

# A LIBERDADE CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO NO PROCESSO PENAL: breves considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*\*

Sandra Oliveira e Silva\*\*

## 1 Introdução

Na recensão da tese de habilitação de Schneider, *Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzip auf der Basis eines generalpräventiv-funktionalen Schuldmodells*, ROGALL afirmou que «os problemas fundamentais da liberdade contra a autoincriminação se mostram, no essencial, resolvidos».<sup>1</sup> Esta afirmação axiomática – para mais proferida pelo autor da obra

\* O presente trabalho tem na sua origem a comunicação apresentada em 12 de abril de 2013 no Seminário promovido pela Comissão Científica do 3.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP). Corresponde a uma súmula do projeto de investigação de Doutoramento, realizado sob orientação do Professor Doutor Manuel da Costa Andrade, que culminou na defesa em provas públicas, a 17 de outubro de 2016, da dissertação intitulada «O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do *princípio nemo tenetur se ipsum accusare*». Trata-se, assim, de um estudo que traz impressa a marca genética da sua finalidade primeira e que não pode deixar de ser lido à luz dessa específica finalidade. Uma versão inicial deste texto, entretanto alterado e atualizado, foi publicada na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano X (2013), 361-379.

\*\* Professora Auxiliar da FDUP e investigadora do Centro de Investigação Jurídico-Económica (CIJE). Doutora em Direito pela FDUP e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC).

<sup>1</sup> Klaus Rogall, «Rezension von Schneider, Harmut: Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzip auf der Basis eines generalpräventiv-funktionalen Schuldmodells», *StV* 1996, 68, e, em sentido idêntico, já Werner Niese, «Narkoanalyse als doppelfunktionelle

que, na Alemanha, constitui ainda a base dogmático-científica das discussões sobre o direito à não autoincriminação<sup>2</sup> – constitui um sério desincentivo ao tratamento do tema numa dissertação de doutoramento: um consenso mínimo sobre as questões essenciais foi atingido e, aparentemente, a análise está esgotada.

O unívoco reconhecimento do *nemo tenetur se ipsum accusare* e o amplo acordo da doutrina e da jurisprudência sobre os seus postulados nucleares não iludem, todavia, a subsistência de dúvidas e hesitações sobre o alcance e os contornos do princípio.<sup>3</sup> E nem tão-pouco impedem a emergência dos novos tópicos problemáticos antes insuspeitados – desde a questão da sua aplicabilidade às pessoas coletivas e em domínios exteriores ao processo penal até à utilização de meios ocultos de investigação para a obtenção de declarações autoincriminatórias (interrogatórios «disfarçados»), passando pela utilização de eméticos e pela recolha de amostras corporais para análises de ADN. As velhas questões e os novos problemas entrelaçam-se e apresentam-se agora de uma forma tão penetrante e urgente que o *nemo tenetur* se tem convertido em matéria-prima de um inesgotável caudal de construções dogmáticas e soluções jurisprudenciais.<sup>4</sup>

Prozeßhandlung», *ZStW* 63 (1951), 219, qualificando o direito ao silêncio como uma «evidência» (*Binsenweisheit*) processual. São da nossa responsabilidade a tradução deste excerto do original em alemão e as demais de textos escritos noutras línguas que podem encontrar-se ao longo deste trabalho.

<sup>2</sup> Referimo-nos à tese de habilitação de Klaus ROGALL, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, Berlin: Duncker & Humblot, 1977.

<sup>3</sup> Para designar o nosso objeto de estudo, são indistintamente usadas as máximas latinas «*nemo tenetur se ipsum accusare (velprodere, veldetegere)*» ou ainda «*nemo tenetur edere contra se*» e as expressões «direito à não autoincriminação», «proibição de autoincriminação», «liberdade contra a autoincriminação», «princípio», «prerrogativa», «garantia» ou «privilegio» [contra a autoincriminação/autoinculpação]. As considerações que tecemos a respeito do fundamento jus-constitucional do *nemo tenetur* tornam, todavia, claro que se está na presença de um direito fundamental do arguido em processo criminal. A língua alemã oferece ainda mais possibilidades terminológicas: «*Verbot von Selbstbeziehung*», «*Selbstbelastungsfreiheit*», «*Mitwirkungsfreiheit*», «*Schutz vor Selbstbeziehung*». A flutuação na escolha dos vários significantes, destinada a agilizar o discurso, em nada influi sobre o significado jurídico deste direito subjetivo de alcance constitucional.

<sup>4</sup> A título de exemplo, entre uma bibliografia muito vasta, veja-se, na literatura alemã, os seguintes estudos monográficos: Wolfram REISS, *Besteuerungsverfahren und Strafverfahren: zugleich ein Beitrag zur Bedeutung des Grundsatzes von nemo tenetur se ipsum prodere im Besteuerungsverfahren*. Köln: Deubner, 1987, Martin Nothhelfer, *Die Freiheit von Selbstbeziehungszwang: verfassungsrechtliche Grundlagen und einfachgesetzliche Ausformen*, Heidelberg: Decker, 1989, Hartmut Schneider, *Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips: auf der Basis eines generalpräventiv-funktionalen Schuldmodells*, Berlin: Duncker&Humblot, 1991, Heinrich Amadeus Wolff, *Selbstbelastung und Verfahrenstrennung: das Verbot des Zwanges zur aktiven Mitwirkung am eigenen Strafverfahren und seine Ausstrahlungswirkung auf die gesetzlichen Mitwirkungspflichten des Verwaltungsrechts*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997, Nikolaus BOSCH, *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht: ein Beitrag zur funktionsorientierten Auslegung des Grundsatzes "nemo tenetur se ipsum accusare"*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997, Torsten Verrel, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren: ein Beitrag zur Konturierung eines überdehnten Verfahrensgrundsatzes*, München: C. H. Beck, 2001, e Lutz EIDAM, *Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts*,

A renovada atenção sobre o direito à não autoincriminação contagiou também, nos últimos anos, a doutrina portuguesa. Que se multiplicou em artigos, pareceres e comentários, versando sobretudo – mas não apenas – as obrigações de entrega de documentos e prestação de informações em processos sancionatórios tributários e nos setores supervisionados (Valores Mobiliários, Banca e Concorrência).<sup>5</sup>

Frankfurt amMain: Peter Lang, 2007. Na doutrina brasileira, refiram-se, por todos, as obras de Maria Elizabeth Queijo, *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere* e as suas decorrências no processo penal, São Paulo: Editora Saraiva, 2003, Carlos Henrique BORLIDO HADDAD, *Conteúdos e contornos do princípio contra a auto-incriminação*, Campinas: Bookseller, 2005, e Marcelo SCHIRMER ALBUQUERQUE, *A garantia de não auto-incriminação: extensão e limites*, Belo Horizonte: DelRey, 2008.

