

O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo

CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE*

2019 • Reimpressão

Sandra Oliveira e Silva

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

1165300

O ARGUIDO COMO MEIO DE PROVA CONTRA SI MESMO

AUTOR

Sandra Oliveira e Silva

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Rua Fernandes Tomás, nº 76, 78 e 80

3000-167 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almedina.net · editora@almedina.net

DESIGN DE CAPA

FBA.

PRÉ-IMPRESSÃO

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

DPS - DIGITAL PRINTING SERVICES, LDA

Agosto, 2019

DEPÓSITO LEGAL

437032/18

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.



GRUPOALMEDINA

Biblioteca Nacional de Portugal – Catalogação na Publicação

SILVA, Sandra Oliveira e

O arguido como meio de prova contra si mesmo : considerações em torno do princípio “nemo tenetur” se “ipsum accusare”. – (Teses de doutoramento)

ISBN 978-972-40-8110-6

CDU 343

ÍNDICE

NOTA PRÉVIA	5
RESUMO.	7
ABSTRACT	9
SIGLAS E ABREVIATURAS	11
INTRODUÇÃO.	27
I. Delimitação do problema	29
II. Estrutura e percurso da investigação	30
III. Delimitação negativa – domínios excluídos	43

PARTE I

O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO *NEMO TENETUR SE IPSUM*
ACCUSARE – APROXIMAÇÃO AO PROBLEMA

TÍTULO I

A ORIGEM HISTÓRICA DA PRERROGATIVA

CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO 59

CAPÍTULO I – A origem da máxima «*nemo tenetur se ipsum accusare*» 61

I. A decadência dos rituais ordálicos e a emergência
do processo *per inquisitionem* na jurisdição canónica 61

II. A implantação do sistema inquisitório
no *ius commune* continental 67

1. A estrutura inquisitória e o sistema das provas legais:
traços gerais 69

O ARGUIDO COMO MEIO DE PROVA CONTRA SI MESMO

2. Confissão, tortura e juramento <i>de veritate dicenda</i> : elementos nucleares de uma epistemologia inquisitória contrária à prerrogativa contra a autoincriminação.	74
CAPÍTULO 2 – A afirmação do <i>privilege against self-incrimination</i> no direito anglo-americano.	
I. O nascimento do sistema do júri e da <i>law of evidence</i>	85
II. A abolição dos <i>Prerogative Courts</i> e do juramento <i>ex officio</i> nos tribunais eclesiásticos	90
III. A afirmação do <i>privilege against self-incrimination</i> na prática judiciária dos tribunais de <i>common law</i>	101
IV. A introdução do <i>privilege against self-incrimination</i> no direito norte-americano.	108
CAPÍTULO 3 – A introdução do direito ao silêncio no direito europeu continental.	
I. A abolição da tortura judiciária e do juramento <i>de veritate dicenda</i> na passagem para um processo de estrutura acusatória	120
II. O reconhecimento do direito ao silêncio e a subsequente degeneração inquisitória do processo	131
CAPÍTULO 4 – Síntese conclusiva. Polissemia da fórmula «direito à não autoincriminação»	
139	
TÍTULO II	
OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO DIREITO	
À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO	
149	
CAPÍTULO 1 – A «tradicional» fundamentação jurídico-constitucional do direito à não autoincriminação	
153	
I. O <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i> como direito material de liberdade	155
1. A dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP)	155
2. O direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 1, da CRP)	163
3. O direito à reserva da intimidade da vida privada (art. 26.º, n.º 1, da CRP)	172
4. O direito ao bom nome e à reputação (art. 26.º, n.º 1, da CRP)	190

