



**O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE* E A
RECUSA DO POSSUIDOR DE REVELAR A SENHA ALFANUMÉRICA
E/OU FACULTAR A IMPRESSÃO DIGITAL DE TELEMÓVEL
ENCRIPADO**

PATRÍCIA GONÇALVES DIAS CARNEIRO

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-FORENSES

*DISSERTAÇÃO COM VISTA À OBTENÇÃO DE GRAU DE MESTRE EM DIREITO
ORIENTADA PELO DOUTOR PAULO DE SOUSA MENDES*

JANEIRO 2018

*Aos meus pais e aos meus irmãos,
a quem tudo devo.*

“He who does not understand your silence will probably not understand your words [or actions]”¹

(Elbert Hubbard)

¹ “Aquele que não compreende o teu silêncio provavelmente não compreenderá as tuas palavras [ou ações].”

Agradecimentos

O encerramento de mais uma etapa da minha formação académica deve-se, em larga medida, ao apoio incondicional das pessoas que me rodearam nesta longa caminhada.

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer ao Dr. Paulo de Sousa Mendes, por todo o magistral conhecimento que me transmitiu no decurso do mestrado, e por me ter concedido o privilégio de ser orientador da presente dissertação.

Em segundo lugar, o mais especial agradecimento é dirigido aos meus pais, Armando e Natália, à minha irmã Sofia e ao meu irmão Miguel, a quem serei eternamente grata por tudo o que sou hoje. Agradeço-lhes por todo o esforço e apoio que me deram ao longo do meu percurso académico, pelo amor e carinho, ainda que distantes geograficamente, e por quererem sempre o melhor para mim.

Quero ainda agradecer aos meus amigos, pelo apoio e pelas palavras de força. Um obrigado gigante à Beatriz que esteve sempre presente ao longo da construção desta dissertação, sem a sua amizade, conhecimento e perfeccionismo, teria sido muito difícil, senão impossível, chegar a bom porto.

Por fim, mas não menos importante, uma palavra de agradecimento ao Tiago, por estar presente em todos os momentos, felizes e menos felizes, pelas suas palavras de incentivo, pela sua inesgotável paciência e por acreditar sempre em mim e nas minhas capacidades.

Menções especiais

A) Modo de citar

i) Monografias: APELIDO, Nome do(s) autor(es), Título da Obra, Editora, Cidade, Ano

ii) Artigos: APELIDO, Nome do(s) autor(es), *Título do Artigo*, in “Nome da Revista”, volume, número, Editora, Cidade, Ano, Páginas

iii) Documentos na Internet: APELIDO, Nome do(s) autor(es), *Nome do documento*, ano, disponível para consulta online em, (consultado a ...)

B) Acordo Ortográfico

O presente trabalho de dissertação foi escrito ao abrigo do novo acordo ortográfico, aprovado nos termos da Resolução da Assembleia da República n.º 35/2008, publicada na 1.ª Série do Diário da República de 29 de Julho de 2008.

C) Traduções

Por opção pessoal, e no intuito de preservar a autenticidade dos autores aqui citados, iremos manter as transcrições de autores e leis estrangeiras na língua de leitura.

Siglas e abreviaturas

A., AA.	-	autor, autores
AA.VVS.	-	autores vários
art., arts.	-	artigo, artigos
c.	-	circa (à volta de)
cap.	-	capítulo
CC	-	Código Civil
CEJ	-	Centro de Estudos Judiciários
cf.	-	confira, confronto
cit., cits.	-	citado, citada, etc., cita-se; citação, citações
CP	-	Código Penal
CPP	-	Código de Processo Penal
CRP	-	Constituição da República Portuguesa
CEDH	-	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
ed., eds.	-	edição, edições; editora, editoras
<i>e. g.</i>	-	exempli gratia (por exemplo)
<i>et al.</i>	-	et alii (e outros)
FDUL	-	Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
<i>i. e.</i>	-	id est (isto é)
MP	-	Ministério Público
n.º, n.ºs	-	número, números
n. m., ns. ms.	-	número marginal, números marginais
n. p.	-	não publicada(o)
N.T.	-	nota do tradutor
org.	-	organizador, organização
p., pp.	-	página, páginas
parág.	-	parágrafo
reimp.	-	reimpressão
revs.	-	revisão, revista
s., ss.	-	seguinte, seguintes
s. d.	-	sem data
séc.	-	século

STJ	-	Supremo Tribunal de Justiça
t., ts.	-	tomo, tomos
TC	-	Tribunal Constitucional
TEDH	-	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
trad.	-	tradução (de), traduzido (por)
vs. g.	-	verbi gratia (por exemplo)
vs.	-	versus
vol., vols.	-	volume, volumes

Resumo:

A presente dissertação procura indagar, à luz da proteção constitucional que é concedida pelo princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, segundo o qual ninguém deve ser obrigado a contribuir para a sua autoincriminação, se um arguido pode ser coagido pelas autoridades de investigação criminal a prestar a sua colaboração na obtenção de prova armazenada no seu *smartphone*. Cumpre, assim, determinar a eventual prevalência dos interesses prosseguidos pelas autoridades judiciais sobre as garantias constitucionais asseguradas ao arguido enquanto sujeito processual pleno de direitos e deveres.

No caso concreto, face à inexistência de legislação que regule esta matéria, propomo-nos analisar se será exigível ao arguido a revelação coativa da *password*, assim como a obrigação de fornecer os seus dados biométricos – especificamente a impressão digital – concedendo livre acesso a dados protegidos que se encontrem armazenados no telemóvel. Ou, se por outro lado, tais exigências consubstanciam uma violação do princípio contra a autoincriminação.

Palavras-chave:

Encriptação; impressão digital; nemo tenetur; palavra-passe; telemóvel;

Abstract:

This dissertation seeks, in the light of the constitutional protection granted by the nemo tenetur se ipsum accusare principle, according to which no one should be obliged to contribute to their self-incrimination, if an accused can be coerced by criminal investigation authorities to provide collaboration in obtaining proof stored on his smartphone. It's therefore necessary to determine the possible prevalence of the interests pursued by the judicial authorities over the constitutional guarantees afforded to the defendant as a procedural subject full of rights and duties.

In the present case, in the absence of legislation regulating this matter, we propose to analyze whether the defendant will be required to cooperate with the password, as well as the obligation to provide his biometric data - specifically the fingerprint - granting free access to data stored on his phone. Or, if, on the other hand, such requirements constitute a violation of the principle against self-incrimination.

Keywords:

Encryption; fingerprint; nemo tenetur; password; smartphone;

ÍNDICE

Introdução	13
Parte I – Problemática sob estudo: a recusa em revelar <i>password</i> ou facultar a impressão digital de telemóvel encriptado	16
Parte II – O princípio <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i>	19
1. Origem e evolução histórica	19
2. Consagração do princípio <i>nemo tenetur</i> no sistema português	23
3. Fundamentos jurídicos e natureza do princípio <i>nemo tenetur</i>	24
3.1. A corrente substantivista	26
3.2. A corrente processualista	27
4. A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos	28
5. Âmbitos de validade do princípio <i>nemo tenetur</i>	33
5.1. Âmbito normativo	33
5.2. Âmbito temporal	34
5.3. Âmbito material.....	35
5.3.1. Conceções restritivas.....	36
5.3.2. Conceções amplas	36
5.3.3. Posição Adotada.....	37
6. Exceções do princípio <i>nemo tenetur</i>	38
7. Deveres de advertência	41
8. Consequências jurídicas da violação do princípio <i>nemo tenetur</i>	42
Parte III – A articulação entre o princípio <i>nemo tenetur</i> e a revelação coactiva de <i>password</i> e o fornecimento de dados biométricos de telemóvel encriptado	43
1. Da (in)existência de um dever de colaboração	44
1.1.As doutrinas da colaboração passiva e activa	45
2. A ausência de previsão legal específica para a descodificação de dados	47
2.1. A revelação de <i>password</i>	48

2.1. Injunções legais à colaboração do arguido – uma solução a importar para o ordenamento jurídico português?	61
2.2.O fornecimento de dados biométricos	64
Conclusão.....	73
Bibliografia	78

Introdução

O tema que decidimos trazer à discussão prende-se com aquele que consideramos ser um dos princípios estruturantes do processo penal português: o princípio segundo o qual ninguém deve ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação, conhecido por *privilege against self-incrimination* ou ainda através do brocardo latino *nemo tenetur se ipsum accusare* ou *nemo tenetur se degetere*. Este princípio, que engloba o direito ao silêncio e o direito a não facultar provas autoincriminatórias, não encontra consagração expressa no texto da Constituição da República Portuguesa, porém, “*a doutrina e a jurisprudência são unânimes não só quanto à vigência daquele princípio no direito processual português, como quanto à sua natureza constitucional*”².

Apesar do unívoco reconhecimento do *nemo tenetur se ipsum accusare* e da plena consonância da doutrina e jurisprudência sobre os seus postulados nucleares, existem ainda algumas interrogações no que concerne ao alcance e contornos deste princípio³, bem como a constante emergência de novas problemáticas anteriormente insuspeitadas, como é o caso do tema em concreto que nos propomos dissecar – a recusa em revelar a *password* e/ou fornecer os dados biométricos de telemóvel encriptado.

Como ponto de partida do nosso estudo, podemos dizer que o princípio *nemo tenetur* é típico dos processos penais de estrutura acusatória, pelo que há que proteger o arguido contra todas as tentativas de obtenção coativa de declarações autoincriminatórias e, assim, assegurar-lhe um amplo direito ao silêncio. A questão que nos despoleta particular atenção é a de saber se, fora desse fundamental círculo de operatividade, o princípio proíbe também as demais formas de obter do arguido, contra a sua vontade, informações que possam ser úteis para demonstrar a sua culpabilidade e que se encontrem armazenadas no seu *smartphone*, através da revelação coativa da

² DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, *Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas (Parecer)*, in “Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova (CMVM)”, Coimbra, Almedina, 2009, p. 39.

³ Para designar o nosso objeto de estudo, usaremos de forma indistinta as máximas latinas “*nemo tenetur se ipsum accusare*”, “*nemo tenetur se ipsum degetere*” e as expressões “direito à não autoincriminação”, “proibição de autoincriminação”, “liberdade contra a autoincriminação”, “princípio”, “prerrogativa”, “privilégio [contra a autoincriminação]. A alternância entre as várias expressões, que se tomou de forma agilizar o discurso, em nada pretende influir sobre o significado jurídico deste direito subjetivo de natureza constitucional.

password que lhe dá acesso ou através do fornecimento de dados biométricos que nos dias de hoje são vulgarmente usados como métodos de autenticação para vários dispositivos de forma a confirmar ou negar uma alegada identidade de um indivíduo.

Iniciaremos o nosso percurso pela origem e evolução histórica do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, conferindo particular destaque à sua consagração no sistema penal português, sem descuidar os seus fundamentos jurídicos e natureza.

Nos dias de hoje não é tanto o reconhecimento legal e constitucional do princípio *nemo tenetur* que suscita as maiores dificuldades de compreensão, mas sim a determinação exata do seu conteúdo e, sobretudo, do seu alcance, pelo que se revela manifestamente essencial para a discussão do nosso tema em concreto, a passagem pelos âmbitos de validade deste princípio, o temporal, o normativo e o material. Contudo, no que a este último concerne, a discussão cabal do mesmo, em toda a sua dimensão, ultrapassaria o escopo da presente dissertação, referindo-se apenas, que o seu núcleo essencial corresponde ao direito ao silêncio, sendo, porém, comumente entendido que este princípio inclui qualquer contributo que alimente a incriminação contra si mesmo.

Como iremos constatar, apesar da vigência alargada deste direito, não significa, porém, que tenha carácter absoluto, pelo que este pode ser, em determinadas situações, submetido a algumas restrições em processo penal. Na verdade, são visíveis no ordenamento jurídico português diversas limitações ao princípio *nemo tenetur*, que analisaremos com o devido detalhe.

Na tentativa de determinar o âmbito de aplicação e sentido de proteção do *privilege against self-incrimination*, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos assume particular relevo, pelo que, entre os inúmeros acórdãos com relevância nesta matéria, decidimos dar particular destaque aos Acórdãos *Funke vs. França*, *John Murray vs. Reino Unido*, *Saunders vs. Reino Unido*, e *Jalloh vs. Alemanha*, pelas diversas abordagens ao direito da não autoincriminação empreendidas pelo areópago europeu.

Como se sabe, o processo penal é foco constante de tensões entre o dever de eficácia que é exigido aos responsáveis pela investigação criminal e as garantias que assistem ao arguido enquanto sujeito processual pleno de direitos. É, portanto, neste

âmbito que assume particular relevância a ponderação deste amplo direito do arguido em não colaborar na sua autoincriminação, quando em confronto com outros valores, como a eficácia da investigação criminal e a tutela efetiva da justiça.

O mundo em que hoje vivemos, que cada vez mais, é digital, coloca-nos novos desafios e traz novos riscos, e olhando para a importância que assumem os *smartphones* no nosso quotidiano, dado o seu uso generalizado para as comunicações e enorme potencial para armazenamento de dados e informações, o que concretamente se pretende apurar é se, perante a pretensão no âmbito de uma investigação criminal em aceder ao conteúdo de um *smartphone* encriptado, se o seu possuidor se encontra coagido a colaborar com as autoridades, concedendo o acesso através da revelação da *password*, no pressuposto de que esta é apenas do seu próprio conhecimento. Ou será esta possibilidade uma violação inadmissível do referido princípio contra a autoincriminação?

Tendo em conta que a par da tradicional *password* é cada vez mais usual o recurso à autenticação através dos dados biométricos, como forma de proteção de dados e informações, é igualmente pertinente colocar a questão no que concerne a este domínio, isto é, se o arguido pode ser obrigado a fornecer os seus dados biométricos para efeitos de autenticação, e portanto, prestar a sua colaboração na obtenção de prova armazenada no seu telemóvel, tendo em conta a proteção conferida pelo direito à não autoincriminação.

Parte I – Problemática sob estudo: a recusa em revelar *password* ou facultar a impressão digital de telemóvel encriptado

Na era digital em que hoje vivemos todos podemos constatar a importância que os *smartphones* assumem nas nossas vidas, não só pelo seu uso generalizado para as comunicações, mas também devido à crescente capacidade de armazenamento de dados, tais como, fotografias, documentos, emails, mensagens de texto, histórico de chamadas e muito mais. Seja no domínio profissional ou familiar, ou mesmo como uma forma de entretenimento, o certo é que o universo das tecnologias móveis se encontra em próspera proliferação.

Com todas as questões de segurança que têm surgido nos últimos anos, associadas à privacidade e à proteção dos dados, os fabricantes e empresas de *software* têm vindo a desenvolver poderosos mecanismos de encriptação que permitem a transformação de dados, para que a sua leitura, na forma originária, fique limitada a quem possua os algoritmos necessários – chave de descriptação – tornando-os novamente legíveis. De um modo mais simples, o programa de encriptação transforma dados inteligíveis em dados ininteligíveis, pelo que a inversão desta transformação carece de um conversor adequado, ou seja, da chave de descriptação⁴. Muitas vezes, a conversão de dados encriptados carece de um programa informático específico, compatível com aquele que codificou os dados. O objetivo fundamental é bastante simples: caso sejam interceptados, ou de qualquer forma acedidos por um terceiro não autorizado, não será possível revelar o verdadeiro conteúdo dos dados encriptados. A grande maioria dos *smartphones* de hoje em dia possui já sistemas de encriptação, nomeadamente a Apple, cujo sistema operativo IOS usa a encriptação como forma de protecção de dados do utilizador, de forma a impedir o acesso aos mesmos ou limpando o sistema no caso de roubo ou perda.

Este tipo de programação é objecto de utilização legal e legítima por uma pluralidade de entidades. Na verdade, quer as entidades governamentais que lidam com

⁴ De uma forma descomplicada Joshua A. Engel define encriptação como o processo “(...) by which a person changes plain understandable information into unreadable letters and numbers using a mathematical algorithm”, esclarecendo ainda que os dados encriptados apenas são susceptíveis de acesso através de uma “(...) password or encryption key” – em ENGEL, Joshua A., *Rethinking the Application of the Fifth Amendment to Passwords and Encryption in the Age of Cloud Computing* (January 1, 2012), in “Whittier Law Review”, Vol. 33, n.º 3, 2012, p. 103, disponível para consulta online em <http://ssrn.com/abstract=2127768> (consultado a 03 de Janeiro de 2017)

informação susceptível de se compreender no conceito de segredo de estado, quer as instituições de índole militar, ou quaisquer outras entidades sujeitas ao dever de sigilo, recorrem com bastante frequência a este método de protecção. Também no âmbito das actividades comerciais, torna-se realmente primordial a protecção de informação da concorrência, pelo que a encriptação se apresenta como um mecanismo de incontestável utilidade.

Todavia, é no quadro criminal, que a encriptação de dados surge de forma mais discutível, estando muitas vezes relacionada com casos de pornografia infantil, porquanto os dados partilhados são assim protegidos para que não sejam detetados pelas autoridades policiais⁵. Mas não só, o terrorismo internacional tem vindo a encontrar na encriptação de dados e comunicações uma essencial ferramenta no planeamento e execução de atentados, dificultando o plano de investigação criminal.

Por outro lado, o recurso a métodos de autenticação é cada vez mais frequente na actualidade, de forma a atestar a identificação de um indivíduo. No que ao nosso objeto de estudo concerne, tais métodos são comumente utilizados para bloquear o acesso a *smartphones* e computadores, funcionando como uma barreira apriorística, seja por intermédio de *passwords* numéricas ou alfanuméricas, ou através do fornecimento de dados biométricos, nomeadamente a impressão digital.

A par da tradicional *password*, tem-se difundido a autenticação através dos dados biométricos, traduzindo-se no método de identificação de uma pessoa através das suas características físicas, em que estas são lidas e copiadas através de um sensor, sendo depois feita uma comparação física para um banco de dados que contém informações previamente armazenadas sobre determinada pessoa⁶. Este método veio revolucionar a identificação e autenticação das pessoas, pois até então esta baseava-se em elementos externos, ou seja, nomes de utilizador, *passwords*, PIN's, cartões, etc. Com o recurso aos dados biométricos, que cada vez mais fazem parte dos mais avançados sistemas de segurança, a identificação e a autenticação passam a ser algo

⁵ KOOPS, Bert-Jaap, *The Decryption Order and the Privilege Against Self-Incrimination – Do developments since 2000 suggest a need to force suspects to decrypt?*, TILT / WODC, Outubro 2012, p. 3, disponível para consulta online em <https://pure.uvt.nl/portal/files/442597/inrepbjk-pasi-crypto.PDF> (consultado em 18 de Agosto de 2017)

⁶ SALES, Erin M., *The “Biometric Revolution”: An Erosion of the Fifth Amendment Privilege to be Free from Self-Incrimination*, in “University of Miami Law Review”, Forthcoming, 2014, p. 213, disponível para consulta online em: <https://lawreview.law.miami.edu/wp-content/uploads/2014/12/MIA107.pdf> (consultado em 25 de Setembro de 2017)

mais pessoal e intrínseco aos indivíduos, de modo que muitas vezes até podemos nem nos aperceber que estamos a ser autenticados e identificados.

As vantagens deste tipo de identificação e autenticação das pessoas são óbvias. Por exemplo, os elementos identificadores externos podem ser perdidos (como é o caso dos cartões) ou esquecidos (*passwords*, códigos, nomes de utilizador). De igual modo, podem ser facilmente utilizados por outras pessoas. Contrariamente, as características biológicas utilizadas pela biometria são pessoais e intransmissíveis (ou quase), além de exigirem a presença física da pessoa.

Atualmente existem vários métodos de autenticação biométrica, seja através da leitura da impressão digital, do reconhecimento facial, leitura de íris, ou reconhecimento de voz. No entanto, a identificação através da impressão digital é a forma mais comumente usada e aceite de autenticação biométrica, por vários motivos, quer pelo seu elevado grau de confiança, uma vez que não existem dois padrões de impressão digital iguais, quer pela facilidade com que os sensores de leitura deste método podem ser incorporados em qualquer dispositivo. Contudo, seja pelo ângulo de colocação do dedo no sensor, sujidade, óleos, ou cortes no dedo, podem-se verificar variados erros de leitura, impedindo o utilizador de aceder ao seu dispositivo, mas mais grave ainda, as nossas impressões digitais estão espalhadas por todo o lado, podendo ser colhidas em qualquer superfície, pelo que, como é evidente, este método de autenticação também comportará as suas desvantagens.

