

INTERVENÇÕES CORPORAIS PROBATÓRIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: COMPATIBILIDADE E LIMITES¹

JORGE DOS REIS BRAVO

«Não conhecemos as coisas senão através do nosso corpo, mas não sabemos como o nosso corpo conhece, nem quem conhece através do nosso corpo.»

E não sabemos o que sabemos, enquanto não conhecermos o conhecimento que o nosso corpo tem.»

Henri Atlan

Quando no dia 12 de Novembro de 2002 (no voo Rio de Janeiro – Lisboa), o sr. A.B. desembarcou no aeroporto da Portela, ele e os agentes aduaneiros encarregados da fiscalização dos passageiros, estavam longe de pensar nas consequências jurídicas que viria a implicar a condição do primeiro, naquelas circunstâncias.

Ao sr. A.B. foi, então, detectada e apreendida, escondida nos sapatos, uma substância com o peso de 360 gramas, que se revelou ser Cocaína. Mas ele informou os agentes alfandegários que também era portador de um outro saco suplementar que havia ingerido e se encontraria no estômago. Deu o consentimento verbal para um exame radiológico no Hospital de S. José, que efectivamente confirmou a presença de uma saqueta.

¹ A presente comunicação, apesar de ser apresentada em representação da Procuradoria-Geral Distrital do Porto, na ausência de posições ou directivas hierarquicamente vinculativas sobre a interpretação das matérias nela afluadas, por parte da PGR, veicula considerações produzidas a título exclusivamente pessoal, enquanto resultado de reflexão do autor, não podendo responsabilizar nenhuma outra entidade.

No dia 14 de Novembro o exame radiológico revelava que a saqueta não progredia no tubo digestivo do seu portador, apesar dos esforços de expulsão do mesmo por meios naturais e farmacológicos, constatando-se endoscopicamente (para o que deu consentimento escrito), que não tinha passado pelo piloro. Sendo contra-indicada a sua extracção por via endoscópica – pelo elevado risco que comportava para a vida do portador o rebentamento do invólucro (sendo praticamente fatal a assimilação do seu conteúdo pelo organismo) – decidiu-se proceder à sua extracção cirúrgica, dado o progressivo aumento do risco para a vida do visado, 72 horas após a sua detecção.

O visado deu consentimento (apenas) verbal para a dita intervenção cirúrgica, considerada de «urgência», dado o ostensivo e iminente risco para a vida do sr. A.B. No dia 15 de Novembro, pelas 00H10, o sr. A.B. foi intervencionado com sucesso, sendo extraído um pequeno saco contendo um produto que, após exame laboratorial, se revelou ser também Cocaína, recolhendo o paciente nesse mesmo dia ao Hospital Prisional de S. João de Deus.

O sr. A.B. foi processado, acusado e condenado numa Vara Criminal de Lisboa, como autor de um crime de tráfico de estupefacientes («correio de droga», «mula»), tendo o tribunal valorado a droga detida pelo arguido nos sapatos, e o conteúdo do saco extraído do estômago, bem como o depoimento dos agentes aduaneiros e dos inspectores da PJ, aplicando-lhe uma pena de prisão de 4 anos e dez meses, além da pena acessória de expulsão e interdição de entrada no território nacional.

O arguido cumpriu pena e foi transferido para cumprimento de pena, para o seu país natal (Polónia), onde a execução terminou em 5 de Dezembro de 2005.

Durante todo o processo, o arguido foi sempre assistido por advogados nomeados oficiosamente, tendo o que o assistiu na audiência de julgamento (por se tratar de substituto) a possibilidade de consultar e estudar o processo entre as 10H00 e as 15H00 do próprio dia do julgamento (18 de Setembro de 2003).

Aparentemente, nada de anómalo.

Será assim? Mais adiante, voltaremos ao caso.

O corpo é a estrutura somática do desenvolvimento da vida humana, que recorta a nossa existência física, sendo reconhecido pelos outros como realidade única, irrepetível e inimitável, dadas as suas características genéticas fisiológicas e fenotípicas. É, no fundo, o suporte vital que potencia a integral realização do

desenvolvimento da personalidade individual, que compreende a consideração da relevância de múltiplos aspectos incorpóreos (como as sensações, o pensamento, os sentimentos, as convicções).

Embora a relevância probatória do corpo não seja problemática exclusiva do processo penal², o corpo do agente criminoso sempre concitou o interesse das instâncias punitivas, do Estado ou de organismos políticos anteriores a ele, o que se traduzia pela plena consideração do arguido como objecto do processo (*reo*). São conhecidas as mais diversas formas de integral disponibilidade do imputado pelas instâncias repressivas, que vão desde as práticas persuasivas e coercivas de produção de prova (ordálios, tortura), passando pela aplicação de penas corporais, até à mais extrema manifestação da completa submissão do imputado à vontade dos poderes jurídicos do Estado ou de outras entidades, que é a pena de morte³.

Na obra de MICHEL FOUCAULT *Vigiar e punir – História da violência nas prisões*⁴, que nos fornece uma perspectiva histórica e sociológica sobre a evolução dos castigos e punições corporais desde a Idade Média até à Idade Moderna, o seu Capítulo I da I.ª Parte, é sintomaticamente intitulado «O corpo dos condenados».

A natureza ritual excessivamente desumana e dolorosa dos suplícios tinha uma justificação jurídico-política, com o propósito de perpetuar o poder pelo terror. À medida que as instituições jurídico-políticas se aperceberam que, afinal, as multidões sobre quem deveria operar a função aterrorizante dos castigos, se identificavam, muitas vezes, com o supliciado ou executado, reformula-se o cariz de tais práticas, mais por uma noção de utilitarismo político-social do que, exactamente, por razões humanitárias.

