

**O ARGUIDO COMO MEIO DE PROVA CONTRA SI MESMO:
CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO PRINCÍPIO
NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE (*)**

SANDRA OLIVEIRA E SILVA (**)

I — 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» ⁽¹⁾. Esta afirmação axiomática — para mais proferida pelo autor da obra que, na Alemanha, constitui ainda a base dog-

(*) O texto que agora se publica serviu de suporte à comunicação apresentada em 12 de abril de 2013 no Seminário *obrigatório* para estudantes de doutoramento em Direito promovido pela Comissão Científica do 3.º Ciclo de Estudos em Direito. A iniciativa louvou-se na intenção de instituir um fórum de discussão, «*permitindo aos estudantes de doutoramento apresentar uma súmula do respetivo projeto de investigação e receber comentários e sugestões de quem se encontra envolvido em percursos similares*». Este estudo tem, assim, a marca genética da finalidade que lhe deu corpo e não pode deixar de ser lido à luz dessa específica finalidade. Ponderados todos os riscos coenvolvidos, decidimos que a oportunidade de diálogo crítico sobre o tema deveria transpor o círculo restrito da comunidade dos doutorandos pela FDUP e, pela publicação, estender-se a toda a comunidade científica.

(**) Assistente da FDUP, Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela FDUC e Doutoranda em Direito pela FDUP.

⁽¹⁾ Klaus ROGALL, «*Rezension von Schneider, Harmut: Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzip auf der Basis eines generalpräventiv-funktionalen Schuldmodells*», *StV* (1996), 68. No mesmo sentido se pronunciara já várias décadas antes NIESE sobre o direito ao silêncio, qualificando-o como uma “evidência” (“*Binsenweisheit*”) processual (cf. Werner NIESE, «*Narkoanalyse als doppel funktionelle Prozeßhandlung*», *ZStW* 63 (1951), 219).

mático-científica das discussões sobre a liberdade contra a autoincriminação⁽²⁾ — 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⁽³⁾, todavia, a subsistência de dúvidas e hesitações sobre o alcance e os contornos do princípio, nem tão-pouco a emergência dos novos tópicos problemáticos antes insuspeitados — desde a questão da sua aplicabilidade às pessoas coletivas 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.

Esta renovada atenção sobre o direito à não autoincriminação contagiou também, nos últimos anos, a doutrina nacional. 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)⁽⁴⁾.

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

⁽³⁾ A descrita consensualidade do princípio é referida, entre nós, por Manuel da COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, 125, e, na jurisprudência, pelo Acórdão do Tribunal constitucional [=TC] n.º 155/2007, de 2 de março: «em primeiro lugar é inquestionável que o citado princípio tem consagração constitucional, conforme resulta da jurisprudência deste Tribunal».

⁽⁴⁾ Veja-se as obrigações de colaboração previstas na Lei Geral Tributária, no Código dos Valores Mobiliários, no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras e no Regime Jurídico da Concorrência. Sobre o sentido e o alcance do *nemo tenetur* nestes setores normativos específicos, podem citar-se, sem grande rigor de ordenação, Jorge de FIGUEIREDO DIAS e Manuel da COSTA ANDRADE, «Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas (parecer)», e Frederico da COSTA PINTO, «Supervisão do Mercado, Legalidade da Prova e Direito de Defesa em Processo de Contra-Ordenação (parecer)», ambos publicados em *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra: Livraria Almedina, 2009; Vânia COSTA RAMOS, «Corpus Iuris 2000 — Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e *nemo tenetur se ipsum accusare*», publicado em duas partes na *RMP* 108 (2006), 125-149, e 109 (2007), 57-97; Liliana da

Por isso, e contrariando a aparência inicial de unanimidade, «o *nemo tenetur* não é afinal um princípio processual tão “aprobemático” 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 tem, pelo contrário, suscitado nos últimos tempos preocupações cada vez mais sérias»⁽⁵⁾.

Justificada parece, por conseguinte, a atenção demorada que decidimos reservar-lhe.

