

## CAPÍTULO XVII

### **Liberdade, segurança e alguns aspectos do dever de colaboração do arguido no processo penal português**

**ANA PAULA GUIMARÃES<sup>1</sup>**  
*Universidade Portucalense (Portugal)*

#### **1. Introdução**

O regime legal das proibições de prova exige que a prova e os meios da sua obtenção sejam aceitáveis e rigorosos pelo seu capital interesse, utilidade e importância no contexto de uma provável acusação e plausível condenação. Por isso que não possam ser obtidas, utilizadas e produzidas todas as provas convenientes e relevantes para o eficaz combate à criminalidade, tão desejado pela população em nome da sua segurança e da satisfação das pretensões retributivas que a opinião pública reclama, com alguma insistência, nomeadamente por força do espírito de descontentamento com a justiça criminal a que se vem assistindo e que, por sua vez, carrega uma reivindicação justicialista e securitária.

A segurança e a defesa da ordem pública são tarefas estaduais, bem como a prevenção da criminalidade. A consecução deste desiderato, conforme a história se encarregou de nos demonstrar, é capaz de importar agressões graves a bens jurídicos de que o cidadão é titular. Daí que a operacionalidade das entidades competentes para a investigação criminal, para a acusação e para o julgamento tenham de respeitar a irrefragável *concepção da realização legalmente possível e humanamente comportável das diligências probatórias necessárias*, assente nas traves constitucionais de um Estado de Direito democrático e social. Pode, então, o arguido ser compelido à realização de diligências probatórias? Vejamos.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito; docente de Direito Penal e de Processo Penal na Universidade Portucalense e investigadora do Instituto Jurídico Portucalense, na linha “Dimensions of Human Rights”, UPT/IJP, Rua Dr. António Bernardino Almeida, 541-619, 4200-072 Porto, Portugal; e-mail institucional [apg@upt.pt](mailto:apg@upt.pt)

## 2. O dever de sujeição às diligências de prova e medidas de coacção previstas, ordenadas e realizadas por entidade competente

O art. 61º, nº 3, alínea d) do Código de Processo Penal faz recair sobre o arguido o dever de se sujeitar a todas as diligências de prova e medidas de coacção especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente, a fim de se concretizar a finalidade última do processo penal.

A Constituição da República Portuguesa consagra o direito à presunção de inocência até ao trânsito em julgado da sentença condenatória e estabelece o direito à segurança e à liberdade pessoal, nos artigos 32º, nº 2 e 27º, respectivamente.

A lei reconhece a não obrigatoriedade de o arguido se pronunciar sobre os factos que lhe são imputados, no artigo art. 61º, nº 1, al. d) do Código de Processo Penal, resultante do direito ao silêncio. Por outra via, a doutrina confirma o privilégio à não auto-incriminação, em nome e homenagem à autonomia pessoal.

O artigo 172º, nº 1 do Código prescreve que qualquer pessoa pode ser compelida, por decisão da autoridade judiciária competente, a realizar exame ou a facultar coisa que deva ser examinada no caso de pretender eximir-se ou obstar ao exame devido.

Em legislação complementar, o artigo 6º da Lei nº 45/2004, de 19 de Agosto, que estabelece o regime das perícias médico-legais e forenses, impõe a obrigatoriedade de sujeição a exames médico-legais quando estes se mostrarem necessários ao inquérito ou à instrução de qualquer processo, desde que ordenados pela autoridade judiciária competente, nos termos legais.

A Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro, que aprova a criação de uma base de dados de perfis de ADN para fins de identificação civil e criminal, no artigo 8º, prevê a colheita compulsiva de vestígios biológicos. É possível a recolha de amostras biológicas a arguido com finalidades de investigação criminal e de constituição de base de dados de ADN, que pode ser ordenada oficiosamente por despacho judicial, a partir da constituição de arguido<sup>2</sup> e, quando não se tenha procedido à

---

<sup>2</sup> Em correspondência com o preceituado nos artigos 57º e seguintes do Código de Processo Penal, trata-se de acto imposto a um cidadão por um órgão da administração da justiça penal ou a pedido do próprio sempre que estejam a ser efectuadas diligências destinadas a comprovar uma imputação que pessoalmente o afectem. A partir da constituição de arguido na acção penal, transita-se do procedimento criminal, que teve o seu início com o conhecimento por parte do Ministério Público da existência de uma infracção criminal e subsequente abertura do inquérito (seguindo um conjunto de regras e actos procedimentais), para o processo. O arguido

recolha da amostra nos termos indicados, é ordenada mediante despacho do juiz de julgamento e após trânsito em julgado, a recolha de amostras em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a três anos, ainda que haja lugar a pena substitutiva.

