



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

“Os Meios Atípicos da Prova em Processo Penal”

Dissertação apresentada para a obtenção do grau de Mestre em Direito,
na especialidade de Ciências Jurídico – Criminais.

Mestranda: Maria Amélia Soares Fernandes Abreu

Orientador: Professor Doutor Fernando José Silva

Julho de 2015

Lisboa

Dedicatória

Dedico este trabalho ao meu marido Francisco José e aos meus filhos; João Paulo e Pedro Miguel, pelo incentivo, compreensão e apoio em todas as minhas escolhas e decisões.

A vitória desta conquista, dedico com todo o meu amor e carinho unicamente a vocês!

Muito obrigada.

Dedico também esta minha tese de Mestrado, ao meu professor Doutor Fernando Silva, que gentilmente aceitou ser meu orientador, pela ajuda, dedicação e incentivo constantes, pois sem ele, não teria sido possível levar a bom porto o meu trabalho.

O meu bem-haja e um eterno obrigado Professor Doutor Fernando Silva.

Agradecimentos

O trabalho que aqui se apresenta não teria sido possível sem o contributo de algumas pessoas a quem não quero deixar de expressar o meu reconhecimento.

Os meus primeiros agradecimentos são endereçados ao Professor Doutor Fernando Silva pelo rigor, pela disponibilidade, pelo estímulo e sobretudo pela competência com que colocou os seus conhecimentos académicos e técnicos ao serviço da orientação deste trabalho.

Quero ainda realçar a importância para este processo, da grandeza das suas qualidades Humanas que sempre me incutiram uma grande segurança.

De entre eles não posso deixar de destacar pela relevância do seu contributo, em que primeiro lugar à Professora Doutora Constança Urbano de Sousa e a todos os docentes da parte curricular primeiro que tudo pela confiança depositada e pelo estímulo constante, mas também por terem partilhado a minha produção destas matérias.

À Biblioteca Nacional pela facilidade e disponibilidade em facultar diplomas, documentos e outros instrumentos que me permitiram realizar esta dissertação.

Por último e na esfera familiar, não existem palavras para um tão forte e inegável apoio e compreensão demonstrados para os homens da minha vida, pela ordem em que nela foram surgindo,

Francisco José, João Paulo e Pedro Miguel, sem vocês não faria sentido.

A todos, eternamente grata.

Epígrafe

“Porque cada um, independentemente das habilitações que tenha, ao menos uma vez na vida fez ou disse coisas muito acima da sua natureza e condição, e se a essas pessoas pudéssemos retirar do quotidiano pardo em que vão perdendo os contornos, ou elas a si próprias se retirassem de malhas e priões, quantas mais maravilhas seriam capazes de obrar, que pedaços de conhecimento profundo poderiam comunicar, porque cada um de nós sabe infinitamente mais do julga e cada um dos outros infinitamente mais do que neles aceitamos reconhecer”.

José Saramago (A Jangada de Pedra)

Resumo

A prova no nosso sistema processual penal assume um papel de relevo desde o início até ao final do processo. Sem prova não pode existir condenação. Para existir prova, tem de se recorrer a meios de obtenção de prova e esta tem de ser validade e não pode ser nula.

Apesar de o nosso Código Processo Penal nos oferecer um leque variado de provas que são permitidas, não fecha a porta à possibilidade de serem usadas outras que legalmente não são proibidas. São as chamadas provas atípicas, que nos levam para a jurisprudência e para a inevitável livre apreciação da prova, uma vez que não tipificadas na lei, nela não são reguladas.

A prova que num processo pode ser admitida, noutro, mediante as circunstâncias e os factos que se pretendem provar será admissível. Contudo existem limites a esta admissibilidade que não podem ser ultrapassados. Falamos em situações em que o uso da prova atípica colide com os direitos fundamentais dos intervenientes.

Assim, num juízo de admissibilidade do tipo de provas não reguladas legalmente, é necessário proceder-se com todo o rigor exigido e no respeito por todos os princípios basilares do processo penal.

Palavras-chave: prova, prova atípica, limites, direitos fundamentais, princípios.

Abstract

The evidence which in a process can be admitted might not be admitted on another process depending of the circumstances and facts which prove if the evidence is admissible or not, there are however limits which have to be respected, for instance when the so called *atypical* evidence clashes with the fundamental rights of the involved parties.

The evidence on the Portuguese penal system has a relevant role from the beginning until the end of the process. Without evidence it is impossible to apply any condemnation. In order to obtain evidence it is needed to apply evidence gathering methods and to these must be validated. Although the Portuguese penal process recognizes a vast array of evidence, it does not mean it does not mean they are always recognized or not.

These are called *atypical evidence* which takes us to jurisprudence and to the inevitable so called *free evidence expertise* as they are not normalized by the law. The judgment of evidence admissibility are not legally regulated, it is a necessary to proceed with all the necessary accuracy respecting all the pillars of the Portuguese Penal Process.

Key Words: Evidence, Atypical Evidence, Limits, Fundamental Rights, Principles

Índice

Dedicatória	2
Agradecimentos.....	3
Epígrafe	4
Resumo.....	5
Abstract	6
Lista de Siglas	8
Introdução.....	10
Capítulo I - As Proibições de Prova	18
1.1- As Proibições de Prova em Processo Penal	18
1.2- Fundamento Jurídico das Proibições de Prova e Identificação das Mesmas	20
1.3- Regime Legal das Nulidades Associadas às Proibições de Prova	24
Capítulo II - Limites e Ponderação de Interesses	33
1- Limites à Restrição de Direitos Fundamentais- Ponderação de Interesses Conflitantes	33
Capítulo III – A Atipicidade.....	41
1 -Introdução.....	41
2 -Delimitação e Conceito	42
3- O Princípio da Legalidade - Legalidade da Prova.....	44
4- A Admissibilidade da Prova.....	48
4.1- A Norma do artº. 125 do CPP,: Admissibilidade de Provas não Proibidas	52
4.2- As normas relativas à prova no Código Processo Penal de 1929.....	55
5- Direito à prova.....	57
5.1- Limitações do direito à prova.....	58
6- Aplicação no Ordenamento Jurídico Português	60
6.1- Princípios do Sistema Probatório e Admissibilidade da Prova Atípica	60
6.1.1- Princípio da necessidade e de adequação do meio atípico de prova	60
6.1.2- Princípio da investigação ou da verdade material	62
6.1.3- Princípio da Livre Apreciação da Prova Atípica.....	65
6.1.4- Princípio do in Dúbio Pro Réu e Princípio da Presunção de Inocência	68

7- Exigência de Lei Expressa – Restrições de Direitos	70
8- Aquisição do Meio Atípico de Prova e Modo de Produção	71
8.1- Princípio do contraditório.....	71
8.2- Competência para a Avaliação/Juízo de Admissibilidade	75
Capítulo IV - Princípio da não Taxatividade dos Meios de Prova	78
1- A Jurisprudência – Discussão.....	78
1.1- O Reconhecimento Pessoal em Audiência de Julgamento.....	79
1.2- O Coarguido e suas Declarações	84
Conclusão	100
Bibliografia.....	102
1-Legislação.....	102
2- Jurisprudência citada	102
3- Bibliografia Geral.....	105
4- Bibliografia Específica.....	108

Lista de Siglas

Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
Al.	Alínea
Als.	Alíneas
AR	Assembleia da República
Artº.	Artigo
Artºs.	Artigos

CC	Código Civil
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CPP'29	Código de Processo Penal de 1929
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-lei
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
E.g.	Por exemplo
JIC	Juiz de Instrução Criminal
Loc. cit.	Local citado
MP	Ministério Público
Ob. cit.	Obra citada
OPC	Órgão de Polícia Criminal
Pag.	Página
Proc.	Processo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

V.

Vide

Vol

Volume

Introdução

“Falarmos de Processo Penal é falarmos de nós, dos nossos direitos liberdades e garantias, da nossa visão e vivência num Estado de direito democrático, cuja verdade material se subalterniza frente a valores cruciais para a sobrevivência da comunidade e de cada indivíduo em si enraizada”¹

Ao falarmos do tema do direito penal, é inevitável falarmos da prova, dos meios de prova e dos meios de obtenção. A prova tem como finalidade a descoberta da verdade material no processo penal. Num sentido restrito, a prova é a demonstração inequívoca da realidade de um facto ou da existência de um ato jurídico e num sentido lato configura também o processo ou

¹ VALENTE, Guedes (2010) - III Congresso de Processo Penal - **Memórias**. Coimbra: Almedina.

o conjunto dos procedimentos que tem por fim tal demonstração. A prova pode assim ser vista como um resultado ou uma demonstração.

O artigo 341º do CC determina que as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos. Em termos processuais penais, o legislador veio concretizar o conceito e determina que “constituem objeto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis” (cfr. artº. 124º CPP). O mesmo será dizer que a prova poderá incidir não só sobre os elementos essenciais e acidentais do crime, mas sobre todo o objeto do processo, isto é, por tudo quanto, de relevante, é alegado quer pela acusação, quer por banda da defesa.

Desta forma, as finalidades primárias do processo penal são a realização da justiça, por um lado, e a descoberta da verdade, por outro: se a realização da justiça exige o respeito pelas liberdades individuais, a descoberta da verdade surge como fundamental para repor a paz jurídica na sociedade e para a legitimação do poder punitivo do Estado. As duas manifestam-se na estruturação do sistema probatório processual penal, sendo a prova condição essencial para chegar à verdade (ou que se fique o mais próximo possível dela), para que, pelo menos no final, não haja dúvida da prática dos factos e do seu autor.

Aliás, “a eficácia da Justiça é também um valor instrumento, um valor que deve ser perseguido, mas porque numa sociedade livre os fins nunca justificam os meios, só é aceitável quando alcançada lealmente, pelo engenho e arte, e nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem os sofre, mas não menos quem os usa”.²

Assim, a prova configura a pedra angular do processo penal, e é nela que a decisão se funda e na sua falta, que a defesa se baseia para a absolvição.

A procura da verdade material tem de ser balizada pelas regras daquilo que é material e processualmente admissível. O CPP elenca, ao abrigo do princípio da legalidade, uma panóplia de provas que são admissíveis dentro do nosso sistema processual penal, fixando a forma como pode ser obtida e estabelecendo regras e requisitos para uma admissibilidade legal no processo.

São meios de prova admitidos no CPP a prova testemunhal (artº. 128º a 139º), as declarações dos arguidos, dos assistentes, e das partes civis (artº. 140º a 145º), a prova por acareação (artº.

² SILVA, Germano Marques da - *Constituição ...*, em anotação ao artigo 32º. p. 361.

146º), a prova por reconhecimento (artº. 147º a 150º), a prova pericial (artº. 151º a 163º) e a prova documental (artº. 164º a 170º). Como meios de obtenção de prova o CPP prevê os exames (artº. 171º a 173º), as revistas e as buscas (artº. 174º a 177º), as apreensões (artº. 178º a 186º) e as escutas telefônicas (artºs. 187º a 190º).

Mas poderão provas que não se encontrem legalmente previstas serem admissíveis e valoradas a par com as outras provas, e mesmo servirem de base à condenação? Desde já daremos uma resposta afirmativa.

Constitui objeto da presente dissertação, o estudo da atipicidade da prova e dos formalismos que a validade da mesma exige no processo penal. A inexistência de disposições legislativas no nosso ordenamento jurídico que prevejam e regulem determinada prova, faz com que também a jurisprudência se divida e que dê muitas vezes azo a que se use (salvo melhor opinião, de forma excessiva) a possibilidade dada pelo artº. 127º CPP, de o julgador apreciar a prova segundo as regras da experiência e da livre convicção.

Apesar deste ser um direito constitucionalmente concretizado não significa que não lhe possam ser impostos limites. A Constituição da República Portuguesa (CRP) e a lei estabelecem limites endógenos e exógenos ao exercício do poder de livre apreciação da prova.

A admissibilidade ou não de meios de prova atípicos depende também da ponderação de interesses que com eles possam colidir. O ênfase constitucional de concordância prática entre interesses conflitantes e de respeito pela dignidade da pessoa humana (cfr. artºs. 1º e 18º, nº 2 da CRP) permite o caminho para a descoberta da verdade dentro dos limites de outros valores inerentes ao Estado de Direito Democrático.

Pode assim, dizer-se que, no atual sistema penal acusatório, ainda que temperado pelo princípio da investigação, a tutela da pessoa humana é dado imprescindível da prova judicial, derivando assim diversas proibições de prova, no entanto nem sempre fundamentadas na tutela de direitos fundamentais, ou seja, no respeito pela dignidade humana.

A dogmática do processo penal, particularmente em campos sensíveis como o da proibição da prova, não se desligará, assim dos imperativos constitucionais, tratando-se de um ramo de direito caracterizado como “verdadeiro direito constitucional aplicado”³

3 ANDRADE, Costa - *Axiomática e impressiva expressão de Henkel; Sobre a valoração com o meio de prova em processo penal*. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, nº especial do **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra** p.551.

Como afirma o Dr. Germano Marques da Silva,⁴ em anotação ao artigo 32º da CRP, o direito processual penal não poderá ser analisado sem ter em conta as normas constitucionais que influenciam, dado que a CRP, caracteriza o Estado e regula as relações entre este e os cidadãos, consagrando direitos, liberdades e garantias que aos poderes públicos se impõem diretamente (artigo 18º da CRP), sendo que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

A justiça penal, com os seus interesses e garantias, tem precisamente, como génese o permanente conflito das relações Estado /indivíduo e da situação deste na comunidade política, pelo que o processo penal acaba por ser a expressão das concepções do Estado e do Direito.

Em suma, “os fundamentos do processo penal são os que alicerçam a concepção do Estado e a correta regulamentação do processo (bem como a sua interpretação há-de ser conforme à Constituição) ”.⁵

Teresa Bravo, defende que o direito e o processo penal “são um reduto do Humanismo, pois o Direito existe para salvaguardar a liberdade e a segurança, mas também para preservar a dignidade humana”, questiona a autora: como equilibrar a paz e a segurança com a tutela dos direitos fundamentais, se constatamos que nem todos os delitos são iguais e que uns serão, pela dimensão e natureza, mais graves do que outros? Concluindo que “dessa desigualdade material nasce a necessidade de adequar as respostas institucionais às especificidades do delito”.⁶

Dá Mesquita, acerca dos riscos da sociedade atual, onde cada vez mais nos encontramos expostos a atos terroristas, assiste-se a uma reação reforçada aos perigos mais graves (...) num movimento associado à expressão “troco a liberdade por segurança”⁷, o que efetivamente reflete-se no direito penal probatório. O mesmo será dizer que, muitas vezes, em busca “desenfreada” da verdade material se opta por dar prevalência a esta em detrimento do cumprimento de algumas garantias individuais. E o caso do terrorismo consubstancia uma situação em que moralmente todos pretendemos julgar aqueles que o praticam, contudo a

⁴ SILVA, Germano Marques da - **Constituição Portuguesa Anotada** p.353.

⁵ MAXIMIANO, Rodrigues - **A Constituição e o processo penal: competência**.

⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes - **Revistas e Buscas: o processo penal na era da globalização**.p.123.

⁷ MESQUITA, Dá - **Processo Penal prova e o sistema judiciário**.p.440.

forma de procurar respostas e a verdade pode colidir com os direitos individuais daqueles que praticam atos terroristas.

Na verdade no que respeita à prova e os meios que violem valores fundamentais, este aspecto não pode ser excluído, fazendo parte as proibições de prova, indicadas no n° 8 do artº. 32º da CRP, garantias fundamentais do processo criminal, tal como refere a epígrafe do disposto legal.

Na análise do tema que propusemos explanar é inevitável abordar, sucintamente a problemática das proibições de prova, não só porque se delimitará negativamente o campo onde será possível discutir a admissibilidade da prova atípica, mas sobretudo, e de modo geral, porque as limitações à liberdade de prova são impostas pelos ideários do atual Estado de Direito Democrático, onde a liberdade e a dignidade da pessoa humana são valores basilares. Pelo que sendo a prova proibida não pode ser admitida em processo penal, mesmo que atípica.

Na atual dissertação, usamos o termo “prova” num plano alargado, com o objetivo de abranger os meios de prova e os meios de obtenção de prova, na medida em que ambos se regem pelo princípio de não taxatividade⁸ (consignado no artº. 125 do CPP) *“São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei.”*

A singela, mas não simples, aparência do princípio da não taxatividade e a diminuta discussão dos problemas que a sua aceitação acrítica suscita, impulsionaram a realização da presente dissertação. Pretendemos, com o nosso estudo, efetuar uma cuidada análise sobre as proibições de prova e o regime das nulidades a elas adstritos.

A prova terá sempre limites materiais e substantivos, que regem a garantia do procedimento – ou seja, por exemplo a atribuição ao JIC de um papel de garante dos direitos fundamentais – não obstante poder-se-á também discutir a admissibilidade de meios atípicos de prova. Isto é, como se extrai da norma do artº. 125 do CPP, a atipicidade pressupõe como limite número um o respeito pelos direitos e garantias fundamentais, sendo que o condicionamento destes seja abusiva ou insuportável, por desrespeito dos termos nos quais a lei permite a restrição daqueles, estaremos perante uma (verdadeira) prova proibida.

⁸ BELEZA, Teresa Pizarro - **Apontamentos de Direito Processual Penal**, AAFDL, p.149 e *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem*, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, em anotação ao art. 125, p.332.

O sentido e o alcance da definição dos princípios da liberdade de prova e da investigação conduzir-nos-á, assim, a uma primeira abordagem (pela negativa): o respeito pela dignidade e liberdade do indivíduo, exigiu necessários limites ao inquisitório do juiz penal.

Focando-nos na progressão destes avanços civilizacionais, na análise do nosso tema, teremos igualmente em conta, que o sistema probatório, é um sistema em evolução, em que as intervenções legislativas, são muitas vezes proporcionadas por manifestações e (agitações) sociais. Afirma MEDINA DE SEIÇA que “a disciplina da prova encontra-se no epicentro destas convulsões, dividida entre o fascínio da eficácia repressiva a qualquer custo e os excessos de um estoliente garantismo que perverte a matriz acusatória de que se reclama”⁹.

É importante, não esquecer, que os procedimentos processuais, em que visam a eficácia da intervenção punitiva do Estado, terão legitimidade em juízos de ponderação e de concordância prática a que procedeu o próprio legislador.

E porque o nosso tema se centra na questão da atipicidade, faremos ao longo do presente trabalho uma abordagem daquilo que é considerado prova atípica no nosso ordenamento jurídico-penal e da forma como ela é aceite. Efetivamente a admissibilidade da prova atípica tem de respeitar uma série de direitos garantidos e princípios protegidos, constitucionalmente ou não.

Contudo é um processo que se torna mais exigente do que a simples produção de prova já prevista e regulada pela lei penal, uma vez que será sempre “estranha” ao processo, logo merece uma atenção especial por parte de todos os sujeitos processuais para evitar que a sua utilização colida com outros direitos já garantidos.

Em termos práticos, e porque esta matéria começa a ser mais discutida na jurisprudência, embora ainda em escassa medida, devido ao facto de existir meios de prova e meios de obtenção já suficientes e adequados às exigências penais, iremos proceder à análise de duas provas que, de certa forma, poderão configurar “prova atípica”: o reconhecimento pessoal em audiência de julgamento e as declarações do coarguido.

⁹ ANDRADE, Manuel da Costa - “*Legalidade da prova e reconhecimentos «atípicos» em processo penal: notas à margem de jurisprudência (quase) constante*” *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, p. 1389 - 1390.

A exigência do cumprimento e a própria validade da fundamentação da decisão pode estar condicionada se a livre apreciação e convicção do Julgador não for exercida com algum cuidado e principalmente se a decisão for apenas motivada por prova de validade ambígua.

Quanto à metodologia pretendemos elaborar um estudo não tão exaustivo mas que nos desse uma abordagem sobre a tendência da Doutrina e da Jurisprudência sobre esta problemática, em especial destaque para a Jurisprudência, e por isso a significativa invocação de Acórdãos dos Tribunais, pois, de facto, é onde se realiza o direito.

É nossa intenção com este estudo, comprovar que a hipotética metodologia e meios de proibidos de prova é mais vasta do que apenas uma leitura literal poderia levar a concluir, pelo que se especificam menos meios do que aqueles que se admitirão no processo penal podendo ser vetada pelos princípios enformadores do atual Estado de Direito Democrático.

CAPÍTULO I

AS PROIBIÇÕES DE PROVA

Capítulo I - As Proibições de Prova

1.1- As Proibições de Prova em Processo Penal

Ao abordar o tema da atipicidade da prova em processo penal torna-se inevitável abordar o regime das proibições de prova.

Quando abordamos este tema é também obrigatório citar os ensinamentos do professor Manuel da Costa Andrade e a sua obra “Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal”, onde o referido autor escreve que “Em nome de uma «exigência de superioridade ética» do Estado, das suas «mãos limpas» na veste de promotor da justiça penal, a violação da proibição de provas, que significaria o “encurtamento da diferença ética que deve existir entre a perseguição do crime e o próprio crime”, é hoje uma questão de atual e premente abordagem, uma vez que, sob a égide de uma justiça penal eficaz, se vem mobilizando a doutrina e a jurisprudência para um “clima de moral panic”, um “estado de necessidade de investigação”¹⁰.

As proibições de prova funcionam assim, como autênticos limites à descoberta da verdade material no processo penal. E a verdade é que nem mesmo a gravidade do crime a perseguir justifica a utilização de meios de prova que produzam danos na sociedade através da violação das proibições de prova.

Contudo as proibições de prova criam no próprio Estado de Direito um dilema de grande dimensão: por um lado, a necessidade de assegurar um processo penal efetivo, e capaz de perseguir e punir os agentes que pratiquem factos ilícitos, cumprindo assim as finalidades do direito penal e por outro, o dever de assegurar um processo penal justo, sempre respeitando os princípios constitucionais e processuais associados a este ramo do direito e aos sujeitos processuais em particular

E nesta medida podemos afirmar que o Estado de Direito deve estabilizar e fazer cumprir as normas jurídico-penais não só através de uma persecução penal efetiva mas também através do reconhecimento e da proteção da garantia dos direitos fundamentais daqueles que são investigados e que são sujeitos processuais.

¹⁰ ANDRADE, Manuel da Costa (Outubro de 2013) - **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**.

Coimbra Editora 1ª ed.

Como teremos a possibilidade de melhor explicar, deve ter-se por afastada a ideia de que as proibições de prova contradizem o princípio da investigação no processo penal.

Ao dispor aquele princípio que o tribunal ordena oficiosamente todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa (por ex. artº. 340.º, n.º 1 do CPP), tem de se ter presente que o fim de investigar e punir os crimes, embora sendo um valor de elevada importância, não pode ser sempre e sob quaisquer circunstâncias o valor prevalente num Estado de Direito democrático sempre que colida com direitos fundamentais dos próprios sujeitos processuais.

1.2- Fundamento Jurídico das Proibições de Prova e Identificação das Mesmas

A matéria das proibições de prova no âmbito do Direito Processual Penal apresenta, desde logo, um fundamento jurídico-constitucional, uma vez que o artº. 32.º, n.º 8 da CRP dispõe que “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

O legislador constitucional entendeu assim que, embora a realização da justiça seja um valor com dignidade constitucional, é, em simultâneo, um valor que não pode ser encarado de forma absoluta. O mesmo será dizer que não poderá a realização da justiça ser perseguida com um intolerável sacrifício para os direitos fundamentais dos cidadãos, nomeadamente para aqueles que estão a ser investigados durante o decorrer do processo.

Em concretização do preceito constitucional supra referido, veio o legislador processual penal prescrever no artº. 126.º do CPP, sob a epígrafe “Métodos proibidos de prova” que: “São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas” (artº. 126.º, n.º 1 do CPP), ao passo que o n.º 3 do mesmo preceito legal, dispõe que, “ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respetivo titular”.