² Pense-se, p. ex., no âmbito do processo civil, no interesse da relevância probatória do corpo nos domínios do estabelecimento da filiação, da responsabilidade civil (por acidentes e outros factos ilícitos) de certos contratos que implicam a observação e utilização do corpo. Também no âmbito do processo laboral, o essencial interesse probatório do corpo releva no tocante à determinação do alcance funcional das lesões sofridas pelos sinistrados de trabalho e à definição dos termos da responsabilidade infortunistica (por acidentes de trabalho), da utilização de registo de prova por dados biométrica ou com recurso a videovigilância.

³ Pelo que, em rigor, mesmo em face de finalidades meramente retributivas, não se poderia qualificar como uma verdadeira *pena*, mas tão só ser encarada como emergência de uma *vindicta* oficialmente assumida (em que o Estado se arroga o direito de vingar irremediavelmente a ofensa a bens jurídicos, nos casos de crimes sem vítima, ou naqueles em que se subroga à vítima), com fundamento no talião.

⁴ Ed. Vozes, Reimp., 2002.

Em pouco tempo, as cerimónias do corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espectáculo, foram desaparecendo, deixando o corpo de constituir o alvo principal da repressão penal.

Entre fins do séc. XVIII e a segunda metade do séc. XIX a punição, passou de ser, gradualmente, um acto ou procedimento administrativo *post* decisão judicial.

Nas primeiras décadas do séc. XIX, as práticas punitivas passaram a implicar menos contacto físico com o corpo, tocá-lo o menos possível, para nele atingir algo que não é o próprio corpo. Este passa a ser instrumento, ou veículo. Qualquer intervenção sobre o corpo passa a ter como objectivo privar o indivíduo da sua liberdade, entendida simultaneamente como um bem e um direito. O corpo é, assim, colocado num sistema de coacção e de privação, de obrigações e de interdições, e os castigos aplicados passam a ser os trabalhos forçados, o degredo e a reclusão. Em qualquer caso, castigos bem distantes dos castigos corporais da época dos suplícios.

Mas também os rituais de execução [da pena] capital manifestam os propósitos do processo de supressão do espectáculo e de anulação da dor. Propõe-se, em homenagem a uma utopia do poder judiciário, tirar a vida evitando que o condenado sinta o castigo; privar de todos os direitos sem fazer sofrer; impor penas indolores, ao mesmo tempo que se assiste a um movimento das legislações europeias visando um mesmo objectivo: uma morte igual para todos, sem atender à natureza do crime ou ao estatuto social do condenado, uma morte tanto quanto possível instantânea, uma execução, no dizer de FOUCAULT, «que atinja a vida mais que o corpo». A guilhotina, utilizada generalizadamente a partir de 1792, traduz e materializa esse entendimento. A pena de morte, passou a ser encarada como um acontecimento processual, reduzida a um acontecimento visível, mas que se esgotava nesse acto. E, sobretudo, mais significativamente, tratava-se de aplicar a pena já não a um corpo passível de sofrer a dor, mas a um sujeito jurídico detentor, entre outros direitos, do direito de existir. A guilhotina marcou, assim, uma nova ética da morte penitencial, enquanto morte rápida, sem ritual do suplício.

Em meados do séc. XIX o poder sobre o corpo deixou de se centrar no suplício como técnica de sofrimento, embora subsistisse um resquício supliciante nos modernos mecanismos de justiça criminal, com um evidente abrandamento da crueldade penal,

afrouxamento esse que foi visto, durante muito tempo, como um fenómeno quantitativo: menos crueldade e menos sofrimento, mais respeito e mais humanidade: «Que o castigo (...) fira mais a alma do que o corpo», como lembra, de novo FOUCAULT. Já não é ao corpo que se dirige a punição, mas à “alma”. À expiação sobre o corpo deve suceder um castigo que actue, fundamentalmente, sobre o desejo, o intelecto, as ambições. E o sistema da justiça punitiva passa a confrontar-se com uma nova realidade, uma realidade “incorpórea”.

Todas estas realidades históricas estiveram assentes numa deliberada, ou não esclarecida, atitude de indiferença perante princípios como os da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, da proibição da auto-incriminação, que são, afinal, aquisições relativamente recentes. Contudo, pela progressiva generalização do seu reconhecimento nos sistemas legais processuais, aquelas manifestações são hoje, em quase todo o Mundo, só factos históricos. O que não significa que as questões respeitantes à ingerência e devassa do corpo não assumam hoje, perante o desenvolvimento científico-tecnológico, novos e insuspeitados contornos, a demandar exigentes exercícios de enquadramento e solução.

A assunção contemporânea de um *processo equitativo* postula a exigência da procura da verdade material com respeito pela dignidade da pessoa humana. Mas só a aquisição da verdade mediante provas obtidas de forma processualmente válida poderá traduzir a conformidade constitucional daquele propósito.

Parece, aliás, existir uma antinomia inconciliável entre a afirmação de que o imputado é sujeito processual – emergente da essencial [e eminente] dignidade da pessoa humana e da integridade pessoal (artigos 1.º e 24.º a 26.º da CRPort) – e o reconhecimento de que a sua pessoa é «usada corporalmente», volvendo-a em objecto do processo.

Duas concepções, a este respeito, são, abstractamente, possíveis.

Uma, postulando a admissibilidade, em quaisquer circunstâncias, da intervenção corporal probatória. Outra, recusando qualquer possibilidade de intervenção corporal probatória.

Os resultados de uma e de outra são evidentes: a primeira conduz ao totalitarismo, a segunda, desemboca na anomia social, com o inerente colapso de qualquer sistema de investigação criminal.

O que estará em causa, será o ponto de equilíbrio na determinação dos limites até onde é, face à Constituição e à Lei, consentida a ingerência.

O reconhecimento constitucional da eminente dignidade da pessoa humana, enquanto direito fundamental, deve garantir, se não mesmo promover, as possibilidades do livre desenvolvimento de cada pessoa, respeitando e protegendo essa sua condição de ingerências que a menosprezem.

