cfr., v.g., Marcelo Schirmer Albuquerque. *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*, Belo Horizonte, 2008, Ed. Del Rey, págs. 103-105, com outras referências bibliográficas) tem comentado desfavoravelmente, este acórdão, salientando até que a jurisprudência norte-americana tem confirmado a obrigatoriedade de o investigado/acusado fornecer padrões gráficos.

Contudo, nos Estados Unidos o âmbito do princípio contra a auto-incriminação (privilege against self-incrimination) restringe-se às situações em que envolvem a produção de declarações orais e à apresentação de documentos que refiram exclusivamente dados pessoais do acusado. Todos os demais comportamentos não são tutelados pelo *privilege*.

Assim, no caso *Holt v. U.S.* 281 U.S. 245 (1910), disponível como a demais jurisprudência em www.findlaw.com, firmou-se a posição de que o privilégio "offers no protection against compulsion to submit to fingerprinting, photographing or measurements, to write or speak for identification, to appear in court, to stand, to assume a stance, to walk, or to make a particular gesture".

Este princípio foi reafirmado, v.g., em *Schmerber v. California* 384 U.S. 757 (1966) ["Both federal and state courts have usually held that (the privilege) it offers no protection against compulsion to submit to fingerprinting, photographing, or measurements, to write or speak for identification, to appear in court, to stand, to assume a stance, to walk, or to make a particular gesture. The distinction which has emerged, often expressed in different ways, is that the privilege is a bar against compelling 'communications' or 'testimony,' but that compulsion which makes a suspect or accused the source of 'real or physical evidence' does not violate it."], *Lewis v. U.S.* 382 F.2d 817 (1967) ["An exemplar is relevant only for the shape and direction of some lines and marks, which may identify the writer, as fingerprints and photographs do"], *Gilbert v. California* 388 U.S. 263, (1967) ["One's voice and handwriting are, of course means of communication. It by no means follows, however, that every compulsion of an accused to use his voice or write compels a communication within the cover of privilege. A mere handwriting exemplar, in contrast to what is written, like the voice or body itself, is an identifying physical characteristic outside its protection. No claim is made

Também ao nível da jurisprudência dos tribunais internacionais importa salientar o Ac. do Tribunal Penal Internacional para a ex Jugoslávia de 19 de Janeiro de 1998, *Prosecutor v. Zenil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic e Esad Landzo*, proferido no caso *Mucić et al. (IT-96-21) "Čelebići Camp"*) que recusou a ordem solicitada pelo Procurador para compelir um dos arguidos à prestação de autógrafos¹⁵³.

Como se refere na citada decisão:

that the content of the exemplars was a testimonial or communicative matter”] e *US. v. Dionisio* 410 U.S. 1,7 (1973).

Sobre o alcance do privilégio contra a auto-incriminação no direito americano veja-se, v.g. Daniel E. Hall, *Criminal Law and Procedure*, 5ªed., Nova York, 2009, Delmar, págs. 425 e ss e Walter Signorelli, *Criminal Procedure, and Evidence*, Nova York 2011, CCRCPress. Este último autor sublinha mesmo que “As a Oregon court noted ‘it seems now to be a well accepted fact that handwriting is almost as individualistic and identifying as are fingerprints’ and courts have allowed local police investigators (...) to compel suspects to submit handwriting samples” (págs. 362-363). Na doutrina portuguesa veja-se desenvolvidamente, Paulo Dá Mesquita, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*, cit., §7, em especial págs. 208-233, e na doutrina brasileira, Thiago Bottino do Amaral, *Do direito ao silêncio à garantia de vedação de auto-incriminação: o Supremo Tribunal Federal e a consolidação das garantias processuais penais*, cit., págs. 111-130 e Maria Elizabeth Queijo, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*, 2ªed., cit., págs. 208-223 e 353-357.

Também segundo a jurisprudência norte-americana sempre que o uso da força seja impossível (caso das amostras caligráficas) ou vicie a própria prova (caso das amostras fonéticas) o arguido incorre na prática de um crime de desobediência (*contempt of court*).

No mundo anglo-saxónico, este entendimento muito restrito do princípio *nemo tenetur*, circunscrito a “testimony” ou “communicative acts”, é dominante.