Também o Acórdão de fixação de jurisprudência, do Supremo Tribunal de Justiça, de n.º 171/12.3TAF.LG.G1-A.S1, de 28/05/2014 (relator: Conselheiro Armindo Monteiro), veio decidir: “Os arguidos que se recusarem à prestação de autógrafos, para posterior exame e perícia, ordenados pelo Exmo. Magistrado do M. P., em sede de inquérito, incorrem na prática de um crime de desobediência, previsto e punível pelo artigo 348.º, n.º 1 b), do Código Penal, depois de expressamente advertidos, nesse sentido, por aquela autoridade judiciária”. O Supremo Tribunal de Justiça reconheceu, deste modo, a legitimidade de o Ministério Público emitir uma ordem ao arguido no sentido de este escrever pelo seu próprio punho determinadas palavras, com a finalidade de subsequente de perícia à letra, conjugando vários normativos do Código de Processo Penal, a saber, os artigos 60º, 61º, n.º 1, alínea d), e n.º 3 alínea d), 171º a 173º e 125º e 126º. A recolha de autógrafos, ainda que não se encontre especificada na lei processual penal como diligência de prova, a verdade é que não foi entendida como “extorsão de declarações ou de quaisquer actos processuais que não sejam expressão da vontade livre do arguido” e muito menos como um modo de auto-contribuição para a própria inculpação.

O arguido é, como sabemos, um "sujeito" do processo. Nesse sentido, não é coisificável ainda que em nome das dignas finalidades próprias do processo penal.

Do estatuto do arguido e da consagração constitucional do princípio da presunção de inocência, bem como do privilégio da não auto-incriminação resultará que depende unicamente da vontade e liberdade do arguido participar em diligências de prova em um processo de natureza criminal? A recusa do arguido de participação em diligências de prova é legítima e impeditiva da correspondente recolha do meio de prova em causa?

---

adquire o *status activus/positivus processualis*. Sobre o assunto, ver mais pormenorizadamente Cunha, José Manuel Damião da, *O caso julgado parcial. Questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*, Porto: Universidade Católica (2002), pp. 331 ss. e 343, respectivamente.

### 3. Sobre a relevância ou irrelevância da vontade do arguido e a exigibilidade de um comportamento passivo do arguido e exigibilidade de um comportamento activo do arguido

Doutrinariamente são defendidas duas concepções sobre o privilégio ou prerrogativa de não auto-incriminação.

Uma, com dimensão minimalista, que o reduz ao direito ao silêncio no que toca à prova por declarações do arguido, consubstanciando-se no direito do arguido a não responder a perguntas feitas, por qualquer autoridade, sobre os factos imputados (Livro III — Da Prova —, Título II — Dos meios de prova —, Capítulo II — Das declarações do arguido, artigos 140º e ss. do Código de Processo Penal). Daí que o arguido, em caso algum, preste juramento e o seu silêncio não possa ser avaliado em seu desfavor. O legislador não obriga o arguido a todas e quaisquer diligências de prova, pelo que o exercício do direito ao silêncio não o fará nunca incorrer na prática do crime de desobediência previsto e punido no art. 348º, nº 1, alínea b) do Código Penal.

Já assim não é no que respeita às demais diligências probatórias coactivas em que, de acordo com a cominação legal, a recusa de colaboração do arguido na descoberta da verdade, induzida pelo dever de se sujeitar às diligências de prova, nos termos do preceituado no art. 61º, nº 3, alínea c) do Código de Processo Penal, terá como consequência, conforme os casos, ou a prática do crime de desobediência, ou a sua execução forçada ou imposta<sup>3</sup>, mesmo que pelo uso da força, desde que dentro dos limites permitidos pelo artigo 126º que define os métodos proibidos de prova. O que se traduz, por outras palavras, em uma obrigação para o arguido de colaborar com as entidades competentes para o apuramento da verdade e a realização do direito, desde que não se esteja perante prova meramente declaratória<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> A aplicação ao arguido de uma sanção criminal pelo crime de desobediência poderia ser-lhe favorável em face do risco da incriminação a que se furtaria pela sua recusa. Ver, neste sentido, Pérez Marín, M. Ángeles, «El ADN como método de identificación en el proceso penal», *Revista do Ministério Público*, Ano 33, nº 132, Out./Dez.(2012), p. 149.

<sup>4</sup> Neste sentido a jurisprudência do STJ de que damos alguns exemplos: o direito ao silêncio por parte do arguido, não sendo um direito ilimitado, incide sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar, ou seja, abrange apenas o interrogatório substancial sobre a factualidade integradora da acusação e declarações sobre ela já prestadas e a questão da culpabilidade; o silêncio não pode prejudicar o arguido, mas dele não pode retirar benefícios (Proc. nº 07P3227 de 10/01/2008); «o arguido não pode ser obrigado, nem deve ser condicionado a contribuir para a sua própria incriminação, isto é, tem o direito a não ceder ou fornecer informações ou

Outra perspectiva, com amplitude maximalista, sustenta a não obrigatoriedade de o arguido proporcionar às entidades competentes prova por declarações, prova documental ou de qualquer outra natureza, defendendo o direito de este se recusar a participar activamente nas diligências de recolha de prova que o possam incriminar. Admite e estende o privilégio da não auto-incriminação a todas as diligências probatórias em que a utilização do arguido, do seu corpo ou partes do seu corpo sirvam de meio de obtenção de prova ou como meio de prova contra si próprio, desde que se destinem a influenciar negativamente a prova, no sentido de a dirigir contra si. A infinitização da não auto-incriminação pretende impedir que o arguido seja transformado em simples objecto de prova, «consubstanciando-se num direito a não ser obrigado a fornecer prova (material, documental, declaracional, ou outra) da sua culpabilidade»<sup>5</sup>, o que sucederia em relação às amostras biológicas nos casos em que a extracção pressupõe alguma actividade por parte do visado, cooperação e contribuição individual sem a qual a diligência não seria viável, nem exequível. O sucesso de grande parte das intervenções corporais que consistem na recolha de material genético depende de condutas passivo/activas e de acções preparatórias e de acompanhamento dos exames; não se trata verdadeiramente de uma colaboração activa em que o arguido está obrigado a uma acção através do fornecimento de prova, nem é realmente uma simples colaboração passiva em que o arguido está obrigado a suportar a diligência probatória, inactivo e indiferente.