O nº 2 daquela norma legal oferece-nos a definição de atos ofensivos da integridade física ou moral das pessoas, como sendo as provas obtidas, mesmo que o consentimento das visadas, mediante “ a) perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos, b) perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação, c) utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei, d) ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) promessa de vantagem legalmente inadmissível”.

No que à transcrita alínea a) diz respeito, teremos de incluir a narcoanálise (soros de verdade) e o polígrafo (detentos de mentiras) como perturbadores da liberdade de vontade ou decisão em virtude da administração de substâncias alheias ao organismo humano que no primeiro

caso conduzem a alterações psíquicas e no segundo, em virtude do método de interrogatório e da consequente exploração de reações dos sentimentos podem escapar ao controle da vontade do interrogado, apreciadas por meios mecânicos¹¹.

Contudo o legislador estatuiu uma ressalva, que se funda no facto de no caso de essa utilização desses métodos proibidos de prova constituir crime, os mesmos poderem ser utilizados com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo, nos termos do n.º 4 do artº. 126.º do CPP.

O preceito do CPP português toma como modelo a lei Alemã¹², mas regulamenta de uma forma mais completa e inovadora os meios de prova proibidos, à luz do referencial constitucional expresso no artigo 32º nº 8º da CRP¹³. Com efeito, os sujeitos passivos dos métodos proibidos de prova incluem outras pessoas que não o arguido, a testemunha e o perito, tais como o assistente, as partes civis, e o intérprete. Já os sujeitos ativos dos métodos proibidos de prova não são apenas os agentes do Estado e os particulares que agem sob a sua orientação, mas também quaisquer particulares.

Por outro lado, a lei portuguesa proíbe, além das provas fundadas na violação da integridade física e moral do agente, as provas que violem ilicitamente a privacidade, daqui decorre que as proibições de prova se fundam, em princípio, na ilicitude criminal do meio de prova, princípio que o legislador reitera no artigo 167º (“valor probatório das reproduções mecânicas”¹⁴)

¹¹ FERREIRA, Marques - “*meios de prova*”, *Jornadas de direito processual penal, O novo código de Processo Penal*, centro de estudos judiciais. Livraria Almedina Coimbra. p.225.

¹² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código de Processo Penal**, anotação ao artigo 126º CPP O CPP italiano estabelece um regime das provas proibidas (prove illegittimamente acquisite). o artigo 191º do Codice prevê o conhecimento oficioso e a todo o tempo do vicio da inutilizzabilità destas provas. Ao invés, o parágrafo 136º a do StPO Alemão proíbe, numa norma dirigida aos agentes do Estado, um conjunto de métodos de interrogatório do indiciado (Beschuldigte) violadores da sua integridade física e moral e estabelece que esta proibição vale sem consideração da vontade do indiciado, não devendo ser valoradas as declarações do indiciado feitas com violação do dito parágrafo. O parágrafo 69 III prevê a aplicação desta proibição na inquirição de testemunhas, o parágrafo 161a I2 a sua aplicação na inquirição de testemunhas pelo Ministério Público e o parágrafo 163a V a sua aplicação na inquirição de testemunhas e peritos pela polícia. p.319.

¹³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código de Processo Penal**, anotação ao artigo 126º CPP neste sentido p. 319.

¹⁴ Dispõe o Artigo 167.º sob a epígrafe “Valor probatório das reproduções mecânicas” que “1 - As reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas ou por meio de processo eletrónico e, de um modo geral, quaisquer

Não obstante, nem todas as violações de proibições de prova constituem ilícito criminal. Há proibições de prova fundadas em condutas substantivamente neutras, como, por exemplo, a do artigo 355º do CPP que expressamente determina que quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência de discussão e julgamento não valem em julgamento, nomeadamente para formação da convicção do tribunal. Ressalva contudo, desta regra, as provas contidas em atos processuais cuja leitura, visualização ou audição em audiência sejam permitidas, como é o caso das declarações do assistente, testemunhas ou mesmo arguidos desde que preenchidos determinados requisitos legalmente exigidos¹⁵.

Na verdade, nem todas as provas criminalmente ilícitas são provas processualmente proibidas, já que há provas ilícitas cuja valoração é admissível se o titular do direito violado o autorizar. Daí que a norma contida no artigo 126º n.º 3 do CPP tem, no nosso ordenamento jurídico grande importância, sendo que não encontra paralelo nas disposições correspondentes da Lei Alemã, nem nas da lei Italiana¹⁶, que não comportam a possibilidade de o visado prestar o seu consentimento à produção de prova ilícita tornando-a lícita.

Aqui chegados cumpre-nos agora saber quando é que, afinal, nos deparamos perante uma proibição de prova.

Podemos, desde já, afirmar que ao contrário das meras regras de produção de prova, as proibições de prova são verdadeiros entraves colocados à determinação dos factos que constituem o objeto do processo, assumindo-se como limites à descoberta da verdade material, que podem culminar em nulidade de todo o processado.

Por sua vez, a delimitação do que constitua uma proibição de prova há-de ser encontrada na Constituição. No entanto, a questão passa por saber se a violação de um qualquer direito fundamental gera a dita proibição ou, se, pelo contrário, só a violação dos direitos contemplados no n.º 8 do art.º 32.º da CRP leva a que estejamos diante de uma verdadeira proibição de prova.

reproduções mecânicas só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal. 2 - Não se consideram, nomeadamente, ilícitas para os efeitos previstos no número anterior as reproduções mecânicas que obedecerem ao disposto no título iii deste livro”.

¹⁵ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código de Processo Penal**, anotação ao artigo 126º CPP, p. 320.

¹⁶ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código de Processo Penal**, anotação ao artigo 126º CPP, p. 320.

Costa Andrade parece inclinar-se no sentido da primeira orientação, já que o autor afirma que sempre que se viole um direito fundamental, existirá uma proibição de prova, dada a força jurídica dos preceitos que os consagram (artº. 18.º da CRP)¹⁷.

Ao invés, há quem entenda que “a proibição de prova em sentido próprio no sistema processual penal português é somente aquela norma probatória proibitiva cuja violação possa redundar na afetação de um dos direitos pertencentes ao núcleo eleito do artº. 32.º, n.º 8 da Lei Fundamental e que o artº. 126.º do Código de Processo Penal manteve, sem alargar. Não basta a mera violação de uma proibição legal em matéria probatória”. Contudo Helena Mourão, diz que não podemos encarar o artº. 32.º, n.º 8 da CRP como fornecendo um elenco taxativo de direitos fundamentais, cuja violação gera uma proibição de prova, já que isso não sucede na realidade¹⁸.

Assim, quando determinado direito “se encontrar intimamente relacionado com a dignidade humana e se situar num contexto de especial fragilidade com o poder em matéria probatória, é dever do intérprete proceder à devida aplicação analógica do regime constitucional e legal das proibições de prova”¹⁹. Ou seja, o mesmo será dizer que somente a violação dos direitos fundamentais que se encontrem elencados no artº. 32.º, n.º 8 da CRP ou de um outro direito que, embora não pertencendo a esse elenco, seja conexo com a dignidade da pessoa humana, pode gerar uma proibição de prova. O que significa que a violação de outros direitos constitucionalmente protegidos que não pertençam a esse elenco, apenas gera uma nulidade do ato violador do mesmo reconduzível ao sistema geral das nulidades previstas no Código de Processo Penal.

Tomamos como exemplo a disposição legal prevista no artº. 134º nº 2 do CPP. O nº 1 do artº. 134º do CPP prevê que podem recusar-se a depor como testemunhas: “a) os descendentes, os ascendentes, os irmãos, os afins até ao 2º grau, os adotantes, os adotados e o cônjuge do arguido; b) quem tiver sido cônjuge do arguido ou quem, sendo de outro ou do mesmo sexo, com ele conviver ou tiver convivido em condições análogas às dos cônjuges, relativamente a

¹⁷ ANDRADE, Manuel da Costa (Outubro de 2013) - **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**, Coimbra Editora, 1ª ed.

¹⁸ MORÃO, Helena (2002) - **O efeito-à-distância das proibições de prova no Direito Processual Penal Português** (Diss. FDUL) Lisboa. p. 20.

¹⁹ MORÃO, Helena (2002) - **O efeito-à-distância das proibições de prova no Direito Processual Penal Português** (Diss. FDUL) Lisboa.p.20.

factos ocorridos durante o casamento ou a coabitação”. Cabe à entidade competente de receber o depoimento (seja OPC, MP ou juiz) advertir a testemunha desta faculdade legal, sob pena de nulidade (nº 2 do artº. 134º CPP).

Assim, a omissão da advertência é uma nulidade. Esta nulidade consubstancia uma verdadeira proibição de prova resultante da intromissão na vida privada. A violação desta proibição tem o efeito da nulidade das provas obtidas, salvo consentimento do titular do direito, isto é, da testemunha que prestou depoimento (artº. 126º nº 3 do CPP), quer esse consentimento tenha lugar depois da advertência legal ou mesmo sem essa advertência.²⁰

O que está em causa, neste preceito é essencialmente a proteção das relações familiares existentes entre estas categorias de pessoas, pelo que a não verificação da advertência da possibilidade de recusa de depoimento gera uma nulidade do ato processual em causa, nulidade essa sanável (artº. 120.º, n.º 1 e 134.º, n.º 2 do CPP), que deve ser arguida antes de o depoimento ter terminado, nos termos do artº. 120.º, n.º 3, alínea a) do CPP.

1.3- Regime Legal das Nulidades Associadas às Proibições de Prova

Assim, verificada a existência de uma proibição de prova, cumpre apurar o regime jurídico a que a mesma se encontra submetida.

Conforme já supra referido, as proibições de prova dão lugar a provas nulas (artigo 32º nº 8 da CRP). Contudo a nulidade das provas proibidas obedece a um regime distinto das nulidades insanáveis e das nulidades sanáveis. Desta forma é o próprio artigo 118º do CPP (princípio da legalidade), no que ao regime das nulidades diz respeito, que no seu nº 3 dispõe que “ as disposições do presente título [referindo-se ao regime das nulidades insanáveis, das dependentes de arguição, à sanação das mesmas, aos efeitos e às irregularidades] não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova”.

Trata-se de um regime mais complexo, que distingue, no fundo, dois tipos de proibições de provas consoante as provas atinjam a integridade física e moral da pessoa humana ou a privacidade da pessoa humana²¹.

²⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código de Processo Penal**, anotação ao artigo 134º CPP.p.360.

²¹ CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital (2007) - **Constituição da República Portuguesa**, anotada, anotação ao artigo 32º.

Como ensina o professor Germano Marques da Silva, o código não considera a busca da verdade como um valor absoluto, e por isso, não admite que a verdade seja procurada através de quaisquer meios, mas só através de meios justos legalmente admissíveis²².

O ato processual em que se proceda à obtenção da prova por métodos proibidos é considerado inválido, no sentido em que existe um “desvio entre as disposições processuais e a atividade empreendida, capaz de legitimar uma pretensão eliminatória dos efeitos jurídicos produzidos”, sendo que “os atos processuais inválidos dão origem a uma pluralidade de tratamentos, que variam em função da gravidade e da natureza da violação”²³.

Ora, essa invalidade que deriva da prática de atos contrários à lei, está relacionada com o sistema de nulidades e irregularidades previsto nos artigos 118.º e seguintes do CPP. Desde logo, da análise do artº. 118.º, n.º 1 do CPP chegamos à conclusão de que as nulidades estão submetidas ao princípio da legalidade, ou seja, o ato só será nulo nos casos em que a lei expressamente comine com nulidade determinado vício ou falta no processo. Apenas serão consideradas nulidades as que expressamente se consagrem legalmente nos artigos 119.º ou 120.º do CPP ou noutras disposições dispersas no referido diploma legal.

As nulidades previstas no CPP são insanáveis, nomeadamente nos casos previstos no artigo 119º do CPP ou noutras normas dispersas pelo referido código²⁴. O elenco legal das nulidades insanáveis é, por isso, taxativo. Trata-se de uma norma excecional que não admite aplicação analógica. Esta nulidade, dita insanável, caracteriza-se pelo facto de poder ser oficiosamente declarada em qualquer fase do processo, de poder ser invocada por qualquer interessado, mas de não obstar à formação do caso julgado.

As nulidades sanáveis, ou na terminologia legal, nulidades dependentes de arguição, encontram-se especificadas no artº. 120.º do CPP, sem prejuízo de outras que se encontrem

²² SILVA, Germano Marques da - **Curso de Processo Penal** vol. II. p. 102.

²³ CORREIA, Conde (1999) - **Contributo para a análise da inexistência e das nulidades Processuais Penais**, BFDUC Coimbra Editora. p.102.

²⁴ Falamos aqui a norma prevista no artigo 321º nº 1 do CPP (“1. a audiência de julgamento é pública, sob pena de nulidade insanável, salvo nos casos em que o presidente decidir a exclusão ou a restrição da publicidade”, e do artigo 330º nº1 do CPP (“se, no início da audiência, não estiver presente o Ministério Público ou o defensor, o presidente e procede, sob pena de nulidade insanável, à substituição do Ministério Público pelo substituto legal e do defensor por outro advogado ou advogado estagiário, aos quais pode conceder, se assim o requerem, algum tempo para examinarem o processo e prepararem a intervenção”).

dispersas pelo CPP²⁵ e que não se reconduzam à figura das nulidades insanáveis (artº. 120.º, n.º 1 e 2 do CPP). Também estas respeitam o princípio da taxatividade. O artigo 120º nº 2 tem carácter excecional, e não admite aplicação analógica.

Estas, por sua vez, apenas podem ser conhecidas pelo tribunal no caso de serem arguidas pelos interessados, nos prazos previstos nas diversas alíneas do n.º 3 do artº. 120.º do CPP, podendo, no entanto, ser sanadas pela imediação dos eventos previstos no artº. 121.º do mesmo diploma. Sempre que a lei não disponha expressamente em contrário, a nulidade é sanável. Isto é, o nº1 do artigo 120º do CPP estabelece o princípio da subsidiariedade da nulidade sanável.

Fora esses casos, naqueles em que a lei expressamente não comine a nulidade do ato ilegal, o mesmo pode ser irregular, por via do já aludido princípio da legalidade que rege em matéria de nulidades (artº. 118.º, n.º 1 e 2 do CPP). Aqui encontramos presente o princípio da atipicidade da irregularidade, já que todas as ilegalidades cometidas no processo penal podem ser irregularidades. Contudo, nem todas as ilegalidades cometidas são, na realidade, irregularidades, uma vez que só são relevantes as irregularidades que possam afetar o valor do ato praticado (princípio da relevância material da irregularidade).²⁶

Esta dirige-se sobretudo a atos que comportam infrações mais leves, quase sempre de carácter formal, estando “sujeitas a causas de sanção fulminantes”²⁷, nos termos do artº. 123.º do CPP.

No que às proibições de prova diz respeito, cumpre-nos agora ver, especificamente, quais as nulidades e como as mesmas se reproduzem no processo penal. Na verdade, “não deve confundir-se a nulidade dos atos processuais, prevista nos arts 118.º ao 123.º do CPP, com a nulidade dos meios de prova, pois o próprio artº. 118.º, n.º 3, estabelece que as cinquenta e

²⁵ Falamos aqui, por exemplo, do disposto no artigo 86º n1, do 92º nº1 e do 283º nº 3 do CPP. O artigo 86º nº1 do CPP determina que o “processo penal é, sob pena de nulidade, público, ressalvadas as exceções previstas na lei”. Por sua vez, o artigo 92º nº 1 do CPP prevê que “nos atos processuais, tanto escritos como orais, utiliza-se a língua portuguesa, sob pena de nulidade”. Por fim o artigo 283º nº 3 do CPP enuncia quais os elementos que deve conter a acusação sob pena de nulidade.

²⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código Processo Penal**, anotação ao artigo 123º CPP.p. 312.

²⁷ MENDES, Paulo de Sousa (2004) - **Jornadas de Direito Processual Penal**.p.146.

oito disposições do presente título (nulidades) não prejudicam as normas desse Código relativas a proibições de prova”²⁸.

A doutrina apresenta outro tipo de nulidades, que vulgarmente denomina de nulidades extra-sistemáticas²⁹ ou nulidades de prova³⁰. Embora o entendimento da doutrina maioritária, entre nós, vá no sentido de consagrar a autonomia técnica da nulidade subjacente às proibições de prova, há outra parte da doutrina que discorda. Entendem estes últimos autores que, no domínio das proibições de prova, temos de distinguir duas situações. Por um lado, as provas obtidas em contravenção do artº. 126.º, n.º 1 e 2 do CPP geram uma nulidade insanável, estando assim sujeitas ao regime do artº. 119.º do CPP, ao passo que as provas obtidas em violação do artº. 126.º, n.º 3 do CPP, apenas geram uma nulidade sanável, sujeita ao regime do artº. 120.º do CPP.³¹ O fundamento desta posição parte do entendimento de que o desvalor ético-jurídico subjacente à violação do n.º 1 e 2 do artº. 126.º do CPP é superior, e daí a sua submissão ao regime mais gravoso das nulidades insanáveis. Por sua vez, a prova obtida em contradição com o artº. 126.º, n.º 3 do CPP comporta um menor desvalor ético-jurídico, dado que os direitos aí elencados podem sofrer restrições pelo consentimento do seu titular e, como tal, está sujeita ao regime das nulidades sanáveis^{32, 33}.

²⁸ Ac. STJ de 18/05/2006 Disponível em www.dgsi.pt.

²⁹ MENDES, Paulo de Sousa (2004) - **Jornadas de Direito Processual Penal**, p.146.

³⁰ LEITE, André Lamas (2004) - “*As escutas telefónicas – algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respetiva violação*”, Separata da RFDUP. Ano I. p.54.

³¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código de Processo Penal**, anotação ao artigo 126º, escreveu que: “o regime da nulidade da prova proibida é o seguinte: a nulidade da prova proibida que atinge o direito à integridade física e moral previsto no artigo 126º nº 1 do CPP é insanável; a nulidade da prova proibida que atinge os direitos à privacidade previsto no artigo 126º nº 3 é sanável pelo consentimento do titular do direito”, p.320.

³² LEITE, André Lamas (2004) - “*As escutas telefónicas – algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respetiva violação*”, **Separata da RFDUP**, Ano I, p. 50.

³³ GONÇALVES, M. Maia - Neste mesmo sentido escreveu no seu estudo “*Meios de Prova*”, **Jornadas de Direito Processual Penal**, O Novo Código de Processo Penal, Centro de Estudos Judiciários: Livraria Almedina, Coimbra. p.195. O autor entendia que, no que concerne às nulidades decorrentes do artigo 126º CPP existem dois graus de desvalor ético-jurídico das provas obtidas mediante os processos referidos no nº 1, e tal diferente grau de desvalor tem reflexo nas nulidades cominadas: “enquanto as provas obtidas pelos processos referidos no nº 1 estão fulminadas com uma nulidade absoluta, insanável e de conhecimento oficioso, que embora como tal não esteja consagrada no artigo 119º o está neste artigo 126º, através da expressão imperativa não podendo ser utilizadas, já as provas obtidas mediante o processo descrito no nº3 são dependentes de

Mas também porque a elas não se refere o artº. 119.º do CPP, nem outra disposição do mesmo diploma as fulmina com a nulidade insanável, e respeitando este ao princípio da taxatividade não parece enquadrar-se aqui aquelas situações, pelo que têm de aplicar-se as regras relativas às nulidades sanáveis, face ao disposto no artº.º 120.º, n.º 1 e 2 do CPP. Paulo Pinto de Albuquerque³⁴ considera que “ não tem, por isso, razão a doutrina que sustenta um entendimento “em sentido forte” da proibição de prova como “nulidade absoluta” quer no caso do artº. 126º nº 1, quer no do nº 3, ou seja “como proibição absoluta da sua utilização no processo”.³⁵

Acrescenta ainda o autor que “ o entendimento “em sentido forte” da proibição de prova contraria a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de acordo com o qual não viola no artigo 6º, § 1º da CEDH a utilização da prova fundada na intromissão ilícita da privacidade, seja ela uma prova concorrente ou decisiva dos factos, desde que tenha sido assegurado o contraditório em audiência (...). ao invés, em nenhuma circunstancia é admissível a utilização da prova violadora da integridade física e moral do agente, mesmo que se trate apenas de uma prova concorrente dos factos”³⁶.

Por seu turno, Costa Andrade entende que “a ligação estreita das proibições de prova à doutrina e ao regime das nulidades não deve todavia, ser entendida como a homogeneização das duas figuras, reconduzindo-se as proibições de prova a meras manifestações de nulidade. Tal entendimento colidiria, com o artº. 118.º, n.º 3 que deverá ser interpretado como expressão positivada da intencionalidade do legislador de consagrar as proibições de prova, adscrevendo-lhes uma disciplina que transcende o regime das nulidades processuais, pesem embora os significativos momentos de continuidade que medeiam entre as duas figuras.”³⁷

Paulo Sousa Mendes entende que temos de distinguir três situações: primeiramente o facto de a lei consagrar um regime especial para alguma das nulidades resultantes da violação de

arguição, e portanto sanáveis, pois que não são apontadas como insanáveis no artigo 119º ou em qualquer outra disposição da lei.”

³⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código de Processo Penal**, *anotação ao artigo 126* .p. 320.

³⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Neste sentido vai o entendimento de Marques Ferreira, Costa Andrade, Tereza Beleza e Conde Correia.

³⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código de Processo Penal**, *anotação ao artigo 126º*.p.321.

³⁷ ANDRADE, Manuel da Costa (Outubro 2013) - **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Editora, 1ª ed. Coimbra.

normas de prova; outra pelo facto de a lei cominar expressamente a nulidade insanável; e por último pelo facto de a lei não cominar expressamente a nulidade insanável e estamos perante uma nulidade sanável, face ao disposto nos artigos 119.º e 120.º do CPP. Ora, o que se verifica é que o legislador consagrou expressamente esse mesmo regime especial, constituído pelas nulidades do artº. 126.º do CPP³⁸. Deste preceito legal retiramos a autonomia técnica das nulidades associadas às proibições de prova, face ao sistema geral de nulidades previsto nos artigos 118.º a 123.º do CPP, por força do artº. 118.º, n.º 3 do CPP.

Marques Ferreira escreveu que “a interpretação de que quer a nulidade consagrada no artº. 126º nº1 quer a do nº 3 do mesmo preceito têm como consequência obrigatória “não poderem ser utilizadas as provas obtidas” – nulidade absoluta- é a que melhor se coaduna com o preceito constitucional ínsito no artº. 32º nº6.³⁹

Entendemos que efetivamente, se o CPP não comina as proibições de prova do artº. 126º como nulidade insanável, fazendo-a constar do elenco do artigo 119º do CPP, não pode configurar uma verdadeira nulidade insanável.

No entanto, como o artº. 126.º, n.º 1 do CPP não cominou expressamente essa sanção para os casos em que são utilizados métodos de prova que atentam contra esses direitos fundamentais e indisponíveis dos cidadãos, não restaria outra hipótese, face ao atual regime jurídico das nulidades em vigor, senão a aplicação do regime das nulidades sanáveis, nos termos do artº. 120.º, n.º 2 do CPP. Pelo que jamais se compreenderia que um método de obtenção de prova que colidisse com direitos fundamentais, tanto mais que são direitos indisponíveis, pudesse ainda ver a prova por si obtida utilizada, bastando para tal que a respetiva nulidade não fosse arguida, ou se verificasse algum dos casos de sanção verificados na lei. Tanto mais, que este raciocínio vale igualmente, pelo menos em parte, para os casos em que se considera que estamos perante uma nulidade insanável, isto porque também esta está sujeita a uma condição de sanção, o trânsito em julgado da decisão onde aquela prova inquinada foi valorada.

