



*Revista de Estudios Europeos*  
Nº extraordinario monográfico, 1-2019, 66-78  
ISSN: 2530-9854. <http://www.ree-uva.es/>



## O PRINCÍPIO DO PROCESSO EQUITATIVO NA JURISPRUDÊNCIA DO TEDH<sup>1</sup>

### THE RIGHT TO FAIR TRIAL PRINCIPLE ESTABLISHED BY THE CASE-LAW OF ECHR

Paulo de SOUSA MENDES<sup>2</sup>  
*Universidade de Lisboa*

**Resumo:** A jurisprudência do TEDH relativa ao princípio do processo equitativo constitui um acervo inesgotável. Mas o particularismo, o pragmatismo e o informalismo comuns na jurisprudência do TEDH, contrastando com as decisões dos tribunais nacionais, provocam uma sensação inicial de desconforto e até mesmo de desilusão nas mentes mais habituadas às construções jurídicas alicerçadas numa dogmática de princípios e normas fortemente arreigados nos instrumentos de direito positivo. Eis que somos obrigados agora a raciocinar a partir das analogias e diferenças dos casos concretos decididos pelo TEDH. Será que estamos em plena transição para um modelo de direito jurisprudencial? A pergunta não tem uma única resposta, pois dependerá muito dos pressupostos de metodologia jurídica admitidos por cada um de nós como razões válidas para decidir os casos concretos. Mas é certo que um pensamento jurídico lógico-dedutivo e concetual, ensimesmado nos instrumentos de direito legislado internos, está definitivamente posto de parte. A jurisprudência do TEDH obriga a ciência jurídica a transcender a zona de conforto dos ordenamentos jurídicos nacionais e potencia o desenvolvimento de uma ciência jurídica universalizável. Ao mesmo tempo, o direito comparado deixa de ser pura erudição para passar a ser um instrumento necessário a toda a ciência jurídica.

**Palavras-chave:** intrusões corporais, nemo tenetur, processo equitativo.

**Abstract:** The decisions of the ECHR regarding the principle of a fair hearing constitutes an immense acquis. But the particularism, pragmatism and informalism common to the ECHR practice, contrasting with the decisions of national courts, provoke an initial sense of discomfort and even disillusionment in the minds most accustomed to legal science based on principles and norms. Here we are now obliged to reason from the analogies and differences of the particular cases decided by the ECHR. Are we in full transition to a model of case-law? The question does not have a single answer, because it will depend very much on the legal methodology assumptions admitted by each one of us as valid reasons to decide the particular cases. But it is true that a logical-deductive and concetual legal thought, enshrined in the domestic legal instruments of law, is definitely set aside. The case-law of the ECHR obliges legal theorists and practitioners to transcend the comfort zone of national legal systems and fosters the development of a universalizable legal science. At the same time, comparative law ceases to be pure erudition to become a necessary instrument for all legal science.

---

<sup>1</sup> O presente texto baseia-se no guião da conferência proferida pelo A. no Centro de Estudos Judiciários (CEJ), em colaboração com o Instituto de Estudos Europeus (IEE) da Universidade de Valladolid e o Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais (CIDPCC) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), 16.11.2018. O trabalho enquadra-se no Projecto de Investigação intitulado “Garantias processuais dos investigados e acusados: necessidade de harmonização e fortalecimento no âmbito da União Europeia (DER 2016-78096-P, Investigadoras Principais, Professoras Doutoras Coral Arangüena Fanego e Montserrat de Hoyos Sancho)

<sup>2</sup> Professor Associado da FDUL. Professor-Coordenador da Comissão de Estudos Pós-Graduados da FDUL. Membro da Direção do IDPCC e 2.º Vice-Diretor do CIDPCC. Membro do Conselho Científico do CEDPAL.

**Keywords:** body intervention, fair trial, privilege against self incrimination.

**Sumário:** Introdução; 1. A definição do processo equitativo; 2. O caso Jalloh v. Alemanha; 3. O caso Bogumil v. Portugal; 4. O *nemo tenetur se ipsum accusare* e a garantia do processo equitativo; 5. Conclusões. 6. Referencias bibliográficas.

## Introdução

O Conselho da Europa, fundado em 1949, propôs até hoje diversos tratados (acordos, cartas, convenções e protocolos), mas continua a ter como principal estandarte a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), assinada em Roma no dia 4 de novembro de 1950. Por sua vez, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), com sede em Estrasburgo, produz jurisprudência que é da máxima importância para uma autêntica harmonização dos sistemas de princípios e garantias penais dos atuais 47 Estados-Membros do Conselho da Europa<sup>3</sup>. Na verdade, os Estados-Membros ainda estão longe de partilhar na prática os mesmos princípios e garantias penais. Basta lembrar que o TEDH tem condenado frequentemente vários Estados-Membros por violação do processo equitativo, entre outros princípios da CEDH amiúde violados.