Nesta óptica é amplo o campo de possibilidades de recusa do arguido. Só casos de grave, elevada e excepcional necessidade probatória admitirão que alguém seja compelido à realização dessas diligências. A cooperação do arguido só poderá ser imposta verificadas as condições de legalidade, proporcionalidade e subsidiariedade. A recusa do arguido,

---

elementos que o desfavoreçam, ou a não prestar declarações, sem que do silêncio possam resultar quaisquer consequências negativas ou ilações desfavoráveis no plano da valoração probatória» e que «sendo, porém, este o conteúdo do direito, estão situadas fora do seu círculo de protecção as contribuições probatórias, sequenciais e autónomas, que o arguido tenha disponibilizado ou permitido, ou que informações prestadas tenham permitido adquirir, possibilitando a identificação e a correspondente aquisição probatória, ou a realização e a prática e actos processuais com formato e dimensão própria na enumeração dos meios de prova, como é a reconstituição do facto» (Proc. nº 04P3276 de 05/01/2005).

<sup>5</sup> Pinto, Lara Sofia, «Privilégios contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido: case study: revelação coactiva da password para descriptação de dados: resistance is futile?», *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra: Almedina (2010), p. 109.

verificados estes princípios, será valorada livremente pela entidade investigatória ou pelo julgador, consequência diametralmente oposta à valoração do silêncio do arguido no que respeita às suas declarações<sup>6</sup>. O alicerce desta interpretação vai buscar-se ao privilégio contra a auto-incriminação enquanto construção formal de não obrigatoriedade de auto-inculpação que não exige do arguido o dever geral de colaborar ou coadjuvar o Estado na administração da justiça no que respeita aos factos que lhe são imputados.

O Tribunal Constitucional, no que toca à prerrogativa de não auto-incriminação, decidiu, no Acórdão nº 340/2013, de 11/11/2013 (Relator: Conselheiro João Cura Mariano) que “tem sido reconhecido que o direito à não auto-incriminação não tem um carácter absoluto, podendo ser legalmente restringido em determinadas circunstâncias (*v.g.* a obrigatoriedade de realização de determinados exames ou diligências que exijam a colaboração do arguido, mesmo contra a sua vontade)”.

Não se pode esquecer que o direito ao silêncio, consagrado no art. 61º, nº 1, alínea d) do Código de Processo Penal, constitui uma protecção do arguido face ao poder da administração da justiça penal. Com efeito, a prova por declarações esteve historicamente ligada a metodologias de extorsão da verdade / confissão e à inerente barbárie e crueldade da tortura infligida. Consequentemente o direito ao silêncio tem esta extensão que lhe é inata: proibição de declarações obtidas pela força, contra ou sem a vontade de quem as presta, sobre os factos imputados.

Nesta medida, não tem o arguido o dever de *com as suas declarações e através das suas declarações* colaborar com a administração da justiça penal, precisamente porque a prestação de declarações é depositária de um acto inseparável da vontade de quem as presta. Logo, a impossibilidade de declarações compulsivas do arguido traz consigo a não obrigatoriedade deste comportamento e, portanto, a não obrigatoriedade de uma colaboração forçada do arguido no âmbito da prova declaracional.

Aspecto diferente é o resultante da utilização de prova resultante de declarações prestadas pelo arguido não coactivamente, mas recolhida informalmente pelos órgãos competentes. Qual o valor de

---

<sup>6</sup> Não como presunção ou indício de culpabilidade mas justamente como elemento a levar em consideração na formação da convicção do julgador, Pérez López, Jorge A., «El derecho a la no autocriminación y sus expresiones en el derecho procesal penal», disponível em:

<http://www.derechoycambiosocial.com/revista017/autoincrimacion.htm>

(acedido em 30 de Setembro de 2016).

eventuais declarações verbais espontâneas exteriorizadas fora do âmbito do próprio procedimento criminal *v.g.* antes de se iniciar formalmente o interrogatório? Poder-se-á falar de colaboração activa voluntária do arguido com os inerentes reflexos em sede probatória por não ter sido obtida à força? Atento o princípio das proibições de prova, consagrado no n.º 8 do art. 32.º da Constituição da República Portuguesa, a obtenção e subsequente utilização deste meio de prova resulta proibida por atentatória da integridade moral. A prestação de declarações num quadro situacional em que o arguido cuida legitimamente que não venham a ser utilizadas, não pode converter-se em um acto concretizador de um suplemento de prova contra si próprio. O n.º 8 do art. 32.º da Constituição e o art. 126.º do Código de Processo Penal cominam com a nulidade (mais precisamente nulidade atípica, por outras palavras, um vício de inutilizabilidade ou de inexistência) as provas conseguidas por meios desleais ou com recurso a artifício ou astúcia por parte de quem prossegue a actividade investigatória. De resto, o Supremo Tribunal de Justiça<sup>7</sup> já se pronunciou no sentido da irrelevância de todas as conversas ou quaisquer outras provas recolhidas informalmente.