Por outro lado somos também levados a discordar, em certo ponto, da respeitosa opinião do prof. Paulo Pinto de Albuquerque, supra citada, na medida em que não é de todo pacífico que o desvalor ético-jurídico da prova obtida em contravenção do artº. 126.º, n.º 1 do CPP, seja superior ao desvalor que incide sobre a prova violadora no preceituado no artº. 126.º, n.º 3 do

³⁸ MENDES, Paulo de Sousa (2004) - **Jornadas de Direito Processual Penal**. p.147.

³⁹ “*Meios de prova*”(1993) **Jornadas de Direito Processual Penal, o Novo Código de Processo Penal**, Centro de Estudos Judiciários: Livraria Almedina Coimbra.p.227.

CPP. Desde logo, porque é a própria Constituição, no artº. 32.º, n.º 8, que inclui os direitos à reserva da intimidade da vida privada na sua esfera de proteção.

Assim sendo, como o próprio teor literal do artº. 126.º, n.º 3 do CPP sugere, a nulidade prevista neste artigo é exatamente idêntica à nulidade do n.º 1 do mesmo artigo, ou seja, uma nulidade absoluta, que se caracteriza pelo facto de poder ser conhecida oficiosamente em qualquer estado do processo, dado que se assim não fosse o resultado final ficaria na dependência de interesses individuais, quando é hoje tido por assente que muitos dos valores subjacentes às proibições de prova apresentam uma dimensão que ultrapassa o interesse particular de um indivíduo, e que não se sana com o trânsito em julgado da decisão final condenatória, dado que se a força do caso julgado permitisse a sua sanção, permitir-se-ia que houvesse uma recuperação do valor de uma prova proibida.

A nulidade da prova proibida pode ser conhecida em qualquer fase do processo. Caso o vício tenha ocorrido durante o inquérito ou a instrução e não tenha sido expressamente conhecido no despacho instrutório, o juiz de julgamento pode ainda dele conhecer a requerimento ou oficiosamente, consoante os casos. Caso o juiz de instrução tenha excluído uma prova proibida no despacho instrutório, essa decisão fica abrangida pelo caso julgado formado sobre nulidades e questões prévias ou incidentais e a questão já não pode ser colocada de novo na fase de julgamento. Caso o juiz de instrução considerar válida uma prova e não a excluir, essa decisão não é definitiva e não está abrangida pelo caso julgado sobre nulidades e questões prévias ou incidentais. O juiz de julgamento pode rever a decisão do juiz de instrução e excluir essa mesma prova, cuja validade tenha sido apreciada.⁴⁰ Caso o vício ocorra durante a fase de julgamento, o juiz pode dele conhecer a qualquer momento.

A nulidade de prova pode ser conhecida oficiosamente ou a requerimento dos sujeitos processuais: a que atinge o direito à integridade física prevista no artº. 126º nº1 e 2 do CPP pode ser conhecida oficiosamente ou a requerimento, já a prova que atinge os direitos da privacidade previstos no nº 3 do artº. 126º apenas pode ser conhecida a requerimento do titular do direito infringido⁴¹. Paulo Pinto de Albuquerque⁴² entende que “ se o titular do direito consentir na intromissão ou renunciar expressamente à arguição da nulidade, então o

⁴⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código Processo Penal**: anotação ao artigo 126º.p.321.

⁴¹ Mais uma vez Paulo Pinto de Albuquerque faz a distinção entre a prova produzida em violação do artigo 126º n1 e 2 e do 3º do mesmo artigo.

⁴² **Comentário do Código Processo Penal**, anotação ao artigo 126º.p.321.

juiz não pode conhecer oficiosamente a nulidade resultante de prova que atinja os direitos à privacidade do referido titular”.

Para além das normas especiais quanto às nulidades pelas proibições de prova, existem outras violações de normas processuais penais em matéria probatória que apenas geram nulidades que se reconduzem ao sistema geral das mesmas, consagrado nos artigos 118.º e seguintes do CPP. Tal acontece nos casos em que estejamos perante a violação de meras formalidades de prova.

Como veremos adiante o direito processual penal prevê vários tipos de prova, empregando, ao longo do seu texto legal, várias características à prova. Assim, num primeiro grupo podemos incluir a prova “essencial”, a “indispensável”, a “absolutamente indispensável” ou mesmo a “estritamente indispensável”. A omissão da prova neste tipo de situações constitui uma nulidade sanável”, nos termos e para os efeitos do artigo 120º nº2 al. d). Num outro grupo encontramos a prova “necessária”, a “previsivelmente necessária”, “absolutamente necessária”, “a útil”, a “de interesse”, “relevante”, “de grande interesse”, “inadequada”, “de obtenção impossível ou muito duvidosa” ou “com finalidade meramente dilatória”, “irrelevante” ou “supérflua”. a violação de prova nestes casos constitui uma irregularidade nos termos do artigo 123º CPP . Por fim, um último grupo inclui a prova “conveniente” cuja falta não constitui qualquer vício processual⁴³.

Assim, acolhendo a distinção entre proibições de prova (enquanto prescrição de um limite à descoberta da verdade) e regras de produção de prova (estas visando tão somente disciplinar o procedimento exterior de realização da prova), podemos concluir que a violação destas últimas, porque não geradoras de uma proibição de prova e, por tal, não consagrando para elas um regime de nulidade especial, face ao artº. 118.º, n.º 3 do CPP, ficam subordinadas ao regime geral da nulidade, sendo essa mesma nulidade insanável se a situação se enquadrar no artº. 119.º do CPP ou a lei expressamente cominar este tipo de nulidade em disposição avulsa do Código, ou caso assim não seja e, cominando a lei a nulidade, estamos perante uma nulidade sanável (artº. 120.º do CPP).

⁴³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário ao Código Processo Penal**: anotação ao artigo 340º CPP.p. 855 - 856 que para além de distinguir todos estes tipos de prova, dá exemplos práticos de cada um deles.

CAPÍTULO II

LIMITES E PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Capítulo II - Limites e Ponderação de Interesses

1- Limites à Restrição de Direitos Fundamentais- Ponderação de Interesses Conflitantes

Após termos estudado a cominação legalmente prevista para as proibições de prova – nulidades, cumpre-nos agora analisar as situações em que a utilização de uma prova acaba por colidir com direitos fundamentais dos cidadãos e situações em que se tem de, obrigatoriamente proceder á ponderação de interesses que se mostrem conflitantes.

Os direitos fundamentais são os “direitos humanos” positivados em Constituições escritas e dotados da maior força normativa. São direitos que impõem limites ao exercício de outros direitos, e por isso, protegidos pelas leis fundamentais de cada Estado e colocados sob a proteção do poder judicial (artigo 18º nº 1 da CRP).

Aquilo a que podemos chamar de direitos fundamentais pode ser visto de várias perspetivas: tanto podem ser vistos enquanto direitos de todos os homens, independentemente dos tempos e dos lugares- perspetiva filosófica ou jusnaturalista; como podem ser referidos aos direitos dos homens (cidadãos), num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto ou numa comunidade de Estados-perspetiva estadual ou constitucional; como ainda podem ser considerados direitos de todos os homens (ou categorias de homens) num certo tempo, em todos os lugares ou, pelo menos, em grandes regiões do mundo - perspetiva universalista ou internacionalista⁴⁴.

Os direitos fundamentais são, numa dimensão natural, direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem dos seus titulares, e constituem um núcleo restrito que se impõe a qualquer ordem jurídica.

Assim, os direitos fundamentais são posições jurídicas reconhecidas pelo direito português, europeu e internacional aos cidadãos, com vista à defesa dos valores e interesses de cada um.

Ao estado incumbe respeitar os direitos fundamentais e tomar medidas para os concretizar, quer através de leis, quer nos domínios administrativo e judicial. À luz da nossa Constituição, existem duas grandes categorias de direitos fundamentais: os direitos, liberdades e garantias, por um lado, e os direitos e deveres económicos, sociais e culturais, por outro. Os primeiros, e.g. o direito à liberdade e à segurança, à integridade física e moral, à propriedade privada, à

⁴⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os Direitos fundamentais na Constituição de 1976**. 2ª ed. Almedina.

participação política e à liberdade de expressão, a participar na administração da justiça, correspondem ao núcleo fundamental da vivência numa sociedade democrática. Independentemente da existência de leis que os protejam são sempre invocáveis, beneficiando de um regime constitucional específico que dificulta a sua restrição ou suspensão.⁴⁵

Em contraste, os direitos económicos, sociais e culturais — e.g. o direito ao trabalho, à habitação, à segurança social, ao ambiente e à qualidade de vida — são, muitas vezes, de aplicação diferida. Dependem da existência de condições sociais, económicas ou até políticas para os efetivar. A sua não concretização não atribui ao cidadão, em princípio, o poder de obrigar o Estado ou terceiros a agir, nem o direito de ser indemnizado⁴⁶.

Na CRP encontramos um conjunto de princípios que regulam direitos, liberdade e garantias, que acabam por entrar em rota de colisão em determinadas circunstâncias da vida social do ser humano. Se por um lado pretende defender a vida e a liberdade como bens inalienáveis, por outro lado vê-se na necessidade de regular as bases do processo penal e de adotar medidas que protejam os cidadãos e os seus direitos e liberdades.

Tais direitos, liberdades e garantias são dotados de igual potencialidade de eficácia e encontram-se no mesmo plano hierárquico. O mesmo será dizer que se encontram abstratamente em pé de igualdade, sendo vedado ao aplicador da lei escolher arbitrariamente qual das normas legais deveria ser aplicada ao caso *sub judice* quando duas ou mais regras conflituarem entre si no momento da subsunção do facto à norma.

O direito constitucional tem uma dupla influência sobre o regulativo processual penal: por um lado estabelece as bases do processo penal, que são em simultâneo o fundamento dos mais basilares princípios do Estado (de Direito Democrático) e, por outro lado, impõe que a regulação das particulares questões processuais obedeçam às (superiores) normas constitucionais⁴⁷.

Existindo vários interesses a considerar e a proteger, será através de uma ponderação conforme a hierarquia axiológica da CRP, que se alcançará uma solução legal e sobretudo legítima (artºs. 29º e 165º da CRP) em matéria de prova e dos seus meios de obtenção.

⁴⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**.2ª ed. Almedina.

⁴⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**.2ª ed. Almedina.

⁴⁷DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Processual Penal I**.

Torna-se necessário, por isso, no caso concreto ponderar os interesses em causa considerando sempre as consequências e os bens que cada um visa proteger.

A prova (artigo 124º do CPP) é o meio para a descoberta da verdade dos factos, mas a sua recolha e produção passa pelo uso de mecanismos legais, ou seja, «a eficácia da Justiça é também um valor que deve ser perseguido, mas porque numa sociedade livre os fins nunca justificam os meios, só é aceitável quando alcançada lealmente, pelo engenho e a arte nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem os sofre, mas não menos quem os usa» - ⁴⁸

Segundo Costa Andrade, “a realização da justiça penal representa um valor nuclear do Estado de Direito suscetível de ser levado à balança da ponderação com direitos fundamentais”⁴⁹.

Agora é preciso encontrar o equilíbrio necessário entre o interesse da prossecução da atividade penal e a defesa da essência dos direitos fundamentais, nomeadamente, a dignidade humana.

Genericamente podemos dizer que são comportamentos proibidos, por violação do princípio da dignidade da pessoa humana, todos aqueles que visam a coisificação de pessoas concretas e situadas no mundo, ou seja, sempre que exista uma instrumentalização degradante da pessoa. O mesmo será dizer que a dignidade é violada quando a pessoa deixa de ser considerada como um sujeito individual e um fim em si mesmo, sendo, ao invés, tratada como um instrumento ou um meio de realização de fins alheios.

No que concerne ao direito positivo, ou seja, às normas constitucionais, podemos também afirmar que existe violação da dignidade da pessoa humana quando alguém é discriminado por fatores estigmatizantes, como sejam a origem étnica, a cor da pele, a religião ou a orientação sexual. A dignidade da pessoa humana está intimamente ligada à ideia de autonomia, de vontade da pessoa, o que é uma característica da dupla tradição jurídica ocidental, tanto na família romanística ou continental como na família do direito comum.

Paulo Ferreira da Cunha considera a dignidade humana como algo superior à vida humana: “Mais importante na hierarquia e mais alta na abstração, é a dignidade humana. Uma ideia de dignidade humana não absolutizada de forma idealista, mas encontrada em cada momento na interseção crítica e criadora dos princípios universais de direito (e dos Direitos Humanos

⁴⁸ SILVA, Germano Marques da - **Constituição**, anotação ao artigo 32º da CRP. p. 361.

⁴⁹ ANDRADE, Costa - **Sobre as Proibições de prova em processo penal**. p.30.

universais – ou direitos naturais, conforme se preferir) e a radicação e a riqueza do local (tradicional, histórica, nacional, comunitária, conforme se desejar).”.⁵⁰

Contudo é a própria lei fundamental que no seu artº18º nº 2, admite a restrição dos “direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Quer isto dizer que, pese embora os princípios gerais e os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, a própria lei fundamental admite exceções.

Tomando como exemplo o caso em que num determinado processo penal, em que foi apresentada prova por parte do MP e que acabou por servir de base á condenação do arguido, prova essa baseada na obtenção de fotogramas através do sistema de videovigilância existentes num estabelecimento comercial, usado habitualmente para proteção dos seus bens e da integridade física de quem aí se encontre, mesmo que se desconheça se esse sistema foi comunicado à CNPD. Será que essa prova configura um método proibitivo de prova, nos termos do artigo 167º do CPP?

Desde já diremos que a jurisprudência tem entendido que não o será, desde que exista uma justa causa para a sua obtenção, como é o caso de documentar a prática de uma infração criminal, e não diga respeito ao “núcleo duro da vida privada” da pessoa visionada. (vide como exemplo Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 04/03/2010 no processo nº 1630/08.8PFSXL.L1-9⁵¹)

Consagrando as referidas exceções previstas na lei, aplicadas ao caso concreto aqui enunciado, nos termos do artº. 167º do CPP estipula-se: “1 - As reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas ou por meio de processo eletrónico e de um modo geral, quaisquer reproduções mecânicas só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se não forem ilícitas, nos termos da lei penal. 2 - Não se consideram, nomeadamente, ilícitas

⁵⁰ CUNHA, Paulo Ferreira da (2006) - **Direito Constitucional Geral**.p.247.

⁵¹ Segundo o que se sumariou no Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 04/03/2010 “*A obtenção dos fotogramas através do sistema de videovigilância existentes num estabelecimento comercial, para proteção dos seus bens e da integridade física de quem aí se encontre, mesmo que se desconheça se esse sistema foi comunicado à CNPD, não corresponde a qualquer método proibitivo de prova, desde que exista uma justa causa para a sua obtenção, como é o caso de documentar a prática de uma infração criminal, e não diga respeito ao “núcleo duro da vida privada” da pessoa visionada.*”

para os efeitos previstos no número anterior as reproduções mecânicas que obedecerem ao disposto no título III deste livro”.

Significa isto que o regime da legalidade da prova, ao estabelecer proibições de produção ou valoração da mesma, comprime o princípio da livre apreciação da prova, consagrado no artº. 127º do CPP.

No caso em apreço, torna-se necessário averiguar se a recolha das imagens em questão preenche a previsão do artº. 199º do Cód. Penal, relativo a gravações, fotografias e filmagens ilícitas, que tutela o direito à imagem, com consagração constitucional no artº. 26º da Constituição e legal no artº. 79º, n.º 1, do CC.

Estipula o artº. 199º, no seu n.º 2 que “quem, contra vontade: Fotografar ou filmar outra pessoa, mesmo em eventos em que tenha legitimamente participado; [al. a)] ou “Utilizar ou permitir que se utilizem fotografias ou filmes referidos na alínea anterior, mesmo que tenham sido licitamente obtidos” [al. b)].

Mediante este ilícito tutela-se o direito à imagem, constitucionalmente consagrado no artº. 26.º da CRP e no artº. 79.º, n.º 1 do CC.

Em conflito estão, pois, dois direitos dignos de tutela: o direito à propriedade, à segurança de pessoas e bens contra o direito à intimidade de cada um.

De acordo com o artº. 199º do CP, impõe-se proceder a ponderação dos meios utilizados, no âmbito do princípio da necessidade, da adequação e da proporcionalidade com as finalidades estabelecidas e as pessoas e bens protegidos.

No caso, o arguido viu as câmaras de filmar e não se absteve de praticar os factos em discussão, pelo que, salvo melhor entendimento, pelo menos tacitamente, aceitou a captação das suas imagens.

Tem sido entendimento da jurisprudência que não constitui crime a obtenção de imagens, mesmo sem consentimento do visado, sempre que exista justa causa para tal procedimento, designadamente quando sejam enquadradas em lugares públicos, visem a proteção de interesses públicos, ou hajam ocorrido publicamente.

Será, por isso, considerada criminalmente atípica, a obtenção de fotografias ou de filmagens, mesmo sem consentimento do visado, sempre que exista justa causa nesse procedimento, designadamente quando as mesmas estejam enquadradas em lugares públicos, visem a realização de interesses públicos ou que hajam ocorrido publicamente.

É que a captação de imagens de um eventual suspeito, em tal circunstância, constitui um meio necessário e apto a repelir a eventual agressão ilícita da propriedade do ofendido.

Aliás, o próprio artº. 79º, n.º 2, do CC prevê a desnecessidade do consentimento da pessoa retratada quando assim justifiquem exigências de polícia ou de justiça, o que, naturalmente, também deverá ser considerado extensível ao direito penal, face à sua natureza fragmentária e ao seu princípio de intervenção mínima.

Consagrando o princípio de que o ordenamento jurídico deve ser encarado no seu conjunto, dispõe o artº. 31º, n.º 1, do Cód. Penal, que o facto não é criminalmente punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade.

Quer isto dizer que as normas de um ramo do direito que estabelecem a licitude de uma conduta têm reflexo no direito criminal, a ponto de, por exemplo, nunca poder haver responsabilidade penal por factos que sejam considerados lícitos do ponto de vista civil.

A justa causa apenas poderá ser afastada pela inviolabilidade dos direitos humanos, designadamente, a inadmissibilidade de atentados intoleráveis à liberdade, dignidade e integridade moral das pessoas, como seja o direito ao respeito pela sua vida privada.

Por maioria de razão se deverá estender ao direito penal o preceituado neste último segmento normativo, face à natureza fragmentária daquele ou ao seu correspondente princípio de intervenção mínima, resultante do artº. 18.º, n.º 2, da CRP.

Ora, a citada norma do CC, não só afasta a ilicitude dos artº.s 199º do Cód. Penal e 167º do CPP, como também não é inconstitucional, uma vez que, embora comprima o direito à reserva da vida privada, não o faz de uma forma de todo intolerável.

Acresce que, a obtenção de imagens nas circunstâncias supra descritas não constitui qualquer crime de devassa contra a vida privada (previsto no artº. 192º) ou de devassa por meio de informática (do artº. 193º, ambos do Cód. Penal), “uma vez que com estes ilícitos pretende-se tutelar apenas o núcleo duro da vida privada e mais sensível de cada pessoa, como seja a intimidade, a sexualidade, a saúde, a vida particular e familiar mais restrita, que se pretende reservada e fora do conhecimento das outras pessoas, o que não é manifestamente o caso da situação que nos ocupa”⁵².

As imagens do arguido não foram registadas no contexto da esfera privada e íntima deste, mas sim enquanto normal cliente de um estabelecimento comercial, numa área de acesso público,

⁵² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04/03/2010 Disponível em www.dgsi.pt

onde qualquer pessoa, seja ou não cliente, pode aceder. O que é constitucionalmente protegido é, apenas, a esfera privada e íntima do indivíduo. Sucede que, a gravação não contende nem com uma nem com outra e por isso, a prova baseada na gravação, quando ponderada com outros interesses constitucionalmente protegidos, deve ser admitida e não ser considerada prova proibida.

Nos termos do n.º 3 do artigo 18 da CRP, os direitos fundamentais são insuscetíveis de restrição, daí que a atividade penal não poderá em momento algum invadir esse espaço.

No âmbito do processo penal, e no que respeita à atividade do Ministério Público, esta entidade surge no processo numa posição privilegiada para a defesa dos direitos fundamentais das pessoas. Por outro lado, o MP, não encarnando propriamente o poder judicial, assume-se como “magistratura de promoção ou postulação”⁵³. Acrescente-se, ainda, que competindo ao MP a direção do inquérito, tem esta entidade que atender na efetiva garantia da posição do arguido, garantia esta prevista pela própria lei processual.

As três características estruturantes do MP – autonomia, hierarquia e responsabilidade – e a sua compatibilização, assumem-se essenciais no cumprimento da vocação do MP, enquanto entidade que simultaneamente usa a veste de investigador e acusador e de defensor dos direitos fundamentais dos cidadãos⁵⁴.

Figueiredo Dias entende que o *punctum crucis* estará, precisamente, na compatibilização do princípio da autonomia com o da responsabilidade comunitária, para que, nomeadamente, “possam ser melhorados os níveis de êxito e de eficiência do MP, dos quais depende o cumprimento da sua função social e, em último termo, a defesa dos direitos fundamentais das pessoas e da comunidade”⁵⁵.

⁵³ *Posição, funções e responsabilidade democrática do Ministério Público no modelo processual penal português* – MONTE, Mário Ferreira e SANTOS, Margarida - algumas considerações.

⁵⁴ *Posição, funções e responsabilidade democrática do Ministério Público no modelo processual penal português* – MONTE, Mário Ferreira e SANTOS, Margarida - algumas considerações.

⁵⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo - “*Autonomia e responsabilidade...*” p. 75.

CAPÍTULO III

A ATIPICIDADE

Capítulo III – A Atipicidade

1 - Introdução

Ao sistema da prova legal que comportava a pré-fixação pelo legislador do valor de cada um dos meios de prova contrapõe-se o sistema da livre convicção, de prova moral e de persuasão racional.

O sistema das provas morais, nascido da Revolução Francesa, foi em grande parte determinado pela incompatibilidade do sistema de provas legais com a instituição do júri.

Pensava-se então que, para além da dificuldade de os jurados conhecerem complexas regras legais de valoração da prova, na convicção íntima dos jurados, emanava ao mesmo tempo da razão individual e da soberania popular, estava o critério último e infalível da verdade.

Estas razões, aliadas à convicção de que as provas legais tinham muito de arbítrio, determinaram que o sistema da prova moral fosse inicialmente concebido de modo essencialmente negativo, isto é, pela não submissão aos critérios valorativos estabelecidos por lei.

É hoje, porém, geralmente reconhecido que a convicção íntima não é por si critério de verdade e também ser erro grosseiro pensar que as regras legais quanto ao valor das provas eram necessariamente arbitrárias.

Se inicialmente o sistema de prova moral foi determinada pela intervenção dos jurados nos julgamentos e pelas razões apontadas, certo é que muito depressa passou também a aplicar-se aos juízes profissionais.

E se era natural à ideia de jurado, pelo menos do jurado daquela época, a não motivação das sentenças, pois o seu veredicto era dado por um lacónico *sim* ou *não* às perguntas formuladas pelo Tribunal, também essa ausência de motivação passou a ser adotada pelos juízes profissionais, entendendo-se então que a livre convicção do julgador dispensava a fundamentação da valoração da prova, pois o juiz julgava apenas de acordo com a sua consciência, tendo-se chegado ao limite de admitir que o princípio da prova moral significava que o juiz podia decidir *com prova, sem prova e contra prova*.⁵⁶

Pelo menos a partir da reforma do CPP de 1929, operada em 1931, parte da doutrina começou a insurgir – se contra a orientação da jurisprudência que considerava que a matéria de facto,

⁵⁶ FERREIRA, José Dias - **Novíssima Reforma Judiciária**. p. 262.

era fixada definitivamente pela 1ª instância, por entender que a matéria relativa às regras de apreciação da prova era matéria de direito e por isso, suscetível de recurso.⁵⁷

2 -Delimitação e Conceito

Do princípio da liberdade de prova, ou da não taxatividade dos meios de prova, consagrada no artº. 125 do CPP⁵⁸, retiramos a admissibilidade de meios de prova atípicos, na medida em que aquela norma parece permitir a utilização de qualquer meio de prova, não proibido por lei, para a descoberta da verdade material.