O TEDH é o único tribunal internacional que decide sobre casos concretos mediante queixa apresentada por parte de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação de direitos humanos (artigo 34.º da CEDH).. Assim é porque a CEDH visa assegurar que todos os Estados-Membros respeitem os direitos humanos nos respetivos territórios e o TEDH nasceu precisamente para tutelar os direitos humanos, embora exerça apenas um controlo externo sobre os ordenamentos jurídicos nacionais. O TEDH não verifica as invalidades processuais de direito interno, mas só trata de saber se um determinado indivíduo ou entidade sofreu um prejuízo efetivo, por exemplo, por causa da morosidade do processo-crime de que foi parte. Mas isso não basta, já que o TEDH indaga, ademais, se não houve quaisquer outros momentos da tramitação processual que compensaram as eventuais falhas cometidas e que permitam considerar que o processo tenha sido equitativo no seu todo (*fair as a whole*)<sup>4</sup>. Nenhuma violação da CEDH é, pois, suficiente por si mesma para o TEDH proferir uma decisão de condenação contra um Estado-Membro. Em suma, o TEDH segue uma orientação particularista, pragmática e informal, ao contrário dos tribunais nacionais. Não haja dúvidas de que as decisões do TEDH obrigam os Estados-Membros (artigo 46.º, n.º 1, da CEDH), embora apresentem características muito particulares. Na realidade, o tribunal nacional é o primeiro juiz da CEDH. Assim se compreende que só depois do trânsito em julgado possa(m) o(s) indivíduo(s) afetado(s) apresentar queixa junto do TEDH. Que efeitos produz então a condenação pelo TEDH de um Estado-Membro? Este último é obrigado a dar execução à condenação. Dantes teria de prestar satisfação

<sup>3</sup> Através do Tratado de Lisboa, a União Europeia aderiu à CEDH (art. 6.º, n.º 1, TUE). Para desenvolvimentos, cf. GLESS (2011), pp. 395-426 e De Hoyos Sancho (2018), pp. 43-58.

<sup>4</sup> Cf. Ambos (2018), pp. 491-492 (§ 10, n.º m. 57), Barkhuysen/Van Emmerik/Jansen/Fedorova (2018), p. 561, Gless (2011), p. 408 e RAMOS (2017), p. 742.

equitativa à parte lesada, o que não significava propriamente um ressarcimento do dano, mas apenas algo de simbólico<sup>5</sup>. Para certas violações à CEDH o pagamento ao lesado continua a ser a única solução viável, como acontece em casos de morosidade processual. Mais recentemente passou já a haver a obrigação de *restitutio in integrum* (Recomendação do Comité de Ministros do Conselho Europa N.º R(2000)2, de 19/01)<sup>6</sup>, o que até pode implicar a reabertura do processo-crime, o que não quer dizer que o arguido tenha de ser absolvido<sup>7</sup>. Mas o TEDH não é só juiz do caso concreto, já que também exerce a função nomofilática de zelar pela uniformização da interpretação e aplicação da CEDH. Assim, o TEDH cumpre dois papéis – o decisório e o nomofilático – que nem sempre são fáceis de compatibilizar. Por exemplo, o art. 6.º, n.º 1, da CEDH estabelece o princípio do processo equitativo. Como defini-lo? O TEDH já concluiu pela sua violação em numerosos casos concretos, mas não é fácil de perceber qual é a definição do princípio fora desses casos. Podemos sentir-nos tentados a interpretar as decisões do TEDH como se contivessem definições fechadas, mas não funcionam assim. Acresce que a violação pode derivar de uma situação particular, mas pode acontecer que seja expressão de um defeito estrutural do ordenamento jurídico nacional. Tratando-se de defeitos estruturais, o TEDH emite os chamados acórdãos piloto (artigo 61.º da CEDH)<sup>8</sup>. O Comité de Ministros deve vigiar se os Estados-Membros cumprem as decisões do TEDH. No caso dos acórdãos piloto, o TEDH diz mesmo como o devem fazer. A jurisprudência do TEDH contribui assim para a edificação de um menor denominador comum garantístico na Europa<sup>9</sup>.

Sempre que é chamado a decidir quaisquer casos de violação da CEDH, o TEDH usa de alguma contenção, dado que tem de lidar, à vez, com ordenamentos jurídicos nacionais muito diversos entre si e tem de dar respostas para todos. Não admira, pois, que as decisões e os remédios sejam minimalistas. Tal poderá ser dececionante para quem for atrás de soluções jurídicas vanguardistas na jurisprudência do TEDH, já que estaria a procurá-las no lugar errado. Paradoxalmente, a jurisprudência do TEDH ganha, afinal, uma importância acrescida por causa do seu carácter moderado. Podemos, assim, dar por adquirido que, onde o TEDH viu uma violação à CEDH, é difícil de dizer o contrário. Mas, onde o TEDH deixou passar uma eventual violação de direitos humanos, é sempre possível de discordar. Neste caso, a fundamentação do acórdão em causa é tão importante como os votos dissidentes. O voto vencido de hoje pode ser a jurisprudência de amanhã, como todos sabemos desde que o Chief Justice Oliver Wendell Holmes Jr. ficou famoso como relator de votos dissidentes.

A jurisprudência do TEDH interessa também para outras latitudes não abrangidas pela sua jurisdição, dada a vocação universalizante dos direitos humanos.

No presente contexto, fazemos tenção de destacar e interpretar a jurisprudência do TEDH relativa ao princípio do processo equitativo (artigo 6.º da CEDH). Ainda assim, o tema é demasiado vasto. Não conseguimos fazer mais

<sup>5</sup> Cf. Arangüena Fanego (2018), p. 239 e pp. 243-244.

<sup>6</sup> Caso Lyons e Outros v. Reino Unido, ac. TEDH de 08/07/2003 (Queixa n.º 15227/03).

<sup>7</sup> Cf. Arangüena Fanego (2018) p. 240 e pp. 248-253 e Kostoris (2018), pp. 155-158.