SILVA SÁ, «O dever de cooperação do contribuinte versus o direito à não auto-incriminação», *RMP* 107 (2006), 121-163; Fátima REIS SILVA, «O direito à não auto-incriminação», *Sub Judice* 40 (2007), 59-74; Paulo de SOUSA MENDES, «O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência», *Julgat* 8 (2009), 11-28; 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), 384-430; Ana PASCOAL CURADO, «As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira: natureza jurídica e aplicação do princípio *nemo tenetur*», *Revista de Concorrência & Regulação* 3 (2012), 239-274, e os estudos publicados no Dossier Temático I (O dever de colaboração e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*) da *Revista de Concorrência & Regulação* 1 (2010), a saber: Paulo de SOUSA MENDES, «As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», 121-144, Helena GASPAS MARTINHO, «O direito ao silêncio e à não auto-incriminação nos processos sancionatórios do direito comunitário da concorrência», 145-174, Vânia COSTA RAMOS, «*Nemo tenetur se ipsum accusare* e concorrência: jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa», 175-198, 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*», 199-233, Augusto SILVA DIAS, «O direito à não auto-inculpação no âmbito das contra-ordenações do Código dos Valores Mobiliários», 237-265. Com um alcance mais geral, cf. Manuel da COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova...*; cit., 120-132; Augusto SILVA DIAS e Vânia COSTA RAMOS, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009; Joana COSTA, «O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem», *RMP* 128 (2011), 117-183; Sónia FIDALGO, «Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal», *RPCC* 16 (2006), 115-148 (esp. 140-142), Gonçalo de 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 de o arguido em se sujeitar», *RCEJ* 16 (2011), 81-100, e Jorge Reis BRAVO, «Intervenções corporais probatórias e direitos fundamentais: compatibilidade e limites», *RFDULP* 1 (2012).

⁽⁵⁾ Karl LACKNER, «Literaturübersicht. Festschrift für Hanns Dünnebieber zum 75. Geburtstag», *NSZ* (1993), 254.

II — 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 estrutura acusatória e as manifestações de inquisitorialidade processual⁽⁶⁾. Confirmando esta intuição genérica, verifica-se que, de facto, o direito ao silêncio e à não autoincriminação não tinha 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 *probatio probatissima*, bastava para fundar a condenação sem admissibilidade de prova em contrário e tornava impossível o recurso⁽⁷⁾. Não surpreende, assim, o empenho em obtê-la a todo o custo — tornando “justificáveis”, como instrumentos de investigação, os tormentos e o *iuramentum ad veritatem dicenda*, as perguntas capciosas e as promessas falsas, o engano e a persuasão dolosa⁽⁸⁾.

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⁽⁹⁾. E, no que con-

⁽⁶⁾ Cf., por todos, Manuel da COSTA ANDRADE, Sobre as proibições de prova..., cit., 122.

⁽⁷⁾ 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*), e era comumente qualificada como *regina probationum*. Sobre o seu valor probatório, cf., com amplas indicações bibliográficas, Paolo MARCHETTI, *Testis contra se: l'imputato como fonte di prova nel processo penale dell'età moderna*, Milano: Giuffrè Editore, 1994, 20 e ss.

⁽⁸⁾ Pode dizer-se que, de uma forma bem diferente da atual, o arguido estava 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, *Procedura penale*, 6.^a ed., Milano: Giuffrè Editore, 2001, 23).

⁽⁹⁾ Em concreto, e como já se referiu, discute-se se e em que termos pode o arguido ser submetido a medidas de investigação que incidam sobre o seu corpo — pensemos, v. g., nos reconhecimentos compulsivos, na extração de amostras de sangue, cabelo ou saliva para determinação do perfil de ADN, na realização de uma cirurgia para a remoção de um projétil ou a utilização de eméticos para recuperar drogas, na colaboração forçada

cerne a estes nódulos problemáticos, parece que a doutrina e a jurisprudência se encontram, de facto, numa verdadeira “encruzilhada”⁽¹⁰⁾.

III — PERCURSO DA INVESTIGAÇÃO

A escolha do rumo a seguir na mencionada “encruzilhada” condicionará certamente os resultados a atingir na demarcação da área de tutela do *nemo tenetur*, ou seja, na definição do seu verdadeiro sentido e alcance (1).

Embora não nos furtemos aos caminhos sinuosos e agrestes da história (a), colocaremos no centro de gravidade da investigação a aproximação a um “novo” critério de delimitação do alcance e contornos da prerrogativa contra a autoincriminação (d). A determinação desse critério não prescinde da consideração dos fundamentos constitucionais do princípio (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, noutros quadrantes jurídicos, têm emoldurado o problema (c).

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 (2).

1. O sentido e o alcance do *nemo tenetur*

a) Contributos da história para a compreensão do princípio?

1. Na doutrina alemã, 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⁽¹¹⁾ — uma prerrogativa que, na opinião

numa “recolha de autógrafos” para comparação de caligrafia. Num plano muito distinto, questiona-se se é legítimo valorar contra o arguido declarações comprometedoras por ele proferidas de forma voluntária mas desconhecendo ser ouvido por funcionários da polícia ou terceiros às suas ordens.

⁽¹⁰⁾ A observação, citada repetidamente nos textos alemães sobre o *nemo tenetur*, dá título a um estudo de Claus ROXIN, «Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg», *NSiZ* (1995), 465-469.