Para chegarmos ao conceito de prova atípica, noção esta que não é de todo pacífica nem na jurisprudência nem na doutrina, torna-se necessário enunciar as principais definições a ela associadas.

Para uma parte da doutrina portuguesa a prova atípica é aquela que atinge um resultado probatório diverso daquele que seria esperado através dos meios de obtenção de prova expressamente tipificados na lei processual penal, por outras palavras, para esta parte da doutrina, a atipicidade está relacionado com os resultados das diligências de prova e não propriamente com os meios para os atingir.

Já por outro lado, outra parcela da doutrina entende que a atipicidade vê-se no modo e não no resultado que se atinge através de modelo não previsto na lei, ou seja, a atipicidade aqui consiste numa modalidade diversa de surgimento da prova.

Ora, para densificar o conceito de atipicidade de prova à luz do nosso ordenamento jurídico, importa notar que o sistema processual penal português incorpora um conjunto de normas, que regula exasperadamente a matéria probatória. Efetivamente a fase do inquérito e da obtenção da prova para fundamentar a acusação é das fases mais cruciais ao longo do processo penal, e aquela que mais exige dos operadores do direito, uma vez que tem de cumprir os trâmites e as regras impostas pela lei penal, no sentido de não violar qualquer direito fundamental dos cidadãos.

O artigo 125º do CPP é uma norma aberta que sem especificar nada mais, admite como prova toda aquela que a lei expressamente não proíba. Contudo só alcançaremos o verdadeiro sentido da norma do artº. 125 do CPP se procedermos a uma interpretação sistemática da mesma, à luz dos princípios caracterizadores do sistema probatório no nosso processo penal.

⁵⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Processual Penal I**. p. 202.

⁵⁸ “ São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei” artigo 125º do CPP.

A atipicidade pode também ser vista como garantia da legalidade, pelo que a lei penal não pode ser interpretada apenas face àquilo que é ou não proibida, mas, através da legalidade, na medida em que assenta na tutela de direitos fundamentais dos cidadãos.

Assim, como já tivemos oportunidade de referir, o sistema processual penal, em geral, põe em causa os direitos e as garantias individuais dos cidadãos, o que gera interesses e valores conflituantes, pelo que se torna necessário fazer uma ponderação desses valores. Não raras vezes o aplicador do direito tem de optar entre sacrificar determinados interesses em detrimento de outros, mesmo que a lei imponha limites.

Embora não vigore um princípio de taxatividade no que aos meios probatórios diz respeito, como já vimos, vigora, quanto ao que está legalmente previsto, um princípio de tipicidade, no sentido em que os meios por lei regulados encontram-se previstos em todas as suas componentes e variantes, não admitindo derrogações justificadas pelo princípio da liberdade de prova consagrado no artº. 125 do CPP.

Desta forma, a análise do artº. 125 do CPP não se bastará com uma interpretação literal à própria norma legal, torna-se necessário aprofundar a norma em si que não se limita a afirmar a exclusão de provas proibidas, nem a admitir a obtenção, a produção e a valoração de prova não prevista na lei.

Assim, concluímos que a prova atípica é aquela que não se encontra prevista como tal no ordenamento jurídico, distinguindo-se da prova ilícita devido ao facto de esta última, embora prevista legalmente, ter sido adquirida mediante violação dos limites nele previsto.

No entanto, estes dois tipos de prova acabam por convergir nalguns pontos importantes: ora porque uma prova ilícita poderá ser considerada atípica; ora porque a questão da admissibilidade processual também se aplica às provas atípicas; ora porque há quem defenda que a prova ilícita poderá ser utilizada em juízo a título de prova atípica⁵⁹.

Quanto à questão da admissibilidade processual das provas atípicas importará primeiramente determinar se o elenco dos meios de prova tem carácter taxativo ou meramente exemplificativo. Não obstante o nosso CC estabelecer um elenco de provas no seu artº. 349.º e ss, este não corresponde a uma tipologia, representando, pelo contrário, um conjunto de realidades com natureza diversa, sendo ainda possível encontrar normas relativas a meios de prova fora daquele código e daquele preceito legal. No ordenamento jurídico português, a questão da admissibilidade ou não de provas atípicas não tem uma posição unânime, no entanto, na esteira daquilo que vimos defendendo partilhamos da ilustre opinião da professora

⁵⁹ ALEXANDRE, Isabel (1998) - **Provas Ilícitas em Processo Civil**. Almedina Coimbra.p.34.

Isabel Alexandre, que refere que estas provas apenas deverão ser rejeitadas quando seja necessário defender outros direitos ou interesses. A autora entende que, se as partes estiverem impossibilitadas de usar provas inominadas, tal representa uma restrição ao direito fundamental à prova, consagrado no artº. 20.º n.º 1 e 4 da CRP, o que contraria o disposto no artº. 18.º n.º 2 da CRP.⁶⁰

Pelo exposto, parece ser possível concluir pela impossibilidade de fundamentar a admissibilidade da prova ilícita, através do recurso à figura da prova atípica, o mesmo será dizer que se quanto a esta o ponto de partida deverá ser o da admissibilidade, só se impondo solução diversa quando colida com direitos fundamentais legitimamente consagrados.

3- O Princípio da Legalidade - Legalidade da Prova

O princípio da legalidade é correlativo do princípio da oficialidade que significa que a iniciativa e prossecução processuais são públicas, pertencem ao Ministério Público.

Ao contrário do que sucede no processo civil, em que se dá ao autor a faculdade de avaliar a oportunidade da ação, o princípio da legalidade no processo penal constitui um marco importante em toda a tramitação processual. Historicamente, é fruto das ideias iluministas, às quais foi conferida positividade aquando da Revolução Francesa e da consagração de garantias individuais.

Segundo o princípio da legalidade o Ministério Público deverá proceder sempre que se verifiquem os pressupostos jurídico-factuais da incriminação e processuais da ação penal. Este princípio encontra-se consagrado, entre outros nos artigos 262º nº 2 e 283º do CPP. Daqui decorre claramente a obrigatoriedade de o Ministério Público assim que tenha adquirido a notícia de um crime, promover o processo penal, abrindo o inquérito e deduzindo acusação se tiver adquirido indícios suficientes de se ter verificado o crime e de quem foram os seus agentes.

⁶⁰ ALEXANDRE, Isabel (1998) - **Provas Ilícitas em Processo Civil**. Almedina Coimbra.p.44; a autora cita Lebre de Freitas que defende a inadmissibilidade dos meios de prova não previstos na lei, enquanto Antunes Varela – J. M. Bezerra – Sampaio e Nora, defendem a sua admissibilidade. Idêntica é a posição de Castro Mendes, ainda que com algumas reservas dado que, para o autor, o art. 345.º n.º 2 do CC veda às partes a possibilidade de ampliar o elenco legal dos meios de prova, estando tal faculdade apenas do lado do juiz, usando os poderes que lhe são conferidos pelo art. 265 n.º 3 do CPC.

O princípio da legalidade, como refere Anabela Rodrigues, constitui “o ponto de partida da modelação do sistema” por se encarar a opção entre o princípio da legalidade e o da oportunidade como “tópicos privilegiados para caracterizar o modelo processual em vigor”⁶¹. De acrescentar que o CPP “tempera o princípio da legalidade, em certas hipóteses concretas, por meio de um cauteloso reconhecimento do princípio da oportunidade”⁶².

No processo penal não há lugar a qualquer juízo de oportunidade sobre a prossecução e promoção do próprio processo, uma vez que estes se apresentam como verdadeiros deveres do Ministério Público. A atividade deste órgão, limita-se porém, ao que estiver previsto na lei, daí falarmos no princípio da legalidade. Este princípio pretende, de resto, afastar a discricionariedade do Ministério Público, não sendo de realização automática, tanto mais que implica a formulação de juízos por parte deste, desde logo sobre a própria qualificação da notícia do crime e de quem foi o seu agente e sobre outros pressupostos processuais. Estes juízos são, porém, apenas de subsunção dos factos à lei, desde que se verifiquem os pressupostos exigidos por lei para que deva promover-se o processo, “o MP não pode deixar de o promover sob pena de ilegalidade de atuação, de omissão de um dever, que pode mesmo constituir crime (crime de negação de justiça- artº. 369º CPP)”⁶³ ou infração disciplinar (artº. 138º da Lei Orgânica do Ministério Público: Lei nº 47/86, de 15 de outubro).

Ou seja, num possível conflito entre o dever de legalidade e o de obediência hierárquica aquele deverá, em princípio, prevalecer.^{64 65}

⁶¹ RODRIGUES, Anabela Miranda (1991) - “*O inquérito no novo Código de Processo Penal*” - **Jornadas de Direito Processual Penal**. CEJ Almedina.p.74.

⁶² RODRIGUES, Anabela Miranda (1991) - “*O inquérito no novo Código de Processo Penal*” - **Jornadas de Direito Processual Penal**. CEJ Almedina.p.74-75.

⁶³ SILVA, Germano Marques da (1996) - **Curso de Processo Penal**. Volume I, 3ª ed. revista e atualizada, Editorial Verbo.

⁶⁴ DIAS, Figueiredo - *Sobre a cessação do dever de obediência quando conduza à prática de um crime*, RLJ, 106/175 ss.

⁶⁵ O Acórdão do Tribunal constitucional n.º 7/87, de 9 de Janeiro de 1987 (Publicado no Diário da República, I Série, n.º 33 (Suplemento) de 9 de Fevereiro de 1987. Também publicado no BMJ 363, 113), debruçou-se sobre a revisão preventiva e abstrata do CPP de 1987. Dentro deste tema suscitou-se a questão de saber se era ou não constitucional a atribuição do domínio da fase do inquérito ao Ministério Público. Não obstante o Tribunal entendeu não ser inconstitucional a direção do inquérito pelo MP, pelas razões seguintes: a) Nos termos da própria Constituição, art. 224.º (atual art. 219.º, n.º 1), cabe efetivamente ao MP exercer a ação penal, o que só pode significar que lhe cabe dirigir a investigação; b) Apesar de a direção do inquérito estar cometida ao MP, os atos que penetram na esfera de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos são da competência exclusiva do juiz

Consequências do princípio da legalidade são também de considerar a denúncia obrigatória ao Ministério Público que, segundo o artigo 242º, impende sobre as entidades policiais, quanto a todos os crimes de que tenham conhecimento, e sobre os funcionários, demais agentes do Estado e gestores públicos, quanto aos crimes de que tomarem conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas; e a faculdade de denúncia atribuída a qualquer pessoa, pelo artigo 244º CPP, relativamente a todo o crime de que tenha notícia, desde que o respetivo procedimento não dependa de queixa ou de acusação particular.

Na verdade, “quando se fala em princípio da legalidade, normalmente tem-se em vista um sentido específico, algo diferente da ideia geral segundo a qual os órgãos de soberania em geral, e em particular os que aplicam a justiça, estão sujeitos à lei”⁶⁶. O princípio da legalidade é, neste sentido concreto, composto por dois deveres que incumbem ao Ministério Público, sendo eles, “o dever de abrir inquérito sempre que tenha notícia de um crime (artº. 262.º, n.º 2, do CPP) – dever de investigação; e o dever de deduzir acusação sempre que tenha indícios suficientes de que certa pessoa foi o autor do crime (artº. 283.º, n.º 1, do CPP) – dever de acusar”⁶⁷.

A consagração do princípio da legalidade é, em princípio, de aplaudir; ela preserva um dos fundamentos essenciais do Estado de Direito, enquanto põe a justiça penal a coberta de suspeitas e de tentações de parcialidade e arbítrio. Se fosse possível aos órgãos públicos encarregados do procedimento penal apreciar da «conveniência» do seu exercício e omiti-lo por «inoportuno», avolumar-se-ia o perigo de aparecimento de influências externas, na administração da justiça penal e, mesmo quando tais influências não lograssem impor-se, o perigo de diminuir (ou desaparecer) a confiança da comunidade na incondicional objetividade daquela administração⁶⁸.

de instrução, na própria fase de inquérito; c) O arguido pode sempre requerer a abertura da instrução quando houver acusação, garantindo assim um controlo jurisdicional dessa decisão do MP.

⁶⁶ BELEZA, Teresa Pizarro (1991-92) - **Apontamentos de Direito Processual Penal**, Vol. I, com a colaboração de Isasca Frederico e Gomes, Rui Sá, Lisboa AAFDL.p.99.

⁶⁷ PEDRO, Caeiro (2000) - “*Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da ‘justiça absoluta’ e o fetiche da ‘gestão eficiente do sistema’*”- **Revista do Ministério Público**, nº 84, Ano XXI. p.32.

⁶⁸ DIAS, Jorge Figueiredo (1988-9) - **Direito Processual Penal**, *Secção de Textos da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, p.95.

A vigência do princípio da legalidade é, igualmente, “garantia de igualdade perante a lei (...) bem como igualdade na aplicação do direito⁶⁹ e é decerto fator de prevenção geral”, que é não apenas fim das penas, mas da administração da justiça penal, em geral⁷⁰. Ou seja, a legalidade, na medida em que proíbe o arbítrio do aplicador do direito e oferece confiança e segurança aos cidadãos visados, é, claramente, instrumento de garantia atribuído ao cidadão perante a justiça. Por estas razões, ainda que se verifiquem espaços de oportunidade (legalmente regulados e impostos pela prevenção especial que, também, norteia a administração da justiça), o princípio da legalidade é, tradicionalmente, dominante no nosso sistema jurídico-penal e vertente essencial do princípio do Estado de Direito Democrático.

Uma coisa é a consagração do princípio da oportunidade, em contraposição ao princípio da legalidade, e outra, diferente, é a existência de limitações ao princípio da legalidade no sentido da oportunidade, ou mesmo a consagração, para certos domínios limitados e sob certa possibilidade de controlo do princípio da oportunidade. É como limitações ao princípio da legalidade no sentido da oportunidade que, numa primeira aproximação devem ser entendidos os artigos 280º CPP (arquivamento em caso de dispensa ou isenção de pena) e artº. 281º CPP (suspensão provisória do processo), uma vez que, verificados os pressupostos que condicionam a sua aplicação, eles assumem a veste de verdadeiras alternativas ao despacho de acusação. Significa que, não obstante o Ministério Público ter recolhido, durante o inquérito, indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente (cfr. artigo 283º CPP) ele não submete a infração a julgamento: arquiva ou suspende provisoriamente o processo, o que significa também que o conflito jurídico-penal termina, já que a decisão tomada nos termos do artigo 280º, bem como a que dá aplicação ao artigo 281º, não é suscetível de impugnação.

Em geral, no princípio da legalidade podem identificar-se duas vertentes: a conformidade com a lei (positiva) e o respeito pela lei (negativa). Deste modo, ao se pretender afastar a arbitrariedade na promoção do processo penal, a legalidade é garantia de segurança dos cidadãos, no que respeita à tramitação processual.

⁶⁹ DIAS, Jorge Figueiredo (1988-9) - **Direito Processual Penal**, *Secção de Textos da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*.p.95.

⁷⁰ DIAS, Jorge Figueiredo (1988-9) - **Direito Processual Penal**, *Secção de Textos da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*.p.95-96.

Esta ideia tem, igualmente, nítida importância em sede de obtenção e produção de prova, que demonstrará a existência ou não de factos criminalmente relevantes. Pode mesmo afirmar-se que a legalidade limita o princípio do inquisitório e, consequentemente, a descoberta da verdade, tendo esta busca da verdade histórica de cumprir determinados trâmites legais e de respeitar valores fundamentais legalmente tutelados.

A questão que se coloca é se a CRP impõe ou não a subordinação do MP ao princípio da legalidade. A questão foi considerada pelo Tribunal Constitucional a propósito da fiscalização preventiva da constitucionalidade do CPP de 1987. Entendia o professor Vital Moreira que em face da CRP, o Ministério Público não dispõe do direito de acusar ou não acusar, competindo-lhe exercer a ação penal, que é uma tarefa do Estado, que o Ministério Público deve desempenhar de acordo com critérios de igualdade. Entendia ainda que este princípio era imposto pelo princípio da igualdade dos cidadãos.⁷¹

Acresce que o artigo 221º da CRP apenas atribui ao MP a competência para o exercício da ação penal, mas nada estatui quanto aos princípios a que a mesma há-de obedecer, entre os órgãos do Estado a função correspondente ao exercício da ação penal é atribuído ao MP, mas os princípios a que o seu exercício há-de obedecer não são impostos pelo artigo 221º.

O princípio que agora acabamos de analisar, é insuscetível de se confundir com o princípio da prova legal cujo âmbito de aplicação se reporta à valoração da prova, enquanto o princípio da legalidade assenta na legitimidade dos meios de produção de prova e consequente validade processual da prova assim conseguida.⁷²

Uma derrogação do referido princípio é o recurso, por parte do Ministério Público, a meios de prova atípicos e a meios de obtenção também atípicos. Neste caso, embora não previstas na lei, a atuação do Ministério Público acaba por fazer “jus” a este princípio e continua a ser a mesma como se estivesse perante uma prova tipificada na lei penal.

4- A Admissibilidade da Prova

No que respeita à admissão de prova na audiência de julgamento penal⁷³, o Tribunal pode ordenar, oficiosamente ou a requerimento do MP, do arguido e do assistente, a produção de

⁷¹ Declaração de voto ao Acórdão nº 7/87, in DR, I série, suplemento de 9 de fevereiro de 1987.

⁷² DIAS, Figueiredo (1974) - **Direito Processual Penal**. Coimbra Editora, Lda. 1 Vol.p.197.

⁷³ Esta matéria vale também, por interpretação extensiva, para efeitos da admissão de meios de prova antes ou fora da audiência e, designadamente, para apreciação dos requerimentos de prova juntos às contestações. Neste

todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário á descoberta da verdade e á boa decisão da causa.

Contudo se o tribunal considerar necessária a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou mesmo da contestação, dá, disso, conhecimento, aos sujeitos processuais e fá-lo constar da ata.

Não obstante o juiz pode decidir por indeferir o requerimento de prova quando a prova ou o respetivo meio forem legalmente inadmissíveis. A inadmissibilidade surge quando for notório que as provas requeridas são irrelevantes ou supérfluas, quando o meio de prova for inadequado, de obtenção impossível ou muito duvidosa ou quando o requerimento tem finalidade meramente dilatória. (cfr. artº. 340º CPP).

Como já tivemos oportunidade de referir, uma prova é considerada ilícita quando resulta da prática de um ato ilícito, praticado dentro ou fora do âmbito do processo. A definição de prova ilícita distingue-se da de prova inadmissível, já que esta ultima, independentemente do ato através do qual ela foi obtida e por qualquer motivo, não merece valoração no processo.

Paulo Mota Pinto e Isabel Alexandre⁷⁴ concluíram que “ No direito português, a obtenção ilícita de um meio de prova tem consequências a nível da sua admissibilidade processual, em virtude da aplicação analógica da regra do artº 32º, nº8 da CRP ao processo civil”, e ao defenderem que nas situações em que se comprove ter havido uma abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas comunicações, estará o juiz obrigado a não admitir a prova apresentada que tenha sido obtida através desses meios. Isto significa que as regras aplicáveis ao processo penal no que à ilicitude e admissibilidade ou não da prova é também aplicável no âmbito do processo civil.

É possível, ainda, fazer uma distinção entre a prova considerada inadmissível e as provas irrelevantes ou desnecessárias que, apesar de serem válida e lícitamente obtidas, também não deverão ser admitidas pelo juiz, ao abrigo do princípio da proibição da prática de atos inúteis por não terem qualquer relação com o objeto em causa, ou por se mostrarem de alguma forma

sentido Paulo Pinto de Albuquerque - comentário do código de processo penal, Universidade Católica Editora, anotação ao artigo 340º e p. 852. Da mesma forma o autor entende que este preceito legal não vale apenas para a decisão sobre a omissão da prova relativa ao objeto do processo, isto é, a prova para “ a descoberta da verdade”, mas também para a decisão sobre a prova relativa às questões e incidentes que se suscitam na pendencia do processo, isto é, a prova para a “boa decisão da causa”.

⁷⁴ “*Provas Ilícitas em Processo Civil*” (1998) – Almedina. p.287 e 263-265.

dilatórias⁷⁵. O meio de prova tem um fim dilatatório quando o requerente quer ou tem consciência de que, com o seu requerimento, se prejudica o regular andamento dos autos, sem que ele possa objetivamente contribuir para o esclarecimento da verdade.

O meio ou diligência de prova será essencial por exemplo nos casos do artigo 318º nº1 al. b) do CPP, situações em que não é permitida a tomada de declarações do assistente, das partes civis, testemunhas, peritos ou consultores técnicos ser prestada por videoconferência, por ser essencial a presença dessas pessoas na audiência para a descoberta da verdade.

O meio ou diligência de prova é indispensável em várias situações. Será indispensável por exemplo no caso das escutas telefónicas, mais precisamente para efeitos do artigo 187º nº 1 do CPP. Nos termos deste preceito, a intercepção e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas só podem ser autorizadas durante o inquérito, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter. É também indispensável nos casos do artigo 291º nº 3 que determina que os atos e as diligências de prova praticados no inquérito apenas são repetidos no caso de não terem sido observadas as formalidades legais ou quando a repetição se revelar indispensável à realização das finalidades da instrução. Já nos termos do artigo 334º nº3 a prova será absolutamente indispensável nos casos em que o tribunal considera que a presença do arguido é obrigatória (nas palavras da lei “ absolutamente indispensável”) de tal forma que a audiência não possa decorrer na sua ausência.

⁷⁵ Tome-se como exemplo o acórdão do tribunal da Relação de Coimbra de 03/12/2009 que decidiu que mesmo que uns determinados documentos se possam juntar ao processo, os mesmos não serão admissíveis se se mostrarem irrelevantes para a boa decisão da causa, nomeadamente pelo facto de a matéria que pretendam provar já se encontre assente no processo.

Na apreciação da admissibilidade de um documento não deve entrar o juízo sobre a força probatória do mesmo, ou seja, não há que curar, nessa ocasião, de saber se esse documento é suficiente à prova do facto que se alega visar ao requerer-se a respetiva junção. II – O que importa fazer, ao aferir da apontada admissibilidade, é saber se o facto que se alega pretender-se provar com o documento está já assente ou se é indiferente à solução da causa (seja pela sua irrelevância intrínseca, seja pela circunstância de, embora alegadamente conexo com a factualidade discutida no pleito, não poder ser tomado em consideração neste), ou se é totalmente estranho à matéria que se discute na ação. III – São desnecessários os documentos que digam respeito a factos da causa já assentes, sendo impertinentes os documentos relativos a factos cuja prova seja irrelevante para a sorte desta.

IV – Desnecessários ou impertinentes, a junção de documentos que assim se devam considerar carece de utilidade no processo, pelo que não deve o juiz admiti-la – artº 543º, nº 1, CPC.

O meio ou a diligência de prova é necessário, por exemplo nos casos do artigo 131º nº2 CPP em que a autoridade judiciária verifica a aptidão física ou mental de qualquer pessoa para prestar testemunho, quando isso for necessário para avaliar a sua credibilidade e puder ser feito sem retardamento da marcha normal do processo. Já no caso do artigo 295º a prova será previsivelmente necessária quando forem juntas aos autos as certidões e certificados de registo criminal do arguido, que ainda não constem no processo e se afigurarem previsivelmente necessários à instrução ou ao julgamento que venha a ter lugar e à determinação da competência do tribunal. Por fim, o meio ou a diligência de prova será absolutamente necessária quando a audiência de julgamento não poder ser adiada por ser absolutamente necessário proceder à produção de qualquer meio de prova superveniente e indisponível no momento em que a audiência estiver a decorrer (cfr. artº.º 328º nº3 al. b) do CPP).