- <sup>5</sup> Sobre os problemas de compatibilização com o *nemo tenetur* dos deveres de informação e colaboração impostos nestes setores normativos específicos, podem citar-se, sem grande rigor de ordenação, Augusto SILVA DIAS, «O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários», *RC&R* 1 (2010), 237-265 (publicado também in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia* (coord. Jorge Miranda), IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2011,13-38), Ana PASCOAL CURADO, «As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira: natureza jurídica e aplicação do princípio *nemo tenetur*», *RC&R* 9 (2012), 239-274, Ana PROENÇA COELHO, «Entre o dever de colaborar e o direito de não se autoinculpar: o caso da supervisão do ICP-ANACOM», *RC&R* 11/12 (2012), 429-466, Catarina ANASTÁCIO, «O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infração às regras da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*», *RC&R* 1 (2010), 199-233, Catarina Couto Ferreira, «Confluência na CMVM de poderes de supervisão e de poderes sancionatórios: factor de tensão entre o dever de colaboração e o direito ao silêncio», *Investigação Criminal* 5 (2013), 207-224, Cláudia VERDIAL Pina, «Crime de manipulação do mercado: elementos típicos e recolha de prova», *Julgar* 17 (2012), 35-65, Diana Alfafar, «O dever de colaboração e o *nemo tenetur se ipsum accusare* no direito sancionatório da concorrência», *RC&R* 11/12 (2012), 319-381, Frederico da COSTA PINTO, «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: Livraria Almedina, 2009, 57-125, Fátima Reis Silva, «O direito à não auto-incriminação», *Sub.Judice* 40 (2007), 59-74, Helena Bolina, «O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados à luz da aplicação subsidiária do processo penal aos processos de contra-ordenação no mercado dos valores mobiliários», *RCEJ* 14 (2010), 383-430 (publicado igualmente, com algumas modificações e atualizações, em *RC&R* 11/12 (2012), 383-427), Helena Gaspar Martinho, «O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do direito comunitário da concorrência», *RC&R* 1 (2010), 145-174, Jorge de FIGUEIREDO DIAS / Manuel da Costa Andrade, «Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas (parecer)», in: *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra: Livraria Almedina, 2009, 11-61, Liliana SILVA SÁ, «O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não auto-incriminação», *RMP* 107 (2006), 121-163, Manuel da COSTA ANDRADE, «T.C., Acórdão n.º 340/2013 (*Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário). Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional», *RLJ* 144 (2014), 121-158, Nuno BRANDÃO, «Colaboração com as entidades reguladoras e dignidade penal», *RPCC* 2014, 29-55, Paulo de SOUSA MENDES, «O procedimento sancionatório especial por infração às regras da concorrência», in: *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras* (coord. Maria Fernanda Palma / Augusto Silva Dias / Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 209-224, Idem, O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência», *Julgar* 9 (2009), 11-28 (publicado também in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia* (coord. Jorge Miranda), IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, 45-63; Idem, «As garantias de defesa no processo sancionatório

Contrariando a aparência inicial de unanimidade, «*nemo tenetur* não é afinal um princípio processual tão “apromático” que justifique a anunciada perda de interesse no seu estudo. A resolução das situações de conflito tipicamente ligadas à sua aplicação e a determinação do seu efeito-à-distância têm, pelo contrário, suscitado nos últimos tempos preocupações cada vez mais sérias».<sup>6</sup> Justificada está, por conseguinte, a atenção demorada que decidimos reservar-lhe.

## 2 Delimitação do problema

É comum afirmar-se que o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* constitui pedra de toque decisiva na delimitação das fronteiras entre o processo de es-

---

especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», 121-144, *RC&R* 1 (2010), 121-144, Idem, «O problema da utilização de elementos recolhidos em ações de supervisão como meios de prova em processo sancionatório», *RC&R* 11/12 (2012), 307-318, Idem, «A regulação financeira, o direito penal e a utilização em processo penal das provas produzidas por autoridades reguladoras financeiras», *Anatomia do Crime* 1 (2015), 129-151, Paulo de SOUSA MENDES / Fernando XAREPE SILVEIRO, «Algumas questões em torno da nota de ilicitude no processo contra-ordenacional por práticas restritivas da concorrência», *RCEJ* 14 (2010), 431-448, Vânia COSTA RAMOS, «*Nemo tenetur se ipsum accusare* e concorrência: jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa», *RC&R* 1 (2010), 175-198. Com um alcance mais geral, sobre o direito ao silêncio e à não autoincriminação, cf. Augusto SILVA DIAS / Vânia COSTA RAMOS, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, *passim*, Gonçalo MELO BANDEIRA, «Anotação, numa perspectiva de Direito Penal e de Criminologia, de alguns aspectos do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (português) de 28 de Setembro de 2011: os problemas do direito ao silêncio e do dever em o arguido se sujeitar a aplicações de prova no processo penal», *RCEJ* 16 (2011), 81-100, Jorge dos Reis Bravo, «Intervenções corporais probatórias e direitos fundamentais: compatibilidade e limites», *RFDLus* 1 (2012), 1-20, Joana COSTA, «O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *RMP* 128 (2011), 117-183, Lara Sofia Pinto, «Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido, *Case study*: revelação coactiva da password para descriptação de dados – *resistanceisfutile?*», in: *Prova Criminal e Direito de Defesa: estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal* (coord. Teresa Pizarro Beleza e Frederico da Costa Pinto), Coimbra: Livraria Almedina, 2010, 91-116, Manuel da COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, 120-32, Maria Fernanda Palma, «A constitucionalidade do artigo 342.º do Código de Processo Penal (O direito ao silêncio do arguido)», *RMP* 60 (1994), 101-110, Maria JOÃO ANTUNES, «Direito ao silêncio e leitura, em audiência, das declarações do arguido», *SubJudice* 4 (1992), 25-26, Patrícia NARÉ AGOSTINHO, *Intrusões corporais em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 81-119, Sofia SARAIVA DE MENEZES, «Direito ao Silêncio: a verdade por trás do mito», in: *Prova Criminal e Direito de Defesa: estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal* (coord. Teresa Pizarro Beleza e Frederico da Costa Pinto), Coimbra: Livraria Almedina, 2010, 117-136, Sónia Fidalgo, «Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal», *RPCC* 2006, 115-148, e Vânia COSTA RAMOS, «*Corpus Juris* 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*», *RMP* 108 (2006), 125-149, e *RMP* 109 (2007), 57-97.

<sup>6</sup> Karl Lackner, «Literaturübersicht: Festschrift für Hanns Dünnebiezum 75. Geburtstag», *NSiZ* 1993, 254.

trutura acusatória e as manifestações de inquisitorialidade processual.<sup>7</sup> Confirmando esta intuição genérica, verifica-se que o direito ao silêncio e à não auto-incriminação não tinha, de facto, qualquer valor hermenêutico no inquisitório medieval: o suspeito era obrigado a declarar contra si e a fazê-lo com verdade. A confissão do arguido, constituindo *probatiprobatissima*, bastava para fundar a condenação sem admissibilidade de prova em contrário e tornava impossível o recurso.<sup>8</sup> Não surpreende, assim, o empenho em obtê-la a todo o custo – tornando «justificáveis», como instrumentos de investigação, os tormentos e o *iuramentum ad veritatemdicenda*, as perguntas capciosas e as promessas falsas, o engano e a persuasão dolosa.<sup>9</sup>

Como ponto de partida do nosso estudo, pode seguramente dizer-se que, num modelo de estrutura acusatória colocado nos antípodas do descrito, o *nemo tenetur* há de proteger o arguido contra todas as tentativas de obtenção coativa de declarações autoincriminatórias e, assim, assegurar-lhe um amplo direito ao silêncio ou liberdade de declaração. A questão é a de saber se, fora desse fundamental e originário círculo de operatividade, o princípio proíbe também as *demais formas de obter do arguido*, contra a sua vontade, informações, vestígios ou outros materiais probatórios úteis à demonstração da sua culpabilidade. Em concreto, discute-se se e em que termos pode a pessoa investigada ser submetida a medidas de investigação que incidam sobre o seu corpo, como a extração de sangue, cabelo ou saliva para análises periciais, a realização de uma cirurgia para a remoção de um projétil ou de drogas do interior do corpo, os reconhecimentos compulsivos ou a colaboração forçada numa «recolha de autógrafos» para comparação de caligrafia. Num plano distinto, questiona-se se é legítimo valorar o silêncio como elemento indiciário de prova ou considerar na decisão as declarações comprometedoras que o arguido proferiu de forma voluntária mas desconhecendo ser ouvido por funcionários da polícia ou terceiros às suas ordens. E no que concerne a cada um destes nódulos problemáticos, a doutrina e a jurisprudência encontram-se, de facto, numa verdadeira «encruzilhada».<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Por todos, cf. Manuel COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova...*, cit., 122.

<sup>8</sup> A *confessio in iure* integrava, com o flagrante delito e o caso julgado, o topo da hierarquia probatória na teoria da prova legal (o *notorium*), sendo comumente qualificada como *regina probationum*. Sobre o seu valor probatório, cf. Paolo MARCHETTI, *Testis contra se: l'imputato como fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano: Giuffrè Editore, 1994, 20 ss., com amplas indicações bibliográficas.

<sup>9</sup> E daí que, de uma forma bem diferente da atual, o arguido estivesse, também nessa época, no centro da metodologia processual: «culpado ou não, o acusado sabia coisas importantes, se toda a sua memória transparecesse, o caso seria infalivelmente resolvido» (Franco CORDERO, *Procedurapenale*, 6. ed., Milano: Giuffrè Editore, 2001, 23).

