



· U · C ·

**FDUC** FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

# **“O EXAME NEUROLÓGICO P300 – (IN)VIABILIDADE NO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS“**

**PEDRO MIGUEL AZEVEDO BRANCO**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses.

Orientador: Professor Doutor Nuno Fernando Rocha Almeida Brandão

Coimbra  
Janeiro – 2017

## **Agradecimentos**

À minha família pelo apoio incondicional.

À Professora Doutora Arantza Libano Beristain pelo seu precioso contributo.

Ao Professor Doutor Nuno Brandão pela honra que me deu sendo meu orientador e pela disponibilidade que sempre demonstrou ao longo desta jornada.

**Resumo:**

A evolução científica tem trazido importantes contributos para o desenvolvimento das ciências, desde a medicina ao Direito.

No Direito, a ciência muito tem contribuído para uma melhor investigação e, por essa via, para a descoberta da verdade material.

A ciência pôs à disposição do processo penal poderosos instrumentos, desde os exames de ADN até aos aparelhos de gravação e de escuta telefónica, sem esquecer os meios de captação de imagens.

Aproveitar a evolução científica para alcançar a descoberta da verdade no processo penal, compatibilizando-a com a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, no respeito pela dignidade humana, é o caminho que deve ser seguido.

É neste quadro que se insere o exame neurológico P300, o qual pode incluir-se na categoria das provas científicas, tal como o exame de ADN e o teste do álcool.

O exame P300 foi utilizado no âmbito do processo penal noutros países, impondo-se abordar a sua natureza jurídica e analisar a sua viabilidade no processo penal português, curando de saber se e em que medida a sua utilização poderá pôr em causa direitos fundamentais, dando especial atenção ao princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

**Palavras-Chave:** Exame Neurológico P300; Prova científica; Direitos Fundamentais; Princípio *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare*; Direito ao Silêncio;

**Abstract:**

Scientific evolution has been bringing important contributions to the development of sciences, from medicine to Law.

In Law's domain, science has been contributing to a better investigation and thus to the discovery of real truth.

Science has provided powerful tools to the criminal process, from DNA tests to recording and telephone listening devices, and also the means of capturing images.

The way to follow is to take advantage of scientific evolution, to achieve the discovery of the truth in criminal proceedings, making it compatible with the defense of citizens' fundamental rights, while respecting human dignity.

It is within this framework that the P300 neurological examination appears, which can be included in the scientific evidence category, such as the DNA and the alcohol tests.

The P300 test was used in criminal proceedings in other countries and it is necessary to examine its legal nature and analyze its feasibility in Portuguese criminal proceedings, in order to determine whether, and to what extent, its use could jeopardize fundamental rights, with particular emphasis to the principle *nemo tenetur se ipsum accusare*.

**Key-Words:** Neurological Examination P300; Scientific Evidence; Fundamental Rights; Principle *Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare*; Right to Silence;

## **Lista de siglas e abreviaturas**

ADN	Ácido Desoxirribonucleico
Al.	Alínea
Als.	Alíneas
AR	Assembleia da República
Art.	Artigo
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BGH	Bundesgerichtshof – Supremo Tribunal Federal Alemão
BVerfG	Bundesverfassungsgericht - Tribunal Constitucional Federal Alemão
CDEUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
DGSI	Direção Geral dos Serviços de Informática do Ministério da Justiça (IGEFJ)
EUA	Estados Unidos da América
FDUC	Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
GNR	Guarda Nacional Republicana
MP	Ministério Público
PJ	Polícia Judiciária
PSP	Polícia de Segurança Pública
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
RMP	Revista do Ministério Público
RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa

## Índice

Agradecimentos .....	2
Resumo .....	3
Abstract:.....	3
Lista de siglas e abreviaturas .....	5
Introdução .....	7
1 - O exame neurológico P300 .....	7
2 - Casos em que foi utilizado o exame P300.....	10
3 - Natureza jurídica do exame P300.....	13
3 - Direitos fundamentais, eventualmente, violados com a utilização do exame P300.....	18
4 - O princípio <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i> .....	37
4.1 - Definição do princípio .....	38
4.2 - Fundamentos do princípio .....	39
4.3 - Delimitação do princípio .....	42
4.3.1 - Delimitação subjetiva .....	42
4.3.2 - Delimitação material .....	46
4.3.2.1 - Critério da conduta .....	46
4.3.2.2 - Critério da coação e critério do engano .....	49
4.3.2.3 - Critério da existência dos elementos obtidos do arguido independentemente da sua vontade.....	53
4.3.2.4 - Doutrina da visão maximalista .....	54
5 - Em especial a relação da utilização do exame P300 com o princípio <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i> .....	56
Conclusão.....	60
Bibliografia .....	62
Jurisprudência .....	67

## **Introdução**

A constante evolução científica, recentemente, tem dado contributos inestimáveis para o desenvolvimento das mais diversas áreas, desde a medicina, à psicologia, à engenharia e, para aquilo que particularmente nos interessa, também no Direito.

É perfeitamente natural e até plausível que se procure aproveitar a evolução científica para fortalecer e viabilizar a descoberta da verdade em processo penal e melhor realizar a justiça, isto porque “o processo penal é o instrumento legítimo e confiável da realização da justiça”<sup>1</sup>, no entanto, é imprescindível compatibilizar esses métodos científicos com os direitos fundamentais dos cidadãos. A descoberta da verdade em processo penal não é, nem pode nunca ser, motivo para o desrespeito dos direitos fundamentais. Como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>2</sup> os interesses do processo criminal encontram limites na dignidade humana (art. 1º da CRP) e nos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático (art. 2º da CRP), não podendo, portanto, validar-se atos que ofendam direitos fundamentais básicos.

O tema que me proponho abordar no presente trabalho é o exame neurológico P300, o qual pode ser inserido na categoria das provas científicas, a exemplo do que sucede com o exame de ADN e o teste do álcool.

Pretendo demonstrar em que consiste este exame P300; fazer referência aos casos em que já foi utilizado no âmbito do processo penal; abordar a sua natureza jurídica e, por fim, analisar a sua viabilidade no processo penal português, verificando quais os direitos fundamentais, eventualmente, violados com a sua utilização, com especial atenção ao princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

### **1 - O exame neurológico P300**

Este exame médico é utilizado como método de diagnóstico na doença de Alzheimer, para suprir os défices comunicacionais dos pacientes que sofrem de autismo e, ainda, na

---

<sup>1</sup> Branco, Isabel Maria Fernandes, *Considerações sobre a aplicação da suspensão provisória do processo*, Novas Edições Acadêmicas, 2016, pág. 13.

<sup>2</sup> Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2007, pág. 524.

epilepsia.<sup>3</sup> Este exame efetua uma leitura da atividade elétrica cerebral, através da colocação de elétrodos sobre o couro cabeludo, estes impulsos elétricos são denominados pela medicina como “potenciais elétricos”. Quando estes impulsos surgem devido a estímulos (uma imagem, um som, um cheiro ou um sabor) recebidos pelos nossos sentidos são chamados “potenciais evocados”.

Estes “potenciais evocados” podem ser agrupados tendo em conta o tempo de latência, podendo ser classificados da seguinte forma: de curta latência (entre os 0 a 50 milissegundos), média latência (entre 50 a 100 milissegundos) e longa latência (superior a 100 milissegundos). Neste último caso, o facto de a latência ser mais demorada significa que o cérebro interpretou o estímulo, o que quer dizer que já o conhecia. Considera-se, então, que estamos perante “potenciais evocados cognitivos”.<sup>4</sup>

O exame P300 procura, exatamente, estes potenciais evocados cognitivos e a onda denomina-se P300 porque surge aproximadamente 300 milissegundos após o estímulo que lhe deu origem.<sup>5</sup> Conclui-se, então, que quando estamos perante potenciais evocados de baixa latência a pessoa sujeita ao exame não reconhece o estímulo. Pelo contrário, quando estamos perante potenciais evocados de longa latência (“potenciais evocados cognitivos”) conclui-se que houve uma interpretação do estímulo por parte do cérebro, significando que o reconheceu.

Segundo os especialistas Farwell e Valdizán Usón o exame P300, quando utilizado no processo penal, deve ser efetuado através da confrontação do indivíduo sujeito ao exame com três tipos de estímulos: “*targets*”, irrelevantes e provas. Os “*targets*” são os elementos sobre o caso que o indivíduo conhece inevitavelmente porque são do conhecimento público ou em virtude da proximidade ao caso. Os irrelevantes são factos idênticos aos estímulos prova mas que são falsos no contexto da investigação, ou seja, para quem não cometeu o crime a reação do cérebro vai ser igual perante os estímulos irrelevantes e os estímulos prova. Por fim, os estímulos prova são os factos que apenas o autor do crime ou os responsáveis pela investigação podem conhecer. No caso de surgir uma onda P300 de

---

<sup>3</sup> Beristain, Arantza Libano, *Notas sobre la admisibilidad de la prueba neurofisiológica (P300) en el proceso penal español*, in Ver Der Gen H40/2014, pág. 77.

<sup>4</sup> Botelho, Marta Madalena, *O Exame Neurológico P300 em Tribunal e a (in)Viabilidade da sua utilização no Processo Penal português*, in RPCC, Ano 24, Nº1, Janeiro-Março 2014, pág.s 60-64.

<sup>5</sup> Andreu Nicuesa, A./Valdizán Usón, J.R., *Potencial Evocado Cognitivo P300 en la investigación pericial (P300 pericial)*, Revista Derecho y Proceso Penal, Núm 33, Enero-Abril 2014, pág.. 348. Apud Beristain, Arantza Libano, *Notas sobre la admisibilidad de la prueba neurofisiológica (P300) en el proceso penal español*, pág. 78.



longa latência após a confrontação com os estímulos prova, conclui-se que o indivíduo sujeito ao exame praticou o ilícito criminal ou, pelo menos, existe grande probabilidade de o ter feito.<sup>6</sup>

Para melhor se perceber estes três tipos de estímulos, Arantza Beristain cita um exemplo dado pelo especialista Valdizán Usón, no qual numa investigação de um atentado terrorista ocorrido num armazém onde tinham sido colocados explosivos de tipo “y”, o exame P300 seria realizado através do confronto do indivíduo com os seguintes estímulos: “*Targets*” – uma bomba explodiu no armazém x; Irrelevantes – i) o engenho explosivo era uma bomba de tipo “a”; ii) o engenho explosivo era uma bomba de tipo “b”; iii) o engenho explosivo era uma bomba de tipo “c”; Prova – o engenho explosivo era uma bomba de tipo “y”.<sup>7</sup>

Quanto à fiabilidade deste exame, devemos ter em conta que ele apresenta algumas limitações, devido a fatores que podem influenciar os resultados, tais como: a idade do sujeito, o nível de atenção aos estímulos, o facto de ter tomado substâncias que atuem como controlador dos neurotransmissores, entre outros. Apesar destas limitações, ao contrário do que ocorre com o polígrafo, o resultado do exame P300 não pode ser controlado pelo sujeito que a ele se submete, visto que a atividade elétrica neuronal é impossível de ser controlada.<sup>8</sup>

Como resulta claro, a fiabilidade dos resultados é algo controversa, havendo especialistas como Farwell, Donchin e Smith que afirmam ter obtido um grau de fiabilidade de 100%. Outros como Rosenfeld afirmam ter obtido 89% numa investigação e 87% numa outra. Em média tem-se entendido que a margem de risco associada ao exame P300 é de 0,5% a 18%.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Beristain, Arantza Libano, *Notas sobre la admisibilidad de la prueba neurofisiológica (P300) en el proceso penal español*, pág. 78-79.

<sup>7</sup> Andreu Nicuesa, A./Valdizán Usón, J.R., Potencial Evocado Cognitivo P300 en la investigación pericial (P300 pericial), pág. 352-353. Apud Beristain, Arantza Libano, *Notas sobre la admisibilidad de la prueba neurofisiológica (P300) en el proceso penal español*, pág.79.

<sup>8</sup> Botelho, Marta Madalena, *O Exame Neurológico P300 em Tribunal e a (in)Viabilidade da sua utilização no Processo Penal português*, págs. 64-66.

<sup>9</sup> Idem, *ibidem*, pág. 66-67.

## 2 - Casos em que foi utilizado o exame P300

O exame P300 foi utilizado em quatro países: EUA, Espanha, Grécia<sup>10</sup> e Índia<sup>11</sup>; vou fazer referência apenas aos casos mais paradigmáticos.

**I** - A primeira utilização do exame P300 no âmbito do processo penal ocorreu nos EUA em 1999 no caso James B. Grinder.<sup>12</sup> No entanto, o caso mais paradigmático nos EUA no que toca à utilização do exame P300 em processo penal é o caso *Harrington vs. State*. Harrington foi condenado, em 1978, a uma pena de prisão perpétua pela prática de um crime de homicídio. Depois do trânsito em julgado, Harrington levou a cabo várias tentativas para ser submetido a novo julgamento, mas sempre sem sucesso, até que em 2000 requereu a junção aos autos de uma prova que não poderia ter sido obtida à data da sua condenação, prova essa que seria o relatório do exame P300 realizado pelo especialista em psicologia cognitiva Farwell.

Farwell utilizou o método referido acima de três estímulos diferentes: “*targets*”, irrelevantes e provas; acabando por concluir que Harrington não tinha cometido o ilícito porque não tinha memória do local do crime, tendo, no entanto, memória do concerto musical a que dizia ter assistido nessa noite.

Na sequência deste relatório, o Tribunal Federal do Iowa determinou a reabertura do processo e a realização de um novo julgamento. O tribunal acabou por não se debruçar sobre a questão da validade do relatório enquanto meio de prova porque concluiu que durante o processo tinha sido violado o direito constitucionalmente garantido ao *due process*. Posteriormente as testemunhas alteraram os seus depoimentos e em consequência foi determinada a libertação de Harrington.

---

<sup>10</sup> López, María Luisa Villamarín, *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2014, pág. 104.

<sup>11</sup> Citando Sandra Oliveira e Silva “Vide ainda R. Molina Galicia, in: *Neurociencia proceso judicial*, 73, nota 4, com a notícia da utilização in malam partem do brain fingerprinting na Índia, num caso em que se discutia também um homicídio conjugal (Aditi Sharma, a arguida, teria matado o marido, Udit Bharati, por envenenamento com arsénico), in Silva, Sandra Oliveira e, *O Arguido Como Meio De Prova Contra Si Mesmo, considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, área científica – ciências jurídicas, 2015, pág. 717.

<sup>12</sup> López, María Luisa Villamarín, *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*, pág. 100.

Apesar de o tribunal não se ter pronunciado sobre a validade deste meio de prova, foi com base nele que se determinou a reabertura do processo e a consequente libertação de Harrington.<sup>13</sup>

II - Bem mais próximo de nós, em Espanha, no caso “Ricla” utilizou-se o exame P300 no âmbito do processo penal. Em Abril de 2012, em Ricla (localidade de Saragoça) desapareceu uma mulher Pilar Cebrián e o marido, António Losilla, só reportou o seu desaparecimento quase um mês depois.

Numa busca domiciliária, Losilla admitiu perante os agentes que teria esquartejado o corpo da mulher mas que a morte ocorrera em virtude de uma queda que esta teria sofrido nas escadas. Losilla ficou, então, em prisão preventiva.

Mesmo depois de várias diligências investigatórias a polícia não conseguiu encontrar o corpo. Perante esta dificuldade, o *Grupo de Homicídios de la Policía Nacional de Zaragoza* solicitou ao juiz do *Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº2 de Zaragoza* que Losilla fosse sujeito ao exame P300. Foi dado provimento a esta solicitação e o exame foi realizado pelo especialista Valdizán Usón, tendo sido os estímulos apresentados sob a forma de imagens. Losilla evidenciou ondas P300 em relação a cinco das imagens. Todavia, não foi possível descobrir o corpo, tendo, no entanto, a polícia referido que um dos locais reconhecidos pelo cérebro de Losilla tinha condições propícias a que o corpo se deteriorasse rapidamente.

A defesa de Losilla recorreu do despacho que admitiu a realização do exame, alegando que o mesmo violava o seu direito fundamental a não prestar declarações, que se encontra consagrado no art. 24º, nº 2 da *Constitución Española*. A defesa alegou, ainda, que Losilla não consentiu na realização do exame e só a ele se submeteu porque o juiz assim o determinou. Esta argumentação não colheu junto da Secção nº 1 da *Audiencia Provincial de Zaragoza* que no Auto nº 135/2014 de 19.02.2014 determinou que Losilla consentiu na realização do exame, tendo, então, negado provimento ao recurso.<sup>14</sup>

A defesa de Losilla recorreu para o *Tribunal Superior De Justicia De Aragón en Zaragoza*, o qual, em 20/07/2015, considerou que o arguido pode ser objeto de prova como no caso do exame de ADN e do reconhecimento. Todavia, este meio de obtenção de prova e este

---

<sup>13</sup> Botelho, Marta Madalena, *O Exame Neurológico P300 em Tribunal e a (in)Viabilidade da sua utilização no Processo Penal português*, pág. 67-74.

<sup>14</sup> Idem, *Ibidem*, págs. 74-80. E também Beristain, Arantza Libano, *Notas sobre la admisibilidad de la prueba neurofisiológica (P300) en el proceso penal español*, pág. 83.

meio de prova, respetivamente, não podem ser equiparados ao exame P300. Este apenas pode ser equiparado às declarações ou à confissão do arguido, pois a sua finalidade é obter, através das ondas cerebrais, uma resposta que o arguido não pode controlar.

O tribunal concluiu, então, que o exame P300 deve ser considerado, em termos jurídicos, como uma declaração e, como tal, só pode ser utilizado mediante concordância do arguido, pois caso contrário ocorre a violação do direito a não declarar contra si próprio (artigo 24º da Constituição Espanhola), julgando procedente o recurso quanto a esta matéria.<sup>15</sup>

**III** - Mais recente foi a utilização do exame P300 no caso “*Publio Cordón*”, o caso remonta a 1995 quando o empresário Publio Cordón desapareceu na capital aragonesa, alegadamente sequestrado pelo grupo terrorista GRAPO. Atualmente Fernando Silva Sande encontra-se a cumprir pena, na prisão de *Soto del Real*, pelo referido sequestro. Ao longo dos anos Fernando Silva Sande tem vindo a mostrar vontade e disponibilidade em colaborar com as autoridades na localização do cadáver de Publio Cordón que, alegadamente, estaria em terras francesas. O referido condenado afirmou que Publio Cordón faleceu em *Provenza* na sequência de uma queda que sofreu quando tentava escapar da casa onde estava sequestrado pelo referido grupo terrorista e foi, posteriormente, enterrado em *Mont Ventoux* pelo próprio condenado e alguns outros membros do grupo terrorista.

