

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO**

ROGÉRIO GESTA LEAL

VLADIA MARIA DE MOURA SOARES

FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO

MÁRIO JOÃO FERREIRA MONTE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Rogério Gesta Leal; Flávia Novera Loureiro; Mário João Ferreira Monte; Vladia Maria de Moura Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-478-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Criminal. 3. Direito ao público. 4. Delito. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal)..

CDU: 34



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, durante o VII Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Braga - Portugal, dia 07 e 08 de setembro de 2017 de julho , sob o tema geral: “Interconstitucionalidade: democracia e cidadania de direitos na sociedade mundial - atualização e perspectivas, em parceria com a Universidade do Minho através do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU).

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo da compatibilidade da prática de aplicação da lei penal com o modelo de proteção constitucional do indivíduo ante a ação punitiva do Estado.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 11 (quatorze) artigos, ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Num primeiro momento foi apresentado o artigo intitulado de : A terceira via como resposta penal em prol da tutela ambiental, onde a apresentação teve por objetivo destacar a reparação do dano como resposta penal adequada para a tutela do ambiente. Buscando a reflexão, através das funções do direito penal, sobre um resultado que seja a um só tempo adequado à sociedade e à efetiva integridade do bem difuso. O texto tem como referencial teórico a proposta de Claus Roxin de inserção da reparação do dano como resposta autônoma a ser dada pelo direito penal. O método é teórico e o raciocínio dedutivo. A hipótese é a de que a recomposição ambiental pode ser também alcançada com e pelo direito penal, em seguida Conflito, Determinismo Social e relativização do mal : Traços que unem a dogmatica cidadania e hermeneutica constitucional, onde o autor expôs a importancia de estudo dos países periféricos como o Brasil, em ativismo judicial e até, pasme, acusatório. Isto, por si só,

é algo reprovável. No entanto, ganha contornos, ainda mais fortes, quando se presencia, a partir dos bancos universitários, uma perda dogmática e uma fuga teórica muito acentuada. É daí que se enxerga como cada vez mais urgente sistematizar o arcabouço histórico do direito penal, no sentido de com isso preparar o exegeta de modo firme. Voltado para uma lógica que desenvolve a ideia de um direito penal verdadeiramente cidadão, num terceiro momento tivemos a apresentação do artigo intitulado Deveres de conservação de dados para fins penais: Uma reflexão sobre a normativa brasileira a partir dos precedentes da Corte de Justiça da Comunidade Européia, onde o estudo do ordenamento jurídico brasileiro se revela acerca dos deveres de conservação de dados para fins de investigação criminal e processo penal. A este efeito, o início do texto destaca a existência de novos riscos tecnológicos e sua influência no âmbito da persecução penal. Após, são examinados os precedentes do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia sobre a conservação de dados para fins penais. Ao final, o estudo é direcionado à normativa brasileira, com especial destaque às Leis 12.850/2013 e 12.965/2014.

Por conseguinte tivemos a apresentação do artigo intitulado Direito Internacional e Soberanias: Viabilidade de Integração de valores globais a partir do sistema latino americano, com ênfase na internalização das regras do Tribunal Penal Internacional, o qual aderiu grande parte dos países da América Latina, inclusive o Brasil, traz dúvidas na aplicação de suas regras. Basta que os princípios da Lei Maior prevejam hierarquia e interpenetração com normas internacionais, ou é necessária uma adaptação cultural? Por fim, é perguntado se não seria o caso de, aproveitando as proximidades culturais e de legislação interna, propor alterações constitucionais para a criação de um Tribunal Penal Latino-Americano, dando continuidade aos trabalhos a exposição do artigo A Tipificação Penal do Preconceito Racial no Brasil veio trazendo novas nuances sobre o preconceito racial, especialmente em relação aos afrodescendentes no Brasil, possui fortes raízes históricas e permanece sendo um problema social gravíssimo, que precisa ser enfrentado. A Lei Antirracismo, de 1989, que criminalizou as condutas discriminatórias por motivo de cor de pele ou etnia, ao lado da tipificação da Injúria Racial, em 1997, apresentam fragilidades e parecem insuficientes para proteger o bem jurídico que se propõem a tutelar. Por meio do método dialógico de abordagem e das técnicas de pesquisa bibliográfica novas e jurisprudencial, esse artigo problematiza os obstáculos observados no combate às práticas discriminatórias no âmbito penal e processual penal.

Por conseguinte a coordenadora desse GT trouxe os questionamentos sobre os Limites ao ativismo Judicial em Matéria Criminal: Uma reflexão sobre o aborto de anencéfalos a partir da ADPF número 54, onde a mesma não se discute apenas inconstitucionalidade de um código, mas a imprescindível efetivação dos direitos fundamentais na pacificação social. O artigo partiu de uma análise crítico-reflexiva dos códigos normativos e políticos, sem

contudo deixar de lado a diferenciação entre ativismo judicial e judicialização. Tem-se por objetivo principal verificar quais os limites da atuação do Judiciário em material penal. Dando prosseguimento ao artigo a ser publicado *Nemo Tenetur se Ipsum Accusare* - Um absoluto Direito absoluto trouxe o choque entre interesses de eficiência da investigação e administração da Justiça e direitos dos acusados, a questão do conteúdo e limites do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* coloca-se com ainda maior acuidade. Reconhecido pelos principais diplomas internacionais e direitos processuais penais, independentemente de uma estrutura acusatória ou inquisitória, desafios, maxime colocados por novos e mais desenvolvidos métodos de obtenção de prova e direitos do mundo virtual, agitam as estruturas doutrinárias. Mas são a doutrina e a jurisprudência, nos métodos tradicionais, que nos permitem responder àqueles e otimizar o conteúdo e limites do privilégio.

Finalizando os trabalhos tivemos mais quatro artigos apresentados que trouxeram questionamentos importantes como O Delito de Lavagem de Capitais e a Teoria da Cegueira Deliberada: compatibilidade no Direito Penal Brasileiro? Onde o trabalho buscou discutir a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada no delito de lavagem de capitais. É bastante controversa a delimitação do elemento subjetivo no delito de lavagem de capitais, sobretudo no que tange à admissibilidade do dolo eventual. Nessa linha, discute-se a possibilidade de inclusão ou adaptação da cegueira deliberada (*Wilful blindness*) no direito brasileiro, seja como uma forma equiparada ao dolo eventual, seja como um elemento subjetivo próprio e autônomo, logo em seguida a apresentação se baseou no artigo sobre O Populismo penal e o ativismo judicial punitivista - A delação premiada como falsa harmonização do sistema de justiça penal em sociedades plurais e não reflexivas onde se examina o conflito entre a criminalização primária simbólica face o atual ativismo judicial punitivista com falsa sensação que o sistema de justiça penal é eficiente e produz resultados. Parte-se da premissa que em sociedades plurais, multiculturais e pouco reflexivas, aliado a crise do Estado-jurisdição em vários países, o instituto da delação premiada acaba por assegurar uma falsa verdade real com o espectro de afastar dilemas morais historicamente relacionados a figura do traidor para a elucidação e ruptura da organização criminosa. A penúltima apresentação trata do assunto O Supremo Tribunal Federal e o Aborto: Houve a descriminalização Parcial no Acórdão do HC número 124.306/RJ? Que veio analisar o acórdão do STF que, no julgamento do Habeas Corpus nº 124.306/RJ, firmou o entendimento de que, até os três meses de gestação, a antecipação do parto não configuraria os crimes dos arts. 124 a 128 do Código Penal. O caso será analisado sob sua perspectiva processual, verificando-se se o julgamento pode ser encarado como uma efetiva descriminalização, no caso concreto ou *erga omnes*. Para tanto, será utilizado como base o procedimento e a extensão do julgamento da ADPF nº 54, do mesmo Tribunal, que afastou o crime no caso de aborto de feto anencéfalo.

Por derradeiro o artigo apresentado foi sobre a Valoração da Ação Intersubjetivamente Significativa na Dogmática Jurídico Penal, onde vemos que o Direito Penal exerce a função de controle social formal através da determinação de um núcleo de proibição comportamental. Através de tal função, evidencia-se o objeto desse estudo: a valoração da conduta humana na teoria do delito. O objetivo é analisar o rendimento do conceito de ação capaz de atribuir unidade ao fundamento das expressões do fato punível. A crítica racional da ação, base às categorias que integram as construções dogmáticas, justifica o estudo. Por um viés metodológico dedutivo, a análise se constrói com a compreensão filosófica da ação humana, apreendida pelas construções dogmáticas na teoria do delito.

Assim demos encerramento as apresentações e aos debates do Grupo de Trabalho, parabenizando e agradecendo aos autores dos trabalhos que compõe essa obra pela valiosa contribuição científica de cada um, o que por certo será uma leitura interessante e útil à comunidade acadêmica. Reiteramos a satisfação em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI, que se constitui, atualmente o mais importante fórum de discussão e socialização da pesquisa em Direito.

Coordenadores(as):

Mário Monte (UMinho)

Flávia Loureiro (UMinho)

Rogério Gesta Leal (Unoesc)

Vladia Maria de Moura Soares (UFMT)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE - UM ABSOLUTO DIREITO ABSOLUTO?

PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION: AN ABSOLUTE ABSOLUTE RIGHT?

André Filipe Martins Ferreira de Oliveira ¹

Resumo

Numa época de claro choque entre interesses de eficiência da investigação e administração da Justiça e direitos dos acusados, a questão do conteúdo e limites do princípio nemo tenetur se ipsum accusare coloca-se com ainda maior acuidade. Reconhecido pelos principais diplomas internacionais e direitos processuais penais, independentemente de uma estrutura acusatória ou inquisitória, desafios, maxime colocados por novos e mais desenvolvidos métodos de obtenção de prova e direitos do mundo virtual, agitam as estruturas doutrinárias. Mas são a doutrina e a jurisprudência, nos métodos tradicionais, que nos permitem responder àqueles e otimizar o conteúdo e limites do privilégio.