Cabe, todavia, dizer que a mera utilização destes métodos de proteção de dados, não se traduz, por si só, num indício de uma atividade criminosa, pelo que o facto de existir, *in casu*, a proteção de informação através de uma *password* ou através da leitura de dados biométricos, de forma a impedir que terceiros acessem ao conteúdo de um *smartphone*, não nos permite tecer qualquer conclusão no que concerne à idoneidade de uma pessoa no decurso de uma investigação criminal.

Imaginemos agora a seguinte situação: no decorrer de uma busca, é apreendido um *smartphone* que poderá conter indícios da prática de um crime; porém está encriptado, exigindo uma *password* e/ou fornecimento de impressão digital como forma de autenticação para permitir o acesso ao seu conteúdo. Será exigível ao seu utilizador a revelação coativa da *password* para efeitos de descriptação? E no que concerne ao

fornecimento dos dados biométricos? Ou tais exigências consubstanciam uma violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*?

Eis o que nos propomos dissecar, iniciando por um pormenorizado e interessante percurso pelas origens e evolução do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Parte II – O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*

1. Origem e evolução histórica

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* tem origem histórica no Reino Unido, e mais concretamente, no período de viragem do processo penal inquisitório para o processo acusatório^{7,8}, aparecendo como forma de reação aos procedimentos inquisitoriais utilizados pelos tribunais eclesiásticos. O método usado por estes tribunais era o do juramento *ex officio* ou *juízo de Deus*, dirigido aos suspeitos de heresia, que, após prestarem o juramento de responder com verdade, teriam que prestar um segundo juramento onde afirmavam a sua inocência. Na eventualidade de o suspeito vacilar, era porque Deus o considerava culpado.

Apesar de sucessivas reformas com vista à implementação de um processo penal de estrutura acusatória, e de o princípio *nemo tenetur* ser já referenciável nas representações subjacentes à Magna Carta de 1215⁹, indiciando um direito de autodeterminação nas declarações feitas pelo arguido em processo penal, os procedimentos inquisitórios foram perdurando ao longo do tempo. Só no ano de 1637, quando John Lilburn se recusou a fazer o juramento *ex officio*, e motivou uma série de

⁷ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1974, p. 450.

⁸ A este respeito refere Castanheira Neves: “o que igualmente ninguém hoje exige (...) superadas que foram as categorias degradantes do processo inquisitório (...) é o heroísmo de dizer a verdade auto-incriminadora” – NEVES, António Castanheira, *Sumários de processo criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1968, pp. 175 e ss. – e ainda 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, Coimbra Editora, 2009, p. 9, afirmam que “(...) também a doutrina portuguesa reconduz a origem do *nemo tenetur* no ordenamento nacional à tradição jurídica anglo-saxónica e, mais concretamente, ao período de viragem do processo penal inquisitório para o processo acusatório”.

⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 1ª Ed., Reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 123.

protestos nas ruas contra este caso até 1641¹⁰, é que o Parlamento inglês aboliu o uso de tal juramento pelos tribunais e instituiu a prerrogativa contra a autoincriminação, reconhecendo, nas palavras de Vânia Costa Ramos, que “*não se pode fazer do individuo um instrumento abusivo na sua própria condenação.*”¹¹

A verdade é que, na prática judicial, o arguido continuava a testemunhar contra si mesmo, ao ter que se declarar culpado ou inocente no início da audiência de julgamento, sendo que os jurados decidiam de acordo com a sua própria convicção e não de acordo com a prova produzida, o que significava que o silêncio do arguido contribuía para que os jurados formassem a opinião de que o mesmo era culpado.

Motivo pelo qual alguns autores¹² defendem que a implementação deste princípio só surgiu posteriormente, no século XIX, quando foi conferido ao arguido o direito a ter um defensor, atribuído por lei em 1836. Certo é que só a partir deste momento é que o arguido adquire o verdadeiro direito de não se autoincriminar, uma vez que a acusação encara agora o defensor, sendo este que conduz a defesa, e não o arguido, que até então não tinha a possibilidade de se remeter ao silêncio, sob pena de não ter qualquer defesa. Mais tarde, em 1848¹³, estabeleceu-se um dever para o juiz de instrução: o de informar o arguido do seu direito ao silêncio, efetivando-se, assim, a separação da função do arguido como meio de prova e como interveniente processual, ou seja, o arguido passa, assim, a assumir a posição de verdadeiro sujeito processual em vez de instrumento da sua própria incriminação, sendo esta uma das principais características do sistema processual penal de estrutura acusatória vigente num Estado de Direito.

Particular contributo no que a esta matéria diz respeito é dado pela Constituição dos Estados Unidos da América, que no seu texto original se revelava omissa no que toca ao princípio *nemo tenetur*. Apenas no ano de 1791, com a célebre V Emenda é que se vem dar expressão a este princípio: “*No person (...) shall be compelled in any*

¹⁰ PINTO, Lara Sofia, *Privilégio Contra a Auto-incriminação versus Colaboração do Arguido*, in “Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal” (Coord. Tereza Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto), Coimbra, Almedina, 2010, p. 100.

¹¹ RAMOS, Vânia Costa, *Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*, Parte I, in “Revista do Ministério Público”, 108/2006, 2006, p. 136.

¹² RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, p. 138.

¹³ *Ibidem*.

criminal case to be a witness against himself (...)”. Tal preceito, comumente designado como “*self-incrimination clause*”, veio a ser complementado pela decisão do *Supreme Court* relativamente ao ilustre caso *Miranda vs. State of Arizona*, que trouxe algumas inovações relativamente à extensão da V Emenda, nomeadamente a sua ampliação, pois passou a ter aplicação não apenas na fase de julgamento, mas também nas fases anteriores do julgamento – como é o caso dos interrogatórios policiais –, ao introduzir deveres de esclarecimento e advertência sobre os direitos do arguido¹⁴, de forma a garantir que durante todo o processo de inquirição este tivesse o direito de escolha entre remeter-se ao silêncio ou prestar declarações. É desta forma que se contextualiza a exigência da leitura dos *Miranda Rights*¹⁵ em momento anterior à confissão para efeitos da sua admissão, sendo que se tal não tiver lugar, considera-se que a confissão foi “*compelled*”¹⁶ e, por isso, será inaceitável.

Este princípio foi sendo implementado nos Estados de Direito modernos, e ficou consagrado em vários diplomas internacionais que visam a tutela dos Direitos Humanos, nomeadamente, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos¹⁷, de 16 de dezembro de 1966, que consagra expressamente no artigo 14.º, n.º 3, alínea g) o seguinte: “*In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees: (...) not to be compelled to testify against himself, or to confess guilt*”.¹⁸

Ao contrário do diploma *supra* referido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de Dezembro de 1948, não prevê expressamente o princípio *nemo tenetur*, apesar de reconhecer no seu artigo 11.º o princípio da presunção de inocência – “*everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees*

¹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *op cit*, p. 124, e também RAMOS, Vânia Costa, *op cit.*, p. 138.

¹⁵ A leitura dos *Miranda Rights* implica a exigibilidade de comunicação ao visado que este tem um direito ao silêncio (*right to remain in silence*), tem igualmente direito a um defensor (*right to na attorney*), e advertência de que qualquer declaração que faça pode ser usada contra si (*any statement that the defendant makes may be used against him*).

¹⁶ PIZZI, William T. e HOFFMAN, Morris B., *Taking Miranda's Pulse*, in “*Vanderbilt Law Review*”, 2005, v. 58, n. 3, Abril 2005, p. 815-816 *apud* PINTO, Lara Sofia, *op.cit*, p. 104

¹⁷ Aprovado para ratificação por Portugal pela Lei n.º 29/78, de 12 de Junho.

¹⁸ “*Qualquer pessoa acusada de uma infração penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: (...) a não ser forçada a testemunhar contra si própria, ou a confessar-se culpada.*” (tradução livre da autora).

necessary for his defence”¹⁹ –, impondo igualmente a observação de garantias de defesa.

Também a Convenção Europeia dos Direitos Humanos²⁰, de 4 de Janeiro de 1950, que concretiza a nível regional o preceituado na Declaração Universal de 1948, não contempla no seu articulado, a inscrição expressa deste princípio. Não obstante, fornece, no seu artigo 6.º, um importante conceito: o *fair trial*. À semelhança do princípio *nemo tenetur*, o *fair trial* é de origem anglo-saxónica, e traduz-se na verdadeira essência do processo acusatório, e por isso, garante o efetivo direito de defesa do arguido. Porém, tal como observa Vânia Costa Ramos, apesar de o artigo 6.º da CEDH constituir a “chave” para a compreensão deste conceito, revela-se insuficiente, pelo que devemos abraçar a proposta de Philippe Lafarge²¹, sendo possível afirmar que a configuração do conceito de *fair trial* pode ser obtida pela conjugação de decisões da Comissão e do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que interpretam a CEDH; das decisões dos Tribunais nacionais; pela observação da posição da Comunidade Europeia em relação à noção e à CEDH e, obviamente, pela análise de outros instrumentos internacionais que versem sobre este assunto²².

Papel de destaque é dado ao TEDH, no que concerne à densificação e aprofundamento dos direitos reconhecidos pela Convenção, motivo pelo qual lhe dedicamos um capítulo exclusivo *infra*, uma vez que é o órgão competente para examinar a conduta dos Estados signatários da Convenção com a mesma, sendo que este tribunal tem vindo a entender, nas palavras de que José Manuel Cruz Bucho, que “o direito ao silêncio e o direito à não-autoincriminação constituem standards internacionais, que estão no coração da noção de processo equitativo, os quais se destinam a proteger o acusado contra o exercício abusivo de poderes coercivos pelas autoridades, a evitar o perigo de adulteração da justiça e, nesse sentido, a realização plena do artigo 6.º da Convenção”²³. A sua importância axial advém de duas razões

¹⁹ “Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas” (tradução livre da autora).

²⁰ Aprovada para ratificação por Portugal pela Lei n.º65/78, de 13 de Outubro.

²¹ LAFARGE, Philippe, *The fair trial guarantees*, in “What Kind of criminal policy for Europe?” (DELMAS-MARTY org.), Kluwer Law International, Den Haag, 1996, p. 271, *apud* RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, p. 139.

²² RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, pag. 139.

²³ BUCHO, José Manuel Cruz, *Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência vs. direito à não autoincriminação (notas de estudo)*, 2013, p. 20, disponível para consulta

fundamentais. Por um lado, resulta da vinculatividade das decisões proferidas, que são diretamente obrigatórias para os estados “nos litígios em que foram partes (artigo 46.º da CEDH) e criam um vínculo indireto para os demais Estados contratantes²⁴.

2. Consagração do princípio *nemo tenetur* no sistema português

A primeira concretização legal deste princípio, na vertente de direito ao silêncio, no ordenamento jurídico português surge com o Decreto 28 de Dezembro de 1910, segundo o qual nenhum réu poderia ser obrigado a responder em audiência de julgamento, com exceção das perguntas relativas à sua identidade, devendo o juiz informá-lo expressamente do direito que lhe assiste²⁵. Todavia, este direito do arguido já tinha sido propugnado na doutrina portuguesa desde o século XVIII, nomeadamente nas considerações de Pascoal de Melo Freire²⁶ sobre a prestação de juramento por parte do réu, a confissão voluntária e a valoração do silêncio, que não poderia valer como verdadeira confissão de prova, caso contrário estar-se-ia a colocar a hipótese de o arguido ser forçado a cometer perjúrio ou a confessar um crime, o que em muitos casos poderia trazer consequências, hoje em dia tidas como desumanas, pela alegada prática do crime.

O direito ao silêncio obteve consagração no Código de Processo Penal de 1929, que vigorou até 1987, atravessando o período da ditadura do Estado Novo, limitado apenas pela obrigação de responder com verdade relativamente à identificação pessoal e antecedentes criminais. Acontece que na sua versão inicial, a obrigação de informar o arguido sobre o seu direito ao silêncio só ocorria na fase de julgamento, sendo esta obrigação estendida às fases processuais antecedentes apenas no ano de 1972. Porém, o princípio *nemo tenetur*, na vertente de direito ao silêncio, não era ainda dotado de verdadeira efetividade prática. Apesar de o arguido se poder remeter ao silêncio no primeiro interrogatório e em sede de audiência e julgamento, nada obstava à utilização

em formato digital em:
http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/sobre_a_recolha_de_autografos_do_arguido.pdf (consultado em 08 de Janeiro de 2018)

²⁴ SILVA, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, dissertação de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2016, p. 273.

²⁵ DIAS, Augusto Silva, e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, p. 10.

²⁶ *Ibidem*.

de uma confissão prévia como prova contra si mesmo, muitas vezes obtida com desrespeito da sua liberdade, nomeadamente no período da ditadura, por via da investigação prévia ao processo propriamente dito²⁷. Admitia-se, pois, a valoração negativa do silêncio como manifestação da falta de arrependimento ou mesmo como índice de culpabilidade ou confissão²⁸. Acresce o facto de as decisões não terem que ser fundamentadas, pelo que inconcretizavam qualquer eventual controlo da convicção do julgador, de forma a perceberem se a decisão foi tomada estribada pelo silêncio do arguido.

É com o Código de Processo Penal de 1987, que o direito ao silêncio, para além de se encontrar expressamente consagrado, adquire manifesta efetividade prática, pois foi introduzida a proibição da sua valoração negativa, a consagração da proibição de utilização da prova obtida em violação deste direito, a proibição da utilização das declarações anteriores do arguido que se remete ao silêncio em audiência e a tão importante obrigação de fundamentação de decisões judiciais. Apesar de ainda permanecerem as limitações decorrentes da obrigação de responder com verdade aos elementos de identificação pessoal e antecedentes criminais, no ano de 1995, o acórdão 695/95, de 5 de Dezembro, do Tribunal Constitucional declarou inconstitucional o artigo 342.º, n.º 2 do Código de Processo Penal, que obrigava o arguido, em fase de julgamento, mas não em momento anterior, a revelar os seus antecedentes criminais.

3. Fundamentos jurídicos e natureza do princípio *nemo tenetur*

Após uma melhor compreensão da origem, evolução e consagração histórica do princípio *nemo tenetur*, cumpre agora explorar, mais aprofundadamente, a sua natureza e os seus fundamentos.

²⁷ Todavia, a confissão, por si só, não era suficiente para obter a condenação do arguido, conforme estipulava o artigo 174.º do CPP, que obrigava à recolha de mais provas – cf. GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código de Processo Penal – anotado e comentado*, 2ª ed., 1978, anotações aos arts. 174.º e 256.º, *apud* DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, p. 13, nota de rodapé 16.

²⁸ Este ponto não é absolutamente pacífico, enquanto parte da doutrina pugna pela proibição do desfavorecimento do arguido pelo facto de este se ter remetido ao silêncio, admitindo apenas a valoração negativa do silêncio, pois reflexava a ausência de esclarecimentos necessários que unicamente o arguido poderia prestar – cf. DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Processual Penal (...)*, p. 449. Porém havia autores que admitiam a valoração *contra reum* – cf. BATISTA, Luís Osório, *Comentário ao Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1934, p. 158.

Ao contrário da Constituição Americana, na já referida V Emenda, da Constituição Brasileira ou da Constituição Espanhola²⁹, a nossa lei fundamental não tutela expressamente o *nemo tenetur*. A consagração expressa surge no Código de Processo Penal, na vertente de direito ao silêncio, nos artigos 61.º, n.º 1, alínea d), e reforçado por outros preceitos, como é o caso dos artigos 132.º, n.º 2, 141.º, n.º 4, alínea a), 143.º, n.º 2, 144.º, n.º 1, 343.º, n.º 1 e 345.º, n.º 1, todos do *supra* citado diploma legal. Apesar da ausência de consagração legal expressa em algum preceito da Lei Fundamental, tanto a doutrina³⁰ como a jurisprudência³¹ portuguesa são unânimes quanto à natureza constitucional deste princípio. Porém, quanto à natureza dos preceitos constitucionais dos quais emana a consagração deste princípio, já não se verifica tal unanimidade, pelo que apesar de a doutrina aceitar de forma unívoca a dignidade constitucional do direito ao silêncio e à não autoincriminação, não se alonga na determinação da sua concreta sede jus-constitucional. No ordenamento jurídico alemão, a maioria da doutrina firma por um entendimento *substantivista* quanto à fonte constitucional do *nemo tenetur*, fundamentando-a nos preceitos relativos à dignidade da pessoa humana, a integridade pessoal, o livre desenvolvimento da personalidade, a privacidade, entre outros direitos fundamentais. Contrariamente, a posição perfilhada maioritariamente pela doutrina portuguesa, aponta para o carácter processualista das garantias constitucionais do sujeito, nas quais faz assentar o *nemo tenetur* como projeção da estrutura acusatória do processo ou emanção das garantias de defesa, do processo equitativo ou da presunção de inocência³².

Note-se que esta divergência doutrinária se afigura da maior pertinência para o objeto no nosso estudo, uma vez que um direito que emane diretamente da dignidade da pessoa humana não será passível de sofrer as mesmas restrições que um direito que resultante de garantias processuais – o primeiro terá uma tendência absoluta, enquanto o segundo poderá ser manifestamente mais limitado³³.

²⁹ A Constituição brasileira reconhece expressamente o direito à não autoincriminação no seu artigo 5.º, inciso LXIII, e a Constituição espanhola no artigo 24.º, n.º 2.

³⁰ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 125; RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, p. 59.

³¹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007, de 2 de Março – “em primeiro lugar, é inquestionável que o citado princípio tem consagração constitucional conforme resulta da jurisprudência deste tribunal (cfr., por exemplo, os acórdãos 695/95, 542/97, 304/2004 e 181/2005)”.

³² Para esta diferenciação de origem germânica, cf. RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, pp. 58-72;

³³ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, p. 58, DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 40

Debrucemo-nos, detalhadamente, sobre estas duas correntes explicativas dos fundamentos jurídicos do princípio *nemo tenetur*.

3.1. A corrente substantivista

A corrente *substantivista*, defendida maioritariamente pela doutrina germânica³⁴, propugna que o princípio *nemo tenetur* deriva diretamente dos direitos fundamentais, designadamente, da dignidade da pessoa humana, proclamada no artigo 1.º da CRP, do direito à integridade pessoal e direito ao desenvolvimento da personalidade, vertidos no artigo 25.º e 26.º da CRP. Ao abrigo destes preceitos, o arguido não é concebido como mero objeto da atividade sancionatória do Estado, pois é-lhe dada a liberdade de se comportar com completa autonomia individual, liberdade esta que é posta em causa se o considerarmos como meio de prova contra si mesmo. As tentativas de obtenção coativa de declarações autoincriminatórias, ao comprimirem a capacidade de determinação e a liberdade de decisão do arguido, fazem com que este se degrade como mero objeto do processo e reduzem-no a simples meio de descoberta da verdade, ofendendo a sua dignidade fundamental.

Face ao exposto, de acordo com esta corrente, o direito ao silêncio constitui um direito de personalidade, ancorado nos direitos à dignidade da pessoa humana e livre desenvolvimento da personalidade, pelo que a autoincriminação, executada à revelia deste direito de personalidade, é tida como um “ato estranho à natureza humana”, nas palavras de Rogal³⁵. Como tal, considera este autor que o *nemo tenetur* deriva de um “direito natural de proteção própria”, enraizado num instinto de auto-preservação e sobrevivência³⁶, pelo que só quando se reconhece ao indivíduo um direito ao silêncio no âmbito do processo penal, é que se lhe assegura aquela área intocável da liberdade da pessoa humana, que é subtraída à intervenção do poder estadual.

³⁴ A doutrina alemã faz assentar o princípio *nemo tenetur* nas disposições relativas a direitos fundamentais, nomeadamente os artigos 1, I (“Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, salvo violação dos direitos de outrem e violação da ordem constitucional ou costumes”), 2, I (“A dignidade da pessoa humana é inviolável. Constitui obrigação de qualquer poder estatal respeitá-la e protegê-la”) e 19 II (“Em caso algum pode um direito fundamental ser afetado na sua essência”) 33 da *Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*.

³⁵ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, p. 61.

³⁶ *Ibidem*.

3.2. A corrente processualista

Como já fizemos antever, o entendimento maioritário em Portugal é de pendor processualista, ao defender que o princípio *nemo tenetur* deriva das garantias processuais reconhecidas ao arguido no texto constitucional, nomeadamente o princípio do equitativo e princípio da presunção de inocência, consagrados, respetivamente, nos artigos 20.º, n.º 4 e 32.º, n.º 2 e 8 da CRP³⁷, que são inerentes a qualquer Estado de Direito.

Ainda dentro desta corrente processualista, podem distinguir-se algumas subtilidades, sendo que alguns autores configuram o direito ao silêncio como projeção da estrutura acusatória do processo penal e das garantias de defesa³⁸, enquanto outros relacionam aquele direito com as decorrências particulares de tais garantias de defesa, como é o caso do princípio da presunção da inocência e do direito a ser ouvido pelas autoridades judiciárias³⁹, e ainda aqueles que o reconduzem ao princípio do processo equitativo⁴⁰.