Na senda deste relato, o juiz do *Juzgado Central de Instrucción n.º 3* admitiu, em Setembro de 2014, a realização do exame P300 pelo condenado Fernando Silva Sande, a pedido da Guarda Civil, para confirmar a veracidade das afirmações do referido autor do crime e concluir qual a localização do cadáver.<sup>16</sup>

Como se verifica destes últimos dois exemplos, o exame P300 tem sido utilizado no âmbito do processo penal num país bem próximo do nosso, daí me parecer importante tratar o tema, pois será espectável que, mais tarde ou mais cedo, possa vir a ser requerida a utilização do exame P300 no âmbito de um processo penal no nosso país.

---

<sup>15</sup> Tribunal Superior De Justicia De Aragón, Sala Civil y Penal, Zaragoza, APELACIÓN DE AUTO DE PROCEDIMIENTO DE LEY DE JURADO NUM. 6/2015, 15.07.20 AUTO TSJA CYP (TJ 6-15) HOMICIDIO RICLA.DOC.

<sup>16</sup> Beristain, Arantza Libano, *Neurociencia y proceso penal*, in Revista de Derecho Procesal “Justicia”, n.º2, 2015, pág. 239-266.

### 3 - Natureza jurídica do exame P300

Importa, agora, determinar qual a natureza jurídica do exame P300. O nosso Código de Processo Penal estabelece uma diferença entre meios de prova (arts. 128º e ss.) e meios de obtenção de prova (arts. 171º e ss.). Os meios de prova são fontes de convencimento direto do juiz, são elementos que o juiz pode utilizar para fundamentar a sua decisão. Já os meios de obtenção de prova são instrumentos à disposição das autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de prova.

Podemos dividir a realização do exame P300 em duas fases: uma primeira, que consiste na efetiva realização do exame através da colocação dos elétrodos e da confrontação do indivíduo a ele sujeito com os estímulos, sendo as respostas cerebrais registadas num computador; temos, depois, uma segunda fase, que consiste na análise dos resultados por um médico especialista.<sup>17</sup>

Destas duas fases surge-nos uma dúvida: a realização do exame P300 equiparar-se-á a um exame (art. 171º CPP) ou a uma perícia (art. 151º CPP)?

A grande distinção entre o exame e a perícia assenta, nas palavras de Germano Marques da Silva, “essencialmente em que a perícia é uma interpretação dos factos feita por pessoas dotadas de especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos”<sup>18</sup>.

Quanto aos exames, estes constituem inspeção dos vestígios que o crime possa ter deixado e de todos os indícios referentes: ao modo como o crime foi perpetrado; ao local onde o crime foi preparado e cometido; às pessoas que o praticaram; e às pessoas e às coisas sobre os quais o crime foi cometido.<sup>19</sup>

Como refere Monteiro Valente, a grande distinção entre os exames e as perícias advém da exigência de especiais conhecimentos técnicos, científicos e artísticos para a perícia, exigência esta que não se verifica para os exames.<sup>20</sup>

Ora, a primeira fase do exame P300 não pode ser entendida como inspeção de vestígios, podendo, no entanto, sê-lo como inspeção de indícios e, como tal, a primeira fase poderia ser entendida como um exame. No entanto, há um segundo requisito para que possa ser considerado como tal, que é não exigir do seu autor conhecimentos especiais de índole

---

<sup>17</sup> Botelho, Marta Madalena, *O Exame Neurológico P300 em Tribunal e a (in)Viabilidade da sua utilização no Processo Penal português*, pág. 81.

<sup>18</sup> Gaspar, António Henriques e outros, *Código de Processo Penal Comentado*, Almedina, 2014, pág. 640.

<sup>19</sup> Idem, ibidem, pág. 640.

<sup>20</sup> Idem, ibidem, pág. 641.

científica, técnica ou artística. Tal como refere Sónia Fidalgo a propósito da qualificação da recolha de material biológico e sua posterior análise como exame ou perícia: a recolha exige já, ela mesma, especiais conhecimentos técnicos (ou mesmo científicos) que fazem com que não se possa falar de um mero exame. Acontece, por vezes, que a própria descoberta dos indícios tem já de ser feita por peritos. Por isso, o art. 151º do CPP dispõe que a prova pericial tem lugar não só para apreciação dos factos, mas também para a sua perceção. É este o caso da recolha de material biológico para análise de ADN. Muitas vezes, acrescenta a mesma Autora, só um perito poderá aperceber-se por exemplo, que uma determinada mancha contém material biológico e só ele poderá proceder à recolha em termos adequados, de modo a possibilitar a posterior análise. Conclui, assim, que não faz sentido autonomizar o exame da posterior perícia, entendendo que estamos sempre perante uma perícia.<sup>21</sup>

Seguindo este correto raciocínio e aplicando-o ao exame P300, constata-se que a primeira fase da realização do referido exame exige, claramente, especiais conhecimentos técnicos, visto que não é qualquer pessoa que está apta a colocar os elétrodos de forma correta e confrontar o visado com os estímulos no momento certo, como tal, entendo que a primeira fase deve ser considerada uma perícia. Quanto à segunda fase, é óbvio que se trata de uma perícia porque para analisar os resultados do exame é necessário possuir especiais conhecimentos científicos.

Concluo, então, que a realização do exame P300 quanto à sua natureza jurídica se assemelha a uma perícia.

Apesar de podermos afirmar que em termos jurídicos o exame P300, quanto à sua realização, se assemelha a uma perícia, os arts. 151º e seguintes do CPP e a Lei nº 45/2004 de 19 de Agosto não podem ser entendidos como habilitação legal suficiente para a realização coativa do exame P300, uma vez que leis que restrinjam de alguma forma direitos, liberdades e garantias devem ser interpretadas restritivamente (art. 18º nº 2 da CRP), como tal, os arts. 151º e seguintes do CPP e a referida lei ao serem interpretados dessa forma não podem, nunca, legitimar a realização coativa do exame P300.

Penso que podemos, de certa forma, equiparar a situação atual do exame P300 com a situação da colheita coativa de vestígios biológicos, para a realização de exames de ADN, antes da existência da Lei nº 5/2008, de 12 de Fevereiro e, por isso, é importante fazer

---

<sup>21</sup> Fidalgo, Sónia, *Determinação do Perfil Genético como Meio de Prova*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 16. N.º 1, Janeiro-Março, 2006, págs. 115-148.

referência a algumas questões suscitadas num caso que chegou ao TC, em que o recorrente considerou que não haveria habilitação legal, à época, para a recolha coativa de material biológico.

No referido processo, o recorrente juntou dois pareceres que considero muito importantes e que se podem transportar, facilmente, para a questão que agora abordo. O primeiro parecer foi elaborado por Costa Andrade, sustentando que “«no direito positivo vigente em Portugal não é juridicamente admissível impor a recolha coactiva de substâncias biológicas nem a sua ulterior e não consentida análise genética com vista à determinação do perfil genético para fins de processo criminal», uma vez que não existe «uma lei específica que as autorize e prescreva o respectivo regime», não oferecendo «as normas da lei processual-penal relativas a perícias (...) e exames (...), bem como (...) os dispositivos da lei que estabelece o regime das perícias médico-legais (...), como ainda os preceitos pertinentes (sobretudo o artigo 152º) do Código da Estrada», «a indispensável legitimação penal». E, assim sendo, «no plano processual-penal, o direito vigente em Portugal prescreve uma intransponível proibição de produção de prova contra a recolha coerciva das substâncias biológicas e contra a sua análise genética não consentida. Uma proibição cuja violação só pode ter como consequência a correspondente proibição de valoração das provas obtidas»”.<sup>22</sup>

O outro parecer relevante é de Gomes Canotilho referindo que “«o recurso ao ácido desoxirribonucleico (DNA) na investigação criminal é, pelo seu elevado grau de fiabilidade, certamente o caminho do futuro, discutindo-se quando muito, os limites que devem rodear a utilização da informação assim obtida», e que «o respeito pela dignidade da pessoa humana obriga o legislador a disciplinar as análises genéticas com um nível de rigor e precisão constitucionalmente adequado ao relevo dos bens susceptíveis de lesão», conclui que «o quadro normativo existente não é suficiente, por si só, para legitimar a recolha compulsiva de material biológico para efeito de recolha de DNA, sem prejuízo de a CRP não suscitar objecções de fundo à utilização deste método de investigação, desde que disciplinado em termos constitucionalmente adequados, salvaguardando sempre as dimensões essenciais dos direitos fundamentais constitucionalmente tutelados». E, sendo assim, «o recurso à extracção de material biológico sem fundamento legal específico configura uma intervenção restritiva dos direitos, liberdades e garantias destituída de

---

<sup>22</sup> Ac. TC nº 155/2007

qualquer arrimo constitucional e legal, devendo ser julgada inconstitucional qualquer norma legal existente – em matéria de provas, perícias e exames, identificação civil ou verificação do estado físico e psicológico de condutores e peões – na interpretação que eventualmente se lhe queira vir a dar no sentido de, a partir dela, se pretender legitimar esta prática».<sup>23</sup>

O TC, no referido Acórdão 155/2007, cita Vieira de Andrade: “apesar de não estar expressamente referida, deve ainda considerar-se que a lei restritiva, em função da reserva de lei formal, tem de apresentar uma densidade suficiente, isto é, um certo grau de determinação do seu conteúdo, pelo menos no essencial, não sendo legítimo que deixe à Administração espaços significativos de regulação ou de decisão”.<sup>24</sup>

Apesar disto o TC considerou que, no caso concreto, a Lei 45/2004 de 19 de Agosto apresentaria uma densidade normativa suficiente para o que se visava obter com a recolha e análise no âmbito do processo, pois apenas se pretendia fazer a identificação do titular do material biológico através da comparação com vestígios recolhidos no local do crime e já não aceder às informações sobre saúde e hereditárias do arguido.

Posto isto, apesar da decisão do TC, o certo é que se no caso da recolha de vestígios biológicos e sua posterior análise se levantavam dúvidas sobre a suficiente densidade normativa existente, já quanto ao exame P300 nenhuma dúvida se pode levantar. Isto porque este exame, pelas suas características específicas, não pode considerar-se englobado na previsão das referidas normas existentes por falta de densidade e especificidade destas, até porque o exame P300 restringe mais direitos fundamentais e de uma forma mais profunda do que os exames de ADN (como resultará claro mais à frente), o que leva a que uma lei que pretenda legitimar a sua realização coativa tenha de apresentar uma densidade, especificidade e clareza adequadas às restrições que vai legitimar.

Como tal, concluo que os art. 151º e seguintes do CPP e a Lei nº 45/2004 de 19 de Agosto, não são suficientes para legitimar a realização coativa do exame P300, pois para haver essa legitimidade era necessário a existência de uma lei específica que explicitamente autorizasse a realização do exame contra a vontade do arguido e, ainda, estabelecesse os pressupostos materiais, formais, orgânicos e procedimentais dessa realização.

---

<sup>23</sup> Ac. TC nº 155/2007

<sup>24</sup> Idem, Ibidem, citando Andrade, Vieira de, “*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*”, Almedina, 2ª ed., Coimbra, 2001, pág. 302.



Do exposto resulta que a fase de realização (que se divide em duas) pode ser equiparada em termos jurídicos a uma perícia, mas já o resultado do exame, ou seja, o relatório deve ser equiparado, quanto aos seus efeitos, a uma declaração (art. 140º CPP, aplicando-se naturalmente o art. 61º nº 1 alínea d) também do CPP), conforme resultará claro no capítulo 5º da presente dissertação.

Ora, da análise feita, resulta que não há, atualmente, no ordenamento jurídico português norma que preveja a utilização do exame P300 no âmbito do processo penal, devendo, então, este exame ser considerado um meio de prova atípico.

Julgo importante fazer uma brevíssima referência à noção de prova atípica, começando por referir que a mesma não é pacífica na Doutrina.

Numa primeira aceção, a prova atípica “é aquela que prossegue resultado probatório diverso dos visados pelos meios tipificados na lei processual penal, pelo que a atipicidade estará, de acordo com este entendimento, no resultado, e não no modo de aquisição, e aproximar-se-á do conceito de prova inominada – na medida em que não encontrará correspondência com nenhum meio de prova tipificado ou nominado. Num segundo sentido, corresponde à produção de determinada prova (típica) através de modelo não previsto na lei; (...). Por último, a Doutrina italiana aponta um terceiro significado de atipicidade, bastante comum na prática judiciária: a utilização de meio típico para obter o resultado probatório de outro meio típico.”<sup>25</sup>

No mesmo sentido, Ricci refere a distinção entre a atipicidade do meio de prova e a atipicidade do meio de aquisição da prova: “Si riproduce anche qui quella dicotomia che abbiamo visto allorché si è esaminato il concetto di prova atipica in generale: la distinzione cioè, fra l’atipicità riferita al mezzo di prova (...) e l’atipicità riferita ai metodi di acquisizione”<sup>26</sup>

Medina de Seíça no que toca à definição legal dos meios de prova admissíveis refere que não há “(...) um catálogo fechado ou taxativo, antes um sistema aberto que admite a utilização de formas probatórias não previstas, desde que idóneas à verificação do *thema*

---

<sup>25</sup> Robalo, Inês, *Verdade e liberdade: A atipicidade da prova em Processo Penal*, Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa de Lisboa, 2012, pág. 43.

<sup>26</sup> Ricci, Gian Franco, *Le Prove Atipiche*, Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 1999, pág. 530.

*probandum* e não expressamente proibidas pelo legislador: meios de prova inominados ou, na formulação mais corrente, provas atípicas.”<sup>27</sup>

Tendo em conta a segunda noção referida por Inês Robalo e a distinção feita por Ricci, podemos afirmar que o exame P300 é um meio de prova atípico, pois corresponde à produção de uma prova típica (uma declaração, só que involuntária) através de um método não previsto na lei (o exame P300).

### **3 - Direitos fundamentais, eventualmente, violados com a utilização do exame P300**

Esta temática é fundamental, visto que, como ficou demonstrado no capítulo anterior, não há nenhuma norma legal no atual ordenamento jurídico português que habilite a realização coativa do exame P300. Como tal, é necessário verificar se com esta realização algum direito fundamental é violado, para podermos perceber se essa imposição seria válida à luz do art. 125º do CPP ou se acarretaria uma proibição de valoração da prova à luz do art. 126º do CPP e do art. 18º da CRP. Proibições essas que são fundamentais no processo penal de um Estado de Direito, como refere Francisco Muñoz Conde “Es más son precisamente las “prohibiciones probatorias” las que realmente constituyen el núcleo esencial de un proceso penal adaptado a las exigencias del Estado de Derecho, no sólo en cuanto implica de respeto a determinadas formalidades, garantías y competencias que deben ser observadas en la tramitación de un proceso penal, sino también en cuanto es o debe ser respetuoso com los derechos fundamentales del imputado en un proceso penal, que constituyen un límite que no puede ser franqueado nunca, ni siquiera en aras de una mayor eficacia en la búsqueda de la verdad y en la investigación y persecución del delito.”<sup>28</sup>

Para além de perceber se algum direito fundamental é violado com a realização coativa do exame P300, é, ainda, necessário verificar o grau de intensidade dessa violação para aferir se atinge o conteúdo essencial desses direitos, pois, caso atinja significa que não há

---

<sup>27</sup> Seica, Alberto Medina de, *Legalidade da Prova e Reconhecimentos «Atípicos» em Processo Penal: Notas à Margem de Jurisprudência (quase) Constante*, Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, organizado por Manuel da Costa Andrade, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág. 1407.

<sup>28</sup> Conde, Francisco Muñoz, *De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal penal del enemigo*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge De Figueiredo Dias, Volume III, Coimbra Editora, pág.1013 e 1014.

viabilidade de, no futuro, se criar uma norma que legitime a realização do exame contra a vontade do arguido, uma vez que a mesma violaria o art. 18º nº 3 da CRP.

Considerando que no presente trabalho farei várias referências ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, parece-me importante tentar esclarecer, sucintamente, em que consiste esse conteúdo essencial.

Nas palavras de Vieira de Andrade: “Deve configurar-se em cada direito fundamental um núcleo essencial de protecção máxima, que inclui as situações ou modos primários típicos de exercício dos direitos (e que julgamos corresponder ao conteúdo essencial do direito, no plano axiológico-normativo) e depois, afastando-se do centro, espaços de protecção progressivamente menos intensa, à medida que os modos são mais atípicos ou as situações mais específicas, até ao limite máximo, que é definido pelos limites imanentes”.<sup>29</sup>

Antes de avançar para os concretos direitos fundamentais, eventualmente, violados pela utilização deste meio de prova em processo penal, é necessário referir que esta problemática da violação de direitos fundamentais dos cidadãos, tendo em vista a descoberta da verdade material em processo penal, está relacionada com a dupla dimensão dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão: uma dimensão subjetiva (clássica); e uma dimensão objetiva. A primeira, tem que ver com os direitos de defesa dos cidadãos contra o Estado, esta dimensão proíbe a violação dos direitos fundamentais dos cidadãos por parte do Estado, tendo sido com base nesta que surgiu a dogmática dos direitos fundamentais. A segunda dimensão, surgiu no séc. XX, sendo uma criação do Tribunal Constitucional Federal Alemão<sup>30</sup> (no Acórdão de 25 de Fevereiro de 1975 que tratava a questão da legitimidade constitucional da não incriminação da interrupção voluntária da gravidez até às 12 semanas de gestação)<sup>31</sup> que consiste na obrigação do Estado proteger os direitos fundamentais dos cidadãos de ataques provenientes de outros cidadãos, ou seja, estamos aqui no âmbito das relações entre os cidadãos, aparecendo o Estado como mediador e garante dos direitos fundamentais.