Palavras-chave: Direito à não auto-incriminação, Garantias processuais, Limites na obtenção de prova

Abstract/Resumen/Résumé

Testifying a clear clash between the efficiency of investigation and administration of Justice and the accused guarantees, the content and limits of the nemo tenetur se ipsum accusare principle are even acuter nowadays. Recognized by all major international diplomas and criminal procedural codes, regardless of their accusatory or inquisitorial structure, challenges, mostly the ones posed by new and more developed methods of obtaining proof and cyber world rights, shook up the doctrinal structures. Nonetheless, the doctrine and jurisprudence, in their traditional methods, allow us to respond to those challenges and optimize the content and limits of the privilege.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to not self-incriminate, Procedural guarantees, Limits in the evidence gathering activity

¹ Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra); Pós-Graduado em Direito Penal, Económico Internacional e Europeu (IDPEE)

. INTRODUÇÃO

A 12 de Abril de 1633 Galileu comparece perante o Santo Ofício, jurando “por Deus, pela Cruz e pelos Quatro Evangelhos (...) dizer a verdade; se o fizer Deus me ajudará, mas se o não fizer por Ele serei condenado”; poucos dias depois, “livremente confess(a) que um leitor que não conheça a forma como pens(a) poderia ler minhas palavras como suportando uma ideia errada, que quero refutar”¹; assumindo (como tinha) o compromisso de dizer a verdade, Galileu auto-incriminou-se.

Sendo hoje uma sedimentada certeza e consagração dos princípios diplomáticos internacionais garantidores de direitos humanos, das leis básicas e dos direitos processuais penais nacionais, a proibição da auto-incriminação percorreu um longo caminho, acompanhando a própria evolução social e política; de um processo penal no qual a confissão era a prova das provas (e pressuposto essencial da condenação), passível de extração sob tortura, num movimento de contrapeso ao exercício de poderes públicos punitivos, *longa manus* do soberano, exorcizou-se no Iluminismo o fundo religioso e começam a ser equacionados e legislados princípios de salvaguarda de direitos humanos processuais penais.

Objetivo central do trabalho é perceber se o direito à não auto-incriminação possui um valor absoluto (seja, insuscetível de derrogações, ainda que parciais) ou, alternativamente se admitirá algumas compressões.

Para tanto começaremos por analisar diplomas supracontinentais de defesa de direitos humanos e algumas legislações processuais internas, conferindo maior atenção à legislação e jurisprudência europeias, sobretudo do Tribunal Europeu de Direitos do Homem; seguiremos com o tratamento dogmático e jurisprudencial conferido ao direito à não auto-incriminação no horizonte luso.

1. ABORDAGEM INTERNACIONAL DO DIREITO À NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO

1.1. DIPLOMAS SUPRANACIONAIS E LEGISLAÇÕES NACIONAIS

O direito ao silêncio encontra acolhimento em alguns diplomas supranacionais: sem intuito esgotante, podemos mencionar a alínea h) do §3 do artigo 14º do Pacto Internacional

¹ KELLY, Henry Ansgar. Galileo’s Non-Trial (1616), Pre-Trial (1632-1633), and Trial (May 10, 1633): A Review of Procedure, Featuring Routine Violations of the Forum of Conscience. *Church History*, Vol. 85, Issue 4, dez. 2016, p. 737.

sobre os Direitos Civis e Políticos², a alínea a) do nº 1 do artigo 55º Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional³ e a alínea g) do nº 2 do artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos⁴; a Declaração Universal de Direitos do Homem não contém qualquer previsão expressa, sendo previstos os princípios de presunção de inocência e proibição de tortura (artigos 11º e 5º), com os quais o nosso objeto de análise se interrelaciona.

A nível nacional, vários Estados a consagrar *expressis verbis* o direito à não auto-incriminação: Espanha⁵, Brasil⁶, Estados Unidos da América⁷, Canadá⁸ ou Colômbia⁹ fazem-no desde logo nos diplomas constitucionais, ao passo que França¹⁰, Reino Unido¹¹ ou Alemanha¹² o fazem em termos processuais penais.

Nos Estados Unidos da América o *privilege against self-incrimination*, nos termos da 5ª Emenda Constitucional, literalmente apenas possui uma vertente declaratória, oral, proibindo que “alguém seja obrigado a declarar contra si mesmo”; apenas em 1966, no decurso de decisão do Supremo Tribunal de Justiça no processo *Miranda vs. Arizona*¹³, se tornou (para corporização do direito) obrigatória a advertência ao detido/arguido do direito a permanecer em silêncio às questões que lhe forem colocadas.

² “Durante o processo, toda a pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: A não ser obrigada a prestar declarações contra si própria nem a confessar-se culpada”. Disponível em: <https://goo.gl/ac0cYI> (consultado em 08/05/2017).

³ “Nenhuma pessoa poderá ser obrigada a depor contra si própria ou a declarar-se culpada”. Disponível em: <https://goo.gl/PnhC4U> (consultado em 10/05/2017).

⁴ “Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”. Disponível em: <https://goo.gl/L2cdt0> (consultado em 08/05/2017). De mencionar a proteção conferida às pessoas mesmo que não acusadas, o que amplia o âmbito temporal da proteção, ao qual não será despidendo, decerto, a estrutura de alguns processos penais do continente americano.

⁵ Artigo 24º nº 2 da Constituição Espanhola: “*todos tienen ...a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables*”. Disponível em: <https://goo.gl/LmEaba> (consultado em 08/05/2017).

⁶ Artigo 5º, Inciso LXIII: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”. Disponível em: <https://goo.gl/HwJ1Q> (consultado em 08/05/2017).

⁷ 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América: “*nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*”. Disponível em: <https://goo.gl/0vddNc> (consultado em 08/05/2017).

⁸ Artigo 11º c) do Constitution Act 1982: “*Any person charged with an offence has the right: not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence*”. Disponível em: <https://goo.gl/8hZwk> (consultado em 08/05/2017).

⁹ Artigo 33º da Constituição: “*Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo*”. Disponível em: <https://goo.gl/oGdFpt> (consultado em 08/05/2017).

¹⁰ Artigo 116º §4 e 5 do *Code de Procédure Pénale*. Disponível em: <https://goo.gl/Wsd8dm> (consultado em 08/05/2017).

¹¹ Secções 34 e seguintes do Criminal Justice and Public Order Act 1994. Disponível em: <https://goo.gl/Pzra5N> (consultado em 08/05/2017). O legislador processual penal britânico prevê o valor do ato silente do arguido em termos de valoração decisória, sendo possível afirmar, acompanhando Wolchover e Heaton-Amstrong (em *Labour’s victory and the right to silence - 1. New Law Journal*, 147, 1997), que “foi introduzido o princípio geral de permissão de conclusões prejudiciais do silêncio do arguido”.

¹² Parágrafo 136 do *Strafprozessordnung*. Disponível em: <https://goo.gl/ztdU3p> (consultado em 08/05/2017).

¹³ Tribunais Federais. Disponível em: <https://goo.gl/iJPp4n> (consultado em 08/05/2017).

O conteúdo meramente declaratório do direito à não auto-incriminação foi reconhecido em 1965 no processo *Schmerber vs. California*¹⁴: tendo sido interposto recurso de condenação por arguido a quem fora extraído, sem o seu consentimento, sangue para avaliar o estado de embriaguez, invocando-se a violação do *privilege against self-incrimination*, foi o mesmo rejeitado, considerando os juízes que o direito se resume à proteção contra declarações verbais ou comportamentos comunicativos forçados.

Em Espanha a alínea g) do nº 1 do artigo 118º da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*¹⁵ concede ao arguido o direito de “*guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen*”; nos termos do artigo 389º pode o juiz de instrução colocar questões ao acusado, mas não “*podrá emplear con el procesado género alguno de coacción o amenaza*”, determinando o nº 3 do artigo 391º que pode o juiz ordenar “*pero sin emplear ningún género de coacción*” que o acusado escreva palavras ou frases quando considerar que tal poderá permitir desvanecer dúvidas acerca da legitimidade de um escrito que se lhe atribua - o mesmo é dizer, estará o arguido a ser compelido a praticar um ato que, em última linha, poderá redundar na sua inculpação.

O Tribunal Constitucional espanhol, no Acórdão 54/2015¹⁶, 16 Março, reconduziu o “*derecho a la no autoincriminación*” à emissão de declarações ou manifestações de vontade, não necessariamente orais, excluindo do âmbito de proteção as situações que não impliquem formalmente declarações, como o exame de produtos encontrados numa busca¹⁷; Juan José López¹⁸ defende uma abrangência maior do direito, respeitando a teleologia da norma constitucional (impedir que o sujeito participe na sua auto-incriminação), desconsiderando o positivismo das expressões (“*«declaración», «confesión»*”) porquanto condutas não declarativas poderão ser ainda mais gravosas em termos de consequências processuais.

O mesmo Tribunal, no Acórdão 103/1985, 4 Outubro¹⁹, determinou que o arguido deve tolerar diligências como “o reconhecimento ou as intervenções corporais”, que “deixe fazer”; não contribuirá em nada para a obtenção da prova, apenas é sujeito passivo que não realiza conduta alguma, pelo que o direito à não auto-incriminação não sofre qualquer compressão.

¹⁴ Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://goo.gl/HJlc3H> (consultado em 08/05/2017).

¹⁵ Disponível em: <https://goo.gl/rxrJC8> (consultado em 08/05/2017).

¹⁶ Disponível em: <https://goo.gl/Yt5YAu> (consultado em 08/05/2017).