Por isso, o seu alcance jus-fundamental não se deve ficar apenas na “fórmula objecto” (“*objektformel*”) de não-instrumentalização do ser humano, o que sucede quando se reduz este a um “simples objecto do Estado”, mas na preservação das suas mais elementares capacidades potenciais, sejam físicas, intelectuais, culturais, emocionais, sentimentais, sociais ou quaisquer outras que sejam reveladoras das qualidades humanas.

A actual narrativa constitucional reconhece que o mesmo tem uma decisiva influência na disciplina do catálogo dos direitos fundamentais, não se ficando por uma mera ressonância persuasora, mas interferindo na própria densificação desses direitos.⁵

Daí que essa directriz da dignidade da pessoa humana vede a existência de qualquer lei ou interpretação legislativa que constitua um tratamento desprezível da condição humana ou então que estabeleça inusitados e injustificáveis obstáculos ou mesmo impeça arbitrariamente a sua realização.

Tal só será possível se, para além de uma *exigência geral* de que todo o ser humano tem o direito inalienável a ser respeitado, também subsistirem *exigências particulares* que se reportam à individualidade de cada ser humano, partindo-se das suas particularidades, as quais devem ser igualmente respeitadas.

Nesta conformidade, o dever de respeito pela dignidade da pessoa humana, enquanto vertente do Estado de Direito Democrático, implica a preservação do direito à vida e à integridade pessoal (artigos 24.º e 25.º da CRPort) e à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem e à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar, à protecção contra quaisquer formas de discriminação [art. 26.º, n.º 1 da CRPort], e

⁵ Acórdãos do TC n.º 284/89, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 13.º, II, pp. 880 e ss.; n.º 105/90, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 15.º, pp. 357 e ss.; n.º 193/92, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 22.º, p. 497; n.º 748/93, DR I, n.º 298, p. 7139 e ss.; n.º 470/99, DR II, 2000/Mar./14, p. 4912 e ss.

contra as intromissões abusivas e arbitrárias na respectiva esfera de direitos [artigos 12.º da DUDH⁶ e 8.º da CEDH].

Talvez com excepção da dignidade da pessoa humana, nenhum dos outros direitos fundamentais é, como se sabe, absoluto⁷, devendo harmonizar-se e compatibilizar-se entre si e com outros interesses e direitos constitucionalmente protegidos, segundo um programa de concordância prática.

De acordo com o autorizado magistério do Professor FIGUEIREDO DIAS, «(...) o pior serviço, na perspectiva da sociedade democrática e liberal, que pode prestar-se à defesa dos direitos individuais é invocá-los sem razão bastante como entidades absolutas que recusam à partida todo o equilíbrio com direitos inalienáveis da comunidade. Se é certo que existe aqui um limite inultrapassável – o do respeito pela eminente dignidade pela pessoa –, em todo o resto os direitos e liberdades (incluídas as «garantias de defesa» a que se refere o art. 32.º-2 da Constituição da República Portuguesa) têm inevitavelmente de entrar em conjugação, transacção ou concordância com os direitos de protecção e de realização da vida comunitária; suposto naturalmente que, como se exprime a nossa Constituição no art. 18.º, permaneça respeitado o *conteúdo essencial* do direito fundamental e a sua limitação ocorra segundo os princípios estritos da *necessidade* e da *proporcionalidade*»⁸.

Com especiais refrações nos domínios cuja abordagem se ensaia, podem apontar-se os direitos à integridade pessoal (na sua dimensão física e psíquica) – em que avulta a proibição de sujeição a tratamentos degradantes ou a maus tratos –, ao bom nome e reputação – supondo que a mera instauração de processo crime contra um imputado se deve rodear de precauções materiais – e à palavra e à imagem – em que avulta a proibição da captação e registo indiscriminados de conversações e imagens. Estes dois últimos, constituem, por seu turno, a tutela de dimensões de índole não

⁶ De acordo com o art. 16.º, n.º 2 da CRPort “Os preceitos constitucionais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

⁷ A única excepção ao carácter absoluto do direito à vida será, porventura, a causa de justificação da legítima defesa. No entanto, no restrito âmbito do processo (penal) equitativo, não faz qualquer sentido formular essa excepção – uma vez que nunca o Estado pode pôr em causa, com propósitos probatórios, aquele direito –, devendo, nessa acepção, considerar-se, por isso, absoluto.

⁸ Acordos sobre a sentença em processo penal – O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”?, CD do Porto da Ordem dos Advogados, Porto, 2011, p. 27.

rigorosamente corpórea do sujeito, mas que, em todo o caso, exprimem projecções da utilização do corpo da pessoa, tendo, aliás, um âmbito específico de abordagem processual⁹.

Porém, como é evidente, nenhum desses direitos pressupõe uma integral incolumidade na sua afirmação. Antes, consentem diversos patamares de recíproca compressão, mormente quando se equacionam em interacção ou combinação, num dado contexto processual (penal) em que visa esclarecer-se um crime.

A investigação criminal confronta-se – é quase ocioso lembrá-lo –, não raro, com a necessidade de devassa¹⁰ e ingerência em múltiplas dimensões do corpo e da privacidade pessoal. Dir-se-ia, mesmo, que não se poderia esperar que uma investigação criminal hodierna lograsse alcançar minimamente os objectivos que prossegue, sem algum grau de devassa da privacidade e de ingerência sobre o corpo¹¹.

O processo penal caracteriza-se, aliás, por ser palco, muitas vezes dramático, da dialéctica entre os interesses no estabelecimento da verdade material e do *ius puniendi* do Estado, por um lado, e os valores da reserva da intimidade da vida privada, por outro, os quais, se podem surpreender-se do lado da vítima, suscitam maiores preocupações sobretudo no que a respeita à posição processual do arguido ou suspeito, pela plausibilidade de serem criminalmente responsabilizados.

