

UNIDADE VII

**Leitura obrigatória
COSTA ANDRADE, Sobre as proibições
de prova em processo penal, p. 120-132**

MANUEL DA COSTA ANDRADE
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

**SOBRE
AS PROIBIÇÕES DE PROVA
EM PROCESSO PENAL**

Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer processo electrónico, mecânico ou fotográfico, incluindo fotocópia, xerocópia ou gravação, sem autorização prévia do editor. Exceptua-se a transcrição de curtas passagens para efeitos de apresentação, crítica ou discussão das ideias e opiniões contidas no livro. Esta excepção não pode, porém, ser interpretada como permitindo a transcrição de textos em recolhas antológicas ou similares, da qual possa resultar prejuízo para o interesse pela obra. Os infractores são passíveis de procedimento judicial.



COIMBRA EDITORA

1992

Dito com HASSEMER, trata-se fundamentalmente de evitar que o «Estado se inflija a si próprio a perda de dignidade, distanciação e superioridade (*Verlust an Würde und überlegener Distanz*) (...) que encruta a diferença ética entre a perseguição do crime e o próprio crime» (10). Pela positiva e com HABERMAS: «terão de institucionalizar-se processos jurídicos de decisão permeáveis ao discurso moral». Só assim se preservará a necessária legitimidade material que a legalidade não logra só por si produzir (11). O que, de algum modo, aponta para o modelo contrafático de um processo comunicativo apenas aberto «à força coactiva do melhor argumento» (12).

§ 10. LIBERDADE DE DECLARAÇÃO E DEPOIMENTO — *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE*

1. Uma mais devida menção da liberdade de declaração e depoimento (*Aussagefreiheit*) ajudará a compreender melhor alguns dos enunciados que nos permitiram caracterizar o horizonte político-criminal e axiológico-material das proibições de prova.

Como projecção normativa e prático-jurídica dos dispositivos constitucionais atinentes aos *Aufgangsrechte* da *dignidade humana*, a *liberdade de declaração* não é um exclusivo do arguido. Com maior ou menor amplitude e consistência, ela assiste igualmente a outros sujeitos processuais, nomeadamente a vítima ou as testemunhas. Por razões óbvias, é, todavia, do lado do arguido que ela assume maior relevo. O que justificará o privilégio que, nesta sede e com propósitos meramente exemplificativos, concederemos à liberdade de declaração do arguido.

Como ESER assinala (13), esta liberdade analisa-se numa dupla dimensão ou função. *Pela positiva*, ela abre ao arguido o mais irres-

trito direito de intervenção e declaração em abono da sua defesa. Implica, noutros termos, que tenha de se garantir ao arguido a oportunidade efectiva de se pronunciar contra os factos que lhe são imputados, em ordem a infirmar as suspeitas ou acusações que lhe são dirigidas. *Pela negativa*, a liberdade de declaração do arguido ganha a estrutura de um autêntico *Abwehrrecht* contra o Estado, vedando todas as tentativas de obtenção, por meios enganosos ou por coacção, de declarações auto-incriminatórias. É precisamente nesta última dimensão, associada ao brocardo latino *nemo tenetur se ipsum accusare* (ou *prodere*) — que presta homenagem à lei talmúdica hebraica — que a liberdade de declaração do arguido assume mais directa relevância em matéria de proibições de prova.

Neste sentido e resumidamente, o arguido não pode ser fraudentemente induzido ou coagido a contribuir para a sua condenação, sc., a carrear ou oferecer meios de prova contra a sua defesa. Quer no que toca aos factos relevantes para a chamada questão da «culpabilidade» quer no que respeita aos atinentes à medida da pena. Em ambos os domínios, não impende sobre o arguido um dever de colaboração nem sequer um *dever de verdade*. E isto posta entre parênteses a *vexata quaestio* sobre se pode ou não falar-se com prioridade de um autêntico *direito do arguido à mentira* (14). Seja como for quanto a este ponto, não cremos que possa questionar-se a asserção de CASTANHEIRA NEVES: «O que ninguém hoje exige, superadas que foram as atitudes degradantes do processo inquisitório (a recusar ao réu a qualidade de sujeito do processo e a vê-lo apenas como meio e objecto de investigação), é o heroísmo de dizer a verdade auto-incriminadora» (15).