Apesar de a doutrina portuguesa ser maioritariamente processualista⁴¹, é igualmente aceite que o *nemo tenetur*, protege reflexamente os direitos fundamentais referidos pela corrente substantivista, porém, como bem entende Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, “reconhecer-se que estes direitos processuais são um meio de concretizar um determinado direito fundamental não implica que este seja o seu fundamento directo e imediato”⁴². De qualquer modo, dúvidas não restam que através do reconhecimento e respetiva consagração dos direitos do arguido, designadamente do seu direito ao silêncio e a não ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação, se protegem os direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, na medida

³⁷ PINTO, Frederico de Lacerda Costa, *Legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação (Parecer)*, in “Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova (CMVM)”, Coimbra, Almedina, 2009, p. 99.

³⁸ PALMA, Maria Fernanda, *A constitucionalidade do artigo 342.º do Código de Processo Penal: o direito ao silêncio do arguido*, in “Revista do Ministério Público”, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa, n.º 60, 1994, p. 107.

³⁹ DIAS, Jorge Figueiredo, *Jornadas de Direito Processual Penal: o novo código de processo penal*, Org. Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 27 e ss.

⁴⁰ RAMOS, Vânia Costa, *op.cit.*, in, pp. 72 e ss.

⁴¹ Vários são os autores nacionais a favor da corrente processualista, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo, e ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, pp. 41 e 42; RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, pp. 69 e ss.

⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 41.

em que o arguido não fica reduzido a um mero objeto do processo probatório, ao poder recusar-se a constituir meio de prova contra si mesmo.

No mesmo sentido vai a jurisprudência nacional, merecendo particular destaque o já citado acórdão do Tribunal Constitucional n.º 695/95, que declarou inconstitucional o artigo 342.º, n.º 2 do CPP, sufragando a posição de que o direito ao silêncio incorpora as garantias de defesa previstas pelo artigo 32.º, n.º 1 da CRP, cujo objetivo último é a proteção do arguido como verdadeiro sujeito processual que lhe permite gozar de direitos e estar adstrito a deveres⁴³.

Em abono desta conclusão, diga-se que o facto de o fundamento originário de tal princípio funcionar como um travão aos métodos de investigação, não permitindo que se coagisse o visado a colaborar de qualquer forma para a fundamentação probatória da acusação, demonstra que tal privilégio mais tem que ver com questões processuais do que propriamente com questões substantivas⁴⁴.

4. A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

No conspecto jurídico europeu, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos assume decisivo relevo na definição do sentido e limites do princípio *nemo tenetur*, pelo que nos parece, pois, inteiramente merecida a referência circunstanciada que nos propomos fazer a alguns dos seus arestos em que se condensa o entendimento deste tribunal sobre o sentido e alcance da prerrogativa contra a autoincriminação.

⁴³ RAMOS, *op.cit.*, p. 66.

⁴⁴ Para uma compreensão mais detalhada das diferentes fundamentações do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, cf. MACCULLOCH, Angus, *The privilege against self-incrimination in competition investigations: theoretical foundations and practical implications*, in “Legal Studies”, vol. 26, n.º 2, 2006, pp. 211-237 *apud* MENDES, Paulo de Sousa, *O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência*, in “Julgar”, n.º 9, Setembro-Dezembro 2009, Lisboa, p. 15, nota de rodapé 16; DIAS, Augusto Silva, e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, pp. 9-17; RAMOS, Vânia Costa, *Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare, Parte II*, in “Revista do Ministério Público”, Ano 28.º, n.º 109, 2007, pp. 59-65.

O direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação não se encontram expressamente consagrados na CEDH⁴⁵, o que não impediu que o TEDH reconhecesse a sua vigência, por se tratar de princípios que asseguram o direito a um processo equitativo, integrando-os no artigo 6.º, n.º 1 da CEDH.

Muito podemos agradecer à jurisprudência do TEDH, pela compreensão do princípio *nemo tenetur*, em especial pela determinação do seu conteúdo, alcance e extensão, que não podem definir-se em abstrato, antes devendo ser analisada as circunstâncias particulares do caso concreto, tomando as devidas considerações do processo no seu todo.

Face à sua pertinência, a nossa análise vai incidir essencialmente sobre os Acórdãos *Funke vs. França*, *John Murray vs. Reino Unido*, *Saunders vs. Reino Unido*, e *Jalloh vs. Alemanha*, revelando as diversas abordagens à prerrogativa contra a não autoincriminação empreendidas pelo TEDH.

Resulta da jurisprudência do TEDH que o privilégio da não autoincriminação deve ser entendido de forma ampla, de forma a abranger também os casos que se relacionam com o uso de poderes coercivos para a obtenção de informação potencialmente incriminatória através da entrega de documentos. Quanto a esta matéria, refira-se o caso *Funke vs. França*⁴⁶, o TEDH foi instado a pronunciar-se sobre a conformidade relativamente ao artigo 6.º da CEDH de uma decisão proferida pelos tribunais franceses que condenaram o queixoso *Jean-Gustave Funke*, cidadão alemão, em multa e sanção pecuniária compulsória pela não apresentação de documentos solicitados pelas autoridades, na sequência de uma busca ao seu domicílio, tendo sido descobertos livros de cheques de contas bancárias localizadas no estrangeiro, que poderiam, eventualmente, ser usados como prova. Perante o TEDH, o queixoso alegou que as autoridades haviam violado o seu direito de não fornecer prova contra si próprio, pelo facto de ter sido sujeito a um procedimento criminal com a finalidade de o coagir a colaborar numa investigação montada contra ele. Por sua vez, o Governo Francês alegou que o queixoso tinha o dever de facultar, quando lhe fosse requisitado, a

⁴⁵ A Convenção Europeia para a protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (abreviadamente, Convenção Europeia dos Direitos Humanos) foi aprovada por ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro.

⁴⁶ Acórdão *Funke vs. France*, de 25 de Fevereiro de 1993, que pode ser consultado em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57809#{"itemid":\["001-57809"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57809#{).

documentação relativa ao seu património e aos seus rendimentos, tal assim era porque o regime legal de controlo aduaneiro impunha o dever de colaboração com a administração alfandegária. Ora, recusando às especificidades da legislação fiscal invocadas pelo governo francês, o TEDH criticou o procedimento seguido pelas autoridades francesas à luz do artigo 6.º da CEDH, considerando que as mesmas haviam procurado a condenação do queixoso para dele obter certos documentos que acreditavam existir, apesar de não estarem certas desse facto e, bem assim, que tais autoridades, não tendo “condições ou vontade de obter os documentos pretendidos por outros meios”⁴⁷, tentaram coagir o queixoso a fornecer, por ele próprio, os elementos probatórios da infração que o mesmo alegadamente havia cometido. Como tal, não tendo condições para obter os documentos pretendidos por outros meios, as autoridades haviam tentado coagir o queixoso a fornecer, por si próprio, os elementos de prova de uma infração que o mesmo alegadamente cometera, não sendo tal procedimento compatível com o direito à não autoincriminação assegurado pelo artigo 6.º, n.º 1 da Convenção.

No caso *John Murray vs. Reino Unido*⁴⁸ o TEDH centra-se quase exclusivamente na valoração do direito ao silêncio no âmbito do juízo probatório. De acordo com as circunstâncias do caso em apreço, o queixoso John Murray, fora detido pela polícia quando descia as escadas de um prédio onde foram descobertos um sequestrado e os respetivos sequestradores, mas recusou-se sempre, quer em sede de inquérito, quer durante a audiência de julgamento a prestar quaisquer declarações. Acontece, porém, que o tribunal acabou por contruir a sua sentença, condenando-o, baseado nas inferências que retirou da recusa em o acusado explicar o motivo pelo qual se encontrava naquele local. Face ao exposto, o TEDH considerou que a presença do acusado no prédio e a ausência de explicação para tal eram suficientes para sustentar a sua condenação⁴⁹. Porém, veio reafirmar o princípio da não autoincriminação como princípio estruturante de um processo equitativo⁵⁰, começando por afirmar a proibição

⁴⁷ COSTA, Joana, *O princípio nemo tenetur na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*, in “Revista do Ministério Público”, Lisboa, ano 32 n.º 128, Outubro-Dezembro 2011, p. 154.

⁴⁸ Acórdão *John Murray vs Reino Unido*, de 8 de Fevereiro de 1996, que pode ser consultado em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57980#{"itemid":\["001-57980"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57980#{).

⁴⁹ MENDES, Paulo de Sousa, *As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*, in “Revista da Concorrência e Regulação”, Coimbra, a. 1, n.º 1, Janeiro- Março 2010, p.130.

⁵⁰ No parágrafo 45 do Acórdão pode ler-se: “*Although not specifically mentioned in Article 6 (art. 6) of the Convention, there can be no doubt that the right to remain silent under police questioning and the*

de valoração do silêncio do arguido, mas que tal proibição era despida de carácter absoluto, pois não se pode pretender que a decisão de um acusado de se remeter ao silêncio durante todo o processo não traga necessariamente implicações quando o juiz tiver que avaliar as provas que contra ele existem⁵¹.

De seguida, destaca-se o caso *Saunders vs. Reino Unido*⁵², onde o TEDH foi instado a pronunciar-se sobre a legitimidade da utilização no âmbito de um processo criminal, em particular na fase de julgamento, de declarações autoincriminatórias que, antes da instauração daquele, o queixoso prestara a entidades não judiciais sob cominação da prática de um crime. O queixoso, Ernest Saunders, chefe executivo da sociedade Guinness PLC em 1981, foi condenado pelo sistema judicial britânico, na pena de cinco anos de prisão por associação criminosa, falsificação do balanço e crimes patrimoniais comuns, todos eles relacionados com uma oferta pública lançada pela Guinness PLC sobre a Distillers Company PLC, em resposta aquela que tinha sido lançada pela Argyll Group PLC. Na sequência de suspeitas de viciação de dados no âmbito de tal operação, o Secretário de Estado do Comércio e da Indústria britânico determinou a abertura de uma investigação aos negócios da Guinness PCL, em que os responsáveis e trabalhadores estavam obrigados a colaborar na investigação, fornecendo inclusive documentos relativos à atividade da sociedade. Se não o fizessem podiam ser punidos a título de desobediência qualificada. Sucede que as provas assim obtidas foram utilizadas no processo criminal que correu contra o *Ernest Saunders*, servindo de base para a sua condenação. O TEDH começou por definir que a questão a decidir é a de saber se o queixoso havia sido sujeito a coerção para fornecer prova e se o uso, em sede de julgamento, de material probatório assim obtido ofendera o sentido básico do princípio do processo equitativo em que se insere o princípio da não autoincriminação. Como tal, considerando o objeto da queixa, o TEDH lembrou que, apesar do artigo 6.º da CEDH não mencionar expressamente o direito ao silêncio e de não contribuir para a sua própria autoincriminação, estes pertencem ao cerne da noção de processo equitativo consagrada no referido preceito legal. De entre outros motivos, decorre da necessidade de se proteger o acusado de uma eventual coerção abusiva por parte das autoridades. O

privilege against self-incrimination are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 (art. 6)''

⁵¹ MENDES, Paulo de Sousa, *As garantias de defesa no processo sancionatório(...)*, p.131.

⁵² Acórdão *Saunders vs. Reino Unido*, de 17 de Dezembro de 1996, que pode ser consultado em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-58009#{"itemid":\["001-58009"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-58009#{).

princípio da não autoincriminação pressupõe que a acusação tenha de ser construída sem recurso a provas obtidas através de coação ou pressões de qualquer espécie, com desrespeito da vontade do acusado. Este Acórdão tem vindo a ser citado infinitas vezes, não tanto pela questão central, mas porque o Tribunal, veio delimitar negativamente o princípio *nemo tenetur* afirmando o seguinte: “o direito à não autoincriminação concerne, em primeiro lugar, ao respeito pela vontade de um acusado em manter o silêncio. Tal como é interpretado na generalidade dos sistemas jurídicos das partes contratantes da Convenção, o mesmo não abrange a utilização, em quaisquer procedimentos penais, de dados que possam ser obtidos do acusado recorrendo a poderes coercivos contanto que tais dados existam independentemente da vontade do suspeito, tais como, inter alia, os documentos adquiridos com base em mandado, as recolhas de saliva, sangue e urina, bem como os tecidos corporais com vista a uma análise de ADN.”⁵³

Por último, no caso *Jalloh vs. Alemanha*⁵⁴, o TEDH analisou a queixa relativa à obtenção da prova material de um crime de tráfico de estupefacientes, tratando-se de um invólucro contendo cocaína que o acusado engolira quando foi detido em flagrante pelos agentes da polícia, e fora forçado a regurgitar através da administração forçada de substâncias indutoras ao vômito, bem como da utilização de uma sonda naso-gástrica. O cidadão Serra Leonês, Abu Bakah Jalloh havia sido condenado, no sistema judicial alemão, em um ano de prisão, com execução suspensa por seis meses com regime de prova, pela prática de um crime de tráfico de estupefacientes, tendo o Tribunal rejeitado o argumento de que o meio de obtenção de prova utilizado era desproporcionado em relação ao elemento de prova que fora obtido (estamos a falar de 0.2 gramas de cocaína). No acórdão proferido, o TEDH deu razão a Jalloh, voltando a afirmar o critério seguido no caso *Saunders*, referindo ter havido violação do artigo 6.º, n.º 1 da CEDH. Além disso, indicou também os critérios que devem estar presentes para decidir se determinada situação viola ou não o princípio *nemo tenetur* em concreto, ou seja, “para determinar se o direito à autodeterminação do queixoso foi violado, o Tribunal, por sua vez, terá de considerar os seguintes factores: a natureza e o grau de coerção empregado para obter a prova, a importância do interesse público na investigação e punição da infracção em apreço, a existência de garantias relevantes no processo e a

⁵³ MENDES, Paulo de Sousa, *As garantias de defesa no processo sancionatório* (...), p.133.

⁵⁴Acórdão *Jalloh vs Alemanha*, de 11 de Julho de 2006, que pode ser consultado em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-76307"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

utilização prevista dos meios de prova obtidos dessa forma.”⁵⁵. O TEDH concluiu, desta forma, que o uso em fase de julgamento de prova obtida através da administração forçada de fármacos, para além de ter feito com que o processo se tornasse globalmente mais injusto, violara em particular o direito à não auto-incriminação que é reconhecido pelo artigo 6.º da Convenção⁵⁶.

Conclui-se, dos quatro arestos aqui analisados, que a posição do TEDH é predominantemente garantística, saindo em defesa das garantias processuais do arguido, designadamente quanto à exigência de um processo equitativo. Porém, conforme já tínhamos anunciado, o princípio do *nemo tenetur* não tem carácter absoluto, admitindo ponderações e limitações quando confrontado com outros interesses juridicamente protegidos.

5. Âmbitos de validade do princípio *nemo tenetur*

De acordo com a metodologia avançada por Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos⁵⁷, o âmbito de validade do princípio *nemo tenetur* pode diferenciar-se entre o âmbito de validade normativo, temporal e material. Analisemos, portanto, detalhadamente cada um.

5.1. Âmbito normativo

No que ao âmbito normativo importa, o princípio *nemo tenetur* é aplicável a todo o direito sancionatório, isto é, ao Direito Penal e ao Direito de Mera Ordenação Social, tal como resulta do artigo 32.º, n.º 10 da CRP “*nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa*”. Podemos igualmente aceitar a sua aplicação

⁵⁵ MENDES, Paulo de Sousa, *As garantias de defesa no processo sancionatório (...)*, p.133.

⁵⁶ COSTA, Joana, *op. cit.*, p. 173.

⁵⁷ DIAS, Augusto Silva, e RAMOS, Vânia Costa, *op.cit.*, p.22.

às infrações disciplinares mas é no domínio penal e contra-ordenacional que este princípio ganha maior relevância⁵⁸.

A CEDH vem também atestar esta extensão, entendendo que este direito se estende a qualquer processo onde possam ser aplicadas sanções de carácter punitivo, ainda que não criminal.

Conclui-se, portanto, no que ao âmbito normativo diz respeito, que o princípio *nemo tenetur* não vigora fora do quadro sancionatório.

5.2. Âmbito temporal

Quanto à vigência temporal, a lei processual penal inclui expressamente o direito ao silêncio no elenco dos direitos (artigo 61.º, n.º 1, alínea d), 141.º, n.º 4, alínea a), 343.º, n.º 1 e 345.º, n.º 1, *in fine*, todos do CPP), não obstante, este princípio pode vigorar ainda antes da constituição de arguido, aliás, pode ser inclusive um fator da constituição de arguido. Estende-se, desde logo, ao próprio suspeito uma vez que, se as perguntas ou os pedidos que forem dirigidos a uma pessoa puderem levantar a suspeita sobre o seu envolvimento na prática de um crime, a lei assente que este possa solicitar a sua constituição como arguido (artigo 59.º, n.º 2 do CPP)⁵⁹, para que possa passar a dispor de todos os direitos e prerrogativas que a lei confere a este sujeito processual. Assim, enquanto o estatuto de arguido se mantiver, isto é, até ao trânsito em julgado da sentença, o princípio mantém integralmente a sua vigência⁶⁰. Estende-se ainda à própria testemunha, uma vez que apesar de recair sobre esta o dever de responder com verdade às perguntas que lhe forem feitas, poderá não o fazer se das respostas resultar a sua responsabilização penal, conforme prevê o artigo 132.º, n.º 2 do CPP.

⁵⁸ CURADO, Ana Pascoal, *As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira : natureza jurídica e aplicação do princípio nemo tenetur*, in “Revista de Concorrência e Regulação”, Coimbra, a.3, n.9, Janeiro-Março 2012, p. 263

⁵⁹ MENDES, Paulo de Sousa, *As garantias de defesa no processo sancionatório (...)*, p. 126

⁶⁰ DIAS, Augusto Silva, e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, p. 22.

5.3. Âmbito Material

Como já deixamos antever, o núcleo essencial do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* é constituído pela liberdade negativa de declaração, isto é, pelo direito ao silêncio no interrogatório formal. A consagração deste direito no ordenamento jurídico nacional e a unanimidade da doutrina e da jurisprudência em torno da sua justificação dogmática não iludem, porém, a existência de uma série de dúvidas sobre o seu âmbito de validade material, ou seja, a delimitação do seu alcance e dos seus limites. Surge, assim, como delicada a compatibilização do direito que é conferido ao arguido a não declarar sobre os factos que lhe sejam imputados, conforme estabelece o artigo 61.º, n.º 1, alínea d) do CPP, com o dever penalmente sancionado de “*responder com verdade às perguntas feitas por entidade competente sobre a sua identidade*”, nos termos do artigo 61.º, n.º 3, alínea b) e 359.º, n.º 2 do CP. Note-se que atualmente apenas surge a obrigação de responder com verdade às perguntas feitas relativamente à sua identidade, uma vez que foi eliminada a obrigação de declarar sobre os antecedentes criminais e a existência de processos pendentes.

Como já tivemos oportunidade de aferir, o princípio *nemo tenetur* desdobra-se em vários corolários, entre os quais, o mais importante é o direito ao silêncio, quer por razões históricas, quer pelo amplo acolhimento legal que beneficia, podendo afirmar-se, conforme referem Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, que “*este direito constitui o núcleo do nemo tenetur*”⁶¹.

Importa assim, para aferir a extensão do princípio *nemo tenetur*, averiguar o âmbito dos vetores deste princípio, abordando a questão da delimitação do direito ao silêncio face ao privilégio da não autoincriminação. Pelo facto de se falar indistintamente do direito ao silêncio e do princípio da não autoincriminação, não resulta líquido qual o respetivo âmbito de aplicação, ou se são expressões coincidentes, traduzindo-se na mesma realidade, e por isso, no mesmo âmbito de aplicação.

Podemos, assim, avançar que existem autores que defendem uma conceção restritiva, na qual o *nemo tenetur* é indistinguível, ou praticamente indistinguível, do direito ao silêncio, e uma conceção ampla que configura o direito ao silêncio como corolário do *nemo tenetur*, ao lado da prerrogativa contra a autoincriminação.

⁶¹ DIAS, Augusto Silva, e RAMOS, Vânia Costa, *op.cit.*, p. 20.

5.3.1. Concepções restritivas

Segundo os autores que adotam uma concepção restritiva do *nemo tenetur*, este não é aplicável a prestações pessoais exigidas sob ameaça de sanção que não impliquem a formação da vontade do sujeito⁶², e como tal não poderão ser equiparáveis à declaração verbal. O direito ao silêncio é tido, então, como conteúdo essencial, diga-se mesmo, quase absoluto, do princípio *nemo tenetur*.