<sup>10</sup> A observação, citada repetidamente nos textos alemães sobre o *nemo tenetur*, dá título a um estudo de Claus Roxin, «Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheidweg», *NSiZ* 1995, 465-469.

### 3 Estrutura e percurso da investigação

A escolha do rumo a seguir na mencionada «encruzilhada» depende da prévia de marcação da área de tutela da garantia contra a autoincriminação, identificando-se que tipos ou formas de intervenção estadual sobre o arguido são proibidas (o sentido do «*nemo tenetur*») e recortando-se que modalidades de colaboração probatória não lhe podem ser exigidas (o problema do «*se ipsum accusare*»).

No centro de gravidade da investigação está, assim, o desenho de critérios operativos de delimitação do alcance e contornos do *nemo tenetur se ipsum accusare* em cada uma das referidas dimensões (2). A aproximação a esses critérios não prescinde da consideração dos possíveis fundamentos jurídico-constitucionais ou processuais do princípio (1.b) – ainda que, como se explanará em sede própria, a referência à Lei Fundamental não deva ser sobrestimada –, nem da análise comparada das normas e construções teóricas que têm emoldurado o problema noutros quadrantes jurídicos (1.c). Não nos furtamos, também, aos caminhos agrestes e sinuosos da história em busca de auxílio interpretativo (1.a).

Constituirá epílogo deste itinerário, a interpelação, à luz do critério proposto, das soluções normativas e jurisprudenciais encontradas para alguns dos segmentos críticos que o *nemo tenetur* põe em evidência.

#### 3.1 O sentido e o alcance do *nemo tenetur se ipsum accusare* – aproximação ao problema

##### a) *Contributos da história para a compreensão do princípio?*

1. Na doutrina alemã e anglo-americana, são vários os autores que manifestam o seu ceticismo a respeito da intenção de encontrar na história das instituições subsídios determinantes para a delimitação dos contornos *atuais* da prerrogativa contra a autoincriminação – a menos que se entenda, contrariando a opinião comumente aceite e a prática dos tribunais, que o alcance da prerrogativa não transcende as fronteiras da proibição de confissões forçadas.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Nikolaus BOSCH, *Aspektedes nemo-tenetur-Prinzips...*, cit., 96-98, adverte que a origem história da prerrogativa, ligada à abolição da tortura e à passagem para o sistema acusatório, não pode ser usada como argumento contra o seu alargamento para o domínio das provas não declarativas. A ideia de que o alcance do princípio «transcende as suas origens» é referida também em *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 460 (1966). Críticos sobre as virtualidades da história para iluminar os atuais contornos da proteção contra a autoincriminação são também Michael GREEN, «The privilege's last stand: the Privilege against Self-incrimination and the Right to Rebel against the State», *Brooklyn L. Rev.* 65, 3 (1999), 637-639, e Ronald J. ALLEN, «Theorizing about self-incrimination», *Cardozo L. Rev.* 30, 3 (2008), 730-731.

Com efeito, as considerações históricas sobre o processo perdem virtualidades explicativas à medida que nos distanciamos da zona nuclear, constituída pela proibição da tortura e outros métodos coativos de obtenção de declarações, e nos aventuramos nos novos horizontes problemáticos do *nemo tenetur*, onde se situam os deveres de colaboração das pessoas coletivas, a extração de material corpóreo e a utilização de vomitivos, os reconhecimentos compulsivos, as perícias de caligrafia, etc. A tentativa de encontrar *exclusivamente* na história das instituições o critério para delimitar o âmbito de tutela da prerrogativa nestes domínios mais recentes conduz ao mesmo resultado que pôr vinho novo em odres velhos: «o vinho romperá os odres e perder-se-á o vinho, tal como os odres».<sup>12</sup>

Não se trata, pois, de fazer uma investigação sobre as origens e o desenvolvimento do *nemo tenetur se ispum accusare*, como se uma «página de história» pudesse, a este respeito, substituir um «volume de lógica».<sup>13</sup> Pretende-se tão-só, como diz CASTANHEIRA NEVES, «dar-lhe aquela dimensão histórica sem a qual não podem compreender-se as instituições humanas, e, sobretudo aquelas, como justamente as processuais, tão intimamente vinculadas ao espírito e às intenções ideológico-jurídicas das épocas em que surgem e se realizam».<sup>14</sup> A este esforço de contextualização não preside uma qualquer intenção de reduzir a garantia à expressão mais elementar do seu gérmen histórico, mas o intento de compreender as suas linhas evolutivas e descobrir-lhe as potencialidades e os limites nos mares tormentosos em que agora se embrenha.

2. A primeira lição retirada da história é a de que a prerrogativa contra a autoincriminação não é tão vetusta como o cansado brocardo latino *nemo tenetur se ispum accusare vel prodere* parece inculcar.<sup>15</sup> Como segundo ensina-

---

<sup>12</sup> Mc 2, 21-22 (também Mt 9, 16-17).

<sup>13</sup> «*A page of history is worth a volume of logic*» – este aforismo célebre, da autoria de Oliver WENDELL HOLMES (*New York Trust Co. v. Eisner* (1921)), foi invocado a propósito do *privilege against self-incrimination* pelo Justice FRANKFURTER, em *Ullmann v. United States*, 350 U.S. 422, 438 (1956). Cf. R.H. HELMHOLZ, «Introduction», in: *The privilege against self-incrimination: its origins and development* (coord. R. H. Helmholtz), Chicago, London: The University of Chicago Press, 1997, 5.

<sup>14</sup> António CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de processo criminal*, Coimbra: João Abrantes, 1968, 21.

<sup>15</sup> Sem razão, por isso, Klaus ROGALL, *Der Beschuldigte als Beweismittel...*, cit., 67 ss., ao remontar a prerrogativa contra a autoincriminação ao direito talmúdico, afirmando que as suas «raízes» históricas se encontram em Deuteronomio 19, 15: «*Non stabit testis unus contra aliquem, quidquid illud peccati, effacineris fuerit: sed in ore duorum aut trium testium stabit omne verbum*» («Um testemunho isolado não será suficiente contra uma pessoa, seja qual for o seu crime, a sua culpa ou o pecado de que é acusado; só com o depoimento de duas ou três testemunhas é que o seu caso será tomado em conta»). A referida passagem bíblica nada permite extrair sobre um suposto direito do arguido a não declarar; em causa está apenas uma regra sobre a suficiência de prova, ou seja, uma «regra de prova legal (negativa)» («*unus testis, nullus testis*»). Julgamos, de resto, que as referências de ROGALL às «antigas raízes do princípio» são perpassadas por uma equívoca sobreposição de conceitos, onde se misturam regras legais de prova (necessidade de duas testemunhas concordantes para condenar), a imposição de um princípio de acusação (necessidade

mento, conclui-se que o direito à não autoincriminação conheceu uma evolução não inteiramente convergente no direito de matriz continental e no sistema anglo-americano – o que explica as distintas concepções teóricas ainda dominantes em cada um dos modelos sobre os contornos e as fronteiras do *nemo tenetur*.

A consagração do *privilege against self-incrimination* no direito inglês encontra as suas raízes no movimento de reação contra o juramento *ex officio* usado como «meio de prova» nos tribunais eclesiásticos e nos *Prerogative Courts* (*Star Chamber e Court of High Commission*). A garantia efetiva do direito do arguido a não declarar contra si mesmo ficou, todavia, a dever-se à introdução da defesa técnica no século XVIII – para o arguido não assistido por advogado, recusar-se a declarar perante os jurados, que decidiam segundo a sua convicção pessoal, era o mesmo que cometer suicídio.<sup>16</sup> Entre a inabilidade do acusado para declarar em juízo (era «parte interessada»), a inadmissibilidade de confissões coativas («*confession rule*») e o direito de não ser obrigado a testemunhar contra si mesmo («*witness privilege*»), a prerrogativa contra a autoincriminação atravessou o oceano e triunfou definitivamente na V Emenda da Constituição norte-americana (1791): «*No person [...] shall be compelled to be a witness against himself*».