O que aqui está fundamentalmente em jogo é garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de autorresponsabilidade. Na liberdade de declaração espelha-se, assim, o estatuto do arguido

(10) HASSEMER, *Maihofer-Fs.*, pág. 204.

(11) HABERMAS, *KJ* 1987, pág. 13.

(12) *Ibidem*.

(13) ESER, *ZStW* 1967, págs. 571 e segs.

(14) Cfr., por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual*, págs. 449 e segs.,

e *BMJ* Dez. 1979 (291), págs. 163 e segs.; RUPPING, *JR* 1974, págs. 138 e segs.; PUPPE, *GA* 1978, págs. 302 e segs.

(15) CASTANHEIRA NEVES, *Sumários*, pág. 176.

como autêntico *sujeito processual*. Na verdade, «só pode falar-se de um *sujeito processual*, com legitimidade para intervir com eficácia conformadora sobre o processo, quando o arguido persiste, por força da sua liberdade e responsabilidade, senhor das suas declarações, decidindo à margem de toda a coerção sobre *se e como* quer pronunciar-se» (16).

2. a) O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* ganha, assim, o significado de uma decisiva pedra de toque, imprimindo carácter e extremando entre si os modelos concretos de estrutura processual. Bem podendo, por isso, figurar como critério seguro de demarcação e de fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações de processo inquisitório. Não devendo, pois, estranhar-se que as grandes linhas de clivagem e de afrontamento que marcam a evolução histórica das instituições processuais penais se tenham invariavelmente repercutido neste tópico (17).

Resumidamente, se a consagração mais ou menos explícita do princípio configura uma das marcas irrenunciáveis do processo penal de estrutura acusatória, já a sua denegação anda incindivelmente associada às concretizações históricas do processo inquisitório. Tanto do processo pré-moderno como das manifestações atávicas e mais recentes de inquisitório, de que oferecem exemplos expressivos quer a legislação processual penal de obediência nacional-socialista quer o direito processual penal dos estados socialistas.

O processo penal pré-reformado assentava consabidamente no dogma do *dever de verdade* que, acima de tudo, impenderia sobre o arguido. Uma concepção a que as representações escatológicas da teologia cristã, nomeadamente os ensinamentos de S. TOMÁS, emprestavam plausibilidade. E que encontrou expressão paradigmática na *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) cujo artigo 58.º prescrevia o recurso à tortura como forma de assegurar adimplemento, através da confissão, àquele dever.

(16) ESER, ZSW 1967, págs. 570/1.

(17) Para uma síntese histórica e comparatística, RÜPING, JR 1974, págs. 136 e segs.; DINGELDERY, JA 1984, págs. 407 e segs.; ESER, ZSW 1967, págs. 565 e segs.; ROGALL, *Der Beschuldigte als Beweismittel*, págs. 67 e segs.

Por seu turno, também o processo penal nacional-socialista e socialista sacrificam, cada um a seu modo, a prevalentes valores transpersonalistas, que colidem abertamente com o princípio *nemo tenetur*. Isto sobretudo depois de a ideia de autonomia pessoal de inspiração kantiana ter emprestado a este princípio uma conotação acen-tuadamente individualista e, por isso, uma tensão centrífuga e improntadamente individualista e, por isso, uma das características das gramáveis. Como PUPPE refere, «é uma das características das modernas ditaduras da atitude moral (*Gesinnungsdiktaturen*) partir do primado de um sublimado ideal de pertinência ao partido ou à comunidade, para sacrificar, humilhar e punir arbitrariamente o cidadão porque não logra satisfazer tão elevadas exigências» (18). Na mesma linha, e reportando-se concretamente à experiência nacional-socialista acentua RÜPING: «o valor central da comunidade transcende os interesses conflituantes no processo e obriga os participantes a colaborar no fim comum do processo, a descoberta da verdade. Os *direitos* dos participantes esgotam-se na sua funcionalidade para este fim, devendo consequentemente converter-se em deveres: quer deveres de declaração, quer, opinião também sustentada, deveres de realização de tarefas conformes à verdade» (19). Um modelo semelhante de processo, prossegue o autor, é oferecido «pelo direito vigente na DDR: o fim do processo, que se sobrepe ao antagonismo das partes, reside na promoção da legalidade socialista. Uma colaboração dos participantes tem o sentido de um contributo para a descoberta da verdade. Da vinculação à sociedade socialista emerge o dever de um comportamento adequado» (20).

b) Já referenciável nas representações subjacentes à Magna Charta, o princípio *nemo tenetur* viria a triunfar definitivamente no direito inglês a partir de 1679 (21). No seu texto original, a Constituição dos Estados Unidos da América era omissa quanto ao pro-

(18) PUPPE, GA 1978, pág. 298.