Recorrendo a uma síntese do TC português “os bens ou valores constitucionalmente protegidos em geral, tenham ou não natureza de direitos fundamentais, exigem do Estado

---

<sup>29</sup> Andrade, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1987, pág.. 223.

<sup>30</sup> Brandão, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações: Da Cisão À Convergência Material*, 1º Edição, Janeiro 2016, Coimbra Editora, pág. 585.

<sup>31</sup> Idem, *ibidem*, pág. 589-591.

(a começar no legislador) pelo menos duas coisas: a) que ele mesmo não atente contra eles; b) que os proteja dos atentados de outrem.”<sup>32</sup>

Como se conclui da análise destas duas dimensões, o Estado não pode apenas abster-se de restringir os direitos fundamentais dos cidadãos, tem também de desenvolver mecanismos de proteção desses direitos contra possíveis ataques de outros cidadãos. Para tal, o Estado dispõe do Direito Penal, criminalizando condutas que afetem direitos fundamentais, no entanto, essa criminalização não é suficiente sendo, ainda, necessário que o Estado crie uma malha processual que permita efetivar o direito substantivo.

E é nesta malha processual que se coloca a problemática dos meios de obtenção de prova e dos meios de prova, visto que, se por um lado, o Estado tem de criar métodos que permitam a descoberta da verdade material e a consequente punição do comportamento violador do bem jurídico protegido, por outro, esses métodos não podem ser demasiado restritivos dos direitos fundamentais dos arguidos. É necessário que o legislador efetue uma ponderação entre estes dois valores, tendo sempre em conta o princípio da proibição do excesso (art. 18º n.º 2º da CRP)<sup>33</sup> e o princípio da proibição da insuficiência<sup>34</sup> ou défice de proteção.<sup>35</sup> Estas duas dimensões dos direitos fundamentais e esta necessária ponderação que deve ser efetuada pelo legislador decorrem do princípio do Estado de Direito Democrático, consagrado no art. 2º da CRP, reforçado pelos arts. 9º alíneas b) e d) e pelo 18º n.º 1 ambos também da CRP.<sup>36</sup>

Do art. 18º da CRP decorre que a restrição de direitos, liberdades e garantias só é constitucionalmente legítima se: a) for autorizada pela CRP (art. 18º n.º 2, 1ª parte); b) estiver prevista em lei da Assembleia da República ou em decreto-lei autorizado do Governo (art. 18º n.º 2, 1ª parte e art. 165º n.º 1, alínea b); c) visar salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (art. 18º n.º 2, *in fine*); d) for necessária a essa salvaguarda, adequada para o efeito e proporcional a esse fim (art. 18º n.º 2, 2ª parte); e)

---

<sup>32</sup> Ac. TC n.º 85/85.

<sup>33</sup> Brandão, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações: Da Cisão À Convergência Material*, pág. 572.

<sup>34</sup> Idem, *ibidem*, pág. 575.

<sup>35</sup> Como refere o TC português no Acórdão 75/2010 “Na fixação dessa disciplina, goza o legislador ordinário de uma ampla margem de discricionabilidade legislativa, balizada por dois limites ou proibições, de sinal contrário. Ele deve, por um lado, não desrespeitar a proibição do excesso (...). Mas também deve, no pólo oposto, não descurar o valor objectivo da vida humana, que confere ao nascituro (...) dignidade constitucional, como bem merecedor de tutela jurídica. O cumprimento desse dever está sujeito a uma medida mínima, sendo violada a proibição da insuficiência quando as normas de protecção ficarem aquém do constitucionalmente exigível”.

<sup>36</sup> Brandão, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações: Da Cisão À Convergência Material*, pág. 614.

tiver carácter geral e abstrato, não tiver efeito retroativo e não diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (art.18º nº 3).

Como referi o CPP refere no art. 125º que “*são admitidas as provas que não forem proibidas por lei*”. Ora, deste artigo conclui-se, como refere Germano Marques da Silva, que não são só os meios tipificados, isto é, regulamentados por lei, que são admitidos, mas pelo contrário, todos os que não forem proibidos, mesmo sendo atípicos.<sup>37</sup> Naturalmente que essa prova atípica para ser válida não pode restringir nenhum direito fundamental, caso contrário, teria de constar de lei da AR ou de decreto-lei autorizado do Governo em respeito pelo art. 18º nº 2 da CRP.

Temos, então, de analisar se este método atípico viola algum direito fundamental para percebermos se é legítima a sua utilização.

Posto este enquadramento temático, passarei à análise dos direitos fundamentais que possam, eventualmente, ser violados com a realização e utilização deste exame como meio de prova.

**I** - Um primeiro direito fundamental que pode questionar-se se é violado com a utilização coativa do referido exame é o direito à integridade pessoal (art. 25º CRP). A proteção da integridade pessoal surge indissociavelmente ligada ao reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa humana, sendo, então, para alguns autores inviolável, estando subtraída a qualquer juízo de ponderação, isto porque, referem esses autores, a constituição não prevê a possibilidade deste direito fundamental ser restringido.

Defendendo esta posição, Gomes Canotilho e Vital Moreira referem que a integridade pessoal está intimamente ligada à defesa da pessoa enquanto tal, gozando de proteção absoluta, proteção esta que se depreende da leitura do art. 25º nº 1 da CRP quando refere “(...) é inviolável” e também do art. 19º nº 6 da CRP, que garante a vigência deste direito mesmo em caso de estado de sítio ou de emergência.<sup>38</sup> Apesar disto, mais à frente no comentário ao art. 25º da CRP referem: “Problema típico é o de saber se o direito à integridade pessoal impede o estabelecimento de deveres públicos dos cidadãos que se traduzam em (ou impliquem) intervenções no corpo das pessoas (v.g., vacinação, colheita de sangue para testes de alcoolémia, etc.). A resposta é seguramente negativa, desde que a obrigação não comporte a sua execução forçada (sem prejuízo de punição em caso de

---

<sup>37</sup> Gaspar, António Henriques e outros, *Código de Processo Penal Comentado*, pág. 427.

<sup>38</sup> Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, pág. 454. Assim também Miranda, Jorge e Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa anotada*, tomo I, 2005, pág.. 267-279.

recusa, cfr. Ac. TC nº 616/98).”<sup>39</sup> Considerando os autores que o referido direito goza de proteção absoluta, esta última afirmação só se justifica por considerarem que as recolhas de sangue e a vacinação são agressões insignificantes e, como tal, não estão protegidas pelo direito à integridade pessoal.

Outra parece ser a posição da maioria da Doutrina e Jurisprudência. O TC no Acórdão 155/2007 refere que seria inaceitável a interpretação segundo a qual, pelo facto de a CRP não prever expressamente a possibilidade de restrições legais a este direito, este é insuscetível de restrição. Para justificar tal posição, o TC faz referência aos desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais que têm por base o art. 29º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e que fazem referência a autorizações “indirectas ou tácitas” de compressões, a ideias de “limites imanentes”, de “limites constitucionais não escritos”, de “limites intrínsecos”, de “restrições implícitas”, de “limites instrumentais”, tudo construções com o objetivo de afastar a ideia de que o direito à integridade pessoal não pode ser restringido.

O TC no referido Acórdão 155/2007 continua a sua argumentação alegando que é inegável que a CRP permite, tendo em vista a prossecução da investigação criminal, desde que respeitadas as exigências constitucionais, mormente as do art. 18º, a compressão do direito fundamental à integridade pessoal. Para reforçar esta ideia, o TC faz referência a uma sua decisão anterior, no Acórdão nº 254/99, onde referiu: “Também o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar é consagrado à partida no nº 1 do art. 25º da Constituição sem qualquer limite e, no entanto, o Tribunal Constitucional admitiu que em hipóteses de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova (e, portanto, de conflito com o interesse na prossecução penal e com o princípio da verdade material) pode haver interceptação e gravação de comunicações telefónicas.”<sup>40</sup>

Santos Cabral, no comentário ao art. 125º do CPP, também fez referência à mesma passagem do referido Acórdão para justificar a sua posição, que consiste na admissão constitucional de restrição do direito à integridade pessoal.<sup>41</sup>

Posto esta exposição, concluo que o direito à integridade pessoal não é absoluto, admitindo restrições quando estão em causa conflitos de direitos, à luz de um critério de proporcionalidade.

---

<sup>39</sup> Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, pág. 456.

<sup>40</sup> Ac. TC 155/2007, fazendo referência ao Ac. TC 254/99.

<sup>41</sup> Gaspar, António Henriques e outros, *Código de Processo Penal Comentado*, pág. 428.

Depois de concluir que o direito à integridade pessoal não é absoluto, é fundamental definir o seu conteúdo. Este “abrange as duas componentes, a integridade moral e a integridade física, de cada pessoa (nº 1). Consiste, primeiro que tudo, num direito a não ser agredido ou ofendido, no corpo ou no espírito, por meios físicos ou morais”<sup>42</sup>.

Quanto à vertente de integridade física, é necessário perceber a sua amplitude, pois só assim conseguimos aferir se a realização do exame P300 é suscetível de a restringir. É importante saber se todas as intrusões, não consentidas, no corpo de uma pessoa são tidas como violações do direito à integridade física ou se apenas um determinado grau de ofensas corporais o atinge.

O TC levantou esta mesma questão no Acórdão nº 616/98, que versava sobre a constitucionalidade da obrigação de realização de exames de sangue para efeitos de investigação da paternidade, referindo: “(...) Na vertente da integridade física – a que agora está em causa – o direito à integridade pessoal traduz-se no direito de não sofrer ofensas corporais. Sabido que as ofensas corporais se podem revestir de gravidade muito diversa, admite-se que se questione, desde logo, se o direito consagrado na CRP abriga o seu titular de todas as ofensas, qualquer que seja a sua gravidade, tendo em conta a natureza, particularmente gravosa, das que o nº 2 do mesmo art. 25º anuncia.

Parece, no entanto, inequívoco que este nº 2 apenas se limita a concretizar alguns casos especialmente reprováveis de ofensa à integridade física e moral, não esgotando, nem de longe nem de perto, as situações que, por força do n. 1º, se devem julgar constitucionalmente censuradas”<sup>43</sup>.

Quanto ao conceito e conteúdo de integridade física existem posições distintas na Doutrina, Paula Ribeiro de Faria, no que toca ao tipo legal de crime do art. 143º do CP, considera que não preenchem o tipo as lesões insignificantes sendo certo que a apreciação da gravidade da lesão deve ser feita a partir de “critérios objectivos (duração e intensidade do ataque ao bem jurídico e necessidade de tutela penal (...))”<sup>44</sup>.

Outra parece ser a posição do TC, como se verifica no Acórdão nº 226/2000, em que o TC analisa a constitucionalidade do art. 9º nº 2 alínea b), da Lei 15/94, de 11 de Maio (que trata das amnistias), quando interpretado no sentido de considerar que uma agressão

---

<sup>42</sup> Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, pág. 454.

<sup>43</sup> Ac. TC nº 616/98

<sup>44</sup> Vários, com direção de Dias, Jorge Figueiredo – *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, Faria, Paula Ribeiro de, anotação ao art. 143º, pág. 207.

consciente e voluntária, traduzida em atos de violência física, não se traduz numa violação de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos quando daí não resulte uma lesão. O TC ao ser confrontado com a dúvida de qual é o limiar inferior da integridade física protegido pela CRP, refere: “(...) nada legitima uma interpretação do conteúdo constitucional do direito à integridade pessoal, concretamente na sua componente de direito à integridade física, em termos de apenas abranger a protecção contra um determinado grau de ofensas corporais, designadamente as que tenham por efeito a provocação de uma lesão ou incapacidade para o trabalho (...)”.<sup>45</sup>

Concordo com a posição segundo a qual o direito à integridade física é restringido por qualquer intrusão, não consentida, no corpo de uma pessoa. No entanto, é necessário fazer-se uma distinção entre os graus de restrição que cada facto comporta, para tal, é crucial estabelecer-se uma dimensão essencial e uma dimensão mais periférica do referido direito. Neste sentido, Gomes Canotilho, no âmbito do referido recurso para o TC, referiu no parecer que elaborou: “A recolha de material biológico para análise do DNA, embora possa ser entendida como uma restrição do direito à integridade pessoal, não colide com nenhuma das suas dimensões essenciais, podendo justificar-se de acordo com critérios de proporcionalidade, desde que em ordem à prossecução de uma finalidade constitucionalmente legítima.”

Ora, desta análise do referido autor, depreende-se que o mesmo considera que cada uma das vertentes do direito à integridade pessoal possui um núcleo essencial e uma área mais periférica, ambas merecedoras de protecção. No que agora nos interessa, ou seja, a vertente do direito à integridade física, a distinção que podemos fazer entre esfera essencial de protecção e esfera mais periférica tem de basear-se, na minha opinião, no critério da existência de uma lesão, visto que é um critério objetivo. Esta demarcação, não pode assentar em critérios insuscetíveis de uma avaliação clara como, por exemplo, a intensidade da dor provocada pela agressão.

Adotando o critério da existência de lesão provocada pela agressão, podemos afirmar que a dimensão essencial do referido direito protege o cidadão contra as ofensas que provoquem uma lesão e a dimensão mais periférica protege o cidadão contra qualquer intromissão, não consentida, no seu corpo, mesmo que não provoque uma lesão.

---

<sup>45</sup> Ac. TC n° 226/2000



Daqui resulta que a dimensão periférica também é digna de proteção e ao ser violada constitui uma restrição não desprezível do direito à integridade física. Como refere Sónia Fidalgo “(...) há que referir que os avanços tecnológicos verificados na área da engenharia genética permitem a análise de ADN a partir de outras amostras biológicas para além do sangue (esperma, saliva, urina, pêlos). Por este motivo, há quem considere que a colheita de material biológico, em si mesma considerada, não chega a constituir, verdadeiramente, um atentado à integridade física – tratar-se-á de agressão insignificante. Haverá ofensa à integridade física apenas no caso de o arguido recusar a colaboração e a colheita ser feita com recurso à força sobre o corpo do arguido. Deste modo, o que poderá constituir um atentado à integridade física não será propriamente a colheita do material mas o modo como a colheita é realizada.

No entanto, temos dúvidas quanto a esta posição (...).

Poderemos falar, nestes casos, de uma insignificância de lesão a que esteja conaturalmente ligada uma ausência de negação do sentido social contido no tipo de ilícito? Parece-nos que não.

Deste modo, não concordamos com a ideia de que só haverá ofensa à integridade física se houver recurso à força no momento da colheita.”<sup>46</sup>

Também Helena Moniz conclui que “a recolha de amostras do corpo do delinquente constitui um comportamento que integra o tipo legal de crime de violação da integridade física, a não ser que ocorra uma causa de exclusão da ilicitude como o consentimento (...)”.<sup>47</sup>

Igualmente, Jorge Miranda e Rui de Medeiros explicitam que: “A intensidade da tutela jusfundamental da integridade pessoal – e, em particular, da integridade física – impõe limites estritos a quaisquer intervenções não consentidas das autoridades públicas (...)”.<sup>48</sup>

O TC no Acórdão nº 155/2007 (relativo à constitucionalidade da interpretação do art. 172º do CPP no sentido de permitir a recolha coativa de vestígios biológicos) fez referência a uma decisão do Tribunal Constitucional espanhol de 16 de Dezembro de 1996, em que estava em causa uma situação onde foi determinada, contra a vontade do arguido, a extração de cabelos para efetuar a análise de ADN e sua consequente valoração em

---

<sup>46</sup> Fidalgo, Sónia, *Determinação do Perfil Genético como Meio de Prova*, pág. 122-123.

<sup>47</sup> Moniz, Helena, *Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Abril-Junho de 2002, pág. 250.

<sup>48</sup> Miranda, Jorge e Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa anotada*, pág. 267-279.

processo penal. Nessa decisão, o Tribunal Constitucional espanhol fez um apanhado da sua Jurisprudência anterior segundo a qual “(...) através do reconhecimento do direito fundamental à integridade física e moral se protege a inviolabilidade da pessoa contra qualquer tipo de intervenção nesses bens que careça de consentimento, acrescentou que, embora aquele direito se encontre relacionado com o direito à saúde, o seu âmbito constitucionalmente protegido não se reduz exclusivamente aos casos em que exista um risco ou dano para esta, pois tal direito é afectado por qualquer intervenção (no corpo) que careça do consentimento do seu titular. Protegendo o direito à integridade física o direito de uma pessoa não sofrer lesão do seu corpo ou da sua aparência externa sem consentimento, o facto da intervenção coactiva no corpo poder produzir dor ou sofrimento ou um risco ou dano para a saúde constitui um *plus* de afectação, mas não é condição *sine qua non* para entender que existe uma intromissão no direito fundamental à integridade física”.<sup>49</sup>

O TC no referido Acórdão acaba por concluir que a recolha de saliva através da utilização da zaragatoa bucal, sem efetivo recurso à força física mas realizada contra a vontade expressa do arguido, conflitua com o âmbito constitucionalmente protegido do seu direito à integridade pessoal. Tendo o TC justificado da seguinte forma: “Na verdade, a introdução no interior da boca do arguido, contra a sua vontade expressa, de um instrumento (zaragatoa bucal) destinado a recolher uma substância corporal (no caso, saliva), ainda que não lesiva ou atentatória da sua saúde, não deixa de constituir uma «intromissão para além das fronteiras delimitadas pela pele ou pelos músculos» (a expressão é de Costa Andrade, Direito Penal Médico, 2004, p.70), uma entrada no interior do corpo do arguido e, portanto, não pode deixar de ser compreendida como uma invasão da sua integridade física, abrangida pelo âmbito constitucionalmente protegido do artigo 25º da Constituição.”<sup>50</sup>

De todo o exposto, e aplicando a análise de diversa Doutrina e Jurisprudência sobre a recolha coativa de vestígios biológicos ao exame P300, podemos concluir que a realização coativa deste exame não é uma agressão insignificante, é, antes, uma agressão que restringe o direito à integridade física, na sua esfera periférica, o que não deixa de ser uma restrição relevante do referido direito e digna de proteção, isto porque a colocação de elétrodos no couro cabeludo de alguém é uma intromissão no corpo da pessoa.

---

<sup>49</sup> Ac. TC nº 155/2007.

<sup>50</sup> Idem, Ibidem.