¹⁷ Em Elementos adicionales de análisis en materia de no autoincriminación tributaria”, *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, nº 19, 2008, p. 7, José Alberto Sanz DÍAZ-PALACIOS defende que o agente “extrairia diretamente a informação, em virtude da sua própria percepção, da mercadoria”, pelo que o arguido não desempenharia qualquer papel, donde não violado o direito.

¹⁸ LÓPEZ, Juan José. Imputación de personas jurídicas y derecho a lo no colaboración activa. *Revista Jurídica de Castilla y León*, Salamanca, nº 40, set. 2016, p. 46.

¹⁹ Disponível em: <https://goo.gl/AcDv5o> (consultado em 08/05/2017).

Na Colômbia, além da previsão na Constituição, também o *Código de Procedimiento Penal*²⁰ regula a matéria: o artigo 8º alíneas a) a c) estatui que uma vez assumindo o estatuto *imputado*, terá direito a “*No ser obligado a declarar en contra de sí*” e a “*No autoincriminarse*”, não podendo o seu silêncio ser utilizado contra si - seja, uma previsão do *nemo tenetur* com conteúdo verbal e expressamente não-verbal.

Além da citada previsão constitucional, o direito ao silêncio merece acolhimento processual penal no Brasil: o artigo 186º do Código do Processo Penal prevê que

Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Na Apelação 1.0625.12.010691-3/001²¹ foi decidido que

O exercício da autodefesa, conjugado com o direito constitucionalmente assegurado ao silêncio, implica a possibilidade do acusado de não se autoincriminar, ou seja, pode manter-se calado ou mesmo mentir em relação aos fatos delituosos a ele imputados.

O artigo 198º CPP, porém, relativiza o conteúdo do direito ao silêncio, prevendo que este, não importando confissão, “poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz” - embora tendo o constitucionalmente protegido direito de “permanecer calado”, pode o exercício do direito fundamental, inclusive, a sua condenação.

A tendência de relativização do direito à não auto-incriminação pode ser visto em outros pontos da ordem jurídica brasileira, servindo de paradigmático exemplo a Lei 12.654/12²², 28 Maio: impõe aos condenados por “crime de natureza grave contra a pessoa” ou crime hediondo (Lei 8.072/90) que obrigatoriamente se submetam à extração de ADN para identificação do perfil genético, ademais se prevendo a recolha aquando da identificação criminal em fase de investigação preliminar.

Aury Lopes Júnior²³ considera a alteração legal a “sentença de morte” do direito à não auto-incriminação; o mesmo autor²⁴ refere que se o acusado recusa a realização da colheita não poderia a prova ser produzida, equivalendo a sujeição à intervenção corporal assim realizada a tortura - traduzindo a falência da máquina estatal, nas palavras de Guilherme de

²⁰ Disponível em: <https://goo.gl/SX0zga> (consultado em 08/05/2010).

²¹ 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 05/08/2013. Disponível em: <https://goo.gl/P6epQ6> (consultado em 10/05/2017).

²² Disponível em: <https://goo.gl/5CoiWP> (consultado em 08/05/2017).

²³ JÚNIOR, Aury Lopes. Lei 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)?. *Boletim IBCrim*, Ano 20, nº 236, jul. 2012.

²⁴ JÚNIOR, Aury Lopes. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 322-324.

Souza Nucci²⁵. Para Alberto Mariano Júnior²⁶ a solução da Lei 12.654 viola a Constituição Federal, mormente os princípios da presunção de inocência e da proibição de auto-incriminação, ao passo que para Wagner Marteleto Filho²⁷ além do último dos princípios ser violado, também o são as garantias contra “a cooperação inconsciente”.

Antônio Suxberger²⁸ defende a adequação constitucional das soluções plasmadas na lei: a recolha do material genético (artigo 9º-A) apenas terá lugar após condenação e por crime de “considerável gravidade”, o condenado não está ativamente a produzir prova contra si mesmo (em violação do *nemo tenetur*) porque o material genético colhido “não se presta, no momento de sua coleta, para qualquer persecução penal em seu desfavor” e o *nemo tenetur* apenas se circunscreve “à produção de provas ou elementos de informação de investigações ou persecuções penais em curso” ao passo que a recolha é feita a alguém após a conclusão do processo; para o autor o *nemo tenetur* deve ser espeitado, sem que isso constitua “um ‘salvo conduto’”, impeditivo da identificação do agente pela prática de novos crimes, devendo a identificação pelo perfil genético (colhido “após o trânsito em julgado da sentença condenatória”) servir de prova em “eventuais processos futuros”.

Esta recolha é uma entre provas envolvendo intervenções corporais, mais ou menos invasivas - Ludmila Dutra²⁹ menciona, entre outras,

os exames de sangue...exalação de ar para verificação do nível de álcool no...exame ginecológico...exame em cavidades do corpo ou exame do reto...coleta de urina; extração de substâncias contidas debaixo das unhas da pessoa acusada (finger scrapings); coleta de impressões digitais.

Relativamente a estas, refere Eugênio Pacelli de Oliveira³⁰ que no Supremo Tribunal Federal, “a posição...é em sentido absolutamente ampliativo do princípio da não auto-incriminação. Sustenta-se a existência de um direito a não produzir qualquer tipo de prova contra si”: o *nemo tenetur* visa a defesa da “integridade física e psíquica do acusado, bem como sua capacidade de autodeterminação e a dignidade humana”, sendo válida a recusa em colaborar quando tais valores estejam em risco, devendo nas restantes situações a inação ser

²⁵ NUCCI, Guilherme de Sousa. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 91.

²⁶ JÚNIOR, Alberto Mariano. A (des)regularização da obtenção do material genético no processo penal brasileiro. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, Vol. 11, nº 63, dez/jan 2014, p. 78-82.

²⁷ FILHO, Wagner Marteleto. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

²⁸ SUXBERGER, Antônio. A funcionalização como tendência evolutiva do Direito Internacional e sua contribuição ao regime legal do banco de dados de identificação de perfil genético no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, Vol. 12, nº 2, 2015, p. 661, 662.

²⁹ DUTRA, Ludmila. Limites e implicações do princípio *nemo tenetur se detegere* nas intervenções corporais probatórias. *Revista Pensar Direito*, Belo Horizonte, Vol. 6, Nº 2, jul. 2015, p. 5 e seguintes.

³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, 15ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 401, 402.

valorada como “presunção acerca da existência de um fato, ainda que não provado, mas estabelecida por dedução, a partir de outro fato, não justificado racionalmente”.

Para Carlos Borlido Haddad³¹ o *nemo tenetur* apenas é válido perante a exigência de conduta colaborativa ativa do sujeito, não tendo campo de aplicação quando o sujeito apenas tenha que tolerar ou permitir atuação alheia.

Ludmila Dutra³² acompanha Haddad na validade do *nemo tenetur* nas condutas ativas (como “somente depende do acusado, não há como obrigá-lo a realizar o procedimento”, exemplificando com o exame de ar expirado para detecção de álcool), e na inaplicabilidade nas condutas passivas (“que implique em mera tolerância e desde que a prova não fira sua dignidade humana ou implique em risco a sua saúde ou vida”); vai mais longe na sua explanação, considerando que pode o juiz contrair o *nemo tenetur* “quando verificar que uma prova que demande intervenção corporal é fundamental para se comprovar a autoria ou participação e a materialidade de um crime”, com os limites antes expostos.

A 08/05/2017 foi aprovada a Lei 13,441³³, prevendo a “infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente”: exige-se prévia autorização judicial, “devidamente circunstanciada e fundamentada”, subsequente a requerimento do Ministério Público (com justificação da sua necessidade, indicação das tarefas levadas a cabo pelo órgão policial, identificação dos investigados); embora com um horizonte temporal de 90 dias, existe a possibilidade de renovação da medida até 720 dias - refira-se que artigo 1º, Inciso II, § 3º estabelece que tal infiltração “não será admitida se a prova puder ser obtida por outros meio”.

1.2. DIPLOMAS E JURISPRUDÊNCIA EUROPEIAS

O artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem³⁴ (doravante CEDH) consagra o “Direito a um processo equitativo”, direito consubstanciado por uma plêiade de elementos, entre os quais podemos mencionar os direitos ao silêncio e à não auto-incriminação³⁵.

³¹ HADDAD, Carlos Borlido. *Conteúdos e contornos do princípio contra a autoincriminação*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 75-84.

³² *Op. cit.*, p. 14-19.

³³ Disponível em: <https://goo.gl/tXpDTZ> (consultado em 10/05/2017).

³⁴ Disponível em: <https://goo.gl/TpP8pA> (consultado em 10/05/2017).

³⁵ COSTA, Joana. O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista do Ministério Público*, Ano 128, out./dez. 2011, p. 117.

Direito ao silêncio e direito à não auto-incriminação podem ser vistos como círculos parcialmente sobrepostos: o primeiro reconduz-se às comunicações orais, o segundo inclui também, por exemplo, a não produção de documentos incriminatórios³⁶ - veremos que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante TEDH) considera-os como estando no cerne do direito a um julgamento justo consagrado no artigo 6º CEDH - mais importante que a descoberta da verdade é a proteção do arguido contra os abusos da investigação e julgamento, que podem ser configurados como atos de tortura.

A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia³⁷, no artigo 47º, prevê também o direito a um julgamento justo; o seu artigo 52º nº 3 estabelece um âmbito de proteção pelo menos igual ao da CEDH, permitindo que o Direito Comunitário estabeleça âmbitos de proteção mais amplos - e a Directiva 2016/343/EU³⁸, pelo menos de um ponto de vista positivo, explicita o conteúdo dos direitos que vimos referindo.

O Considerando 1º da Directiva marca o tom do diploma, invocando os valores aos quais a proibição da auto-incriminação (*lato sensu* considerada) está umbilicalmente ligada, “A presunção de inocência e o direito a um processo equitativo”, fixando regras mínimas comuns para fortalecimento do “espaço de liberdade, segurança e justiça” e “a confiança nos sistemas de justiça penal” (Considerandos 9º e 10º).