Observando o direito ao silêncio na sua consagração legal, diz-nos o artigo 61.º, n.º 1, alínea d) do CPP que o direito ao silêncio abrange as declarações sobre factos típicos que lhe são imputados. Todavia, ainda dentro desta concepção restritiva, não há total harmonia de pensamento, pelo que são discutidas duas extensões possíveis do direito ao silêncio. Por um lado, uma extensão minimalista⁶³, que entende que o direito ao silêncio versa exclusivamente sobre as declarações do arguido em sentido estrito. Por outro lado, uma extensão maximalista⁶⁴, pelo que o direito ao silêncio abarcará as declarações por meio de documentos, da indicação do lugar onde se encontra determinado meio de prova, de uma atuação, e por isso, consubstanciando-se num direito a não ser obrigado a fornecer prova da sua culpabilidade, seja através de documentos, declarações, ou qualquer outro meio de prova.

5.3.2. Concepções amplas

Outro entendimento é perfilhado pelos autores que defendem uma concepção ampla relativamente ao princípio *nemo tenetur*. De acordo com esta concepção o direito ao silêncio surge como mero corolário deste princípio, a par da prerrogativa contra a autoincriminação⁶⁵, ou seja, ambos operam para proteger o sujeito quanto à compulsão para que contribua para aferir a própria culpabilidade, aplicando-se o *nemo tenetur* a todas as situações em que a prestação de informações seja por que meio for, exponha a pessoa a perigo de perseguição penal. Incidem, porém, sobre realidades diferentes, pelo

⁶² DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* p. 24.

⁶³ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *op. cit.*, pp. 98-99.

⁶⁴ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, p. 133

⁶⁵ Neste sentido *vide* RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, p.133; DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, pp. 43-44.

que, enquanto o direito ao silêncio recai sobre as declarações sobre os factos que lhe são imputados, estando nesta sede apenas em causa o meio de prova por declarações, a prerrogativa contra a autoincriminação será aplicável sobre todos os meios de prova que possam contribuir para a sua incriminação⁶⁶.

Assim, a prerrogativa contra a autoincriminação abrangeria quaisquer meios de prova que possam contribuir para a autoincriminação do arguido, incluindo não só as declarações do sujeito – protegidas a título de direito ao silêncio – como todas as restantes possíveis de o incriminar, incluindo a entrega de documentos, a ação ou sujeição, entre outras.

O direito ao silêncio abarcará, por sua vez, apenas a colaboração do arguido na sua incriminação através de declarações sobre os factos que lhe estão imputados, tal como previsto como conteúdo do direito ao silêncio pelo artigo 61.º, n.º 1, alínea d) do CPP.

5.3.3. Posição Adotada

Desde logo, parece-nos importante reiterar que direito ao silêncio e direito à não autoincriminação não são conceitos sinónimos. Com efeito, o princípio *nemo tenetur* desdobra-se no direito ao silêncio, que se traduz na liberdade que o arguido tem em não prestar declarações que o possam incriminar, bem como no direito que ele tem de não oferecer meios de provas contra si mesmo⁶⁷. Estes dois direitos andam geralmente de mãos dadas; porém, “os seus conteúdos não são totalmente coincidentes, mas, por vezes, chegam a sobrepor-se e a confundir-se”⁶⁸. Tal confusão é despoletada pelo facto de o direito ao silêncio ser a manifestação mais evidente do princípio *nemo tenetur*⁶⁹.

⁶⁶ PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pp. 109-110.

⁶⁷ Conforme se pode ler no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 340/2013, “Este princípio, além de abranger o direito ao silêncio propriamente dito, desdobra-se em diversos corolários, designadamente nas situações em que estejam em causa a entrega de documentos autoincriminatórios, no âmbito de um processo penal.”, disponível para consulta online em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130340.html>; também Paulo Sousa Mendes, define o princípio *nemo tenetur* “segundo o qual ninguém deve ser obrigado a contribuir para a sua própria incriminação, que engloba o direito ao silêncio e o direito de não facultar meios de prova” - MENDES, Paulo de Sousa, *O dever de colaboração e as garantias de defesa (...)*, p. 15

⁶⁸ RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, p. 132.

⁶⁹ Neste sentido, BUCHO, José Manuel Cruz, *op. cit.*, p. 29; Ac. do TC n.º418/2013, Ac. do TEDH Saunders VS. Reino Unido; DIAS, Augusto Silva, e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, pp. 20-21;

Todavia, mostra-se pertinente certificarmos-nos que este princípio tem por objetivo facultar ao arguido, mais do que o direito de não declarar contra si através de manifestações verbais, também o direito de não oferecer provas que contribuam para formar a convicção no juiz de que ele é autor do crime, pelo que as manifestações verbais não são as únicas formas em que se apresenta o princípio *nemo tenetur*, pois, através de outras condutas é possível produzir prova de carácter incriminatório.

Daqui resulta que o princípio implica, por um lado que ninguém está obrigado a declarar contra si mesmo, e, por outro, que ninguém é obrigado a produzir prova contra a sua defesa. Assim, “*além das declarações do arguido, o princípio atinge a produção de provas (...) em que o arguido seja convocado a participar*”⁷⁰.

Ao invés de uma conceção restritiva, que na nossa perspetiva, faz com que o princípio fique despido de carácter, diminuindo consequentemente as garantias de defesa do arguido, pois de nada lhe servirá não prestar declarações se for obrigado a fornecer meios de prova que o possam incriminar, somos partidários de uma conceção ampla⁷¹, que se traduz no direito a não cooperar no fornecimento de quaisquer meios de prova que possam contribuir para a sua incriminação.

6. Exceções do princípio *nemo tenetur*

Apesar do seu alargado domínio, à semelhança dos demais direitos fundamentais, o *nemo tenetur* não é um direito absoluto. Tal como refere Maria Elisabeth Queijo, “*a inexistência do dever de colaborar, em todos os casos redundaria em uma conceção do nemo tenetur se detegere como direito absoluto, aniquilando, em determinadas situações, por completo, a possibilidade de desencadeamento da persecução penal ou de dar seguimento a ela.*”⁷².

⁷⁰ RISTORI, Adriana, *Sobre o Silêncio do Arguido no Interrogatório No Processo Penal Português*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 98.

⁷¹ Neste sentido *vide* RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, p. 133; DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, pp. 43-44.

⁷² QUEIJO, Maria Elisabeth, *Direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e as suas decorrências no processo penal*, 2ª Ed., Editora Saraiva, 2012, p. 364.

A lei processual penal prevê expressamente vários casos excepcionais do mesmo, nos quais este princípio cede perante um dever de colaboração dos sujeitos com o processo penal.

Desde logo, o arguido é obrigado a responder com verdade às perguntas sobre a sua identidade conforme prevê o artigo 61.º, n.º 3, alínea c) do CPP. Esta obrigação constitui uma exceção à aplicação do princípio *nemo tenetur* devido à importância do apuramento deste tipo de dados para a investigação criminal. Assim, considera-se que a revelação dos dados sobre a sua identidade não é atentatória da prerrogativa contra a autoincriminação, não só por serem relevantes para a prossecução do processo penal, mas também por serem dados por natureza neutros, apenas de cariz informativos, não aptos a incriminar. No que aos antecedentes criminais concerne, e como já deixamos antever, a antiga redação do artigo 342.º, n.º 2 do CPP consagrava a obrigatoriedade de o arguido revelar os seus antecedentes criminais no início da audiência de julgamento, que foi julgada inconstitucional pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 695/95, por violação do princípio das garantias de defesa do arguido, ao entender que a discussão dos antecedentes criminais do arguido nesta fase do processo poderia repercutir-se na decisão quanto à culpa⁷³. Também na opinião dos autores Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos, este artigo configuraria uma violação do princípio da presunção de inocência, uma vez que permitia a revelação de informações que poderiam cimentar no espírito do julgador uma presunção de culpa do arguido⁷⁴.

Prevê-se igualmente um dever de sujeição ao exame de alcoolemia e substâncias psicotrópicas no domínio rodoviário, conforme prevê o artigo 152.º do Código da Estrada, aprovado pelo Decreto-Lei n. 44/2005 de 23 de Fevereiro, ladeado da inadmissibilidade do pedido de constituição de arguido para se subtrair ao mesmo, dever esse que por ter como *ratio* a proteção da vida e da integridade física das pessoas que circulam nas estradas, se encontra inteiramente justificado, sendo punível a recusa de cumprimento do mesmo como crime de desobediência previsto e punido pelo artigo 359.º do CP.

⁷³ DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* p. 13-14.

⁷⁴ *Ibidem.*

Acrescenta-se a obrigatoriedade de sujeição a exames no âmbito das perícias médico-legais quando ordenados pela autoridade judiciária competente, nos termos do artigo 172.º do CPP e do artigo 6.º da Lei n.º 45/2004 de 29 de Agosto.

Além destas, são de notar o dever de cooperação perante a administração tributária constantes do Regime Geral das Infrações Tributárias, no domínio fiscal, os deveres de cooperação perante a Autoridade da Concorrência previstos na Lei da Concorrência, os deveres de cooperação para com a CMVM, constantes no Código dos Valores Mobiliários.

Por fim, indicam-se os meios ocultos de investigação, admitidos no direito penal português mediante a verificação de determinados pressupostos, como é o caso das escutas telefónicas e dos agentes encobertos⁷⁵, através dos quais se pretendem obter declarações autoincriminatórias de arguidos ou suspeitos.

Todavia, dado o fundamento constitucional deste princípio, tais restrições terão que obedecer sempre à verificação de dois pressupostos⁷⁶. Por um lado, tais exceções carecem sempre de previsão legal⁷⁷, de forma a respeitar a o princípio da legalidade. Uma vez que está em causa a intervenção dos poderes públicos de amplo espectro e restritiva de direitos, a previsão por lei terá sempre que ser uma condição necessária da sua admissibilidade.

Por outro lado, devem obedecer sempre ao princípio da proporcionalidade e da necessidade, que encontram previsão legal no artigo 18.º, n.º 2 da CRP, ou seja, requer-se uma ponderação em concreto da natureza dos conflitos em causa, só se justificando a restrição se esta visar a proteção de bens jurídicos de elevado valor social e constitucional, nunca podendo, no entanto, ir ao ponto de aniquilar o conteúdo essencial de qualquer um dos direitos ou interesses públicos colidentes (artigo 18.º, n.º 3 da CRP). Assim, revelam para aferir da proporcionalidade da diligência, a sua modalidade, intensidade (grau de intrusão que comporta), a sua indispensabilidade e necessidade para o alcance dos fins, perante o tipo de crime e o bem ou bens jurídicos em causa. Importa harmonizar os princípios que possam ser aplicáveis, sacrificando aqueles de

⁷⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 45.

⁷⁶ *Ibidem*; Cf. também DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, pp. 23 e ss; PINTO, Lara Sofia, *op. cit.*, p. 111.

⁷⁷ DIAS, Augusto Silva, e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, p. 22.

menor imperatividade de forma a salvaguardar aqueles que sejam merecedores de maior proteção.

Verificados estes dois pressupostos, sendo que o segundo exige uma apreciação em concreto da natureza dos conflitos em causa, deverá considerar-se jurídico-constitucionalmente admissível a restrição daquelas garantias processuais, mesmo em matéria criminal.

Assim, a imposição de fornecer prova que contribua para a autoincriminação de uma pessoa, pela compressão que provoca nos seus direitos fundamentais, só se justifica se do seu lado estiverem em jogo direitos ou interesses de valor social e constitucional prevaiente⁷⁸.

7. Deveres de advertência

O direito ao silêncio do arguido é acompanhado de deveres de informação, da parte dos órgãos de polícia criminal ou das autoridades judiciárias, sobre o mesmo e de esclarecimento em como o seu silêncio não pode ser interpretado contra si, tendo o arguido a faculdade de recusar prestar declarações e responder a quaisquer questões, sem que isso o possa desfavorecer. Exemplos deste dever de advertência encontram-se nos artigos 58.º, n.º 2, 61.º, n.º 1, alínea h), 141.º, n.º 4, alínea a) e 343.º, n.º 1 do CPP.

Tais deveres são da competência dos órgãos de polícia criminal na fase do inquérito (artigo 58.º, n.º 2 do CPP) e das autoridades judiciárias nas restantes (artigo 141.º, 343.º, n.º 1 e 345.º, n.º 1), significando isto que a advertência deverá tomar lugar antes de qualquer prestação de declarações, incluindo o primeiro interrogatório do arguido – como, de resto, também decorre do já atrás referido acórdão do *Supreme Court* dos Estados Unidos da América, *Miranda vs. Arizona*, de 1966.

⁷⁸ DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* p. 25.

8. Consequências jurídicas da violação do princípio *nemo tenetur*

Sempre que a restrição a um determinado direito, liberdade ou garantia se encontre prevista por lei e que a ordem de grandeza do que se restringe não seja superior à ordem de grandeza do que se pretende tutelar com a restrição, a mesma deverá considerar-se jurídico-constitucionalmente admissível, respeitando sempre o princípio da proporcionalidade previsto pelo artigo 18.º, n.º 2 da CRP. O respeito por este princípio afigura-se necessário para garantir a justa intervenção do Estado no domínio das interferências com as garantias de defesa do arguido, limitando essa intervenção ao núcleo essencial de funções estaduais de controlo e vigilância necessárias ao cumprimento de tarefas fundamentais que a Constituição reconhece ao Estado (artigos 9.º, alínea a) e d), 81.º, alínea f) e 101.º da Constituição)⁷⁹.

Como tal, importa harmonizar os princípios colidentes aplicáveis, sacrificando aqueles de menor imperativo de forma a salvaguardar aqueles mais merecedores de proteção.

Portanto, nos casos em que a ordem é ilegítima, porque não obedece ao critério sobredito, ao arguido não lhe é imposta a obrigação de colaborar, pelo que não se vislumbra motivo pelo qual este possa incorrer em crime de desobediência, previsto pelo artigo 348.º, n.º 1 do CP. Chegados a este ponto, o que ora nos ocupa é a questão de saber o que é que acontece nos casos em que o arguido não está obrigado prestar a sua colaboração, mas coagido, ou induzido em erro, é levado a contribuir para a sua própria autoincriminação.

Desde logo, verificam-se consequências no domínio da validade probatória, ou seja, se as declarações comprometedoras tiverem sido adquiridas sem cumprimento das formalidades previstas na lei para a constituição de arguido, nomeadamente no que diz respeito ao tempo e ao modo da constituição de arguido, prevê o artigo 58.º, n.º 5 da CRP, que tais declarações não poderão ser utilizadas como prova contra ele.

Mais, se o meio de prova, independentemente de qual seja, tiver sido obtido através de métodos enganosos, através de coação ou de ameaça com medida legalmente inadmissível, ou ainda mediante intromissão na vida privada do visado, sem o seu consentimento, o artigo 32.º, n.º 8 da CRP e 126.º, n.º 1, n.º 2, alíneas a) e d) e n.º 3 do

⁷⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 48; DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 47.

CPP, estipulam que a prova é nula e que não pode ser utilizada nem valorada no processo, cominando na existência de uma nulidade grave e insanável. Mais se diz que, a degradação da pessoa à posição de mero objeto de prova contra si mesmo e a privação da sua liberdade de autodeterminação não poderá acarretar diferente consequência.

Com efeito, segundo o entendimento dominante na doutrina portuguesa, que vai ao encontro da doutrina anglo-saxónica denominada “*fruit of the poisonous tree*”, esta consequência jurídica tem efeito à distância, ou seja, estende-se às provas secundárias recolhidas a partir das declarações, dos documentos ou dos exames sobre o corpo da pessoa que tenham sido obtidos através de métodos proibidos⁸⁰. Salvaguarda-se, no entanto, os casos em que essas provas secundárias pudessem ter sido diretamente obtidas através de um comportamento lícito alternativo⁸¹, situação em que as mesmas já poderão ser utilizadas e valoradas no processo.

Finalmente, conforme refere o artigo 126.º, n.º 4 do CPP a prova obtida mediante métodos proibidos pode ainda ser utilizada para proceder criminalmente contra os agentes que deles se serviram.

Parte III – A articulação entre o princípio *nemo tenetur* e a revelação coactiva de *password* e o fornecimento de dados biométricos de telemóvel encriptado

Chegados a este ponto do nosso estudo, importa considerar se há uma tipicidade dos casos de colaboração do arguido no âmbito de uma investigação criminal, ou se pode ser exigível uma colaboração do arguido fora do âmbito das situações de colaboração que identificamos *supra*⁸², como é o caso concreto que nos propomos a cuidar: a revelação de *password* e do fornecimento de dados biométricos de telemóvel encriptado, que permitem o acesso ao seu conteúdo, e que não encontram qualquer previsão legal no ordenamento jurídico português. Ou será que terá que existir previsão

⁸⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, pp. 169 ss e 312 ss.;

⁸¹ DIAS, Augusto Silva, e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.*, p. 37.

⁸² *Vide supra* ponto II. 6.

legal expressa para todas as situações de colaboração do arguido? Eis o que nos propomos a descortinar neste último capítulo.

1. Da (in)existência de um dever de colaboração

Apesar de nos parecer evidente a necessidade de existência do princípio *nemo tenetur*, de modo a assegurar as garantias de defesa do arguido no processo penal, é natural ponderarmos sobre a sua relação com o dever de colaboração dos sujeitos processuais no âmbito de uma investigação criminal e descoberta da verdade material: qual a extensão deste dever, se é que realmente se trata de um dever?

Parece-nos óbvio que a liberdade do sujeito processual não possa ser exercida de tal forma que ponha em causa o rumo do processo no âmbito de uma investigação criminal. Como tal, debrucemo-nos agora sobre a problemática da harmonização de ambas finalidades: por um lado, o direito à não autoincriminação do sujeito processual – *maxime* o arguido; e por outro lado, o bom funcionamento do processo penal com a colaboração de todos os sujeitos processuais.

Figueiredo Dias afasta a existência de um dever abstrato de colaboração do arguido, sendo mesmo incompatível com o direito à não autoincriminação, na medida em que é preciso sempre que “*a utilização do arguido como meio de prova seja sempre limitada pelo integral respeito da sua vontade*”, pelo que “*só no exercício de uma plena liberdade da vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante a matéria que constitui objeto do processo*”.⁸³

De resto, derivando o *nemo tenetur* de preceitos constitucionais e afigurando-se como garantia de defesa do arguido, não se poderá nunca considerar que o arguido esteja vinculado a um dever de colaboração genérico, não obstante existirem certas áreas de limitação.

⁸³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal* in “Jornadas de Direito Processual Penal – o novo código de processo penal”, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 27-28.

Mais recentemente, Paulo Pinto de Albuquerque⁸⁴ defende também que não assiste ao arguido “*um dever de colaboração com o tribunal ou o MP com vista à descoberta da verdade material e à boa decisão da causa (nemo tenetur se ipsum accusare), dado o seu direito constitucional ao silêncio (artigo 32.º/1 CRP)*”.

No que à nossa convicção diz respeito, apesar de nos tomarmos pela inexistência de um dever de o arguido colaborar com as autoridades, o mesmo não significa que não possa haver restrições ao princípio *nemo tenetur*. Todavia, tal como ensina a boa doutrina de Jorge Figueiredo Dias e Manuel Costa Andrade⁸⁵, no que respeita às restrições do princípio *nemo tenetur*, estas têm necessariamente que obedecer a dois pressupostos: em primeiro lugar, têm de ser previstas legalmente, e em segundo lugar, têm de ser proporcionais e necessárias, nos termos do artigo 18.º, n.º 2 da CRP.

Em suma, é nosso entender que decorre do enquadramento legal português que a colaboração do arguido surge como exceção e não como regra, só sendo exigível a sua colaboração caso haja lei expressa nesse sentido e obedeça aos critérios de proporcionalidade, e por isso, que exceção concretamente o princípio *nemo tenetur*.

Ainda assim, não lhe assistirá um dever de dizer a verdade? O arguido não presta juramento, logo não tem nenhuma obrigação de dizer a verdade quando questionado sobre factos que o possam incriminar⁸⁶; porém, tal não se consubstancia necessariamente, na opinião de Manuel da Costa Andrade e Figueiredo Dias⁸⁷, na existência de um direito à mentira – apenas um direito à recusa de revelar uma verdade que possa ser incriminadora.

1.1. As doutrinas da colaboração passiva e activa

A doutrina alemã, para efeitos de deslindar a existência ou não de um dever de colaboração do arguido no processo penal, distingue casos de colaboração passiva e de colaboração activa.

⁸⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 2ª Edição, Universidade Católica Editora, 2008, p. 48 e 183.

⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, e ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 45.

⁸⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* p. 121.

⁸⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, *ibidem*; DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Processual Penal (...)*, pp. 449 e ss.

Na esteira de Uwe Hellmann⁸⁸, toda a colaboração que se comina numa ação, ou seja, num comportamento ativo (como será, por exemplo, a entrega de documentos ou objetos) será colaboração ativa, e como tal, inexigível ao arguido quando seja violadora do princípio *nemo tenetur*. As restantes, que se consubstanciam em sujeições, ou seja, comportamentos passivos, já poderiam ser exigíveis do arguido⁸⁹.

Não obstante, um entendimento mais moderno, protagonizado por Wolfslast, defende que o *nemo tenetur* tem as suas raízes fundadas na dignidade da pessoa humana e, como tal, mesmo os comportamentos de colaboração passivos poderão consubstanciar um atentado ao privilégio contra a não autoincriminação do arguido⁹⁰.

Autores como Costa Andrade⁹¹ e Lara Sofia Pinto⁹² entendem que este critério ação/sujeição defendido pela doutrina tradicional alemã é de afastar, não só pelo seu carácter simplista, mas sobretudo pela difícil aplicação prática, uma vez que se torna difícil delinear a fronteira entre o que consubstancia uma ação e o que consubstancia uma sujeição. Como exemplo dessa dificuldade, Wolfslast apresenta a prova por reconhecimento de pessoas, que é tradicionalmente aceite como uma situação de sujeição, porém, este meio de prova implica antes uma ação do arguido e não uma sujeição, porquanto exige ao arguido que adote determinado comportamento, não chamando a atenção, de forma a não inutilizar o resultado final. Costa Andrade⁹³ alerta para o facto de o reconhecimento de pessoas constar da lei processual penal portuguesa, no artigo 147.º do CPP, em observância dos critérios de admissibilidade de restrições ao princípio *nemo tenetur*, nomeadamente, do critério de obrigatoriedade de previsão legal expressa – não só da prática em si, mas dos seus limites também.

⁸⁸ PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* pp. 97 e ss.

⁸⁹ É de notar que o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28-01-2009 (Relatora Maria do Carmo Silva Dias), processo n.º 0816480, disponível em www.dgsi.pt, parece ter acolhido o entendimento tradicional da doutrina alemã, no que concerne à legitimidade da recusa do arguido em se sujeitar à recolha de autógrafos sem incorrer no crime de desobediência, considerada, tanto pelo tribunal *a quo* como pelo Tribunal da Relação, como uma conduta passiva e como tal consubstanciando colaboração passiva, inexigível ao arguido quando conflituante com a sua prerrogativa contra a auto-incriminação – temperando, no entanto, o princípio do *nemo tenetur* com o princípio da legalidade, na medida em que, adicionalmente, se invocou a falta de existência de obrigação do arguido em se sujeitar à recolha de autógrafos devido à falta de previsão de tal diligência de prova na lei para se afirmar o direito do arguido em legitimamente não colaborar com a investigação.

⁹⁰ PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* p. 98.

⁹¹ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* p. 128-129.

⁹² PINTO, Lara Sofia, *op. cit.* p. 98.

⁹³ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.* p. 131.

Também o Tribunal Constitucional se pronunciou sobre o assunto, inutilizando a distinção entre colaboração ativa e passiva em sede de aplicação do princípio *nemo tenetur*, no seu Acórdão n.º 155/2007⁹⁴ referente à colheita de saliva para efeitos da realização de testes de ADN, salientando que esta “*independentemente de não requerer apenas um comportamento passivo, não se pode catalogar como obrigação de autoincriminação*”. Parece, pois, apontar para a conclusão de que este critério de ação/sujeição não tem relevância entre nós, pelo facto de o TC aceitar a existência de um caso de colaboração ativa do arguido, não o afastando imediatamente depois de o qualificar como tal.

Assim, conclui-se que a dicotomia entre colaboração passiva e colaboração ativa, oriunda da doutrina alemã, é insuficiente e não deverá ser utilizada como critério para efeitos de apuramento da existência de um dever de colaboração do arguido do processo penal e de aplicação do *nemo tenetur* na ordem jurídica portuguesa.

A doutrina e a jurisprudência nacional portuguesa optam, antes, pelo critério da ponderação de bens e da concordância prática, segundo as restrições ao princípio *nemo tenetur* devem obedecer à verificação dos dois sobreditos pressupostos. Este critério acaba por superar as dificuldades apresentadas ao critério da colaboração ativa ou passiva, tendo ainda a vantagem de permitir aferir não apenas a constitucionalidade mas também da própria legalidade da restrição ao princípio *nemo tenetur*.

2. A ausência de previsão legal específica para a descodificação de dados

A permanente e célere evolução no âmbito da codificação e conversão de dados em verdadeiros algoritmos indecifráveis, bem como o acesso indevido a dados privilegiados, tem vindo a suscitar inúmeras questões, não só da perspectiva do direito criminal, mas também na ótica da segurança nacional e do segredo de estado. Alguns casos conexos com as matérias em apreço revestem-se, aliás, de significativa notoriedade mediática.

⁹⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/07, de 02-03-2007, processo n.º 695/06 (Relator Conselheiro Gil Galvão), disponível em www.tribunalconstitucional.pt

Com o crescente uso da encriptação como forma de protecção de dados pessoais, as tentativas de compelir a revelação de senhas de acesso ou o fornecimento de dados encriptados também cresceram. Surgem, assim, uma série de questões verdadeiramente interessantes e ainda não resolvidas, daí que nos cumpre analisar se estamos perante uma violação ou se perante uma exceção do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Sem prejuízo da análise que se conduzirá *infra*, adianta-se que o regime legal vigente permite constatar que não existe qualquer norma legal que preveja a revelação de dados encriptados, seja através da revelação de *password* ou através do fornecimento dos dados biométricos, como uma obrigação jurídica que impenda sobre o arguido.

2.1. A revelação de *password*

A questão com que nos deparamos nesta fase da investigação reside em saber como agir perante a inexistência de legislação específica relativamente à matéria da descodificação de dados.

Perscrutando o ordenamento jurídico português, mais especificamente a legislação penal, facilmente nos apercebemos que não há qualquer norma que determine a obrigatoriedade do arguido, a solicitação dos órgãos de polícia criminal, do Ministério Público ou do Juiz, proceder à descodificação de dados ou fornecer os elementos necessários para o efeito.

Face ao exposto, uma vez que estamos diante de uma matéria que ainda não encontra qualquer consagração legal no nosso ordenamento jurídico, a única possibilidade que vislumbramos seria a da revelação da *password* de telemóvel encriptado ao abrigo do sobredito dever geral de colaboração do arguido. Porém, não nos iremos alongar nas considerações acerca desta possibilidade, uma vez que a sua análise já se realizou *supra*, onde concluimos pela inexistência de qualquer dever geral de colaboração do arguido no quadro de investigação criminal.

Deste modo, o que por ora nos propomos averiguar é uma eventual aplicação pontual de um dever de colaboração do arguido que permita a sua aplicação ao caso concreto que ora nos dedicamos. É tempo de começar a dar resposta à questão que colocámos inicialmente, designadamente no primeiro capítulo: será exigível ao

utilizador de um telemóvel encriptado revelar a *password* que lhe dá acesso em sede de investigação criminal?

Nos dias que correm, ninguém duvida que os telemóveis contêm registos de praticamente tudo o que é importante na vida das pessoas, desde relações pessoais e de trabalho até finanças, saúde, entre outras. Tanto assim é que praticamente todos os utilizadores de *smartphones*, seja pelo medo de os perder ou que os possam roubar, usam *passwords* para limitar o acesso a dados confidenciais de pessoas não autorizadas. Motivo pelo qual tais aparelhos são, cada vez mais, desenhados de forma a ficarem “fechados” quando alguém os perde ou quando são roubados. No caso dos iPhones, estes sempre tiveram encriptação forte, mas em 2013, quando saiu a versão 7 do IOS, o sistema operativo da Apple, essa proteção foi muito reforçada. Uma das coisas que contribui para defender os conteúdos do telemóvel quando cai em mãos que não as do seu proprietário, é o facto do sistema apagar automaticamente os dados em si armazenados quando inserido um certo número de *passwords* incorretas – em princípio 10. Esse foi, precisamente, um dos motivos que levou o FBI a pedir à Apple para desbloquear o telemóvel de Syed Rizwan Farook, o responsável pelo ataque de San Bernardino, na Califórnia, em Dezembro de 2015.

A batalha que assistimos entre a Apple, a polícia federal e as agências de serviços secretos norte-americanas, contribuiu para a mediatização desta questão do fornecimento de *password* para efeitos de desencriptação de *smartphone*, e teve um impacto decisivo no que respeita às questões de segurança e privacidade.

Escalpelizando um pouco mais o caso *supra* a que fizemos referência: em causa estava o acesso a dados gravados no telemóvel de Syed Rizwan Farook, o norte-americano que tirou a vida 14 pessoas em San Bernardino, num ataque cometido com a sua mulher, Tashfeen Malik, uma cidadã paquistanesa que passou a maior parte da vida na Arábia Saudita. Os atacantes tinham jurado fidelidade ao Estado Islâmico, mas não há indícios de que a operação tenha sido montada com ajuda externa – à semelhança de outros ataques, principalmente na Europa, terá sido planeado e organizado pelos próprios executantes, sob a influência da ideologia extremista do Estado Islâmico.

Ambos foram mortos pela polícia no dia do ataque, e as autoridades norte-americanas encontraram vários aparelhos eletrónicos perto do local do crime, em casa do casal e no carro que os dois usaram para se deslocar durante o ataque – pen’s drive,

discos rígidos que acabaram por ser recuperados e pelo menos dois telemóveis destruídos que foram deitados a um caixote do lixo. Mas a polícia encontrou também um telemóvel intacto no carro dos atacantes – um modelo iPhone 5C, da Apple, a cuja informação ninguém no FBI conseguiu aceder, pois encontrava-se bloqueado.

Os responsáveis pela investigação pretendiam ter acesso ao telemóvel de Farrok, para poderem ver as mensagens e as fotografias aí guardadas, mas não conseguiram porque o seu utilizador definiu um código de bloqueio, que pode ser constituído por quatro ou seis números, ou por uma quantidade muito superior de uma combinação entre números e letras. As autoridades de investigação criminal tiveram, desde logo, conhecimento de que tipo era esse código (porque os espaços para o seu preenchimento aparecem no ecrã), mas não tinham maneira de descobrir que números e/ou letras eram os corretos, e nem quiseram arriscar – devido à opção que referimos anteriormente, que pode ter sido ativada pelo utilizador, de que tudo o que estiver gravado no telemóvel pode ser apagado ao fim de dez tentativas erradas.

Face a esta situação, a Apple, como fabricante do telemóvel em causa, foi chamada a intervir. Segundo a polícia federal e a juíza Sheri Pym, do Tribunal Distrital para o Distrito Central da Califórnia, a empresa teria a obrigação de ajudar ainda mais as autoridades neste caso – cumprindo as suas obrigações legais e ordens judiciais –; no entanto, a Apple defende-se dizendo que já entregou à polícia tudo o que o atacante tinha guardado na iCloud, um serviço onde é possível gravar fotografias, contactos e outro tipo de documentos fora do telemóvel, na chamada "nuvem".

Os documentos gravados no serviço iCloud podem ser facilmente obtidos pela Apple, mas a informação guardada no telemóvel revela maior dificuldade de acesso, principalmente nos modelos mais recentes (os que têm o botão de reconhecimento através de impressão digital). Nestes casos, a operação que permite o acesso ao aparelho é muito complicada, pois depende da combinação entre o código de bloqueio e uma chave que está embutida no interior do próprio aparelho, numa espécie de pequeno computador à parte daquele que faz o telemóvel funcionar, e a que a Apple garantiu não ter acesso. Todavia, não era esse o caso do iPhone que o FBI queria desbloquear, porque o modelo em causa não tinha esse sistema embutido no próprio aparelho. Mas para as autoridades o problema era o mesmo – apesar de a operação para aceder ao telemóvel em questão ser feita através de ligações no sistema operativo (*software*), e

não no aparelho (*hardware*), só a Apple podia abrir a porta ao FBI porque qualquer novo *software* instalado tem de ser reconhecido pelos servidores da empresa.

Na prática, o que o tribunal da Califórnia exigia era que a Apple criasse uma versão do seu sistema operativo que só pudesse ser injetada no telemóvel de Syed Rizwan Farook, e que permitisse fazer três coisas: desativar a função que permite apagar todo o conteúdo após dez tentativas; ligar o telemóvel a um computador rápido que enviasse milhares e milhares de combinações possíveis até acertar; e que essas combinações pudessem ser enviadas sem qualquer intervalo de tempo entre elas, como acontece na versão normal do sistema operativo – entre a 1.^a e a 2.^a tentativa há um segundo de intervalo, mas essa espera vai aumentando até que da 9.^a para a 10.^a já é preciso esperar uma hora.

Assim que foi conhecida a ordem do tribunal, houve muita discussão sobre se a Apple poderia, tecnicamente, fazer o que lhe foi ordenado. Mas essa não era a questão, como se depreende da resposta assinada pelo CEO da empresa, Tim Cook – como está em causa um modelo mais antigo, isso até seria possível, mas a empresa considera que iria abrir um precedente perigoso.

"Desta vez, o governo dos EUA pediu-nos uma coisa que não temos, e cuja criação consideramos ser demasiadamente perigosa. Pediram-nos para construir uma porta das traseiras para o iPhone. Mais precisamente, o FBI quer que façamos uma nova versão do sistema operativo do iPhone, contornando várias características de segurança, e que a instalemos num telemóvel encontrado durante a investigação. Nas mãos erradas, este programa – que não existe hoje em dia – teria o potencial para desbloquear qualquer iPhone que esteja nas mãos de qualquer pessoa", escreveu Tim Cook⁹⁵.

Em defesa da Apple, argumenta ainda Tim Cook que *"o governo sugere que esta ferramenta só poderia ser usada uma vez, num único telemóvel. Mas isso não é verdade. Uma vez criada, a técnica poderia ser usada uma e outra vez, em qualquer*

⁹⁵ Citação consultada em publicação datada de 17 de Fevereiro de 2016 por Alexandre Martins na versão online do Jornal Público – MARTINS, Alexandre, *Apple recusa desbloquear iPhone de terrorista e alerta para implicações 'arrepiantes'*, in edição online "Jornal Público", em <https://www.publico.pt/2016/02/17/tecnologia/noticia/apple-desafia-ordem-de-tribunal-para-desbloquear-iphone-de-um-dos-atiradores-de-san-bernardino-1723566> (consultado em 10 de Abril de 2017).

*telemóvel. No mundo físico, seria o equivalente a fazer uma chave mestra, capaz de abrir centenas de milhões de fechaduras – de restaurantes a bancos, de lojas a casas. Nenhuma pessoa de bom senso acharia isso aceitável*⁹⁶.

Facto é que o FBI conseguiu desbloquear o aparelho em questão, com a ajuda de "uma terceira parte", sem a ajuda do "gigante" da tecnologia, tendo a Justiça posto termo ao processo.

Muito podemos agradecer à jurisprudência norte americana, que largamente se tem dedicado a estas questões, nomeadamente no caso *State of Florida vs. Aaron Stahl*⁹⁷. Uma mulher que tinha ido às compras num centro comercial na Florida viu um homem agachado e a apontar um telemóvel para debaixo da saia, alegadamente para tirar fotografias. Ela enfrentou o homem, que depois saiu da loja, no entanto, a polícia conseguiu localizá-lo com base no número da matrícula do seu carro. Quando a polícia apanhou o suspeito e o prendeu por *voyeurismo*, este deu o seu consentimento aos órgãos de policia criminal para pudessem aceder ao seu telemóvel – um iPhone 5 – onde estariam, presumivelmente as fotos ilícitas que ele havia tirado. Acontece que, antes de conseguirem ter acesso aos dados contidos no telemóvel, ele revogou o consentimento que havia prestado, e recusou-se a fornecer a sua *password* aos órgãos de policia criminal, que apesar de terem conseguido um mandato de busca, sem a *password* de acesso, não conseguiriam fazer qualquer pesquisa no dispositivo.

Conceitualmente, é uma situação semelhante à que o FBI e a Apple discutiram, na sequência do tiroteio em massa de San Bernardino. A aplicação da lei poderia em teoria forçar a chave de acesso – há “apenas” 10.000 combinações possíveis entre 0000 e 9999 (assumindo que seja exclusivamente uma *password* numérica) –, mas colocar a *password* errada mais de 10 vezes fará com que o telemóvel elimine automaticamente todos os seus dados armazenados. Contudo, tratam-se de situações com um fator diferencial, uma vez que no caso que ora apresentamos o suspeito estava vivo, no caso de San Bernardino nem sequer se poderia equacionar a revelação coativa da *password*, pois o suspeito tinha falecido durante o ataque.

⁹⁶ MARTINS, Alexandre, Apple recusa desbloquear iPhone de terrorista e alerta para implicações ‘arrepiantes’, in edição online “Jornal Público”, em <https://www.publico.pt/2016/02/17/tecnologia/noticia/apple-desafia-ordem-de-tribunal-para-desbloquear-iphone-de-um-dos-atiradores-de-san-bernardino-1723566>

⁹⁷ *State of Florida vs. Aaron Stahl* (2016), acessível em <https://www.courthousenews.com/wp-content/uploads/2016/12/iPhonePasscode.pdf>

Inicialmente, um juiz negou a moção do estado que obrigava o arguido, de seu nome *Stahl*, a fornecer a *password* que dava acesso ao seu *smartphone*, pelo facto de considerar que isso equivaleria a forçar a testemunhar contra si e por isso violaria a V Emenda. No entanto, posteriormente, o Segundo Distrito do Tribunal de Recurso da Flórida reverteu essa decisão, determinando que a *password* em si não está associada a dados criminais encontrados no telefone, pelo que: “*The State has not asked Stahl to produce the photographs or videos on the phone (...) By providing the passcode, Stahl would not be acknowledging that the phone contains evidence of video voyeurism. Moreover, although the passcode would allow the State access to the phone, and therefore to a source of potential evidence, the State has a warrant to search the phone—the source of evidence had already been uncovered*”.

Esta decisão contrariou várias decisões que foram proferidas em anos anteriores, sendo que nos dias de hoje somos confrontados com decisões dispares no que toca à relação do princípio *nemo tenetur* com a revelação coativa de *passwords*. Há tribunais que tem decidido que a revelação coativa de *password* é proibida por ser protegida pelo privilégio da não autoincriminação, enquanto outros determinam que a sua revelação coativa não consubstancia qualquer violação. Portanto, no fundo, a resposta a esta problemática depende da interpretação que é dada à V emenda: “*No person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself (...)*. De acordo com a maioria das decisões proferidas a este respeito, a V Emenda, apenas protege as comunicações que consubstanciem declarações, ou seja, comunicações que, de alguma forma divulguem conteúdos da sua mente, que divulguem conhecimento.

Tal como refere Adam Gershowitz⁹⁸, apesar de uma senha quase nunca ser incriminatória por si só, a informação que ela protege por vezes será. Por mais de meio século, o *Supreme Court* reconheceu que a proteção concedida pela V Emenda abrangia não só as respostas que por si só são incriminatórias, mas também a informação que “*forneceria um link na cadeia de evidências necessária para processar o requerente*”⁹⁹.

⁹⁸ GERSHOWITZ, Adam M., *Can a Password Stop Police from Searching Your Cell Phone Incident to Arrest?* In “Search and Seizure Law Report”, Vol. 38, No. 10, Novembro 2011, p. 87, disponível para consulta online em <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2547&context=facpubs> (consultado em 05 de Novembro de 2017)

⁹⁹ *Hoffman vs. U.S.*, 341 U.S. 479, 486 (1951) acessível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/341/479/case.html>

Questão verdadeiramente interligada com o nosso caso concreto, e que tem sido alvo de discussão há já largos anos, é a de saber se as autoridades de perseguição penal estão ou não proibidas de coagir o arguido a entregar documentos que contenham informações incriminadoras. Daí que surja muitas vezes a questão, que para o tema em análise nos parece pertinente, de saber se a proibição contra a autoincriminação se estende à entrega coativa de documentos que o arguido tenha previamente redigido de forma voluntária (cartas, agendas, diários pessoais) ou elaborado no cumprimento de obrigações legais estranhas ao processo penal e quaisquer finalidades repressivas, como é o caso dos registos contabilísticos ou fiscais.