Desta conceção do direito à integridade física resulta claro que existem serias dúvidas sobre a constitucionalidade do exame P300, como refere Arantza Libano Beristain “(...) una concepción más amplia del derecho fundamental a la integridad física (...) podría plantear serias dudas en torno a la constitucionalidad de la prueba P300”.<sup>51</sup>

O facto de o exame P300 restringir o referido direito permite-me retirar, desde já, duas conclusões: em primeiro lugar, como não há previsão legal para a realização do mesmo, este não pode ser efetuado coativamente com intuito de ser valorado como prova num processo criminal, tendo por base o art. 18º nº 2 da CRP; em segundo lugar, tendo em conta apenas este direito fundamental, poderia, no futuro, ser criada uma lei que legitime a realização coativa deste exame P300, pois a referida realização restringe apenas a esfera periférica deste direito, não atingindo o seu conteúdo essencial, logo estaria em conformidade com o art. 18º nº 3 da CRP, no entanto, como resultará claro mais à frente, esta lei não será viável se tivermos em conta todos os direitos fundamentais envolvidos.

Quanto à integridade moral, segundo Rui de Medeiros e Garcia Marques a violação do referido direito traduzir-se-á em “quaisquer formas de denegrir a imagem ou o nome de uma pessoa ou de intromissão na sua intimidade”<sup>52</sup>. Conclui-se, então, que a integridade moral está associada aos direitos ao nome, à imagem ou à intimidade, no entanto, a integridade moral é algo mais do que a soma destas parcelas, ela toca a própria unidade e identidade da pessoa<sup>53</sup>.

Como refere Sónia Fidalgo, no concreto âmbito da prova em processo penal “a violação da integridade moral traduz-se na perturbação da liberdade de vontade ou de decisão e da capacidade de memória ou de avaliação. No fundo, a integridade moral traduzir-se-á na faculdade de autodeterminação em relação aos estímulos exteriores”<sup>54</sup>.

Ora, com a realização coativa do exame P300 há uma clara eliminação da faculdade de autodeterminação em relação aos estímulos exteriores porque o indivíduo deixa de poder controlar as suas respostas, o cérebro responde diretamente.

---

<sup>51</sup> Beristain, Arantza Libano, *Neurociencia y proceso penal*, pág. 239-266.

<sup>52</sup> Medeiros, Rui / Marques, Pedro Garcia, *Anotação ao artigo 25º*, in Miranda, Jorge e Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, pág. 269, apud Fidalgo, Sónia, *Determinação do Perfil Genético como Meio de Prova*, págs. 115-148.

<sup>53</sup> Costa, Faria, *Vida e morte em direito penal (esquiços de alguns problemas e tentativa de autonomização de um novo bem jurídico)*, RPCC, 14, 2004, pág. 184, apud Fidalgo, Sónia, *Determinação do Perfil Genético como Meio de Prova*, págs. 115-148.

<sup>54</sup> Fidalgo, Sónia, *Determinação do Perfil Genético como Meio de Prova*, págs.115-148.

Em suma, concluo que a realização coativa do exame P300 em sede de investigação criminal afeta profundamente a intimidade moral de uma pessoa, isto porque se destrói por completo a faculdade de autodeterminação em relação aos estímulos exteriores, podendo, então, retirar-se duas conclusões: em primeiro lugar, deve ser considerado um método proibido de prova, sendo nula a prova assim obtida, não podendo ser valorada<sup>55</sup> (art. 126º nº 1 CPP e art. 18º nº 2 CRP); em segundo lugar, atingindo o conteúdo essencial deste direito à integridade moral, não é viável que, no futuro, se crie uma lei que legitime a realização coativa do exame P300, por força do art. 18º nº 3 da CRP.

Uma questão pertinente é a de saber se é possível recorrer a este meio de prova no caso de haver consentimento por parte do visado, sabendo que o mesmo viola as duas vertentes do direito à integridade pessoal. Para respondermos a esta questão, é necessário, primeiro, saber se a enumeração do nº 2 do art. 126º do CPP é taxativa ou não. Na opinião de Costa Andrade a enumeração não é taxativa, cabendo também neste artigo “... os demais atentados que realizem a mesma danosidade social de afronta à dignidade humana, à liberdade de decisão ou de vontade ou à integridade física ou moral das pessoas”. Esta posição sai ainda reforçada pela utilização pelo legislador das expressões “meios de qualquer natureza” e “por qualquer meio” nas alíneas a) e b) do nº 2 do art. 126º do CPP.<sup>56</sup> É necessário analisar, agora, se os meios atípicos, como o exame P300, estão sujeitos à rigidez da irrelevância do consentimento presente no nº 2 do art. 126º do CPP. Costa Andrade refere, a propósito do polígrafo, que é significativo que o legislador não tenha inscrito o mesmo na enumeração dos métodos proibidos de prova, mesmo com o consentimento do interessado, tendo em conta que colocou a hipnose que é de certa forma equiparado na Doutrina ao polígrafo. Concluindo acrescenta: “...não cremos subsistirem razões intransponíveis a ditar a proibição, sem exceções, do detector de mentiras no interesse da defesa. A sua utilização pode mesmo revelar-se aconselhável naqueles casos extremados em que apareça como última *ratio* para afastar uma condenação. Isto acautela, por um lado, a sua efectivação em condições de plena liberdade. E afastado, por outro lado, o perigo de sacrifícios desproporcionados dos direitos ou interesses de terceiros”.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> Gaspar, António Henriques e outros, *Código de Processo Penal Comentado*, pág. 441.

<sup>56</sup> Andrade, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de Prova em Processo Penal*, 1ª Edição (reimpressão), Coimbra Editora, 2013, pág. 216.

<sup>57</sup> Idem, *Ibidem*, pág. 219.

Apesar de o exame P300 ser bastante diferente do polígrafo, entendo ser adequado efetuar o mesmo tipo de raciocínio, mesmo tendo em consideração que o legislador nunca poderia ter deixado de fora da enumeração do nº 2 do art. 126º do CPP o exame P300 de forma propositada, pois nem sequer poderia ter em mente a sua utilização como meio de prova. O certo é que como já vimos o exame P300 é mais fiável do que o polígrafo, desde logo porque o resultado não pode ser influenciado pelo visado e, por maioria de razão, deve também ser permitida a sua utilização quando consentida, como ultima *ratio* para evitar uma condenação.

Acrescente-se, ainda, que os métodos referidos no nº 2 do art. 126º do CPP são considerados como especialmente reprováveis e, como tal, para que um método não expressamente referido nessa alínea nela se possa enquadrar é necessário, para além de ofender a integridade moral ou física, que se configure como um método tão reprovável quanto os que estão tipificados. Ora, claramente, o exame P300, apesar de atingir o núcleo essencial da integridade moral se realizado coativamente, não pode ser considerado um método tão reprovável quanto os que estão tipificados no referido artigo, tanto mais sendo realizado com o consentimento, livre e esclarecido, e no exclusivo interesse da defesa.

**II** - Um outro direito fundamental que é necessário analisar se é violado pela utilização coativa do exame P300, no âmbito do processo penal, é o direito à reserva da intimidade da vida privada (art. 26º nº 1 CRP).

Antes de passar para o conteúdo e alcance do referido direito, parece-me importante fazer uma breve clarificação sobre o conceito geral da palavra intimidade, recorrendo a Faria Costa: “Se a relação que o «homem» estabelece com o «outro» passa ou pode passar por variações tendencialmente infinitas e se o acto comunicacional é afirmação de abertura ao outro, isso supõe, como étimo intransponível, que o «eu», para se desenvolver harmonicamente, crie espaços onde o «outro» só pode penetrar quando aquele, o «eu», em atitude de auto-realização, o permita. A esse escrínio do nosso modo-de-ser individual é costume dar-se o nome de intimidade. Zona, por conseguinte, do mundo comportamental que se move, preferentemente, no âmbito da vida privada.”<sup>58</sup>

Passando agora para a definição do conteúdo e alcance do referido direito, Gomes Canotilho e Vital Moreira referem que este direito “analisa-se principalmente em dois direitos menores: a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida

---

<sup>58</sup> Costa, José de Faria, *Direito Penal da Comunicação*, Coimbra Editora, 1998, pág. 70.

privada e familiar e b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem”. Sendo ainda a tutela da vida privada feita pelo direito à autodeterminação informacional (art. 35º nº 5 CRP).

O direito à reserva da intimidade da vida privada divide-se em três graus, de acordo com a teoria das três esferas desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, que distingue: a esfera da intimidade, que constitui o núcleo mais íntimo da vida de uma pessoa, sendo, por isso, inviolável, estando protegida contra qualquer intromissão das autoridades ou dos particulares, ou seja, encontra-se completamente subtraída a todo e qualquer juízo de ponderação, gozando de uma proteção absoluta; depois temos a esfera privada, que é também uma projeção do livre desenvolvimento da personalidade ética da pessoa, sendo, por isso, erigida a autónomo bem jurídico pessoal, gozando de proteção constitucional e, também, do direito ordinário. No entanto, não goza de uma proteção absoluta, podendo ser restringida mediante um juízo de ponderação de valores, desde que sejam respeitados os princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade; e, em terceiro plano, a esfera social, que se encontra na fronteira com a vida pública.<sup>59</sup>

Na síntese de Roxin, fazendo referência a uma decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, “a constituição garante ao cidadão um âmbito intocável da sua vida privada o qual está subtraído à intervenção do poder público. Assim, o interesse predominante da comunidade não pode justificar uma interferência nesse núcleo totalmente protegido da vida privada e não pode haver qualquer comparação entre os dois interesses como fundamento de aplicação do princípio da proporcionalidade”.<sup>60</sup>

É importante perceber se a realização coativa e conseqüente utilização do exame P300 contende com a esfera inviolável da intimidade ou se contende, apenas, com a esfera periférica da privacidade. A importância dessa determinação prende-se com a viabilidade de, no futuro, se legislar sobre a realização coativa do exame P300, isto porque caso a realização do exame contenda com a esfera inviolável da intimidade, a lei que o legitimasse seria uma lei que diminuiria a extensão e alcance do conteúdo essencial do direito à reserva da intimidade da vida privada, violando o art. 18º nº 3 da CRP. Caso se entenda que a realização do exame P300 contende, apenas, com a esfera periférica da

---

<sup>59</sup> Andrade, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de Prova em Processo Penal*, pág. 94.

<sup>60</sup> Roxin, *La evolución de la Política criminal, el Derecho Penal y el Proceso penal*, Tirant lo Blanch 2000 Valencia pág. 145 e seg, apud Gaspar, António Henriques e outros, *Código de Processo Penal Comentado*, pág. 443.

privacidade, pode-se afirmar que, à luz, exclusivamente, do direito à reserva da intimidade da vida privada, seria possível legislar no futuro sobre a realização do exame P300, tendo por base o art. 18º nº 3 da CRP e 126º nº 3 do CPP.

Vamos, então, tentar perceber se a existência desse núcleo inviolável da intimidade é algo consolidado na Doutrina e na Jurisprudência. Roxin, citando o Tribunal Constitucional Federal Alemão, “la ley fundamental, que en Alemania es la Constitución, garantiza a cualquier ciudadano un área inalienable de su estilo de vida personal (...) el cual está exento de cualquier intromisión de las autoridades públicas (...) Este núcleo esencial del estilo de vida privado tiene una protección conscientemente ilimitada y las injerencias no pueden ser justificadas por referencias tales como el interés prevalente de la justicia; no hay lugar a la realización de una ponderación de intereses de acuerdo a los criterios de razonabilidad. Si no se afecta el área inalienable del estilo de vida personal, el interés en la investigación de la verdad ha de ser sopesado frente al interés del acusado en la protección de su ámbito privado de la personalidad”.<sup>61</sup>

A Jurisprudência alemã não é unânime quanto a esta questão. O BGH, no primeiro caso do diário datado de 1964, decidiu pela valoração em termos probatórios do conteúdo de diários relativos a um crime de perjúrio, citando o referido tribunal: “se os diários que são da esfera de personalidade do autor e que este não quer que sejam conhecidos de terceiros são trazidos, contra a sua vontade, para servir de prova em processo penal, existe um atentado à dignidade humana e ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, a menos que o interesse do Estado na punição do crime, pesado à luz dos direitos fundamentais, seja mais relevante do que o interesse pessoal na protecção do seu próprio domínio de segredo o que, por sua vez, apenas sucederá nos casos de criminalidade mais grave”.<sup>62</sup>

O BGH, no segundo caso do diário datado de 1987, um caso de homicídio de uma mulher em 1985, ignorou, de novo, por completo a teoria das três esferas elaborada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, condenando um indivíduo com base numas notas escritas pelo próprio (os chamados diários) onde desabafava que tinha problemas com as mulheres e que tinha propensão para cometer crimes contra as mesmas. O BGH mesmo sabendo que este tipo de intromissão no núcleo essencial da intimidade está subtraído a qualquer juízo

---

<sup>61</sup> Roxin, Claus, *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, Colección autores de Derecho Penal dirigida por Edgardo Alberto Donna, pág. 104.

<sup>62</sup> BGH, Decisão de 21 de Fevereiro de 1964, in NJW, 1964, pág. 1139, apud Ac. TC nº 607/2003.

de ponderação, acabou por efetua-la, considerando que deveria prevalecer o interesse da administração da justiça, pois estava em causa um dos crimes mais graves.

Como se constata, o BGH, mesmo considerando que os diários pertencem à esfera da intimidade do arguido, acaba por valorá-los porque entende que não existe nenhuma esfera que deva ser protegida de forma absoluta, ou seja, considera que mesmo aquilo que de mais íntimo o ser humano possui deve estar sujeito a um juízo de ponderação quando está em causa a criminalidade mais grave, negando, portanto, a teoria das três esferas ou níveis elaborada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão.

A maioria da Doutrina germânica não concorda com estas decisões do BGH e, do meu ponto de vista bem, porque parece-me fundamental garantir uma proteção absoluta ao núcleo essencial do direito à reserva da intimidade da vida privada, assim como existe uma proteção absoluta ao núcleo essencial do princípio *nemo tenetur*, ou seja, ao direito ao silêncio.

Já o Tribunal Constitucional Federal Alemão coloca o problema num outro patamar. Ao contrário do BGH, assume que existe uma esfera da intimidade, diretamente ligada à dignidade humana, sendo inviolável, ou seja, está completamente subtraída a qualquer juízo de ponderação, mesmo perante a criminalidade mais grave, colocando o problema na pertença ou não do conteúdo dos diários a essa mesma esfera intocável. Citando o Tribunal Constitucional Federal Alemão, existe “um domínio último intocável de conformação da vida privada que é, sem mais, retirado ao poder público. Mesmo os interesses mais importantes da comunidade não podem justificar actuações nesse campo; uma ponderação segundo o princípio da proporcionalidade não tem aqui lugar. Isto decorre, por um lado, da garantia (...) dos direitos fundamentais e, por outro lado, deduz-se (da ideia de que) o cerne da personalidade é protegido através da dignidade intocável da pessoa humana”.<sup>63</sup>

O segundo caso do diário chegou ao Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1989, dos oito juízes quatro votaram a favor e quatro votaram contra a admissão das notas do diário como prova. Com este resultado não se considerou inconstitucional a utilização do diário como prova, tendo sido confirmada a condenação do arguido.

Os quatro juízes que votaram a favor alegaram que o diário não faz parte do núcleo inviolável da intimidade, uma vez que o arguido tinha exteriorizado aqueles pensamentos

---

<sup>63</sup> Ac. TC n° 607/2003.



de livre vontade, acrescentaram ainda que aquelas notas contêm informações sobre factos que transcendem a esfera legal e afetam substancialmente os interesses da sociedade.

Roxin não concorda com esta posição dos quatro juízes, referindo sobre a mesma: “En mi consideración ésta es una forma de razonamiento inapropiada debido a que, en términos prácticos, ella se niega a reconocer la esfera intangible del ser humano, la cual debe estar inmune a las interferencias estatales”.<sup>64</sup>

Os quatro magistrados que votaram contra a admissão do diário como prova sustentaram que esta era uma violação da dignidade humana. Afirmaram que o diário continha um monólogo confidencial do arguido e que, por isso, deveria permanecer imune a qualquer interferência estatal. Os magistrados acrescentaram ainda: “Como no existe ninguna restricción constitucional al derecho del acusado a permanecer en silencio, igual que frente a los cargos que se le endilgan debería existir una protección equivalentemente irrestricta contra cualquier intento de confrontarlo a él en un juicio y en contra de su voluntad com hechos que conciernen a los aspectos más personales de su privacidad. Cualquier ser humano debe tener el derecho de autodeterminación como éste que es de la esencia de la dignidad humana”.<sup>65</sup>

Percebe-se, facilmente, que a tarefa mais complexa é a de determinar se um facto pertence ou não ao núcleo inviolável da intimidade. Como tal, o Tribunal Constitucional Federal Alemão elaborou um critério para efetuar essa determinação, referindo que essa inclusão vai depender de o seu conteúdo apresentar um carácter altamente pessoal e em que medida e intensidade ele toca a esfera de outros ou interesses da comunidade, referindo, ainda, que a lei fundamental alemã (tal como a portuguesa) não impõe, *tout court*, a proibição de valoração de diários em processo penal. A possibilidade de estes serem utilizados depende do carácter e significado do seu conteúdo, se tais diários contêm, por exemplo, indicações sobre o planeamento de futuros crimes ou uma descrição de crimes consumados, eles estão, portanto, em imediata relação com concretas ações puníveis e, por isso, não pertencem ao domínio intocável da vida privada.<sup>66</sup>

O TC português adota a posição do Tribunal Constitucional Federal Alemão, defendendo a teoria das três esferas, considerando também que a questão da valoração dos diários no âmbito do processo penal deve ser ponderada através da análise do conteúdo dos mesmos,

---

<sup>64</sup> Roxin, Claus, *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, pág. 106.

<sup>65</sup> Idem, *Ibidem*, pág. 107.