Nos termos do artigo 2º, o diploma é aplicado às pessoas *singulares* (itálico nosso), “suspeitas da prática de um ilícito penal ou que foram constituídas arguidas em processo penal e a todas as fases do processo penal”.

O artigo 7º tem como epígrafe “Direito de guardar silêncio e direito de não se auto-incriminar”, consagrando expressamente, pela primeira vez em diplomas comunitários, o *nemo tenetur* com uma vertente ampla; o nº 1 do artigo consagra o “direito de guardar silêncio”, ao passo que o nº 2 regula o “direito de não se autoincriminar”³⁹.

Este direito é relativizado, porquanto logo o nº 3 determina que não está impedida a recolha de “elementos de prova que possam ser legitimamente obtidos através do exercício legal de poderes coercivos e cuja existência é independente da vontade do suspeito ou do

³⁶ TRESHCEL, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 342.

³⁷ Disponível em: <https://goo.gl/hxPIrC> (consultado em 10/05/2017).

³⁸ Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, 09/03/2016. Disponível em: <https://goo.gl/m9s8Gi> (consultado em 10/05/2017).

³⁹ Dos Considerandos 25 a 27 resulta que o direito à não auto-incriminação, manifestação do “princípio da presunção de inocência”, confere a possibilidade legal não “apresentar provas ou documentos, ou...fornecer informações” quando ordenado depoimento ou colocadas questões e isso possa ser prejudicial, não se podendo obrigar o suspeito/arguido se o não desejar fazer; contudo, juntamente com o direito ao silêncio, o direito à não auto-incriminação não abarca “questões relativas à identificação”, apenas “ligadas ao ilícito penal” em si mesmo considerado.

arguido”: o Considerando 29 exemplifica com os elementos de prova “recolhidos por força de um mandado” (determinação judicial que respeitará os direitos de defesa, como exigido pela parte final do Considerando 28, quando precedido de despacho judicial fundamentado e validação subsequente do ato), bem como os elementos de prova “em relação aos quais está prevista uma obrigação legal de conservação e de apresentação a pedido, as amostras de hálito, sangue e urina, bem como de tecido humano para efeitos de testes de ADN”.

Estatuem os n.ºs 4 e 5 que a decisão pode tomar em consideração “a atitude de cooperação do suspeito ou do arguido” mas o exercício dos direitos “não deve ser utilizado contra os mesmos” nem pode “ser considerado elemento de prova de que cometeram o ilícito penal”; mas se o direito for desrespeitado, *quid iuris?*

Do Considerando 45 resulta que se as declarações forem obtidas “sob tortura ou outras formas de maus tratos”, violando o artigo 3.º CEDH está posta em cheque a “equidade (de) todo o processo”, prevendo o Considerando 44 que o lesado deve ser colocado “na mesma situação que teria(m) caso não tivesse ocorrido essa violação” - as provas assim obtidas não poderão ser utilizadas em sentido condenatório e terão que ser excisadas processualmente,.

Não obstante a expressa previsão legal do direito à não auto-incriminação, a verdade é que (basta correlacioná-lo com as Considerações que acabamos de expor), a extensão da proibição da auto-incriminação parece ser estreita - vimos que o Considerando 29 permite taxativamente a recolha lícita de elementos de prova quando “está prevista uma obrigação legal de conservação e de apresentação a pedido”⁴⁰, “as amostras de hálito, sangue e urina” e amostras de “tecido humano para efeitos de testes de ADN”⁴¹.

Permitidos que são a recolha de ar, sangue, urina, tecidos humanos, os demais que são englobados/determinados por mandado (pense-se na recolha de assinaturas para exame grafológico para detetar falsificações de assinaturas e/ou documentos) e, aparentemente, parte significativa de documentos, que espaço ficará reservado para a não auto-incriminação?

Stijn Lamberigts⁴² menciona que o direito à não auto-incriminação pretende salvaguardar a “privacidade mental” do indivíduo, que lhe permite determinar o quanto de informação acerca de si lhe interessa divulgar.

E jurisprudencialmente, que vereda se percorre? Podemos começar por dizer que o TEDH encara o direito à não auto-incriminação, o *privilege against self-incrimination*, como

⁴⁰ O que parecer prever, entre outros, documentos contabilísticos e tributários, cuja conservação e obrigação de entrega em atividades inspectivas resulta, entre nós, da Lei Geral Tributária.

⁴¹ Stijn LAMBERIGTS, em *The privilege against self-incrimination: a challenge of criminal procedure*. *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 7, Issue 4, p. nov./dez. 2016, p. 419, fala em “posição ambígua”.

⁴² *Ibidem*, p. 427.

uma prerrogativa de defesa que constitui o fulcro do julgamento justo (equitativo), previsto no artigo 6º CEDH.

O TEDH, no Processo Delcourt vs. Bélgica⁴³ e no Processo De Cubber vs. Bélgica⁴⁴, assinalou o papel central do (direito ao) julgamento justo “numa sociedade democrática nos termos da Convenção” e a necessidade de uma interpretação extensiva do artigo 6º nº 1 CEDH - posição contrária tendo o Juiz Gerald Fitzmaurice, na sua Declaração de Voto no Processo Golder vs. Reino Unido⁴⁵.

Da jurisprudência do TEDH resulta uma clara recondução do direito à não auto-incriminação ao exercício da faculdade de permanecer em silêncio, quer quanto a questões colocadas, quer quanto a auto-manifestações; permitindo a recolha de prova, mesmo contra a vontade do arguido, quando tal seja possível “independente(mente) da vontade do suspeito“, ademais também se estende à obtenção de documentos mobilizando coerção sobre a pessoa do arguido, obrigando-o a uma conduta ativa.

Quando a prova tiver sido obtida violando o direito ao silêncio, através de “torturas...ou tratamentos desumanos ou degradantes”, contendendo com a proibição do artigo 3º CEDH, não poderá ser admitida; porém, parcialmente colhendo a doutrina anglo-saxónica dos *fruit of the poisonous tree*, se a prova resultar indiretamente das declarações prestadas em violação do direito ainda poderá ser aceite, caso se não se mostre essencial à decisão e outros elementos de prova poderem conduzir à mesma conclusão.

Na jurisprudência do TEDH exceção ao direito ao silêncio se verifica também no que concerne à resposta a questões quanto à identidade: Arta Bilalli-Zendelli⁴⁶ invoca que a imperatividade de resposta resulta do §1º do nº 1 do artigo 17º da Terceira Convenção de Genebra⁴⁷ (relativa ao tratamento de prisioneiros de guerra): “Todo o prisioneiro de guerra, quando interrogado, é obrigado a dar o seu nome, apelido e pronomes”.

⁴³ Processo 2689/65, 17/01/1970, §25, parte final: “*In a democratic society within the meaning of the Convention, the right to a fair administration of justice holds such a prominent place that a restrictive interpretation of Article 6 §1...would not correspond to the aim and the purpose of that provision*”. Disponível em: <https://goo.gl/s8qs3o> (consultado em 11/05/2017).

⁴⁴ Processo 9186/80, 26/10/1984, §30, parte final: “*a restrictive interpretation of Article 6 §1...would not be consonant with the object and purpose of the provision, bearing in mind the prominent place which the right to a fair trial holds in a democratic society within the meaning of the Convention*”. Disponível em: (consultado em 11/05/2017).

⁴⁵ Processo 4451/70, 21/02/1975, §32. Disponível em: <https://goo.gl/XILuS6> (consultado em 11/05/2017).

⁴⁶ BILALLI-ZENDELLI, Arta. Privilege against Self-Incrimination - Guarantee for Fair Trial in Modern Criminal Procedures (Nemo Tenetur Prodere Seipsum). *Revista de Stiinte Politice*, Craiova, n. 47, 2015, p. 182.

⁴⁷ Adoptada a 12/08/1949. Disponível em: <https://goo.gl/Es1WKb> (consultado em 11/05/2017).

O primeiro processo judicial do TEDH que avaliou a temática do direito à não auto-incriminação foi o Processo K vs. Áustria⁴⁸: K recusou a prestação de depoimento como testemunho num processo relativo a tráfico de estupefacientes, tendo sido condenado em pena de multa e detido não obstante existir processo judicial no qual era arguido pelo consumo - o TEDH considerou que esta penalização constituía uma interferência negativa no direito à liberdade de expressão analisado à luz das garantias concedidas pelo artigo 6º CEDH, constituindo que “o princípio da proteção contra a auto-incriminação é um dos mais fundamentais aspetos do direito a um julgamento justo”.

Todavia, foi no Processo Funke vs. França⁴⁹ que a ligação do privilégio da não auto-incriminação como decorrência do artigo 6º CEDH surgiu: subjacente ao processo estava o fato de 3 polícias terem ido a casa de Funke recolher elementos de seu património no exterior, na sequência de informações recebidas de autoridades tributárias, tendo Funke admitido ter tido contas bancárias e não ter registos em casa - vindo a policia a realizar buscar e encontrar documentos e livros de cheques de bancos estrangeiros que confiscaram e fizeram constar de relatório, não tendo os documentos conduzido a acusação criminal mas dado origem a processos paralelos para levantamento de sigilo (invocando Funke a violação dos nºs 1 e 2 do artigo 6º CEDH por ter sido atingido o seu direito à não auto-incriminação).

O TEDH estatuiu que os serviços tributários, incapazes ou não desejosos de comprovar os fatos através de outros meios, tentaram compelir Funke a fornecer prova dos fatos que alegadamente havia cometido; a especial natureza tributária do processo não podia justificar uma violação ao direito de permanecer em silêncio e não contribuía para se auto-incriminar, pelo que se verificaria uma violação do artigo 6º nº 1 CEDH.