A consagração do direito ao silêncio no sistema continental inclui-se no amplo movimento de crítica e reforma das instituições nascido com o Iluminismo. Que evidenciava os abusos e erros judiciais a que conduzia o método inquisitório, censurando em particular a desumanidade dos tormentos e a fragilidade das confissões coativas. A liberdade negativa de declaração apresenta-se, assim, um elemento fundamental na controvérsia sobre o redesenho do processo penal e uma marca irrenunciável da transição para um processo de estrutura acusatória: no renovado modelo processual, a confissão deixa de ser pressuposto essencial da condenação e a sua obtenção a todo o custo dificilmente se concilia com o estatuto de sujeito atribuído ao arguido.<sup>17</sup>

É precisamente a história que explica as diferenças veladas e subtis entre a compreensão do direito contra a autoincriminação no modelo anglo-americano e no direito continental: ali, encontra-se a prerrogativa individual do arguido

---

de uma denúncia prévia como requisito de procedibilidade) e o direito ao silêncio (faculdade do acusado de não declarar contra si mesmo). Se os dois primeiros aspetos têm, de facto, raízes históricas profundas, a prerrogativa contra a autoincriminação só começou verdadeiramente a afirmar-se como garantia do acusado no início do século XVIII.

<sup>16</sup> Cf. JOHN H. LANGBEIN, «The privilege and Common Law Criminal Procedure: the Sixteenth to the Eighteenth Centuries», in: *The privilege against self-incrimination...*, cit., 83 e 107.

<sup>17</sup> Enquanto no inquisitório se retirava do direito e dever do Estado de punir todos os crimes o consequente direito de usar contra os criminosos todos os instrumentos probatórios aptos a alcançar esse objetivo, o movimento de reforma sublinhou a posição do arguido como sujeito processual dotado de direitos de defesa. Não se espera já do acusado que compareça diante da tribuna dos juizes como «objeto» a quem o processo «é feito», antes lhe é facultado que reclame no processo penal quer o respeito pelos seus direitos fundamentais quer a concessão de possibilidades efetivas de influenciar a decisão.



de não ser obrigado a testemunhar contra si mesmo – o que não obsta a que o acusado, de forma voluntária, suba à «*witness box*» e declare sob juramento; aqui, a renúncia por parte do Estado às «declarações forçadas» das pessoas a quem a investigação é dirigida – assegurada pela consagração do direito ao silêncio e pela proibição de o arguido ser ouvido como testemunha (impedimento).<sup>18</sup>

## b) *Os fundamentos jurídicos do nemo tenetur*

1. Na *atual* discussão processual, é incontestada a existência de uma prerrogativa do arguido a não ser obrigado a colaborar na sua incriminação – pelo menos, na sua manifestação mais elementar de direito a não declarar contra si mesmo ou a confessar-se culpado.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Nos ordenamentos de tradição continental, o arguido está sempre *impedido* de declarar como testemunha, significando isto que, embora possa prestar declarações no processo, estão afastados em relação a si os mecanismos de constrangimento inerentes à prova testemunhal: juramento, dever de verdade e interrogatório cruzado. A solução do impedimento é entendida como emanção do seu direito ao silêncio e reforço da sua posição de sujeito processual. Pelo contrário, nos sistemas de *commonlaw*, o arguido é tratado como uma *competent witness* e pode optar por testemunhar *on his own behalf* – caso em que deverá declarar com verdade, sob pena de *perjury*. O *privilege against self-incrimination* reconduz-se, assim, à faculdade reconhecida ao *defendant* de escolher livremente se pretende ou não prestar declarações ajuramentadas, sem que essa possibilidade possa ser condicionada pela acusação (que está proibida, por isso, de tecer comentários sobre a recusa de declarar). As proibições de *comment* e de valoração desfavorável o silêncio, hoje em crise no direito britânico, são em geral vistas como corolários dessa liberdade de escolha.

<sup>19</sup> Na Alemanha, apenas Bianca FISCHER defendeu uma restrição parcial da liberdade negativa de declaração do arguido nos casos de bagatelas penais, ao sugerir a admissibilidade de uma coercibilidade limitada para a autoincriminação mediante a aplicação de sanções contraordenacionais destinadas a obrigar o arguido a confessar a infração (cf. Bianca FISCHER, *Divergierende Selbstbelastungspflichten nach geltendem Recht*, Belin: Duncker&Humblot, 1979, 120 ss.). A proposta mereceu vivas críticas da doutrina e não encontrou outros seguidores. No âmbito das contraordenações, a supressão do *nemo tenetur* foi preconizada por Hermann STÜMPFLER, «Das Schweigen im Strafverfahren oder Bußgeldverfahren», *DAR* 1973, 9, uma opinião acolhida também, em tempos mais recentes, por Heinz SCHÖCH, «Verdachtslose Atemalkoholkontrolle und Grenzwertdiskussion», *DAR* 1996, 49. No direito anglo-americano, é menos claro o alcance do *privilege against self-incrimination*, descrito por Leonard W. LEVY, *Origins of the Fifth Amendment: the right against self-incrimination*, Chicago: Ivan R. Dee, 1968, X, como o «mais incompreendido, desrespeitado e controverso de todos os direitos». É possível que tenham adquirido aí especial projeção as objeções críticas que, com profunda ironia e algum sentido de humor, BENTHAM dirigiu ao direito ao silêncio – qualificando-o como produto de um sentimentalismo infundado e designando como «*oldwoman's reason*» e «*fox hunter's reason*» os fundamentos tradicionalmente apresentados para a sua justificação dogmática (Jeremy BENTHAM, «Rationale of Judicial Evidence», in: *The Works of Jeremy Bentham, now first collected, under the superintendence of his executor John Bowring*, VII, Edinburgh: William Tait, 1843, 445, 451 ss.). A controvérsia atinge a prerrogativa nos seus fundamentos, tendo suscitado dúvidas sobre a «conveniência» de um direito que exclui informações atendíveis do horizonte do julgador sem ter em seu favor nenhuma razão cogente. Sob o fogo da crítica estão, sobretudo, as chamadas «dimensões secundárias» ou «ancilares» do princípio: a proibição de valoração desfavorável do silêncio e os deveres de informação sobre a faculdade de não declarar. Ademais, a proteção con-

Também não parece haver dúvidas sobre a dignidade constitucional do *nemo tenetur se ipsum accusare*, entendido de forma quase unânime como um princípio processual *não escrito* diretamente ancorado na Lei Fundamental.<sup>20</sup> E que se funda, em última instância, no respeito pela dignidade humana referido no pórtico da Constituição como elemento estruturante do princípio do Estado de Direito (art. 1º da CRP). Numa estrutura processual moldada sobre estes princípios, o reconhecimento ao arguido do estatuto de sujeito terá forçosamente que coenvolver, como corolário dos poderes de intervenção e participação ativa que lhe são outorgados, o direito de recusar a colaboração na sua própria perseguição criminal.<sup>21</sup>

2. *Breviater causa*, não nos demoraremos na explanação dos fundamentos jus-constitucionais do *nemo tenetur* – deles daremos apenas breve notícia, acompanhando *pari passu* a sistematização usada na doutrina germânica para arrumar o amplo leque de propostas de fundamentação que, desde a conhecida «decisão sobre a insolência» (*Gemeinschuldnerentscheidung*) do Tribunal Constitucional Federal de 1981, têm sido apontadas pela doutrina.<sup>22</sup>

tra a autoincriminação não abrange, na interpretação mais comum no direito britânico e norte-americano, a colaboração em diligências de prova que não envolvam a prestação de informações (ou, em certas condições, a entrega de documentos) – assim, o arguido pode ser obrigado a colaborar na recolha de impressões digitais ou de amostras biológicas, em diligências de reconhecimento, na comparação de caligrafia ou da voz, etc.