<sup>66</sup> Ac. TC n° 607/2003.

verificando se estes pertencem à esfera inviolável da intimidade. Para tal, adota o critério elaborado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão referido acima, passando a citar o TC português: “ (...) deve, desde já, considerar-se que, no que concerne à perspectivação da (in)admissibilidade de utilização probatória de diários pessoais sob o prisma da tutela da intimidade e à luz da valoração do princípio matriz da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, é imprescindível – como adequadamente salientou o *Bundesverfassungsgericht* a propósito do segundo caso do diário – aferir se o conteúdo concreto das descrições ou relatos que o integram pertencem ao domínio absolutamente interno do seu autor – tocando apenas a sua esfera pessoal e revelando, ao jeito de «uma conversa consigo próprio», o seu «estado de alma» relativamente a problemas que atingem o «cerne da sua personalidade», afora a existência de uma factualidade que implique terceiros –, ou se, em oposição, tais descrições, não apresentando um cunho vivencial puramente pessoal, envolvem a esfera das vítimas, estando, assim, para lá de um foro exclusivo interno”.

Mais à frente, acrescenta o TC Português: “Ora, no domínio de um concreto diário, poderão existir, como não se deve ignorar, elementos que constituem manifestações exclusivas do domínio interno da consciência de um indivíduo, mas também descrições de concretas situações da vida, externamente constatáveis (e testemunháveis por terceiros), que se reportam a um domínio que contende com a esfera «da vida em relação», merecendo, destarte, um diferente âmbito tutelar. Se no primeiro caso se pode afirmar, acompanhando Amelung, que tais descrições «não têm, além do gasto do papel, outra consequência social», já no segundo caso importa reconhecer, na linha de pensamento do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que «o contacto com a esfera de personalidade de um outro homem confere a uma acção ou informação um significado social que a torna acessível a uma regulamentação jurídica» e, deste modo, quando os diários digam respeito a uma esfera relacional, sustentada fáctico-empiricamente, indo para além de uma mera discussão do «*forum internum*» - porquanto assente em elementos vivenciais que, tocando a esfera de vida de terceiros, referem-se a processos externos que se encontram «numa relação imediata com acções concretas puníveis pelo direito penal» -, não deve ter-se por absolutamente excluída a sua utilização em sede processual-probatória”.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> Ac. TC nº 607/2003.

O critério proposto pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão e adotado pelo TC português é de difícil aplicação ao exame P300, uma vez que para determinarmos se a realização coativa do exame contende com a esfera inviolável da intimidade teríamos de analisar o conteúdo da informação que se vai obter do cérebro do arguido para determinar se a mesma pertence exclusivamente ao domínio interno da consciência deste ou se, pelo contrário, envolve a esfera de personalidade de um terceiro, nomeadamente uma vítima. Ora, da análise da forma de realização do exame e seus objetivos, facilmente se percebe que as informações que se vão obter envolverão sempre terceiros, pois os estímulos que são expostos ao arguido estão sempre relacionados com um crime do qual o mesmo é suspeito. Como tal, não me parece correto aplicar o referido critério ao exame P300.

Como se percebe, não é fácil fazer uma delimitação rigorosa e precisa do que deve pertencer à esfera inviolável da intimidade, no entanto, entendo que, por maior ou menor amplitude que essa esfera deva ter, a realização coativa do exame P300 tem, obrigatoriamente, de cair no âmbito de proteção da mesma, uma vez que não há nada mais íntimo, mais interno do que o que se passa no nosso cérebro. Aquilo que o nosso cérebro guarda deve ser algo completamente inacessível, é algo com uma ligação muito grande à dignidade da pessoa humana e, como tal, uma ingerência a esse nível tem de ser considerada uma violação brutal à esfera inviolável da nossa intimidade. Como refere o juiz Lasala Albasini, da Secção nº 1 da Audiencia Provincial de Zaragoza, que votou contra a validade do exame: com o exame P300 está-se a entrar “en el reducto íntimo de la mente humana que se apoya y reside en el cérebro de las personas”.<sup>68</sup>

À luz deste direito fundamental, podemos retirar duas conclusões: o exame P300 não pode ser utilizado como prova, se realizado coativamente, pois restringe o referido direito fundamental e na ausência de habilitação legal para a sua realização coativa, viola o art. 18º nº 2 da CRP; em segundo lugar, sendo realizado coativamente, o exame atinge o núcleo essencial deste direito fundamental, não havendo viabilidade de, no futuro, ser criada lei que legitime a sua realização coativa por desrespeito do art. 18º nº 3 da CRP.

Obviamente que havendo consentimento, este direito não é restringido, visto que a pessoa pode livremente expor as informações sobre a sua vida da forma que bem entender.

---

<sup>68</sup> V. Audiencia Provincial de Zaragoza – Auto nº 135/2014 de 19/02/2014 da Secção nº1. Apud Botelho, Marta Madalena, *O Exame Neurológico P300 em Tribunal e a (in)Viabilidade da sua utilização no Processo Penal português*, pág. 78.

**III** - Outros dois direitos fundamentais que poderíamos chamar à colação para a presente discussão seriam o direito à liberdade (art. 27º da CRP) e o direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26º n.º1 da CRP). Não o faço, pelo menos de forma tão desenvolvida como nos anteriores, porque rapidamente se chega à conclusão que os referidos direitos não são violados ou a sua violação é justificada e sustentada pela própria CRP.

O direito à liberdade consiste no direito à liberdade física, à liberdade de movimentos, ou seja, direito de não ser detido, aprisionado ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço ou impedido de se movimentar. O direito à liberdade compreende fundamentalmente os seguintes sub-direitos: direito de não ser detido ou preso pelas autoridades públicas, salvo nos casos e termos previstos no art. 27º da CRP; direito de não ser aprisionado ou fisicamente impedido ou constringido por parte de outrem; direito à proteção do Estado contra os atentados de outrem à própria liberdade.<sup>69</sup>

No caso concreto de um arguido ser notificado para se apresentar ou, caso não o faça voluntariamente, ser detido para ser sujeito à realização do exame P300 constituiria uma restrição do direito à liberdade do arguido, no entanto, seria uma restrição justificada pois é sustentada pela CRP na alínea f) do número 3 do art. 27º.

Quanto ao direito ao desenvolvimento da personalidade, o mesmo densifica-se nos seguintes elementos nucleares: “(1) a possibilidade de «interiorização autónoma» da pessoa ou o direito a «auto-afirmação» em relação a si mesmo, contra quaisquer imposições heterónomas (de terceiros ou de poderes públicos); (2) o direito a auto-exposição na interação com os outros, o que terá especial relevo na exposição não autorizada do indivíduo nos espaços públicos (na imprensa, nos média, nos filmes, na publicidade); (3) o direito à criação ou aperfeiçoamento de pressupostos indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade (ex.: direito à educação e cultura, direito a condições indispensáveis à ressocialização, direito ao conhecimento da paternidade e maternidade biológica)”.<sup>70</sup>

Dos três elementos que densificam o referido direito o único que poderíamos equacionar se seria afetado pela realização coativa do exame P300 é o primeiro, na parte em que se refere “(...) o direito de «auto-afirmação» em relação a si mesmo, contra quaisquer imposições heterónomas (de terceiros ou de poderes públicos)”, mas mesmo este, depois de percebermos o seu conteúdo, verificamos que não é afetado. Em relação ao conteúdo deste

---

<sup>69</sup> Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, pág. 478.

<sup>70</sup> Idem, *Ibidem*, pág. 464.

primeiro elemento, Gomes Canotilho e Vital Moreira referem o seguinte: “A primeira dimensão densificadora – direito à auto-afirmação – dará guarida constitucional a vários «direitos de personalidade inominados», eventualmente não reentrantes no âmbito normativo dos direitos pessoais especificadamente positivados na Constituição (direito aos documentos pessoais, direito ao segredo das suas fichas médicas, pedagógicas e assistenciais, direito à autodeterminação sexual, direito à autodeterminação informativa quanto a dados pessoais constantes de ficheiros manuais ou informáticos).”<sup>71</sup>

Ora, daqui podemos concluir que o direito ao desenvolvimento da personalidade, de acordo com a densificação referida, não é restringido pela realização coativa do exame P300.

#### **4 - O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare***

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* é um pilar fundamental no nosso direito processual penal, tal como no ordenamento jurídico alemão, não se encontra expressamente consagrado na CRP, apesar disso, é aceite e considerado por todos um princípio constitucional não escrito.<sup>72</sup> Quanto ao reconhecimento do princípio não é necessário fazer grandes desenvolvimentos, uma vez que, como afirma Costa Andrade: “Hoje não é tanto o reconhecimento do princípio *nemo tenetur* quanto e sobretudo a definição da sua compreensão e alcance, sc., a precisa demarcação da respectiva área de tutela que suscita dificuldades”.<sup>73</sup>

Tendo este princípio já sido muito trabalhado na Doutrina portuguesa, vou fazer uma breve excursão pelos pontos essenciais do mesmo, nomeadamente: a sua definição; o seu fundamento; e as várias delimitações construídas pela Doutrina e Jurisprudência. Por fim, passarei à concreta análise da possível violação do princípio pela realização coativa do exame P300 e a consequência em termos de valoração do seu resultado.

---

<sup>71</sup> Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, pág. 464.

<sup>72</sup> Vide: Dias, Jorge de Figueiredo; Andrade, Manuel da Costa e Pinto, Frederico de Lacerda da Costa, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pág. 39; Botelho, Marta Madalena, *O Exame Neurológico P300 em Tribunal e a (in)Viabilidade da sua utilização no Processo Penal português*, pág. 83; Andrade, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de Prova em Processo Penal*, pág. 125;

<sup>73</sup> Andrade, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de Prova em Processo Penal*, pág. 127.

#### 4.1 - Definição do princípio

Este princípio transmite a ideia de que sobre nenhum arguido recai a obrigação de se auto-incriminar, ou seja, reconhece-se o direito de não prestar declarações e, ainda, de não fornecer provas que levem à sua incriminação, quer no que toca aos factos relevantes para a questão da culpabilidade, quer no que respeita aos atinentes à medida da pena. Como resulta claro, este princípio desdobra-se em duas vertentes: direito ao silêncio (expressão oral, escrita e gestual<sup>74</sup>), que constitui o núcleo essencial do princípio; e direito do arguido a não produzir provas que o incriminem, sendo este um âmbito mais periférico do princípio.

O direito ao silêncio está consagrado no CPP nos arts. 61º nº 1, al. d), 132º nº 2, 141º nº 4, al. a), e 343º nº1, que dispendo este último que o silêncio total do arguido não pode ser valorado negativamente, o mesmo sucedendo com o silêncio parcial (art. 345º nº 1 CPP). Como refere Costa Andrade: “o silêncio do arguido não pode nunca ser valorado contra ele”.<sup>75</sup>

Nas palavras felizes de Helmholtz: “The privilege against self-incrimination guarantees that men and women cannot lawfully be required to answer questions that will aid in convicting them of a crime. The privilege is widely regarded as both fundamental to human liberty and venerable in the history of the development of civil rights. Some form of the privilege can undoubtedly lay claim to antiquity, boasting a link with the Latin maxim often used to state it, *Nemo tenetur prodere seipsum*, a phrase reputed to have come from the pen of Saint John Chrysostom (d.407). The saint’s words proclaimed that no person should be compelled to betray himself in public. Put into secular form, those words became a rallying cry in the history of the protection of human liberty, an established feature of Anglo-American law, and a point of departure for developing legal systems”.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> Dias, Augusto Silva e Ramos, Vânia Costa, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra editora, 2009, pág. 21.

<sup>75</sup> Andrade, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de Prova em Processo Penal*, pág. 128.

<sup>76</sup> HELMHOLTZ, R. H. – *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1997, pág. 1.

## 4.2 - Fundamentos do princípio

Em Portugal, tal como na Alemanha, existem várias teorias relativamente ao fundamento do princípio *nemo tenetur*. Estas teorias podem ser agrupadas em duas categorias: os fundamentos de natureza substantiva ou material; e os fundamentos processuais.

Do lado das teorias substantivas temos Costa Andrade que considera, na linha do Tribunal Constitucional Federal Alemão (na decisão sobre a insolvência de 1981), que este princípio decorre da dignidade humana e, portanto, é um princípio absoluto, não admitindo restrições, ou seja, está subtraído a todo o juízo de ponderação mesmo face aos interesses e valores de maior relevo estadual como o interesse na eficiência da justiça criminal.<sup>77</sup> No mesmo sentido, o BGH afirmou numa decisão: “A liberdade de auto-acusação corresponde ao estatuto do arguido no processo penal, em que figura como sujeito e não como objecto do processo. Como tal, prevalece sobre o dever do Estado de assegurar uma eficaz perseguição penal, também ela um valor constitucionalmente consagrado. Por vias disso, ele vale independentemente da gravidade do crime a perseguir. Continuando a citar o referido tribunal o princípio vale “para todos os processos independentemente da natureza do crime. O interesse público não pode justificar nenhum meio que atente contra o conteúdo essencial do direito de depor do arguido, incluído o direito de não ter de se acusar a si próprio”.<sup>78 79</sup>

Esta corrente defende que “As tentativas de obtenção coativa de declarações auto incriminatórias, ao comprimirem a capacidade de determinação e a liberdade de decisão do arguido, degradam-no a objeto do processo e, reduzindo-o a simples meio (de) descoberta da verdade, ofendem a sua dignidade fundamental.”<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> Andrade, Manuel da Costa, T.C., Acórdão n.º 340/2013 (*Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional*), in Revista de Legislação e Jurisprudência n.º 3989, 2014, pág.146.

<sup>78</sup> Idem, Ibidem, pág. 147.

<sup>79</sup> Partilhando da mesma posição: Rogall e Dierlamm, vide: Andrade, Manuel da Costa, T.C., Acórdão n.º 340/2013 (*Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional*), pág. 145 e 147.

<sup>80</sup> Silva, Sandra Oliveira e, *O Arguido Como Meio De Prova Contra Si Mesmo, considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, pág. 133.

Quanto às teorias processuais temos autores que consideram que o direito ao silêncio tem uma natureza processual, sendo uma projeção da estrutura acusatória do processo e das garantias de defesa (em sentido amplo).<sup>81</sup>

Outros autores, relacionam aquele direito com aspetos particulares dessas garantias, tais como a presunção de inocência do arguido (art. 32º nº 2 CRP), é o caso de Maria João Antunes que refere: “Característico da estrutura acusatória do processo penal português é a atribuição ao arguido do estatuto de sujeito processual, como decorre expressamente do artigo 60º do CPP e do preceito que recebe o catálogo dos direitos (e deveres) processuais daquele (artigo 61º do CPP). Sujeito processual que, na veste de meio de prova, está armado com a garantia da presunção de inocência até ao trânsito em julgado da sentença de condenação (artigo 32º, nº 2, da CRP), princípio que ligado ao da preservação da dignidade pessoal conduz, nas palavras de Figueiredo Dias “a que a utilização do arguido como meio de prova seja sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade – tanto no inquérito como na instrução ou no julgamento: só no exercício de uma plena liberdade da vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constitui objecto do processo”.<sup>82</sup>

Já Simas Santos e Leal Henriques adotam uma teoria mista, entendem que este princípio tem vários fundamentos, sendo um deles a presunção de inocência: “A garantia contra a auto-incriminação decorre de princípios e valores constitucionais, desde a dignidade da pessoa humana, a liberdade de determinação e a presunção de inocência”.<sup>83</sup>

No que toca à Jurisprudência do TC, apesar de nas suas decisões mais recentes reconhecer ao princípio uma natureza constitucional implícita, não se retira uma linha de pensamento muito clara relativamente ao fundamento do princípio. O TC tem aceitado acriticamente os

---

<sup>81</sup> Palma, Maria Fernanda, *A constitucionalidade do artigo 342.º do código de processo penal: o direito ao silêncio do arguido*, in RMP, Lisboa, nº 60, 1994, pág. 103 e ss.; Mendes, Paulo de Sousa, *Lições de Direito Processual Penal*, Almedina, 2015, pág. 209. Também é esta a posição do TEDH, vide: Costa, Joana, *O princípio nemo tenetur na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, in Revista do Ministério Público, out-dez 2011, pág. 118.

<sup>82</sup> Antunes, Maria João, *Direito ao silêncio, a leitura em audiência de declarações do arguido*, in Sub Júdice/Ideias – 4, 1992, pág. 25 ss. A autora no mesmo sentido em *Direito Processual Penal – “Direito Constitucional Aplicado”, in Que Futuro Para O Direito Processual Penal, Simpósio Em Homenagem A Jorge De Figueiredo Dias Por Ocasão Dos 20 Anos Do Código De Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009, pág. 747 e 748. Vide no mesmo sentido: Conceição, Ana Raquel, *Escutas Telefónicas, Regime Processual Penal*, Quid Juris, Lisboa, 2009., pág. 81 e 82;

<sup>83</sup> Gaspar, António Henriques, e outros, *Código de Processo Penal Comentado*, comentário ao art.º 61, pág. 214.



fundamentos invocados pelos recorrentes (os arts. 1.º, 2.º, 25.º, 26.º, 32.º n.ºs 1, 2, 4 e 8, da CRP).<sup>84</sup>

Mesmo quando o TC aborda a questão do fundamento do princípio não adota uma posição uniforme, a título de exemplo se no Acórdão n.º 695/95 (sobre o dever de declarar sobre os antecedentes criminais) o TC refere que: “Este direito ao silêncio está directamente relacionado com o princípio constitucional da presunção de inocência (artigo 32.º n.º 2 da Constituição).”<sup>85</sup> Já nos Acórdãos 340/2013 (sobre os deveres de entrega de documentos no domínio tributário e eventual transferência desses documentos para o processo penal) e 108/2014 (estava em causa a prática de um crime de roubo e o recorrente alega a violação do princípio *nemo tenetur*, uma vez que depôs um individuo como testemunha que já tinha sido arguido, sem ter havido consentimento do mesmo (art. 133.º n.º 2 CPP)), neste último citando o primeiro, o TC referiu: “Os direitos ao silêncio e à não auto incriminação devem considerar-se incluídos nas garantias de defesa que o processo penal deve assegurar (artigo 32º n.º 1 CRP), não deixando estes direitos processuais de proteger mediata ou reflexamente a dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais com ela conexos, como sejam os direitos à integridade pessoal, ao livre desenvolvimento da personalidade e à privacidade, não se revelando necessário, para sustentar o acolhimento constitucional, o recurso a parâmetros mais genéricos ou distantes como o direito ao processo equitativo (artigo 20º n.º 4, da Constituição) ou à presunção de inocência (artigo 32º n.º 2 da Constituição)”.<sup>86</sup>

Como facilmente se percebe do que se acaba de referir, não há uma posição unânime relativamente ao fundamento do princípio, sendo todas as posições legítimas e bem fundamentadas, cumpre-me tomar posição.