⁽¹¹⁾ Por todos, criticamente, 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, 96 e ss.

comummente aceite, transcende as fronteiras do direito ao silêncio e da proibição de confissões forçadas. As considerações históricas sobre o processo perdem, de facto, virtualidades explicativas à medida que nos distanciamos da zona nuclear, constituída pelo direito ao silêncio e pela proibição da tortura, 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 as análises de ADN, a utilização de eméticos, os reconhecimentos compulsivos, as perícias de caligrafia, etc.

Não se trata, pois, de fazer uma investigação sobre as origens e o desenvolvimento do *nemo tenetur se ipsum accusare*, deslocada tanto dos objetivos como dos limites do nosso trabalho, mas tão-só, como diz CASTANHEIRA NEVES, de «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»⁽¹²⁾. A este esforço de contextualização não preside uma qualquer intenção de reduzir a garantia à expressão mais elementar do seu germen 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 ipsum accusare vel prodere* parece inculcar⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ António CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de processo criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1968.

⁽¹³⁾ Sem razão, por isso, Klaus ROGALL, *Der Beschuldigte als Beweismittel...*, cit., 67 e ss., que faz 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, et facinoris 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»). Na referida passagem bíblica nada se extrai 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*”). Diga-se, aliás, 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

Como segundo ensinamento, conclui-se, depois, 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 conceções teóricas ainda dominantes em cada um dos modelos sobre os contornos e as fronteiras do *nemo tenetur*.

No direito inglês, o *privilege against self-incrimination* 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*) — embora a garantia efetiva do direito do arguido a não declarar contra si mesmo se tenha ficado decisivamente a dever à introdução da defesa técnica (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⁽¹⁴⁾). Entre a inabilidade do acusado para declarar em juízo (era “parte interessada”) e o seu direito a não ser obrigada a testemunhar contra si mesmo, o direito ao silêncio foi o oceano atravessou 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 judiciários a que conduzia o método inquisitório, censurando em particular a desumanidade dos tormentos e a fragilidade das confissões coatas. O direito do arguido ao silêncio 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

de duas testemunhas concordantes para condenar), a imposição de um princípio de acusação (necessidade de uma denúncia prévia como requisito de procedibilidade) e o direito ao silêncio (faculdade do acusado de não declarar contra si mesmo). Enquanto 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 final do século XVII.

⁽¹⁴⁾ Cf. John H. LANGBEIN, «The privilege and Common Law Criminal Procedure: The Sixteenth to the Eighteenth Centuries», in *The privilege against self-incrimination: its origins and developments*, Chicago/London: The University of Chicago Press, 1997, 96 e ss.

sua obtenção a todo o custo dificilmente se concilia com o estatuto de sujeito do arguido ⁽¹⁵⁾.

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 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 ⁽¹⁶⁾).

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 própria incriminação — pelo menos, na sua manifestação mais elementar de um ilimitado e irrestrito direito ao silêncio ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ Enquanto no inquisitório se retirava do direito e dever do Estado de punir todos os crimes o conseqüente 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.

⁽¹⁶⁾ Nos ordenamentos de tradição continental, o arguido está impedido de declarar como testemunha (cf., na nossa lei, o art. 133.º, n.º 1, al. a), do Código de Processo Penal), 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, interrogatório cruzado). Este impedimento é normalmente entendido como emanação do seu direito ao silêncio e reforço da sua posição de sujeito processual. Diversamente, o arguido é tratado, nos sistemas de *common law*, como uma *competent witness* e pode optar por testemunhar *on his own behalf* (assim, no direito inglês desde o *Criminal Evidence Act* de 1898), reconduzindo-se o *privilege against self-incrimination* à faculdade de escolher livremente se pretende ou não prestar declarações ajuramentadas, sem que essa faculdade possa ser condicionada pela acusação (que está, concomitantemente, impedida de tecer qualquer comentário sobre a recusa).

⁽¹⁷⁾ Na Alemanha, apenas FISCHER defendeu uma restrição parcial da liberdade negativa de declaração do arguido nos casos de bagatelas penais (defendendo uma coercibilidade limitada para a autoincriminação, mediante a aplicação de sanções contraordenacionais para obrigar o arguido a confessar a infração) (cf. Bianca FISCHER, *Divergierende*

Não parecem existir dúvidas, também, sobre a dignidade constitucional do *nemo tenetur se ipsum accusare*, entendido de forma quase unânime como um princípio processual diretamente ancorado na Lei Fundamental ⁽¹⁸⁾. Podem, assim, dizer-se atualmente superadas as objeções críticas que, com profunda ironia e algum sentido de humor, BENTHAM dirigiu ao *privilege against self-incrimination* — qualificando-o como produto de um sentimentalismo infundado e designando como “*old woman's reason*” e “*fox hunter's reason*” os fundamentos tradicionalmente apresentados para a sua justificação dogmática ⁽¹⁹⁾.