<sup>20</sup> Para além da V Emenda da Constituição norte-americana, também outras Leis Fundamentais reconhecem, expressamente, o direito contra a autoincriminação (p. ex., a Constituição brasileira, art. 5.º, inciso LXIII, e a Constituição espanhola, art. 24.º, n.º 2). Embora não seja esse o caso da *Grundgesetz* (GG) alemã – nem da Constituição da República Portuguesa —, tal não impede a doutrina de, quase unanimemente, qualificar o *nemo tenetur* como «princípio constitucional não escrito» (cf., por todos, Gerald Grünwald, «Menschenrechteim Strafprozeß», *StV* 1987, 453). Com dúvidas sobre o estatuto constitucional do direito contra a autoincriminação, cf. Karl PETERS, «Literaturbericht: Besprechung von Klaus Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst», *ZStW* 91 (1979), 121 ss., que qualifica o princípio como simples direito processual do arguido e das testemunhas, fundado em considerações criminológicas e de proporcionalidade. A uma derivação constitucional do *nemo tenetur* opõe-se, também, Hermann Stümpfler, «Das Schweigen im Strafverfahren...», cit., 9. No direito português, a vigência e a dignidade constitucional do direito à não autoincriminação têm sido reconhecidas de forma consensual, quer pela doutrina – cf., por todos, Manuel da COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova...*, cit., 125-127, e Augusto Silva Dias / Vânia COSTA RAMOS, *O direito à não autoinculpção...*, cit., 14-17 —, quer pelos tribunais – veja-se o Acórdão TC n.º 155/2007, publicado no *DRII Série*, de 10/4/2007, 9093, onde se afirma ser «inquestionável que o citado princípio tem consagração constitucional, conforme resulta da jurisprudência deste tribunal».

<sup>21</sup> Cf. Klaus ROGALL, *Der Beschuldigte als Beweismittel...*, cit., 59, e, na doutrina portuguesa, Manuel da COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova...*, cit., 120-121.

<sup>22</sup> Esta decisão, publicada em *BVerfGE* 56, 37, constituiu um marco fundamental na evolução da doutrina e da jurisprudência alemãs, contribuindo para o aprofundamento da discussão sobre os fundamentos do *nemo tenetur* e para a sua irradiação a outros domínios processuais (civil, contraordenacional). Sobre o aresto e as suas refrações, em pormenor, vide Daniela KLEINHEISTERKAMP, *Kreditwesengesetz und Strafverfahren: Zur Bedeutung des "nemo-tenetur"-Prinzips für das bankaufsichtliche Verfahren*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, 225-249.

Partindo da dogmática tradicional, é usual enquadrar os fundamentos constitucionais do *nemo tenetur* duas espécies distintas, concebendo-o, alternativamente, como direito material de liberdade ou como garantia processual fundamental.<sup>23</sup> Entre os fundamentos de natureza *substantiva* comumente aceites contam-se o respeito pela dignidade humana, a liberdade geral de ação e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e, mais recentemente, o direito à autodeterminação informacional. Numa perspetiva processual, o *nemo tenetur* é apresentado como corolário natural do princípio do Estado de Direito e dos seus subprincípios (o direito de audiência, o «*fair trial*» e a presunção de inocência) ou ainda como projeção da estrutura acusatória do processo.

3. Questionando-se sobre a «exata» sede jurídico-constitucional do *nemo tenetur*, estas construções doutrinárias não pretendem tanto responder à pergunta que a si mesmas colocam, como sobretudo encontrar na Lei Fundamental subsídios para a delimitação do alcance normativo e contornos do direito à não autoincriminação.<sup>24</sup> A tentativa «tradicional» de determinar o sentido e alcance do *nemo tenetur* a partir da consideração dos seus fundamentos jurídico-constitucionais não tem, todavia, produzido resultados animadores – à parte a exclusão do âmbito do *nemo tenetur* dos problemas suscitados pela apreensão de diários íntimos e pelas declarações incriminadoras captadas em escutas telefônicas ou gravações ocultas (sempre que a oportunidade e o tema da conversa não sejam influenciados pelos investigadores ou particulares às suas ordens).<sup>25</sup>

A insuficiência dos resultados da «metodologia dedutiva» encontra duas explicações. Desde logo, a circunstância de nos escritos e decisões judiciais so-

---

<sup>23</sup> Para uma síntese das várias linhas de fundamentação, cf. Claus ROXIN / Bernd SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, 28., Auflage, München: C. H. Beck, 2014, § 25, nm. 1, e Peter KASISKE, «Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess», *JuS* 2014, 15-20; com uma análise mais detida, veja-se, entre outros, Martin BÖSE, «Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Satzes «Nemo tenetur se ipsum accusare»», *GA* 2002, 98-128, Nikolaus Bosch, *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips...*, cit., 27-96, Daniela Kleinheisterkamp, *Kreditwesengesetz und Strafverfahren...*, cit., 200-258, Ralf Kölbel, *Selbstbelastungsfreiheit: der nemo-tenetur-Satz im materiellen Strafrecht*, Berlin: Duncker&Humblot, 2005, 262-305, Christian Harald Maximilian REITER, «Nemo tenetur se ipsum prodere» und Steuerklärungspflicht: zur Strafbarkeit der wiederholenden Hinterziehung periodischer Veranlagungs- und Fälligkeitssteuern im anhängigen Steuerstrafverfahren, München: Herbert Utz Verlag, 2007, 76-107, Klaus ROGALL, *Der Bechuldigte als Beweismittel...*, cit., 124-148, Heinrich Amadeus WOLFF, *Selbstbelastung und Verfahrenstrennung...*, cit., 28-48. Na doutrina portuguesa, mas com clara inspiração na dogmática alemã, cf. Manuel da COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova...*, cit., 124-127, Jorge de Figueiredo Dias / Manuel da COSTA ANDRADE, «Poderes de Supervisão...», 40-42, Vânia COSTA RAMOS, «*Corpus Juris* 2000... – Parte 2», 59-72, e Augusto SILVA DIAS / Vânia Costa Ramos, *O direito à não autoinculpção...*, cit., 14-17.

<sup>24</sup> Cf. Hartmut SCHNEIDER, *Grund und Grenzen...*, cit., 37, Heinrich Amadeus WOLFF, *Selbstbelastung und Verfahrenstrennung...*, cit., 29, e Martin Böse, «Die verfassungsrechtlichen Grundlagen...», cit., 98.

<sup>25</sup> Pelo menos, para quem (como nós) recusa ancorar a prerrogativa contra a autoincriminação na tutela da privacidade.

bre a matéria se espriaar uma tão surpreendente e diversificada paleta de soluções – formando, nas palavras de Lorenz, um «ramo colorido» (*bunten Strauß*) ou uma autêntica «cornucópia de fundamentos constitucionais» (*Füllhornan Verfassungsgrundsätzen*)<sup>26</sup> – permite justificar *todas* as conclusões em abstrato conjeturáveis sobre as fronteiras do *nemo tenetur* e, por isso, não funda verdadeiramente *nenhuma*.<sup>27</sup> Por outro lado, a profusão de referências constitucionais desencontradas e a conseqüente voracidade da sua utilização como obstáculo a determinadas medidas de investigação só na aparência conflituantes com o direito ao silêncio (como as escutas telefônicas, os microfones ocultos, a apreensão de diários íntimos, etc.) tem conduzido à relativização até à perversão da prerrogativa contra a autoincriminação – convertendo-a, na impressiva formulação de Lorenz, em pouco mais do que «*KleinenMünzen*».<sup>28</sup>

4. Em reação a esta aparente sobrevalorização das referências constitucionais, não faltam autores a procurar na configuração concreta das normas legais

<sup>26</sup> Frank Lucien Lorenz, «“Formalismus, Technizismus, Irrealismus”: das argumentative Dreigestirn gegen die Einhaltung strafprozessualer Garantien», *StV* 1996, 173.

<sup>27</sup> Cf. Torsten Verrel, *Die Selbstbelastungsfreiheit...*, cit., 5. É significativo que o próprio ROGALL, sem prejuízo de continuar a reconhecer o valor constitucional e da ligação à dignidade humana do *nemo tenetur*, tenha advertido que a multiplicação de fundamentos materiais e processuais conduz a uma «enorme sobrevalorização do significado que pode efetivamente retirar-se da derivação constitucional da liberdade contra a autoincriminação. É menos o “fundamento da pretensão” (*Anspruchgrundlage*) do que o efetivo e real âmbito de atuação que deve interessar – e este não diverge muito, como parece evidente, entre as várias teorizações» (Klaus ROGALL, «Rezension von Schneider...», cit., 63-64).