(19) RÜPING, JR 1974, págs. 136/7, onde pode igualmente colher-se uma referência desenvolvida à bibliografia de obediência nacional-socialista.

(20) RÜPING, *ob. cit.*, pág. 137.

(21) Desenvolvidamente, ROGALL, *Der Beschuldigte als Beweismittel*, págs. 72 e segs.

blena. O V Amendment (1791) viria, porém, a dar expressão positiva a um irrestrito e consistente *privilege aganst self-incrimination*. A partir de então a Constituição americana passa a proclamar expressamente: «No person (...) shall be compelled in any criminal case to be witness against himself». Princípio que seria complementado — a partir da marcante decisão do Supreme Court sobre o caso *Miranda v. State of Arizona* (1966) — com deveres particularmente exigentes de esclarecimento e advertência sobre os correspondentes direitos dos arguidos (22).

Vigente na ordenação jurídico-processual dos modernos Estados de Direito, o princípio *nemo tenetur* viria a ser igualmente inscrito na generalidade dos documentos internacionais de protecção dos direitos do Homem. Com destaque para o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966), cujo artigo 14.º, III, al. g), dispõe: «In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: not to be compelled to testify against himself, or to confess guilt».

No plano comparatístico merecerá citação a mais recente experiência jurídica germânica. A Lei Fundamental não consagra *expressis verbis* o princípio *nemo tenetur*. Mas isto não tem impedido a doutrina e a jurisprudência germânicas de sustentarem, de forma praticamente unânime, que aquele princípio configura verdadeiro «direito constitucional não escrito» (23). Nesta linha, é já possível contar com um conjunto significativo de decisões do Tribunal Constitucional Federal, sistematicamente fiéis ao entendimento de que o princípio goza hoje, na ordem jurídica alemã, de autêntica dignidade constitucional (24).

As hesitações e desencontro a este propósito sobranes circunstâncias crevem-se à identificação da sede jurídico-constitucional da respec-

(22) Sobre a evolução histórica e a vigência do princípio na experiência processual-penal americana, SCHMID, *Das amerikanische Strafverfahren*, págs. 22 e segs.; LAFAVER/SRAEL, *Criminal Procedure*, págs. 479 e segs.

(23) GRUNWALD, *StV* 1987, pág. 453. Em sentido convergente, GÖssel, *GA* 1991, pág. 501.

(24) Cfr., v. g., a decisão de 31.1.1981 (NJW 1981, pág. 1431).

tiva fundamentação e sancionamento. Assim, a jurisprudência, tanto constitucional como ordinária, propende para reconduzir o princípio à exigência fundamental, e conatural ao Estado de Direito, de respeito pela *dignidade humana*, proclamada no artigo 1.º, n.º 1, da Lei Fundamental («Die Würde des Menschen ist unantastbar») (25). A doutrina dominante privilegia, pelo contrário, a *liberdade geral de acção* ou o *direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, consoante do artigo 2.º, n.º 1, da mesma Lei Fundamental («Todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade»). Este direito fundamental, argumenta, por exemplo, DINGELDEY, garante «que o indivíduo não será reduzido a mero objecto da actividade estadual e visa realizar uma protecção completa da liberdade individual de cada cidadão. Ora, esta liberdade é posta em perigo quando o arguido é convertido em meio de prova contra si próprio. Só quando se reconhece ao indivíduo um direito completo ao silêncio no processo penal, se lhe assegura aquela área intocável de liberdade humana, em absoluto subtraída à intervenção do poder estadual» (26). Numa posição deliberadamente compromissória e ecléctica sustenta, por seu turno, RÜPING, que «o artigo 2.º, n.º 1, da Lei Fundamental protege o direito de autodeterminação também do arguido e do acusado e está em íntima conexão com a doutrina da dignidade humana segundo o arquétipo do conceito kantiano da autonomia» (27).