2. *Breviater causa*, não nos demoraremos na explanação dos fundamentos jus-constitucionais do *nemo tenetur* — deles daremos apenas breve

Selbstbelastungspflichten nach geltendem Recht, Belin: Duncker & Humblot, 1979, 120 e ss.). Esta 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.

⁽¹⁸⁾ 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 nossa Constituição —, tal não impede a doutrina de, quase unanimemente, qualificar o *nemo tenetur* como «princípio constitucional não escrito» (cf., por todos, Gerald GRÜNWARD, «Menschenrechte im 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 e 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.

⁽¹⁹⁾ «Em termos simples — escreve BENTHAM — a máxima não é mais nem menos do que um total absurdo», apelidando depois de “*old woman's reason*” a ideia de acordo com a qual é demasiado “severo” (“*hard*”) obrigar alguém a contribuir para a sua condenação e de “*fox hunter's reason*” as considerações de *fairness* processual apontadas para justificar o princípio (tal como os caçadores têm de preservar algumas raposas para poderem continuar a caçar, também os advogados têm de conseguir a libertação de alguns criminosos para continuarem a exercer). Cf. Jeremy BENTHAM, «Rationale of Judicial Evidence», 445, 451 e ss., *The Works of Jeremy Bentham, now first collected, under the superintendence of his executor John Bowring*, Part XIV, Edinburgh: William Tait, 1840, e a síntese do seu pensamento por John H. LANGBEIN, «The Privilege and Common Law Criminal Procedure...», cit., 98-100.

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 insolvência” (“*Gemeinschuldnerentscheidung*”) do Tribunal Constitucional Federal de 1981⁽²⁰⁾, têm sido apontadas pela doutrina⁽²¹⁾.

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. Entre os fundamentos de natureza *substantiva* comumente aceites contam-se o respeito pela dignidade humana (Art. 1 I GG)⁽²²⁾, a liberdade geral de ação e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (Art. 2 II GG)⁽²³⁾ e, mais recentemente, o direito à autodeterminação

⁽²⁰⁾ Esta decisão, publicada em *BVerfGE* 56, 39, 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). Para uma análise detida da citada decisão, vide Daniela KLEINHEISTERKAMP, *Kreditwesengesetz und Strafverfahren: Zur Bedeutung des “nemo-tenetur”-Prinzips für das bankaufsichtliche Verfahren*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, 225-249.

⁽²¹⁾ Sobre este tema, cf. Nikolaus BOSCH, *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips...*, cit., 27-106; Martin BÖSE, «Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Satzes “Nemo tenetur se ipsum accusare”», *GA* (2002), 98-128; Daniela KLEINHEISTERKAMP, *Kreditwesengesetz und Strafverfahren...*, cit., 200-225; Ralf KÖLBEL, *Selbstbelastungsfreiheit: Der nemo-tenetur-Satz im materiellen Strafrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2005, 275-305; 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, 28-48. Entre nós, com clara inspiração na doutrina alemã, cf. Manuel da COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, cit., 124-127, Vânia COSTA RAMOS, «Corpus Iuris 2000 (Parte II) ...», cit., 59-72, e Augusto SILVA DIAS e Vânia COSTA RAMOS, *O direito à não auto-inculpação...*, cit., 14-17.

⁽²²⁾ A citada decisão do *BVerfG* sobre a insolvência alude, expressamente, à dignidade da pessoa humana como fundamento do *nemo tenetur* (embora se refira, também, à liberdade de ação e ao direito geral de personalidade). Outras referências a autores e acórdãos em que a dignidade humana é elevada a fundamento direto do direito à não autoincriminação podem encontrar-se em Klaus ROGALL, *Der Beschuldigte als Beweismittel...*, cit., 140 e notas respectivas. Para esta corrente de opinião, que assenta no conceito kantiano de autonomia, a coerção para a confissão degrada o homem a objeto do processo e, por isso, ofende a sua dignidade.

⁽²³⁾ Para Klaus ROGALL, *Der Beschuldigte als Beweismittel...*, cit., 129-137 e 139-148, o *nemo tenetur* é uma das plúrimas manifestações do direito geral de personalidade, direito fundamental subsidiário de que se extrai a liberdade geral de ação e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

informativa⁽²⁴⁾. Numa perspetiva processual, o *nemo tenetur* é apresentado como corolário natural do princípio do Estado-de-Direito (Art. 20 III GG) e dos seus subprincípios (o direito de audiência, o “fair trial” e a presunção de inocência)⁽²⁵⁾ ou ainda como projeção da estrutura acusatória do processo⁽²⁶⁾.