<sup>8</sup> Cf. Arangüena Fanego (2018), pp. 240-242 e pp. 253-258.

<sup>9</sup> Cf. Kostoris (2014), pp. 44-60.

do que selecionar um par de acórdãos em que se discutiu a violação do princípio do processo equitativo no processo penal.

Antepomos à casuística uma definição aproximativa do processo equitativo, que procurámos extrair do acervo de casos decididos pelo TEDH. É, pois, uma definição não concetual, meramente indutiva e aberta a novas constelações de problemas jurídicos.

Por sua vez, a casuística apresentada é ilustrativa de uma única temática, a saber: as intrusões corporais<sup>10</sup>. Em função dessa temática torna-se-nos possível progredir na compreensão dos limites do *nemo tenetur se ipsum accusare* e captar a relação deste último com o princípio do processo equitativo<sup>11</sup>.

As conclusões finais ajudam a formar uma ideia mais geral do princípio do processo equitativo. Seja como for, as conclusões finais traduzem o esforço especulativo do intérprete, uma vez que a jurisprudência do TEDH não fornece por si mesma pautas gerais sobre os princípios do processo penal<sup>12</sup>.

## 1. A definição do processo equitativo

O artigo 6.º, n.º 1, da CEDH reconhece a qualquer pessoa o direito a um processo equitativo (*fair hearing*)<sup>13</sup>. Aplica-se ao processo administrativo, civil e penal. Como se define o processo equitativo? No Ac. Kraska (1993)<sup>14</sup>, o TEDH assumiu que o preceito citado impunha a qualquer tribunal a obrigação de proceder a um exame efetivo dos requerimentos, alegações e meios de prova oferecidos pelas partes, sem preconceitos acerca da relevância desses elementos para a decisão a tomar. Mas o TEDH, como de costume, evitou a enumeração abstrata dos requisitos do processo equitativo<sup>15</sup>. O TEDH prefere olhar para cada caso como se fosse único, apreciando o conjunto dos procedimentos adotados em todas as instâncias judiciais, a fim de decidir nesse caso sobre a possível violação do princípio do processo equitativo<sup>16</sup>. Seja como for, o TEDH tem vindo a reconhecer que as exigências do processo equitativo são menores nos processos administrativo (excetuando o processo administrativo sancionatório) e civil do que no processo penal (incluindo os processos administrativo sancionatório, disciplinar e contraordenacional).

No tocante ao processo penal, alguns dos requisitos do processo equitativo estão expressamente enunciados nos números 2 e 3 do artigo 6.º da CEDH, o que ajuda a densificar o princípio do processo equitativo. Mas o conteúdo do princípio não se esgota na presunção de inocência consagrada no n.º 2<sup>17</sup>, nem no feixe de

---

<sup>10</sup> Cf. Agostinho (2014), p. 57.

<sup>11</sup> Sobre a ligação do *nemo tenetur* ao processo equitativo, cf. Cape/Namoradze/Smith/Spronken (2010), p. 26.

<sup>12</sup> Sobre as inconsistências da jurisprudência do TEDH sobre a matéria em causa, cf. GOSS (2014), pp. 15-34.

<sup>13</sup> Nas línguas oficiais da CEDH: «*Tout personne a droit à ce que sa cause soit entendu équitablement*» e «*everyone is entitled to a fair [...] hearing*».

<sup>14</sup> Caso Kraska v. Suíça, ac. TEDH de 19/04/1993 (Queixa n.º 13942/88), § 68.

<sup>15</sup> Cf. Barkhuysen/Van Emmerik/Jansen/Fedorova (2018), p. 561.

<sup>16</sup> Cf. Goss (2014), pp. 39-40.

<sup>17</sup> Cf. Weigend (2018), p. 739.

direitos de defesa elencados nas diversas alíneas do n.º 3 do artigo 6.º da CEDH. Este feixe de direitos configura o mínimo necessário ao estatuto de acusado, mas não exaure o conteúdo do princípio em processo penal. Por outro lado, as garantias estabelecidas no n.º 1 do artigo 6.º da CEDH aplicam-se plenamente ao processo penal. Donde resulta que a verificação de que os procedimentos respeitam o disposto no n.º 3 do artigo 6.º da CEDH não esgota a análise do princípio do processo equitativo em cada caso. Os procedimentos no seu conjunto podem não ter garantido ao acusado uma ampla defesa, apesar de nenhuma das garantias mínimas de defesa enunciadas no n.º 3 do artigo 6.º da CEDH ter sido violada. Assim, a verificação de que os procedimentos foram globalmente conformes ao estabelecido no n.º 1 torna supérflua a investigação acerca de uma alegada violação do disposto no n.º 3 do artigo 6.º da CEDH. Mas a investigação acerca da possível violação do princípio do processo equitativo não deve ficar confinada ao escrutínio dos requisitos estabelecidos no n.º 3 do artigo 6.º da CEDH. Na prática, verifica-se, porém, que a maioria da casuística do TEDH sobre o processo equitativo coincide com a análise dos requisitos do n.º 3 do artigo 6.º da CEDH<sup>18</sup>.

## 2. O caso Jalloh v. Alemanha

Começamos por analisar o Ac. Jalloh (2006)<sup>19/20</sup>. Em 29 de outubro de 1993, Abu Bakah Jalloh<sup>21</sup>, cidadão expatriado serra-leonês e residente na cidade de Colónia, Alemanha, estava sob vigilância de quatro polícias à paisana, na via pública, que o viram retirar da boca cápsulas para entregar a clientes, em troca de dinheiro. Suspeitando que tais cápsulas contivessem substâncias ilícitas, os polícias procederam à detenção em flagrante delito de Jalloh, que, nessa ocasião, engoliu uma cápsula. Submetido a revista pessoal, nenhuma droga foi encontrada em seu poder.