Do meu ponto de vista, a posição mais equilibrada é a de Maria João Antunes, defendendo que o princípio *nemo tenetur* é uma decorrência da presunção de inocência, isto porque faz sentido que o direito ao silêncio, sendo uma garantia constitucional criada para se materializar no âmbito do processo penal, decorra de um princípio geral do direito

---

<sup>84</sup> Silva, Sandra Oliveira e, *O Arguido Como Meio De Prova Contra Si Mesmo, considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, pág. 130-131.

<sup>85</sup> Ac. TC 695/95.

<sup>86</sup> Ac. TC n.º 340/2013 e Ac. TC n.º 108/2014. Vide também: Silva, Sandra Oliveira e, *O Arguido Como Meio De Prova Contra Si Mesmo, considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, pág. 131.

processual penal. Embora compreenda a posição de Costa Andrade e a adote parcialmente, porque entendo que o conteúdo essencial do princípio *nemo tenetur* é absoluto, aliás como todos os conteúdos essenciais de todos os direitos fundamentais como decorre do art. 18º nº 3 da CRP. Todavia, já não considero absoluta a zona mais periférica do princípio, até porque essa consideração pode ser algo perigosa, uma vez que os critérios de delimitação da amplitude do princípio não gozam de unanimidade na Doutrina nem na Jurisprudência. Como tal, é mais seguro considerar absoluto o núcleo essencial do princípio, pois esse (o direito ao silêncio) é unânime, deixando as restrições à zona mais periférica à ponderação do juiz ou do legislador, a efetuar à luz dos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação.

Pode argumentar-se contra esta minha posição, que a mesma afeta o princípio da segurança jurídica. O que é verdade, mas também é verdade que mesmo considerando-se o *nemo tenetur* absoluto na sua globalidade sempre existirá insegurança jurídica em virtude da inexistência de unanimidade quanto ao que deva ser o conteúdo da sua esfera periférica. Pelo que sempre ficará nas mãos do aplicador do direito a decisão sobre o que deve enquadrar-se na esfera periférica do *nemo tenetur*, com a agravante de que aquilo que o aplicador do direito considerar como enquadrável nessa zona ser considerado absoluto.

### **4.3 - Delimitação do princípio**

#### **4.3.1 - Delimitação subjetiva**

A primeira delimitação a ser feita é em termos subjetivos. Segundo o STJ só quem é arguido num processo penal pode invocar o princípio *nemo tenetur*. Citando o referido tribunal: “Pressuposto desse direito ao silêncio é, no entanto, a existência de um inquérito e a condição de arguido. A partir da constituição do arguido enquanto tal, ele assume um estatuto próprio, com deveres e direitos, entre os quais, o de não se auto-incriminar. A partir de então, as suas declarações só podem ser recolhidas e valoradas nos estritos termos indicados na lei, sendo irrelevantes todas as conversas ou quaisquer outras provas recolhidas informalmente”.<sup>87</sup>

---

<sup>87</sup> Ac. STJ de 15-02-2007, processo nº 06P4593, in DGSI.

Do meu ponto de vista levanta-se aqui uma questão pertinente: será que um suspeito, antes de ser constituído arguido, não poderá fazer-se valer do princípio *nemo tenetur*, nomeadamente do direito ao silêncio, não respondendo a questões que possam incriminá-lo? Concordo com Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos quando referem que os titulares do princípio *nemo tenetur* “... são o arguido e o suspeito. (...) Resulta daqui que no sistema processual penal português é titular do direito ao silêncio primeiramente o arguido e, além dele, todas as pessoas que, não o sendo, são, contudo, orientadas ou pressionadas por agentes da administração da justiça penal a declararem contra si mesmas”.<sup>88</sup>

O Tribunal da Relação de Lisboa defendeu esta posição no Acórdão de 24-09-2015, referindo: “É também a partir desta matriz ou acto fundador, que o artigo 32º da Constituição da República Portuguesa estabelece que o “*processo criminal assegura todas as garantias de defesa*”, enquanto princípio programático do processo criminal, não pode cingir-se às fases contemporâneas ou posteriores à constituição de arguido, sob pena de poder permitir, em teoria, situações de violação dos direitos liberdades e garantias e, em última instância, fraude à lei. (...)”

Parece-nos, em nossa modesta opinião, que o direito constitucional de defesa, no que tange ao âmago dos direitos liberdades e garantias, deve poder ser exercido antes do momento de constituição de arguido.”<sup>89</sup>

O TEDH adota, também, esta posição ao afirmar que o direito ao silêncio e à não auto-incriminação podem ser invocados por quem tenha o estatuto de acusado de uma ofensa criminal.<sup>90</sup> Explicitando o que se deve entender por “acusado de uma ofensa criminal”, no caso *Serves v. França* defendeu que “o conceito de acusado utilizado no art. 6º da Convenção, para além de autónomo em relação ao conceito homólogo que vigore no ordenamento dos Estados contraentes, tem ali um sentido mais material do que formal, conduzindo a que como tal deva considerar-se todo aquele a quem foi oficialmente comunicada pela autoridade competente a qualidade de suspeito da prática de um crime.”<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> Dias, Augusto Silva e Ramos, Vânia Costa, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, pág. 20.

<sup>89</sup> Ac.TRL de 24-09-2015 in DGSI.

<sup>90</sup> Costa, Joana, *O princípio nemo tenetur na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, pág. 119.

<sup>91</sup> Idem, *Ibidem*, pág. 122.

No caso *Heaney and MacGuinness v. Irlanda*, o TEDH colocado perante o problema de averiguar se o âmbito normativo do conceito de acusado incluiria a situação daquele que, não estando formalmente acusado na altura em que fora alvo de procedimentos alegadamente violadores do direito ao silêncio, se achava, porém, em tal momento sob detenção por suspeita de envolvimento na prática de um crime com o qual se relacionavam as informações pretendidas obter através do exercício de poderes coercivos, “o TEDH renovou o entendimento segundo o qual o conceito de acusado tem, no âmbito do art. 6º da Convenção, um significado próprio, devendo como tal considerar-se, para os efeitos ali previstos, todo aquele cuja situação individual, enquanto suspeito, se encontre substancialmente afectada. O TEDH refutou, assim, o argumento apresentado pelo Governo Irlandês no sentido da inaplicabilidade do art. 6º da Convenção por ausência de uma acusação formal, considerando que, apesar de não se encontrarem formalmente acusados no momento em que haviam sido destinatários do procedimento pretendido controverter perante as exigências do art. 6º, os queixosos se encontravam substancialmente afectados por uma acusação de sentido equivalente à suspeita que havia conduzido à respectiva detenção”.<sup>92</sup>

Esta posição não é pacífica na Doutrina, por exemplo Henriques Gaspar tem uma posição contrária, considerando que o suspeito “tem relevância residual no processo (...) é uma figura dos tempos iniciais da fase preliminar do inquérito ou do âmbito das medidas cautelares de polícia. (...) A obrigatoriedade da constituição de arguido nos casos do artigo 58º determina que a autonomia da noção de suspeito não possa ultrapassar os momentos de investigação de primeira abordagem. (...) As referências avulsas à categoria de “suspeito”, as sujeições pontuais de que pode ser objecto e as faculdades processuais de que dispõe (...) não permitem considerar o “suspeito” como sujeito processual, por não dispor de um conjunto de direitos e deveres que possibilitem uma intervenção que seja constitutiva ou que possa co-determinar o objecto do processo”.<sup>93</sup>

O problema desta posição do STJ e de Henriques Gaspar é que pode favorecer a prática de investigações fraudulentas, no sentido de que as autoridades atrasem a constituição do suspeito como arguido para que este não possa valer-se do direito ao silêncio e, por esse

---

<sup>92</sup> Costa, Joana, *O princípio nemo tenetur na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, pág. 123.

<sup>93</sup> Gaspar, António Henriques e outros, *Código de Processo Penal comentado*, comentário ao artigo 1º.

motivo, parece-me que o suspeito, tal como referi anteriormente, deve poder invocar o referido direito.

Esta posição leva-nos à problemática de saber qual o momento em que deve um suspeito ser constituído arguido. O critério deve ser o do art. 59º nº 1 do CPP, quando a constituição de arguido não ocorra por algum dos casos referidos no art. 58º CPP, que refere que uma pessoa inquirida deve ser constituída como arguido quando surgir “fundada suspeita de crime por ela cometido”. O problema está em saber o que se deve entender por “fundada suspeita de crime por ela cometida”.

Para isso é importante analisar o Acórdão do STJ de 22-04-2004, trata-se de um caso em que a GNR abordou um indivíduo, que era apontado por duas testemunhas como suspeito da prática do crime de incêndio florestal, tendo este prontamente confessado o crime. O capitão da GNR reuniu alguns agentes e um fotógrafo e procedeu à reconstituição do facto com a ajuda do suspeito. Em julgamento, o arguido remeteu-se ao silêncio, tendo sido valoradas como prova os depoimentos de agentes da GNR que relataram o que foi dito pelo arguido (na época suspeito) quando confessou o crime e também a forma como reconstituiu esse mesmo crime.

O problema que aqui se coloca é exatamente o de saber se quando o suspeito confessa o crime passou haver a fundada suspeita da prática do crime (art. 59º nº 1 CPP). Segundo o STJ, uma confissão pode não ser o suficiente para criar uma fundada suspeita da prática do crime, passando a citar o referido tribunal: “... as circunstâncias descritas permitem o enquadramento legal da actividade investigatória dos órgãos de polícia criminal – no caso os agentes da GNR – pois o que se mostra ter acontecido – e é o mais natural – é que os agentes em causa não hajam crido logo na primeira declaração confessoria do suspeito sem a terem testado nomeadamente por confronto com outros meios de prova, *maxime* a reconstituição dos factos, pois é do conhecimento comum que há “confissões espontâneas” que, sem mais, desacompanhadas de outros elementos probatórios, não merecem a menor credibilidade, isto é, não são o bastante para fundar suficientemente a suspeita. Daí que, certamente só depois de realizadas tais diligências de confirmação da confissão, lhes tenha surgido “fundadamente” a suspeita da autoria do(s) crime(s), tal como é exigido pelo nº 1 do artigo 59º do CPP”.<sup>94</sup>

---

<sup>94</sup> Ac. STJ de 22-04-2004, processo nº 04P902, in DGSJ

Não querendo aprofundar muito a questão do momento correto para a constituição do suspeito como arguido, pois foge um pouco do tema que me proponho tratar, parece-me pertinente referir que a introdução desta expressão “fundada suspeita” tinha como objetivo evitar que qualquer suspeito fosse constituído arguido, assim, evitando a estigmatização que este estatuto tinha aos olhos da sociedade. A verdade, no entanto, é que veio a ter efeitos perversos, pois é uma expressão bastante subjetiva, o que facilita as referidas práticas investigatórias fraudulentas.

A solução que defendo passa por atribuir ao suspeito um estatuto que lhe confira o direito ao silêncio, o que levará ao fim destes atrasos propositados na constituição do suspeito como arguido.

### **4.3.2 - Delimitação material**

A Doutrina e Jurisprudência têm desenvolvido alguns critérios, que não sendo unânimes, permitem delimitar o âmbito de proteção do princípio. Vou analisar apenas os critérios mais consensuais.

#### **4.3.2.1 - Critério da conduta**

No ordenamento jurídico alemão e, como consequência, no ordenamento jurídico português a Doutrina dominante aponta como critério delimitador do *nemo tenetur* a qualidade da conduta esperada da pessoa, ou seja, distinguem-se os meros deveres de tolerância passiva e as obrigações de colaboração ativa.

Costa Andrade no comentário ao Acórdão do TC nº 340/2013, adotando este critério, delimita a aplicação deste princípio aos contributos ativos do arguido, considerando irrelevante a tolerância passiva de certas injunções ou intromissões das autoridades.<sup>95</sup>

O autor, justifica a sua posição referindo: “Do ponto de vista do atentado à dignidade pessoal do arguido convertido em instrumento da sua própria condenação, uma coisa é a recolha de provas à custa do aproveitamento e da manipulação de um arguido passivo, nas

---

<sup>95</sup> Andrade, Manuel da Costa, T.C., Acórdão n.º 340/2013 (*Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional*), pág. 143.

situações em que ele é legitimamente tratado como objecto de prova; outra, muito diferente, é a apresentação de provas produzidas pelo arguido e, como tais, levadas à conta de ecos ou reflexos da “sua” versão dos factos, sc., da “sua” verdade”.<sup>96</sup> O autor continua o seu raciocínio alegando que no primeiro caso a prova, apesar de ter sido obtida através de uma intromissão forçada na esfera do arguido, aparecerá como produzida pelas autoridades competentes. Já no segundo caso, a prova aparecerá no processo como uma projecção da personalidade e da ação do arguido.

Outros autores, como Rogall, apoiam esta diferenciação entre colaboração ativa e passiva. O referido autor afirma que quem nega esta diferença “desconhece a essência do princípio *nemo tenetur*. Onde o decisivo não é tanto a produção de um resultado probatório à custa da utilização do arguido, mas apenas que o arguido seja coagido a apresentá-lo, ele próprio, aos órgãos da repressão penal”.<sup>97</sup>

No mesmo sentido, Kasiske refere que o contributo ativo do arguido fere gravemente a dignidade humana, o que não acontece com o aproveitamento de uma intromissão que o arguido tenha suportado passivamente, que é sempre visto, nas palavras do autor, “como um acto exterior ao mesmo arguido”<sup>98</sup>. Quanto à contribuição ativa, refere que o arguido “é forçado a um acto de vontade, que representa o seu agir para o exterior como expressão da sua liberdade pessoal de decisão. O arguido é instrumentalizado para fins processuais não apenas como corpo, mas também como personalidade, capaz de uma decisão autónoma de vontade”.<sup>99</sup>

Também Roxin defende este critério, referindo: “El acusado no tiene por qué auxiliar a las autoridades de persecución penal en forma activa, pero él debe tolerar no sólo una investigación de su vida privada (...) sino también intervenciones físicas, las cuales pueden perfectamente suministrar una contribución decisiva en la prueba de su culpabilidad”.<sup>100</sup>

---

<sup>96</sup> Andrade, Manuel da Costa, T.C., Acórdão n.º 340/2013 (*Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional*), pág. 144

<sup>97</sup> Idem, Ibidem, pág. 144

<sup>98</sup> Idem, Ibidem, pág. 144

<sup>99</sup> Andrade, Manuel da Costa, T.C., Acórdão n.º 340/2013 (*Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional*), pág. 144.

<sup>100</sup> Roxin, Claus, *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, pág. 98.

Há quem entenda na Alemanha, com base neste critério de distinção, que o arguido não pode ser obrigado a soprar nos testes de controlo de alcoolemia (entre nós, o chamado “teste do balão”), visto que constitui, claramente, um comportamento ativo.<sup>101</sup>

Este critério de distinção entre um comportamento ativo e o mero tolerar passivo de uma atividade de terceiro não é unânime na Doutrina, a autora Wolfslast refere que “não se é apenas instrumento da própria condenação quando se colabora mediante uma conduta activa, querida e livre, mas também quando (...) contra a vontade, uma pessoa tem de tolerar que o próprio corpo seja utilizado como meio de prova. De resto, será difícil discernir porque é que a dignidade humana do arguido só é atingida quando forçado a uma acção e já não quando compelido a ter de tolerar uma acção. O tormento, a humilhação de ter de ser instrumento contra si próprio podem, em caso de passividade forçada e verificadas certas circunstâncias, ser maiores do que em caso de colaboração activa”.<sup>102</sup> A este propósito, a autora refere as situações em que o arguido é obrigado a adotar uma determinada postura corporal ou uma determinada expressão facial, “casos que demonstram claramente a inexistência de uma distinção qualitativa entre a acção e a omissão”.<sup>103</sup>

Do meu ponto de vista, este critério da conduta faz todo o sentido (apesar da sua difícil aplicação em determinados casos)<sup>104</sup> se percebermos a essência do mesmo, essência essa muito bem explicada por Sandra Oliveira e Silva: “(...) Desde então, nunca o binómio atividade/passividade deixou de se afirmar como critério dominante na doutrina e na jurisprudência alemãs, exprimindo no plano normativo a tradicional oposição filosófica entre o «corpo» e «espírito», compreendidos como distintas projeções da personalidade humana.

A referida diferenciação fenomenológica assenta na premissa filosófica de que a liberdade de vontade constitui a expressão mais nuclear da personalidade humana, por contraposição com a existência física/corpórea. E tem como certa a ideia de que a autonomia pessoal é mais severamente atingida se o arguido for forçado a colaborar com o Estado na própria perseguição criminal sob a forma de uma acção positiva, do que nos casos em que o seu

---

<sup>101</sup> Andrade, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de Prova em Processo Penal*, pág. 129.

<sup>102</sup> Idem, ibidem, pág. 127.

<sup>103</sup> Idem, ibidem, pág. 128

<sup>104</sup> Como os casos do reconhecimento e da administração coativa de eméticos para fins probatórios, Vide Silva, Sandra Oliveira e, *O Arguido Como Meio De Prova Contra Si Mesmo, considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, pág. 580-583.



corpo é «simplesmente» manipulado pelas autoridades, impondo-se-lhe o dever de tolerar a intervenção (mas já não de a coadjuvar).”<sup>105</sup>

#### 4.3.2.2 - Critério da coação e critério do engano

O primeiro critério é pacífico no sentido de que todos os contributos ativos do arguido obtidos através de coação enquadram-se no âmbito do princípio, a grande dúvida levanta-se quanto aos contributos ativos do arguido obtidos através de meios enganosos.

Costa Andrade, no comentário ao referido Acórdão, limita o âmbito do princípio aos casos em que há coação para a obtenção da auto-incriminação, excluindo as formas enganosas de obtenção da mesma<sup>106</sup>, apesar de o TEDH ter já incluído no âmbito deste princípio meios enganosos como no caso Alan v. Reino Unido (2003).