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⁽²⁷⁾. A tentativa “tradicional” de determinar o sentido e alcance do *nemo tenetur* a partir da consideração dos seus fundamentos jurídico-constitucionais (“análise dedutiva”) 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 telefónicas ou gravações ocultas (sempre que a oportunidade e o tema da conversa não sejam influenciados pelos investigadores ou particulares às suas ordens)⁽²⁸⁾.

A insuficiência dos resultados da metodologia dedutiva encontra duas explicações. Desde logo, a circunstância de nos escritos e decisões judiciais sobre a matéria se espriar uma tão surpreendente e diversificada paleta de soluções — formando, nas palavras de LORENZ, um “ramo colorido” (“*bunten Strauß*”) ou uma autêntica “cornucópia de fundamen-

⁽²⁴⁾ Pode encontrar-se uma referência específica a este fundamento, entre outros, em Tobias MAHLSTEDT, *Die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei: Informelle Informationserhebung und Selbstbelastungsfreiheit*, Berlin: Duncker & Humblot, 2011, 86-101. Para além destes, outros fundamentos substantivos são enunciados, mas rapidamente rejeitados pelos autores — p. ex., a liberdade de consciência (Art. 4 I GG), a liberdade de expressão (Art. 5 I GG), o direito à imagem e tutela da honra.

⁽²⁵⁾ Assim, Hartmut SCHNEIDER, *Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzip: auf der Basis eines generalpräventiv-funktionalen Schuldmodells*, Berlin: Duncker & Humblot, 1991, 38 e ss.

⁽²⁶⁾ Este o entendimento subjacente à conceção defendida por Martin BÖSE, «Die verfassungsrechtlichen Grundlagen...», cit., 108-128.

⁽²⁷⁾ Cf. Hartmut SCHNEIDER, *Grund und Grenzen...*, cit., 37, Heinrich Amadeus WOLFF, *Selbstbelastung und Verfahrenstrennung...*, cit., 29, e Martin BÖSE, «Die verfassungsrechtlichen Grundlagen...», cit., 98.

⁽²⁸⁾ Pelo menos, para quem (como a maioria) recusa ancorar a prerrogativa contra a autoincriminação na tutela da privacidade.

tos constitucionais” (“*Füllhorn an Verfassungsgrundsätzen*”) ⁽²⁹⁾ — permite justificar *todas* as conclusões em abstrato conjecturáveis sobre as fronteiras do *nemo tenetur* e, por isso, não funda verdadeiramente nenhuma ⁽³⁰⁾.

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 “*Kleinen München*” ⁽³¹⁾.

4. Em reação a esta aparente sobrevalorização das referências constitucionais, não faltam autores a procurar na configuração concreta das normas legais e nas suas aplicações práticas os elementos determinantes

⁽²⁹⁾ Frank Lucien LORENZ, «“Formalismus, Technizismus, Irrealismus”: Das argumentative Dreigestirn gegen die Einhaltung strafprozessualer Garantien», *StV* (1996), 173.

⁽³⁰⁾ Cf. Torsten VERREL, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren: Ein Beitrag zur Konturierung eines überdehnten Verfahrensgrundsatzes*, München: C.H. Beck, 2001, 5. No mesmo sentido, ROGALL afirma que a multiplicação de fundamentos (materiais e processuais) conduz a uma «enorme sobrevalorização do significado que se pode efetivamente retirar 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).

⁽³¹⁾ Frank Lucien LORENZ, «“Operative Informationserhebung im Strafverfahren, “Unverfügbares” und Grundrechtsschutz durch institutionelle Kontrolle», *JZ* (1992), 1006. A defesa de uma interpretação expansionista do *nemo tenetur* não deixa obnubilada a necessidade de encontrar um ponto de equilíbrio entre as garantias de defesa do arguido e o interesse da realização da justiça criminal. Esse equilíbrio é dado pela ideia de concordância prática fundada na ponderação de interesses conflitantes. Mas não tem faltado 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, que não tem um núcleo absoluto irreprimível nem fronteiras claramente discerníveis *a priori*, deixando tudo em aberto à ponderação e, *hoc sensu*, impondo a sua “relativização”. Criticamente sobre a “ponderação de interesses”, cf. Jurgen WOLTER, «Wider das systemlose Abwägungs-Strafprozessrecht — Über den Niedergang von Gesetzgebung und Rechtsprechung im Strafverfahrensrecht», in *Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011: Strafrecht als Scientia Universalis*, vol. II, Berlin: De Gruyter, 2011, 1245-1268.

de um critério geral definidor do conteúdo prescritivo do *nemo tenetur* (“análise indutiva”) ⁽³²⁾.