Relativamente ao assunto *sub judice*, os tribunais norte-americanos fornecem-nos uma resposta negativa. Na decisão do caso *Fisher vs. United States (1976)*¹⁰⁰, o Supremo Tribunal Federal afirmou que o *privilege against self-incrimination* não constitui obstáculo à entrega coerciva de documentos que contenham conteúdo incriminatório, podendo o arguido ser obrigado a apresentá-los para servirem como prova contra si se a sua elaboração não tiver sido compelida no sentido pressuposto na V emenda da Constituição. A esta compreensão está subjacente a distinção traçada em *Schmerber vs. California (1966)*, entre “*testimonial or communicative evidence*” e “*real or physical evidence*”, pelo que a entrega de documentos solicitados pelas autoridades constitui um ato físico que não se confunde com a comunicação inerente à sua elaboração. Desde que a sua elaboração tenha sido voluntária, a circunstância de os documentos terem carácter incriminador não obsta a que o arguido seja coagido a entregá-los às autoridades.

A decisão *Fisher* acabou por reconhecer que o próprio ato de entrega de documentos “*tem aspetos comunicativos próprios, alheios ao conteúdo dos documentos, uma vez que ao cumprir a ordem, o visado “admite tacitamente que (1) os papeis pretendidos existem”, (2) “estão na sua posse ou sob o seu controlo” e (3) “são os descritos na notificação”*”. É essa a dimensão comunicativa do ato de entrega que pode justificar a invocação da prerrogativa contra a autoincriminação – se por via desse ato se acrescentar alguma coisa aos dados que estão na posse das autoridades mas já não se a existência e localização dos documentos forem de conhecimento seguro dos

¹⁰⁰*Fisher vs. United States, 425 U.S. 391 (1976)* acessível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/425/391/case.html>

investigadores, isto é, se constituírem um dado adquirido ou uma conclusão inevitável (*foregone conclusion*)¹⁰¹.

Numa decisão posterior (*Doe I*)¹⁰², o *Supreme Court* entendeu que o arguido poderia recusar-se a cumprir a intimação se as autoridades soubessem pouco sobre os documentos em questão, mas ainda não se tinha concretizado qual o grau de conhecimento anterior que se revelava necessário para que a existência, posse ou autenticidade dos documentos pudesse dizer-se uma *foregone conclusion*. Foi necessário aguardar pelo célebre caso *United States vs. Hubbell* (1999) para proceder à densificação deste parâmetro normativo, que sublinhou não serem suficientes meras conjecturas sobre o “tipo” ou “categoria” de documentos que é usual ter ou conservar em determinado ramo de negócio, isto é, as instancias de perseguição penal só podem invocar a *foregone conclusion* se conseguirem demonstrar o seu conhecimento prévio sobre a existência, a posse, e a autenticidade dos documentos pretendidos com “razoável especificidade” (*reasonable particularity*), caso em que a aquisição probatória não dependerá afinal dos contributos declarativos do arguido¹⁰³. Se não se verificar esta condição, o arguido só estará obrigado a cumprir a *subpoena duces tecum* se lhe for concedida imunidade contra todas as possíveis utilizações probatórias do conteúdo dos documentos.

Face ao exposto, podemos concluir que se os documentos incriminatórios preexistentes tiverem sido elaborados de forma voluntária, o arguido pode ser coagido a entregá-los em duas situações: (1) no caso de as autoridades terem conhecimento realmente pormenorizado sobre a sua concreta existência, localização e autenticidade que estas possam ter-se como um dado adquirido (*foregone conclusion*); ou (2) se ao visado for concedida imunidade contra todas as possíveis utilizações probatórias dos elementos entregues (*use and derivative immunity*)¹⁰⁴. Quanto aos restantes casos, a acusação não se encontra privada de obter os documentos pretendidos por meio de

¹⁰¹ SILVA, Sandra Oliveira e, *op. cit.*, p. 733.

¹⁰² *United States vs. Doe* (1984) (*Doe I*), 465 U.S. 605 (1984) acessível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/465/605/>

¹⁰³ *United States vs. Hubbell*, 530 U.S. 27 (2000) acessível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/530/27/case.html>

¹⁰⁴ GOLDMAN, Kara, *Biometric Passwords and the Privilege Against Self-Incrimination*, in “Cardozo Arts & Entertainment Law Journal”, Volume 33, Issue 1, Abril 2015, p. 221, disponível para consulta online em <http://www.cardozoelj.com/wp-content/uploads/2014/01/Goldman-Final.pdf> (consultado em 05 de Janeiro de 2018)

mandados de busca (*search warrants*), desde que sejam observadas as limitações impostas pelos mandados de busca consagradas na IV Emenda (que protege os cidadãos contra *unreasonable searches and seizures*).

Todo este escrutínio à volta da entrega de documentos pareceu-nos verdadeiramente essencial uma vez que é cada vez mais comum, sobretudo nas investigações relacionadas com casos de criminalidade organizada ou económico-financeira de maior dimensão, que entre os documentos apreendidos se encontrem ficheiros protegidos por um processo de encriptação, ou que tais ficheiros se encontrem inseridos num *smartphone* que exige a revelação da *password* como forma de autenticação.

Com efeito, a utilização cada vez mais recorrente de meios eletrónicos de transmissão de dados desencadeia uma constante preocupação com a segurança das informações, sejam elas de carácter empresarial, registos de transações comerciais ou bancárias, dados clínicos ou outras informações de carácter pessoal e íntimo. Tal preocupação estende-se, de igual forma, aos criminosos com a confidencialidade dos elementos relativos aos seus crimes, especialmente os que, como o terrorismo, tráfico de drogas, o tráfico de pessoas ou pornografia infantil, pressupõem sistemas sofisticados de comunicação ou partilha de ficheiros. A utilização de chaves criptográficas, compostas por uma sequência complexa de letras, números e símbolos, ou pela combinação de dados biométricos com *passwords* relativamente simples e memorizáveis, garante a privacidade das mensagens trocadas, fotografias, documentos, entre outros, contra a intromissão de terceiros não autorizados. Daí a nossa questão: Será legítimo compelir o arguido a fornecer às autoridades o código secreto que permita dar acesso ao conteúdo do seu *smartphone*?

Na falta de um critério específico, os tribunais norte-americanos têm-se limitado a aplicar a teorização desenvolvida pelo *Supreme Court* para as hipóteses de entrega de documentos não encriptados, fazendo depender a validade da ordem de entrega das chaves criptográficas da demonstração pelas autoridades de um conhecimento de tal

ordem especificado sobre a existência e localização dos ficheiros que essa informação possa dizer-se um dado adquirido¹⁰⁵.

No seio da doutrina norte-americana, vários são aqueles que defendem uma tutela reforçada contra a entrega coativa de chaves criptográficas, nomeadamente se não escritas, ou seja, se são apenas memorizadas, uma vez que a revelação coativa de *passwords* memorizadas envolve a exteriorização não consentida do conteúdo da mente do indivíduo e ofende a prerrogativa contra a não autoincriminação¹⁰⁶. Diversamente, outros autores clamam por uma proteção mais branda da encriptação forte, com o argumento de que se está perante operações de natureza puramente mecânica e, por isso, não merecem a tutela reservada aos atos comunicativos e aos documentos privados autênticos, como é o caso dos diários, agendas, entre outros¹⁰⁷.

Solução distinta é acolhida na Alemanha, onde a doutrina majoritária e os tribunais retiram do princípio *nemo tenetur* uma restrição ao dever de entrega dos outros objetos com relevo probatório solicitados pelas autoridades. A faculdade de impor às testemunhas e outras pessoas a entrega de elementos corpóreos com interesse probatório é vista, no ordenamento jurídico alemão, como um instrumento adicional à disposição das instâncias de perseguição criminal, não precludindo o recurso aos típicos mecanismos de busca, revista e apreensão se tal se demonstrar realmente essencial para obter, *v.g.*, documentos contabilísticos, amostras corporais ou partes separadas do corpo (cabelo, sangue, urina, saliva), suportes físicos (computadores, *smartphones*, *pen-drives*, CD ou DVD). Tendo em conta que o *nemo tenetur* não funda, de acordo com a doutrina tradicional, uma proibição de tema de prova, mas apenas a prescrição de métodos

¹⁰⁵ TERZIAN, Dan, *Forced Decryption as Equilibrium—Why It’s Constitutional and How Riley Matters*, in “Northwestern University Law Review”, Vol. 109, n.º 4, 2015, p.58, disponível para consulta online em https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nulr_online (consultado em 27 de Outubro de 2017)

¹⁰⁶ CLEMENS, Aaron M., *No Computer Exception to the Constitution: The Fifth Amendment Protects Against Compelled Production of an Encrypted Document or Private Key*, in “University of California of Los Angeles Journal of Law and Technology 2”, 2004, pp. 1-27, disponível para consulta online em http://www.lawtechjournal.com/home/Articles/2004/02_040413_clemens.pdf (consultado em 12 de Dezembro de 2017); em contrapartida o autor já não rejeita a possibilidade de entrega de chaves criptográficas guardadas em suporte físico, desde que as instâncias oficiais consigam fazer a prova da sua existência, localização e autenticidade de todos os documentos que com ela podem ser decifrados. Faltando tal prova, o cânone da *foregone conclusion* não está verificado e, então, das duas uma: ou a intimação se circunscreve à entrega de uma versão descriptada dos documentos efetivamente encontrados ou a sua alidade ficará dependente da concessão de imunidade contra todas as possíveis utilizações probatórias dos elementos entregues.

¹⁰⁷ SILVA, Sandra Oliveira e, *op. cit.*, p. 737.

coativos que importem uma contribuição ativa para a própria incriminação, nada inviabiliza que a mesma informação probatória seja alcançada sujeitando-se o arguido a tolerar a realização de revistas ou buscas¹⁰⁸.

No nosso entender, a entrega de chaves criptográficas guardadas em suporte físico, como sucede com as demais parcelas de informação corporizadas em documentos, supõe que as autoridades tenham conhecimento seguro da existência e localização atual do elemento corpóreo onde a mesma esteja guardada, seja um disco externo, uma *pen-drive*, um CD, uma folha de papel, etc.¹⁰⁹. E nem podia ser de outra forma, uma vez que o objeto da injunção para entrega é sempre o elemento corpóreo, seja o revólver, o pacote de droga, os papéis, a agenda, o computador, o *smartphone*, e não a informação que nele esteja contida, cujo seu conteúdo pode nem sequer ser elemento de conhecimento das autoridades.

Desta forma, se as autoridades judiciais se aperceberem, ao apreender um *smartphone* que se encontra encriptado, que o suspeito esconde no bolso uma *pen-drive* onde se acredita estar a *password* de autenticação, nada impede que se lhe determine a entrega desse objeto. Porém já assim não será se as autoridades simplesmente souberem da existência de uma *password* e suspeitarem da sua disponibilidade pelo arguido, mas não tiverem conhecimento seguro do local onde a *password* se encontra armazenada ou guardada.

A proteção que é conferida pelo princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* é ainda mais forte quando nos confrontamos com *passwords* memorizadas, uma vez que o cumprimento da injunção supõe, neste caso, a revelação não consentida do conteúdo da mente do arguido, isto é, a exteriorização coerciva de uma parcela do seu conhecimento com interesse probatório. Poderíamos dizer que sendo uma *password* composta por uma mera sucessão de letras e/ou números sem significado autónomo, e não sendo por si só, isoladamente, uma declaração de facto desfavorável ao arguido, pelo que a sua revelação coerciva não consubstancia uma comunicação autoincriminatória protegida pelo *nemo tenetur*. Porém, tal não nos parece ser a formulação correta, pois tal como se

¹⁰⁸ SILVA, Sandra Oliveira e, *op. cit.*, p. 738.

¹⁰⁹ Contrariamente ao que vem a ser entendido pelos Tribunais norte-americanos, não nos parece ser suficiente o conhecimento efetivo sobre a existência e localização dos documentos encriptados, uma exigência que as autoridades estão (quase) sempre em condições de satisfazer uma vez que o problema so se verifica, na grande maioria das vezes, depois de as autoridades terem apreendido o documento e notado que este se encontra encriptado.

esclarece em *Sauders vs. Reino Unido*, o conceito de comunicação incriminatória não se reduz à confissão da imputação ou à admissão de factos desfavoráveis. Uma informação em abstrato pode revelar carácter incriminador se através dela se estabelecer uma ligação aos factos imputados, como sucede se essa informação singular facultar o acesso a informações desfavoráveis que de outra forma seriam verdadeiramente inacessíveis ou fornecer um elo na cadeia probatória que permita a formulação de conclusões desfavoráveis ao arguido.

No que ao nosso país diz respeito, o artigo 61.º, n.º 1, alínea d) do CPP diz-nos que o arguido tem o direito de “*não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os factos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar*”, tratando-se de uma consagração expressa do princípio *nemo tenetur* no Código de Processo Penal, na sua vertente de direito ao silêncio, que abrange as declarações sobre factos típicos que são imputados ao arguido.

Como tal, e como já acima deixámos ser o nosso entendimento, o princípio *nemo tenetur* tem como objetivo facultar ao arguido, mais do que o direito de não declarar contra si através de manifestações verbais, também o direito de não oferecer provas que contribuam para formar a convicção no juiz de que ele é autor do crime, pelo que as manifestações verbais não são as únicas formas em que se apresenta o princípio *nemo tenetur*. Desse modo, resulta do próprio princípio que, por um lado, ninguém está obrigado a declarar contra si mesmo, e, por outro, que ninguém é obrigado a produzir prova contra a sua defesa. Logo, “*além das declarações do arguido, o princípio atinge a produção de provas (...) em que o arguido seja convocado a participar*”¹¹⁰.

Posto isto, no nosso entendimento, para além da aplicação de uma possível sanção penal, de natureza semelhante ao crime de desobediência, não nos parece possível coagir o arguido a proferir uma declaração, que permita os órgãos de polícia criminal ter acesso ao seu telemóvel, através da *password* por si fornecida, como aliás sucede no que respeita às declarações do arguido perante o juiz, que a lei reputa obrigatórias, relativamente à sua identificação. Isto mesmo perpassa ao longo de todas as garantias fundamentais de que o mesmo beneficia ao longo do processo penal, sendo certo que a lei expressamente clarifica que o silêncio do arguido não pode ser tomado

¹¹⁰ RISTORI, Adriana, *op. cit.*, p.98.

em linha de conta como um factor que o prejudica. Reitera-se, por pertinente, que o arguido goza, nos termos da lei, do direito ao silêncio, o qual nada mais é do que um reflexo, o núcleo essencial, como acima dissemos, do princípio *nemo tenetur*.

Face ao exposto, entendemos que a revelação da *password* de modo a permitir a autenticação de acesso a um *smartphone*, por corresponder a uma declaração do arguido, à luz do direito constituído, não pode ser obtida por meio de coação. Não é, assim, uma questão conexas com a sujeição a diligências probatórias, nem tão pouco relacionada com a validade deste meio de obtenção de prova. Encontramo-nos, em suma, no âmbito do direito ao silêncio do arguido e da faculdade que lhe assiste em não prestar quaisquer declarações que repute como inadequadas para a defesa dos seus interesses.

Resta-nos ponderar qual a possibilidade de compelir um arguido a entregar a *password* à luz da eventualidade de um dever geral de colaboração a impender sobre o mesmo. Na verdade, e como já tivemos oportunidade de verificar, a legislação penal portuguesa comporta algumas exceções ao princípio *nemo tenetur*, porém, em face de tudo o que referimos quanto ao dever de colaboração do arguido, podemos afirmar que o mesmo não deve ser entendido de forma abstrata. Importa considerar que este dever deve ter sempre como basilar a noção de que o arguido pode ser utilizado como meio de prova contra si mesmo, embora tal prova se deva reger sempre pela concatenação dos princípios constitucionais prevalentes *in casu*.

Posto isto, não podemos aceitar que uma ordem para fornecer a *password* de telemóvel encriptado de forma a permitir o acesso ao conteúdo do mesmo, possa surgir no âmbito de um pretense dever geral de colaboração do arguido, até porque, como clarificamos *supra*, devemos aferir a colaboração do arguido como um desvio à regra, desvio esse apenas permitido através da existência de legislação específica que o preveja, e observância de critérios de proporcionalidade e necessidade. Pese embora a importância da descoberta da verdade material, não pode o legislador permitir que a mesma opere como exceção absoluta dos princípios constitucionalmente consagrados e desenvolvidos em sede processual penal.

Mais podíamos acrescentar, dizendo que a eventual recusa em fornecer a *password* de telemóvel encriptado, não obsta à prática de uma perícia sobre o mesmo, uma vez que os peritos têm toda a liberdade para ensaiar tentativas de adivinhar a

password que levará à autenticação do seu utilizador; porém este processo pode revelar-se extremamente moroso.

Reitera-se o que se vem defendendo até agora, e que resulta igualmente da jurisprudência do TC, “qualquer restrição de direitos, liberdades e garantias só é constitucionalmente legítima se (i) for autorizada pela Constituição (artigo 18º, nº 2, 1ª parte); (ii) estiver suficientemente sustentada em lei da Assembleia da República ou em decreto-lei autorizado (artigo 18º, nº 2, 1ª parte e 165º, nº 1, alínea b),; (iii) visar a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (artigo 18º, nº 2, *in fine*); (iv) for necessária a essa salvaguarda, adequada para o efeito e proporcional a esse objetivo (artigo 18º, nº 2, 2ª parte); (v) tiver carácter geral e abstracto, não tiver efeito retroactivo e não diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (artigo 18º, nº 3, da Constituição)”¹¹¹. Nesta medida, só haverá colaboração exigível, se esta estiver prevista na lei.

Posto isto, concluímos que a revelação coerciva da *password* pelo arguido se lê, na ótica do nosso sistema jurídico, como uma verdadeira declaração e, como tal, se encontra a mesma protegida pela disposição contida no artigo 61.º, n.º 1 alínea d) do CPP. Assim, uma vez que no panorama legal português, não há qualquer previsão legal no sentido de estabelecer uma exceção ao princípio *nemo tenetur*, neste caso na sua vertente de direito ao silêncio, não será exigível ao arguido revelar a *password* que poderá levar a dados incriminatórios, sob pena de tal consubstanciar uma violação do estatuto de sujeito processual que beneficia.

2.1. Injunções legais à colaboração do arguido – uma solução a importar para o ordenamento jurídico português?

Cumpra agora analisar e esclarecer quais os termos em que alguns ordenamentos jurídicos criminalizam a recusa do arguido em revelar *passwords* no âmbito de investigações criminais. Iremos focar a nossa análise, sob pena de demasiado extensa, no ordenamento jurídico inglês.

¹¹¹ Acórdão n.º 155/2007, de 10-04-2017, Processo n.º 695/06, 3ª Secção (Relator: Conselheiro Gil Galvão).

No Reino Unido a criminalização da recusa em fornecer *passwords* encontra-se prevista e punida pelo artigo 53.º da Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (RIPA), sendo que a notificação para ceder quaisquer *passwords* se encontra no artigo n.º 49 da do referido diploma legl. Assim, se após a notificação para fornecer uma *password*, o arguido optar por não o fazer, a punição aplicável corresponde a uma pena de prisão compreendida entre 2 a 5 anos.

Comparativamente, o crime de desobediência, previsto e punido pelo artigo 348.º do Código Penal português prevê uma pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias, penas essas que podem ascender até 2 anos de prisão ou 240 dias de multa, respetivamente, caso se trate de uma desobediência qualificada.

A opção tomada pelo legislador do Reino Unido pode ser justificada através da existência de “*extensive safeguards, including the possibility to exclude evidence, but also including some safeguards (...) such as an independent supervisory authority to oversee investigation powers.*”¹¹² – noutras palavras, pela conjugação entre o regime de obrigação de revelação de *password* com cláusulas de salvaguarda que, de algum modo, mitigam o desequilíbrio decorrente desta exceção do princípio da não autoincriminação.

Podemos, deste modo, afirmar que aquela escolha foi ponderada, procurando garantir que os princípios basilares do Direito Penal, comungados pela substancial maioria dos Estados de Direito, não seriam lesados pelo teor do regime legal edificado. De facto o sistema de “*checks and balances*” britânico permite extrair a conclusão de que, pese embora a estatuição legal estabeleça uma pena privativa da liberdade, certo é que a mesma não contende, de modo absolutamente decisivo, com as garantias penais reconhecidas ao arguido. Como tal, é defensável que a legislação *supra* mencionada não viola o princípio do *nemo tenetur*. Acresce que os tribunais ingleses, tal como os tribunais nacionais, gozam de um poder discricionário no que toca a valoração da prova produzida¹¹³. Deste modo, a eventual recusa do arguido em cumprir uma ordem de descriptação que lhe é dirigida pela autoridade competente será, sem prejuízo da responsabilidade penal que ao caso couber, livremente apreciada pelo tribunal inglês. Por outro lado, se o arguido actuar em conformidade com a ordem de descriptação,

¹¹² KOOPS, Bert-Jaap, *op. cit.*, p. 3

¹¹³ Quanto aos tribunais portugueses, cf. Artigo 127.º do Código de Processo Penal, nos termos do qual «[s]alvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente».

também os dados descodificados serão, de uma perspectiva probatória, livremente ponderados e tomados em consideração na decisão que o tribunal vier a proferir.