<sup>28</sup> Frank Lucien LORENZ, «“Operative Informationserhebung” im Strafverfahren, “Unverfügbares” und Grundrechtsschutzdurchinstitutio nelle Kontrolle», *JZ* 1992, 1006. A defesa de uma interpretação expansionista do *nemo tenetur* não deixa obnubilar a necessidade de encontrar um ponto de equilíbrio entre as garantias de defesa do arguido e o interesse da realização da justiça criminal, alcançado numa lógica de concordância prática fundada na ponderação de interesses conflitantes – nesse sentido, cf. Nikolaus BOSCH, *Aspektedes nemo-tenetur-Prinzips*, 60-69 e, na doutrina portuguesa, Augusto SILVA DIAS / Vânia COSTA RAMOS, *O direito à não auto-inculpação...*, cit., 29 ss. (esp. 34). Não tem faltado, todavia, quem critique a excessiva confiança nas virtualidades da concordância prática e se oponha à compreensão do direito contra a autoincriminação como princípio que se estende a todas as provas com origem no arguido sem distinções nem graduações, deixando tudo em aberto à ponderação e, *hoc sensu*, impondo a sua «relativização». A compreensão do *nemo tenetur* como um valor merecedor de proteção absoluta e dotado de fronteiras claramente discerníveis a priori afigura-se, de resto, como dominante no panorama alemão e norte-americano, onde os estudos sobre a matéria têm mais longa tradição e, também por isso, uma maior profundidade dogmático-científica – cf., a título de exemplo, Klaus ROGALL, *Der Beschuldigteals Beweismittel...*, cit., 147, e a síntese de Alfred Dierlamm, «Zur Verfassungsmäßigkeitdes § 393 Abs. 2 S. 2 AO unterbesonderer Berücksichtigungdes Nemo-tenetur-Prinzips: anmerkungzum Vorlagebeschlussdes Landgerichts Göttingenvom 11.12.2007 (8 KLS 1/07)», in: *Festschriftfür Volker Kreyzum 70. Geburtstag am 9. Juli 2010* (herausgegeben von Knut Amelung / Hans-Ludwig Günther / Hans-Heiner Kühne), Stuttgart: W. Kohlhammer, 2010, 34-36, Akhil Reed Amar / Renée B. Lettow, «Fifth Amendment first principles: the self-incrimination Clause», *Mich. L. Rev.* 93, 5 (1995), 872, e David Dolinko, «Is there a rationale for the privilege against self-incrimination?», *UCLA L. Rev.* 33, 4 (1986), 1119-1121.

e nas suas aplicações práticas os elementos determinantes de um critério definidor do conteúdo prescritivo do *nemo tenetur* – empreendendo o que pode designar-se como uma «análise indutiva».<sup>29</sup>

Entre estes dois extremos ensaiaram-se outras respostas que, não esquecendo a separação entre o conteúdo do princípio e a regra que o exprime nem desligando totalmente o *nemo tenetur* das suas raízes constitucionais, privilegiaram a determinação da específica *função* do direito à não autoincriminação no processo penal. Procurando, num diálogo de referências recíprocas entre Constituição e lei, encontrar um «fundamento teleológico» ou «funcional-orientado» para o princípio.<sup>30</sup>

### c) *A concretização jus-positiva do nemo tenetur*

1. Na tentativa de determinar o âmbito de aplicação e o sentido de proteção do princípio *nemo tenetur* constitui um subsídio hermenêutico da maior relevância a consideração das normas que, numa perspetiva de direito internacional e comparado, o exprimem e positivam. Uma análise que não dispensa, naturalmente, a referência à V Emenda da Constituição norte-americana, onde colhem também inspiração as normas contidas nos instrumentos de direito internacional a que Portugal se encontra vinculado.

«*No person [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against thim self*» – é este o texto da proibição estabelecida na V Emenda da

---

<sup>29</sup> São defensores de uma «metodologia indutiva» na determinação do âmbito de proteção do *nemo tenetur* Wolfram REISS, *Besteuerungsverfahren und Strafverfahren...*, cit., 141 ss., Martin NOTHHELFER, *Die Freiheit von Selbstbeziehungszwang...*, cit., 22 e ss., Harmut SCHNEIDER, *Grund und Grenzen...*, cit., 19 ss., Frank Lucien Lorenz, «“Operative Informationserhebung”...», 1006, e Torsten VERREL, «*Nemo tenetur...* – 1. Teil», cit., 361, 364 (IDEM, *Die Selbstbelastungsfreiheit...*, cit., 7-9). Em tom crítico, Nikolaus BOSCH, *Aspektedes nemo-tenetur-Prinzips...*, cit., 352-353, adverte que a «análise indutiva» incorre em *petitioprincipii* ao dar como assente que as normas legais ordinárias dão cabal e completa concretização ao *nemo tenetur* e que da sua análise pode inferir-se o objeto de proteção da prerrogativa (e, bem assim, os valores constitucionais em que radica).

<sup>30</sup> É o caso de Nikolaus BOSCH, *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips...*, cit., 30-31, e, numa manifestação mais exasperada do funcionalismo, Michael Pawlik, «Verdeckte Ermittlungen und das Schweigerecht des Beschuldigten: Zu den Anwendungsgrenzen der §§ 136 Abs. 1 Satz 2 und 136a StPO», GA 1998, 378-389, e Heiko Harmut Lesch, «Inquisition und rechtliches Gehör in der Beschuldigtenvernehmung», ZStW, 111 (1999), 624-664. As concessões defendidas por estes autores têm em comum a ideia de que o fundamento da liberdade contra a autoincriminação é imanente ao processo e às suas finalidades. No mais, assentam em pressupostos metodológicos muito distintos e chegam a resultados também diferentes. BOSCH considera que a condenação só cumpre os fins de prevenção especial-positiva de socialização a que se dirige se a assunção da imputação for «o produto da livre autodeterminação do arguido e não da ameaça de possíveis desvantagens em caso de silêncio» – circunstância que demandaria lhe fosse garantida uma ampla liberdade contra a autoincriminação. Diversamente, PAWLIK e LESCH pugnam pelo estreitamento do âmbito de validade material do *nemo tenetur*, argumentando que a liberdade de declaração não é emanação de um putativo «direito autónomo contra a autoincriminação», mas uma condição necessária à legitimidade do processo como mecanismo para a «eficaz absorção dos protestos».

Constituição norte-americana, comumente designada como «*self-incrimination Clause*» em homenagem às suas raízes históricas (a garantia probatória prevista na *commonlaw* inglesa contra a autoincriminação coativa).<sup>31</sup>

Na sua fundamental tarefa de concretização das garantias constitucionais, o *U.S. Supreme Court* dedicou atenção aos vários elementos em que a fórmula se decompõe, desde a delimitação dos seus sujeitos ativos («*noperson*») até à densificação da sua esfera de proteção («*to be a witness against thim self*»), passando pela delimitação das formas de coerção proibidas («*shallbe compelled*») (32).

Percorrendo as respostas aos casos criminais sob a jurisdição daquele tribunal extraímos valiosas lições sobre o alcance do *privilegeagainst self-incrimination*. Que transpondo as fronteiras geográficas e jurídicas do Estado, se repercutem decisivamente na interpretação do artigo 14, n.º 3, alínea g), do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Onde a garantia processual é recebida nos seguintes termos: «*In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees: [...] not to be compelled to testify against himself, or to confess guilt*». <sup>33</sup>

2. No conspecto jurídico europeu, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem assume decisivo relevo na definição do sentido e limites do *privilegeagainst self-incrimination* – uma prerrogativa da defesa que, na falta de expressa normação jurídico-positiva, o areópago europeu inscreve diretamente no âmago do «*fair trial*» (cf. art. 6.º da Convenção).<sup>34</sup> Entre os múltiplos acórdãos com relevo nesta matéria, destaca-se, na tentativa de definição de um critério, o proferido pela *Grand Chamber* no caso *Saunders C. Reino Unido* (1996).<sup>35</sup> Na opinião que ficou cristalizada neste aresto, o direito a não

<sup>31</sup> Embora por vezes com diferenças de formulação e, sobretudo, de recorte do conteúdo normativo, aquele princípio encontra-se consagrado na generalidade das Constituições dos Estados americanos.