De uma forma algo aforística pode dizer-se que a tensão entre a «presença» do corpo e a ingerência corporal, é uma constante no processo penal: o corpo humano será, a um tempo, causa da sua instauração, justificação da sua existência, instrumento a utilizar na demonstração dos factos a investigar e, no caso de sobrevir uma decisão condenatória, o suporte físico da expiação de uma pena ou medida de segurança, seja através da privação total ou parcial da liberdade, seja através da redução patrimonial ou da obrigação de realização de certas actividades.

⁹ Concretamente, nos regimes das intercepções de comunicações (arts. 187.º a 190.º do CPPen) e de recolha de voz e de imagem (art. 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11-01).

¹⁰ Como nota de curiosidade histórica, refira-se que *devassa* (autos de) era a designação da forma de processo criminal inquisitório estabelecido nas Ordenações do Reino. De forma algo metonímica, o termo daquela forma processual passou gradualmente a significar várias modalidades de invasividade da vida privada.

¹¹ A produção e obtenção de elementos de prova dependem, frequentemente, da ingerência em múltiplos domínios da privacidade, onde, sem a legitimação da autorização legal – e concretamente jurisdicional –, o acto pode ser fulminado de invalidade.

O corpo humano é um vasto e fecundo campo de informação. Informação criminalística relevante, porventura indispensável. Informação sensível, que poderá, dentro de certas condições, contribuir para a incriminação do próprio sujeito processual. O corpo do arguido – enquanto presumido inocente – assume hoje um extraordinário interesse criminalístico, quando se pretenda com a sua mera presença física, com o recurso a prova documental sobre dados clínicos e de saúde, ou através da obtenção de fragmentos de tecidos, secreções ou até de exames e intervenções invasivos (imagiológicos ou cirúrgicos), o estabelecimento de conclusões probatórias que, de outro modo não se logariam obter com o mesmo grau de (elevada) probabilidade.

Os avanços científicos na descodificação do genoma humano e as descobertas do potencial criminalístico do ADN, incrementaram uma natural apetência dos poderes estaduais para a sua utilização como metodologias de investigação criminal. A sua utilização, sendo incontornável, deve ter como limites – para não se traduzir em formulações totalitárias – a dignidade da pessoa humana – já que não coloca qualquer conflito com o direito à vida –, e a harmonização de outros direitos fundamentais do imputado com os interesses jurídicos violados com a prática do facto criminoso e das suas vítimas, além do interesse comunitário no estabelecimento da verdade material e da efectividade da pretensão punitiva do Estado (com o corolário do programa teleológico funcional ínsito nos fins das penas).

O arguido é, no nosso sistema processual penal, considerado como sujeito [processual]. Mas a sua presença comunicacional no processo pode surgir também como meio de prova¹² e, numa certa acepção, enquanto *objecto* do processo. Considerar-se-á plenamente como tal, enquanto lograr, através da sujeição – relevantemente consentida – a diligências de prova que excluam a sua responsabilidade.

Isto é uma constatação.

¹² Desde logo, na acepção em que as declarações em interrogatório de arguido, na medida em que sejam prestadas livremente e visando contribuir para o esclarecimento da verdade material, não podem deixar de assumir, simultaneamente, as características de *meio de defesa* e de *meio de prova*. Cfr., neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, 1.º Vol., Coimbra Editora, Coimbra, 1981, pp. 428-431 e 440-443.

O que pode ser mais questionável é a conformação do estatuto que possa implicar a sua sujeição coerciva a diligências e meios de obtenção de prova que apontem ou comprovem a sua culpabilidade.

Estas questões contendem de muito perto com o âmbito do princípio da não auto-incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Este princípio não tem consagração explícita na Constituição, sendo comumente aceite que se acha implicitamente nela acolhido, pela refracção de outros direitos e princípios nela expressamente plasmados.

É, pois, um princípio rector e comum ao processo penal contemporâneo continental e anglo-americano¹³, sendo originariamente concebido como um «direito ao silêncio», um direito a guardar segredo sobre factos que possam incriminar o imputado (arguido).

O alcance originário – e quase literal desse direito – tem evoluído para uma configuração mais ampla, que invade outros domínios, como os da não obrigação de sujeição indiscriminada do arguido a certas diligências e actos processuais, a entregar documentos, ou a sujeição a diligências de prova ou a exames corporais de forma coerciva, e não autorizados por autoridade jurisdicional¹⁴.

Integram o princípio *nemo tenetur* os valores da dignidade humana, da liberdade de acção e o próprio princípio da presunção de inocência, todos com consagração constitucional (artigos 1.º, 26.º, n.º 1 e 32.º, n.º 2 da CRPort), sendo o mesmo reafirmado no comando do art. 32.º, n.º 8 da CRPort, ao enunciar que serão nulas «todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa (...)», asserção reiterada no art. 126.º, n.º 1 do CPPen.

A este propósito, já escreveu penetrantemente COSTA ANDRADE que «(...) a não caírem sob a censura directa da tortura ou coacção, as provas obtidas em

¹³ É possível surpreender a manifestação do princípio *nemo tenetur*, no direito inglês, na Magna Charta, desde, pelo menos, 1679, e, no direito norte-americano, desde a V Amendment, em 1791, sendo proclamado na Constituição americana com a seguinte formulação: «*No person (...) shall be compelled in any criminal case to be witness against himself*», reformulando significativamente a representação do já anteriormente aceite *privilege against self-incrimination*.

¹⁴ Para uma perspectiva dessas novas dimensões do princípio *nemo tenetur*, cfr. AUGUSTO SILVA DIAS e VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à Não Auto-Inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 19-22.

contravenção do princípio *nemo tenetur*, configurarão inescapavelmente um atentado à *integridade moral da pessoa*. E um atentado particularmente qualificado, na medida em que redunde na degradação da pessoa em mero objecto ou instrumento contra si própria numa área onde cabe assegurar a expressão da plena liberdade e autorresponsabilidade»¹⁵.