Contudo, os méritos do regime jurídico britânico a respeito das matérias vertentes não são por todos reconhecidos, sendo que alguns autores consideram que o RIPA pode consubstanciar uma violação de direitos humanos¹¹⁴. Para que a recusa em fornecer uma *password* se reconduza à prática de uma conduta criminosa, a mesma deve encontrar-se (de forma inteligível) na disponibilidade – física ou mental¹¹⁵ – do arguido aquando da intimação para a respectiva divulgação.

Por forma a não incorrer na prática de um crime, tem assim o arguido de comprovar que os elementos cuja revelação lhe são solicitados não se encontram na sua disponibilidade, embora as recentes alterações ao regime tenham delimitado os casos em que tal meio de prova deve ser exigido ao arguido. Ora, sem nos alargarmos excessivamente em considerações quanto ao referido regime, não podemos deixar de assinalar que estamos perante uma *probatio diabolica*. Em rigor, o ónus probatório é integralmente transferido para o arguido, sendo certo que se trata de produção de prova negativa.

Importa ponderar se as soluções referidas poderiam, ou não, ser importadas, *mutatis mutandis*, para o ordenamento jurídico português. Pese embora gozem da aprovação generalizada da respectiva jurisprudência nacional, a verdade é que a criminalização de tal conduta pode suscitar diversas questões, na medida em que seriam assim coartadas as garantias conferidas ao arguido no processo penal português. Entendemos que não existe qualquer método verdadeiramente apto a forçar um arguido a declarar a sua *password* para permitir o acesso ao seu telemóvel, não sendo

¹¹⁴ De acordo com os autores Yaman Akdeniz, Nick Taylor e Clive Walker, “*the explanation behind the introduction Part III of RIPA was that society would suffer if ‘criminals are able to use such technology without law enforcement having corresponding powers of decryption’*. *The new powers were introduced despite the anxieties over possible human rights infringements.*” – YAMAN, Akdeniz, NICK Taylor e CLIVE Walker, *Regulation of Investigatory Powers Act 2000: Bigbrother.gov.uk: State surveillance in the age of information and rights*, in “*Criminal Law Review*, Fevereiro 2001, p. 85, disponível para consulta parcial online em <http://www.leeds.ac.uk/law/staff/law6cw/clripp06.pdf> (consultado em 28 de Dezembro de 2017)

¹¹⁵ É necessário que o arguido se recorde efetivamente da palavra-passe ou do código de descriptação pretendidos pela autoridade judiciária, ou que dos mesmos disponha num suporte documental – vg., num papel ou num documento descriptado. Reconhece-se, porém, que uma vez alegado o esquecimento da daqueles dados, muito difícil se torna provar que tal esquecimento é fraudulento, não correspondendo à verdade. Todavia, não pode impender sobre o arguido uma obrigação de fornecer ou revelar um dado que não esteja mais na sua disponibilidade, ainda que tenha, a dado momento, estado.

certamente uma possível criminalização da sua recusa que o irá forçar na entrega, especialmente quando a sanção penal associada ao crime sob investigação se afigure substancialmente superior à pena aplicável à referida recusa. Nesses casos, a sanção pela recusa em revelar a *password* solicitada seria considerada pelo arguido como um “mal menor”, uma consequência suportável e, sobretudo, justificada na medida preventiva face à aplicação de uma sanção mais gravosa.

Como tal, uma potencial criminalização no sentido de instigar o arguido a fornecer os seus dados de descriptação aos órgãos de polícia criminal pode não surtir o efeito pretendido, nomeadamente no tocante a crimes cuja moldura penal seja mais gravosa do que a pena associada à recusa sob análise.

Pese embora o exposto, a verdade é que a investigação em torno da criminalidade organizada, dos crimes de pedofilia, entre outros, pode ser materialmente prejudicada pela inexistência de mecanismos de persuasão sobre o arguido a respeito de *passwords* de acesso a dados protegidos. Admitimos, por isso, que uma tal opção legislativa poderia surtir efeitos junto de certos arguidos, não sendo por isso líquido que o raciocínio da ineficácia que sustentámos *supra* seja perfilhado por todos.

2.2. O fornecimento de dados biométricos

Com a crescente utilização de autenticação através de dados biométricos no nosso dia a dia, torna-se importante definir o seu impacto nos nossos direitos. Tal como o facto de a ciência por detrás da autenticação por dados biométricos ser extremamente técnica e complexa, as considerações acerca do seu impacto nos nossos direitos não se avizinham mais simples.

Enquanto acima concluímos que a revelação de *password* de telemóvel encriptado cairia na esfera de aplicação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, na sua vertente de direito ao silêncio, por estarmos diante de uma declaração do arguido, o fornecimento de dados biométricos traduz-se na mera digitalização das características físicas que são comparadas com aquelas que foram previamente armazenadas no dispositivo móvel, pelo que se poderia argumentar que a autenticação biométrica

compelida pelos órgãos de polícia criminal não se encontra protegida pelo princípio da não autoincriminação¹¹⁶.

Questiona-se, pois, se a recusa por parte do arguido em fornecer os seus dados biométricos – mormente a sua impressão digital – para efeitos de autenticação em telemóvel encriptado pode ou não integrar um crime de desobediência, previsto e punido pelo artigo 348.º, n.º 1, alínea b) do CP. Ou seja, o que se pretende apurar é se a autoridade judiciária competente pode compelir o arguido, sob pena de desobediência, a fornecer os seus dados biométricos, ou se, pelo contrário, o arguido pode legitimamente recusar-se a participar a tal diligência probatória.

Muito se tem discutido esta questão nos EUA, sendo que o *Supreme Court* se tem pronunciado por diversas vezes no sentido de que compelir um indivíduo a fornecer as suas características físicas para fins de identificação ou autenticação, não pode ser considerado como “*compelled self-incrimination because is not testimonial in nature*”^{117,118}. Mostra-se, assim, necessário proceder à determinação do lexema “*testimonial evidence*” pelo facto de ser decisivo para a compreensão do sentido, conteúdo e alcance desta proibição no direito norte americano.

A formulação literal usada na V emenda parece levar-nos à ideia de que tal privilégio proíbe todas as formas coativas de obrigar qualquer pessoa a ser testemunha (*witness*) contra si mesma, mas não já quaisquer outras espécies de colaboração forçada com as autoridades de perseguição criminal.

Este entendimento tem sido igualmente sublinhado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde *Holt vs. United States* (1910)¹¹⁹, onde o tribunal circunscreveu o alcance da prerrogativa à extração de “comunicações” (*communications*). Posição semelhante assumiu em *Schmember vs. California* (1966)¹²⁰, ao sustentar que a V emenda “*defende o arguido apenas contra a compulsão para declarar (testify) contra si mesmo ou, de outra forma, facultar ao Estado elementos probatórios de tipo declarativo (testimonial) ou comunicativo*”

¹¹⁶ SALES, Erin M., *op. cit.* pag. 222.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ See *Gilbert vs. California*, 388 U.S. 263, 266–67 (1967); *United States vs. Wade*, 388 U.S. 218, 222 (1967); *Schmerber*, 384 U.S. at 761; *Holt vs. United States*, 218 U.S. 245, 252–53 (1910).

¹¹⁹ 218 U.S. 245 (1910) acessível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/218/245/case.html>

¹²⁰ 384 U.S. 757 (1966) acessível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/757/case.html>

(*communicative*)”. No caso *Doe vs. United States* (1988)¹²¹, o tribunal aproveita para densificar o conceito de *testimonial evidence*, definindo-a como a conduta que, de modo implícito ou explícito, “*transmite uma asserção fatural ou revela informação*”, aí se incluindo qualquer forma de expressão intencional do conhecimento, percepção ou convicção de determinada pessoa sobre determinados factos. Assim, não poderá o Estado obrigar o arguido a confessar ou a revelar conhecimentos sobre alguma factualidade que esteja em investigação, seja qual for a forma de comunicação por si utilizada (fala, escrita, mimica).

Em contrapartida, à luz do direito norte americano, esta prerrogativa não impede que uma pessoa seja compelida a servir ela mesma como meio de prova, através de simples ações ou condutas que não revistam carater comunicativo, ainda que possuam elevado potencial incriminatório. Tem-se entendido que é legítimo obrigar o arguido a vestir uma camisa para verificar se lhe serve (*Holt vs. United States* (1910)), sujeitar-se à recolha de sangue para confirmar a suspeita da autoria de factos (*Schmmember vs. California* (1966)), a participar numa *lineup* para fins de reconhecimento (*United States vs. Wade* (1967))¹²², a colaborar na comparação de caligrafia (*United States vs. Mara* (193))¹²³, ou do timbre vocal (*United States vs. Dionisio* (1973))¹²⁴. É ainda pacífico que o arguido pode ser obrigado a estar presente na audiência de julgamento; a mostrar uma tatuagem a uma testemunha que se encontre a depor; a mostrar os seus dentes ao júri; a usar o casaco, a mascara e o boné que o criminoso usava e a proferir as palavras que lhe foram ouvidas¹²⁵.

Como já referimos, tanto as comunicações verbais, como as condutas não verbais podem constituir “atos comunicativos”, desde que se destinem a transmitir o conteúdo intencional do pensamento (*the contentes of mind*) do arguido sobre a factualidade que se encontra naquele momento em investigação. Apesar de não se verificar uma coincidência entre os termos, a quase totalidade das declarações verbais, orais ou escritas, assume a natureza de *testimonial evidence*, tal assim é pelo facto de

¹²¹ 487 U.S. 201 (1988) acessível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/201/case.html>

¹²² 388 U.S. 218 (1967) acessível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/218/case.html>

¹²³ 410 U.S. 19 (1973) acessível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/19/case.html>

¹²⁴ 410 U.S. 1 (1973) acessível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/1/case.html>

¹²⁵ SILVA, Sandra Oliveira e, *op. cit.*, p. 247.

serem raras as vezes em que tais declarações não tenham implícita a transmissão de informações ou a revelação de factos¹²⁶.

Tal como observa Sandra Oliveira e Silva, a construção dominante no contexto jurídico norte americano assenta na dicotomia entre “*testimonial*” e “*real or physical evidence*”, sendo que apenas o elemento probatório da primeira espécie se encontra protegido pelo *privilege against self-incrimination*¹²⁷. Muito podemos agradecer ao já referido acórdão que decidiu o caso *Schmerber vs. Califórnia* (1966) para traçar a distinção nesta matéria, num caso de recolha coativa de uma amostra de sangue do suspeito para fins de investigação criminal. Em sede de recurso *Schmerber* alegou que a recolha de sangue havia sido colhida contra a sua vontade e a admissão dos resultados das análises como prova da acusação ofendiam a prerrogativa que se encontrava consagrada na V Emenda da Constituição americana. Neste caso, o Tribunal não apurou o facto de o arguido ter sido obrigado a sujeitar-se a uma diligência probatória da qual resultou prova incriminatória, mas considerou que tal circunstância não bastava para afirmar uma violação da prerrogativa contra a autoincriminação.

O que importava apurar era se o arguido havia sido compelido a ser testemunha contra si mesmo (*to be a witness against himself*), pelo que foi precisamente esta questão que originou a distinção entre as hipóteses em que o arguido é obrigado a “declarar” ou a “comunicar” factos e outras em que é objeto de uma prova “real ou física”. Estas últimas situações ao contrário das primeiras não violariam a prerrogativa estabelecida constitucionalmente.

Neste contexto, o direito contra a autoincriminação abrange qualquer forma de comunicação do acusado, sejam elas verbais ou não verbais, porém nada impossibilita que o arguido seja submetido, mesmo que contra a sua vontade, a “*procedimentos de recolha de impressões digitais, medições, fotografias, nem que seja obrigado a falar ou a escrever para fins de identificação, a comparecer em tribunal, a apresentar-se, a assumir uma postura corporal, a caminhar ou a fazer um gesto*”¹²⁸.

No que ao nosso país diz respeito, nos casos de fornecimento de dados biométricos para efeitos de autenticação de telemóvel encriptado, poderia cojitar-se a

¹²⁶ Nestes termos, o acórdão *Doe II*, 487 U.S. 201 (1988).

¹²⁷ SILVA, Sandra Oliveira e, *op. cit.*, p. 249.

¹²⁸ SILVA, Sandra Oliveira e, *op. cit.*, p. 250.

hipótese de o princípio *nemo tenetur* ceder perante um dever de colaboração do arguido, tal como acontece nos casos de sujeição ao exame de alcoolemia e substâncias psicotrópicas no domínio rodoviário, conforme prevê o artigo 152.º do Código da Estrada, DL 44/2005 de 23 de Fevereiro, e nos exames no âmbito das perícias médico-legais. Nestes casos, as obrigações em causa recaem sobre qualquer pessoa, mesmo que não seja arguido, e apenas suscitam problemas quando o objeto do exame é a própria pessoa e ela se opuser a tal.

Porém, como nos parece mais que evidente, dado o fundamento constitucional deste princípio, tais restrições terão sempre que obedecer à verificação de dois pressupostos, ou seja, carecem sempre de previsão legal, devendo ser ordenadas por entidade competente; e devem obedecer ao princípio da proporcionalidade e da necessidade, que encontram previsão legal no artigo 18.º, n.º 2 da CRP, ou seja, requer-se uma ponderação em concreto da natureza dos conflitos em causa, só se justificando a restrição se esta visar a proteção de bens jurídicos de elevado valor social e constitucional, nunca podendo, no entanto, ir ao ponto de aniquilar o conteúdo essencial de qualquer um dos direitos ou interesses públicos em colisão (artigo 18.º, n.º 3 da CRP)¹²⁹. Conforme referem Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos¹³⁰, o juiz não pode dispensar o recurso ao princípio da proporcionalidade na hora de autorizar o exame ou perícia aos fluídos orgânicos da pessoa e não pode deixar de ter em conta a ponderação que quanto mais relevantes são os direitos restringidos mais relevantes têm de ser os bens e direitos a realizar ou proteger.

Como já deixamos antever, o fornecimento de dados biométricos para efeitos de autenticação de *smartphone* encriptado não encontra qualquer previsão legal no ordenamento jurídico nacional, sendo que dúvidas não restam que o seu fornecimento poderá colidir com vários direitos consagrados constitucionalmente, como é o caso dos direitos à integridade pessoal, à reserva da vida privada, à autodeterminação informacional a liberdade de ação geral, pelo que no caso em concreto, não é nosso entender que possa consubstanciar uma exceção, a par das que anunciamos anteriormente, ao princípio *nemo tenetur*.

¹²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, e ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 45.

¹³⁰ DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* p. 31.

Na eventualidade de podermos consagrar legalmente o fornecimento de dados biométricos para efeitos de acesso a telemóvel encriptado, importaria sempre aferir se perante um caso concreto a restrição desses direitos é ou não proporcional tendo em vista a natureza dos interesses públicos protegidos, designadamente as necessidades de investigação penal e a busca da verdade material. Para aferir da proporcionalidade da diligência a observar, é importante considerar a sua intensidade, isto é, o grau de intrusão que comporta; a sua indispensabilidade e necessidade para o alcance dos fins, perante o tipo de crime e o bem jurídico em questão. Importa, pois, harmonizar os princípios que possam ser aplicáveis no caso em concreto, sacrificando aqueles de menor imperatividade de forma a salvaguardar aqueles mais merecedores de maior proteção, pelo que a faculdade de fornecimento de prova autoincriminatória só se justificará se estiver em causa um direito, ou direitos, de valor constitucional prevalecente¹³¹.

Deixámos já bem presente que o princípio *nemo tenetur* não se cinge apenas ao direito ao silêncio, e por isso exclusivamente às declarações do arguido, pois de nada lhe servirá não prestar declarações se for obrigado a fornecer meios de prova que o possam incriminar, pelo que este princípio se traduz igualmente no direito a não cooperar no fornecimentos de quaisquer meios de prova que possam contribuir para a sua incriminação. A verdade é que, à medida que nos afastamos das concretizações mais nucleares, como é o caso do direito ao silêncio, a protecção que o princípio oferece vai-se relativizando, ficando dependente de concordância prática. Conforme referem os autores Augusto Silva Dias e Vânia Costa Ramos¹³², a forma de dirimir a colisão entre princípios passará por um meio de compatibilização ou concordância prática que visa aplicar todos os princípios colidentes, harmonizando-os entre si na situação concreta, pelo que quando um princípio, direito ou garantia, for superior a outro de acordo com os critérios de natureza constitucional, e não for possível perante a situação concreta salvaguardar as características do princípio inferior, nesse caso, será possível o sacrifício desse último.

Tal como salienta o Figueiredo Dias, o facto de o arguido ser considerado um sujeito processual “(...) *não quer (...) dizer que o arguido não possa, em determinados*

¹³¹ DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* p. 25.

¹³² DIAS, Augusto Silva e RAMOS, Vânia Costa, *op. cit.* p. 23.

*termos demarcados pela lei por forma estrita e expressa, ser objecto de medidas coactivas e constituir ele próprio um meio de prova. Quer dizer sim, que as medidas coactivas e probatórias que sobre ele se exerçam não poderão nunca dirigir-se à extorsão de declarações ou de qualquer forma de autoincriminação, e que, pelo contrário, todos os actos processuais do arguido deverão ser expressão da sua livre personalidade”*¹³³. O arguido como sujeito processual é pleno de direitos e deveres, sendo que entre os deveres especiais do arguido, o artigo 61.º, n.º 3, alínea d) do CPP prescreve que sobre ele recaem em especial os deveres de “*sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente*”. Todavia, o dever de sujeição a diligências de prova não abrange todo e qualquer tipo de provas legalmente admissíveis nos termos do artigo 125.º do CPP, uma vez que aquelas normas (artigos. 60.º, *in fine* e 61.º n.º 3-d) do CPP) se referem a diligências de prova que estejam “especificadas na lei”, o que bem se compreende face aos valores em conflito, de um lado o interesse público da prevenção, investigação e repressão da criminalidade, e de outro, o direito à não auto-incriminação, à integridade pessoal e à própria personalidade da pessoa afetada por tal diligência.

O atual CPP, assim como a legislação processual penal avulsa, não apresentam qualquer disposição expressa que regule particularmente o fornecimento de dados biométricos para efeitos de autenticação. Da mesma forma, também não existe qualquer disposição legal que crie ao arguido a obrigação de fornecer a sua impressão digital de forma a facultar o acesso ao seu telemóvel bloqueado.

Pelo que não nos parece que seja possível encontrar tal habilitação legal no disposto no artigo 172.º, n.º 1 do CPP, segundo o qual “*se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente*”. Este artigo apenas permite compelir alguém à realização de um exame *devido*. Mas o exame só é devido ou, em termos mais gerais, o arguido só está adstrito ao dever de se sujeitar a uma específica diligência de prova, quando existir previsão legal para o efeito, pelo menos é o que nos parece resultar dos citados artigos 60.º e 61.º, n.º 3, alínea d) do CPP.

¹³³ DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Processual Penal (...)*, p. 430.

O arguido é, ou não é, obrigado a fornecer os seus dados biométricos para efeitos de autenticação de telemóvel encriptado?

Feita a análise, quer em termos legais, quer em termos doutrinários, e apelando ainda àquilo que têm sido as experiências estrangeiras que tivemos por revelantes quanto a esta discussão, entendemos que o critério que preside à determinação das exceções ao princípio *nemo tenetur* é o da sua previsão legal. Isto porque, obviamente, uma tal intrusão na esfera de autodeterminação do arguido tem que ser legitimada. E é-o, em primeira instância, pela própria lei. Não é ao acaso que sempre foi uma preocupação jurídico-constitucional a estipulação expressa das exceções aos vários princípios (artigo 18.º da CRP). Em termos de lugar paralelo, e para que se perceba aquilo que aqui pretendemos construir, também é desta mesma preocupação que surge a proibição da integração de lacunas em direito penal (artigo 1.º, n.º 3 do CP), na medida em que se compreende que, sendo o direito penal um direito de especial intromissão nos direitos dos arguidos, que existe uma especial necessidade de delimitação entre o papel interveniente do Estado, em face de comportamentos com um conteúdo eticamente reprovável, por um lado, e os direitos de autonomia, liberdade e responsabilidade dos agentes.