O procurador do Ministério Público que assumiu a direção do inquérito preliminar ordenou que fossem ministrados eméticos ao arguido, na presença de um médico, a fim de provocar a regurgitação da cápsula. Jalloh foi transportado a um hospital, em Wuppertal-Elberfeld, mas recusou-se a tomar a medicação disponibilizada pelo médico que seria necessária para lhe induzir o vômito. Jalloh foi, de seguida, imobilizado pelos agentes policiais e o médico ministrou-lhe uma solução salina contendo xarope de Ipecacuanha, através de sonda nasogástrica. Além disso, o médico injetou-lhe por via intravenosa um outro emético derivado da morfina, a Apomorfina. Em consequência, Jalloh regurgitou uma cápsula de plástico contendo 0,2182 gramas de cocaína.

Seguidamente, Jalloh foi examinado e considerado apto para retornar ao estabelecimento prisional. Quando foi posteriormente visitado na sua cela pelos instrutores do processo, Jalloh declarou-lhes que se encontrava demasiado combatido para prestar declarações. Posteriormente, Jalloh alegou que, durante os

---

<sup>18</sup> Cf. Barkhuysen/Van Emmerik/Jansen/Fedorova (2018), p. 562.

<sup>19</sup> Caso Jalloh v. Alemanha, ac. TEDH de 11/07/2006 (Queixa n.º 54810/00).

<sup>20</sup> Cf. McBride (2018), pp. 141, 243, 270 e 274.

<sup>21</sup> A decisão publicada *online* não está anonimizada. De resto, as decisões do TEDH são identificadas com a referência ao nome dos queixosos.

três dias posteriores à ingestão dos eméticos, só tinha sido capaz de ingerir uma sopa e que o seu nariz sangrara por várias vezes durante duas semanas.

Passados dois meses e meio da ministração dos eméticos, Jalloh reclamou sentir dores contínuas na zona superior do estômago, tendo sido transportado para uma clínica, onde lhe foi diagnosticada uma irritação na zona inferior do esófago, causada pelo refluxo do ácido gástrico.

Durante a tramitação do processo penal, a defesa de Jalloh opôs-se sempre à utilização das provas obtidas através da ministração forçada de eméticos, alegando que o procedimento adotado durante a investigação fora ilícito. Sustentou que o uso da força pelos polícias e pelo médico para lhe retirar a cápsula do organismo constituía uma ofensa à integridade física praticada por funcionário (*Körperverletzung im Amt*), nos termos do § 340 StGB. A defesa disse ainda que as funções corporais do arguido tinham sido manipuladas, com a aplicação de medida desproporcional e, portanto, não autorizada pelo § 81a StPO. A defesa destacou também que a prova poderia ter sido obtida de outro modo, já que acabaria sendo expelida do corpo naturalmente.

Em 23 de março de 1994, o Tribunal Distrital (*Amtsgericht*) de Wuppertal condenou Jalloh por tráfico de drogas na pena de um ano de prisão efetiva. Além disso, decretou a perda de cem marcos alemães que tinham sido apreendidos ao arguido, no momento da detenção.

O arguido recorreu da decisão para o Tribunal Regional (*Landgericht*) de Wuppertal, em 17 de maio de 1995, que confirmou a sentença condenatória, mas reduziu a pena para seis meses, suspendendo a sua execução. O Tribunal considerou que as provas obtidas por ordem do Ministério Público eram admissíveis no processo. Salientou que a expulsão natural da cápsula poderia acabar sendo demorada, o que poderia prejudicar as investigações. Considerou ainda que, nos termos do § 81a StPO, a ministração das substâncias em questão, mesmo contra a vontade do arguido, era uma medida legalmente admissível<sup>22</sup>.

Novamente inconformado com a decisão, Jalloh interpôs recurso perante o Tribunal Superior Regional (*Oberlandsgericht*) de Düsseldorf. Argumentou que o § 81a StPO não autorizava a ministração de eméticos, uma vez que não admitia que fossem ministradas ao arguido substâncias que pudessem causar risco para a sua saúde. Sustentou que tinha sido forçado a contribuir ativamente para a sua própria incriminação. Alegou que a medida violara os artigos 1.º e 2.º da Lei Fundamental (*Grundgesetz*), desrespeitando assim a dignidade da pessoa humana.

Em 19 de setembro de 1995, o Tribunal Superior Regional de Düsseldorf negou provimento ao recurso, salientando que o acórdão do Tribunal Regional de Wuppertal não continha qualquer erro de direito.

---

<sup>22</sup> O § 81a, 1, StPO estabelece o seguinte: «O exame físico do arguido pode ser ordenado com a finalidade de estabelecer factos de relevância para o processo. Para este fim, podem ser retiradas amostras de sangue e são admissíveis outras intrusões corporais realizadas por um médico, a menos que haja risco para a saúde do arguido». Em língua original: «Eine körperliche Untersuchung des Beschuldigten darf zur Feststellung von Tatsachen angeordnet werden, die für das Verfahren von Bedeutung sind. Zu diesem Zweck sind Entnahmen von Blutproben und andere körperliche Eingriffe, die von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu Untersuchungszwecken vorgenommen werden, ohne Einwilligung des Beschuldigten zulässig, wenn kein Nachteil für seine Gesundheit zu befürchten ist». Para desenvolvimentos, cf. Radtke/Hohmann (2011), pp. 288-296 (§ 81a, n.ºs ms. 1-32).