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, privilegiam 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 ⁽³³⁾.

⁽³²⁾ São defensores de uma “metodologia indutiva” na determinação do âmbito de proteção do *nemo tenetur* Wolfram REIB, *Besteuerungsverfahren und Strafverfahren: zugleich ein Beitrag zur Bedeutung des Grundsatzes von nemo tenetur se ipsum prodere im Besteuerungsverfahren*. Köln: Deubner, 1987, 141 e ss., Martin NOTHHELFER, *Die Freiheit von Selbstbeziehungszwang: Verfassungsrechtliche Grundlagen und einfachgesetzliche Ausformen*, Heidelberg: Decker, 1989, 22 e ss., Harmut SCHNEIDER, *Grund und Grenzen...*, cit., 19 e ss., e Torsten VERREL, «*Nemo tenetur* — Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes — 1. Teil», *NStZ* (1997), 361, 364.

⁽³³⁾ É o caso de Nikolaus BOSCH, *Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips...*, cit., 30-31, e, numa manifestação mais exasperada do funcionalismo, Michael PAWLK, «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*, (1999), 624-646. Na opinião de BOSCH, o fundamento da liberdade contra a autoincriminação é imanente ao processo e às suas finalidades, não devendo procurar-se em considerações que ao processo são estranhas. Entre essas finalidades, este autor destaca a *prevenção especial-positiva de socialização* — «no essencial dependente de saber em que medida está o cidadão preparado para aceitar a sentença contra si proferida» e «aproveitar a oportunidade de se reintegrar na sociedade» (*idem*, 117). A assunção da imputação só é exteriorização do retorno do agente à ordem jurídica se for «o produto da livre autodeterminação do arguido e não da ameaça de possíveis desvantagens em caso de silêncio» (*idem*, 118) — i. é, caso lhe seja garantida uma ampla liberdade contra a autoincriminação. Partindo como BOSCH de uma interpretação funcionalmente orientada do direito à não autoincriminação, PAWLK e LESCH concluem, diversamente, pelo estreitamento do seu âmbito de validade material. Em comum, estes autores sustentam, contrariando a doutrina dominante, que a “liberdade de declaração” (“*Aussagefreiheit*”) do § 136 I 2 StPO não é emanção de um putativo “direito autónomo contra a autoincriminação” (*eigenständiger “Recht auf Selbstbeziehungsfreiheit”*), deixando-se antes derivar do interesse do Estado na sua própria legitimidade. Por outras palavras, a liberdade de declaração surge associada à «função de legitimação do processo» (*Legitimationsfunktion des Verfahren*) como «condição essencial para a eficaz absorção dos protestos» (*wirksame Absorption von Protesten*) (PAWLK, *idem*, 381-383, e LESCH, *idem*, 624, 636-638) — no sentido que estes conceitos adquirem em LUHMANN.

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

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 comprado, 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 o nosso país se encontra vinculado.

«No person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself»⁽³⁴⁾ — é este o texto da proibição estabelecida na V Emenda da Constituição norte-americana, comumente designada como “*privilege against self-incrimination*” em homenagem às suas raízes históricas (a garantia probatória prevista na *common law* inglesa contra a autoincriminação coativa).

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 (“no person”) até à densificação da sua esfera de proteção (“to be a witness against himself”), passando pela delimitação das formas de coerção proibidas (“shall be compelled”)⁽³⁵⁾.

Percorrendo as respostas aos casos criminais sob a jurisdição daquele tribunal extraímos valiosas lições sobre o alcance do *privilege against self-incrimination*. Que transpondo as fronteiras geográficas e jurídicas do Estado, se repercutem decisivamente na interpretação do artigo 14.º, n.º 3, al. g), do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos⁽³⁶⁾. Onde a garantia processual é recebida nos seguintes termos: «*In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the*

⁽³⁴⁾ 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.

⁽³⁵⁾ Sobre este assunto, com pormenor, cf. Kenneth S. BROWN, *McCormick On Evidence*, vol. I, 6th Edition, St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2006, 507; Wayne Israel LA FAVE, *Criminal Procedure*, vol. I, 3th Edition, St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2007, 827-863. Para uma panorâmica geral, Joshua DRESSLER e Alan C. MICHAELS, *Understanding Criminal Procedure*, vol. I (*Investigation*), 5th Edition, New Providence/San Francisco: LexisNexis, 2010, 393 e ss. (esp. 421 e ss.).