Segundo se entende são exatamente estas preocupações que deverão estar subjacentes à discussão que aqui encetamos. Isto porque, não havendo uma expressa previsão desta exceção no sistema, apela-se então ao segundo critério: o dos princípios da necessidade e proporcionalidade. E é aqui que residem – ou deverão residir – as principais preocupações. Isto porque, a admitir a existência de uma brecha no sistema (ou seja, que a inexistência de previsão legal não é propositada), estamos, na verdade, a admitir a possibilidade de, por recurso aos sobreditos princípios, poder admitir que o arguido venha a ser compelido a fornecer aqueles dados, em determinadas situações. Mas, ao admiti-lo, estamos também a conceber que o não seja obrigado noutras situações. E então, aí, teremos que discernir sobre o critério que torne umas necessárias e outras não.

Mas, conceptualizar essa possibilidade não nos parece que seja coerente com aquilo que é, em primeiro lugar, a subsidiariedade da intervenção estatal e, em segundo lugar, com a própria ótica subjacente à aplicação por força dos princípios da necessidade e proporcionalidade.

Em primeiro lugar, porquanto, cremos que, como temos vindo a referir, o fornecimento dos dados biométricos é, também ele, uma forma de comunicação não verbal. Em segundo lugar, e admitindo que o seja, então temos uma situação em que as palavras são protegidas, mas o restante não, o que gera, uma manifesta violação do princípio da igualdade, sobretudo quando falamos de situações semelhantes na sua conceção. Em terceiro lugar, forçando a sua inserção como exceção ao princípio *nemo tenetur* teríamos que conseguir discriminar claramente as situações “necessárias” das que o não seriam e, mesmo neste caso, parecem-nos evidentes as preocupações com o princípio da igualdade.

Donde, na nossa ótica, e apelando a tudo aquilo que temos referido ao longo desta dissertação, não nos parece que seja de criar uma exceção ao princípio *nemo tenetur*, pelo qual o arguido possa ser compelido a fornecer os seus dados biométricos para efeitos de descriptação de telemóvel. Isto em consonância com a tese de que se englobam no direito ao silêncio do arguido quer a comunicação verbal quer a não verbal e de que as exceções que o legislador quis fazer constar e notar se encontram descritas e densificadas na lei (conforme os vários exemplos já dados).

Tudo isto é plenamente consonante com uma atuação do direito penal (e processual penal) como *ultima ratio*, e de que essa intervenção se pauta pela necessidade da mesma. Necessidade essa que será sempre sopesada com a imprescindibilidade de defesa dos direitos do arguido – para que não se cometam excessos – e de que o mesmo não pode ser compelido a fornecer elementos que contribuam para a sua incriminação, salvo aqueles que a lei repute como necessários (casos em que os descreve na lei).

Não havendo, por um lado, essa descrição na lei e, por outro, por uma questão de harmonia e coerência lógica, numa argumentação *a maiori, ad minus*, prevalece para o fornecimento dos dados biométricos, tudo quanto foi dito relativamente ao fornecimento da *password*, ambos escudados do princípio maior de proteção do direito ao silêncio do arguido.

Conclusão

É tempo agora de encerrar o percurso da nossa investigação, sendo certo que não foi uma tarefa simples a que nos propusemos: a de determinar o sentido de proteção e alcance de um princípio considerado pela doutrina como “*uma das marcas irrenunciáveis do processo de estrutura acusatória*” e que “*espelha o estatuto do arguido como autêntico sujeito processual*”¹³⁴.

De qualquer forma, afigurou-se-nos primordial a tentativa de clarificação dogmática deste princípio, sobretudo no que concerne às intervenções estaduais probatórias, em concreto, no que toca à revelação coativa de *password* e o fornecimento de dados biométricos para efeitos de autenticação em telemóvel encriptado.

O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* é, tal como refere Paulo de Sousa Mendes, “*um dos pilares do processo penal português*”¹³⁵, e que se divide em dois corolários: o direito ao silêncio e o direito a não facultar provas que possam contribuir para a sua autoincriminação.

Apesar de não encontrar consagração legal expressa na nossa lei fundamental, vimos que este princípio é tido unanimemente pela doutrina e jurisprudência como um princípio de natureza constitucional. Enquanto alguns autores o fundamentam nas garantias processuais consagradas genericamente nos artigos 20.º, n.º 4, *in fine*, e 32.º, n.º 1 da CRP, outros autores preconizam, não obstante aceitarem tais garantias processuais como fundamento direto do *nemo tenetur*, uma fundamentação material mais profunda, alicerçada aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, nos termos do artigo 1.º da CRP. Independentemente do fundamento constitucional deste princípio ser material ou processual, ele é aceite por todos.

O alvo de maior discussão prende-se com o alcance do princípio *nemo tenetur*, sendo a precisa demarcação da sua respetiva área de tutela que suscita as maiores questões. Tanto que, como vimos, este princípio não tem carácter absoluto, conhecendo limitações, a título de mero exemplo, no que toca à identificação pessoal do arguido (artigo 61.º, n.º 3, alínea b) do CPP); a obrigatoriedade de realizar determinados

¹³⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 121-122.

¹³⁵ MENDES, Paulo de Sousa, *O dever de colaboração e as garantias de defesa (...)*, p. 16.

exames, por exemplo, de alcoolemia, ou de substâncias psicotrópicas no domínio rodoviário; a obrigatoriedade de sujeição a exames nas perícias médico-legais quando ordenadas pela autoridade judiciária competente, prevista pela Lei 45/2004, de 29 de Agosto; os deveres de cooperação perante a administração tributária impostos pelo RGIT; os deveres de cooperação perante a autoridade da concorrência; ou ainda, os deveres de cooperação perante a CMVM, previstos no CdVM.

Todavia, atento o fundamento legal do princípio *nemo tenetur* e para que não restem dúvidas sobre a constitucionalidade destas restrições, é sempre exigível a observância de dois pressupostos: devem estar legalmente previstas, de forma a dar cumprimento ao princípio da legalidade; e devem obedecer ao princípio da proporcionalidade e da necessidade, que se encontram previstos pelo artigo 18.º, n.º 2 da CRP.

Importou-nos, assim, desvendar a eventual existência de uma tipicidade dos casos de colaboração do arguido no âmbito de uma investigação criminal, ou se nos poderemos quedar pela exigibilidade de colaboração do arguido fora do âmbito das situações já identificadas, nomeadamente no que toca à revelação de *password* e do fornecimento de dados biométricos de telemóvel encriptado.

É nosso entender que a entrega de *passwords* guardadas em suporte físico, como sucede com as demais parcelas de informação corporizadas em documentos, supõe que as autoridades tenham fundado conhecimento da existência e localização atual do elemento corpóreo onde a mesma esteja guardada, e não da informação que nele esteja contida, cujo seu conteúdo pode nem sequer ser do conhecimento das autoridades. Posto isto, se as autoridades judiciais tiverem a perceção, no decorrer de uma apreensão de um *smartphone* que se encontra bloqueado, e que o suspeito esconde a *password* que lhe dá acesso em determinado lugar, nada impede que seja determinada a entrega do objeto em que ela esteja contida. Porém já assim não será se as autoridades souberem da existência de uma *password* e suspeitarem da sua disponibilidade pelo arguido, mas não tiverem conhecimento seguro do local onde a *password* se encontra guardada.

A proteção que é conferida pelo princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* é ainda mais forte quando nos confrontamos com *passwords* memorizadas, uma vez que o cumprimento de tal obrigação supõe a revelação não consentida do conteúdo da mente

do arguido. Poderíamos dizer que a revelação coerciva da *password*, só por si, não se traduz numa declaração desfavorável ao arguido, e por isso, não cai na esfera de proteção do princípio *nemo tenetur*. Porém, tal formulação não mereceu o nosso acolhimento, uma vez que a sua revelação pode revelar carácter incriminador se através dela se estabelecer o elo de ligação a informações que de outra forma seriam verdadeiramente inacessíveis e que possam permitir a formulação de conclusões desfavoráveis ao arguido. A *password* será ainda incriminatória em sentido indireto, na medida em que faculta o acesso a dados informáticos, os quais, sem a colaboração do arguido, não poderiam ser acedidos e como tal não poderiam fundamentar a sua responsabilidade penal.

Portanto, caímos no âmbito de proteção do princípio *nemo tenetur*, na sua vertente de direito ao silêncio, previsto pelo artigo 61.º, n.º 1, alínea d) do CPP, em virtude de a revelação da *password* se tratar de uma declaração do arguido que é autoincriminatória. Uma vez que no contexto penal português não se vislumbra qualquer previsão legal no sentido de estabelecer uma exceção ao princípio *nemo tenetur* (direito ao silêncio), não será exigível a colaboração do arguido no âmbito de uma investigação criminal, revelando a *password* que dá acesso ao conteúdo do seu telemóvel, sob pena de estarmos diante de uma violação do estatuto de sujeito processual que beneficia.

Deverá, pois, compreender-se a prerrogativa contra a autoincriminação como um mecanismo de proteção do arguido contra a revelação involuntária do seu conhecimento sobre os factos, de forma a vedar todas as tentativas do Estado de subtração do domínio essencial sobre os processos mentais de exteriorização do seu pensamento, quer se traduzam em interferências coativas ou enganosas nos normais circuitos de comunicação verbal ou não verbal, quer se antecipem ao início do processo comunicativo, contornando os mecanismos voluntários de transmissão do conteúdo da mente.

Já no que ao caso concreto do fornecimento de dados biométricos diz respeito, como se trata de uma análise das características físicas de um determinado indivíduo, poderíamos dizer que o tratamento que lhe deverá ser dado é o mesmo que se dá aos exames de voz, escrita, de sangue, saliva e da própria impressão digital, pelo que o princípio *nemo tenetur* teria que ceder perante um dever de colaboração do arguido. O

certo é que, à medida que nos afastamos das concretizações mais elementares do princípio *nemo tenetur* – mormente na sua vertente de direito ao silêncio – a protecção que este princípio proporciona vai-se relativizando e as incertezas e hesitações em que esta matéria está envolta são ainda mais densas, não sendo possível dar-lhe resposta cabal por meio de construções doutrinárias e jurisprudenciais correntes.

Com efeito, nem o entendimento dominante na Alemanha, apesar da simplicidade do binómio fenomenológico atividade/passividade, consegue resistir à falta de consistência dos seus resultados práticos; nem o Supremo Tribunal Federal norte-americano, pese embora a projecção expansiva da sua jurisprudência nas instâncias internacionais, é capaz de mostrar argumentos significativos para aferir a distinção entre “*testimonial evidence*” e “*real or physical evidence*”; nem as soluções apresentadas pelo TEDH, sem prejuízo do seu carácter vinculativo para os Estados, se mostram suscetíveis dissipar as dúvidas da ponderação como critério de solução dos conflitos entre o *nemo tenetur* e os interesses de investigação criminal.

Todavia, conforme fizemos questão de salientar ao longo desta incursão, o princípio *nemo tenetur* não se circunscreve apenas ao direito ao silêncio, e por isso exclusivamente às declarações do arguido, pois de nada lhe servirá não prestar declarações se for obrigado a fornecer meios de prova que o possam incriminar. Deste modo, o princípio *nemo tenetur* traduz-se no direito a não cooperar no fornecimento de quaisquer meios de prova que possam contribuir para a sua incriminação.

Dada a natureza constitucional do princípio *nemo tenetur*, qualquer possível exceção que se lhe admita terá que encontrar previsão legal, pois uma intromissão na esfera de autodeterminação do arguido tem que se encontrar legitimada, desde logo em observância ao princípio da legalidade, mas também pela necessidade de delimitação do papel interveniente do Estado, face a comportamentos com um conteúdo eticamente reprovável, por um lado, e os direitos de autonomia e liberdade dos agentes, por outro.

Eis que tal não acontece no âmbito do fornecimento dos dados biométricos, pois quer o nosso CPP, quer a legislação processual avulsa, são alheios a esta matéria. Por conseguinte, ainda que nos pudéssemos apelar a um segundo critério – observância do princípio da proporcionalidade e necessidade – estaríamos a admitir a possibilidade de em certas e determinadas situações se poder permitir que o arguido seja compelido a

fornecer a sua impressão digital para garantir o acesso ao seu *smartphone* mas em outras não, sendo necessário fazer uma ponderação concreta dos bens jurídicos em questão, e aí teríamos que discernir sobre o critério que torne umas situações necessárias e outras não.

Creemos, pois, que o fornecimento dos dados biométricos é, também ele, uma forma de comunicação, ainda que não verbal. Assim, ao facultar a sua impressão digital, o arguido constitui um *link* direto de acesso a informações pessoais que podem contribuir para a sua autoincriminação, além de que a própria impressão digital acaba por ser uma substituição da senha numérica ou alfanumérica tradicional, que como já vimos é merecedora de proteção pelo princípio *nemo tenetur*, na sua vertente de direito ao silêncio.

Pelo exposto, face a ausência de previsão legal no sentido de autorizar tal diligência de prova, não é nosso entendimento o de criar uma exceção ao princípio *nemo tenetur* de forma a compelir arguido a fornecer os seus dados biométricos para efeitos de descriptação de telemóvel, pelo que na eventualidade de o arguido se recusar a facultar a sua impressão digital de forma a permitir o acesso ao seu *smartphone*, tal não pode consubstanciar um crime de desobediência, mas sim uma violação de um direito conferido ao arguido enquanto sujeito processual pleno de direitos.

Destarte, considerando os fundamentos constitucionais assinalados à prerrogativa contra a autoincriminação, o seu objeto incide sobre o domínio reservado do indivíduo, em que não é lícito ao Estado penetrar, nem mesmo para a satisfação das finalidades comunitárias mais elevadas. Como tal, o princípio *nemo tenetur* transcende a área nuclear constituída pelo direito ao silêncio, para se estender a todas as formas de exteriorização de conhecimento sobre os factos, nelas se incluindo não apenas as declarações orais ou escritas, como todas as demais modalidades de revelação do pensamento controladas pela vontade, bem como o fornecimento de quaisquer meios de prova que possam contribuir para a autoincriminação, pelo que este princípio deve ser perspectivado como instrumento de salvaguarda da autonomia e liberdade do arguido na revelação do seu conhecimento sobre os factos.

Bibliografia

A) *Monografias e Artigos*

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 2ª Edição, Universidade Católica Editora, 2008

ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 1ª Ed., Reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2013

BATISTA, Luís Osório, *Comentário ao Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1934

COSTA, Joana, *O princípio nemo tenetur na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*, in “Revista do Ministério Público”, Lisboa, ano 32 n.º 128, Outubro-Dezembro 2011

CURADO, Ana Pascoal, *As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira: natureza jurídica e aplicação do princípio nemo tenetur*, in “Revista de Concorrência e Regulação”, Coimbra, a.3, n.9, Janeiro-Março 2012

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, Coimbra Editora, 2009

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa, *Poderes de Supervisão, Direito ao Silêncio e Provas Proibidas (Parecer)*, in “Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova (CMVM)”, Coimbra, Almedina, 2009

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 1974

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal* in “Jornadas de Direito Processual Penal – o novo código de processo penal”, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Almedina, 1988

DIAS, Jorge Figueiredo, *Jornadas de Direito Processual Penal: o novo código de processo penal*, Organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Almedina, 1995

LAFARGE, Philippe, *The fair trial guarantees*, in “What Kind of criminal policy for Europe?” (DELMAS-MARTY org.), Kluwer Law International, Den Haag, 1996

MENDES, Paulo de Sousa, *As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*, in “Revista da Concorrência e Regulação”, Coimbra, a. 1, n.º 1, Janeiro- Março 2010

MENDES, Paulo de Sousa, *O dever de colaboração e as garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência*, in “Julgar”, n.º 9, Setembro-Dezembro 2009

NEVES, António Castanheira, *Sumários de processo criminal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1968

PALMA, Maria Fernanda, *A constitucionalidade do artigo 342.º do Código de Processo Penal: o direito ao silêncio do arguido*, in “Revista do Ministério Público”, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Lisboa, n.º 60, 1994

PINTO, Frederico de Lacerda Costa, *Legalidade da prova e direito de defesa em processo de contra-ordenação (Parecer)*, in “Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova (CMVM)”, Coimbra, Almedina, 2009

PINTO, Lara Sofia, *Privilégio Contra a Auto-incriminação versus Colaboração do Arguido*, in “Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal” (Coordenação de Tereza Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto), Coimbra, Almedina, 2010

PIZZI, William T. e HOFFMAN, Morris B., *Taking Miranda's Pulse*, in “Vanderbilt Law Review”, 2005, v. 58, n. 3, Abril 2005

QUEIJO, Maria Elizabeth, Direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e as suas decorrências no processo penal, 2ª Ed., Editora Saraiva, 2012

RAMOS, Vânia Costa, Corpus Juris 2000 – *Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare, Parte I*, in “Revista do Ministério Público”, 108/2006, 2006

RAMOS, Vânia Costa, Corpus Juris 2000 – *Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare, Parte II*, in “Revista do Ministério Público”, Ano 28.º, n.º 109, 2007

RISTORI, Adriana, Sobre o Silêncio do Arguido no Interrogatório No Processo Penal Português, Coimbra, Almedina, 2007

SILVA, Sandra Oliveira e, O arguido como meio de prova contra si mesmo: considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare, dissertação de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2016

B) Internet

BUCHO, José Manuel Cruz, Sobre a recolha de autógrafos do arguido: natureza, recusa, crime de desobediência vs. direito à não autoincriminação (notas de estudo), 2013, disponível para consulta em formato digital em: http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/sobre_a_recolha_de_autografos_do_arguido.pdf (consultado em 08 de Janeiro de 2018)

CLEMENS, Aaron M., *No Computer Exception to the Constitution: The Fifth Amendment Protects Against Compelled Production of an Encrypted Document or Private Key*, in “University of California of Los Angeles Journal of Law and Technology 2”, 2004, disponível para consulta online em http://www.lawtechjournal.com/home/Articles/2004/02_040413_clemens.pdf (consultado em 12 de Dezembro de 2017)

ENGEL, Joshua A., *Rethinking the Application of the Fifth Amendment to Passwords and Encryption in the Age of Cloud Computing (January 1, 2012)*, in “Whittier Law Review”, Vol. 33, n.º 3, 2012, disponível para consulta online em <http://ssrn.com/abstract=2127768> (consultado a 03 de Janeiro de 2017)

GERSHOWITZ, Adam M., *Can a Password Stop Police from Searching Your Cell Phone Incident to Arrest?* In “Search and Seizure Law Report”, Vol. 38, No. 10, Novembro 2011, disponível para consulta online em <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2547&context=facpubs> (consultado em 05 de Novembro de 2017)

GOLDMAN, Kara, *Biometric Passwords and the Privilege Against Self-Incrimination*, in “Cardozo Arts & Entertainment Law Journal”, Volume 33, Issue 1, Abril 2015, disponível para consulta online em <http://www.cardozoaelj.com/wp-content/uploads/2014/01/Goldman-Final.pdf> (consultado em 05 de Janeiro de 2018)

KOOPS, Bert-Jaap, *The Decryption Order and the Privilege Against Self-Incrimination – Do developments since 2000 suggest a need to force suspects to decrypt?*, TILT / WODC, Outubro 2012, disponível para consulta online em <https://pure.uvt.nl/portal/files/442597/inrepbjk-pasi-crypto.PDF> (consultado em 18 de Agosto de 2017)

MARTINS, Alexandre, *Apple recusa desbloquear iPhone de terrorista e alerta para implicações ‘arrepiantes’*, in edição online “Jornal Público”, em <https://www.publico.pt/2016/02/17/tecnologia/noticia/apple-desafia-ordem-de-tribunal-para-desbloquear-iphone-de-um-dos-atiradores-de-san-bernardino-1723566> (consultado em 10 de Abril de 2017).

SALES, Erin M., *The “Biometric Revolution”: An Erosion of the Fifth Amendment Privilege to be Free from Self-Incrimination*, in University of Miami Law Review, Forthcoming, 2014, disponível para consulta online em: <https://lawreview.law.miami.edu/wp-content/uploads/2014/12/MIA107.pdf> (consultado em 25 de Setembro de 2017)

TERZIAN, Dan, *Forced Decryption as Equilibrium—Why It’s Constitutional and How Riley Matters*, in “Northwestern University Law Review”, Vol. 109, n.º 4,

2015, disponível para consulta online em https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=nulr_online (consultado em 27 de Outubro de 2017)

YAMAN, Akdeniz, NICK Taylor e CLIVE Walker, *Regulation of Investigatory Powers Act 2000: Bigbrother.gov.uk: State surveillance in the age of information and rights*, in “Criminal Law Review, Fevereiro 2001, disponível para consulta parcial online em <http://www.leeds.ac.uk/law/staff/law6cw/clrrip06.pdf> (consultado em 28 de Dezembro de 2017)