3. No que ao direito processual penal português especificamente concerne, a vigência do princípio, *nemo tenetur se ipsum accusare* afigura-se-nos unívoca.

Decisiva, desde logo, a tutela jurídico-constitucional de valores ou direitos fundamentais como a dignidade humana, a liberdade de acção e a presunção de inocência, em geral referenciados como a matriz jurídico-constitucional do princípio. Ainda no plano constitu-

(25) Neste sentido, por exemplo, a citada decisão de 31.1.1981 do Tribunal Constitucional Federal. Em sentido abertamente crítico, GÜNTHER, *JAS* 1978, págs. 195 e segs.

(26) DINGELDEY, *JA* 1984, pág. 409. Em sentido convergente, WOLFSLAST, *NSZ* 1987, pág. 104.

(27) RÜPING, *JR* 1974, pág. 137. No mesmo sentido, KÜHN, *JAS* 1986, pág. 117.

cional não deve desatender-se o significado de um preceito como o artigo 32.º, n.º 4, que prescreve a nulidade de «todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa...». Pois, a não cáirem sob a censura directa da tortura ou coacção, as provas obtidas em contravenção do princípio *nemo tenetur*, configurarão inescapavelmente um atentado à *integridade moral da pessoa*. É um atentado particularmente qualificado na medida em que redundada na degradação da pessoa em mero objecto ou instrumento contra si própria numa área onde cabe assegurar a expressão da plena liberdade e autorresponsabilidade (28).

Para além disso, a lei processual penal portuguesa contém uma malha desenvolvida e articulada de normas através das quais se assegura acolhimento expresso às mais significativas exigências do princípio *nemo tenetur*. A começar, e em se tratando de factos pertinentes à culpabilidade ou medida da pena, o Código de Processo Penal garante ao arguido um total e absoluto *direito ao silêncio* (art. 61.º, n.º 1, al. c)). Um direito em relação ao qual o legislador quis deliberadamente prevenir a possibilidade de se converter num indesejável e perverso *privilegium odiosum*, proibindo a sua valoração contra o arguido. E tanto em se tratando de silêncio total (art. 343.º, n.º 1) como em se tratando de silêncio parcial (art. 345.º, n.º 1). Para garantir a eficácia e reforçar a consistência do conteúdo material do princípio *nemo tenetur*, a lei portuguesa impõe, já o vimos, às autoridades judiciais ou órgãos de polícia criminal, perante os quais o arguido é chamado a prestar declarações, o dever de *esclarecimento ou advertência* sobre os direitos decorrentes daquele princípio (cfr. v. g., arts. 58.º, n.º 2; 61.º, n.º 1, al. g); 141.º, n.º 4; 343.º, n.º 1). Normas cuja eficácia é, por seu turno, contrafactivamente assegurada através da drástica sanção da *proibição de valoração* (art. 58.º, n.º 3) (29). A mesma sanção está prevista para as provas auto-incriminadoras obtidas à custa de *tortura, coacção, ameaças, perturbações*

(28) Neste sentido, desenvolvidamente, GRÜNVALD, JZ 1981, págs. 423 e segs.; WOLFSLAßT, MSZ 1987, págs. 104 e segs.

(29) Sobre a contrariedade a este propósito subsistente entre a doutrina e a jurisprudência alemã, cfr. *supra*.

da memória ou da capacidade de avaliação, ou meios enganosos (art. 126.º).

A ordem jurídica portuguesa leva, de resto, a tutela da *liberdade de declaração e depoimento*, subjacente ao princípio *nemo tenetur*, ao ponto de fazer intervir aqui o próprio direito penal substantivo, *ultima ratio* da política criminal. Fê-lo, concretamente, através do artigo 412.º do CP (*Extorsão de depoimento*), votado à incriminação das formas mais intoleráveis de afronta àquela liberdade.