⁽³⁶⁾ Aprovado para ratificação pela Lei n.º 29/78, de 12 de junho.

following minimum guarantees: (...) not to be compelled to testify against himself, or to confess guilt.

No conspecto jurídico europeu, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem assume decisivo relevo na definição do sentido e limites do *privilege against 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⁽³⁷⁾). 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)⁽³⁸⁾: na opinião que ficou cristalizada neste aresto, o direito a não contribuir para a própria condenação não se estenderia à «utilização no processo criminal de materiais probatórios que, obtidos do arguido com recurso a poderes compulsórios, 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).

d) As fronteiras do *nemo tenetur* — à procura de um critério

A delimitação da área de tutela do *nemo tenetur se ipsum accusare* é, como se intui, tarefa revestida da maior dificuldade e, simultaneamente, do mais significativo relevo. Para o efeito, impõe-se a definição de um critério apto a discernir, nas zonas críticas de fronteira, entre a colaboração

⁽³⁷⁾ 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.

⁽³⁸⁾ Para além do tema citado em texto, o TEDH teve também oportunidade de decidir sobre a extração de inferências desfavoráveis do silêncio do arguido (cf. caso *John Murray C. Reino Unido* (1996)), sobre a utilização de “meios enganosos” para a obtenção de declarações autoincriminatórias (cf. casos *Allan C. Reino Unido* (2003) e *Bykov C. Rússia* (2009)), sobre a ameaça de sanções para a obtenção de declarações (cf. caso *Heaney e McGuinness C. Irlanda* (2001)), incluindo as especificamente impostas para obrigar à identificação do condutor no direito rodoviário (cf. 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 (cf. casos *Funke C. França* (1993), *J.B. C. Suíça* (2001)), sobre a utilização de meios “ocultos” para a obtenção de um exemplar de voz (cf. caso *P.G. e J.H. C. Reino Unido* (2001)) e sobre a utilização de eméticos para a recuperação de prova (cf. caso *Jalloh C. Alemanha* (2006)). Para uma análise circunstanciada destes acórdãos, cf., na doutrina portuguesa, Joana COSTA, «O princípio *nemo tenetur...*», cit., 117-183.

coercivamente imposta (proibida) e a mera sujeição a diligências de prova (permitida ⁽³⁹⁾).

1. Nos Estados Unidos da América, a formulação literal da V Emenda proíbe apenas que alguém seja obrigado a *declarar* contra si mesmo (“to be a witness *against himself*”), 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*” ⁽⁴⁰⁾ — uma corrente de opinião não muito distante do “critério da conduta” (“*Verhaltenskriterium*”) defendido pela doutrina alemã dominante.

2. No panorama jurídico alemão, a doutrina tradicional e (ainda) dominante 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

⁽³⁹⁾ Senão veja-se o art. 61.º, n.º 3, al. *d*), do Código de Processo Penal, 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».

⁽⁴⁰⁾ 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*”) 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.

obrigações de colaboração ativa (“*active Mitwirkungspflichten*”) ⁽⁴¹⁾. 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 — daí a referência à “fórmula do objeto” (“*Objektformel*”) também usada para designar esta teoria.

As dificuldades de aplicação, fragilidades e inconsistências da teoria tradicional — 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 “*Horfalle*” — 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 (GRÜNWARD) ⁽⁴²⁾, a previsão de deveres explícitos de colaboração como alternativa às intromissões corporais coativas (NEUMANN) ⁽⁴³⁾, a diferenciação de acordo com o objeto de tutela ou a proteção do arguido como “portador de conhecimento” (REIß) ⁽⁴⁴⁾ e a diferenciação entre instrumentalização física e espiritual (VERREL) ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴¹⁾ Por todos, cf. Klaus ROGALL, *Der Beschuldigte als Beweismittel...*, cit., 54 e ss., e Claus ROXIN e Bernd SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, 26. Auflage, München: C.H. Beck, 2009, 172 e ss., 209 e ss. Entre os comentaristas, cf. Daniel KRAUSE, em anotação ao § 81a, Rn. 6 e ss. (esp. Rn. 22), *Löwe-Rosenberg StPO*, Band II, 26. Auflage, Berlin: De Gruyter, 2008, e Klaus ROGALL, em anotação ao § 81a, Rn. 6 e ss., *Sk-StPO*, 64. Aktualisierungslieferung, Neuwied: Luchterhand, 2009, e, do mesmo autor, os comentários prévios aos §§ 133 e ss., Rn. 59 e ss., *Sk-StPO*, Band II, 4. Auflage, Köln: Carl Heymanns, 2010.