O arguido é um sujeito processual e não um simples objecto ou um mero meio de prova. Enquanto sujeito processual está dotado de direitos e também incurso em deveres específicos. Nesta extensão de sujeito sobre quem recaem obrigações, ao longo do procedimento criminal, o arguido aparece como objecto ou meio de prova em sentido técnico, de formas, graus, duração e ritmos variáveis. É assim mesmo quando decide prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados, quando é objecto de reconhecimento, de prova pericial, de

---

<sup>7</sup> No Proc. n.º 06P4593 de 15/02/2007. Nele se distinguem as provas obtidas informalmente já no decurso de um inquérito com a constituição da pessoa como arguido, pressuposto do exercício do direito ao silêncio, das recolhidas informalmente no âmbito da prática dos actos necessários e urgentes para assegurar os meios de prova, como colher informações das pessoas que facilitem a descoberta dos agentes do crime ao abrigo do disposto no art. 249.º do CPP, em que a actividade dos órgãos de polícia criminal não se dirige contra ninguém em particular e ainda sem abertura de inquérito. Afirmam os Senhores Conselheiros: «Ainda que provenham de eventual suspeito, essas informações não são declarações em sentido processual, precisamente porque não há ainda processo. Completamente diferente é o que se passa com as ditas “conversas informais” ocorridas já durante o inquérito, quando já há arguido constituído, e se pretende “suprir” o seu silêncio, mantido em auto de declarações, por depoimentos de agentes policiais testemunhando a “confissão” informal ou qualquer outro tipo de declaração prestada pelo arguido à margem dos formalismos impostos pela lei processual para os actos a realizar no inquérito».

revistas, de buscas, de exames, de intercepções telefónicas, entre outros. Ou seja, meios de obtenção de prova e meios de prova existem cuja aquisição, utilização e valoração não dependem da vontade ou do consentimento do arguido. Elementar é que a actividade probatória seja conduzida e orientada no quadro dos limites legais que concedem materialidade ao carácter constitutivo dos superiores princípios constitucionais e de direito internacional nesta sede.

Passamos a uma das concretizações possíveis no sistema processual penal português.

O estatuto processual do arguido impõe-lhe a obrigatoriedade de efectuar os exames ordenados com vista à colheita de vestígios biológicos para determinação do seu perfil genético e consequente comparação com os deixados no local do crime. O não cumprimento da decisão judicial pode dar lugar a responsabilidade criminal — crime de desobediência previsto e punível no art. 348º, nº 1, alínea b) do Código Penal. A cominação da pena de prisão até um ano ou pena de multa até 120 dias é a primeira consequência jurídica a que se segue a cominação jurídico-processual preceituada no art. 172º, nº 1 no sentido de conferir efectividade à ordem emanada para realização da diligência probatória através do uso da força, se necessário. Havendo fundadas razões para crer que o arguido se não apresentará voluntariamente, resistindo à submissão ao exame, poderá ser detido para comparência nos termos dos arts. 254º, nº 1, alínea b) e 257º, nº 1, alínea a) do Código de Processo Penal.

Daqui resulta que a actividade indagatória e a eficácia da justiça — imprescindíveis para a descoberta da verdade factual e para a realização da justiça no caso concreto — pressupõem a pessoa do arguido como *meio de prova*, seja através das declarações que voluntariamente decida prestar, seja através de elementos que sobrevenham do seu corpo.

A óptica do arguido como *sujeito meio de prova* aponta para o indivíduo integrador dos valores comunitários, portador de uma porção de responsabilidade social na relação *eu e o outro*, inserido num modelo societário em que as razões da segurança colectiva interceptam a formulação do valor liberdade individual.

Neste âmbito, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem estabelecido a distinção entre provas obtidas dependentes de um acto de vontade do próprio arguido e provas produzidas independentemente da vontade do arguido.

As declarações auto-incriminatórias cabem no primeiro tipo porquanto a sua realização se subordina necessariamente a um acto de vontade do próprio. Já a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido, para efeito de determinação do seu perfil genético, tem

cabimento no segundo tipo pois que a sua produção não pressupõe um acto de vontade do visado.

Defendendo a perspectiva de que o direito a não ser obrigado a depor contra si mesmo — direito ao silêncio — é uma «componente do direito de defesa» está Germano Marques da Silva. Nesse sentido «as declarações prestadas pelo arguido (...) devem ser consideradas como manifestação pessoal do direito de defesa do arguido, disponível, por isso, e não como meio de prova sujeita ao dever de verdade»<sup>8</sup>. A não sujeição ao dever de verdade é corolário do direito de defesa. O exercício do direito da defesa não se destina a auxiliar o Ministério Público a acusar ou o julgador a condenar o arguido, por outras palavras, pode comprometer a descoberta da verdade. De forma responsável, no uso da sua liberdade plena, será sempre a vontade do arguido que determinará se quer tomar posição sobre os factos que lhe são imputados e esclarecê-los. Caso assim pretenda, decidirá a forma de o fazer — sobre a totalidade ou sobre parte deles — e quando o fizer, elucidando os órgãos competentes sobre a sua participação ou não participação neles e os termos da sua intervenção, dando o seu contributo para a descoberta da verdade nos precisos termos em que assim o pretenda. Em termos mais claros, sendo o direito ao silêncio renunciável não é impeditivo de o arguido se pronunciar sobre os factos voluntária e conscientemente, no uso da sua liberdade de expressão. Não impede o arguido de se comprometer com os factos nos limites do seu querer. Já não é assim no que respeita a diligências de prova que consistem na recolha de material biológico. Mesmo que realizadas contra a vontade do visado, a recolha de saliva através de zaragatoa bucal não pressupõe uma manifestação de vontade do visado para a sua obtenção. A recusa da colaboração ou a recusa em permitir a recolha não afasta a sua realização coactiva. A prova assim obtida não é prova apresentada pelo arguido, não é prova por ele fornecida directamente.