Há que reconhecer, no entanto, a sensível dificuldade em estabelecer os limites e alcance do princípio *nemo tenetur*, no confronto com diligências e actos probatórios com intervenção das pessoas, como buscas, revistas, exames, acareações, reconhecimento, admissíveis, mesmo que coercivamente impostos, e outras realidades em que seja possível descortinar uma ingerência inadmissível nos direitos fundamentais do sujeito e, portanto, a vulneração do princípio da não auto-incriminação.

Alguns autores ensaiam uma posição que está fundada num critério de distinção entre a actividade – desenvolvida pelo sujeito – e a mera tolerância (passiva) da actividade de terceiro – por parte do sujeito –, para justificar que só na primeira situação se vulneraria o princípio. Este critério não nos parece, porém, satisfatório, porquanto, sendo em ambas as hipóteses a intervenção (activa ou passiva) do sujeito realizada contra a sua vontade, ou coercivamente, não se afigura que a mera tolerância corporal à diligência desenvolvida por terceiro, só por isso, se distinga qualitativamente da conduta activamente imposta.

O que nos parece decisivo é a ponderação de interesses que podem estar subjacentes a uma necessidade ou obrigatoriedade no estabelecimento da responsabilidade criminal do imputado, pelo Estado, face à garantia da efectividade do concreto direito fundamental do suspeito que possa ser vulnerado.

Crê-se que a resposta se deverá encontrar na equação: necessidade e justificação de afirmação do *ius puniendi* do Estado vs. conservação da incolumidade do conteúdo do direito fundamental questionado por certa intervenção dos poderes públicos com vista ao exercício daquele.

Essa fórmula é fornecida genericamente pela Lei, de acordo com características de abstracção e generalidade, ao estabelecer as previsões dos casos em que, processualmente, pode ocorrer uma compressão de um direito fundamental.

¹⁵ *Sobre as Proibições de Prova*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 126.

Mas também, em segunda linha, pelo órgão judiciário competente concretamente legitimado para dirimir aquele conflito e emitir um juízo de conformidade constitucional, optando pelo interesse [conflituante] prevalente, em função de critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade.

Deste feixe de considerações resultam, em nosso entender, dois conjuntos de normas processuais probatórias que admitem a ingerência sobre o corpo: um, quanto à finalidade e outro, quanto à modalidade.

Quanto à finalidade, podem apontar-se as normas respeitantes a situações visando 1) a própria identificação do imputado (suspeito ou arguido), e 2) a determinação da presença de substâncias proibidas (estupefacientes, doping) ou em valores que excedam o legalmente admitido para o exercício de certas actividades (álcool, na condução e detenção de armas).

No que respeita à modalidade, identificam-se, pelo menos, cinco planos em que a ingerência ou possibilidade de intervenção sobre o corpo se pode manifestar:

1) enquanto «objecto» a localizar ou monitorizar geograficamente (localização celular, vigilância policial);

2) enquanto esconderijo ou disfarce (revistas, apreensões);

3) na obrigação de presença física (presença em actos processuais, *maxime* reconhecimento pessoal e exames e perícias médico-legais, julgamento), desde que não perspectivados como afloramentos do direito de defesa, nos termos do art. 61.º, n.º 1, al. a) do CPPen;

4) como repositório de amostras de material biológico necessário para exames e averiguações comparativos (expiração de ar, recolha de fluidos, células, tecidos e secreções), a que chamaríamos de “ingerência tópica”; e

5) como objecto de intervenções invasivas *stricto sensu* (sondagens, captação de imagens por métodos de imagiologia e RX e intervenções cirúrgicas), que designaríamos de “ingerência profunda”.

A título incidental, para ilustrar o que acabamos de enunciar, pode mencionar-se a controvérsia que já teve pronunciamento jurisprudencial, no tocante à admissibilidade da recolha da amostra de sangue efectuada, sem o consentimento do condutor – ainda não arguido, mas apenas por ter incorrido numa actividade que comporta riscos (a

condução rodoviária¹⁶) ou cujo resultado foi desvalioso –, por não ter sido possível a realização de prova por pesquisa de álcool no ar expirado, após acidente de viação¹⁷. Neste particular domínio, assume significado particular a admissibilidade do valor probatório da TAS através da recolha de sangue em condutor inconsciente.

Não será a única vertente problemática do problema, mas, sabendo que o condutor se pode negar a submeter ao teste de alcoolemia, incorrendo no crime de desobediência, qual será, em princípio, prevalente: a vontade do condutor, entretanto já constituído arguido, face ao resultado do exame (obtido sem o seu consentimento), desembocando-se numa virtual situação de impunidade? Ou a inevitabilidade de atender ao valor desse resultado, considerando que o mesmo não poderia, materialmente, ter-se prevalecido da hipótese de ficar incurso no crime de desobediência?

Pensamos que, em tais situações, será legítimo formular um raciocínio de “reconstituição póstuma” das possibilidades legais.

O condutor não pôde materialmente – porque não teve qualquer actuação volitiva (estava inconsciente) que o compromettesse criminalmente – incorrer no crime de desobediência, pelo que tal hipótese ficará arredada.

Só resta, nesse contexto, apurar o valor da TAS através de método legalmente admissível – exame ao sangue, enquanto única forma de o Estado poder dar cumprimento ao seu dever de preservação dos interesses comunitários na segurança rodoviária (art. 152.º, n.º 1 do CESt)¹⁸. Trata-se de um meio admitido, cuja previsão

¹⁶ Art. 292.º, n.º 1 do CPen. A hipótese é, de resto, transponível para o caso de uso e porte de arma (cfr. art. 88.º do RJAM - Lei n.º 5/2006, de 23-02, na versão da Lei n.º 17/2009, de 06-05).

¹⁷ Limitando-se à apreciação da (in)constitucionalidade orgânica, enquanto no acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 275/2009, se decidiu pela inconstitucionalidade orgânica dos artigos 152.º n.º 3, 153.º n.º 8 e 156.º n.º 2, todos do Código da Estrada, na redacção introduzida pelo Dec.-Lei n.º 44/2005, de 23-02, no acórdão do mesmo Tribunal n.º 479/2010, de 09-12-2010, não ocorre a inconstitucionalidade orgânica de tais preceitos.