Jalloh apresentou então recurso perante o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), reiterando que a ministração de eméticos fora uma medida desproporcional. O Tribunal Constitucional Federal não admitiu o recurso<sup>23</sup>.

Após o trânsito em julgado da decisão condenatória, Jalloh apresentou queixa contra a Alemanha junto do TEDH, em 30 de janeiro de 2000. Sustentava que o princípio da não autoincriminação não se limitava às declarações obtidas sob coerção, mas abrangia também qualquer material obtido pelo Estado por meio de violação da autonomia da vontade do indivíduo. Acrescentava que, ao contrário dos casos já decididos pelo TEDH, nos quais tinha havido autorização para obtenção de amostras de sangue para exames de ADN, no seu caso a polícia utilizara substâncias químicas que provocaram uma reação involuntária do seu organismo como forma de obtenção de prova para o processo-crime. Disse ainda que a prova obtida não tinha existência independente da sua vontade, mas que fora obrigado a contribuir para a sua própria condenação. Salientou que a ministração forçada de medicamentos era comparável ao chamado soro da verdade para obter a confissão, prática essa que é expressamente proibida pela lei processual penal, nos termos do § 136 StPO.

Em sentido oposto, o Governo alemão argumentou que provocar uma reação orgânica de expulsão através da ministração de substância medicinal deveria ser considerado como mera reação do corpo humano, impossível de ser controlada pela mente do sujeito, o que, por conseguinte, não afetava a vontade do agente. Sustentou ainda que a recusa do arguido em submeter-se ao uso da medicação não poderia ser considerada legítima, pois isso iria colocar em risco várias outras medidas de investigação que desconsideram a vontade do investigado de esconder provas, tais como a recolha coativa de amostras de sangue ou mesmo a realização de buscas domiciliárias.

Num acórdão muito disputado, o TEDH deu razão a Jalloh, considerando ter havido imposição de tratamentos degradantes e, por consequência, violação do artigo 3.º da CEDH (por 10 votos contra 7). Ademais, o TEDH considerou (por 11 votos contra 6) ter havido violação do art. 6.º, n.º 1, da CEDH. O presente aresto é especialmente relevante pelo facto de o TEDH nele indicar, pela primeira vez, os critérios gerais que contam para a decisão da questão da violação do *nemo tenetur*, enquanto elemento integrante do processo equitativo<sup>24</sup>. Cabe aqui destacar o seguinte trecho (tradução nossa): «Para determinar se o direito à não autoincriminação do queixoso foi violado, o Tribunal, por sua vez, terá de considerar os seguintes fatores: a natureza e o grau de coerção empregado para obter a prova, a importância do interesse público na investigação e punição da infração em apreço, a existência de garantias relevantes no processo e a utilização prevista dos meios de prova obtidos dessa forma». No caso concreto, o TEDH considerou que (tradução nossa): «[...] a medida impugnada visava um traficante de rua que vendia drogas à sua pequena escala e que foi, afinal, condenado numa pena suspensa de seis meses de prisão. Nas circunstâncias do caso, o interesse público em assegurar a condenação do queixoso não podia justificar o recurso a tão grave interferência na sua integridade física e mental».

<sup>23</sup> Cf. Gless (2011), p. 400.

<sup>24</sup> Cf. REID (2015), p. 317 e GOSS (2014), p. 42.

### 3. O caso Bogumil v. Portugal

O caso Bogumil v. Portugal (2009)<sup>25/26</sup> apresenta semelhanças em relação ao caso Jalloh v. Alemanha, já que ambos incidem sobre a remoção de uma embalagem de estupefacientes do estômago do arguido, mas, por outro lado, as diferenças também são consideráveis. Ora, o diabo esconde-se sempre nos detalhes e é por isso mesmo que a discussão do Ac. Bogumil é importante para percebermos o nível de granularidade das decisões do TEDH.