5. O direito à integridade pessoal (art. 25.º da CRP)	194
II. O <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i> como garantia processual fundamental	198
1. A estrutura acusatória do processo e o princípio do contraditório (art. 32.º, n.º 5, da CRP)	201
2. O princípio do Estado de Direito e os seus subprincípios (art. 2.º da CRP)	205
a) O direito ao processo equitativo (art. 20.º, n.º 4, da CRP)	209
b) O direito de defesa (art. 32.º, n.º 1, da CRP)	211
c) A presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2, da CRP).	213
 CAPÍTULO 2 – Para uma fundamentação funcional-orientada do <i>nemo tenetur</i> ?	 225
I. A «teoria dos jogos» como modelo explicativo: o direito ao silêncio favorece os inocentes? (Seidmann, Stein)	230
II. A função de legitimação do processo como fundamento da liberdade de declaração (Pawlik, Lesch).	235
III. A finalidade de restabelecimento da paz jurídica como fundamento de uma ampla liberdade contra a autoincriminação (Bosch)	239
 TÍTULO III A CONCRETIZAÇÃO JUS-POSITIVA DO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO	 245
 CAPÍTULO 1 – O <i>privilege against self-incrimination</i> no direito norte-americano	 247
I. Generalidades	247
II. A <i>case law</i> do Supremo Tribunal Federal na densificação do <i>privilege against self-incrimination</i>	250
1. « <i>No person</i> » – a natureza pessoal da prerrogativa	250
a) As pessoas jurídicas – « <i>entity exception</i> »	251
b) As pessoas naturais	253
2. « <i>Shall be compelled</i> » – as formas de coerção proibidas.	255
a) A compulsão legal – <i>contempt of court</i>	256
b) Outras formas de compulsão — intimidação, engano e promessas	257
c) As inferências desfavoráveis?	266
3. « <i>In any criminal case</i> » – o âmbito processual de aplicação	271
4. « <i>To be a witness against himself</i> » – a esfera material de proteção	274

O ARGUIDO COMO MEIO DE PROVA CONTRA SI MESMO

a) Delimitação positiva – « <i>testimonial evidence</i> »	274
b) Delimitação negativa – « <i>real or physical evidence</i> ».	277
c) Casos especiais – a entrega de documentos e outros objetos	287
III. As principais «teorias» explicativas da linha jurisprudencial adotada pelo <i>Supreme Court</i>	295

CAPÍTULO 2 – O direito à não autoincriminação nos instrumentos

internacionais de proteção dos direitos humanos	301
I. O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos	301
II. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – concretização jurisprudencial.	305
1. A liberdade de declaração e o direito ao silêncio	308
a) A extração de inferências desfavoráveis e a utilização de agentes encobertos	308
i) Caso John Murray C. Reino Unido	308
ii) Caso Allan C. Reino Unido	314
iii) Caso Bykov C. Rússia	317
b) A ameaça de sanção como meio de obtenção de declarações autoincriminatórias	319
i) Caso Heaney e McGuinness C. Irlanda	319
ii) Caso Saunders C. Reino Unido	322
2. As formas não-verbais de colaboração para a autoincriminação	325
a) A imposição de entrega de documentos	325
i) Caso Funke C. França	325
ii) Caso J.B. C. Suíça	327
b) A extração de material corpóreo	329
i) Caso P.G. e J.H. C. Reino Unido	329
ii) Caso Jalloh C. Alemanha	330
III. Breve referência conclusiva	334

CAPÍTULO 3 – A proteção contra a autoincriminação

no direito português vigente. Uma primeira leitura	341
I. A liberdade de declaração e o direito ao silêncio: contextualização histórica	342
II. A liberdade de declaração, o direito ao silêncio e a «dupla função» do interrogatório	349
1. As declarações do arguido como expressão livre da sua vontade	354
a) Proibição de coação direta.	354
b) Proibição de coação indireta	356

2. As declarações do arguido como manifestação da sua vontade esclarecida	357
a) Os deveres de informação ou esclarecimento	357
b) O direito à assistência por defensor	370
III. Em especial: os métodos proibidos de prova.	373
1. Considerações gerais	373
2. Os concretos métodos proibidos	377
3. Síntese conclusiva.	384