Por outras palavras, constituindo a livre realização da personalidade ética do homem um limite ao exercício da actividade punitiva, a nossa ordem normativa processual-penal não invalida que o arguido, investido dessa posição processual, não possa ser também *meio de prova*. Meio ou objecto de prova em sentido material quando presta declarações sobre os factos — na medida em que sobre ele não recai a obrigação de falar, não podendo ser coagido a fazê-lo e, mesmo falando,

---

<sup>8</sup> Silva, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, III, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 3<sup>a</sup> ed. revista e actualizada (2009), p. 238. O Autor justifica, com base neste entendimento, que não se punam criminalmente as declarações voluntárias que não correspondam à verdade sobre os factos.

não tem um dever de dizer a verdade porque não é testemunha em causa própria — e meio ou objecto de prova em sentido formal quando o «seu corpo e o seu estado corporal podem ser objecto de exames»<sup>9</sup>. Na prossecução dos interesses processuais importa que seja assegurada a impossibilidade de obtenção de declarações coactivas ou a prática de outros actos processuais que impliquem confissão involuntária. Donde as diligências probatórias coactivas sejam rigorosamente circunscritas e legalmente delimitadas. A sua admissão é limitada e sujeita a restrições várias. Acresce que a recolha de uma amostra biológica «constitui a “base para uma mera perícia de resultado incerto”, não contendo qualquer declaração ou comportamento activo do examinando no sentido de assumir factos conducentes à sua responsabilização»<sup>10</sup>.

Existe uma orientação que é dominante, quer doutrinária, quer jurisprudencial (do direito nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem) que entende estar o privilégio de não auto-incriminação relacionado com o respeito pela vontade do arguido de ficar em silêncio quanto aos factos que lhe são atribuídos. Este direito não se estenderá de forma ampla e literal à utilização no processo penal de provas que possam ser obtidas do corpo e com o corpo do arguido coercivamente, de provas que existam independentemente da sua manifestação de vontade. É o que sucede quando, por exemplo, são recolhidas amostras biológicas para efeito de análise de ADN em cumprimento de prévio despacho judicial que as autoriza.

A aludida diferenciação entre os *meios de obtenção de prova dependentes* e os *meios de obtenção de prova não dependentes de acto de vontade do arguido* tem implicações jurídico-processuais a nível do princípio do privilégio não auto-incriminação.

Entendem-se as provas obtidas independentemente da vontade do arguido (*v.g.* documentos obtidos por meio de cumprimento de um mandado de busca, colheitas de sangue, urina e outros tecidos corporais destinados a análise de ADN) como não dizendo respeito ao direito ao silêncio, estando excluídas da prerrogativa da não auto-incriminação; rejeita o entendimento «do privilégio contra a auto-incriminação como privilégio de não contribuir “com o seu próprio corpo” para a auto-incriminação», afirmando estar «excluída qualquer pretensão de o arguido determinar, pela sua vontade, quais as provas que contra si podem ser apresentadas, resultado

---

<sup>9</sup> No duplo sentido que lhe é atribuído por Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, reimpressão (2004), pp. 436 a 439.

<sup>10</sup> Veja-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 418/2013, relativo ao Proc. n.º 120/2011, de 15/07/2013.

a que se chegará pela aplicação de um amplo e injustificado entendimento do privilégio»<sup>11</sup>. Veja-se o Acórdão de 11/10/2011, proferido pelo Tribunal da Relação de Évora, no Proc. n.º 101/09.0 GBMMN.E1. O centro de discussão neste Acórdão reside na questão de saber se do ponto de vista substancial o direito à não auto-incriminação se aplica ao exame de sangue. Dele se extrai que a expressa recusa em colaborar ou a permitir um exame de sangue não afasta a sua realização coactiva, que a prerrogativa da não auto-incriminação só é aplicável aos casos em que o arguido é obrigado apresentar prova contra si. O fundamento encontra-se na inexistência de um acto de manifestação de vontade de quem tem de suportar a diligência probatória. O exame coactivo de sangue e o resultado da respectiva análise, dizem os nossos Tribunais superiores, não constitui uma verdadeira auto-incriminação pois que a prova não é facultada voluntariamente pelo arguido, não é por ele apresentada; ao contrário, é-lhe recolhida, ainda que à força. Isto é, a prova não está dependente de um acto de vontade do sujeito passivo, por isso, a extracção coactiva de uma amostra de cabelo, de sangue ou de outros fluidos corporais não se traduz, para o arguido, na obrigatoriedade de apresentação de uma prova que pode ser auto-incriminadora.