Em 12 de novembro de 2002, Adam Bogumil, de nacionalidade polaca, desembarcou no Aeroporto de Lisboa, proveniente do Rio de Janeiro, sendo abordado por agentes aduaneiros. Foi revistado e foram-lhe apreendidos 360 gramas de cocaína, em embalagens dissimuladas nos sapatos. Bogumil viria a confessar às autoridades que havia ingerido outra embalagem de droga. Foi levado ao Hospital de São José e submetido a exame radiológico, com o seu consentimento verbal. O exame revelou que a embalagem detetada não progredia no aparelho digestivo do arguido, apesar dos esforços de expulsão da mesma por meios naturais e farmacológicos. Desta feita, foi conduzido ao serviço de gastroenterologia do Hospital de Santo António dos Capuchos, onde foi submetido a uma endoscopia digestiva, com o seu consentimento escrito, verificando-se então que a embalagem não tinha transposto o piloro. A extração por via endoscópica era contraindicada, dado o elevado risco de rompimento do plástico e sendo previsivelmente fatal a digestão do seu conteúdo. Foi recomendada a intervenção cirúrgica, diante do crescente risco para a vida do arguido, já passadas mais de setenta e duas horas sobre a detenção. O arguido forneceu consentimento meramente verbal para a intervenção cirúrgica, considerada de urgência pelos médicos. Em 15 de novembro, pelas 00h10, Bogumil foi operado, sendo-lhe extraída a embalagem cujo conteúdo, após exame laboratorial, se confirmou ser cocaína, recolhendo o paciente nesse mesmo dia ao Hospital-Prisão de São João de Deus, em Caxias. Em 28 de abril em 2003, Bogumil, preso preventivamente, enviou uma carta à Embaixada da Polónia em Lisboa, queixando-se da intervenção cirúrgica e do frágil estado de saúde, assim como reclamando das insuficiências de assistência jurídica. Mas o arguido foi sempre assistido durante a tramitação do processo-crime por defensores nomeados oficiosamente. O advogado substituto que o defendeu na audiência de julgamento apenas teve a possibilidade de consultar o processo entre as 10h00 e as 15h00 do próprio dia do julgamento (18 de setembro de 2003), mas não pediu o adiamento da sessão. Bogumil viria a ser condenado, numa Vara Criminal de Lisboa, pela autoria de um crime de tráfico de estupefacientes. O Tribunal aplicou-lhe uma pena de prisão de quatro anos e dez meses, além da pena acessória de expulsão e interdição de reentrada em território português. A condenação foi confirmada pelo Tribunal da Relação de Lisboa, defronte de recurso intentado pela defesa. O arguido cumpriu parte da pena no território português e foi transferido para cumprimento do restante da pena na Polónia, onde a execução terminaria em 5 de dezembro de 2005.

Bogumil apresentou queixa contra o Estado português junto do TEDH, alegando que não tivera qualquer assistência jurídica de janeiro a setembro de

---

<sup>25</sup> Caso Bogumil v. Portugal, ac. TEDH de 06/04/2009 (Queixa n.º 35228/03).

<sup>26</sup> Cf. McBRIDE (2018), p. 325.



2003, dado o persistente desinteresse do seu defensor oficioso e os problemas de tradução. O queixoso, sem nomear quaisquer disposições da CEDH em particular, protestou ainda contra a ofensa grave à sua saúde por causa da intervenção cirúrgica a que fora sujeito. O Governo português negou a insuficiência de assistência jurídica e acrescentou que o arguido dera o seu consentimento verbal para a intervenção cirúrgica, a qual, aliás, não visara a colheita de provas, mas essencialmente salvar a sua vida.

O TEDH pronunciou-se quanto à violação do artigo 3.º da CEDH. O TEDH considerou que a intervenção cirúrgica não constituía um tratamento desumano ou degradante, nos termos do artigo 3.º da CEDH. Não obstante, o TEDH estranhou que não tivesse sido solicitado o consentimento por escrito do arguido para a intervenção cirúrgica, como o fora para a endoscopia realizada anteriormente, em princípio menos invasiva<sup>27</sup>. Seja como for, as partes concordavam que a intervenção cirúrgica, que deve observar os mesmos cuidados relativamente a pessoas detidas e não detidas, fora executada por médicos experientes, ademais tendo havido acompanhamento pós-operatório. Acresce que o TEDH acolheu a argumentação do Governo português no sentido da verificação de uma finalidade terapêutica, além de que a apreensão da embalagem não fora indispensável para a prova do crime, a qual decorria já de outros elementos probatórios, tais como a droga que fora encontrada nos sapatos do arguido. O TEDH reconheceu, porém, a violação pelo Estado português do disposto no artigo 6.º, n.ºs 1 e 3, alínea c), da CEDH, na parte referente ao direito à assistência gratuita por um defensor oficioso. A decisão do TEDH foi tirada por unanimidade.

#### **4. O *nemo tenetur se ipsum accusare* e a garantia do processo equitativo**

A jurisprudência do TEDH tem vindo a densificar consideravelmente o *nemo tenetur*<sup>28</sup>. Mas é difícil de extrair dessa jurisprudência uma teoria geral do *nemo tenetur*, tanto mais que os casos decididos revelam inúmeras dissemelhanças e particularidades<sup>29</sup>. Acresce que a brevidade da fundamentação das decisões do TEDH torna igualmente difícil de apreender os argumentos decisivos. Seja como for, a análise da jurisprudência do TEDH autoriza algumas conclusões importantes, a saber:

---

<sup>27</sup> A intervenção médico-cirúrgica foi realizada por necessidade terapêutica, afastando-se em razão disso a sua ilicitude, à luz do que dispunha o art. 127.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 265/79, de 1 de agosto, entretanto revogado pela Lei n.º 115/2009, de 12 de outubro (que aprova o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade – CEPMPL). O primeiro diploma legal versava sobre direito penitenciário e admitia a imposição coerciva de tratamentos médicos em caso de perigo para a vida ou grave perigo para a saúde do recluso. Neste contexto, a questão da existência, ou não, de consentimento dado por Bogumil passou a ser juridicamente irrelevante para a decisão do caso pelo TEDH. Já não seria assim à luz do artigo 35.º, n.º 4, do CEPMPL, que admite os tratamentos médico-cirúrgicos coativos tão-somente se existir perigo para saúde ou vida do recluso e se o seu estado lhe retirar discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance da recusa.

<sup>28</sup> Cf. Costa (2011), pp. 117-183.

<sup>29</sup> Cf. Owusu-Bempah (2017), pp. 87-99.