<sup>32</sup> Com uma análise detida da *self-incrimination Clause*, veja-se Keneth BROUN (ed.), *McCormick On Evidence* I, 6th Edition, St.Paul, Minn.: Thomson/West, 2006, 450-578, e Wayne Israel LA FAVE [et al.], *Criminal Procedure* I, 3th Edition, St.Paul, Minn.: Thomson/West, 2006, 827-63. Para uma panorâmica geral, cf. Joshua Dressler / Alan C.Michaels, *Understanding Criminal Procedure* I, 5th Edition, New Providence, San Francisco: Lexis Nexis, 2010, 393 ss. (esp. 421 ss.).

<sup>33</sup> São vinculativos, fazendo «igualmente fê», os textos em inglês, chinês, espanhol, francês e russo (art. 53.º do Pacto). A versão oficial em português, aprovada para ratificação pela Lei n.º 29/78, de 12 de junho, tem, na parte que nos interessa, o seguinte conteúdo: «Qualquer pessoa acusada de uma infração penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: [...] a não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada» (art. 14.º, n.º 3, al. g).

<sup>34</sup> A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (abreviadamente, Convenção Europeia dos Direitos do Homem) foi aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de outubro.

<sup>35</sup> Para além do tema citado em texto, o TEDH teve também oportunidade de decidir sobre a extração de inferências desfavoráveis do silêncio do arguido (caso *John Murray C. Reino Unido* (1996)), sobre a utilização de «meios enganosos» para a obtenção de declarações autoincriminatórias (casos *Allan C. Reino Unido* (2003) e *Bykov C. Rússia* (2009)), sobre a ameaça de sanções para a obtenção de declarações (caso *Heaney e McGuinness C. Irlanda* (2001)), incluindo as especificamente im-

contribuir para a própria condenação não se estenderia à «utilização no processo criminal de materiais probatórios obtidos do arguido com recurso a poderes compulsórios mas que existam *independentemente da sua vontade*, entre os quais os documentos recolhidos em virtude de um mandado, as amostras de ar expirado, sangue e urina e ainda tecido corporal com vista à análise do ADN» (§ 69).

### 3.2 As fronteiras do *nemo tenetur se ipsum accusare* – à procura de um critério

1. A delimitação da área de tutela do *nemo tenetur se ipsum accusare* é tarefa revestida da maior dificuldade e, simultaneamente, do mais significativo relevo. Uma tarefa que impõe, como se disse, a definição de um critério apto a discernir, nas zonas críticas de fronteira, entre a colaboração coercivamente imposta (proibida) e a mera sujeição a diligências de prova (permitida).<sup>36</sup>

Nos Estados Unidos da América, a formulação literal da V Emenda proíbe apenas que alguém seja obrigado a *declarar* contra si mesmo («*tobe a witness agains thim self*»), sugerindo que o alcance da prerrogativa está limitado à extração coativa de «comunicações» – interpretação que tem sido seguida sem hesitações pelos tribunais superiores desde *Holt v. USA* (1910).

Partindo desta ideia, a construção largamente dominante no contexto jurídico norte-americano assenta na dicotomia entre «*testimonial*» e «*real or physical evidence*», circunscrevendo-se aos elementos probatórios da primeira espécie a operatividade do *privilege against self-incrimination*. O Supremo Tribunal Federal definiu pela primeira vez os termos desta distinção a propósito da recolha de uma amostra de sangue para determinação da taxa de alcoolemia (no caso *Schmerber v. California* (1966)), mas a teorização foi rapidamente estendida à obrigação de participar numa *lineup* para fins de reconhecimento (*United States v. Wade* (1967), colaborar na comparação da caligrafia (*Gilbert v. California* (1967)) ou do timbre vocal (*United States v. Dionisio* (1973)).

Embora a «*Schmerber rule*» se apresente como claramente maioritária, é discernível nos votos de vencido àqueles acórdãos a permeabilidade à «*affirmative action rule*»<sup>37</sup> – uma corrente de opinião não muito distante do «critério da conduta» (*Verhaltenskriterium*) defendido pela doutrina alemã dominante.

---

postas para obrigar à identificação do condutor no direito rodoviário (casos *Weh C. Áustria* (2004), *O'Halloran e Francis C. Reino Unido* (2007) e *Krumpholz C. Áustria* (2010)), sobre a imposição de entrega de documentos (casos *Funke C. França* (1993), *J. B. C. Suíça* (2001)), sobre a utilização de meios «ocultos» para a obtenção de um exemplar de voz (caso P.G. e *J. H. C. Reino Unido* (2001)) e sobre a utilização de eméticos para a recuperação de prova (caso *Jalloh C. Alemanha* (2006)).

<sup>36</sup> Senão veja-se o artigo 61.º, n.º 3, al. d), do Código de Processo Penal (português), onde se estatui como especial dever do arguido o de «sujeitar-se a diligências de prova [...] especificadas na lei e ordenadas e efetuadas por entidade competente».

<sup>37</sup> Na interpretação acolhida por esta corrente de opinião, o direito contra a autoincriminação proíbe todas as formas coativas dirigidas a forçar o arguido a uma «conduta positiva» (*affirmative action*)

Na verdade, o entendimento tradicional e (ainda) dominante no panorama jurídico alemão aponta como critério delimitador do *nemo tenetur* a «qualidade da conduta» (*Handlungsqualität*) esperada do arguido, distinguindo entre os meros «deveres de tolerância passiva» (*passive Duldungspflichten*) e as «obrigações de colaboração ativa» (*active Mitwirkungspflichten*).<sup>38</sup> Para além de um irrestrito direito ao silêncio, expressão da sua liberdade negativa de declaração (*negative Aussagefreiheit*), o arguido teria ainda a faculdade de decidir sobre toda a sua *atividade* autoincriminatória, vale dizer, gozaria de ampla liberdade de colaboração ou participação ativa (*Mitwirkungsfreiheit*). Entende a doutrina tradicional que, caso impusesse ao arguido a obrigação de se converter ativamente em instrumento da sua própria condenação, a ordem jurídica estaria a negar-lhe o seu estatuto de sujeito e degradá-lo a mero «objeto» do poder estadual.

As dificuldades de aplicação, fragilidades e inconsistências da «teoria da conduta» – reveladas, desde logo, no tratamento dos casos de reconhecimentos compulsivos e dos exames para deteção do estado de alcoolemia e, mais tarde, exasperadas a respeito da utilização de eméticos e nos chamados «*Horfälle*» – têm conduzido a doutrina ao esboço de novos critérios de delimitação e ao progressivo abandono do binómio atividade/passividade. Entre as «novas» propostas doutrinárias, destacamos a diferenciação de acordo com o tipo de meio coativo (GRÜNWALD),<sup>39</sup> a previsão de deveres explícitos de colaboração como alternativa às intromissões corporais coativas (NEUMANN),<sup>40</sup> a diferenciação de acordo com a qualidade do meio de prova (NOTHHELFER)<sup>41</sup> ou o alcance probatório da colaboração imposta (BOSCH),<sup>42</sup> a diferenciação de

---

incriminadora – p. ex., a obtenção de um exemplar de caligrafia –, consentindo, em contrapartida, que o arguido possa ser sujeito a deveres de «tolerância passiva» (*passive submissions*) – v.g., a uma intervenção cirúrgica para a remoção de uma bala ou a recolha de uma amostra de sangue ou saliva para análise.

<sup>38</sup> Para uma síntese do pensamento dominante, cf., por todos, Klaus ROGALL, *Der Beschuldigte als Beweismittel...*, cit., 54 ss., Karl PETERS, *Strafprozeß: ein Lehrbuch*, 4., Auflage, Heidelberg: C.F. Müller, 1985, 207, e Claus ROXIN / Bernd SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht...*, cit., § 33, nm. 6. Entre os comentaristas, cf. Klaus ROGALL, *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung mit GVG und EMRK* (herausgegeben von Jürgen Wolter), Band II, 4., Auflage. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2010, Vor § 133, nm. 139-46, e Daniel M. KRAUSE, *Löwe-Rosenberg Großkommentar: die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz* (herausgegeben von Volker Erb et al.), Band II, 26., Auflage, Berlin: de Gruyter, 2008, § 81a, nm 22-6.