A mesma linha de argumentação do TEDH se manteve no Processo Saunders vs. Reino Unido⁵⁰: invocava-se que a leitura de transcrições de declarações prestadas (a inspectores tributários) em julgamento penal violava o artigo 6º nº 1 CEDH. Decidiu o TEDH que, embora não expressamente clausulados no artigo 6º CEDH, os direitos ao silêncio e à não auto-incriminação são reconhecidos como padrões internacionais no centro da noção de processo justo, visando a defesa do acusado contra pressões indevidas das autoridades e evitar abusos de direito; o direito à não auto-incriminação pressupunha ainda que a acusação deve provar a sua posição jurídica sem recurso a material probatório obtido através de meios

⁴⁸ Processo 16002/90, 02/06/1993. Disponível em: <https://goo.gl/xmzXUI> (consultado em 11/05/2017).

⁴⁹ Processo 10828/84, 25/02/1993. Disponível em: <https://goo.gl/j99j2a> (consultado em 11/05/2017).

⁵⁰ Processo 19187/91, 17/12/1996. Disponível em: <https://goo.gl/PYKLpr> (consultado em 11/05/2017).

coercitivos ou da limitação da liberdade e vontade do investigado, donde a estreita ligação à presunção de inocência que resulta do nº 2 do artigo 6º.

No caso o TEDH reconduziu o direito à não auto-incriminação “às declarações de assunção de responsabilidade penal e as que com elas estejam diretamente relacionadas” e previu que declarações que aparentam ser inofensivas podem mais tarde ser utilizadas em sentido incriminatório ou afetar a credibilidade do arguido⁵¹. Mais assinalou que não pode ser invocado o “interesse público” para justificar respostas coativamente obtidas num processo não penal para prova em processo-crime, violador do direito à não auto-incriminação.

O Processo Jalloh vs. Alemanha⁵² foi impulsionado por Jalloh, que considerou que o procedimento a que fora submetido (administração de emético para expelir saco suspeito de conter produto estupefaciente, ordenada pelo procurador e ministrado por médico) violava o direito a um julgamento justo garantido pelo artigo 6º CEDH e seu direito à não auto-incriminação - violado porque a base da condenação foi o produto regurgitado, resultante de prova que foi obrigado a produzir contra si próprio.

Renova o TEDH a aceitação do direito à não auto-incriminação como forma de assegurar um julgamento justo (artigo 6º CEDH)⁵³; repete também que o direito se reconduz às declarações, não sendo extensível à utilização de material obtido do acusado através de poder compulsórios que existam independentes da vontade do acusado (exemplifica com documentos obtidos por mandado, amostras de ar expirado, sangue, urina, cabelo ou voz e fluídos para teste de ADN).

O TEDH entendeu que a droga obtida pela aplicação do emético integra a categoria de “material com existência independente da vontade do acusado”, sendo a sua utilização probatória geralmente não proibida; porém, como a regurgitação só existiu porque foi introduzido tubo pelo nariz de Jalloh e ministrada substância para regurgitar, constituía tal ato uma violação do artigo 3º CEDH- e o “interesse público” na utilização de prova não justifica “o recurso a uma tão grave interferência na integridade física e mental do arguido, pelo que se verifica uma violação do artigo 6º nº 1 CEDH”.

Nos Processos O’Halloran e Francis vs. Reino Unido⁵⁴ o TEDH aceitou o argumento invocado pelos recorrentes que o direito à não auto-incriminação (bem como o direito ao silêncio) são “direitos absolutos” e entendimento diverso “eliminar a própria razão de ser

⁵¹ Reiterado no Processo TEDH 39660/10, 18/02/2010.

⁵² Processo 19187/91, 17/12/1996. Disponível em: <https://goo.gl/8bzGLs> (consultado em 11/05/2017).

⁵³ Tal como nos Processos TEDH 15809/02 e 25624/02, 29/07/2007.

⁵⁴ Processos 15809/02 e 25624/02, 29/07/2007. Disponível em: <https://goo.gl/0Wrr5TJ> (consultado em 11/05/2017).

dos direitos”; mas decidiu o TEDH que “não é qualquer coerção que automaticamente viola o direito”, o direito consagrado no artigo 6º CEDH “tem que ser casuisticamente analisado e atendendo às concretas circunstâncias”.

Esta argumentação contraria a noção, repetida à exaustão, do direito à não auto-incriminação integrar o núcleo do direito a um julgamento justo previsto no artigo 6º nº 1 CEDH, embora seja justificado pelo TEDH porque “aquilo que constitui um julgamento justo não pode ser sujeito a uma regra de avaliação imutável”.

No Processo Heaney e McGuinness vs. Irlanda⁵⁵ o TEDH decidiu que a “proporcionalidade” não pode ser barómetro da compressão do direito, “não podendo o âmago dos direitos ao silêncio e à não auto-incriminação garantidos pelo Artigo 6º §1 da Convenção” ser obliterado por uma qualquer medida “justificada pela segurança e ordem públicas”; no Processo Allan vs. Reino Unido aponta-se como critério de avaliação da obliteração a “natureza e grau da compulsão, a existência de salvaguardas de relevo no processo e a utilização que é conferida ao material dessa forma obtido”, não se limitando o horizonte do direito à não auto-incriminação aos casos de coerção –

servindo em princípio para proteger a liberdade de escolher entre falar e permanecer em silêncio...liberdade efetivamente posta em causa num caso no qual, tendo o suspeito decidido permanecer calado, utilizam as autoridades de subterfúgios para obter confissões ou outras declarações incriminatórias, que não conseguiram obter durante o interrogatório e o material obtido seja utilizado como prova em tribunal⁵⁶.

O Tribunal de Justiça da União Europeia reconhece indiretamente o direito à não auto-incriminação, considerando que a sua invocação é válida quando as respostas obtidas “tenham sido efetivamente utilizadas para incriminar”⁵⁷.

2. ABORDAGEM NACIONAL DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO

O legislador luso não previu, a nível constitucional e/ou processual penal, norma que expressamente consagre o direito à não auto-incriminação.

A nível processual penal são várias as normas que prevêm o direito ao silêncio, desde logo os artigos 58º nº 2 e 61º nº 1 d) do Código do Processo Penal (doravante CPP): constituído arguido, existe o direito a “Não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar”.

⁵⁵ Processo 34720/97, 21/12/2000, §58. Disponível em: <https://goo.gl/ig7jsS> (consultado em 11/05/2017).

⁵⁶ Processo 48539/99, 05/11/2002, §44 e 50. Disponível em: <https://goo.gl/LS9Fcg> (consultado em 11/05/2017).

⁵⁷ Processos Apensos C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, §289. Disponível em: <https://goo.gl/MI4Jyl> (consultado em 11/05/2017).

O Tribunal da Relação de Évora, em Acórdão no Processo 259/12.0PAABT.E1⁵⁸, decidiu que, perante a opção do arguido em não prestar declarações em julgamento sobre os fatos que lhe imputam, “não viola o direito ao silêncio a circunstância de o tribunal ponderar na sentença, em sede de determinação da pena, a ‘ausência de arrependimento’”, não tendo o tribunal que “‘silenci(ar)’ na sentença aquela circunstância ou a ausência dela”.

Estatui o artigo 132º nº 2 CPP que “A testemunha não é obrigada a responder a perguntas quando alegar que das respostas resulta a sua responsabilização penal” (um híbrido de não auto-incriminação verbal) - recusa que apenas se limita às questões que o possam fazer incorrer em responsabilidade penal (não à prestação de depoimento em si)

No primeiro interrogatório judicial de arguido, nos termos do artigo 141º nº 4 a) CPP, cabe ao juiz de instrução informá-lo do seu direito ao silêncio.

Em sede de julgamento, face ao previsto no artigo 345º nº 1 CPP pode o arguido exercer o direito ao silêncio relativamente às questões que o juiz lhe coloque, recusando responder “espontaneamente ou a recomendação do defensor...a algumas ou a todas as perguntas, sem que isso o possa desfavorecer”.

A resposta quanto ao fundamento do direito à não auto-incriminação na doutrina nacional diverge: existem autores que imbricam o direito à não auto-incriminação (muitas vezes em estreita conexão com o direito ao silêncio) nas “Garantias de processo criminal” que constam do artigo 32º CRP: para Frederico Costa Pinto⁵⁹ o direito ao silêncio “constitui uma manifestação do direito de defesa do arguido”, e o direito do arguido “a que o silêncio não seja valorado contra si” é uma “emanação probatória do princípio da presunção de inocência”; Maria Fernanda Palma⁶⁰, por seu turno, defende que “as garantias de defesa do arguido asseguradas pelo nº 1 do artigo 32º da Constituição...abrangem o(s) direito(s)...de silêncio”.

Autores como Maria de Fátima Silva⁶¹ fundamentam o direito à não auto-incriminação no princípio da presunção de inocência: “nada mais é que uma decorrência do princípio da presunção de inocência”, princípio não postergável “face à regra do art. 32º nº 2 *ex vi* art. 12º nº 1” CRP.

⁵⁸ Relatora Desembargadora Ana Barata Brito, 25/02/2014. Disponível em: <https://goo.gl/PRSV8X> (consultado em 12/05/2017).

⁵⁹ PINTO, Frederico Costa. *Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação* (parecer) in *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 99.

⁶⁰ PALMA, Maria Fernanda. A constitucionalidade do artigo 342º do Código do Processo Penal (O direito ao silêncio do arguido). *Revista do Ministério Público*, nº 60, 1994, p.109.

⁶¹ SILVA, Maria de Fátima. O direito à não auto-incriminação. *Sub Judice*, Coimbra, nº 40, set. 2008, p. 63.

Para Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade⁶² o direito à não auto-incriminação não é confundível mas está incindivelmente ligado ao direito ao silêncio e o *nemo tenetur*, embora não previsto (de forma positivada) no texto processual penal e constitucional, tem “natureza constitucional”.