- O artigo 6.º da CEDH não menciona o privilégio contra a autoincriminação (*nemo tenetur*), mas este pertence ao cerne do processo equitativo consagrado no referido preceito;

- Em especial, o privilégio contra a autoincriminação relaciona-se com a presunção de inocência que integra a garantia do processo equitativo, nos termos do artigo 6.º, n.º 2, da CEDH<sup>30</sup>;

- Num contexto de presunção de inocência, o privilégio contra a autoincriminação faz recair sobre a acusação o ónus de provar a sua tese contra o arguido sem recurso a elementos de prova obtidos através de métodos coercivos ou opressivos com desrespeito pela vontade deste<sup>31</sup>;

- O privilégio contra a autoincriminação não é um princípio absoluto, mas admite ponderações e restrições no confronto com outros interesses juridicamente tutelados, desde que se preserve um núcleo essencial daquele privilégio;

- A proibição de constrangimentos e enganar para obrigar o arguido a declarar contra si mesmo constitui o núcleo essencial do privilégio contra a autoincriminação<sup>32</sup>;

- O privilégio contra a autoincriminação não proíbe, porém, a autoincriminação, já que ninguém está impedido de confessar ou apresentar provas contra si mesmo, desde que o faça livremente;

- O privilégio contra a autoincriminação engloba não só o direito ao silêncio, mas também o direito de não facultar meios de prova<sup>33</sup>;

- Em princípio, o arguido não pode obstar à recolha de elementos de prova que possam extraídos através de coação física, contanto que existam independentemente da sua vontade<sup>34/35</sup>;

- Mas a recolha desses elementos de prova através de coação física, colocando o indivíduo na impossibilidade de resistir, não dispensa a ponderação dos seguintes fatores: a natureza e o grau de coerção empregado para obter a prova, a importância do interesse público na investigação e punição da infração em apreço, a existência de garantias relevantes no processo e a utilização prevista dos meios de prova obtidos dessa forma.

---

<sup>30</sup> Cf. Ambos (2018), p. 481 (§ 10, n.º m. 37).

<sup>31</sup> Cf. Costa (2011), p. 118.

<sup>32</sup> Cf. Oliveira e Silva (2018), p. 500 ss. e p. 544 ss.

<sup>33</sup> Cf. Marques da Silva (2017), p. 78.

<sup>34</sup> No caso Saunders v. Reino Unido, ac. TEDH de 17/12/1996 (Queixa n.º 19187/91), o TEDH estabeleceu, pela primeira vez, que (tradução nossa): «o direito à não autoincriminação concerne, em primeiro lugar, ao respeito pela vontade de um acusado em manter o silêncio. Tal como é interpretado nos sistemas jurídicos das Partes Contratantes da Convenção e noutras latitudes, o mesmo não abrange a utilização, em quaisquer procedimentos criminais, de elementos que possam ser obtidos do acusado recorrendo a poderes compulsórios, contanto que tais elementos existam independentemente da vontade do acusado, tais como, *inter alia*, os documentos adquiridos com base em mandado das autoridades judiciárias competentes, as recolhas de saliva, sangue e urina, bem como de tecidos corporais com vista a uma análise de ADN». Sobre o impacto do Ac. Saunders, cf. Mirfield (2003), pp. 307-309.

<sup>35</sup> Na doutrina dominante na Alemanha, o critério decisivo assenta na espécie de conduta esperada do arguido, distinguindo-se entre uma sujeição permitida a meros deveres de tolerância passiva (*passive Duldungspflichten*) e uma imposição proibida de obrigações de colaboração ativa (*aktive Mitwirkungspflichten*). Esta discussão pode ser acompanhada desde a primeira monografia dedicada exaustivamente ao tema do *nemo tenetur*, a saber: cf. Rogall (1977), p. 54 ss.

## 5. Conclusões

A jurisprudência do TEDH relativa ao princípio do processo equitativo (artigo 6.º da CEDH) constitui um acervo inesgotável, que é preciso esmiuçar denodadamente. Mas o particularismo, o pragmatismo e o informalismo comuns na jurisprudência do TEDH, contrastando com as decisões dos tribunais nacionais, provocam uma sensação inicial de desconforto e até mesmo de desilusão nas mentes mais habituadas às construções jurídicas alicerçadas numa dogmática de princípios e normas fortemente arreigados nos instrumentos de direito positivo. Eis que somos obrigados agora a raciocinar a partir das analogias e diferenças dos casos concretos decididos pelo TEDH, relendo a CEDH à luz das ponderações impostas pelos detalhes desses mesmos casos. Será que estamos em plena transição para um modelo de direito jurisprudencial (*case law*)<sup>36</sup>, doravante confinados à validação, distinção, revisão e revogação de precedentes? A pergunta não tem uma única resposta, pois esta dependerá muito dos pressupostos de metodologia jurídica admitidos por cada um de nós como razões válidas para decidir os casos concretos. Mas é certo que um pensamento jurídico lógico-dedutivo e concetual, ensimesmado nos instrumentos de direito legislado internos, está definitivamente posto de parte<sup>37</sup>. A jurisprudência do TEDH obriga a ciência jurídica a transcender a zona de conforto dos ordenamentos jurídicos nacionais e potencia o desenvolvimento de uma ciência jurídica universalizável. Ao mesmo tempo, o direito comparado deixa de ser pura erudição para passar a ser um instrumento necessário a toda a ciência jurídica<sup>38</sup>.