4. Hoje não é tanto o reconhecimento do princípio *nemo tenetur* quanto e sobretudo a definição da sua compreensão e alcance, *sc.*, a precisa demarcação da respectiva área de tutela que suscita dificuldades.

a) Dificuldades que sobem de tom à medida que nos afastamos da consideração abstracta dos problemas e nos aproximamos das constelações típicas situadas na zona de fronteira e concorrência entre o estatuto do arguido como *sujeito processual* e o seu estatuto como objecto de medidas de coacção ou meio de prova (30). Nesta zona cinzenta deparam-se não raro situações em que não é fácil decidir: quando se está ainda no âmbito de um *exame, revista, acareação* ou *reconhecimento*, admissíveis mesmo se coactivamente impostos; ou quando, inversamente, se invade já o campo da inadmissível auto-incriminação coerciva.

Uma área problemática onde o critério tradicionalmente reconhecido para apartar as águas — a distinção entre uma actividade ou acção *positiva* e o mero tolerar *passivo* de uma actividade de terceiro — acaba por revelar comprometedoras limitações (31). Como WOLFSLAßT accentua, «não se é apenas instrumento da própria condenação quando se colabora mediante uma conduta activa, querida e livre, mas também quando (...) contra a vontade, uma pessoa tem de

(30) Desenvolvidamente, FIGUEROA DIAS, «Sobre os Sujeitos», págs. 26 e segs.

(31) Desenvolvidamente, WOLFSLAßT, MSZ 1987, págs. 103 e segs.; GRÜNVALD, JZ 1981, pág. 426; DINGELDEY, JA 1984, págs. 412 e segs. Quanto aos critérios alternativos, cfr., para além dos autores e obras citadas, PUPPE, GA 1979, pág. 304.

tolerar que o próprio corpo seja utilizado como meio de prova». De resto, acrescenta, será difícil discernir porque é que a dignidade humana do arguido só é atingida quando forçado a uma acção e não já quando compelido a ter de tolerar uma acção. «O tormento, a humilhação de ter de ser instrumento contra si próprio podem, em caso de passividade forçada e verificadas certas circunstâncias, ser maiores do que em caso de colaboração activa». A autora invoca a propósito as hipóteses em que, para se reconhecer o arguido, este é fisicamente obrigado a manter a cabeça erguida ou assumir uma dada expressão facial. Tudo «casos que demonstram claramente a inexistência de uma distinção qualitativa entre a acção e a omissão» (32).

b) As coisas são particularmente óbvias — e o critério da distinção entre colaboração activa e tolerância passiva relativamente seguro — quando se trata de obter, por coacção ou meios enganosos, declarações auto-criminadoras do arguido. Ou quando, reversamente, se questiona o direito do arguido ao silêncio e o significado do seu exercício.

Aqui parece consensual a tese que: por um lado, coloca as declarações do arguido a coberto de invencível proibição de valoração; e, por outro lado e complementarmente, proíbe que o silêncio do arguido possa de qualquer forma ser valorado contra ele. Hoje não encontraria seguidores a opinião sustentada por LUIS OSÓRIO: «pode o réu ficar calado ou mesmo recusar-se a responder, mas não pode evitar que o juiz tire do silêncio ou da recusa as conclusões que esse comportamento do réu pode autorizar» (33). O silêncio deve, por isso, ser tomado como a ausência pura e simples de resposta, não podendo, enquanto tal, ser levado à livre apreciação da prova. E isto, já o vímos, quer se trate de silêncio total quer, na parte pertinente, de

(32) WOLFSLAß, *ob. cit.*, pág. 104.

(33) LUIS OSÓRIO, *Comentário*, IV, pág. 158. Em sentido contrário, já no contexto do direito anteriormente vigente, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual*, págs. 448 e segs.

silêncio meramente parcial (34). «Se — explicita KÜHL — o arguido exerce o seu direito ao silêncio, ele renuncia (faculdade que lhe é reconhecida) a oferecer o seu ponto de vista sobre a matéria em discussão, nessa medida vinculando o tribunal à valoração exclusiva dos demais meios de prova disponíveis no processo. Para efeitos de valoração de prova, o silêncio figura, assim, como um *nullum iudicium (rehtliches Nullum)*» (35).