Quanto à utilidade ou não do meio ou diligência de prova em processo penal, a prova é útil nos casos por exemplo do artigo 146º nº1, em que é admissível a acareação entre coarguidos, entre o arguido e o assistente, entre testemunhas ou entre estas, o arguido e o assistente sempre que houver contradição entre as suas declarações e a diligência se afigurar útil á descoberta da verdade. Mais, será útil o depoimento do ofendido e, por isso, dele deve ser notificado para a audiência e não deve ser dispensado o seu depoimento, já que, por vezes é o principal e aquele que melhor descreve a verdadeira realidade dos factos. O meio de prova será inadequado quando não seja apto, de acordo com os ensinamentos seguros da ciência ou da experiencia de vida, para a prova do facto, por exemplo quando a testemunha não está em condições físicas e/ou psíquicas para depor sobre o facto, quando o perito não tem conhecimentos científicos específicos ou utiliza métodos que não estão cientificamente avalizados, usando o objeto ou local cujo exame se pretende já foi alterado em relação ao momento em que se verificaram os factos, quando o documento não respeita aos fatos nem tem com eles nenhuma conexão histórica. Mas não é inadequado o depoimento da testemunha devido ao modo de vida que leva, à profissão que tem, aos antecedentes criminais ou às relações que tem com o arguido ou com o ofendido⁷⁶.

Assim, a omissão de uma diligência probatória essencial para a descoberta da verdade constitui a nulidade do artº. 120º nº 2 al. d). Já a omissão de uma diligência probatória

⁷⁶ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código Processo Penal**, anotação (exemplos que são referidos pelo autor ao artigo 340º CPP. ponto 19. p.854.

necessária ou útil, mas não essencial para a descoberta da verdade, constitui uma irregularidade.

4.1- A Norma do artº. 125 do CPP^{77, 78}: Admissibilidade de Provas não Proibidas

⁷⁷ .Ac. Tribunal Constitucional nº213/08, in DR 2ª Série nº86 de 5-05-2008:

Não julga inconstitucional a norma do artigo 125.º do Código de Processo Penal na interpretação segundo a qual é permitida a admissão e valoração de provas documentais relativas a listagens de passagens de um veículo automóvel nas portagens das autoestradas, que foram registadas pelo sistema de identificador da «Via Verde», armazenadas numa base de dados informatizada e ulteriormente juntas ao processo criminal, sem o consentimento do arguido e por mera determinação do Ministério Público.

⁷⁸ Ac. STJ de 12-03-2008 : As declarações de co-arguido, sendo um meio de prova legal, cuja admissibilidade se inscreve no art. 125.º do CPP, podem e devem ser valoradas no processo. Questão diversa é a da credibilidade desses depoimentos, mas essa análise só em concreto, e face às circunstâncias em que os mesmos são produzidos, pode ser realizada. Por isso, dizer em abstrato e genericamente que o depoimento do co-arguido só é válido se for acompanhado de outro meio de prova é uma subversão das regras da produção de prova, sem qualquer apoio na letra ou espírito da lei. A admissibilidade como meio de prova do depoimento de co-arguido, em relação aos demais co-arguidos, não colide minimamente com o catálogo de direitos que integram o estatuto inerente àquela situação, mostrando-se adequada à prossecução de legítimos e relevantes objetivos de política criminal, nomeadamente no que toca à luta contra a criminalidade organizada. O direito ao silêncio não pode ser valorado contra o arguido. Porém, a proibição de valoração incide apenas sobre o silêncio que o arguido adotou como estratégia processual, não podendo repercutir-se na prova produzida por qualquer meio legal, designadamente a que venha a precisar e demonstrar a responsabilidade criminal do arguido, revelando a falência daquela estratégia. Inexiste no nosso ordenamento jurídico um direito a mentir; a lei admite, simplesmente, ser inexigível dos arguidos o cumprimento do dever de verdade. Contudo, uma coisa é a inexigibilidade do cumprimento do dever de verdade e outra é a inscrição de um direito do arguido a mentir, inadmissível num Estado de Direito. É evidente que, tal como em relação ao depoimento da vítima, é preciso ser muito cauteloso no momento de pronunciar uma condenação baseada somente nas declarações do co-arguido, porque este pode ser impulsionado por razões aparentemente suspeitas, tal como o anseio de obter um trato policial ou judicial favorável, o ânimo de vingança, o ódio ou ressentimento, ou o interesse em auto exculpar-se mediante a incriminação de outro ou outros acusados. Por isso, para dissipar qualquer dessas suspeitas objetivas, é razoável que o co-arguido transmita algum dado externo que corrobore objetivamente a sua manifestação incriminatória, com o que deixará de ser uma imputação meramente verbal para se converter numa declaração objetivada e superadora de um eventual défice de credibilidade inicial. Não se trata de criar, à partida e em termos abstratos, uma exigência adicional ao depoimento do co-arguido quando este incrimine os restantes, antes de uma questão de fiabilidade. A credibilidade do depoimento incriminatório do co-arguido está na razão direta da ausência de motivos de incredibilidade subjetiva, o que, na maioria dos casos, se reconduz à inexistência de motivos espúrios e à existência de uma auto inculpação. O TC e o STJ já se pronunciaram no sentido de estar vedado ao tribunal valorar as declarações de um co-arguido, proferidas em prejuízo de outro, quando, a

Determina o artigo 125º do CPP, sob a epígrafe “ legalidade da prova”, que “são admissíveis as provas quem não forem proibidas por lei”. Apesar da sua simplicidade aparente, esta norma legal merece uma interpretação mais profunda do que uma simples interpretação literal do texto da mesma.

Conforme já referido, a validade dos meios de prova depara-se com limites de ordem constitucional que visam garantir direitos e liberdades individuais, consagrados, nomeadamente nos artigos 25º nº1, artigo 32º nº6 e artigo 34º da CRP.

O CPP consagra a regra da não taxatividade dos meios de prova. Ao invés do artigo 189º CPP Italiano, a nossa lei não estabelece um critério substantivo especial para admissibilidade das provas não previstas na lei, pelo que a admissibilidade das provas não previstas na lei rege-se pelos critérios substantivos do artigo 340º CPP^{79, 80}.

instâncias deste, o primeiro se recusa a responder, no exercício do direito ao silêncio (cf. Acs. do TC n.º 524/97, de 14-07-1997 , DR II, de 27-11-1997, e do STJ de 25-02-1999, CJSTJ, VII, tomo 1, pág. 229).

E é exatamente esse o sentido da alteração introduzida pelo n.º 4 do art. 345.º do CPP quando proíbe a utilização, como meio de prova, das declarações de um co-arguido em prejuízo de outro nos casos em que aquele se recusar a responder às perguntas que lhe forem feitas pelo juiz ou jurados ou pelo presidente do tribunal a instâncias do Ministério Público, do advogado do assistente ou do defensor oficioso. Tal como quando é exercido o direito ao silêncio, as declarações incriminadoras de co-arguido continuam a valer como prova quando o incriminado está ausente. Na verdade, tal ausência não afeta o direito ao contraditório que, na fase de julgamento, onde pontifica a oralidade e imediação, pressupõe a possibilidade de o arguido, por intermédio do seu defensor, sugerir as perguntas necessárias para aquilatar da credibilidade do depoimento que se presta e infirmá-lo caso se mostre adequado, pois estando presente o defensor do arguido o mesmo pode e deve exercer o contraditório sobre os meios de prova produzidos (arts. 63.º e 345.º do CPP). A matéria da validade das declarações do co-arguido será tratada e analisada em ponto próprio no presente trabalho.

⁷⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário ao Código Processo Penal**, anotação ao artigo 125º, Universidade Católica Editora, pág. 317.

⁸⁰ Artigo 340.º- Princípios gerais:

Na verdade, a norma do artº. 125 do CPP não se limita a afastar a utilização de métodos probatórios proibidos por lei, mas também não constitui uma simples regra de permissão de recurso a meios de prova não tipificados, procurando uma solução equilibrada pelos princípios fundantes do sistema probatório e ultrapassando a redutora dicotomia entre a taxatividade e atipicidade da prova.

Do ponto de vista das proibições de prova, Benjamim Silva Rodrigues identifica várias interpretações possíveis da norma prevista no artigo 125º do CPP⁸¹:

- i) Não admissão dos meios de prova expressamente proibidos por lei;
- ii) Não admissão dos meios de prova, expressa ou implicitamente, proibidos por lei;
- iii) Não admissão dos meios de prova que, ainda que não expressa ou implicitamente proibidos por lei, restrinjam direito fundamental tido, constitucionalmente, como inviolável, ou afetem, de forma insuportável, o seu núcleo essencial;
- iv) Não admissão dos meios de prova que não superem o “teste dos doze testes”.

Face à epígrafe do preceito legal em análise, o sentido a dar ao princípio da legalidade, supra melhor explanado, será o de demarcar quais os meios de prova que são legalmente previstos e aceites no nosso ordenamento jurídico, e o de constituir parâmetros base da admissibilidade da prova. Ou seja, ainda que a norma prevista no artº. 125 do CPP ofereça uma certa liberdade

1 - O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa.

2 - Se o tribunal considerar necessária a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento, com a antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar da ata.

3 - Sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 328.º, os requerimentos de prova são indeferidos por despacho quando a prova ou o respetivo meio forem legalmente inadmissíveis.

4 - Os requerimentos de prova são ainda indeferidos se for notório que:

- a) As provas requeridas já podiam ter sido juntas ou arroladas com a acusação ou a contestação, exceto se o tribunal entender que são indispensáveis à descoberta da verdade e boa decisão da causa;
- b) As provas requeridas são irrelevantes ou supérfluas;
- c) O meio de prova é inadequado, de obtenção impossível ou muito duvidosa; ou
- d) O requerimento tem finalidade meramente dilatória.

⁸¹ Da prova penal: novos métodos “científicos” de investigação criminal nas fronteiras das nossas crenças, (2011) tomo VI, s.l. Rei dos Livros – Letras e Conceitos.p.34.

ao recurso a provas atípicas, tal liberdade tem determinadas condições de validade: o respeito pelos valores fundamentais e conflituantes que se encontrem legalmente garantidos.

A epígrafe do referido artigo parece-nos desde logo a mais adequada, na medida em que o legislador prevê a possibilidade de, em primeiro lugar, interpretar o sistema probatório positivamente, consagrando a legalidade como critério essencial de admissibilidade da prova penal. Assim, para salvaguarda dos direitos e liberdades fundamentais, bem como de valores fundantes como a segurança jurídica, primeiramente, o aplicador da lei processual penal terá de agir em conformidade ao normativamente estabelecido e, num segundo momento, poderá gozar da liberdade que lhe é conferida pela própria legalidade processual.

4.2- As normas relativas à prova no Código Processo Penal de 1929

O Código Penal de 1929 teve como um dos princípios orientadores o reforço do papel do juiz, ao qual era atribuída não apenas a função de julgar, mas também de investigar para fundamentar a acusação. Tal facto colocava em causa a imparcialidade do julgador e reduzia a atividade do Ministério Público à de um simples formalismo⁸²

Assim, foi abandonada a estrutura acusatória do processo penal, em favor da estrutura inquisitória. Concluída a fase do inquérito, que no antigo Código de Processo Penal se denominava “corpo de delito”, competia ao Ministério Público apenas deduzir a acusação, mantendo-se nesta parte a conceção acusatória.

Posteriormente, o Decreto - Lei nº 35.0007, de 13-10-1945⁸³, retirando as consequências da experiência vivida, restaurou o princípio da acusação, levando em conta que “se o juiz exercer plenamente a sua função policial e de acusação pública, não manterá facilmente a serena imparcialidade do julgador. E, se, ao contrário, “desprezar as funções de investigação e acusação que forçosamente lhe foram atribuídas, para se ater exclusivamente às funções jurisdicionais, tornar-se-á frágil...a garantia da ordem jurídica”.⁸⁴

Segundo Paulo de Sousa Mendes não é, correta a afirmação de que o DL n.º 35.007 tem “a marca indelevelmente fascista” da ditadura sob a qual foi produzido. Segundo o autor não se

⁸² DIAS, Figueiredo (1976) - **A Nova Constituição da República e o Processo Penal**, Lisboa.p.10.

⁸³ O Decreto-Lei nº 35.0007 de 13/10/1945 constituiu uma das principais reformas ao Código Processo Penal em Portugal.

⁸⁴ Conforme preâmbulo do Decreto-Lei nº 35.0007 de 13/10/1945.

deve confundir o sistema processual penal português de então, já informado por princípios e garantias fundamentais, com o regime de exceção aplicado nos famigerados tribunais plenários criminais de Lisboa e Porto, também criados no mandato ministerial de Cavaleiro de Ferreira (1945), onde eram julgados os dissidentes políticos por crimes contra a segurança do Estado.⁸⁵

No que à prova diz respeito, o CPP de 1929 continha uma norma semelhante àquela que hoje podemos encontrar no artigo 125º do CPP. No seu artigo 173º proclamava que «O corpo de delito⁸⁶ pode fazer-se por qualquer meio de prova admitido em direito»⁸⁷. Apesar de o princípio de liberdade de prova que destas palavras se poderá retirar a propósito da norma do artº. 125º do atual CPP, a doutrina da época parecia ser mais limitativa que a atual. No entanto, a verdade é que o artigo 125º do CPP configura uma clara continuidade do regime anteriormente previsto, embora o texto da lei não seja completamente igual, contudo o mesmo não sucede com o sentido que lhe é dado.

Ainda assim, parece-nos que os meios de prova legais eram, no direito anterior, tidos, positivamente, como os meios previstos por lei (dada a utilização do termo ‘admitidos’ e não *admissíveis*). Face ao direito vigente, a mesma expressão poderá ser interpretada no sentido de abranger todos os meios de prova admissíveis por lei, isto é, não proibidos por norma legal.

Com ligeiras alterações o nº 2 do artigo 126º reproduz o artigo 261º do CPP de 1929 referente a meios proibidos no interrogatório do arguido. Contudo, a inserção sistemática do artº. 126º confere ao preceito uma amplitude que aquele artº. 261º do CPP de 1929 não possuía pois tal norma passou a ser aplicável a todo o meio de prova cuja fonte seja a pessoa humana e não apenas ao arguido.

Já o atual artigo 127º do CPP sob a epígrafe “Livre apreciação da prova” e que determina que “Salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”, não tinha correspondente no Código de Processo Penal de 1929. A introdução de uma norma sobre a livre apreciação de prova não

⁸⁵ MENDES, Paulo de Sousa - *A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento*.

⁸⁶ “*Corpo de delito*” era a expressão usada para o que hoje denominamos de fase do inquérito.

⁸⁷ Disponível em www.dre.pt.

vinculativa no ordenamento jurídico-penal português “obedeceu mais ao intuito de o autonomizar do Código de Processo Civil do que ao de introduzir qualquer alteração significativa- que não existe”⁸⁸ em relação ao regime previsto na lei civil.

5- Direito à prova

O direito à prova surge como corolário do direito de ação e defesa dos cidadãos, plasmados no artº. 20.º n.º 1 da CRP que garante a todos “*o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos*”,

O direito fundamental à prova implica que as partes tenham liberdade para demonstrar quaisquer factos, mesmo que não possuam o respetivo ónus da prova, desde que entendam que a sua comprovação diminuirá os seus riscos processuais⁸⁹.

O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 86/88 de 22 de agosto, refere neste sentido a garantia constitucional do direito à tutela jurisdicional para proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, implica que estes possam “*oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e disreter sobre o valor e resultado de umas e outras*”.

Com base neste direito protegido constitucionalmente, se as partes vêem reconhecido o seu direito de aquisição das provas, desde que consideradas admitidas e relevantes, surge também a obrigação de o juiz ter de as admitir.

Num sentido restrito, prova é a demonstração inequívoca da realidade de determinado facto, e se o mesmo existiu ou não e em que circunstâncias ocorreu. Num sentido lato, a prova será também o processo ou o conjunto dos procedimentos que tem por fim tal demonstração. Ou seja, podemos ver a prova como resultado ou a prova como demonstração.

No âmbito civil, o artº.º 341º do CC é claro e determina que: “*as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos*”. Já nos termos do artº 124º, nº 1, do Código de Processo Penal o legislador foi mais longe quando determinou que “constituem objeto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis”. Ou seja, podemos dizer que o objeto da prova é o “facto juridicamente relevante”. A relevância do facto é definida em função do objetivo do processo: apurar a

⁸⁸ GONÇALVES, M. Maia - No seu estudo “*Meios de Prova*”, in Jornadas de Direito Processual Penal, **O Novo Código de Processo Penal**, Centro de Estudos judiciais, Livraria Almedina Coimbra.p.195.

⁸⁹ Ac. Tribunal da Relação de Coimbra de 21/04/2015 Disponível em www.trc.pt.

existência do crime e a punibilidade de arguido e determinar as consequências do crime. No entanto também abrange os factos relevantes para a verificação dos pressupostos processuais, das nulidades, das irregularidades e das proibições de prova. O objeto da prova abrange ainda os factos relevantes para a decisão sobre as questões prévias, interlocutórias ou incidentais verificadas na pendência do processo, incluindo a determinação dos factos relevantes para a verificação dos pressupostos das medidas de coação e de garantia patrimonial e da credibilidade das testemunhas, peritos e consultores técnicos.⁹⁰

Os meios de prova distinguem-se dos meios de obtenção de prova. O CPP português seguiu a distinção dogmática do *Progetto preliminare Italiano* de 1978 entre os *mezzi di prova* e os *mezzi di ricerca della prova*.⁹¹ Os meios de obtenção de prova visam a deteção de indícios da prática do crime, constituindo um meio de aquisição para o processo de uma prova que já existe e, em regra, contemporânea ou preparatória do crime. Os meios de prova formam-se no momento da sua própria produção no processo, visando a reprodução do facto e, nessa medida, constituindo um meio de aquisição para o processo de uma prova posterior à prática do crime.

5.1- Limitações do direito à prova

Cumpre-nos agora analisar se o direito à prova é de tal forma absoluto não encontra limites, ou ao invés, impõe-se barreiras ao uso do mesmo. Como já aqui enunciamos, por repetidas vezes, o direito à prova encontra limites impostos pela própria lei, desde logo porque o uso do mesmo pode colidir com direitos de outrem.

As provas têm por função a demonstração da realidade dos factos (artº 341º do CC). Os meios de prova são, por outro lado, os elementos de que o julgador se pode servir para formar a sua convicção acerca de um facto; são os instrumentos de que se servem as autoridades judiciais para investigar e recolher provas.

⁹⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Comentário do Código Processo Penal, anotação ao art. 124º CPP, p. 315.

⁹¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de -Comentário do Código Processo Penal, anotação ao art. 124º CPP, p 316. São meios de prova, no direito português como no italiano, a prova testemunhal (testimonianza), as declarações do arguido, do assistente e das partes civis (esame delle parti), a acareação (confronti), o reconhecimento (ricognizioni), a reconstituição do facto (esperimenti giudiziali), a perícia (perizia) e o documento (documenti). São meios de obtenção de prova, no direito português, como no direito italiano, o exame (ispezioni), a revista e a busca (perquisizioni personali e locali), a apreensão (sequestri) e a escuta telefónica (intercettazioni di conversazioni o comunicazione).

Com efeito, nos termos do artº. 124º do CPP, constituem objeto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis (n.º 1).

Por outro lado, o artº. 32º n.º 8 da CRP (CRP) dispõe: “*São nulas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.*” Quer isto dizer que a nossa lei constitucional, como forma de garantir a defesa dos direitos, liberdades e garantias que consagra, impõe limites à validade dos meios de prova, e como tal ao próprio direito à prova.

Em obediência a tal orientação constitucional, nos termos do artº. 125º do CPP, estipula-se que são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei.

O conceito de proibição de prova deve ser entendido, ora como uma limitação legal à produção da prova, ora como uma limitação legal à valoração da prova.

A proibição de produção de prova estabelece apenas a inadmissibilidade de certos temas, meios e métodos de prova.

Por seu turno, as proibições de valoração da prova, indagam do aproveitamento ou utilização da prova para efeitos de decisão, e não da admissibilidade propriamente dita, ou seja, pretende-se avaliar se o resultado obtido através de um meio de prova poderá ser valorado ou não em juízo.

Ora, posto isto, não nos parece, salvo opinião contrária, que possamos com toda a certeza considerar o direito à prova como absoluto, sendo que o mesmo pode ser recusado quando não cumpra as exigências legais ou quando colida com outros direitos, que na hora da ponderação se possam sobrepor.

Um caso particular em que o direito à prova é licitamente limitado, é no limite imposto ao número de testemunhas a apresentar (dez testemunhas – artº. 511º do CPC), sendo que se consideram como não escritos os nomes que ultrapassarem esse limite.

No entanto, outros limites poderão ser apontados ao direito de ação, que cede perante direitos fundamentais, como é o caso do artº. 32.º n.º 8 CRP ao referir que “*são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física e moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*”, ou

seja, mesmo que seja atribuído um direito à prova, esse direito fica limitado sempre que a prova seja obtida de forma contrária à lei.

6- Aplicação no Ordenamento Jurídico Português

6.1- Princípios do Sistema Probatório e Admissibilidade da Prova Atípica

No juízo de admissibilidade da prova atípica em processo penal é imprescindível proceder a uma leitura sistemática do regime probatório legalmente previsto e regulado e constitucionalmente legitimado. Assim, no que concerne à admissibilidade ou não de prova atípica no nosso ordenamento jurídico é necessário ter sempre em atenção alguns princípios que regem o processo e mais precisamente àqueles que dizem respeito à prova. Aliás, não teria qualquer cabimento que se exige o cumprimento de certos pressupostos para a produção e valoração de prova tipificada e que o mesmo não sucedesse com a prova atípica.

Cumpra, pois, atender aos princípios vigentes no atual ordenamento processual português, que enformam o respetivo sistema probatório e se encontram condicionados pelos interesses nele compreendidos, bem como por outros direitos e interesses constitucionalmente consagrados.

6.1.1- Princípio da necessidade e de adequação do meio atípico de prova

Quer o sistema português, quer o italiano, no qual aquele se inspira, tipificam meios probatórios idóneos à descoberta da verdade, permitindo simultaneamente a utilização e a produção de prova atípica.

Contudo a verdadeira necessidade de recurso à prova atípica deve ser condição da admissibilidade da mesma, reconhecendo-se a existência de real subsidiariedade face aos meios tipificados e, portanto, legalmente regulados. Significa isto que apenas quando necessário se poderá admitir um meio de prova atípico, isto é, quando não haja, no leque previsto no CPP qualquer outro meio de prova que esteja previsto e que seja apto a produzir a finalidade que a utilização do meio atípico visa, tendo em conta que, em geral, o processo penal se rege pelo princípio da legalidade.

A leitura positiva do ordenamento da prova em processo penal constitui garantia de direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos. A necessidade de recurso à prova atípica, aliada ao princípio da legalidade, deverá ser encarado como critério essencial de admissibilidade da prova penal, entendendo-se que só será, verdadeira e legitimamente, necessário o recurso à admissão e prova atípica em caso de inexistência de meio típico de prova adequado.

Neste sentido, a prova atípica será, residual, apresentando-se como necessária perante a ausência da experiência e da consolidação de determinado meio ou método, que justificaria a sua previsão legal.

Num Estado de Direito Democrático, a necessidade de prova, neste caso, de admissão de prova atípica, consubstancia, ainda, critério de proporcionalidade, que vigora mais notoriamente em sede de restrição de direitos, liberdades e garantias (cfr. n.º 2 do art.º 18º da CRP), mas norteia, igualmente, toda a produção de prova, do ponto de vista da sua adequação à finalidade com a mesma prosseguida: a descoberta da verdade.