¹⁸ Precisamente em atenção a este carácter subsidiário e excepcional, foi sublinhado no Acórdão da Relação de Coimbra, de 14-07-2010 (proferido no processo n.º 113/09.3GBCVL), para justificar a desnecessidade de um consentimento expresso do examinando: «Desde logo, porque o exame de sangue é a via excepcional para a recolha de sangue para os efeitos referidos, apenas admitido em casos expressamente tipificados, nomeadamente quando o estado de saúde não permite o exame por ar expirado, como se consagra nos artigos 153º, n.º 8 e 156º, n.º 2 do C. Estrada.».

legal (art. 153.º, n.ºs 4 e 8 do CEst), por si só, traduz um significado de tolerabilidade de ingerência na integridade corporal do visado, mas que, no caso dos estados de inconsciência, é mesmo a única forma de determinar o grau de alcoolemia e tutelar, dessa forma, o interesse comunitário na segurança rodoviária, para além de não implicar nenhum sacrifício insuportável ao examinado (que está inconsciente) e, ainda que não tenha finalidade terapêutica (mas sim probatória), não significar um aprofundamento injustificado do seu estado nosológico, para além de poder contribuir para a sua desresponsabilização, mesmo no plano exclusivamente civil (caso o resultado seja negativo)¹⁹.

Também o Tribunal Constitucional – na Decisão Sumária nº 132/2011 – entendeu já que a norma constante do art. 156º, n.º 2 do CEst (na redacção do Dec.-Lei n.º 44/05, de 23-02, não era inconstitucional, quando interpretada no sentido de permitir o exame através de recolha de sangue “... se não tiver sido possível a realização do exame referido no n.º 1 do mencionado artigo”.

O AcRP de 18-05-2011 (proc. 438/08.5GVNF.P1), apreciou também a questão da necessidade de consentimento expresso para tal exame, tendo sido proferido numa situação de facto onde era impossível o exame de pesquisa de álcool, através do ar expirado. Na verdade, referiu-se aí expressamente: «Resulta também dos documentos clínicos de fls. 77 a 80, que o recorrente se encontrava no Serviço de Urgências hospitalares, entubado, com respiração assistida e apresentando lesões traumáticas, quando foi efectuada a recolha da amostra de sangue, de onde se pode concluir da impossibilidade de ter sido esclarecido (e de entender, mesmo que tal lhe fosse comunicado, para eventualmente manifestar a sua recusa) sobre a finalidade dessa recolha».

Ainda no mesmo sentido, apesar de se pronunciar no sentido de inexistir matéria de facto donde pudesse concluir-se pela impossibilidade de exame por método de ar expirado, cfr. AcRP de 15-06-2011 (relatora Desemb. Élia S. Pedro).

¹⁹ Cfr. neste sentido, AcRP de 19-10-2011 (rel. Desemb. Moisés Silva): «Nos casos de acidentes de viação, a prova de que o condutor não estava alcoolizado é um elemento fáctico importante para a questão do apuramento da responsabilidade ou imputação do acidente. Esta prova só se consegue obter pela via invasiva da recolha de sangue, quando o método de recolha através do ar expirado não é possível[5], nos termos da lei.

O arguido tem direito ao silêncio e à não auto-incriminação. Todavia, parece-nos que o direito ao silêncio tem em vista o direito do arguido não fazer ou não prestar declarações ou não colaborar na recolha de elementos de prova que o incriminem, sem estarem previstos em lei anterior à prática dos factos que preveja a sua obtenção de forma coerciva ou sem o seu consentimento, nos termos pressupostos pelos art.ºs 18.º, 25.º e 32.º n.º 8 da CRP e 126.º do CPP, enquanto que no caso de recolha de sangue se está a praticar um ato imprescindível para a descoberta da verdade material, sem o qual não é possível descortiná-la, devidamente previsto em lei prévia à prática dos factos – art.ºs 152.º a 156.º do CE e demais legislação regulamentar - e sem ferir de forma desproporcional ou intolerável os direitos e garantias do arguido.

A recolha de sangue prevista na lei não visa lesar qualquer interesse específico do arguido, mas apenas permitir a realização de uma perícia médico-legal, sem violação intolerável da sua dignidade enquanto ser humano ou a sua integridade física ou moral.

Retomando o caso inicialmente reportado, o sr. A.B. apresentou queixa no TEDH contra o Estado Português, ali invocando, ao abrigo do art. 3.º da CEDH, a circunstância de não ter tido a possibilidade de contestar a legalidade ou a proporcionalidade da intervenção cirúrgica em causa, de não ter dado qualquer consentimento escrito para a intervenção cirúrgica a que foi submetido, de não ter sido esclarecido devidamente sobre os riscos que corria e sobre os métodos alternativos existentes, contestando também a necessidade terapêutica da intervenção, cujas consequências, por ter sido transferido no próprio dia para o Hospital Prisão, ainda sofria na data da queixa.

O Estado Português contestou, dizendo que o arguido deu o consentimento verbal para tal operação, que não visou a recolha de provas, mas, essencialmente, de salvar a vida do mesmo, que se encontrava em elevado grau de risco.

O TEDH pronunciou-se²⁰, quanto à violação do art. 3.º da CEDH, «*Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes*»:

Havendo desacordo entre as Partes, o TEDH entendeu, quanto ao **consentimento informado**, o TEDH estranhou que não houvesse sido colhida uma

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem-se vindo a cristalizar no sentido de que o direito à não auto-incriminação ou auto-inculpação nos processos criminais está ligado ao princípio da presunção da inocência do acusado, pelo que a acusação deve provar os factos sem recurso a prova obtida por via opressiva ou coerciva e com respeito pela vontade do acusado.