Assim, v.g., o Supremo Tribunal da Índia reafirmou recentemente, por acórdão de 21-1-2011, proferido no mediático caso *Rabindra Kr. Pal @ Dara Singh vs Republic Of India*, disponível em <http://www.vigilonline.com/> que: “When an accused person is called upon by the Court or any other authority, holding an investigation to give his finger impression or signature or a specimen of his handwriting, he is not giving any testimony of the nature of a ‘personal testimony’. The giving of a ‘personal testimony’ must depend upon his volition. He can make any kind of statement or may refuse to make any statement. But his finger impressions or his handwriting, inspite of effort at concealing the true nature of it by dissimulation cannot change their intrinsic character. Thus, the giving of finger impressions or of specimen writing or of signatures by an accused person, though it may amount to furnishing evidence in the larger sense, is not included within the expression ‘to be a witness’. Giving thumb impressions of foot or palm or fingers or specimen writings or showing parts of the body by way of identification are not included in the expression ‘to be a witness’». Veja-se, a propósito, o texto do Justice U.C. Srivastava, “Immunity From Self Incrimination Under Article 20(3) of The Constitution of India, in *J.T.R.I. JOURNAL – Second Year, Issue – 4 & 5 - Year – March, 1996*, disponível em <http://www.ijtr.nic.in> e M. Monir, *Text Book On The Law Of Evidence*, 8ªed., Nova Deli, 2010, Universal Law Publishing, págs. 275-276.

¹⁵³ Disponível em <http://www.icty.org/>.

Sobre esta importante decisão intercalar veja-se o interessante comentário de Mark Berger, “The Right to Silence in the Hague International Criminal Courts”, *University of San Francisco Law Review*, Vol. 47, n.º1, 2012, págs. 25-27, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2206398>.

«47. The Trial Chamber is not satisfied that a handwriting sample per se can be regarded as forming material proof against an accused. We hold that where the material factor absent in the incriminating elements is the handwriting sample of the accused, the Trial Chamber cannot compel the accused to supply the missing element. To do so will be to infringe the provisions of Article 21 subparagraph 4(g) which protects the accused from self-incrimination. It is different where the accused voluntarily complies on demand without coercion. 48. (...).The reason for requiring the handwriting sample is admittedly to ascertain conclusively the authorship of Exhibit 155. If authenticated, the letter will act as a sufficient admission of its contents in respect of certain counts in the indictment against the author. The obvious implication is that the accused would have been compelled by an Order of the Trial Chamber to assist the Prosecution in its investigation, and probably provide the evidence to incriminate himself. The fact that the handwriting sample per se is neutral evidence is not the issue. If the handwriting sample taken together with other evidence will constitute material evidence to prove the charge against the accused, then the Order of the Trial Chamber would have compelled the production of self-incriminating evidence. 49. There is no duty in law or morals for the accused to fill a vacuum created by the investigative procedural gap of the Prosecution. Self-preservation is the first principle of life. It is an elementary principle of proof, that he who alleges must prove the subject matter of his allegation. Since the Prosecution alleges the authorship of Exhibit 155, it has to discharge the burden of proof unaided by the Defence».

Em conclusão: a recusa de prestação de autógrafos por parte do arguido não constitui crime de desobediência.

Relembra-se, a propósito, a lição cristalina da jurisprudência brasileira: "*O Estado - que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem - também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios*"¹⁵⁴.

Guimarães, 5 de Outubro de 2013

José Manuel Saporiti Machado da Cruz Bucho*

¹⁵⁴ A importância da lição da riquíssima jurisprudência do país irmão é ainda acentuada pela constatação sublinhada por Munoz Conde, "De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo", in *Revista Penal*, n. ° 23- Enero 2009, pág. 85, de que "el progresivo debilitamiento del principio nemo tenetur es una realidad cada vez más frecuente en la praxis policial y judicial encargada de la persecución de los delitos que, con uno u otro pretexto, y con más o menos ingenio jurídico, consiguen que sea el propio inculpado el que suministre material probatorio en su contra. Pero muchos de estos casos, aunque confirmados por una jurisprudencia cuestionable, no dejan de ser casos puntuales que podrían ser considerados como excepcionales, si no fuera por su capacidad para convertirse en modelos generalizables".

* Agradeço aos meus colegas e amigos Desembargadores Ana Teixeira (TRG), António Gama (TRP), João Gomes de Sousa (TRE), Maria Augusta Moreira (TRG) e PGA Ribeiro Soares (TRG) os elementos bibliográficos e jurisprudenciais que gentilmente me disponibilizaram.