Neste particular, na Alemanha a Jurisprudência encontrava-se um pouco dividida. Num caso, a polícia obrigou um amigo do suspeito a telefonar-lhe, enquanto a polícia gravava a conversa. Nesta conversa o suspeito acaba por confessar a prática do crime. Quanto a esta situação o BGH, numa decisão da sua sala 5ª considerou que esta prova não podia ser valorada, uma vez que se contornou o direito ao silêncio do arguido. O mesmo tribunal, numa decisão da sua sala 2ª considerou que a liberdade de o arguido permanecer calado não foi afetada, pois o confessar o crime a uma pessoa particular é um ato livre<sup>107</sup>

O Plenário do BGH, cumprindo com a tarefa constitucionalmente atribuída de unificar as decisões das diferentes secções que o integram, decidiu que a proibição, estabelecida no parágrafo 136º a) do Código de Processo Penal alemão, de que se utilize o engano para obter a auto-incriminação do arguido, só é aplicável quando são as autoridades encarregadas da investigação a empregarem diretamente o meio enganoso, mas já não quando uma pessoa particular, embora seguindo instruções das autoridades competentes para a investigação, estabelece uma conversação com o arguido e consegue obter declarações auto-incriminadoras do mesmo.

---

<sup>105</sup> Silva, Sandra Oliveira e, *O Arguido Como Meio De Prova Contra Si Mesmo, considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, pág. 575.

<sup>106</sup> Andrade, Manuel da Costa, *T.C., Acórdão n.º 340/2013 (Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional)*, pág. 144.

<sup>107</sup> Conde, Francisco Muñoz, *De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal penal del enemigo*, pág. 1023.

O referido tribunal recorre ainda a outro argumento para admitir a validade da prova auto-incriminatória obtida nos termos referidos, esse argumento é o princípio da proporcionalidade. Ao abrigo deste princípio, o tribunal admite que se possa recorrer ao referido procedimento, que o próprio reconhece que é duvidosamente compatível com o princípio *nemo tenetur* e com o da lealdade processual, quando se trate de crimes graves e quando o emprego de outros meios de obtenção de prova sejam mais complicados e menos eficientes.<sup>108</sup> Acrescentando que a obtenção da auto-incriminação através da colocação de um polícia disfarçado de criminoso na cela do arguido, ganhando a confiança deste último e fazendo-o confessar o crime, tendo o mesmo manifestado a sua vontade de não declarar, não pode ser admitida como prova.

Do meu ponto de vista, o primeiro argumento do referido tribunal não é de fácil compreensão, isto porque não faz sentido considerar que só é aplicável a proibição de utilização de meios enganosos quando estes são levados a cabo diretamente pelas autoridades competentes para a investigação e já não quando as mesmas autoridades utilizam um terceiro para esse efeito. Tanto uma situação como a outra consubstanciam uma forma de contornar o direito ao silêncio, sendo até, na minha opinião, mais grave utilizar um amigo do arguido para lhe retirar uma confissão, do que um elemento das autoridades, visto que o amigo é alguém em quem o arguido confia e, por isso, desabafa sem qualquer reserva. O problema é que no ordenamento jurídico alemão só se regulamenta os agentes encobertos (agentes do Estado que atuam encobertos) e já não os homens de confiança (particulares que atuam sob direção das autoridades públicas).

Nestes casos em que são utilizados homens de confiança que atuam sob a direção das autoridades públicas penso que se deveria aplicar a teoria da imputação objetiva para proibir a valoração das provas obtidas dessa forma. Com a utilização de homens de confiança por parte das autoridades públicas temos quase que uma “autoria mediata”, para utilizar a analogia feita por Costa Andrade.<sup>109</sup>

Roxin adere à posição da sala 5ª do BGH, alegando que “el principio *nemo tenetur*, tal como se expresa en el parágrafo 136 a) de la Ordenanza procesal penal alemana, no sólo

---

<sup>108</sup> Conde, Francisco Muñoz, *De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal penal del enemigo*, pág. 1023.

<sup>109</sup> Palestra de Costa Andrade no âmbito do II Curso de Especialização em Compliance e Direito Penal.

prohíbe la coacción para declarar, sino que también pretende proteger al imputado de una autoincriminación inducida por el Estado por mérito del error.”<sup>110</sup>

O autor defende uma interpretação extensiva do princípio *nemo tenetur*, englobando os meios enganosos, pois refere que tal como os meios coativos, os meios enganosos são idóneos a tornar alguém um instrumento de interesses alheios. Esta interpretação, na opinião de Costa Andrade, leva a uma proteção muito grande do bem jurídico liberdade de auto-determinação. Esta liberdade define-se como a “liberdade do arguido de ser ele próprio a decidir se quer ou não colaborar activamente na clarificação da matéria de facto”.<sup>111</sup>

Segundo Costa Andrade, esta interpretação leva à absorção de uma parte significativa dos meios enganosos e em particular dos meios ocultos de investigação, por exemplo as ações encobertas. Isto conduz a um problema de compatibilidade constitucional dos meios ocultos de investigação, se e na medida em que eles possibilitem a obtenção de dados auto-incriminatórios, isto porque, como refere o autor “... pertencendo o *nemo tenetur* à área nuclear inviolável da personalidade e estando, como tal, subtraído à ponderação e relativização, tal determinaria, sem mais, a inconstitucionalidade da generalidade dos regimes dos meios ocultos. Isto porquanto todos eles valem como expressões de ponderação normativa, desenhadas pelo legislador segundo critérios de proporcionalidade entre os direitos fundamentais e os valores e interesses associados a uma justiça penal eficaz”.<sup>112</sup> Percebe-se, claramente, que Costa Andrade ao considerar o princípio *nemo tenetur* absoluto, ou seja, subtraído a todo o juízo de ponderação, tem necessidade de fazer uma interpretação restritiva do seu conteúdo e âmbito de aplicação.

No sentido da posição de Roxin e contra a maioria da Jurisprudência germânica, o TEDH na decisão do caso Alan v. Reino Unido veio incluir no âmbito do princípio *nemo tenetur* os meios enganosos. Neste caso, o suspeito, que se encontrava em prisão preventiva, recusou-se a responder a qualquer questão e, como tal, a polícia colocou um homem de confiança na sua cela para que ganhasse a confiança deste e conseguisse obter uma confissão.

---

<sup>110</sup> Roxin, Homenaje a Maier, pág. 423, Apud Conde, Francisco Muñoz, *De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal penal del enemigo*, pág. 1023.

<sup>111</sup> Andrade, Manuel da Costa, T.C., *Acórdão n.º 340/2013 (Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional)*, pág. 145.

<sup>112</sup> Idem, *Ibidem*, pág. 145.

O tribunal pronunciou-se no sentido de que houve um atentado inadmissível ao princípio *nemo tenetur*, referindo que o princípio visa, “em primeira linha garantir aos suspeitos a liberdade de decidir se querem responder ou calar-se face a um interrogatório da polícia”. Acrescenta ainda que a área de aplicação do princípio não está “limitada aos casos em que o arguido teve de se confrontar com a coacção, em que a vontade do mesmo arguido foi de alguma forma ultrapassada”. E isto porque a proibição da auto-incriminação resulta “efetivamente violada nos casos em que, face à recusa do arguido em responder ao interrogatório policial, se recorre ao engano para “tirar” do arguido confissões ou outras declarações de sentido auto-incriminatório que (as autoridades) não lograram obter através do interrogatório (formal)”.<sup>113</sup>

Esta decisão do TEDH teve influência direta na Jurisprudência do BGH que, apoiando-se expressamente na decisão do caso Alan, veio por Acórdão de 26/07/07 afirmar: “Um agente encoberto não pode, explorando uma relação de confiança, pressionar insistentemente um arguido que (antes) se prevaleceu do direito ao silêncio, para o forçar a pronunciar-se num interrogatório semelhante ao interrogatório policial e tirar dele declarações sobre os factos. Uma tal produção de prova viola o princípio de que ninguém pode ser coagido a acusar-se a si próprio, devendo em princípio ter como consequência uma proibição de valoração”.<sup>114</sup>

Apesar destas decisões, o TEDH e o BGH não têm o propósito de equiparar o engano à coacção para efeitos do *nemo tenetur*. Em decisões posteriores os dois tribunais foram circunscrevendo as situações de engano que devem ser reconduzidas ao conteúdo do *nemo tenetur*.

Concluindo vou considerar que o princípio *nemo tenetur* é restringido quando se obtêm contribuições ativas com relevância auto-incriminatória, quer através de coacção, quer através de métodos enganosos.

---

<sup>113</sup> Andrade, Manuel da Costa, T.C., Acórdão n.º 340/2013 (*Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional*), pág. 145.

<sup>114</sup> Idem, Ibidem, pág. 146.

#### **4.3.2.3 - Critério da existência dos elementos obtidos do arguido independentemente da sua vontade**

Um outro contributo para a delimitação deste princípio é dado pelo TEDH na sentença proferida em 17 de Dezembro de 1996 relativa ao caso *Saunders v. Reino Unido*, onde concluiu que o direito à não auto-incriminação se refere, em primeira linha, ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, ao direito ao silêncio, acrescentando que esse direito não se estende ao uso, em processo penal, de elementos obtidos do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, por exemplo as colheitas de sangue, de urina, assim como de tecidos corporais com a finalidade de análises de ADN<sup>115</sup>.

De acordo com o TEDH, a recolha coerciva do referido material, para além de ser consentida pelo art. 6º da Convenção, é ainda conforme ao art. 3º, que proíbe a tortura e os tratamentos desumanos ou degradantes, sempre que forem respeitados, quanto à intervenção coerciva, os seguintes limites: “i) a prova pretendida obter através do material corpóreo deverá relacionar-se com um crime grave e sério (ideia de um catálogo de crimes); ii) as autoridades deverão demonstrar que tomaram em consideração todos os métodos alternativos de recolha de prova (princípio da subsidiariedade); iii) a intervenção não pode exceder nunca o mínimo de severidade tolerado pelo art. 3º da Convenção – isto é, não pode implicar risco relevante de lesão duradoura na saúde do visado, nem provocar-lhe sofrimento físico sério -, o que deverá ser estabelecido em razão da duração da intervenção e dos seus efeitos físicos e mentais, do nível de supervisão médica disponibilizada e, em determinados casos, do sexo, idade e saúde do destinatário do procedimento”.<sup>116</sup>

Com este critério admitir-se-ia a obrigatoriedade do arguido contribuir ativamente para a sua condenação, desde que a prova que se pretendesse obter existisse independentemente da sua vontade, como seria o caso da obrigação de entrega pelo arguido (conduta ativa) de documento não redigido por si, existindo, portanto, independentemente da sua vontade.

Este critério não me parece adequado pois desloca a proteção concedida pelo princípio para um âmbito diferente daquele para o qual este nasceu. A essência do princípio não é evitar o fornecimento de provas que só existam pela vontade do arguido mas sim proteger

---

<sup>115</sup> Costa, Joana, *O princípio nemo tenetur na jurisprudência do TEDH*, pág. 156.

<sup>116</sup> Idem, *Ibidem*, pág. 157.

o arguido contra a “(...) indignidade (...) e a humilhação (...) de lhe ser imposta uma incriminação por «mão própria»”.<sup>117 118</sup>

#### 4.3.2.4 - Doutrina da visão maximalista

Há autores que defendem que a amplitude do princípio não deve ser restringida, devendo estar nele incluídos todos os contributos auto-incriminatórios do arguido não voluntários e não esclarecidos.

É o caso de Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos que referem que o *nemo tenetur* tem uma área mais nuclear, que corresponde ao direito ao silêncio, e uma área mais periférica, que corresponde a qualquer contribuição do arguido para a sua auto-incriminação.

Com esta conceção deixa de fazer sentido delimitar o princípio através de critérios centrados na distinção entre conduta ativa e tolerância passiva, na distinção entre coação ou engano e, ainda, na distinção entre dados dependentes e independentes da vontade do sujeito.

Estes autores entendem que defender que a expiração de ar, as colheitas de sangue ou saliva, ou o pedido de entrega de documentos, não são abrangidos pelo princípio *nemo tenetur*, com a justificação de que o suspeito não é, em nenhum momento, forçado a admitir que praticou determinados factos, é partir do pressuposto errado de que sempre que é forçado a prestar declarações, o indivíduo diz a verdade e confessa o crime.<sup>119</sup>

Continuam referindo que a verdade é que as declarações do suspeito sacadas através de coação ou engano, não o comprometem, necessariamente, mais do que a saliva ou sangue que dele são extraídos ou do que os documentos que é obrigado a entregar, pelo contrário. Como se sabe, a análise de ADN possui um grau de fiabilidade de tal forma elevado que a torna um contributo para a auto-incriminação muito superior ao de quaisquer declarações que o suspeito preste.<sup>120</sup>

---

<sup>117</sup> Silva, Sandra Oliveira e, *O Arguido Como Meio De Prova Contra Si Mesmo, considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, pág. 578.

<sup>118</sup> Contra este critério, embora com fundamentos diferentes, vide: Dias, Augusto Silva e Ramos, Vânia Costa, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, pág. 24 e 25.

<sup>119</sup> Dias, Augusto Silva e Ramos, Vânia Costa, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, pág. 24.

<sup>120</sup> Idem, Ibidem, pág. 24.

Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos concluem: “Em suma, se o que está em causa em todas as práticas descritas é o respeito pela dignidade, a integridade pessoal e a privacidade do suspeito, a presunção de inocência e o direito a um processo equitativo de que goza, princípios que constituem respectivamente os fundamentos substantivo e processual do *nemo tenetur*, este não pode deixar de abarcar qualquer contributo involuntário (baseado em violência, coacção ou engano) do suspeito para alimentar uma pretensão punitiva pública contra si próprio. O seu sentido fundamental, que dita também o seu conteúdo e alcance, é, na expressão lapidar de Costa Andrade, o de obstar à «degradação da pessoa em mero objecto ou instrumento contra si própria». Sempre que o suspeito (ou arguido) seja induzido ou coagido, por forma mais ou menos activa ou mais ou menos intelectualmente elaborada, a colaborar na sua inculpação, cai-se na esfera de protecção do *nemo tenetur*.”<sup>121</sup>

Adotando esta conceção quanto à amplitude do princípio, todos os contributos auto-incriminatórios dados pelo arguido de forma não voluntária e/ou não esclarecida caem no seu âmbito de protecção.

Propondo os referidos autores que se aplique a teoria da compatibilização prática dos princípios, aceite pela maioria da Doutrina portuguesa, para dirimir eventuais conflitos de outros princípios ou interesses, como o interesse na realização da justiça, com o *nemo tenetur*. Como sabemos os princípios e direitos coexistem uns com os outros e, por vezes, existem colisões entre eles, sendo que a forma de dirimir estas colisões não é através de um critério *all or nothing*, mas sim através de uma compatibilização entre os princípios ou direitos, nomeadamente, restringindo um pouco cada um deles. Obviamente que se um dos princípios ou direitos em questão for absoluto, será este que prevalece sem ser alvo de qualquer restrição, ou se estivermos perante uma colisão entre um direito ou princípio constitucionalmente superior ao outro, será esse que prevalece.<sup>122</sup>

Concretizam bem esta ideia com a seguinte referência: “(...) a justificação de deveres como o de sujeição ao teste de alcoolemia reside, não numa «manobra» conceptual, estribada num critério duvidoso, que coloca a situação fora do alcance do *nemo tenetur*, mas no elevado valor social e constitucional dos bens jurídicos que com aqueles deveres se

---

<sup>121</sup> Dias, Augusto Silva e Ramos, Vânia Costa, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, pág. 34.

<sup>122</sup> Idem, Ibidem, pág. 23.

pretendem proteger. É nesta ponderação que encontram arrimo a restrição dos direitos à não auto-incriminação (...)”<sup>123</sup>

Sandra Oliveira e Silva fazendo alusão à justificação utilizada por alguns autores para defenderem esta tese refere: “(...) se o fim de proteção *nemo tenetur* é o de impedir que as autoridades de investigação usem o arguido como «meio de prova contra si mesmo», que o instrumentalizem, obrigando-o a «contribuir para a sua própria condenação», então o seu alcance normativo deveria estender-se a todos os elementos probatórios obtidos à custa do investigado, ainda que sem a sua colaboração ativa.”<sup>124</sup>

Esta teoria maximalista, tal como o critério elaborado pelo TEDH, não me parece adequada, pois não se compadece com a essência do princípio *nemo tenetur*, indo um pouco mais além do que se pretende proteger com a consagração do princípio. A essência do princípio *nemo tenetur* visa a proteção do arguido contra ser coagido a apresentar, ele próprio, provas aos órgãos da repressão penal que levem à sua incriminação e já não a produção de um resultado probatório à custa da utilização do seu corpo.<sup>125</sup>

## **5 - Em especial a relação da utilização do exame P300 com o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare***

Após esta breve caracterização e delimitação do âmbito do princípio *nemo tenetur*, cumpre agora analisar se através da utilização do exame P300 ocorre a violação do mesmo. Para esta análise vou adotar os critérios mais consensuais na Doutrina e que me parecem os mais adequados, ou seja, para que o referido exame viole o princípio em questão é necessário que se trate de uma contribuição ativa obtida através de coação ou engano, sendo o critério da conduta cumulativo com o critério da coação ou do engano. Vou fazer, ainda, uma breve análise sob o prisma do critério elaborado pelo TEDH, embora não

---

<sup>123</sup> Dias, Augusto Silva e Ramos, Vânia Costa, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, pág. 27.

<sup>124</sup> Silva, Sandra Oliveira e, *O Arguido Como Meio De Prova Contra Si Mesmo, considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, pág. 592-593.

<sup>125</sup> Vide: Andrade, Manuel da Costa, *T.C., Acórdão n.º 340/2013 (Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional)*, pág. 144. E Silva, Sandra Oliveira e, *O Arguido Como Meio De Prova Contra Si Mesmo, considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, pág. 578.



concorde com o mesmo, faço-o para que quem o considere como critério adequado fique também esclarecido.

Para uma mais fácil percepção, esclareço que vou adotar como definição de contribuição ativa ou atividade os “(...) movimentos que sejam dirigidos pela vontade(...)”<sup>126</sup> e já não “a mera existência de movimentos musculares”<sup>127</sup>.

Desde logo para estarmos no âmbito deste princípio o exame tem de ser realizado sob coação ou através de engano (nomeadamente não esclarecendo corretamente o suspeito/arguido do que se pretende obter com o exame e/ou para que efeitos o resultado do mesmo vai ser utilizado), pois caso seja realizado voluntariamente ou de forma esclarecida não estamos no âmbito deste princípio, como vimos acima.