Todavia, não se verifica a violação do direito de não auto-incriminação quando são utilizadas em processo penal evidências que podem ser obtidas do acusado mediante o recurso a poderes coercivos, como obtenção, entre outros, de amostras de hálito, sangue, urina e tecidos corporais para realização de exame de ADN, desde que previstas em lei anterior aos factos.

Neste contexto, entendemos que não viola a integridade física e moral do arguido a recolha da amostra de sangue que lhe foi efetuada, sem o seu consentimento, por não ter sido possível a realização de prova por pesquisa de álcool no ar expirado, após acidente de viação em que interveio, pelo que não se mostram violados os art.ºs 25.º e 32.º n.º 8 da CRP, nem o art.º 126.º do CPP.

A recolha de amostra de sangue no hospital constituiu um meio de obtenção de prova legal e o resultado obtido através no Instituto Nacional de Medicina Legal, que efetuou a pesquisa quantitativa de álcool no sangue do arguido, constitui também um meio de prova legal, a qual foi bem valorada na sentença e não é inconstitucional.»

²⁰ Trata-se do Ac do TEDH de 07-10-2008 (Proc. 35228/03; Bogumil c. Portugal).

autorização escrita ao arguido para a intervenção cirúrgica, como o fora para a endoscopia realizada anteriormente, em princípio menos invasiva.

Por isso, entendeu não acolher a posição do requerente, por não haver sido demonstrado que o mesmo tenha sido forçado a submeter-se à operação.

Relativamente à **intervenção cirúrgica** – que deve observar todos os cuidados relativamente a pessoas detidas ou não – não se colocava nenhuma violação do art. 3.º da CEDH, demonstrado que a mesma foi executada por médicos com experiência, que houve acompanhamento pós-operatório, não se podendo defender que a mesma, justificada por necessidade terapêutica, tivesse sido «desumana» ou «degradante» da condição humana. Por outro lado, acolheu a argumentação do Estado Português no sentido da existência de uma finalidade eminentemente terapêutica, e que a recolha da saqueta de droga não fora indispensável para estabelecer a sua responsabilidade criminal, que derivou de outros elementos probatórios.

Quanto à violação do art. 8.º da CEDH, «*1 - Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.*

2 - Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros».

O TEDH equacionou a legalidade da intervenção, exprimindo dúvidas sobre a base legal conferida pelo disposto nos artigos 156.º do CPen e 58.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos²¹, apesar de considerar suficiente a base legal conferida pelo art. 127.º do Dec.-Lei n.º 265/79, de 01-08 (Regime de Execução das Medidas Privativas de Liberdade): o requerente encontrava-se detido e carecia de cuidados que o Estado estava em condições de proporcionar.

²¹ O Código Deontológico da Ordem dos Médicos surge com base no Dec.-Lei n.º 282/77, de 05-07, que define o Estatuto da Ordem dos Médicos, e lhe confere a prerrogativa de elaborar um «Código Deontológico», através do Conselho Nacional de Deontologia e Ética Médica, sendo terminado nos inícios dos anos 80, nunca tendo sido aprovado por acto normativo formal, não assumindo as suas normas o estatuto de «lei do Estado». Em rigor, deveria ter sido designado como «Código de Ética e Deontologia da Ordem dos Médicos».

Quanto à necessidade da ingerência, considerou-se que a finalidade da ingerência foi a de proteger a saúde do requerente. Também quanto à proporcionalidade da medida, o TEDH considerou haver justo equilíbrio entre o interesse público em proteger a saúde (de terceiros, bem jurídico pressuposto no crime de tráfico de estupefacientes) e o direito do requerente à sua integridade física e moral.

O TEDH acabou por declinar a existência de qualquer violação dos artigos 3.º e 8.º da CEDH – disso desresponsabilizando o Estado Português, apesar de (n)o(s) ter condenado por irregularidade na forma de representação processual do requerente, que entendeu não ser a mais conforme ao art. 6.º, §§ 1 e 3, c) da CEDH.

Esta decisão, não se pronuncia directamente sobre a questão do valor probatório da recolha da substância existente no estômago do requerente, situação que foi, no entanto, já questionada noutra jurisprudência do TEDH²². Esta instância descartou, assim, qualquer afronta aos direitos humanos no tocante à intervenção cirúrgica a que foi submetido o sr. A.B., cuja violação ele invocou.

Esta conclusão poderia levar-nos à consequência directa de nenhum direito fundamental ter sido, dessa forma, afectado. Porém, a inferência seria precipitada. Conforme se viu, a instância judicial do CdE não considerou a questão da admissibilidade ou inadmissibilidade do valor probatório da substância [estupefaciente] extraída do estômago do sr. A.B., por tal não ser directamente objecto do processo.

Em primeiro lugar, tenha-se em consideração a proverbial equivocidade lógica ínsita no confronto entre a pretensão punitiva do Estado – de acordo com os princípios da legalidade e da oficiosidade, além do inerente propósito do estabelecimento da verdade material – e o princípio da presunção de inocência. Lembre-se, a este respeito, a advertência de CUNHA RODRIGUES, no sentido de que «(...) a ideia de pré-responsabilidade do arguido assenta numa petição de princípio: a de que o arguido é

²² Assim, no processo que originou outra queixa contra o Estado Português pelo sr. Komba, no qual este foi condenado como autor do crime de tráfico de estupefacientes – numa situação em tudo semelhante à do sr. A.B. – as três saquetas contendo Cocaína que lhe foram extraídas do estômago, não foram, porém, tomadas em consideração na decisão condenatória interna (de 5 anos e 6 meses de prisão, além da expulsão do território nacional), dado ter-se demonstrado, nesse processo, que o mesmo não autorizara por qualquer forma ser submetido a intervenção cirúrgica para extracção das saquetas contendo estupefacientes. No referido processo, Komba c. Portugal, n.º 18553/03, houve decisão de não apreciar o mérito, por desinteresse do requerente.

agente do facto criminoso, hipótese que o processo se destina exactamente a esclarecer»²³.