É ainda apelando para a distinção entre colaboração activa e mera passividade que na Alemanha se vem entendendo que o arguido não pode ser obrigado a «soprar» nos testes de controlo de alcoolemia. Como se entende outrossim que não é admissível gravar sem o conhecimento ou consentimento do arguido uma sua conversa mesmo que apenas para fins de peritagem fonético-linguística em ordem a identificar, *v. g.*, a voz captada numa escuta telefónica. Assim o decidiu o BGH, recentemente chamado a pronunciar-se sobre o problema (decisão de 9.4.1986) no contexto do caso *Schleyer* (36).

c) Tudo é já mais controverso em matéria de identificação e reconhecimento compulsivos de pessoas, tema particularmente agitado na doutrina e jurisprudência alemãs (37).

α) Não dispondo o direito positivo germânico de norma correspondente ao artigo 147.º da codificação portuguesa (*Reconhecimento de pessoas*), não faltam vozes a sustentar (38) não ser pura e simplesmente admissível compelir o arguido a enfrentar uma testemunha para efeitos de identificação e, muito menos, proceder ao reconhecimento do arguido por pessoa que ele não pode ver (cf. art. 147.º, n.º 3, do CPP). As dificuldades e desencontros de opinião ganham ampli-

(34) Neste sentido e no que especificamente concerne aos problemas do silêncio parcial, RÖHRING, *JR* 1974, págs. 137 e segs.; ESER, *ZStW* 1967, pág. 576; KÜHL, *JuS* 1968, págs. 118 e segs.

(35) KÜHL, *ob. cit.*, pág. 118.

(36) Cf. *N/W* 1986, pág. 2261.

(37) Desenvolvidamente sobre o tema, WOLFSLAß, *NSIZ* 1987, págs. 103 e segs.; GRÜNWARD, *JZ* 1981, págs. 423 e segs.; DINGELDEY, *JA* 1984, págs. 412 e segs.

(38) Cf., neste sentido, GRÜNWARD, *ob. loc. cit.*

tude quando o reconhecimento implica, ele próprio, a imposição coactiva de medidas como: corte do cabelo ou da barba; uso de artifícios para forçar uma posição da cabeça (puxando, v. 8., pelo cabelo) ou manter os olhos abertos ou uma dada expressão, contrariando-se, nomeadamente, o riso ou as práticas mímicas, etc. Todo um espectro de problemas a que a própria lei processual penal portuguesa está longe de assegurar resposta completa e expressa. E que, nessa medida, obrigam também a doutrina e a *praxis* nacionais a progredir sem o arimo do direito positivo. E sendo certo que o caminho terá de fazer-se sob a vigilância permanente de um dos mandamentos que presidem ao processo penal de um Estado de Direito: precisamente o de que *todo o atentado à liberdade dos cidadãos carece de expressa legitimação legal*.

β) Várias vezes confrontados com estes problemas, os tribunais superiores alemães, tanto o Tribunal Federal como o Tribunal Constitucional Federal, têm-se pronunciado a favor da admissibilidade da imposição de todas as medidas referenciadas (39). Fazem-no invocando, umas vezes, a analogia com os preceitos que legitimam, v. 8., a submissão coactiva a exames, recolha de sangue ou impressões digitais; outras, enfatizando o carácter, apesar de tudo, meramente passivo da intervenção do arguido. Como pode ler-se em recente decisão do *Kammergericht* (4.5.1979): «os acusados não foram obrigados a assumir uma dada expressão facial. Tiveram, pelo contrário, de ser coercivamente impedidos de — através de atitudes como: baixar ou abanar a cabeça, fechar os olhos, fazer caretas — frustrar o fim do reconhecimento, impossibilitando as testemunhas de encarar a sua fisionomia em estado normal e sem perturbações. Eles não foram, assim, coagidos a uma actividade positiva e voluntária, mas apenas forçados a pôr termo à desobediência ilícita ao dever, que sobre eles impendia, de uma tolerância passiva» (40).

Este entendimento da jurisprudência tem suscitado as reservas

(39) Cfr. WOLFSLAßT, *ob. loc. cit.*, e GRÜNWALD, *id. ibidem*.