O *nemo tenetur* fundamenta-se “nas concretas garantias processuais que a Constituição prevê em matéria criminal”, resultantes do artigo 32º CRP, “cumprindo-se de igual modo à exigência constitucional de um processo (penal) equitativo, previsto no nº 4 do artigo 20º da CRP”; não obstante a (aparente) aproximação a posições doutrinárias previamente expostas, conferem-lhe os autores uma “matriz constitucional processualista”⁶³.

No que concerne ao conteúdo do direito à não auto-incriminação, a doutrina move-se entre uma proibição total de qualquer intervenção não voluntária do arguido para a obtenção de prova que o possa fazer incorrer em responsabilidade penal (um *absoluto absoluto*) e uma limitação à dimensão oral; seja, o direito à não auto-incriminação seria equivalente a um direito ao silêncio: para Frederico Costa Pinto⁶⁴ resumir-se-ia a “não responder a perguntas ou prestar declarações sobre os fatos que lhe são imputados”, não abarcando “o direito a recusar a entrega de elementos que estejam em seu poder” ou a possibilidade de frustrar “a execução de diligências de prova com a recusa de entrega de documentos”.

Para Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade⁶⁵ o direito não tem “caráter absoluto”, podendo ser “sujeito por via legal a limitações”, constitucionalmente válidas se constarem de diploma legislativo prévio e expresse e em obediência aos critérios de proporcionalidade (“limitar-se ao necessário”) e finalidade (“salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”) plasmados no nº 2 do artigo 18º CRP.

Manuel da Costa Andrade⁶⁶, em Comentário ao Acórdão 340/2013 do Tribunal Constitucional (que *infra* analisaremos) refere que o *nemo tenetur* “não comporta relativização em sede de ponderação”, não podendo a “eficiência da justiça criminal” ou o “interesse público na perseguição penal” justificar a transformação do arguido em “instrumento ativo da sua própria condenação” porquanto goza de “tutela absoluta” (conclusão idêntica obtemos se configurarmos o *nemo tenetur* como projeção do direito geral

⁶² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, e COSTA ANDRADE, Manuel da. *Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação* (parecer) in *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 37 e seguintes.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Op. Cit.*, pp. 95, 96.

⁶⁵ *Op. Cit.*, p. 55.

⁶⁶ COSTA ANDRADE, Manuel da. *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e Direito Tributário. Ou a Insustentável Indolência de um Acórdão (nº 340/2013) do Tribunal Constitucional*. *Boletim de Ciências Económicas*, Coimbra, Volume LVII, Tomo 1, 2014, p. 423-425.

de personalidade); conclui o Autor que esta visão de tutela absoluta se relaciona com a germânica doutrina da “área nuclear inviolável da vida privada”.

A jurisprudência nacional tem vindo a ser convocada a se pronunciar pela conformidade com normas (e/ou interpretações das mesmas) legais com o conteúdo e alcance do direito à não autoincriminação.

Parece orientação constitucional sedimentada ser implicitamente acolhido o direito - o Tribunal da Relação de Évora, em Acórdão do Processo 594/11.5TAPDL.L1-5, decidiu que

Não obstante o princípio *nemo tenetur* – seja na sua vertente de direito ao silêncio do arguido, seja na sua dimensão de “privilégio” do arguido contra uma auto-incriminação – não estar expressa e directamente plasmado no texto constitucional, a doutrina e a jurisprudência portuguesas são unânimes não só quanto à sua vigência no direito processual penal português, como quanto à sua natureza constitucional⁶⁷.

Considera-se corresponder uma violação do mencionado direito à violação dos direitos de defesa e integridade moral da pessoa, consagrados nos n.ºs 1 e 8 do artigo 32.º CRP; ademais se mostra consensual o entendimento que tal violação determina a nulidade das provas - em primeira daquelas directamente obtidas através da coerção do arguido (a facultar material probatório contra si), mas também daquelas que daí derivem, nos termos das alíneas a) e d) do n.º 2 e do n.º 1 do artigo 126.º e do n.º 5 do artigo 58.º CPP.

No Acórdão de Uniformização de Jurisprudência 12/2014⁶⁸ o STJ reconhece o direito ao silêncio como instrumento para o arguido garantir a proteção de seus direitos fundamentais, “comportando o direito de não colaborar, ou se calar”; considera-o, juntamente com o direito à não auto-incriminação, como vertentes do *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Determinou que a recolha de autógrafos não comportava uma lesão para a integridade física do arguido ou “honra, dignidade, bom nome, reputação” (tuteladas pelos artigos 25.º e 26.º CRP), apenas de “agir num determinado sentido que não o por si desejado” e os exames grafológicos (para os quais é necessária a participação ativa do arguido) constituíam um dever especial resultante artigos “arts. 60.º e 61.º n.º 3 d) CPP”.

No domínio das decisões constitucionais, começaremos com o “caso dos diários”, decidido pelo Acórdão TC 607/2003⁶⁹, com apelo à jurisprudência do Tribunal Federal

⁶⁷ Relator Desembargador Simões de Carvalho, 17/04/2012. Disponível em: <https://goo.gl/WVvPGt> (consultado em 13/05/2017).

⁶⁸ Processo 171/12.3TAFGL.G1-A.S1, Relator Conselheiro Armindo Monteiro, 28/05/2014. Disponível em: <https://goo.gl/OCdhWh> (consultado em 13/05/2017).

⁶⁹ Relator Conselheiro Benjamim Rodrigues, 05/12/2003. Disponível em: <https://goo.gl/mRNfxg> (consultado em 13/05/2017). Foi declarada “inconstitucional, por violação das disposições conjugadas dos artigos 1.º, 26.º n.º 1 e 32.º n.º 8 CRP, a norma extraída do art. 126.º n.ºs 1 e 3 CPP, na interpretação segundo a qual não é ilícita a valoração como meio de prova da existência de indícios dos factos integrantes dos crimes de abuso sexual de crianças imputados ao arguido...e dos pressupostos estabelecidos nos artigos 202.º e 204.º c) CPP, para a aplicação da medida de coacção de prisão preventiva, dos ‘diários’ apreendidos, em busca domiciliária

alemão: quando os diários digam respeito à “esfera de personalidade do autor”, ele os não quer divulgados e contra a sua vontade servem de elemento de prova, verificar-se-ia lesão da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade - exceto (o que apenas tem lugar nos casos de criminalidade grave) se o interesse da perseguição penal estatal for mais relevante que a proteção do segredo do indivíduo (numa análise feita “à luz dos direitos fundamentais”); tal areópago considera que mesmo nas situações em que “as descrições constantes de textos privados tipo-diário não pertencerem ao domínio íntimo absolutamente protegido”, é sempre necessária uma “justificação mediante a afirmação de um ‘interesse prevalecente da comunidade’” - seja, é feito um sopesamento de valores.

O TC considera que embora se não possa recusar uma ingerência na intimidade da vida privada estando em causa interesses de perseguição penal, “a extensão e a intensidade da intromissão” na esfera íntima “não são irrelevantes”; deverá o juiz “crítico-reflexivamente em concreto perante o(s) conteúdo(s) que integra(m) um diário particular” avaliar se pode a valoração probatória (de um diário, mesmo que lícitamente colhido em busca) atentar contra a dignidade e integridade éticas do arguido.

Considera o TC que a teleologia da consagração da dignidade humana no artigo 1º e a nulidade das “provas obtidas mediante...abusiva intromissão na vida privada” no artigo 32º nº 8 CRP traduzem a criação de barreiras formais no “acesso aos meios de prova” e “valoração de provas”, que deverão respeitar critérios de proporcionalidade e a “ineliminável dignidade e integridade da pessoa humana”.

No Acórdão 198/2004⁷⁰ o TC analisou (a extensão) das consequências do “efeito-à-distância”; cuida-se de saber se a “comunicabilidade ou não da proibição de valoração aos meios secundários de prova tornados possíveis à custa de meios ou métodos proibidos de prova” contenderá com as garantias de defesa estatuídas nos nºs 1 e 8 do artigo 32º CRP.

Assinalando que o artigo 122º nº 1 CPP consagra a teoria dos *fruits of the poisonous tree*, o TC defende que a invalidade não se opera geral e automaticamente, sendo antes “matizada por uma série de circunstâncias em que a prova...pode, não obstante, ser aceite como prova válida”.

Mobiliza a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal norte-americano, que aponta três situações nas quais a prova derivada é válida: *independent source limitation* (exceciona-se a existência de uma fonte independente a corroborar os conhecimentos derivados da prova

judicialmente decretada, na ausência de uma ponderação, efectuada à luz dos princípios da necessidade e da proporcionalidade, sobre o conteúdo, em concreto, desses ‘diários’”.

⁷⁰ Relator Conselheiro Rui Moura Ramos, 24/03/2004. Disponível em: <https://goo.gl/S3rRRg> (consultado em 13/04/2017).

proibida), *inevitable discovery limitation* (não são as provas proibidas quando se demonstre que a prova seria igualmente descoberta por outro meio investigatório não levado a cabo) e *purged taint limitation* (admite-se que uma prova derivada de prova ilegal seja admitida quando exista “forte autonomia” entre a obtenção delas, “em termos tais que produzam uma decisiva atenuação da ilegalidade precedente”).

Para o TC não se mostrou inconstitucional interpretar o artigo 122º nº 1 CPP como admitindo a ponderação de validade das provas subsequentes/derivadas estando “em causa declarações de natureza confessória”.

O TC declarou, no Acórdão TC 155/2007⁷¹, que

a introdução no interior da boca do arguido, contra a sua vontade expressa, de um instrumento (zaragatoa bucal) destinado a recolher uma substância corporal (no caso, saliva), ainda que não lesiva ou atentatória da sua saúde, não deixa de constituir uma “intromissão para além das fronteiras delimitadas pela pele ou pelos músculos,

estando protegida pelo artigo 25º CRP.