Aqui começa o paradoxo.

Enquanto presumido inocente, o agente a quem as autoridades suspeitam que as saquetas engolidas e existentes no estômago contêm substância presumivelmente proibida, pode recusar²⁴, em princípio, uma ingerência corporal tendente a determinar (ou confirmar) a natureza da substância. Mas é por se presumir que a substância é proibida que o Estado tem interesse em confirmar tal natureza, e em investigar as circunstâncias da sua detenção e em punir, conseqüentemente, o seu portador.

Porém, achando-se este detido, por tal suspeita, o Estado tem o dever de, por todos os meios, preservar a vida dessa pessoa (mesmo contra sua vontade), por se encontrar sob a sua custódia.

Se, para a salvar, ou prevenir o risco para a vida da pessoa (suspeita e detida), o Estado tiver de a sujeitar a uma intervenção cirúrgica, para extracção da substância, tem um direito soberano sobre essa substância (recolhida) desde o início da suspeita, ou em circunstâncias idênticas às de uma revista?

E, na relação clínica e cirúrgica que dessa forma se estabelece, o dever de segredo médico é totalmente obnubilado, passando o cirurgião a actuar como mero interveniente e auxiliar técnico-científico da investigação criminal?

Pode dizer-se que há, em tais circunstâncias, um direito ao «silêncio corporal», por parte do suspeito?

Sobre a complexidade das questões aqui apenas enunciadas, é ocioso pronunciarmo-nos.

Procura-se ensaiar uma tosca tentativa de solução, ciente de que a questão é tudo menos pacífica²⁵.

²³ «Sobre o princípio da igualdade de armas», *RPCC*, Ano I, Fasc. 1.º – Janeiro-Março de 1991, p. 89.

²⁴ No sentido de não dar o consentimento à ingerência, apesar de a mesma poder vir a ser suprida pela intervenção da autoridade judiciária competente, v.g., o juiz (de instrução).

²⁵ E não encontrando especial arrimo numa norma como a do art. 61.º, n.º 3, al. *d*) do CPPen: «Recaem em especial sobre o arguido os deveres de: *d*) Sujeitar-se a diligências de prova (...) especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente».

Em tais situações, havendo um *dever de ingerência* do Estado – tendente à preservação da vida do suspeito detido – o resultado de uma tal ingerência não pode ser ignorado, relevando em sede probatória, desde que garantida a necessidade e proporcionalidade, igualmente terapêutica, da intervenção, e considerando que a mesma observou as *leges artis*, com o que se assegura a preservação da dignidade pessoal.

No caso particular do tráfico de estupefacientes, a norma do art. 53.º do Dec.-Lei n.º 15/93, de 22-01, prevê a possibilidade de ser ordenada revista e, se necessário, proceder-se a *perícia*, caso haja “indícios de que alguém oculta ou transporta no seu corpo estupefacientes”. Este conceito de *perícia* parece não contemplar – até pela formulação normativa do próprio regime (conveniência, sempre que possível, de assistência da autoridade judiciária) – um conteúdo tão amplo que abranja as intervenções cirúrgicas, pelo que seria pertinente equacionar a expressa previsão de tal eventualidade. Contudo, é certamente algo distinto de uma (mera) revista, abrangendo seguramente os métodos de imagiologia e radiologia.

Isso não exclui que, em concreto, mormente quando o Estado tem à sua custódia um suspeito [detido], por ser portador de substâncias estupefacientes no organismo, se formule a proposta de solução acima mencionada.

A admissibilidade probatória da substância proibida, verificada em tais circunstâncias, não é, assim, essencialmente distinta da apreensão efectuada com base numa revista corporal ou em roupas da pessoa que se tornou suspeita da prática de um qualquer crime. Também aí – apesar de aceite de uma forma menos problemática –, no limite, poderá descortinar-se um “paradoxo” entre a preponderância da suspeita [do facto ilícito] sobre a presunção de inocência. Já o resultado da solução inversa – da inadmissibilidade [de valoração] de um meio de prova produzido em tais circunstâncias – implicaria a derrocada de qualquer programa de prevenção e repressão da criminalidade.

Creemos que uma tal posição hermenêutica não será violadora das proibições consignadas no disposto no art. 32.º, n.º 8 da CRPort e do art. 126.º, n.ºs 1 e 2, al. a) do CPPen.

Será, porém, opção sempre reservada ao legislador definir e autorizar o alcance dos meios probatórios que impliquem a coercibilidade da ingerência corporal e a

recíproca interferência entre os direitos comunitários à segurança e ao livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos e os direitos fundamentais e processuais de defesa do suspeito.

Por outro lado, deverá exigir-se sempre a reserva de legalidade – a medida de ingerência deve estar admitida por lei escrita, expressa e prévia –, bem como a reserva de jurisdicionalidade – o suprimento do consentimento do visado há-de ser ponderado, perante o concreto conflito de interesses, por um juiz.

Do que acaba de expor-se, parece evidenciar-se, na falta de uma adequada e coerente previsão legislativa aplicável às situações que contendem com admissibilidade das intervenções corporais probatórias²⁶, a urgente conveniência da clarificação legislativa neste domínio, mesmo em tempo de outras urgências.

P.S.:

O nome do sr. A.B. não é mera hipótese académica, tratando-se das iniciais do sr. Adam Bogumil, cuja situação deu pretexto ao caso apreciado pelo TEDH (Bogumil c. Portugal).

²⁶ Que se mostram dispersas, e de forma fragmentária, no Código de Processo Penal e em diversos regimes jurídicos avulsos, colidindo, por vezes, no seu enunciado normativo, como, p. ex., no tocante ao regime de admissibilidade e relevância da prova por ADN (o que provoca perplexidades e hesitações no intérprete e aplicador: cfr., regimes do art. 156.º, n.º 6 do CPPen e do art. 8.º, n.º 6 da Lei n.º 5/2008, de 12-02).