Deste modo, a necessidade de recurso a meio atípico de prova é expressão da própria finalidade do princípio da investigação, consagrado no art.º 340º do CPP: toda a prova, seja oficiosamente ordenada, seja requerida pelos sujeitos processuais, terá de se afigurar necessária, apropriada e idónea para se alcançar a *verdade judicial*. Por este motivo, o meio atípico terá (também) de ser adequado à prova dos factos em causa. A inadequação é, aliás, motivo de rejeição do requerimento de prova [cfr. al. b) do n.º 4 do art.º 340 do CPP].

O princípio da adequação encontra-se legalmente previsto no artigo 547º do CPC que determina que “O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo”. Contudo segundo a jurisprudência este preceito legal “não transforma o juiz em legislador, ou seja, o ritualismo processual não é apenas aplicável quando aquele não decida, a seu belo prazer, adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais, sob a invocação de, desse modo, assegurar um processo equitativo”. Na verdade “os juízes continuam obrigados a julgar segundo a lei vigente e a respeitar os juízos de valor legais, mesmo quando se trate de resolver hipóteses não especialmente previstas (art.º 4.º n.º 2 da Lei n.º 21/85, de 30/7), e, daí, que o poder-dever que lhes confere o preceito em causa deva ser usado tão sómente quando o modelo legal se mostre de todo inadequado às especificidades da causa, e conseqüentemente colida frontalmente com o atingir de um processo equitativo.

Trata-se de uma válvula de escape, e não de um instrumento de utilização corrente, sob pena de subverter os princípios essenciais da certeza e da segurança jurídica”.⁹²

6.1.2- Princípio da investigação⁹³ ou da verdade material

Com o princípio da investigação pretende-se traduzir o poder-dever que ao tribunal incumbe de esclarecer e instruir autonomamente, mesmo para além das contribuições da acusação e da defesa, o “facto” sujeito a julgamento, criando aquele mesmo as bases necessárias à decisão. É desta forma que o prof. Figueiredo Dias enuncia o princípio da investigação relativo à prossecução processual. A intenção do princípio da investigação dirige-se primeiramente ao conseguimento das bases da decisão e, portanto, à matéria das provas; por isso mesmo se pode também designá-lo por princípio da verdade material.

Na realização de qualquer espécie de processo os intervenientes têm a faculdade de aduzir material de facto, de acordo com os meios de prova admissíveis, por forma a proporcionar ao juiz uma base capaz de resultar numa decisão.

Apesar do seu papel arbitral, o juiz, que também tem o dever de assegurar o cumprimento das normas que regem o processo penal, não pode, de forma autónoma, questionar a veracidade dos factos que lhe são apresentados pelas partes. Quanto muito, pode um juiz pedir esclarecimento sobre um facto alegado ou avaliar a consistência da produção de uma prova. O juiz não se limita a considera as provas que lhe são carreadas pelos sujeitos processuais, ao contrário do que sucede no processo civil. O magistrado judicial tem poderes autónomos de investigação, no decorrer da instrução e julgamento, conforme se enforma pelo artigo 289º, 290º e seguintes, artº. 323º al a) e 340º todos do CPP.

A lei atribui ainda ao juiz a faculdade de ordenar perícias oficiosamente (e também por requerimento das partes), autorizar revistas a pessoas e buscas em locais, ordenar a apreensão de correspondência, autorizar a interceção, gravação e registo de conversações ou comunicações, bem como validar as provas recolhidas. Ao contrário do que sucede com o princípio da discussão, que veremos adiante, a atividade investigatória do tribunal não é

⁹² Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 14/10/2014 Disponível em www.dgsi.pt.

⁹³ DIAS, Jorge Figueiredo - **Direito Processual Penal** (escreveu) que apesar de também se poder designar por princípio “instrutório” ou “inquisitório”, a designação por nós escolhida, e a que mais é utilizada tem a vantagem de afastar equívocos a que se prestam aqueles designativos: o primeiro por poder fazer pensar que o domínio do princípio se estenderia apenas “à fase instrutória” do processo penal, o segundo por poder despertar ressonâncias do antigo processo de estrutura inquisitória” que aqui está, por inteiro, fora de questão. p.107, 1988-9.

limitada pelo material de facto aduzido pelos outros sujeitos processuais, antes se estende autonomamente a todas as circunstâncias que devam reportar-se relevantes.⁹⁴

Por outro lado, estes poderes de investigação do juiz não podem ter um carácter ilimitado. Tem de se fazer a sua adequação com os direitos de defesa do arguido, como já supra referimos quando falamos do princípio da adequação. Assim, a partir de determinado momento processual limitam-se os poderes de cognição do próprio tribunal. A partir da acusação o objeto do processo fica delimitado e não pode o juiz conhecer de novos factos que importem uma alteração substancial do mesmo. Pois se inexistissem limites aos poderes de cognição e investigação do juiz, o arguido nunca poderia saber do que estava a ser acusado.⁹⁵ Em conflito com este princípio encontra-se o princípio da verdade formal (também designado como princípio da contradição ou discussão).

Este caracteriza-se pelas partes em litígio terem o ónus de afirmar, contradizer e até impugnar, o que lhes atribui todo o risco sobre a forma como o processo evolui.

Ser um processo presidido pelo princípio da contradição ou discussão significa que estamos num domínio onde valem ainda basicamente as conceções privatísticas do processo, segundo as quais esta se desenha, como duelo das partes na presença e sob a arbitragem do juiz.

Na realidade, é ainda possível às partes disporem do objeto do processo, podendo modelar o seu resultado, através de mecanismos como a desistência de instância, a confissão, a transação, entre outros. Neste caso o juiz nada pode fazer: “ne eat iudex ultra vel extra petita partium⁹⁶”. O processo será aqui, discussão sobre a existência ou inexistência de uma pretensão feita valer judicialmente pelo autor; e com essa atividade contrasta a passividade do juiz, a quem cabe apenas zelar pela observância das normas que a pugna, tem de respeitar e proclamar o resultado desta.⁹⁷

⁹⁴ Por exemplo: um indivíduo é acusado da prática de um homicídio doloso, defende-se alegando provocação da vítima, ou mesmo só oferecendo o merecimento dos autos. Nem por isso o tribunal fica impedido ou absolvido de investigar se, em vez ou para além da provocação, ou da defesa formal do arguido, este não terá atuado em legítima defesa, justificativo do facto. “Não, evidentemente, que a propósito de qualquer crime o tribunal tenha que indagar, autónoma e exaustivamente, da inexistência de causas justificativas; mas tem que o fazer não só quando tal lhe seja alegado, mas sempre que surja a mínima suspeita da possível existência de uma qualquer daquelas causas”. Exemplo dado pelo prof. Figueiredo Dias, in *Direito Processual penal*, pág.130.

⁹⁵ CONCEIÇÃO, Ana Raquel - **Escutas Telefónicas, Regime processual Penal**, quid juris p. 44.

⁹⁶ JORGE, Figueiredo Dias - **Direito processual penal**, p.126.

⁹⁷ JORGE, Figueiredo Dias - **Direito processual penal**, p.127.

Atribuindo às partes esta liberdade de ação, e sendo estas quem melhor tentará cuidar dos seus interesses, haverá uma maior qualidade da prova e maiores probabilidades de vitória da verdade material.

Dado o dever de investigação judicial autónomo da verdade, logo se compreende que não impenda nunca sobre a acusação e a defesa, em processo penal, qualquer ónus de afirmar, contradizer e impugnar, como não se atribuiu qualquer eficácia à não apresentação de certos factos ou ao “acordo”, expresso ou tácito, que se formaria sobre os factos não contraditados, como finalmente, que o tribunal não tenha de limitar a sua convicção sobre os meios de prova apresentados pelos interessados.

Assim, em processo penal está em causa não a “verdade formal”, mas a “verdade material”, que há-de ser tomada em duplo sentido “no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queriam exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há-de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas processualmente válida⁹⁸.

O princípio da investigação não se opõe ao princípio da acusação, nem condiciona ou cria limitações à atividade de recolha de prova por parte do Ministério Público ou das partes. Pretende sim a recolha de provas ou informações pertinentes e relevantes, não estando sujeito a barreiras impostas pelos factos aduzidos pelas partes processuais.

Como já foi referido, no processo penal procura-se a verdade material, obtida de forma válida, respeitando as regras do processo e os direitos, liberdades e garantias das partes envolvidas. Não pode pois confundir-se o princípio da investigação com o princípio da acusação, sob pena de transformarmos a descoberta da verdade numa medida inquisitória. Até porque a lei estabelece limitações ao princípio da investigação, prevendo que só podem ser utilizadas as provas que não forem proibidas. Não há aqui uma intenção de prejudicar a investigação mas antes garantir que os métodos de reunião de prova se compreendam dentro de parâmetros de necessidade, legalidade e oportunidade, de respeito pela dignidade humana e pelos princípios constitucionais vigentes.

Nesta reflexão ética, entre a ponderação de valores e a salvaguarda da dignidade do ser humano, percebe-se a necessidade de existirem limites aos princípios da investigação e da verdade material.

⁹⁸ DIAS, Jorge Figueiredo - **Direito Processual Penal**.p.131.

A ponderação de valores é pois o grande desafio da justiça, porque se por um lado visa garantir a identificação e julgamento dos autores de crimes, por outro, pretende assegurar-se que ninguém é condenado de forma ilegítima e injusta.

A sede de descoberta da verdade não pode nunca olvidar os parâmetros legais de obtenção de prova, em respeito pela liberdade humana, porque só em liberdade se poderá acreditar uma confissão, considerar uma prova e encontrar uma verdade.

Os pratos da balança têm de estar devidamente equilibrados para se considerar que está a ser feita justiça e por isso a justiça não pode, de forma alguma, ser feita com a utilização de todos os meios (de prova) para atingir os fins desejáveis quando isso coloque em causa outros direitos e princípios.

6.1.3- Princípio da Livre Apreciação da Prova Atípica

Segundo Teresa Beleza e Frederico da Costa «Não existe um processo penal válido sem prova que o sustente (artigo 125º do CPP) nem um processo penal legítimo sem respeito pelas garantias de defesa» (artigo 32º da CRP)⁹⁹.

Da reunião de toda a prova carreada para o processo pretende-se colocar ao dispor do tribunal um conjunto de elementos válidos que permitam formular um juízo ou uma convicção sobre a existência ou não de determinados factos, por parte de determinados sujeitos.

Existe aqui alguma discussão sobre a forma de valorar a prova: se através de regras jurídicas pré-definidas ou deixar esse critério à livre valoração do juiz e da sua convicção pessoal. O primeiro caso, também conhecido por “sistema de prova legal”, procurava contornar o receio de que o juiz pudesse incorrer num erro de valoração de provas, e consequentemente, tomar uma decisão incorreta. Nesta linha, em vários momentos da história, entendia-se indispensável estabelecer patamares de análise e valoração, apoiadas em valores considerados basilares da comunidade e no conhecimento empírico.

A religião e a fé local, também influenciavam a hierarquia atribuída à valoração de prova, o que foi bem notório em períodos da idade média. A evolução das sociedades, das culturas, e até da tecnologia (método científico), veio permitir o aparecimento de novos meios de prova. Aliás, a partir do momento e que o método científico conquistou a confiança do Homem, pelo

⁹⁹ BELEZA, Teresa e COSTA, Frederico da - **Prova Criminal e direito de defesa: estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal.** p.5.

seu rigor, critério e objetividade, a forma de realizar justiça mudou e cada caso passou a ser tratado como um caso “único” com circunstâncias concretas.

No nosso País o sistema de prova livre (baseada na livre convicção do juiz) surge em meados do século XIX, numa época de reformas no campo judiciário, de influência liberal, sendo ainda hoje visível no nosso ordenamento jurídico através do art.º 127 do CPP. A referida norma legal estabelece que “salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras de experiência e a livre convicção da entidade competente”, o que traduz a inexistência de um critério legal determinador do valor a atribuir à prova ou que hierarquize os diferentes meios de prova.

De qualquer forma o sistema de prova livre representa uma liberdade associada ao dever de procurar a verdade material. Mas este propósito não permite ao juiz uma liberdade de convicção subjetiva, nem emocional, até porque um dos objetivos da sentença é convencer os intervenientes do bom fundamento da decisão. Ou seja, esta livre apreciação da prova não se pode confundir com o arbítrio ou com apreciações imutáveis ou incontroláveis, é antes uma apreciação sujeita a uma discricionariedade legal¹⁰⁰.

Castanheira Neves ensina que a liberdade de prova “não é, nem deve implicar nunca o arbítrio, ou sequer a decisão irracional, puramente impressionista-emocional que se furte, num incondicional subjetivismo, à fundamentação e à comunicação”¹⁰¹.

Considera-se atingido o ponto de convicção quando o tribunal tenha logrado convencer-se da forma como ocorreram os factos, e de quem os praticou, para além de qualquer dúvida tida por razoável.

Existem porém limites a este princípio, tanto quando estejamos perante uma prova típica como atípica. Nos diversos meios de prova admitidos, existem algumas precisões que impõem barreiras ao princípio de livre apreciação da prova. No âmbito da prova testemunhal (art.ºs. 128º e ss do CPP), por exemplo, quando se trata do testemunho “de ouvi dizer”, o juiz deve chamar a depor as pessoas de onde se “ouviu dizer”. Caso contrário esse depoimento não pode valer como meio de prova, independentemente de o juiz acreditar ou não nele. Aqui a livre convicção do juiz deixa de ter qualquer fundamento e aplicabilidade.

Uma outra situação que limita este princípio é, no caso de interrogatório do arguido, as situações em que o arguido se remete ao silêncio, ou seja, nada diga sobre os factos que lhe são imputados, direito que legalmente lhe assiste. Neste caso, ao silêncio não pode ser associada a culpa ou nem este pode representar uma conduta desfavorável ao arguido (art.º

¹⁰⁰ CONCEIÇÃO, Ana Raquel - **Escutas Telefónicas, Regime processual penal**.p.42.

¹⁰¹ NEVES, Castanheira (1968) - **Sumários de Processo Criminal**: Coimbra p.53 (ed. policopiada).

61º n° 1 al. c), 343º n° 1 e 345º do CPP). Ainda no caso de declarações do arguido, a possibilidade que a lei lhe confere de prestar confissão, livre, integral e sem reservas, também limita a liberdade de apreciação da prova por parte do juiz já que tem como efeitos os previstos no artigo 344º n° 2, nomeadamente a renúncia à produção da prova relativa aos factos imputados, a passagem de imediato às alegações orais e à determinação da sanção aplicável.

Num campo mais científico, como realização de prova pericial, prevê a lei que o juízo técnico, científico ou artístico se presume subtraído à livre apreciação do juiz, o que traduz uma exceção ao princípio consagrado no artº. 127º CPP¹⁰². Significa isto que, em princípio o juiz fica adstrito ao parecer do perito, sendo que se dele discordar, tem de fundamentar devidamente a divergência (artº. 163º nº2 CPP), se puder fazer também uma apreciação técnica, científica ou artística, ou se se tratar de um caso inequívoco de erro.

Existe ainda outro pequeno desvio ao referido princípio, com o critério legal de força probatória dos documentos autênticos e autenticados (cfr. artº. 169º CPP). Este artigo apenas atribui uma presunção de prova ao julgador, no sentido, em que, em princípio, os fatos materiais constantes de documento autêntico e autenticado consideram-se provados, mas nada impede que o juiz, ao abrigo do princípio em análise, possa, fundadamente, pôr em causa o seu conteúdo ou a autenticidade do documento. Ou seja, o documento autêntico ou autenticado apenas prova plenamente os factos que se referem como praticados pela autoridade ou oficial público respetivo, todos os demais são livremente apreciados pelo juiz.

O atual sistema da livre convicção não deve definir – se negativamente, isto é, como desaparecimento das regras legais de apreciação das provas, pois não consiste na afirmação do arbítrio, sendo antes a apreciação da prova também vinculada aos princípios em que se consubstancia o direito probatório.

A livre valoração da prova não deve, pois ser entendida como uma operação puramente objetiva pela qual se chega a uma conclusão unicamente por meio de impressões ou conjecturas de difícil ou impossível objetivação, mas valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permita objetivar a apreciação, requisito necessário para uma efetiva motivação da decisão.¹⁰³

¹⁰² DIAS, Jorge Figueiredo - **Direito Processual Penal**.p.141 e 142.

¹⁰³ DIAS, Jorge Figueiredo - **Direito Processual Penal**.p.141 e 142.

Dir-se-á que a exigência de fundamentação das decisões, em que o Tribunal tem de proceder ao exame crítico das provas, que serviram para formar a sua convicção, limita o princípio da livre convicção, pois os critérios adotados na valoração da prova são as regras da experiência e esses critérios são imposição da lei, e por isso suscetíveis de controlo, nomeadamente pela via do recurso.

As regras ou máximas de experiência podem ser de dois tipos: as regras de experiência comum que se caracterizam por ser generalizações empíricas fundadas sobre aquilo que geralmente ocorre. Têm origem na observação de factos que rotineiramente se repetem e que permite a formulação de uma máxima (regra) que se pretende aplicável nas situações em que as circunstâncias fácticas sejam idênticas. Esta máxima faz parte do conhecimento comum, relacionado com a vida em sociedade.

Por outro lado pode basear-se em regras de experiência técnica que são regras técnicas razoavelmente acessíveis a quem não é especializado em conhecimentos técnicos, mas que são apreensíveis pelo homem comum. Correspondem aos conhecimentos técnicos que são património cultural do homem médio.

Em ambos os casos, perante um facto assente um juiz deve presumir e dar como verificado (provado) a ocorrência de outro que é consequência daquele segundo os conhecimentos fundados na experiência comum.

Em suma, o princípio da livre apreciação da prova é um direito constitucional concretizado. Não viola a CRP, antes a concretizando. A questão chegou mesmo a ser levada até ao Tribunal Constitucional que considerou que “ a livre apreciação da prova não pode ser entendida como uma operação puramente subjetiva, emocional e, portanto, emotiva. Há-de traduzir-se em valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão das máximas de experiência e dos conhecimentos científicos, que permita ao julgador objetivar a apreciação dos factos, requisitos necessários para uma efetiva motivação da decisão¹⁰⁴.

6.1.4- Princípio do in Dúbio Pro Réu e Princípio da Presunção de Inocência

O princípio do in dúbio pro reo é um corolário do princípio da presunção de inocência previsto no nº 2 do artigo 32º da CRP. Este último assenta no reconhecimento dos princípios de direito natural como fundamento da sociedade, princípios que aliados à soberania do povo

¹⁰⁴ Acórdão do TC nº 1165/96 reiterado pelo acórdão nº 464/97 Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

e ao culto da liberdade constituem os elementos essenciais da democracia. Na sua origem o princípio teve sobretudo o valor de reação contra os abusos do passado e o significado jurídico negativo de não presunção de culpa. No presente, a afirmação do princípio, quer nos textos constitucionais, quer nos documentos internacionais, ainda que possam também significar reação aos abusos do passado, representa sobretudo um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda a sociedade livre¹⁰⁵.

Quando se fala de produzir e apreciar prova, fala-se em reunir os elementos e as informações necessárias à decisão do juiz. Naturalmente, se o juiz entender que o conjunto de prova recolhida e apresentada (oficiosamente e pelas partes) não é suficiente ou consistente para uma tomada de decisão, poderá estar em causa a condenação do arguido.

No processo civil existe o ónus da prova, ou seja, compete às partes a condução do processo em matéria de prova.

No processo penal, isso não sucede. Cabe oficiosamente ao juiz instruir o facto sujeito a julgamento, não existindo nenhuma obrigatoriedade sobre o acusador ou sobre o acusado no que respeita ao ónus da prova. A acusação, que normalmente é promovida (sem prejuízo do exercício legítimo de direito de queixa dos lesados) pelo Ministério Público deve ser entendida como um garante dos direitos fundamentais dos cidadãos (queixosos e acusados) aliada à responsabilidade do Estado em garantir a segurança dos cidadãos e punir os criminosos, servindo ainda de auxiliar ao juiz na medida em que deve ser o mais objetiva possível.

Chegados aqui, percebe-se que à falta de prova ou à existência de dúvida razoável por parte do tribunal, se tenha que favorecer o arguido em respeito pelo designado princípio in dubio pro reo. Este princípio também está presente quando se ouve falar na presunção de inocência do arguido até à condenação definitiva (transitada em julgado).

Esta expressão está presente em vários documentos ratificados por tratados internacionais como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas.

O conteúdo do nº 2 do artigo 32º da CRP não pode ser interpretado à letra porque, a sê-lo, alguns mecanismos legais como medidas de coação e das medidas cautelares e de polícia, legalmente tipificadas, não se poderiam aplicar por serem inconstitucionais.

Este princípio constitucional tem que ser compatível com outros valores constitucionais que representam direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e nunca analisado e interpretado de

¹⁰⁵ NEVES, Castanheira - **Sumários de Processo Criminal**. p. 26.

forma literalmente absoluta (artºs 26º,27º,28º,29º e 30º CRP). A presunção de inocência está interligada ao princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, bem como às garantias de defesa que todos os cidadãos devem ter. Até prova em contrário, todos os cidadãos são inocentes.

Aplica-se aos elementos que constituem o crime, mas também a causas de exclusão de ilicitude e da culpa, às condições objetivas de punibilidade, a circunstâncias modificativas que permitam a atenuação da pena, ou que pelo seu relevo permitam a não aplicação de pena ao arguido ou a sua diminuição.

7- Exigência de Lei Expressa – Restrições de Direitos

O artigo 18º da CRP e o artigo 26º nº1 e 2 da CRP determinam que o meio de prova que lese, clara e diretamente, os direitos e liberdades do visado (nomeadamente o direito à reserva da intimidade da vida privada) deve ser, previamente, previsto por lei. Aliás quando o meio de obtenção de prova implicar “um elevado grau de intrusão na privacidade do suspeito (ou um “potencial aditivo de perigo inerente ao ataque dos direitos fundamentais”, ele deve ser previsto por um preceito legal (artº. 26º nº1 e 2 da CRP).¹⁰⁶

Desta forma apenas a prova atípica insuscetível de lesar os direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos pode ser vista como constitucionalmente legítima, e apenas essa pode ser usada no processo-crime. Como já supra referimos nem toda a prova pena é suscetível de restringir direitos fundamentais do arguido, cuja liberdade é questionada no processo criminal, já que o que está em causa é a prova, em si, e não o processo, já de si legitimado pela lei, constitucional e ordinária.

A restrição de um direito fundamental é uma limitação do âmbito de proteção ou pressuposto de facto desse direito fundamental.¹⁰⁷

¹⁰⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código de Processo Penal** - anotação ao artigo 125º. p.317.

¹⁰⁷ CANOTILHO, Gomes JJ. - **Direito Constitucional e teoria da constituição**.

Convém lembrar que o âmbito de proteção ou pressuposto de fato de um direito fundamental refere-se aos bens ou realidades (vida, liberdade, religião, etc.) protegidos pela disposição normativa que prevê o direito fundamental. Sobre o conceito de âmbito normativo ou pressuposto de facto e a estrutura da norma jurídica (proposição jurídica), dentre outros autores.p.1077 e 1131.

A CRP estabelece categoricamente no seu artº. 18º a figura da “restrição legislativa” e só a permite nos casos (e para os efeitos) em que seja expressamente prevista pelos preceitos constitucionais relativos a esses direitos; deste modo, a limitação legislativa de um direito em caso de colisão com outro direito ou valor constitucional, fora dessas hipóteses, é outro fenómeno que não a restrição, sob pena de se defraudar a proibição de restrição fora dos casos previstos.¹⁰⁸

Assim, nenhuma restrição de direitos, liberdades e garantias pode ser operada senão por lei, geral e abstrata, nos termos do artigo 18º nº 3 da CRP. Da mesma forma, fica vedado qualquer efeito retroativo da lei restritiva, sob pena de se ferir a confiança e a segurança jurídica dos visados¹⁰⁹.