O recorrente alegava que o artigo 122º CPP contendiam com “o privilégio contra a auto-incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*), cuja consagração constitucional decorre, no seu entendimento, dos artigos 2º, 26º e 32º nºs 2 e 4 CRP”.

Apontou o TC que a CRP não proíbe a recolha e análise genética coativa/não consentida para investigação criminal “de material biológico de um arguido (designadamente de saliva, através da utilização da técnica da zaragatoa bucal)” se respeitados os princípios da adequação, exigibilidade e proporcionalidade *strito sensu*; recorrendo aos ensinamentos de Manuel da Costa Andrade, considera “que a Constituição não se opõe, em definitivo, à recolha coactiva de substâncias biológicas e à sua análise genética não consentida” desde que exista cobertura legislativa específica que defina “pressupostos materiais, formais, orgânicos e procedimentais”.

Resultando “a potencialidade lesiva” sobretudo do *quantum* e *qualitas* da informação a que pode aceder, para o TC a Lei 44/2005 (que enquadra os exames e perícias médico-legais) prevê o necessário “grau mínimo de concretização normativa...que permite afastar...um juízo de censura constitucional” - sobretudo porque o artigo 269º CPP impõe prévia autorização do juiz de instrução, dado contender com direitos fundamentais.

⁷¹ Relator Conselheiro Gil Galvão, 02/03/2007. Disponível em: <https://goo.gl/q43Aa9> (consultado em 14/05/2017). Foi declarado “inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 25º, 26º e 32º nº 4 CRP, a norma constante do artigo 172º nº 1 CPP interpretada no sentido de possibilitar, sem autorização do juiz, a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético, quando este último tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita” e, em razão da violação do nº 4 do artigo 32º CRP, “a norma constante do artigo 126º nºs 1, 2 a) e c) e 3 CPP, quando interpretada em termos de considerar válida e, por conseguinte, susceptível de ulterior utilização e valoração a prova obtida” através do método descrito.

O último aresto sob análise é o Acórdão TC 340/2013⁷²: o recorrente invocava que a utilização de documentos em inspeção tributária a pedido desta, sem as formalidades processuais penais, viola direitos constitucionalmente garantidos como “reserva da intimidade da vida privada, o princípio das garantias de defesa...o princípio do processo equitativo” e que o direito à não auto-incriminação sofre inadmissível restrição atenta a prescrição do dever de cooperação com a Administração Tributária, sob pena de prática de crime. O Ministério Público defendeu a natureza não absoluta do direito ao silêncio (previsto no artigo 61º nº 1 d) CPP) e que o dever de colaborar com a Administração Tributária tinha previsão legal, respeitado estando o direito ao silêncio com a utilização da prova assim obtida porquanto o arguido em sede penal beneficiaria de todos os direitos processuais, incluindo o de contraditar a prova produzida.

O TC refere que tem ao direito ao silêncio está intimamente ligado o direito à não autoincriminação,

não *expressis verbis* consagrado constitucionalmente mas reconhecido doutrinral e jurisprudencialmente - incluídos no amplo leque de direitos de defesa do artigo 32º nº 1 CRP, garantidor de um processo justo e da presunção da inocência, artigos 20º nº 4 e 32º nº 2 CRP,

incluindo o *nemo tenetur* o direito de não prestar informações ou entregar documentos auto-incriminadores, com natureza não absoluta - desde logo, podendo ser limitado nos termos e para efeitos do artigo 18º nº 2 CRP.

Resultando da LGT o dever de colaborar com a inspeção tributária, para combater a elisão à arrecadação das devidas receitas públicas, a (constitucionalmente válida) utilização do material inspectivo probatório permitiria “impedir a imunidade penal, garantindo uma imprescindível eficiência na fase processual penal” - sendo a restrição adequada, necessária e equilibrada, possibilitando-se a recusa em colaborar quando se atinja o âmago dos direitos pessoais do contribuinte e possibilitando-lhe a possibilidade de requerer a constituição de arguido e se remeter ao silêncio (não se auto-incriminando)⁷³.

A jurisprudência do TC, embora atribuindo uma tendencial natureza absoluta ao direito à não auto-incriminação (tal como a jurisprudência do TEDH), permite que, dentro de

⁷² Relator Conselheiro João Cura Mariano, 17/06/2013. Disponível em: <https://goo.gl/DE3aVN> (consultado em 06/05/2017). Foi julgado “não...inconstitucional a norma resultante da interpretação do disposto nos artigos 61º nº 1, d) e 125º CPP, com o sentido de que os documentos obtidos por uma inspeção tributária, ao abrigo do dever de cooperação imposto nos artigos 9º nº 1, 28º nºs 1 e 2, 29º e 30º DL 413/98, 31 de dezembro, e nos artigos 31º nº 2 e 59º nº 4 LGT, podem posteriormente vir a ser usados como prova em processo criminal pela prática do crime de fraude fiscal movido contra o contribuinte”.

⁷³ Para o TC não se estaria perante uma opção pura entre colaborar e se auto-incriminar e recusar a cooperação sendo punido; ademais, defendeu o areópago que será a prova obtida em ato inspectivo tributário nula se aquele se iniciou ou prolongou “deliberadamente para recolher elementos de prova para formular uma acusação penal”, o que traduziria um abuso do dever de cooperação do contribuinte.

limites (*ex vi* artigo 18º nº 2 CRP, existindo expressa previsão legal e dentro dos limites do “necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”), tal direito sofra restrições; no campo processual penal questionar-se-á se uma proibição absoluta de prova existirá em todas e quaisquer situações ou, ao invés, situações haverá em que se justifica uma ponderação de valores e, conseqüentemente, um (pelo menos parcial) aproveitamento probatório.

A CRP e o CPP proíbem “provas” - a primeira, nos artigos 24º nº 1, 25º nºs 1 e 2, 34º e 32º nº 8, considera invioláveis a vida humana, integridade física e moral das pessoas; proíbe a sujeição a tortura, tratamentos ou penas cruéis, degradantes ou desumanas; considera domicílio e correspondência invioláveis (excecionando o consentimento do visado ou “casos previstos na lei em matéria de processo criminal”); considera nulas (“não podendo ser utilizadas”) as provas que se obtenham “mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

O artigo 58º nº 5 CPP determina que, não se verificando o respeito pelas normas dos nºs 1 a 4 do mesmo artigo, “as declarações prestadas pela pessoa visada não podem ser utilizadas como prova”.

O nº 1 do artigo 126º CPP determina que “São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas“, nos termos do nº 3 sendo igualmente nulas (nem podendo ser utilizadas) “as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular”.

A prova não poderá ser valorada; quer a assim obtida, quer a derivada, a prova que tenha sido obtida em decorrência das declarações prestadas, documentos entregues, exames efetuados sobre o suspeito e/ou arguido através de métodos proibidos - com a salvaguarda da utilização, mencionada por Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos⁷⁴, das provas indiretas “se elas pudessem ter sido obtidas através de um comportamento lícito alternativo”.

Para Francisco Marcolino de Jesus⁷⁵ as proibições de prova “são autênticas limitações à descoberta da verdade material”, determinando a “nulidade do ato proibido” (proibição de produção/valoração para Manuel da Costa Andrade) e daqueles dele derivados e possam ser afetados, como se “a prova proibida não existisse” - exceção feita às situações “em que falta

⁷⁴ SILVA DIAS, Augusto e RAMOS, Vânia Costa. *O Direito à não Auto-Inculpação (Nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 37.

⁷⁵ JESUS, Francisco Marcolino de. *Os meios de obtenção de prova em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 105 e seguintes.

apenas algum pressuposto formal e se verifique um estado de necessidade investigatório”; jamais podem ser valoradas, sendo nulas, as provas produzidas que atinjam “a área nuclear e inviolável da intimidade”, eventualmente podendo ser utilizadas as provas (que não atingem de todo ou de “forma não grave” aquela área) verificando-se um “estado de necessidade investigatório”.

Referindo-se especificamente ao direito à não auto-incriminação (embora o reconhecendo), gozando do direito ao silêncio [nos termos da alínea d) do nº 1 do artigo 61º CPP], terá o arguido que se sujeitar “a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente” - determinado por despacho fundamentado e demonstrando a necessidade daquelas.

Para Manuel da Costa Andrade⁷⁶, seguindo os ensinamentos de Esser, o *nemo tenetur* pretende “garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de autorresponsabilidade”, blindando o espaço de inviolável dignidade humana e sem sopesamentos “em função das sucessivas fases do processo ou da intervenção das diferentes instâncias formais”.

A blindagem protetora do direito à não auto-incriminação a nível processual penal é forte, consagrando um direito total (artigo 343º nº 1, parte final CPP) e um direito parcial ao silêncio (artigo 345º nº 1, parte final CPP), impondo um dever de “esclarecimento ou advertência” sobre o alcance e efeitos do direito [artigos 58º nº e 61º nº 1 d); 141º nº 4 a) e b); 343º nº 1 e 345º nº 1 CPP]; e a concretização prático-processual do direito traduz-se, *ex vi* artigos 58º nº 5 e 126º CPP, na não utilização como prova de todas aquelas, auto-incriminatórias, que não tenham respeitados os ditames legais (e jurídico-constitucionais).

Mas será esta a única abordagem possível?

Para Jorge de Figueiredo Dias⁷⁷ uma “proibição de prova”⁷⁸ afeta-a como tal, independentemente da sua relevância para a descoberta da verdade, impedindo a sua valoração processual. O legislador processual penal de 2007, ao incluir na letra do artigo 126º o trecho “não podendo ser utilizadas”, parece determinar uma verdadeira proibição de prova

⁷⁶ COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 120 e seguintes.

⁷⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal (também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 146, set./out. 2016, pp. 6 e seguintes.