(40) Cfr. *N/W* 1979, pág. 1668. No mesmo sentido, DINGELDEY, *JA* 1984, págs. 412 e segs.

reticentes da doutrina. Por um lado — objecção de que já tivemos oportunidade de nos fazer eco — contesta-se a pertinência e validade absoluta do critério exclusivamente assente na distinção conceptual-positivista entre acção e omissão. Dificilmente, argumenta-se nesta linha, se poderá mostrar que a adopção forçada de uma expressão facial haja de considerar-se, para todos os efeitos e sem mais, uma mera passividade. Isto explica a propensão dos autores para denegarem a admissibilidade de todas as formas de imposição forçada de uma dada expressão facial ou corporal, puxando, v. 8., pelos cabelos ou recorrendo ao uso de mordagens (41). Por outro lado e complementamente, contesta-se a legitimidade do recurso à analogia com normas legais que, por se reportarem a um meio de coacção, *strictissime sunt interpretanda* (42).

γ) Tudo objecções, convirá explicitá-lo, cuja pertinência face ao disposto no artigo 147.º (*Reconhecimento de pessoas*) da lei processual penal portuguesa se nos afigura linear. Na medida em que optou por consagrar expressamente um regime de reconhecimento imposto, o legislador português demarcou-lhe ao mesmo tempo os limites. Que o intérprete e aplicador do direito não estão legitimados a ultrapassar. Como cremos que o fariam, se não nos casos de fronteira como o simples corte de cabelo ou barba, pelo menos nas demais constelações típicas que temos vindo a considerar.

d) Há-de, por último, sublinhar-se que, enquanto emanação normativa da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade, o princípio *nemo tenetur* não comporta discontinuidades, sequer graduções, em função das sucessivas fases do processo ou da intervenção das diferentes instâncias formais. Irrestritamente válido em relação às autoridades judiciárias, terá de sê-lo igualmente perante os órgãos de polícia criminal. Acolhendo-nos à conhecida e expres-

(41) Desenvolvidamente, GRÜNWALD, *ob. loc. cit.*; WOLFSLAßT, *ob. loc. cit.*

(42) Neste sentido, GRÜNWALD, *ob. cit.*, págs. 425 e segs. Sobre a problemática, cfr. desenvolvidamente, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual*, págs. 439 e segs.

siva metáfora de RADBRUCH, o princípio terá de colher o respeito tanto do juiz que «habita o andar nobre da casa, onde predominam formas esmeradas de tratamento», como da polícia criminal que ocupa a «cave do edifício, onde a regra é o recurso a processos mais rudes de tratamento» (43).

CAPÍTULO IV

O DIREITO PORTUGUÊS FACE AOS MODELOS AMERICANO E ALEMÃO

§ 11. A EXPERIÊNCIA AMERICANA (*EXCLUSIONARY RULES*) E GERMÂNICA (*BEWEISVERBOT*): DOIS MODELOS DE COMPRENSÃO NORMATIVA, DOUTRINAL E PRAGMÁTICA

1. A almejada caracterização do direito português das proibições de prova, ao nível do traçado fundamental, aconselha a sua projecção sobre o panorama do direito comparado. Um exercício que nos propomos ensaiar privilegiando uma referência abreviada às experiências americana e alemã. Já por representarem os dois paradigmas tipologicamente mais consistentes e estabilizados de compreensão das proibições de prova; já por serem os que, de forma mais ou menos directa e assumida, mais vêm influenciando o direito português.

a) Isto na medida — importa acautelá-lo à partida — em que é possível identificar, sobre as profundas e múltiplas linhas de clivagem e descontinuidade da experiência das *exclusionary rules*, um conjunto de princípios, normas e práticas jurisprudenciais susceptível de ser referenciado como «o sistema» americano das proibições de prova. Terá, para tanto, de se começar por pôr entre parênteses as linhas mais expostas de divisão, *sc.*, as decorrentes do carácter federal do Estado e dos seus reflexos a nível da ordem jurídica. Em segundo lugar, terá de superar-se a tensão centrífuga, conatural ao modo de revelação do direito nos sistemas jurídicos da *common law*, assentes no primado do precedente. Como deverá, por último, contrariar-se a eficácia perturbadora e dispersiva provocada pelas oscilações da conjuntura.

(43) RADBRUCH, *Sauer-Fs.*, págs. 121 e segs.