<sup>39</sup> Gerald GRÜNWALD, «Probleme der Gegenüberstellung zum Zwecke der Widererkennung», *JZ* 1981, 423-429.

<sup>40</sup> Ulfrid Neumann, «Mitwirkungs- und Duldungspflichten des Beschuldigten bei körperlichen Eingriffen im Strafverfahren: zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grenzkörperlicher Eingriffe (§ 81 a StPO)», in: *Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1.10.1998* (herausgegeben von Rainer Zaczyk / Michael Köhler / Michael Kahlo), Berlin: Springer, 1998, 373-393.

<sup>41</sup> Martin NOTHHELFER, *Freiheit von Selbstbeziehungszwang...*, cit., 89 ss.

<sup>42</sup> Nikolaus BOSCH, *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips...*, cit., 248 ss., 293 ss.



acordo com o objeto de tutela e a proteção do arguido como «portador de conhecimento» (REISS),<sup>43</sup> a proibição de investigação do inconsciente (HAAS)<sup>44</sup> e a proteção contra a revelação do conhecimento não controlada pela vontade (FRISTER)<sup>45</sup> e, finalmente, a diferenciação entre instrumentalização física e espiritual (VERREL).<sup>46</sup>

2. Os contributos colhidos da experiência jurídica norte-americana e da fecunda lição alemã auxiliam no desenho de critérios autônomos de diferenciação (do engano relevante, das espécies de contributos probatórios incluídos no âmbito de tutela da prerrogativa), aptos a iluminar as orientações normativas e sentidos de decisão para algumas das questões mais problemáticas que os casos da vida põem, também entre nós, em evidência.

Esse critério – antecipamo-lo já – coloca as fronteiras da prerrogativa contra a autoincriminação entre dois extremos: por um lado, a proibição de todas as formas não voluntárias de colaboração probatória do arguido (incluindo as que resultem de simples aproveitamento de erro não induzido pelo Estado e independentemente de terem por objeto declarações ou intervenções sobre o corpo, obrigações de agir ou deveres de omitir),<sup>47</sup> por outro, a redução do *nemo tenetur* à sua expressão mais nuclear de liberdade negativa de declaração (que exclui do seu âmbito as modalidades não coativas de perturbação da liberdade de vontade e todos os atos de colaboração não-verbal).<sup>48</sup> Com efeito,

---

<sup>43</sup> Wolfram REISS, *Besteuerungsverfahren und Strafverfahren...*, cit. 176 ss.

<sup>44</sup> Günter HAAS, «Der Beschuldigte als Augenscheinobjekt», *GA* 1997, 368-370.

<sup>45</sup> Helmut Frister, «Der Lügendetektor: zulässiger Sachbeweis oder unzulässige Vernehmungsmethode», *ZStW* 106 (1994), 303-331.

<sup>46</sup> Torsten VERREL, *Die Selbstbelastungsfreiheit...*, cit., 253 ss.

<sup>47</sup> Na doutrina germânica, são expressões de estavisação «maximalista» do *nemo tenetur* Bruno SAUTTER, «Die Pflicht zur Duldung von Körperuntersuchungen nach § 372a ZPO», *AcP* 161 (1962), 215 e ss., e Verena Angela KOPF, *Selbstbelastungsfreiheit und Genomanalysen im Strafverfahren: Untersuchungen zu Inhalt und Reichweite des Grundsatzes nemo tenetur se ipsum accusare unter besonderer Berücksichtigung von Genomanalysen*, Aachen: Schaker, 1999, 159 ss. Parece ser esse, também, o entendimento maioritário da doutrina nacional – cf., por todos, Augusto SILVA DIAS / Vânia COSTA RAMOS, *O direito à não auto-inculpação*, 19-34, onde se recusa tanto a diferenciação alemã entre colaboração ativa e tolerância passiva, como a distinção introduzida pelo TEDH entre informações dependentes e não dependentes da vontade do arguido, apontando-se a concordância prática como panaceia para solucionar todos os casos de conflito entre esta versão «amplificada» do *nemo tenetur* e os interesses da investigação.

<sup>48</sup> Este é, como vimos, o entendimento acolhido pelo Supremo Tribunal Federal norte-americano e seguido pela maioria esmagadora da doutrina e da jurisprudência dos demais tribunais. Embora com distinta fundamentação, esta compreensão «minimalista» do *nemo tenetur* encontra alguns seguidores também na Alemanha – assim, exemplarmente, Michael Pawlik, «Verdeckte Ermittlungen...», cit., 378 ss., e Heiko Harmut Lesch, «Inquisition und rechtliches Gehör...», cit., 624 ss. Criticando o tradicional «critério da conduta» (*Verhaltenskriterium*), outros autores propõem, de forma similar, a exclusão dos atos de colaboração «não-verbal» (Torsten VERREL, «Nemo tenetur... – 2. Teil», cit., 417), «não-comunicativos» (Frank Lucien LORENZ, «Operative Informationserhebung...», cit., 1006, n. 82) ou «fáticos» (Heinz SCHÖCH,

se reconhecemos que a pessoa investigada «é instrumento da sua própria condenação não apenas quando colabora com uma conduta ativa [...], mas também quando é obrigado a tolerar, contra a sua vontade, a utilização do seu corpo como meio de prova»,<sup>49</sup> não podemos no extremo oposto pretender que as garantias processuais eliminem todas possibilidades de utilização, contra a vontade do arguido, de elementos probatórios provenientes da sua esfera pessoal, convertendo-se num «eventual passe-partout para privilégios globais de autofavorecimento» (*Selbstbegünstigungsprivilegien*).<sup>50</sup> Por outras palavras, e de forma mais clara, «não se pode exigir que os órgãos de perseguição penal atuem como se o arguido não existisse» e ignorem todos os eventuais vestígios que a sua passagem no local do crime possa ter deixado.<sup>51</sup>

3. Na última parte da nossa investigação, e reunidos os necessários pressupostos metodológicos, são criticamente interpeladas, à luz dos critérios propostos, as soluções normativas e jurisprudenciais ensaiadas para alguns dos mais candentes e ferinos problemas do direito à não autoincriminação e, onde se justifique, desenhadas vias de resposta alternativas para velhas e novas questões. Essas são, todavia, matérias cujo tratamento ultrapassa os propósitos deste trabalho, dirigido apenas à enunciação dos problemas suscitados pelo princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* e à definição do percurso a trilhar no sentido do seu cabal esclarecimento.<sup>52</sup>

---

«Verdachtslose Atemalkoholkontrolle...», cit., 172). No panorama doutrinal português, perfilha também uma conceção «restritiva» Frederico da COSTA PINTO, «Supervisão do mercado...», cit., 95-96, ao circunscrever a tutela contra a autoincriminação ao conteúdo do direito ao silêncio, no sentido de que nela se «abrange apenas e só o direito a não responder a perguntas ou prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados e não [...] o direito a recusar a entrega de elementos que estejam em seu poder»; cf., também, Sofia SARAIVA DE MENEZES, «Direito ao Silêncio...», cit., 134-5.

<sup>49</sup> Gabriele WOLFLAST, «Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnung – Besprechung des BGH-Urteils vom 9.4.1986 – 3 StR 551/85 (NStZ 1987, 133)», *NStZ* 1987, 104.

<sup>50</sup> Hartmut SCHNEIDER, «Die strafprozessuale Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungsunterlagen des sichselbstverteidigenden Beschuldigten», *Jura* 1999, 414.

<sup>51</sup> Heinrich Amadeus WOLFF, *Selbstbelastung und Verfahrenstrennung...*, cit., 95.

<sup>52</sup> Para possíveis vias de resposta aos tópicos problemáticos aqui inventariados, veja-se SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Dissertação apresentada à FDUP para a obtenção do Grau de Doutor em Direito, Porto: FDUP, 2016, 451 ss., e 616 ss.