Por sua vez, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30/01/1990, no Proc. n.º 0004755 julgou não constituir crime de desobediência a recusa do arguido de intervir numa recolha de autógrafos ordenada pelo Tribunal, em fase de julgamento, destinada a apurar se determinado documento foi por ele assinado que se seguiu à recusa de prestar declarações. Esta instância fez equivaler a recolha de autógrafos à prestação de declarações sobre a veracidade ou falsidade da assinatura: «equivale a um especial tipo de declarações, não por via oral, mas por escrita». Exactamente a mesma questão foi apreciada pelo Tribunal da Relação do Porto, em Acórdão proferido em de 28/01/2009, no Proc. n.º 0816480, que ditou ser ilegítima a ordem dada ao arguido pelo magistrado do Ministério Público no sentido de escrever pela sua mão determinadas palavras tendo em vista a perícia à letra, no âmbito de um inquérito instaurado pela prática de um crime de falsificação, com a cominação de que a recusa consubstanciaria um crime de desobediência. Foi confirmada a decisão do Tribunal de 1.ª instância da Comarca de Gondomar que havia absolvido o arguido do crime de desobediência de que vinha acusado por se ter recusado a prestar autógrafos. O fundamento da absolvição assentou na consideração da

---

<sup>11</sup> Disponível em: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

legitimidade da recusa por o arguido não ter de contribuir para a sua incriminação.

A orientação jurisprudencial vai no sentido da obrigatoriedade de o arguido se sujeitar às diligências de prova ordenadas e especificadas na lei e da não aplicabilidade do disposto no art. 61º, nº 1, alínea d) do Código de Processo Penal (direito a não responder a perguntas feitas) a qualquer outra diligência de prova a que o arguido tenha de submeter-se, sob pena de esvaziamento do estipulado no art. 61º, nº 3, al. d) daquele diploma.

A questão não é tanto a de o arguido dispor da possibilidade de escolher as provas que contra si serão produzidas dado que as provas obtidas ou a obter pelas entidades competentes em ordem a acusar ou condenar são produzidas independentemente da vontade daquele pois que, de outro modo, com grande probabilidade, afastaria todas, na medida que ninguém pretenderá ser objecto de um procedimento criminal. Por isso é que quer a Constituição, quer o Código de Processo Penal estabelecem regras e limites relativos à obtenção e utilização dos meios de prova, definindo rigorosamente a relação entre os fins pretendidos e os meios utilizados.

Com efeito, uma coisa é o arguido ser obrigado a sujeitar-se à recolha de autógrafos ou à colheita de ar expirado que implicam a contribuição e atitude activa da sua pessoa e correspondente vontade de escrever ou de soprar, respectivamente, outra, diferente, é o arguido ver-se constringido a sofrer ou a suportar uma actividade sobre si mesmo, ser sujeito a perícias físicas, psíquicas e outras.

É marcada a distinção entre *exigibilidade de um comportamento passivo do arguido* ou *mera tolerância passiva da actividade de terceiro* — na qual se contam os reconhecimentos e alguns exames que decorrem da execução de uma decisão judicial que compele o arguido à sua prática — e *exigibilidade de um comportamento activo do arguido* ou *uma acção positiva do arguido contra a sua vontade*. Enquanto os primeiros «não bulem com o direito do arguido a não colaborar ou contribuir para a sua incriminação, já o mesmo não sucede com as diligências que impliquem uma conduta activa do arguido, como seja, por exemplo, a notificação do arguido para apresentar documentos ou objectos (porventura a arma do crime)»<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Tribunal da Relação do Porto, em Acórdão proferido em 28/01/2009, no Proc. nº 0816480, já atrás referenciado, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Estava em causa uma diligência ordenada ao arguido susceptível de contribuir para a sua incriminação pois que se exigia dele o comportamento activo de escrever, a fim de se apurar a falsificação de um escrito. O acto de escrever exige que o arguido o faça pelo seu próprio punho. O Ministério Público, disse o Tribunal, seguiu a via mais fácil. Este Acórdão pondera também haver uma

Daí a defesa da ilegitimidade da ordem que imponha a intervenção activa do arguido na diligência probatória de recolha de autógrafos por lhe assistir o direito tanto constitucional, como infra-constitucional de recusa. A compreensão da distinção das provas dependentes de uma acção positiva do arguido contra a sua vontade e das provas não dependentes da sua vontade funda-se na associação dos efeitos substanciais da não auto-incriminação com a origem histórica do princípio que está ligado à prestação de declarações por meio de tortura. Se o arguido não está obrigado a depor contra si próprio, a “testemunhar” contra si mesmo, a confessar os factos, já o mesmo se não poderá afirmar relativamente a outros meios de prova – que não a declaracional – dado que legalmente a eles terá de se sujeitar.