PARTE II

O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE* – PERSPETIVA ADOTADA

TÍTULO I

NEMO TENETUR? – AS FORMAS PROIBIDAS DE COAÇÃO

PARA DECLARAR	389
-------------------------	-----

CAPÍTULO 1 – A proibição de coação indireta ou mediata:

as inferências probatórias do silêncio	391
I. A erosão do <i>right to silence</i> na experiência britânica	393
1. As inferências probatórias na <i>common law</i>	393
2. As modificações introduzidas pelo <i>Criminal Justice and Public Order Act de 1994</i>	395
a) O silêncio na fase de investigação (<i>pretrial</i>)	397
b) O silêncio na audiência de julgamento (<i>trial</i>)	406
3. Breve valoração crítica	410
II. (A ausência de) valor probatório do silêncio no direito português	414
1. O silêncio como indício de culpa?	420
a) A proibição de valoração do silêncio total	420
b) A proibição de valoração do silêncio parcial	425
c) A proibição de valoração do silêncio temporário	432
2. O silêncio como fator de medida da pena? – proibição de tratamento desfavorável	445

CAPÍTULO 2 – A proibição de coação indireta ou mediata:

as medidas de promoção da colaboração probatória	455
I. Os mecanismos processuais de diversão, a colaboração premiada e os «acordos sobre a sentença»	456

O ARGUIDO COMO MEIO DE PROVA CONTRA SI MESMO

1. As soluções de diversão e consenso	456
2. A «legislação premial»	465
3. Os «acordos sobre a sentença»	468
II. A proteção do silêncio, o <i>in dubio pro reo</i> e as novas soluções de direito substantivo	488
1. A «perda alargada» de bens	489
2. A incriminação (frustrada) do «enriquecimento ilícito» ou «injustificado».	494

TÍTULO II

NEMO TENETUR? – AS FORMAS NÃO COATIVAS

DE OBTENÇÃO DE DECLARAÇÕES	503
--------------------------------------	-----

CAPÍTULO 1 – A utilização de meios enganosos em processo penal	507
--	-----

I. A utilização de meios enganosos no interrogatório formal	507
1. A liberdade contra a autoincriminação como proibição de declarações coagidas?.	507
2. O alargamento do âmbito de proteção da garantia contra a autoincriminação (Ransiek, Keller, Bosch)	510
3. Balanço crítico.	513
4. Proposta de solução	515
II. A recolha de informações e as declarações espontâneas	524

CAPÍTULO 2 – A utilização de meios ocultos de investigação.	539
---	-----

I. A experiência alemã: os « <i>Hörfalle</i> ».	540
1. As decisões do BGH: « <i>Hörfalle</i> » e « <i>U-Haft-Fülle</i> »	542
2. As soluções doutrinárias. Referência às teses de Roxin, Weßlau e Verrel.	554
II. Proposta de solução	562

TÍTULO III

NEMO TENETUR? – OS DEVERES DE INFORMAÇÃO

E COLABORAÇÃO EXTERIORES AO PROCESSO PENAL.	581
---	-----

CAPÍTULO 1 – A coação exercida fora do processo penal:

enunciação do problema	583
----------------------------------	-----

CAPÍTULO 2 – O direito tributário como paradigma de solução	589
I. A experiência alemã	589
1. A solução legal: § 393 AO	590
2. As soluções jurisprudenciais: o discurso do BGH.	597
II. A discussão no direito português	601
III. Proposta de solução	606
 CAPÍTULO 3 – Os deveres de colaboração nos demais domínios regulados . . .	 615
 TÍTULO IV	
SE IPSUM ACCUSARE? – O ÂMBITO MATERIAL	
DA LIBERDADE NEGATIVA DE DECLARAÇÃO	621
 CAPÍTULO 1 – O (pretérito) dever de declarar sobre	
os antecedentes criminais.	623
 CAPÍTULO 2 – O dever de declarar sobre os dados pessoais.	 633
 TÍTULO V	
SE IPSUM ACCUSARE? – O ÂMBITO MATERIAL DO DIREITO	
À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO	641
 CAPÍTULO 1 – A liberdade contra a autoincriminação e as provas	
não declarativas: à procura de um critério	643
I. A conceção dominante na Alemanha: o «critério da conduta»	
(<i>Verhaltenskriterium</i>) e o binómio tolerância passiva/colaboração	
ativa	643
1. Caraterização geral	643
2. Críticas e superação	649
a) Dificuldades de aplicação prática	650
b) Inconsistências no plano teórico.	658
II. A defesa de uma visão «maximalista» do <i>nemo tenetur</i> :	
a proibição de todas as formas não voluntárias de colaboração	
probatória do arguido (Sautter <i>et al.</i>)	662
III. O esboço de novos critérios de delimitação do âmbito	
de operatividade do <i>nemo tenetur</i>	664
1. Diferenciação de acordo com o tipo de meio coativo:	
o binómio <i>vis compulsiva/vis absoluta</i> (Grünwald)	665

O ARGUIDO COMO MEIO DE PROVA CONTRA SI MESMO

2. Diferenciação de acordo com o tipo de meio coativo (cont.): a previsão de deveres explícitos de colaboração como alternativa às intromissões corporais coativas (Neumann)	668
3. Diferenciação de acordo com a qualidade do meio de prova: a proibição de coação para a obtenção de meios de prova sob a forma de confissão (Nothhelfer) e a proibição de coação para a obtenção de declarações ou manifestações com autónomo valor probatório (Bosch)	671
4. Diferenciação de acordo com o objeto de tutela: a proteção do arguido como «portador de conhecimento» (Reiß)	673
5. Diferenciação de acordo com o objeto de tutela (cont.): a proibição da investigação do inconsciente (Haas) e a proteção contra a revelação do conhecimento não controlada pela vontade (Frister)	676
6. Diferenciação de acordo com o objeto de tutela (cont.): a contraposição entre instrumentalização física e espiritual (Verrel)	679
CAPÍTULO 2 – A liberdade contra a autoincriminação e as provas não declarativas: enunciação de um critério	687
I. Aproximação ao problema. A concordância prática como modelo de solução?	687
II. Posição adotada: a proteção do arguido contra a revelação não voluntária do seu conhecimento sobre os factos	696
CAPÍTULO 3 – A liberdade contra a autoincriminação e as provas não declarativas: algumas projeções do critério proposto	717
I. Os exames e as intervenções corporais	718
1. Enquadramento geral do problema	718
2. As provas de deteção de álcool e drogas no domínio da circulação rodoviária	723
3. Outros exames e perícias pessoais	731
4. O caso particular das análises genéticas	738
II. Os reconhecimentos compulsivos	752
1. Enquadramento geral do problema. Suas possíveis soluções	752
2. Uma proposta de solução à luz dos dados normativos internos.	759
III. A «recolha de autógrafos» e as perícias de caligrafia	763
IV. A comparação de voz e as perícias fonéticas	771
V. As formas não-verbais de comunicação	782
1. As reações corporais involuntárias no interrogatório.	782

2. A utilização do polígrafo ou «detetores de mentiras»	787
3. As técnicas de «leitura da mente» prometidas pelas neurociências	795
VI. As obrigações de entrega de documentos e outros objetos	815
1. As soluções ensaiadas nos direitos norte-americano e alemão. Breve referência à jurisprudência do TEDH	815
2. Uma proposta de solução à luz do critério adotado.	825
3. O caso especial dos deveres extraprocessuais de entrega de documentos: proposta de solução	833
CONSIDERAÇÕES FINAIS	851
BIBLIOGRAFIA	869