Tendo como pressuposto o que se acabou de escrever, temos de perceber se este exame se trata de uma contribuição ativa do arguido e aqui levantam-se grandes problemas, como refere Costa Andrade “As dificuldades subirão de tom face a novos meios de prova propiciados (ou prometidos) pelas neurociências. Que, recorrendo à ressonância magnética funcional, podem permitir uma leitura imagiológica dos processos cerebrais, possibilitando apurar se uma pessoa interrogada mente ou diz a verdade. Se tal for possível e na medida em que venha a sê-lo, podem esbater-se as fronteiras entre cooperação ativa e mera tolerância passiva. Sempre, na verdade, se pode questionar se em causa estão provas que, na expressão do caso Saunders “have an existence independent of the will of the accused”; ou se, inversamente, se trata de provas que se assemelham a um depoimento “na medida em que aquelas imagens só se obtêm a partir do monólogo mental do arguido”<sup>128</sup>.

No caso do exame P300 põe-se esta mesma questão e, na minha opinião, deve considerar-se como um comportamento ativo porque para que o exame seja bem-sucedido, o arguido tem de estar a olhar para as imagens (estímulos) e com atenção, pois se não estiver suficientemente atento o exame pode não resultar.

Por outro lado, se analisarmos a realização do exame à luz do critério de delimitação elaborado pelo TEDH, entendo que não se pode considerar que a prova em causa exista

---

<sup>126</sup> Silva, Sandra Oliveira e, *O Arguido Como Meio De Prova Contra Si Mesmo, considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, pág. 583.

<sup>127</sup> Idem, Ibidem, pág. 583.

<sup>128</sup> Andrade, Manuel da Costa, *T.C., Acórdão n.º 340/2013 (Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional)*, pág. 121 e ss. (fazendo referência a Moniz, Helena, *Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais.*).

independentemente da vontade do arguido, isto porque a onda cerebral só existe caso o arguido esteja atento ao estímulo, pois, de outra forma, a onda cerebral nunca surgirá.

Da análise acabada de fazer resulta claro que o princípio *nemo tenetur* é violado pela realização coativa ou enganosa do exame P300. Do meu ponto de vista, trata-se de uma violação particularmente grave, pois atinge o núcleo essencial do referido princípio, visto que os efeitos do resultado deste exame equipararam-se a uma declaração (apenas os efeitos do resultado, pois a realização do exame equipara-se a uma perícia como ficou demonstrado atrás). Defendo isto porque através do exame retira-se a informação que o arguido possui no cérebro sobre determinada situação, sem que este a possa controlar, ou seja, a única diferença entre uma declaração e o resultado deste exame é que neste último elimina-se a fase da verbalização do que consta no cérebro, acedendo-se-lhe diretamente.

Qualquer ato praticado no âmbito do processo penal tem de ser interpretado e analisado à luz dos princípios constitucionais, deste modo, não devemos entender que o resultado de um meio de prova não produz os mesmos efeitos que os de uma declaração só porque não é exteriorizado através de palavras. Devemos, antes, perceber qual a essência do direito ao silêncio, ou seja, qual o seu âmbito de proteção e à luz dessa essência analisar o resultado deste meio probatório, deixando de lado o entendimento estático e formal de que só produz os efeitos de uma declaração aquilo que resulta da verbalização do arguido. Ora, como sabemos o direito ao silêncio visa garantir ao arguido a possibilidade de não se pronunciar sobre os factos que lhe são imputados e, como tal, caso a realização coativa do exame P300 fosse admissível, esvaziar-se-ia de conteúdo o referido direito.

Vejamos, caso o arguido no interrogatório formal, ao abrigo do referido direito, se remetesse ao silêncio e posteriormente viesse a ser sujeito coativamente ao exame P300 poderia acabar por revelar aquilo que não quis no interrogatório formal.

Ora, da análise feita, nos termos descritos, não podemos deixar de considerar os resultados probatórios do exame P300 idênticos aos de uma declaração.

Tal como refere o Tribunal Superior De Justicia de Aragón: “(...) Pero el caso en que se practica la pericial P300 no resulta equiparable a los antes mencionados, sino a la declaración o confesión del acusado. Es así porque la finalidad de dicha prueba, caso de ser eficaz en su resultado, es la de obtener através de las ondas cerebrales emitidas ante los estímulos evocativos una respuesta, de forma que mediante ella se indaga el pensamiento del sujeto, sin que éste tenga posibilidad de un control consciente que impida el resultado.

(...) Centrada así la cuestión consideramos que la práctica de la prueba P300, por extraer datos cognitivos que únicamente se hallan en el cerebro del sujeto, debe ser considerada jurídicamente como una declaración y, por tanto, sólo puede llevarse a cabo con la voluntad del sujeto, pues éste no está obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable –artículo 24 de la Constitución Española-.<sup>129</sup>

También Arantza Beristain partilha desta posição: “(...) considero, que nos hallamos ante una auténtica manifestación – cerebral – del sujeto. Recordemos al hilo de lo señalado cómo precisamente el verbo “manifestar” era uno de los vocablos empleados por parte de la Academia de la Lengua Española a la hora de ofrecer una definición del de “declarar””.<sup>130</sup>

Assim também María Villamarín López, refere “aunque no se exteriorice su declaración al modo tradicional (esto es, aunque sus respuestas no sean orales), lo que se busca es por otra vía análoga a un interrogatorio (mediante respuestas cerebrales a estímulos relacionados, al menos en parte, con el delito) obtener información que confirme o deje sin valor los datos obrantes en manos de la policía o del juez”.<sup>131</sup>

Em suma, como refere Maria Madalena Botelho “o que a técnica permite é o estabelecimento de uma comunicação entre um computador que exhibe imagens e um cérebro que emite uma resposta eléctrica. (...) É – cremos poder dizê-lo – uma conversa sem palavras.”<sup>132</sup>

Conclui-se que, claramente, a sujeição coativa ou de forma enganosa a este exame viola o princípio *nemo tenetur* visto tratar-se de uma conduta ativa e que procura obter elementos auto-incriminatórios que não existem independentemente da vontade do arguido, acrescendo que se trata de uma violação particularmente grave por atingir o conteúdo essencial do princípio que é o direito ao silêncio, pois os seus efeitos probatórios equivalem aos de uma declaração.

---

<sup>129</sup> Tribunal Superior De Justicia De Aragón, Sala Civil y Penal, Zaragoza, APELACIÓN DE AUTO DE PROCEDIMIENTO DE LEY DE JURADO NUM. 6/2015, 15.07.20 AUTO TSJA CYP (TJ 6-15) HOMICIDIO RICLA.DOC.

<sup>130</sup> Beristain, Arantza Libano, *Neurociencia y proceso penal*, pág. 239-266.

<sup>131</sup> López, Villamarín, *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*, pág. 131.

<sup>132</sup> Botelho, Marta Madalena, *O Exame Neurológico P300 em Tribunal e a (in)Viabilidade da sua utilização no Processo Penal português*, pág. 85.

## Conclusão

Como resulta da exposição feita, a realização do exame P300 de forma coativa viola três direitos fundamentais: a integridade pessoal, na esfera periférica da vertente de integridade física, e o núcleo essencial da vertente de integridade moral; o direito à reserva da intimidade da vida privada no seu núcleo essencial; e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* na sua vertente de direito ao silêncio, ou seja, no seu núcleo essencial.

Daqui podemos retirar duas conclusões: atualmente, não havendo norma legal que habilite a realização coativa e valoração do exame P300 no âmbito do processo penal, o mesmo não pode ser utilizado coativamente, uma vez que restringe direitos fundamentais, e de acordo com o art. 18º nº 2 da CRP e com a interpretação conjugada dos arts. 125º e 126º do CPP a restrição de direitos fundamentais só é legítima se estiver prevista por lei, sendo, então, cominada a sua utilização coativa com uma proibição de valoração do resultado obtido; por outro lado, podemos concluir que não é viável, pois seria inconstitucional, a criação de uma lei que habilite a realização coativa e consequente valoração do exame P300 no âmbito do processo penal, visto que diminuiria a extensão e alcance do conteúdo essencial dos referidos direitos fundamentais (art. 18º nº 3 da CRP).

Deste modo, entendo que a regra é a da impossibilidade constitucional da realização coativa, atual e futura (por inconstitucionalidade de legislação que venha a ser equacionada), do exame P300 no âmbito do processo penal, sendo apenas admissível, excecionalmente, quando estiverem preenchidos os seguintes requisitos: a) ser considerado fiável na opinião do aplicador do direito, pois, caso contrário, a prova não será admitida nos termos do art. 340º nº 4 al. c) do CPP; b) ter sido requerido pela defesa; c) houver o consentimento livre e esclarecido do visado (preferencialmente por escrito para evitar dúvidas quanto à efetiva existência do consentimento, como ocorreu no caso “*Ricla*”); d) ser realizado no exclusivo interesse da defesa (estando presente o defensor no momento da realização do exame para que possa definir quais as informações resultantes do mesmo que relevam para a estratégia processual da defesa) e) constitua a último *ratio* para afastar uma condenação; f) e não afete o direito de terceiros de modo desproporcional (o que aconteceria no caso de, havendo vários arguidos, algum ou alguns deles se disponham a

realizar o exame P300, tal facto restringe a liberdade de expressão dos demais arguidos, cuja recusa facilmente será levada à conta de que têm algo a esconder)<sup>133</sup>.

Assim também entendeu o Tribunal Mixto de Atenas na decisão 93/2002, defendendo que o consentimento aliado ao facto de o exame ser realizado para provar a inocência do arguido, tornam a sua utilização legítima.<sup>134</sup>

Apoio esta minha posição, também, nas palavras de María Villamarín López, quando refere: “Parte de la doctrina y de la legislación sostiene que ni siquiera el consentimiento puede dejar sin efecto la protección que supone el derecho a no declarar contra uno mismo. Esta postura me parece excesiva ya que se trata de un derecho personalísimo al servicio del derecho de defensa del acusado que, por tanto, puede disponer de él y, como ocurre si decide declarar verbalmente en el juicio, una vez informado de cómo se desarrollan estas técnicas neurológicas, asumiendo los resultados que se puedan obtener en su práctica, puede optar por someterse a ella si entiende que puede ayudarle para convencer al juez de su inocencia. Lo contrario llevaría a una solución tan ridícula como convertir este posible privilegio en un obstáculo a una defensa eficaz del acusado”.<sup>135</sup>

Concluindo, o exame P300 só pode ser utilizado e valorado como prova no processo penal português quando estiverem preenchidos os requisitos referidos, isto porque entendo que devem ser colocados à disposição do arguido todos os meios possíveis para provar a sua inocência, em respeito pelo princípio da presunção de inocência, do direito de defesa e da dignidade humana, princípios e direitos estes que são das mais importantes linhas orientadoras do processo penal de qualquer Estado de Direito Democrático.

---

<sup>133</sup> Andrade, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de Prova em Processo Penal*, pág. 219.

<sup>134</sup> López, María Luisa Villamarín, *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*, pág. 104.

<sup>135</sup> Idem, *Ibidem*, pág. 131.

## **Bibliografia**

Agostinho, Patrícia Naré, *Intrusões Corporais em Processo Penal*, Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Forenses apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012.

Andrade, Manuel da Costa, *Anotação ao artigo 149º*, in Comentário Conimbricense do Código Penal, dirigido por J. Figueiredo Dias, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

Andrade, Manuel da Costa, T.C., *Acórdão n.º 340/2013 (Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional)*, in Revista de Legislação e Jurisprudência nº 3989, 2014.

Andrade, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de Prova em Processo Penal*, 1ª Edição (reimpressão), Coimbra Editora, 2013.

Andrade, Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1987.

Antunes, Maria João, *Direito ao silêncio, a leitura em audiência de declarações do arguido*, in Sub Júdice/Ideias – n.º 4, Setembro/Dezembro, 1992, pp. 25 e 26.

Antunes, Maria João, *Direito Processual Penal – “Direito Constitucional Aplicado”*, in *Que Futuro Para O Direito Processual Penal, Simpósio Em Homenagem A Jorge De Figueiredo Dias Por Ocasão Dos 20 Anos Do Código De Processo Penal Português*, Coimbra Editora, 2009.

Beristain, Arantza Libano, *Neurociencia y proceso penal*, in Revista de Derecho Procesal “Justicia”, n.º 2, 2015, pág. 239-266.

Beristain, Arantza Libano, *Notas sobre la admisibilidad de la prueba neurofisiológica (P300) en el proceso penal español*, in Ver Der Gen H40/2014, pág.75-93.

Botelho, Marta Madalena, *O Exame Neurológico P300 em Tribunal e a (in)Viabilidade da sua utilização no Processo Penal português*, in RPCC, Ano 24, Nº1, Janeiro-Março 2014, pág. 57-86.

Branco, Isabel Maria Fernandes, *Considerações sobre a aplicação da suspensão provisória do processo*, Novas Edições Acadêmicas, 2016.

Brandão, Nuno, *Crimes e Contra-Ordenações: Da Cisão À Convergência Material*, 1ª Edição, Janeiro 2016, Coimbra Editora.

Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2007.

Conceição, Ana Raquel, *Escutas Telefónicas, Regime Processual Penal*, Quid Juris, Lisboa, 2009.

Conde, Francisco Muñoz, *De la prohibición de autoincriminación al derecho procesal penal del enemigo*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge De Figueiredo Dias, Volume III, Coimbra Editora.

Costa, Joana, *O princípio nemo tenetur na jurisprudência do TEDH*, in RMP, ano 32 nº 128, págs. 117 a 183.

Costa, José de Faria, *Direito Penal da Comunicação*, Coimbra Editora, 1998.

Dias, Augusto Silva e Ramos, Vânia Costa, *O direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra editora, 2009.

Dias, Jorge de Figueiredo; Andrade, Manuel da Costa e Pinto, Frederico de Lacerda da Costa, *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

Faria, Paula Ribeiro de, *Anotação ao artigo 143º*, in Comentário Conimbricense do Código Penal, dirigido por J. Figueiredo Dias, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

Fidalgo, Sónia, *Determinação do Perfil Genético como Meio de Prova*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 16. N.º 1, Janeiro-Março, 2006, págs. 115-148.

Gaspar, António Henriques e outros, *Código de Processo Penal Comentado*, Almedina, 2014.

Helmolz, R. H. – *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1997.

López, Villamarín, *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2014.

Mendes, Paulo de Sousa, *Lições de Direito Processual Penal*, Almedina, 2015.

Miranda, Jorge e Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa anotada*, tomo I, 2005.

Moniz, Helena, *Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Abril-Junho de 2002.

Palma, Maria Fernanda, *A constitucionalidade do artigo 342.º do código de processo penal: o direito ao silêncio do arguido* in RMP, Lisboa, nº 60, 1994, pág. 103 e ss.

Pinto, Paulo Mota, *A protecção da vida privada e a Constituição*, in Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 2000.

Ramos, Vânia Costa, *Corpus júris 2000 - imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*, in Revista do Ministério Público, Parte I - Ano 27 Out-Dez 2006 número 108, pág. 125 ss, Parte II - Ano 28, Jan-Mar 2007 número 109, pág. 57 ss.



- Ricci, Gian Franco, *Le Prove Atipiche*, Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 1999.
- Ristori, Adriana Dias Paes, *Sobre o Silêncio do Arguido no Interrogatório no Processo Penal Português*, Almedina, 2007.
- Robalo, Inês, *Verdade e liberdade: A atipicidade da prova em Processo Penal*, Disserta o de Mestrado apresentada   Universidade Católica Portuguesa de Lisboa, 2012.
- Rodrigues, Benjamin Silva, *Da prova penal: a prova científica*, Tomo I, 3.  Edic o (revista, actualizada e aumentada), s.l, Rei dos Livros – Letras e Conceitos, 2010.
- Roxin, Claus, *Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal*, Colección autores de Derecho Penal dirigida por Edgardo Alberto Donna.
- Rubio, Ana Sánchez, *El Uso Del Test P300 En El Proceso Penal Espa ol: Algunos Aspectos Controvertidos*, in Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 18-04-2016.
- Sei a, Alberto Medina de, *Legalidade da Prova e Reconhecimentos «Atípicos» em Processo Penal: Notas   Margem de Jurisprudência (quase) Constante*, Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, organizado por Manuel da Costa Andrade, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- Silva, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova contra si mesmo: considera es em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, in Revista da FDUP, ano X – 2013.
- Silva, Sandra Oliveira e, *O Arguido Como Meio De Prova Contra Si Mesmo, considera es em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Tese de Doutoramento apresentada   Faculdade de Direito da Universidade do Porto,  rea científica – ciências jurídicas, 2015.

Silva, Sandra Oliveira e, *Legalidade da Prova e Provas Proibidas*, in Revista Portuguesa de Ciências Criminal, Ano 21, nº 4, Outubro-Dezembro 2011.

Sousa, Rabindranath Capelo, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, 1995.

Vários, com direção de Dias, Jorge Figueiredo – *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo I, Coimbra Editora, 1999.

## **Jurisprudência**

### **- Portugal**

#### **Tribunal Constitucional**

- Acórdão TC n° 108/2014
- Acórdão TC n° 607/2003
- Acórdão TC n° 155/200
- Acórdão TC n° 616/98
- Acórdão TC n° 226/2000
- Acórdão TC n° 695/95
- Acórdão TC n° 340/2013
- Acórdão TC n.º 85/85
- Acórdão TC n° 75/2010

#### **Supremo Tribunal de Justiça**

- Acórdão STJ de 15-02-2007, processo n° 06P4593, in DGSI
- Acórdão STJ de 22-04-2004, processo n° 04P902, in DGSI

#### **Tribunal da Relação de Lisboa**

- Acórdão TRL de 24-09-2015, processo n° 208/13.9TELSB.L1-9 in DGSI

### **- Espanha**

- Tribunal Superior De Justicia De Aragón, Sala Civil y Penal, Zaragoza, APELACIÓN DE AUTO DE PROCEDIMIENTO DE LEY DE JURADO NUM. 6/2015, 15.07.20 AUTO TSJA CYP (TJ 6-15) HOMICIDIO RICLA.DOC.