Assim, na hora de admitir ou não um meio atípico de prova, deve o tribunal analisar se existe ou não legitimidade para restringir direitos, liberdades e garantias, constitucionalmente previstos.

8- Aquisição do Meio Atípico de Prova e Modo de Produção

Para que o meio atípico seja admissível e utilizado posteriormente num processo, necessário será passar por um processo de aquisição e aceitação no processo. Primeiramente torna-se necessário cumprir certas formalidades legais, para que depois seja plenamente admitido e possa fundamentar uma condenação ou absolvição em processo penal. Caso contrário poderão ser arguidas nulidades que podem fazer com que a prova adquirida de forma atípica não possa ser usada.

8.1- Princípio do contraditório¹¹⁰

¹⁰⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª ed. Almedina.p.281.

¹⁰⁹ MIRANDA, Jorge - **Constituição**, anotação ao artigo 18º.p.163.

¹¹⁰ São várias as normas legais que preveem o princípio do contraditório, nomeadamente o artigo 32º nº 5 da CRP, arts. 36º nºs 1, 107º, nº 2, 165º nº 2, 321º nº3, 323º al. f), 327º nº 2, 340º, nº 2, 411º nº6, 413º nº 1, 417º nº 1 e 5, 439º nº 1, 442º nº 1 todos do CPP.

Depois de se fazer um juízo de admissibilidade da prova atípica, é de extrema importância a possibilidade do exercício do contraditório à parte ou partes contrárias sobre a referida prova e a forma como a mesma foi adquirida para o processo.

O princípio do contraditório deve estar presente desde o início do processo penal até ao seu término, uma vez que traduz o direito que tem a acusação e a defesa de se pronunciarem sobre as alegações, as iniciativas, os atos ou quaisquer atitudes de qualquer uma delas no processo. O princípio vale para o conhecimento das questões incidentais, nulidades e irregularidades sobrevindas no decurso da audiência, bem como para a decisão sobre a admissibilidade dos meios de prova, incluindo as proibições de prova.

O princípio do contraditório é, antes de mais, uma garantia constitucional presente no artigo 32º nº 1 e nº 5, nos termos da referida norma constitucional o processo penal assegura às partes, neste caso ao arguido, todos os meios de defesa previstos legalmente. Tendo o processo criminal estrutura acusatória, a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar, encontram-se subordinados ao princípio do contraditório. Aliás, este princípio configura-se como sendo uma concretização do direito à prova atribuído às partes no processo. Tendo estas direito de apresentar provas dos factos tendentes à descoberta da verdade material, tem a outra parte o direito de se pronunciar sobre as mesmas, sobre a forma legal ou não como foram adquiridas, e sobre a sua admissão ou não no âmbito do processo ou na fase processual em que foram apresentadas.

Germano Marques da Silva ensina-nos que o direito do contraditório “visa impedir que se tome qualquer decisão que atinja o estatuto jurídico da pessoa sem que esta tenha oportunidade de se fazer previamente ouvir”¹¹¹

Na audiência de julgamento, o princípio do contraditório traduz-se na estruturação da mesma em termos de um debate ou discussão entre a acusação e a defesa. “Cada um destes sujeitos é chamado a aduzir as suas razões de facto e de direito, a oferecer as suas provas, a controlar as provas contra si oferecidas e a discreter sobre o resultado de umas e outras”.¹¹²

No que concerne às provas este princípio tem grande importância. Desde logo porque se as provas não-de ser objeto de apreciação em contraditório na audiência, fica excluída a

¹¹¹ SILVA, Germano Marques da - *“Princípios gerais do processo penal e constituição da República Portuguesa”*, in direito e justiça- revista da Faculdade de Ciências humanas da universidade católica portuguesa, volume de homenagem ao professor doutor Manuel Gonçalves Cavaleiro de Ferreira, volume III, p. 176.

¹¹² SILVA, Germano Marques da - **Curso de Processo Penal I**, 3ªed.revista e atualizada, Editorial Verbo.

possibilidade de decisão com base em elementos de prova que nela não tenham sido apresentados e discutidos (artºs. 327º, 355º, 348º e 360º do CPP). O artigo 327º do CPP determina que “os meios de prova apresentados no decurso da audiência são submetidos ao princípio do contraditório, mesmo que tenham sido oficiosamente produzidos pelo Tribunal”. Na verdade o juiz quando oficiosamente produza qualquer meio de prova, ou tome qualquer decisão sobre questões levantadas deve ouvir os interessados, e permitir que as partes requeiram também a produção de prova contrária.

A produção de prova atípica configura uma “novidade” no decorrer do processo, uma vez que a parte contrária será certamente surpreendida com a apresentação da mesma. Ora deve o juiz, antes de admitir ou declinar qualquer meio de prova atípico, dar a oportunidade à parte contrária, nomeadamente ao arguido para se pronunciar sobre a mesma.

O princípio do contraditório, quando encarado do ponto de vista do arguido, visa, antes de mais, realizar o seu direito de defesa, traduzindo-se no direito que o arguido tem a ser ouvido, a defender-se e, designadamente, a pronunciar-se sobre as alegações, as provas, os atos ou quaisquer iniciativas processuais da acusação.

O processo penal de um Estado de Direito tem, na verdade, que ser um processo leal (*a fair process*), empenhado na descoberta da verdade material. E isso reclama, entre o mais, que se dê ao arguido a mais ampla possibilidade de tomar posição sobre tudo quanto no processo possa ser feito valer contra ele (maxime, sobre o material probatório).

Damião da Cunha considera que “ o procedimento transforma-se em “processo” quando o interessado, isto é, aquele que deva sofrer os efeitos do ato final, tenha o direito a fazer valer as suas razões, por tal forma que a entidade que deva decidir tenha, ao menos, de as tomar em consideração, mesmo que a elas não “atenda”¹¹³.

Aliás, a decisão das questões incidentais sem audição contrária prévia dos sujeitos interessados, é causa de irregularidade da decisão (artº. 123º CPP). Já a produção de prova durante o julgamento sem sujeição à contraditoriedade constitui um vício mais grave, à semelhança do que se prevê na instrução (artº. 301º nº 2 CPP). A violação do princípio do contraditório, dá assim lugar a uma nulidade sanável. O mesmo sucede quando se verifica a omissão da faculdade do arguido ou o seu defensor se pronunciarem sobre a produção de prova em último lugar. Também aqui a violação do princípio dá lugar a uma nulidade

¹¹³ CUNHA, Damião da - “ O caso julgado parcial- questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória. Porto: Publicações da Universidade Católica.p.288.

sanável¹¹⁴. Ora, sendo esta a cominação legal destas omissões também nos parece que quando, apresentada que seja uma prova atípica, não haja sido dada a possibilidade de a outra parte se pronunciar sobre a mesma, será nula a prova, nulidade esta que também é sanável. Contudo, a arguição da violação do princípio do contraditório fica prejudicada se esta violação não se repercutiu na sentença, isto é, se por exemplo a prova na qual não se fez o princípio do contraditório não for usada para fundamentar a condenação e não constar da sentença.

O princípio do contraditório pode ainda ter outras consequências como sejam a proibição de valoração no segundo julgamento do réu que tenha sido julgado à revelia das provas produzidas no primeiro julgamento¹¹⁵; a proibição da valoração contra o arguido de decisões judiciais sobre a matéria de facto, que o incriminam, proferidas noutro processo penal, em que o arguido não interveio nessa qualidade¹¹⁶; nulidade do julgamento do arguido na sua ausência apesar da justificação da falta e da inexistência de manifestação do arguido de conveniência pessoal na sua não comparência¹¹⁷; obrigatoriedade da audição do arguido antes de ser proferida decisão de revogação do perdão da pena de que beneficiara¹¹⁸

¹¹⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código de Processo Penal**, anotação ao artigo 327º CPP. Universidade Católica Editora.p.824.

¹¹⁵ No acórdão do tribunal constitucional nº 259/90 decidiu-se que “no segundo julgamento, o arguido pode questionar e pôr em crise toda a prova produzida no primeiro julgamento, apresentando novas testemunhas e pedindo a reinquirição das pessoas já ouvidas. E, além disso, pode fazer a análise e a valoração crítica da prova produzida no conjunto das duas audiências”, in www.tribunalconstitucional.pt

¹¹⁶ A este respeito no acórdão nº 172/92 do Tribunal constitucional decidiu-se Julga-se inconstitucional — por violação dos n.ºs. 1 e 2 do artigo 32.º da Constituição — a norma do artigo 443.º do Código de Processo Penal de 1929, interpretado em termos de consentir a utilização, num determinado processo-crime, como prova contra o arguido, de decisões judiciais sobre matéria de facto, que o incriminam, proferidas num outro processo-crime, em que ele, arguido, não interveio com esse estatuto, in www.tribunalconstitucional.pt

¹¹⁷ Esta questão foi levada ao Tribunal Constitucional que, no acórdão nº 339/97 decidiu julgar inconstitucional a norma do § 1º do art. 566º do Código de Processo Penal de 1929, “na dimensão em que impede que seja decretado um anterior adiamento da audiência de julgamento quando o arguido, notificado da nova data do julgamento e tendo manifestado a intenção de estar presente nessa audiência, venha a faltar na data marcada, por estar comprovadamente impossibilitado de comparecer por motivo justificado, confirmando a decisão recorrida no que respeita ao juízo de inconstitucionalidade formulado”, in www.tribunalconstitucional.pt

¹¹⁸ O Acórdão de 298/2005 a este respeito decidiu “julgar inconstitucionais, por violação do artigo 32.º, n.ºs 1 e 5, da Constituição da República Portuguesa, as normas constantes dos artigos 4.º da Lei n.º 29/99, de 12 de Maio, e 61.º, n.º. 1, alínea b), do Código de Processo Penal, interpretadas no sentido de não ser obrigatória a

Para além de contribuir para a igualdade entre as partes no processo penal, o contraditório garante ainda, um controlo da legalidade da admissão de prova atípica, por parte do ministério público, bem como uma mais fundamentada exposição das razões que levam o juiz a admitir ou não a prova atípica.

8.2- Competência para a Avaliação/Juízo de Admissibilidade

Como já vimos para que uma prova considerada atípica seja aceite em Tribunal e devidamente valorada, torna-se necessário que cumpra certos requisitos, nomeadamente que não colida com direitos fundamentais, que não seja proibida e que se cumpram os princípios que norteiam o processo penal.

Cumpra-nos agora falar do órgão ou sujeito processual que tem competência para admitir ou não a prova atípica.

Em qualquer fase processual, quer em sede preliminar, ou seja, no inquérito, quer já no julgamento, o juízo acerca da admissibilidade da prova atípica deve, em princípio, ser feita pelo Juiz.

Já aqui analisamos o artigo 340º do CPP de onde podemos retirar explicitamente esta conclusão, uma vez que nos termos da referida norma legal é o juiz de julgamento que indefere ou defere a prova ou os meios de prova solicitados naquele ato pelos restantes sujeitos processuais. Ora se é a ele que cabe essa tarefa relativamente aos meios de prova legalmente previstos, também caberá quando seja requeridas ou apresentadas provas atípicas.

Na fase do inquérito ou da instrução é ao juiz de instrução que compete proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer todas as funções jurisdicionais até à remessa do processo para julgamento¹¹⁹.

Na fase de inquérito a lei, nos seus artigos 268º e 269º do CPP, reserva certos atos, única e exclusivamente à competência do Juiz de instrução criminal, precisamente, por razões de salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos envolvidos no processo-crime. Há contudo, atos que mesmo que não envolvam conflito direto com direitos fundamentais, devem ficar adstritos à disciplina do juiz.

audição do arguido antes de ser proferida decisão de revogação do perdão de pena de que beneficiara”, Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

¹¹⁹ Art. 17º CPP “competência do juiz de instrução”.

Assim, na fase preliminar do processo, exige-se a intervenção do juiz de instrução criminal para efeitos de obtenção de certas provas, de aplicação de medidas de coação e de mecanismos alternativos à submissão do caso a julgamento.

Apesar de a lei não determinar expressamente que deve ser o juiz a decidir pela admissibilidade dos meios atípicos de prova, parece-nos que doutra forma não será. Salvo melhor entendimento, não nos parece que o Ministério Público, como sujeito processual responsável pela direção do inquérito tenha competência, porque a lei também não lha atribui, para efetuar qualquer juízo de admissibilidade probatória, de provas que não se encontram explicitamente tipificadas na lei. Mesmo que não estejam em causa direitos fundamentais, entendemos que o juiz de intervir preventivamente por forma a proteger direitos e liberdades individuais. E por esta razão, deve o juiz, intervir numa fase preliminar quando cheguem ao processo provas atípicas no sentido de a admitir ou não, evitando assim que posteriormente as mesmas lesem direitos fundamentais ou restrinjam as liberdades e garantias dos visados.

De resto será sempre imprescindível um pré-juízo de verificação de ausência de compreensão de direitos, liberdades e garantias, para que se admita meio atípico de prova no processo penal como forma de garantir a confiança e a segurança jurídica.

Assim cabe ao juiz analisar e garantir que a prova atípica respeita os limites procedimentais e os princípios estruturantes impostos pelo processo penal. Esta sua competência específica constitui um afloramento da norma do artigo 32º nº 4 da CRP que determina que “toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos atos instrutórios que se não prendam diretamente com os direitos fundamentais”. Significa portanto que ao juiz está reservada a prática de atos que possam, de uma forma ou outra, colidir ou pôr em causa direitos fundamentais, que é o que, como já vimos, sucede com a admissibilidade da prova atípica.

Respeitados os princípios e pressupostos acima enunciados, a prova atípica terá, no processo, a mesma eficácia probatória que é reconhecida à prova típica, não sendo legítimo estabelecer qualquer hierarquia quanto aos efeitos e resultados probatórios obtidos através de uma e outra prova, sob pena de se limitar abusivamente o princípio da liberdade de prova. Também aqui o juiz tem o papel de apreciar os efeitos probatórios da prova atípica, de acordo com a liberdade que lhe é legalmente conferida e tendo em conta a sua convicção pessoal, nos termos do artº. 127º do CPP.

CAPÍTULO IV

PRINCÍPIO DA NÃO TAXATIVIDADE DOS MEIOS DE PROVA

Capítulo IV - Princípio da não Taxividade dos Meios de Prova

1- A Jurisprudência – Discussão

Como já aqui nos referimos o direito processual penal português, admite que outros meios de prova não tipificados legalmente possam, mediante o cumprimento de certos requisitos, ser admitidos e ser a base da condenação ou da absolvição.

São raras as vezes em que questões relacionadas com provas atípicas e com a sua admissibilidade são levadas até às instâncias superiores para que estas sobre elas se pronunciem. E isto porque, o nosso CPP, á medida que as exigências do processo penal o vão exigindo tem adaptado a matéria de prova aos casos práticos que vão surgindo. E, em abono da verdade, o nosso código prevê já uma panóplia alargada de meios de obtenção de prova, regulamenta o seu uso e portanto, as partes e o MP não podem recorrer a muitas meios de prova cuja utilização ainda não esteja prevista. E posteriormente, para que o referido meio de prova seja aceite, mesmo que seja atípico, não pode colidir com os direitos fundamentais, e quando isso sucede estas questões acabam por ficar resolvidas na 1ª instância e os tribunais da relação não são sequer chamados a intervir quanto a esta matéria. Prova disso é a ausência de jurisprudência explícita quanto á utilização de prova atípica no âmbito do processo penal. Na verdade tal ausência de decisões desta matéria prende-se com o facto de o nosso ordenamento jurídico nos oferecer um leque variado e vasto de meios de prova que são admitidos e por isso suficientes á descoberta da verdade material, sendo a prova atípica usada de forma secundária. E precisamente por esse motivo, decidimos desenvolver o presente trabalho, precisamente porque é uma matéria que merece aprofundamento e que merece, a nosso ver, uma intervenção maior por parte dos tribunais superiores, nomeadamente através da prolação de acórdãos quando o recurso incida sobre as matérias aqui discutidas.

Cumpre-nos aqui falar de alguns exemplos de provas, que apesar de não serem explicitamente apeladas de “provas atípicas” (pelo menos pela totalidade da jurisprudência e da doutrina) comportam em seu turno questões que não se encontram tipificadas nem previstas na lei, e por isso, relativamente às mesmas encontramos um vazio legal. Logo resta-nos a jurisprudência e a doutrina para aferir da sua admissibilidade e da sua validade.

Pegando nalguns exemplos de acórdãos dos tribunais de instâncias superiores, tentaremos demonstrar que as decisões relacionadas com este tema divergem e que o tema da admissibilidade de certas provas atípicas está longe de ser consensual.

1.1- O Reconhecimento Pessoal em Audiência de Julgamento

A prova por reconhecimento consiste em solicitar a uma pessoa que deva fazer a identificação, que descreva o identificado com todos os pormenores que se recorde (artº. 147º nº 1 CPP).

O reconhecimento de pessoas concretiza-se, essencialmente através da sinalização de elementos identificativos da pessoa a identificar. Serão especialmente relevantes para a identificação das pessoas, nomeadamente os seguintes elementos: o rosto, sexo, idade, raça, porte, modo de andar, deformidades, altura, vestuário, cabelo, tatuagens ou a voz.

O reconhecimento pessoal pode ser realizado nas fases preliminares do processo e a verdade é que normalmente o é. Numa primeira fase passar-se-á por um controlo de credibilidade, no âmbito do qual o identificador procederá a uma descrição pormenorizada do sujeito a identificar, elucidando, a entidade administrativa que dirija o ato, de todas as características físicas e outras que se recorde e que contribuam para a identificação da pessoa. Para além desta descrição, o identificador deverá esclarecer qual a sua relação com o sujeito a identificar, referindo, por exemplo, se já conhecia o sujeito a identificar anteriormente aos factos objeto do inquérito, bem como indicar outras circunstâncias que considere relevantes para o sucesso do ato recognitivo (artº. 147º nº 1 CPP).

Não obstante, caso esta primeira descrição não seja cabal, deverá proceder-se em conformidade com o disposto no nº2 do artigo 147º CPP. A prova é cabal se satisfizer o critério probatório da fase processual em que o reconhecimento teve lugar, ou seja, o critério dos indícios suficientes nas fases de inquérito e instrução e o critério da livre convicção para dar o facto como provado na fase de julgamento¹²⁰. Nesse caso, afastar-se-á o identificador, chamando duas pessoas com as maiores semelhanças possíveis, inclusivé de vestuário, a fim de comparar com o sujeito a identificar.

O reconhecimento pessoal pode também ser realizado durante a audiência de julgamento. A realização de um reconhecimento nesta fase só se coloca se inexistir reconhecimento realizado em inquérito ou instrução por inércia das entidades investigadoras, por nulidade processual ou nulidade probatória do ato praticado em fase de inquérito ou instrução¹²¹.

¹²⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Cometário do Código Processo Penal**, anotação ao artigo 147º CPP. p. 410.

¹²¹ Acórdão do tribunal da Relação de Coimbra de 05/05/2010.

O legislador pretendeu aqui tratar uniformemente situações que, de todo, não são suscetíveis de equiparação. Na verdade, em sede de audiência de julgamento rege o princípio da publicidade e não se vislumbra como é que se possa evitar que neste ato, ou, previamente, e a partir do momento em que é pública a identidade do arguido, se possa evitar o eventual contacto ou uma possível identificação num espaço público, ou privado, ou até a própria interpelação na abertura da audiência.

Na verdade, a questão fundamental não consiste em saber se o formalismo deve, ou não, ser observado em audiência de julgamento. Que não pode ser realizado, a não ser através de uma ficção, ou simulacro é, quanto a nós, um dado adquirido, pois que as regras que regulam a audiência de julgamento são incompatíveis com essa observância. A não ser que se interrompa a audiência para ir realizar o ato processual a uma esquadra de polícia o que, para além de ser ridículo e um desperdício de tempo, é desaconselhável e inútil.

Contudo, a maioria da jurisprudência tem entendido que essa prática para além de desadequada é desaconselhável já que o arguido, devido ao princípio da publicidade, passa a estar exposto já nesta fase a todos os intervenientes, pelo que qualquer um o pode ver e identificá-lo, daí que a finalidade da prova por reconhecimento seja posta em causa. Desta forma, podemos concluir que “um reconhecimento realizado, pela primeira vez, em audiência de julgamento seja substancialmente injusto, pois que já exposto o arguido aos olhares das testemunhas que o irão reconhecer. E aqui basta a mera possibilidade de tal já ter ocorrido. Desaconselhável, também, por ser já um dado adquirido por estudos em psicologia da memória que o “reconhecimento” deve ser realizado o mais próximo possível da data do evento”¹²².

Quando realizado na fase de julgamento, impõe-se uma questão: serão aplicáveis as mesmas regras que constam no artigo 147º e aplicáveis ao reconhecimento na fase do inquérito.

A tendência jurisprudencial maioritária, anterior à Reforma de 2007, ia no sentido de entender que “os requisitos do artigo 147º CPP apenas se aplicam à instrução e inquérito e não à audiência de julgamento”.¹²³

A reforma de 2007 veio aditar o nº 7 ao artigo 147º do CPP que determina que “o reconhecimento que não obedecer ao disposto neste artigo não tem valor como meio de prova, seja qual for a fase do processo em que ocorrer”, acabando assim com as querelas

¹²² Acórdão do STJ de 03/03/2010 Disponível em www.dsgi.pt.

¹²³ (e.g. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/02/2004, acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 07/12/2004, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 06/12/2006, Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 31/05/2004, e Acórdão da Relação do Porto de 22/01/2003; Disponível em www.dgsi.pt).

doutrinárias.¹²⁴ Contudo, desde já diremos que a nova lei não veio introduzir um novo meio de prova ou definir de maneira diferente o valor probatório daquele meio de prova - apenas veio dizer de forma inequívoca aquilo que já era suposto (e que muitas vezes se fazia na prática dos tribunais) no âmbito da lei antiga: que o meio de prova “reconhecimento” só o seria válido e eficaz se obedecesse ao formalismo do nº 2 do artº. 147.º do CPP.

Todavia, a jurisprudência até ali, encontrava-se dividida quanto à natureza dos reconhecimentos em audiência de julgamento.

Na verdade não raras vezes, na audiência de discussão e julgamento, é solicitado às testemunhas ou ao assistente que confirme que a pessoa que se encontra sentada no lugar do arguido é o verdadeiro autor dos factos. Contudo este pedido não é precedido dos formalismos exigidos no artigo 147º do CPP, nem de qualquer outros formalismos procedimentais.

Contudo, e no seguimento do nº 7 do artº. 147º a ser produzida prova por reconhecimento pessoal na fase de julgamento, terão de se cumprir os mesmos trâmites exigidos nas fases preliminares. Claro que será na fase de inquérito que esta prova mais será essencial, uma vez que, quando a questão seja levada a julgamento deva já ter se a certeza quem é o arguido a que se lhe imputam os factos, exceto quando haja dúvida entre duas ou mais pessoas.