O princípio do processo equitativo espraia-se por múltiplas dimensões, a saber e entre outras: o acesso à justiça, a assistência jurídica e judiciária em matérias penais e cíveis, a presunção de inocência, o direito ao silêncio, a celeridade processual, a lealdade processual, a igualdade de armas, a informação ampla acerca da acusação e das provas, a tradução das peças processuais para a língua do arguido e o direito a um intérprete, o direito ao confronto e ao contraditório, o juiz natural, a presença em tribunal do arguido, as proibições de prova, a independência e a imparcialidade dos tribunais, a publicidade do julgamento, a taxa de justiça, o tribunal de júri, a fundamentação dos despachos e sentenças judiciais, o direito ao recurso, etc.<sup>39</sup>.

Mas optámos por explorar apenas um tópico, a fim de ilustrar com algum pormenor o estilo de fundamentação adotado pelo TEDH.

## 6. Referencias bibliográficas

- Agostinho, Patrícia Naré, *Intrusões corporais em processo penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.  
Ambos, Kai, “Estado e futuro do direito penal comparado”, *Anatomia do Crime*, n.º 6, 2017, pp. 9-42.

---

<sup>36</sup> Cf. Kistoris (2018), p. 159.

<sup>37</sup> Cf. Kistoris (2018), pp. 163-201.

<sup>38</sup> Sobre a importância e funções do direito penal e processual penal comparado, cf. Ambos (2017), pp. 9-42.

<sup>39</sup> Cf. Grabenwarter (2014), pp. 98-170 e REID (2015), p. 93 ss.

- Ambos, Kai, *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht – Rechtshilfe*, 5.<sup>a</sup> ed., Beck, München, 2018.
- Arangüena Fanego, Coral, “Mecanismos internos para la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, in: *Derecho y proceso – Liber Amicorum del Profesor Francisco Ramos Méndez*, M. Cachón Cadenas e J. Franco Arias (coord.), vol. 1, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 247-274.
- Barkhuysen, T., Van Emmerik, M., Jansen, O., e Fedorova, M., “Right to a Fair Trial”, in: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn e Leo Zwaak (coord.), 5.<sup>a</sup> ed., Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland, 2018, pp. 497-654.
- Cape, E., Namoradze, Z., Smith, R., e Spronken, T., *Effective Criminal Defence in Europe – Executive Summary and Recommendations*, Intersentia, Antwerp/Oxford/Portland, 2010.
- Costa, Joana, “O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, *Revista do Ministério Público*, n.º 128, 2011, pp. 117-183.
- De Hoyos Sancho, Montserrat, “Los efectos expansivos del derecho de la Unión Europea sobre las garantías en el proceso penal”, in: *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales – I Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Fernando Jiménez Conde e Olga Fuentes Soriano (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 43-58.
- Gless, Sabine, “A Europa vista a partir de uma perspectiva alemã: Um desafio para a defesa em processo penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 3, jul.-set. 2011, pp. 395-426.
- Goss, Ryan, *Criminal Fair Trial Rights – Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2014.
- Grabewarter, Christoph, *European Convention on Human Rights – Commentary*, Beck/Hart Publishing/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden, 2014.
- Kostoris, Roberto E., “Diritto europeo e giustizia penale”, in: *Manuale di Procedura Penale Europea* Roberto E. Kostoris (coord.), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 1-62.
- Kostoris, Roberto E., *Processo penale e paradigmi europei*, Giappichelli, Torino, 2018.
- McBride, Jeremy, *Human Rights and Criminal Procedure – The case law of the European Court of Human Rights*, 2.<sup>a</sup> ed., Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2018.
- Mirfield, Peter, *Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence*, reimpr., Clarendon Press, Oxford, 2003.
- Owusu-Bempah, Akwasi, *Defendant Participation in the Criminal Process*, Routledge, London/New York, 2017.
- Radtke, Henning, e Hohmann, Olaf, *Strafprozessordnung – Kommentar*, Franz Vahlen, München, 2011.
- Ramos, Vânia Costa, “Novos problemas em matéria de proibições de prova – A dimensão internacional – Regras de exclusão da prova obtida em violação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, José de Faria Costa et al. (coord.), vol. II (Direito Penal, Direito Processual Penal), Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, pp. 739-773.
- Reid, Karen, *A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights*, 5.<sup>a</sup> ed., Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, London, 2015.
- Rogall, Klaus, *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst – Ein Beitrag zur Geltung des Satzes „Nemo tenetur seipsum prodere“ im Strafprozess*, Duncker & Humblot, Berlin, 1977.
- Silva, Germano Marques da, *Direito Processual Penal Português*, vol. I, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2017.
- Silva, Sandra Oliveira e, *O arguido como meio de prova contra si mesmo – Considerações em torno do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, Almedina, Coimbra, 2016.
- Weigend, Thomas, “Zur Reichweite der Unschuldsvermutung”, in: *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung – Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018*, Ulrich



Stein, Luis Greco, Christian Jäger e Jürgen Wolter (coord.), Duncker & Humblot, Berlin, 2018, pp. 740-755.

**Jurisprudência do TEDH citada:**

Caso Kraska v. Suíça, ac. TEDH de 19/04/1993 (Queixa n.º 13942/88).

Caso Saunders v. Reino Unido, ac. TEDH de 17/12/1996 (Queixa n.º 19187/91).

Caso Lyons e Outros v. Reino Unido, ac. TEDH de 08/07/2003 (Queixa n.º 15227/03).

Caso Jalloh v. Alemanha, ac. TEDH de 11/07/2006 (Queixa n.º 54810/00).

Caso Bogumil v. Portugal, ac. TEDH de 06/04/2009 (Queixa n.º 35228/03).