⁷⁸ Que pode advir da impossibilidade “de obter prova sobre determinado acontecimento”, da impossibilidade de “utilização de um certo meio de prova” ou da impossibilidade de “certo método de criação de um meio de prova que implique uma violação tal de direitos fundamentais essenciais da pessoa que, por força dela, conduza a que a prova seja inadmissível para o processo”.

para os atos processuais que contendam com os valores salvaguardados, inadmissível se mostrando qualquer atividade valoratória.

Para o Autor deve o decisor operar uma “ponderação das valorações conflitantes, para se decidir em princípio em favor da valoração que deve reputar-se preferível, por dominante”, uma operação de *balancing of values* (que tem ganho espaço na “jurisprudência em matéria de proibições de prova”), além de um processo de “harmonização, otimização ou concordância prática das valorações conflitantes”, procurando aproveitar de cada uma as maiores vantagens - excluindo as situações em que o interesse dominante contenda com a “essencial dignidade humana”, sempre sobreponível a qualquer outro.

Embora a posição preponderante em Portugal seja a absoluta proibição de prova, Jorge de Figueiredo Dias tempera esta posição: o direito, liberdade ou garantia de um cidadão apenas não tem automática e acriticamente que se sobrepor ao coletivo interesse da eficaz administração da Justiça; sendo certo que, no anverso, também não pode um sistema democrático admitir que uma difusa proteção de interesses gerais absorva os legítimos direitos de um dos seus membros, nomeadamente ao nível das garantias processuais penais, impõe-se uma valoração otimizante das “valorações conflitantes”⁷⁹.

Embora faça apelo à jurisprudência alemã que defende a invalidade da prova apenas nos casos taxativamente consagrados na lei processual e imposta por uma ponderação de todas as “circunstâncias do caso concreto... todos os fatores relevantes e a globalidade dos interesses em conflito”, já dela discorda no núcleo de proteção, que deverá ser a “moral dignidade humana essencial...da pessoa, não a ‘personalidade’ como conglomerado de aspetos morais, psicológicos, sociais do homem ou (ainda menos!) o núcleo central de conformação ‘privada’ da vida”.

Para o Autor a via a trilhar deve ser uma que não atribua natureza absoluta à proibição de prova⁸⁰, antes uma relativa “que conduza pelo menos a uma tendência restritiva da sua consideração”, sempre atentos os conflitantes valores em causa no caso concreto; partindo deste pressuposto base, admite a doutrina dos *fruits of the poisonous tree*, excepcionando os casos de exclusão positiva do efeito à distância e aqueles que contendam com “a dignidade humana essencial”, deve ser feito um juízo de ponderação em presença - a automática e

⁷⁹ *Op. Cit.*, pp. 11 e 14. O Autor mobiliza a posição do Supremo Tribunal Federal alemão, para o qual “o conflito tem que ser posto face à situação concreta e conexionado com o sentido da violação do direito da comunidade perante o sentido da proteção individual do direito preterido”. O Acórdão TC 607/2003 já operou na base de uma ponderação de interesses conflitantes para se poder afirmar estarmos perante uma “autêntica proibição de prova” e que do superior “direito individual da tutela da vida privada” não se pode automaticamente afirmar a proibição de prova.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 14, Nota 40: parafraseando Roxin e Schünemann, “deve abrir-se mão de uma aproximação monista da teoria processual penal das proibições de prova”.

absoluta proibição de prova, que afirma sem mais interesses particulares em sacrifício do interesse da investigação e descoberta da verdade material pode casuisticamente ser mais desfavorável, a eliminação sem mais da prova indireta ou sequencial (o fruto), atenta a apriorística nulidade da principal (a árvore) poderá ser casualmente inadequada.

Constata que já foi acolhida tal orientação pelo TC no seu Acórdão 198/2004, determinando uma “ponderação das situações concretas” que, mediante as concretas circunstâncias, poderá justificar que “se projecte a invalidade de uma prova proibida, para além dela própria, noutras provas e, em circunstâncias distintas, se recuse tal projeção”; em jeito de conclusão da (breve) análise: excluídas estando as situações de previsão legal expressa e proteção da dignidade humana, em todas as restantes situações, mesmo de prova proibida e efeito à distância, não se pode o julgador furtar a uma imprescindível “ponderação dos valores conflituantes e eventualmente da otimização do conflito de valorações”.

. CONCLUSÃO

Não obstante a não consagração positiva do direito à não auto-incriminação, é doutrinal e jurisprudencialmente assente que o mesmo tem validade imanente na ordem jurídica portuguesa, salvaguardando a essencial dignidade humana.

É indiscutível que, não obstante o valor para-constitucional, vários são os limites ao direito, determinando a sujeição do arguido a atos de autoridades públicas no domínio da recolha de prova e, mesmo, a sua participação ativa para tanto - pense-se na (indispensavelmente precedida de despacho judicial) recolha de autógrafos.

O legislador constitucional e processual penal luso faz uma notória ponderação de interesses, encimando alguns direitos (intimidade da vida privada, segredo das telecomunicações); mesmo nestes, contudo, admite uma atividade de recolha e obtenção de prova mais “musculada”, bastando para tanto mencionar os “crimes de catálogo”.

Não podendo ser defensável uma atividade investigatória sem freios, perseguindo a obtenção de uma pura verdade material em sede decisória, tendo que ser afirmados os direitos e garantias processuais dos arguidos, mister é, perante o caso concreto, avaliar se e em que medida o concreto direito do arguido pode/deve ceder perante o interesse comunitário de uma eficaz administração da Justiça.

Não queremos, com isto, defender a limitação do *nemo tenetur*: contrariamente, mesmo naquelas situações que o arguido, ele próprio, colabora na recolha de prova em sede investigatória - pense-se no sistema de colaboração premiada brasileira contida (entre outras)

na Lei 12.850, 2 de Agosto -, sempre que se não divise uma real voluntariedade na sua ação deve o *nemo tenetur* recrudescer o seu valor.

Quando haja situações de tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante, coação física e/ou moral, qualquer prova obtida em violação do direito à não auto-incriminação, por princípio, não deverá ter valor probatório. Porém, caberá (nosso sistema português) ao juiz de instrução (o juiz de garantias) a possibilidade de despachar no sentido de permitir algumas limitações razoáveis, com a dupla linha de controlo do juiz julgador, cabendo aos decisores sempre (seguindo os ensinamentos de Figueiredo Dias) uma casuística “ponderação dos valores conflituantes” e a “otimização do conflito de valorações”.

. BIBLIOGRAFIA

- BILALLI-ZENDELI, Arta. Privilege against Self-Incrimination - Guarantee for Fair Trial in Modern Criminal Procedures (Nemo Tenetur Prodere Seipsum). *Revista de Stiinte Politice*, Craiova, n. 47, 2015.

- COSTA, Joana. O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista do Ministério Público*, Ano 128, out./dez. 2011.

- COSTA ANDRADE, Manuel da. Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare e Direito Tributário. Ou a Insustentável Indolência de um Acórdão (nº 340/2013) do Tribunal Constitucional. *Boletim de Ciências Económicas*, Coimbra, Volume LVII, Tomo 1, 2014.

_____ *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

- COSTA PINTO, Frederico. *Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação* (parecer) in *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Coimbra: Almedina, 2009.

- DÍAZ-PALACIOS, José Alberto Sanz. Elementos adicionales de análisis en materia de no autoincriminación tributaria, *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales*, nº 19, 2008.

- DUTRA, Ludmila. Limites e implicações do princípio *nemo tenetur se detegere* nas intervenções corporais probatórias. *Revista Pensar Direito*, Belo Horizonte, Vol. 6, nº 2, jul. 2015.

- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal (também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 146, p. 3-16, set./out. 2016.

- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, e COSTA ANDRADE, Manuel da. *Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação* (parecer) in *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*. Coimbra: Almedina, 2009.

- FILHO, Wagner Marteleto. *O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

- HADDAD, Carlos Borlido. *Conteúdos e contornos do princípio contra a autoincriminação*. Campinas: Bookseller, 2005.

- JESUS, Francisco Marcolino de. *Os meios de obtenção de prova em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2015
- JÚNIOR, Alberto Mariano. A (des)regularização da obtenção do material genético no processo penal brasileiro. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, Vol. 11, nº 63, dez./jan. 2014.
- JÚNIOR, Aury Lopes. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- KELLY, Henry Ansgar. Galileo's Non-Trial (1616), Pre-Trial (1632–1633), and Trial (May 10, 1633): A Review of Procedure, Featuring Routine Violations of the Forum of Conscience. *Church History*, Vol. 85, Issue 4, dez. 2016.
- LAMBERIGTS, Stijn. The privilege against self-incrimination: a challenge of criminal procedure. *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 7, Issue 4, p. nov./dez. 2016.
- LEVY, Leonard. *Origins of the Fifth Amendment: the right against self-incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee, 1999.
- LÓPEZ, Juan José. Imputación de personas jurídicas y derecho a lo no colaboración activa. *Revista Jurídica de Castilla y León*, Salamanca, nº 40, set. 2016.
- NUCCI, Guilherme de Sousa. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, 15ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- PALMA, Maria Fernanda. A constitucionalidade do artigo 342º do Código do Processo Penal (O direito ao silêncio do arguido). *Revista do Ministério Público*, nº 60, 1994.
- SILVA, Maria de Fátima. O direito à não auto-incriminação. *Sub Judice*, Coimbra, nº 40, set. 2008.
- SILVA DIAS, Augusto e RAMOS, Vânia Costa. *O Direito à não Auto-Inculpação (Nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 37.
- SUXBERGER, António. A funcionalização como tendência evolutiva do Direito Internacional e sua contribuição ao regime legal do banco de dados de identificação de perfil genético no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, Vol. 12, nº 2, 2015.
- TRESHCEL, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2005.