Existem meios de prova que sem a colaboração activa do arguido não são praticáveis. É o que se passa com o meio de prova *declarações do arguido* e com a *perícia à letra*. O veículo verbal e o veículo da escrita pressupõem sempre um acto livre de vontade do próprio arguido, sob pena de a sua falta descaracterizar o meio de prova em si. Ou a palavra falada é forçada e pode não corresponder à verdade, ou a palavra escrita não traduz a verdadeira letra de quem a faz e então nenhuma delas servirá para esclarecer com o mínimo de nitidez a verdade factual que se pretende apurar, por ser susceptível de ser viciada e distorcida pela não verdade voluntária. Há nestes meios de prova uma interpenetração entre o *querer* do arguido e a *acção* persecutória do Estado. A negação do arguido torna o meio de prova inidóneo e inadequado. Nesta linha de pensamento, a produção pelo próprio punho de amostras de escrita manual colide com a prerrogativa da não auto-incriminação na medida em que se trata de um exame (e não perícia, sendo esta a fase subsequente) que consiste na obtenção de elementos de prova que servirão para sustentar a perícia, ainda que determinada por autoridade legalmente competente, mas cuja execução pressupõe a colaboração activa do arguido. Todavia, no Acórdão de fixação de jurisprudência nº 14/2014, publicado do Diário da República de 21/10/2014, o Supremo Tribunal de Justiça considerou:

“Os arguidos que se recusarem à prestação de autógrafos, para posterior exame e perícia, ordenados pelo Exmo. Magistrado do M. P., em sede de inquérito, incorrem na prática do crime de um

---

diferença importante no que respeita à natureza, entre o exame de recolha de autógrafos do arguido e o teste de alcoolemia, dado ambos pressuporem uma conduta activa e a lei não colocar à disposição do arguido a liberdade de o fazer ou não. Este último tem natureza predominantemente preventiva, enquanto o primeiro tem cariz exclusivamente probatório.

crime de desobediência, previsto e punível pelo artigo 348º, n.º 1 b), do Código Penal, depois de expressamente advertidos, nesse sentido, por aquela autoridade judiciária”.

O Supremo Tribunal argumentou do seguinte modo:

“O exame à escrita, no aspecto da recolha de autógrafos, não envolve qualquer lesão à integridade física, corpórea ou psíquica, ofensa à honra, dignidade, bom nome, reputação, tanto mais que essa recolha, por regra, ocorre em regime fechado, com o recato devido, apenas uma limitação da sua vontade, um agir num determinado sentido que não o por si desejado, de não se prestar a escrever, mas quando em confronto com o valor da administração da justiça, por estar em causa a indagação da prática de crime de falsificação, cede, por se situar, na justa ponderação de interesses, na colisão de interesses desiguais, num plano inferior, – arts. 36º n.º 1, do CP e 335º n.º 2, do CC. O valor da liberdade individual não pode considerar-se auto-limitado em grau tão elevado que anule o direito do Estado e a defesa dos cidadãos ao direito à perseguibilidade penal, conservando a ordem de fazer o escrito sob cominação de desobediência na hipótese de resposta negativa, ainda, intocado o núcleo duro daquele direito, que suporta, apenas, uma mínima restrição. Em todos os dias essa compressão é visível em variados sentidos da vida humana e nem por isso se diz ter sido abalado em grau insuportável esse direito fundamental”.

E acrescentou:

“Um Estado de direito não pode demitir-se do dever de assegurar o valor-pilar da descoberta da verdade material, salvaguardando, é certo, os direitos do arguido, que não deixa de ser pessoa por sobre ele impender um processo crime, impondo-lhe também deveres, inconcebível quando consagrado um estatuto de distanciamento demasiadamente alongado, tornado chocante e escandaloso, quanto ao ofendido”.

Nos meios de obtenção de prova e nos meios de prova emergentes do corpo humano não se verifica a acima inscrita recíproca razão formativa da prova. Nestes a vontade do arguido ou a falta dela não aponta no sentido da falta de autenticidade ou de veracidade da prova. A recusa da realização da diligência de prova poderá determinar responsabilidade criminal pela prática de um crime de desobediência e mas a falta da prova não pode ser interpretada ou valorada como presunção de culpa, simplesmente não será considerada para efeito da formação da convicção do julgador. Pelo que, nesta perspectiva, recai sobre o arguido a obrigação legal de tolerar passivamente o exame, isto é,

a obrigação de se comportar como objecto de prova. O arguido não colabora activamente na realização das diligências probatórias e é objecto de prova porque aqui não usa da faculdade de colaborar ou não, não exerce a sua liberdade de opção. Este foi o pensamento proveniente do Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 155/2007, de 10/04 (Relator: Conselheiro Gil Galvão), segundo o qual o direito à não auto-incriminação se refere «ao respeito pela vontade de o arguido em não prestar declarações, não abrangendo (...) o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito». Para os Conselheiros, a colheita de saliva não é em si mesma nenhuma declaração, constitui, sim «a base para uma mera perícia de resultado incerto, que, independentemente de não requerer apenas um resultado passivo, não se pode catalogar como obrigação de auto-incriminação».

#### **4. Conclusão**

As preocupações aqui trazidas entroncam no modelo de processo penal onde o arguido assume o protagonismo – corolário dos postulados de liberdade e de respeito pelos direitos fundamentais da pessoa humana – no sentido em é o centro do procedimento, da investigação e da condenação criminal. As declarações e a confissão do arguido não são, nem têm de ser a fonte de informação privilegiada da investigação e sancionamento do facto punível e transcendem o sentido da operatividade probatória. Mais do que meio de prova<sup>13</sup>, mais do que fonte de prova, as declarações do arguido consubstanciam uma expressão do direito de defesa, um direito instrumental do inalienável direito de defesa.