⁽⁴²⁾ Gerald GRÜNWARD, «Probleme der Gegenüberstellung zum Zwecke der Widererkennung», *JZ* (1981), 423-429.

⁽⁴³⁾ Ulfrid NEUMANN, «Mitwirkungs- und Duldungspflichten des Beschuldigten bei körperlichen Eingriffen im Strafverfahren: zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grenzen körperlicher Eingriffe (§ 81 a StPO)», in *Festschrift für E. A. Wolff: zum 70. Geburtstag am 1.10.1998*, Berlin: Springer, 1998, 373-393.

⁽⁴⁴⁾ Wolfram REIß, *Besteuerungsverfahren und Strafverfahren: zugleich ein Beitrag zur Bedeutung des Grundsatzes von nemo tenetur se ipsum prodere im Besteuerungsverfahren*, Köln: Deubner, 1987, 176 e ss.

⁽⁴⁵⁾ Torsten VERREL, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren...*, cit., 253 e ss.

3. Os contributos colhidos da experiência jurídica norte-americana e da fecunda lição alemã permitirão esboçar um critério autónomo de diferenciação, apto a iluminar as orientações normativas e sentidos de decisão entretanto delineados pela doutrina e jurisprudência nacionais para algumas das questões mais problemáticas que os casos da vida põem, também entre nós, em evidência.

Esse critério — antecipámo-lo já — coloca as fronteiras da prerrogativa contra a autoincriminação entre a proibição de todas as formas não voluntárias de colaboração probatória do arguido⁽⁴⁶⁾ e a redução do *nemo tenetur* à sua expressão mais nuclear de liberdade negativa de declaração (que exclui do seu âmbito todos os atos de colaboração não-verbal)⁽⁴⁷⁾. De facto, se é

⁽⁴⁶⁾ Expressão desta visão “maximalista” do *nemo tenetur* são, na doutrina germânica, 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 e ss. Parece ser esse, também, o entendimento maioritário da doutrina nacional — cf., por todos, Augusto SILVA DIAS e Vânia COSTA RAMOS, *O direito à não auto-inculpação...*, cit., onde se recusa tanto o binómio atividade/passividade como a distinção entre informações dependentes e não dependentes da vontade do arguido e se aponta para a concordância prática como panacea para solucionar todos os casos de conflito entre esta versão “amplificada” do *nemo tenetur* e os interesses da investigação.

⁽⁴⁷⁾ Este é, como vimos, o entendimento perfilhado 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 e ss., e Heiko Harmut LESCH, «Inquisition und rechtliches Gehör...», cit., 624 e ss. Criticando o tradicional “critério da conduta” (“*Verhaltenskriterium*”), outros autores propõem de forma mais “moderada” 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, «Verdachtslose Atemalkoholkontrolle...», cit., 172) do âmbito de validade material do *nemo tenetur*. Perfilhando também uma conceção restritiva, cf., no panorama nacional, Frederico da COSTA PINTO, «Supervisão do mercado...», cit., 95 e ss., para quem a prerrogativa contra a autoincriminação se reconduz e se circunscreve à tutela do direito ao silêncio, ou seja, «abrange apenas e só o direito a não responder a perguntas ou prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados e não abrange o direito a recusar a entrega de elementos que estejam em seu poder» (*ibidem*). Ainda nas palavras de COSTA PINTO, o *nemo tenetur* «permite que o arguido não preste declarações quando inquirido no âmbito de um processo de contra-ordenação, (...) mas não se aplica fora do processo e não permite que o arguido frustre a execução de diligências de prova com a recusa de entrega de documentos» (*idem*, 96).

verdade que o arguido «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»⁽⁴⁸⁾, não se pode no extremo oposto pretender que as garantias processuais eliminem todas possibilidades de utilização de elementos probatórios provenientes da esfera do arguido — 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 os eventuais vestígios que a sua passagem no local do crime possa ter deixado⁽⁴⁹⁾.

2. Concretizações práticas

Na última parte do nosso trabalho, e reunidos os necessários pressupostos metodológicos, são criticamente interpeladas as soluções normativas e jurisprudenciais ensaiadas para alguns dos mais candentes e ferinos problemas do direito à não autoincriminação e, onde se justifique, ensaiadas vias de resposta alternativas para velhas e novas questões. Essas são, todavia, matérias em que se impõe, para já, maior reserva.

⁽⁴⁸⁾ Gabriele WOLFLAST, «Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnung — Besprechung des BGH-Urteils vom 9.4.1986 — 3 StR 551/85 (NSTZ 1987, 133)», *NSIZ* (1987), 104.

⁽⁴⁹⁾ Heinrich Amadeus WOLFF, *Selbstbelastung und Verfahrenstrennung...*, cit., 95.