O silêncio constitui um dos modos possíveis — quanto à forma, tipo e conteúdo — do exercício do direito de defesa do arguido e é um evidente obstáculo à procura indistinta e incessante dos factos que se pretende apurar no âmbito da investigação. Apesar da tendencial propensão para confundir o direito ao silêncio e a prerrogativa de não auto-incriminação, a verdade é que existe uma diferença entre ambos, sendo corrente apontar-se duas perspectivas desta última. Do direito ao silêncio decorre a garantia de não auto-incriminação por via declaratória que compreende a liberdade de não testemunhar contra si próprio, a

---

<sup>13</sup> Na sistematização do nosso Código de Processo Penal as declarações do arguido integram o Capítulo II, Título II destinado aos meios de prova. As declarações do arguido, na nossa ordem normativa, mais do que um elemento probatório, são uma verdadeira manifestação do exercício do direito de defesa e do correlativo direito ao contraditório.

liberdade de não confessar e a consequente liberdade de não declaração de culpabilidade. Sendo as declarações do arguido consignatárias de um acto de vontade que lhe é intrínseco, traduzem-se em verdadeiro meio de defesa, em efectivo instrumento de defesa, ou seja, manifestam-se, nem mais nem menos, no direito do arguido ser ouvido. A garantia da não auto-incriminação assegura ao arguido o gozo do direito ao silêncio, mas não lhe confere o direito irrestrito de não colaboração na descoberta da verdade, não lhe atribui o direito à livre escolha dos meios de prova a coligir e utilizar em vista da pretensão punitiva do Estado, nem lhe concede o direito a impedir ou a inviabilizar a realização da justiça penal.

Não obstante a divisão de ópticas do privilégio de não auto-incriminação (minimalista e maximalista), a verdade é que o estado actual do direito processual penal ainda não encontrou, de forma definitiva, uma resposta para a indispensável concordância entre as necessidades estaduais da descoberta da verdade factual e realização da justiça criminal e a necessidade de preservação das garantias de defesa do arguido, designadamente, no que toca com a questão da colaboração deste com a administração da justiça.

Se bem que exista uma distinção entre provas obtidas dependentes de um acto de vontade do próprio arguido e provas produzidas independentemente da vontade do arguido, com efeito, tem-se verificado uma variabilidade de entendimento doutrinário e jurisprudencial de que demos conta quanto à (i) legitimidade de recusa de colaboração do arguido e no que respeita aos seus efeitos, em especial, no que concerne à integração da factualidade típica do crime de desobediência.

A resposta terá de passar por conciliar o poder/dever do Estado de perseguição dos agentes criminosos, em nome da salutar administração da justiça criminal, quando confrontado com outros valores de dimensão jusconstitucional de que os cidadãos são titulares, quer na qualidade de arguidos, quer na de vítimas. É fundamental uma ponderação moderada dos interesses conflitantes, com especial cuidado para se evitar cair em soluções limitativas insuportáveis e irrazoáveis por via da adopção de tendências extremistas, totalitárias, justicialistas e securitárias. O Estado de Direito democrático, proclamado no art. 2º da Constituição da República Portuguesa, requer do aparelho estatal uma pose comprometida, nem maximalista, nem minimalista, em que o Estado tem o dever de proteger os cidadãos e de garantir os valores jusfundamentais, é fundamental encontrar este equilíbrio ao nível da actividade probatória no processo penal. Ponto é que a operacionalidade das entidades competentes para a investigação criminal, para a acusação e para o julgamento respeitem a irrefragável *concepção da realização legalmente*

*Liberdade, segurança e alguns aspectos do dever de ....*

*possível e humanamente comportável das diligências probatórias necessárias, assente nas traves constitucionais de um Estado de Direito democrático e social.*

**Referências bibliográficas:**

- Beleza, Tereza Pizarro e Pinto, Frederico de Lacerda da Costa (coord), *Prova Criminal e Direito de Defesa*, Coimbra: Almedina (2011)
- Código de Processo Penal, Coimbra: Almedina, 6ª edição (2016)
- Código Penal, Coimbra: Almedina, 6ª edição (2016)
- Cunha, José Manuel Damião da, *O caso julgado parcial. Questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*, Porto: Universidade Católica (2002)
- Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, reimpressão (2004)
- Moreira, Vital, Canotilho, José Joaquim Gomes, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, Coimbra: Coimbra Editora (2014)
- Pérez Marín, M. Ángeles, «El ADN como método de identificación en el proceso penal», *Revista do Ministério Público*, Ano 33, nº 132, Out./Dez. (2012)
- Pérez López, Jorge A., «El derecho a la no autocriminación y sus expresiones en el derecho procesal penal», disponível em <http://www.derechoycambiosocial.com/revista017/autoincrimnacion.htm> (acedido em 30 de Outubro de 2016)
- Pinto, Lara Sofia, «Privilégios contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido: case study: revelação coactiva da password para descriptação de dados: resistance is futile?», *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra: Almedina (2010)
- Silva, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, III, Lisboa/S. Paulo, Verbo, 3ª ed. revista e actualizada (2009)