Assim sendo, parte da jurisprudência ia no sentido de considerar que este tipo de reconhecimentos na fase de julgamento consubstanciaria prova atípica, a qual seria admissível nos termos do disposto no artigo 125º CPP (“são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”), devendo ser valorada nos termos do preceituado no artigo 127º CPP (livre apreciação da prova), cuja interpretação no sentido de admitir que o princípio da livre apreciação da prova permite a valoração, em julgamento, de um reconhecimento do arguido realizado sem a observância das formalidades exigidas e definidas pelo CPP. Contudo o acórdão do Tribunal Constitucional nº 137/2011 veio a “julgar inconstitucional, por violação das garantias de defesa do arguido, consagradas no nº 1 do artigo 32º da Constituição, a norma constante do artigo 127º do Código de Processo Penal, quando interpretada no sentido de admitir que o princípio da livre apreciação da prova permite a valoração, em julgamento, de um reconhecimento do arguido realizado sem a observância de nenhuma das regras definidas pelo artigo 147º do Código de Processo Penal”¹²⁵. Ou seja, parafraseando Paulo

¹²⁴ O Acórdão do tribunal da relação de Coimbra de 05/05/2010 decidiu que “A ineficácia da prova contida no nº 7 do artigo 147º do Código de Processo Penal não é uma nulidade processual em sentido restrito nem uma “inexistência”, mas sim uma proibição de valoração da prova”.

¹²⁵ Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

Pinto de Albuquerque, “constituiria uma fraude à lei o aproveitamento de um reconhecimento ilegal com base no princípio da livre apreciação da prova”¹²⁶.

Outra parte da jurisprudência entendia que o reconhecimento em audiência de julgamento corresponde ao relato de uma testemunha que não tem valor processual autónomo do depoimento prestado, sem que tal consideração prejudique os direitos do arguido, na medida em que, na audiência de julgamento, vigora em toda a sua plenitude o princípio do Contraditório. Assim sendo, e considerando o reconhecimento em audiência de julgamento como prova testemunhal, devia o referido “reconhecimento” ser livremente apreciado, nos termos do artigo 127º CPP¹²⁷.

A partir de 2007 o legislador veio consagrar uma posição absolutamente oposta à anteriormente defendida pela esmagadora maioria da jurisprudência que defendia a inaplicabilidade total das regras do artigo 147º do CPP à audiência de julgamento, consagrado que caso isso não sucede a prova não tinha qualquer valor.

Assim, a ser produzida prova por reconhecimento pessoal na fase de julgamento, durante a audiência, terão de se cumprir os mesmos trâmites exigidos nas fases preliminares, sendo (inquérito e instrução).

Apesar de a prova por reconhecimento não ser vista como prova proibida no julgamento, a verdade é que apenas deverá ser produzida quando ainda subsistam dúvidas na identificação do arguido, e a prova que se tenha produzido em inquérito não seja suficientemente segura.

E será a identificação do arguido, feito pela testemunha, ou seja, quando o juiz solicita à testemunha que confirme que a pessoa que está a ser julgada é o arguido, considerado um verdadeiro reconhecimento pessoal? Parece-nos desde logo que é necessário distinguir os dois, uma vez que este último ato não reúne as características necessárias e não cumpre os formalismos exigidos para que de uma verdadeira prova pro reconhecimento se trate. Por outro lado, salvo melhor entendimento, os próprios tribunais usam este vazio legal, para conseguir que a testemunha confirme se efetivamente a pessoa a ser julgada é a autora dos crimes, sem cumprir qualquer formalismo, e acabam por basear a sentença, ou melhor, a condenação, nesta que é uma prova atípica.

¹²⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, **Comentário do Código Processo Penal**, anotação ao artigo 147º ponto 23, p.414.

¹²⁷ “O reconhecimento de um arguido na audiência de julgamento é prova testemunhal e não prova por reconhecimento” - Acórdãos do Tribunal Constitucional nº425/2005, do STJ de 06-09-2006; do Tribunal da Relação do Porto de 19-01-2000).

Medina Seïça também faz a destrição entre os dois, entendendo que se nos testemunhos as declarações prestadas são «reconduzíveis aos esquemas usuais da comunicação verbal», no reconhecimento «trabalha-se sobre uma matéria completamente alógica, que se presta aos “curto-circuitos” de sensações racionalmente insondáveis»¹²⁸.

Já o acórdão do Tribunal Constitucional nº425/2005, distingue o reconhecimento propriamente dito, do impropriamente designado reconhecimento, que não passa de “uma atribuição dos factos expostos no depoimento da testemunha a certa pessoa ou pessoas” e submete este às regras de apreciação da prova testemunhal e aquele à disciplina do art 147º do CPP. e esclarece que “nada impede o Tribunal de “confrontar” uma testemunha com um determinado sujeito para aferir da consistência do juízo de imputação de factos quando não seja necessário proceder ao reconhecimento da pessoa, circunstância em que não haverá um autêntico reconhecimento, dissociado do relato da testemunha, e em que a individualização efetuada – não tem o valor de algo que não é: o de um reconhecimento da pessoa do arguido como correspondendo ao retrato mnemónico gravado na memória da testemunha e de cuja equivalência o tribunal, dentro do processo de apreciação crítica das provas, saia convencido. Diferente – mas que não ocorreu nos autos – é a situação processual que ocorre quando, pressuposta que seja a necessidade de reconhecimento da pessoa, tida como possível autora dos factos, se coloca o identificador na posição de ter de precisar, entre várias pessoas colocadas anonimamente na sua presença, quem é que corresponde ao retrato mnemónico por ele retido”¹²⁹

Uma coisa será o reconhecimento propriamente dito e outra absolutamente distinta será a situação de confirmação como agente do crime em relação a alguém previamente identificado, investigado e assumido como sujeito processual com todo o catálogo de direitos inscritos como tal, que se traduz numa íntima comunicabilidade e interação entre os diversos intervenientes processuais envolvidos no julgamento¹³⁰.

O formalismo previsto no nº 7 do artigo 147º CPP apenas deverá ser aplicado ao reconhecimento *stricto sensu*, como modo de chegar ao conhecimento de alguém até então não conhecido nem identificado. Nas situações em que o arguido já se encontra identificado e que o que apenas se pretende é que se identifique o mesmo durante a audiência de julgamento, não configura um estrito ato de reconhecimento.

¹²⁸ SEIÇA, Alberto Medina de, - *legalidade da prova e reconhecimentos “atípicos” em processo penal: notas á margem de jurisprudência (quase) constante*,

¹²⁹ Disponível em www.tribunalconstitucional.pt

¹³⁰ Acórdão do STJ de 03/03/2010 Disponível em www.dgsi.pt

O reconhecimento será, pois, sempre prova autónoma relativamente às provas que têm por base declarações (do arguido, do assistente ou das testemunhas), não tendo a prova por reconhecimento natureza declarativa ou testemunhal, nem podendo à prova testemunhal ser atribuída valor probatório semelhante ao do reconhecimento, dadas as distintas finalidades que subjazem a cada um dos meios.

Desta forma, somos do entendimento de que os verdadeiros reconhecimentos, e aqueles que devem ser considerados como tal têm de cumprir, escrupulosamente os pressupostos do artigo 147º, assim o determinou o legislador, e nesse ponto, a lei parece-nos clara. a este respeito Medina de Seíça, afirmou que «não se mostra legítimo do ponto de vista da legalidade da prova admitir como válidos reconhecimentos feitos em audiência sem o respeito das regras procedimentais prescritas sob o pretexto de essa prova não ser proibida, ou que no nosso sistema o catálogo das provas não é taxativo»¹³¹.

1.2- O Coarguido e suas Declarações

No âmbito da produção de prova existe um conjunto de normas legais que estabelecem as admissibilidades, as proibições, os impedimentos, os direitos, os deveres, e toda uma panóplia de regras que definem a legalidade da prova.

Naturalmente, algumas provas levantam discussão sobre a sua admissibilidade e consequentemente sobre a sua valoração, como é o caso das declarações do coarguido, que apesar de não se encontrar elencadas como um verdadeiro meio de prova, também não configura como prova proibida, nem verdadeiramente atípica, uma vez que encontra-se prevista nalgumas normas legais espalhadas pelo CPP. Seria verdadeiramente atípica caso não se fizesse sequer alusão à existência da mesma, o que não sucede. No entanto é importante, no âmbito deste nosso trabalho abordarmos a questão desta prova, que apesar de não ser verdadeiramente atípica, mostra traços de atipicidade quanto à sua valoração.

A jurisprudência tem sido quase unanime quanto à questão da admissibilidade dos depoimentos dos coarguidos a serem usados em contra dos seus consortes defendendo a sua total admissibilidade. Divergem contudo na questão da sua valoração. Como veremos adiante tanto a jurisprudência como a doutrina se dividem quanto à exigibilidade de provas

¹³¹ SEIÇA, Alberto Medina de - *legalidade da prova e reconhecimentos “atípicos” em processo penal: notas á margem de jurisprudência (quase) constante*,

corroborantes dessas declarações: há quem defenda a importância da teoria da corroboração e há aqueles que não condicionam a valoração à existência de outros meios de prova que confirmem aquelas declarações, valendo estas por si só, sem necessidade de corroboração.

Existe uma ideia pré-concebida associada ao coarguido que decide colaborar com a justiça e confessar os factos por si praticados, bem como confessar também os factos praticados e imputados aos seus consortes, como sendo o arguido “traidor”, aquele que, à revelia dos outros, decide contar tudo, e com base nessa sua atitude todos acabam por ser condenados, valorando na decisão acerca da medida da pena o seu arrependimento e a sua confissão, que funcionam a seu favor. Geralmente a atitude deste arguido gera uma inimizade entre os seus parceiros do crime, mas contribuiu para que fique numa situação privilegiada perante o tribunal em relação aos restantes.

Mas até que ponto é que essas declarações podem ser usadas como meio de prova no processo penal e contribuir para a condenação de um coarguido?

Por não decorrer da lei uma resposta totalmente clara acerca desta questão a jurisprudência tem vindo a discutir acerca da valoração desta prova e da sua validade enquanto tal. Serão as declarações do coarguido legitimamente valoradas? Ou ao invés, colidirão com outros direitos de outros sujeitos processuais e com as próprias normas legalmente consagradas? Serão suficientes as declarações de um coarguido para incriminar outro arguido no mesmo processo, ou pelo contrário será necessário obter outra prova que corrobore as duas declarações?

Para analisarmos esta questão com alguma profundidade torna-se necessário realizar uma “pequena viagem” pelas normas processuais penais vigentes no que a este sujeito processual e à prova a ele associada diz respeito.

A qualidade de arguido encontra-se prevista no n.º 1 do art.º 57º do CPP e visa “todo aquele contra quem for deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal.” Esta qualidade processual será conservada durante todo o decurso do processo (vide n.º 2 art.º 57 do CPP). Esta qualidade visa conferir direitos e garantias às pessoas a ele sujeitos que outros não o têm: como o denunciado, o suspeito ou a testemunha.

A constituição de arguido, por seu turno encontra-se prevista nos artigos 58.º e 59.º do CPP, onde estão definidos alguns aspetos, nomeadamente: o momento, a forma, o prazo e a validação dessa qualidade.

Arguido é uma figura processual ou sujeito processual “especial”, pois é-lhe atribuído um estatuto composto por um conjunto de direitos e garantias (embora também deveres) que visam salvaguardar a sua dignidade humana, direito de defesa, assistência por defensor e a sua presunção de inocência (até prova em contrário).

No que à prova diz respeito, desde a sua constituição, um dos direitos que assiste de imediato ao arguido (e consequentemente à figura do coarguido) é o direito de não responder a perguntas feitas, por qualquer entidade (Ministério Público, Juiz ou defensor), sobre os factos que lhe são imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar. Aliás é à única pessoa que tem de prestar declarações a quem isto é permitido, ao contrário do que sucede, por exemplo com as testemunhas, que são obrigadas a prestar depoimento.

Porém, importa retermos que as declarações do arguido não são simples meios de prova, sendo, acima de tudo, o exercício do direito de defesa do arguido. Efetivamente o arguido não tem o dever de colaborar com o tribunal para a descoberta da verdade, uma vez que não é, nem objeto, nem meio de prova, ao contrário do que sucede com as testemunhas sobre as quais impende um dever de falar, e de falar com verdade. Por seu turno o arguido pode remeter-se ao silêncio, e ao decidir falar pode fazê-lo faltando à verdade, sem que isso lhe acarrete qualquer consequência penal, como incorrer num crime de falsidade de depoimento, como sucede, e mais uma vez, com as testemunhas

Dispõe textualmente a lei, que “São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei.” - art.º 125 CPP. Existe aqui implícita uma regra de tipicidade, ou seja, é admitida toda a prova exceto aquela que a lei proíbe. E efetivamente a lei não proíbe a admissibilidade das declarações do coarguido como meio de prova. Pelo menos não decorre de qualquer norma jurídica esta proibição.

As proibições de prova, e sua consequente nulidade, encontram-se estatuídas no art.º 126º do CPP, e em momento algum é feita qualquer referência às declarações do coarguido.

Por outro lado, calcorreando o CPP, encontramos normas que admitem a produção de prova com base no coarguido. Exemplo disso é o art.º 146º, pertencente ao Capítulo III (Prova por acareação) que no seu n.º 1 estabelece que é admissível a acareação entre coarguidos.

Quanto à sua valoração, pode concluir-se facilmente que não existe um valor pré-estabelecido para as diferentes provas e meios de obtenção, estando tal apreciação sujeita ao critério de livre convicção do julgador apoiando-se nas regras da experiência de vida, sem prejuízo da correspondente fundamentação lógica e racional (vide art.º 127º do CPP). A livre convicção do juiz, assume um papel preponderante nas decisões, quer sejam condenatórias ou absolutórias. O julgador, mediante a produção da prova, e tendo em conta o princípio da imediação, consegue analisar os depoimentos, quer seja das testemunhas, quer seja dos arguidos, e daí, tirar as suas próprias conclusões. Consegue, ou pelo menos devia conseguir, perceber através de gestos ou atitudes dos declarantes se as suas declarações são verdadeiras ou falsas.

As declarações do arguido, por exemplo, ficam sujeitas à livre apreciação da prova por parte do julgador, nos termos e para os efeitos da referida norma legal. Não obstante, esta livre convicção e valoração, também encontra exceções, como acontece, por exemplo, nas provas periciais - artº. 163º – Valor da Prova Pericial e artº. 169º -Valor probatório dos documentos autênticos e autenticados, ambos do CPP, em que mesmo que o juiz não acredite no resultado da peritagem, a verdade é que este meio de prova não admite a livre apreciação.

O sistema processual penal atual é de natureza acusatória e define que compete ao Tribunal encontrar a verdade dos factos, carreando para os autos toda a prova necessário, e fazendo uso de todos os meios de prova ao seu dispor (princípio da investigação) para atingir esse fim. O tribunal, bem como os Órgãos de polícia criminal, estão impedidos de coagir o arguido a se auto-incriminar ou a confessar os factos que lhe são imputados.

Por exemplo, o arguido tem a obrigação de participar na acareação, mas não tem a obrigação de depor sobre os factos, já que tal direito lhe subsiste, podendo remeter-se ao silêncio, em todas as fases e atos processuais, sem que isso o possa prejudicar. Se o arguido quiser participar na acareação, não é obrigado a esclarecer todas as contradições entre as suas declarações e a de outros sujeitos processuais feitas no processo ou fora dele.

A acareação ilegal é um meio de prova proibido, uma vez que constitui uma inadmissível intromissão na vida privada do participante, e por isso não pode ser utilizado, e a prova obtida é nula, salvo o consentimento do titular do direito violado, isto é, das pessoas acareadas (artº. 126º nº 3 CPP).

Aliás, não se compreenderia que o reconhecimento ilegal fosse um meio de prova proibido, mas a acareação ilegal não o fosse.

Também, já na fase da audiência, mais precisamente no âmbito do n.º 4 do artº. 343º do CPP, havendo vários coarguidos e em caso de audição separada, encontramos sob pena de nulidade sanável, a obrigatoriedade do presidente em dar conhecimento de forma resumida do que se passou na sua ausência. Isto denota bem o relevo probatório das declarações do coarguido.

Tem-se discutido com frequência na doutrina e jurisprudência dos nossos Tribunais a relevância e alcance probatório das declarações dos arguidos, sendo maioritariamente entendido que as declarações do coarguido não se compreendem entre os meios proibidos de prova previstos no artº. 126º do Código de Processo Penal, que aí são elencados em duas grandes categorias: umas respeitando à integridade física e moral da pessoa humana, outras à sua privacidade.

As declarações do coarguido devem, antes, ser analisadas no âmbito do princípio da legalidade da prova, por força do qual, nos termos do artº. 125º do Código de Processo Penal são permitidos todos os meios de prova que não forem legalmente vedados.

A jurisprudência já entendeu que as declarações de coarguido são, legalmente, tão admissíveis como as declarações do assistente, das testemunhas, por força da disposição do artigo 125º do CPP e da ausência de proibição da referida prova no elenco do artigo 126º do mesmo diploma legal.

Embora as declarações de arguido se encontrem previstas no elenco dos meios de prova do CPP (artºs. 140º e ss.), poder-se-ia afirmar que a principal finalidade deste meio de prova, enquanto tal, é a obtenção de confissão dos factos, como se comprova pela regulação do mesmo, particularmente em sede de audiência de julgamento (cfr. artºs. 343 a 345 do CPP).

Na prática, o arguido que opte por prestar declarações sobre os factos que lhe são imputados ou confirma a acusação, ou seja, confessa, ou nega os factos e apresenta a sua versão dos mesmos. Posteriormente cabe ao julgador fazer um juízo de valoração acerca das mesmas.

António Alberto Medina Seiça ensina-nos que apesar de o CPP não contemplar expressamente o meio de prova “declarações de coarguido”, não se infere a impossibilidade da valoração probatória das declarações na parte em que se referem (ou também se referem) aos factos de outro coarguido. Na verdade, a lei não só não proíbe essa valoração como indica em vários preceitos que ela deve ocorrer (...). Por outro lado, conforme adiante veremos o Dr. Rodrigo Santiago entende que as declarações do coarguido não podem ser valoradas só por si contra outro arguido.

Não obstante, e apesar disso, existem obstáculos à consideração ou à atendibilidade das declarações do coarguido, sempre que este preste declarações em desfavor do outro ou outros arguidos, ou quando se recuse a responder, no uso do direito ao silêncio. Efetivamente deverá prevalecer o entendimento de que se um arguido se faz valer do seu direito ao silêncio e, consequentemente, o direito a não responder às perguntas formuladas (não se autoincriminar), também lhe deverá estar vedada a possibilidade de incriminar um coarguido. Até porque o arguido está impedido de prestar depoimento como testemunha no processo onde tem aquela qualidade.

A este respeito pode ler-se no Acórdão do STJ de 04-05-1994, que “o artº. 133º do CPP proíbe que os coarguidos sejam ouvidos como testemunhas uns dos outros, isto é, que lhes sejam tomados depoimentos, sob juramento, ao contrário do que se passa no sistema anglo-saxónico. Esse artigo, porém não impede que os arguidos de uma mesma infração possam prestar declarações (cuja credibilidade é, naturalmente, mais diluída), no exercício do direito,

que lhes assiste, de o fazerem em qualquer momento do processo. Não é por isso, processualmente correto pretender equiparar um “testemunho” que lhes está legalmente vedado com as declarações que podem fazer (...) para daí se tentar extrair a conclusão errada de que estas últimas correspondem a um meio proibido de prova”¹³².

Estando o arguido impedido de depor como testemunha mesmo quanto a factos em relação aos quais não é coarguido tem a jurisprudência¹³³ entendido que as declarações do arguido sobre factos que digam respeito a outros arguidos podem ser valoradas pelo tribunal.

O princípio ali implícito é correspondentemente aplicável no caso em que a testemunha que presta depoimento diante de um arguido se recusa a responder diante de outro arguido. Isto é, o depoimento da testemunha não é utilizável em desfavor do arguido em relação ao qual a testemunha se recusou a depor¹³⁴.

Por um lado, um coarguido terá sempre, e apesar de ter o dever de colaborar com a justiça para a descoberta da verdade material, a possibilidade de não responder às perguntas que lhe são feitas acerca dos factos que lhe são imputados. E não respondendo acerca desses factos, também não tem qualquer cabimento que o faça relativamente aos factos imputados aos restantes arguidos no mesmo processo. Até porque a admitir-se a confissão de um coarguido acerca dos factos imputados e praticados por outro coarguido estaria a dar-se lugar a uma “confissão indireta” o que não é admissível à luz da lei do processo penal.

O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10/09/2008, ao pronunciar-se acerca das declarações indiretas do arguido veio a concluir que “Não valem como prova as declarações de arguido em desfavor de coarguido, se aquele se recusar a responder a perguntas feitas pelos juízes, jurados, Ministério Público, advogado do assistente ou pelo seu próprio defensor. II - A questão do depoimento indireto só se coloca em relação ao que se ouviu dizer a outra testemunha; nunca em relação ao que se ouviu dizer a um arguido. III - As declarações de um arguido perante um OPC no âmbito de um inquérito ou são reduzidas a escrito, e podem em certas circunstâncias valer como prova, ou não são, e neste caso não existem para o processo”.

¹³² Disponível em www.dgsi.pt.

¹³³ e.g. Acórdão do STJ de 20-6-2001 onde se pode ler que “A lei processual, com todas as garantias a que o arguido tem direito – entre as quais se destaca a de guardar silêncio quanto aos factos de que é acusado – não vai ao ponto de impedir a prestação de declarações, de forma livre e espontânea, sejam elas ou não incriminatórias ou agravatórias da responsabilidade de outros intervenientes nos factos criminosos.” Disponível em www.dgsi.pt.

¹³⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código Processo Penal**, anotação ao artigo 345º, anotação 12 p.871.

Assim, do depoimento do coarguido nunca poderá resultar prejuízo para o exercício do direito de defesa de outro coarguido, igualmente digno e merecedor de proteção como ele.

Significa isto que o exercício do direito ao silêncio por parte do arguido, quando confrontado com as declarações que haja feito em desfavor de um seu consorte (coarguido), impede que as mesmas possam ser valoradas pelo tribunal. No entanto, ao contrário, se o arguido se dispuser a responder às perguntas que lhe forem feitas, nos termos do artigo 345º n.º 1 e 2, aquelas declarações constituem um meio probatório perfeitamente válido, suscetível de ser livremente apreciado pelo julgador (artigo 125º e 127º do CPP)¹³⁵

Isto envolve, pois, a consequência de a declaração, quando quem a proferiu se recusou depois a esclarecê-la ou desenvolvê-la, perder o seu valor probatório contra quem é por ela visado.

Poderá valer enquanto meio de defesa, ou até de prova, a favor do seu autor, mas não valerá como meio de prova contra um coarguido que o tenha querido instar¹³⁶.

Este entendimento jurisprudencial acolhido pelo Ac. do TC n.º 524/97 e do STJ de 25/02/1999¹³⁷, veio a merecer integração com a reforma introduzida pela Lei n.º 48/97 de 29/08 ao art.º 345º, n.º 4 do CPP¹³⁸, no sentido de não poderem valer como meios de prova as declarações do coarguido se este se refugia no silêncio, por tal restrição conduzir a uma inaceitável limitação às garantias de defesa e ao princípio da igualdade de armas.

Outra limitação é a que deriva da particularidade das declarações do coarguido, que revestem um carácter de especial complexidade. Não raras vezes, os coarguidos entram em conflito dentro do próprio processo, no sentido de se desculpabilizarem e de responsabilizarem o outro ou outros pelo sucedido, entrando em contradição entre eles, motivado mesmo pelas más

¹³⁵ BELEZA, Teresa Pizarro e PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – coordenação de **Prova Criminal e Direito de Defesa Estudos sobre Teoria da prova e garantias de defesa em processo penal**, Almedina.

¹³⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 524/97.

¹³⁷ No referido acórdão pode ler-se que “Conferir valor probatório às declarações proferidas, em audiência de julgamento, por um arguido em desfavor de outro, estando este impossibilitado de efetuar, mesmo através do próprio tribunal, um contra interrogatório, seria, sem sombra de dúvida, deixar de todo em esquecimento os princípios de que o processo criminal deve assegurar todas as garantias de defesa e de que a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar estão subordinados ao princípio do contraditório (artigo 32, n.ºs. 1 e 5, da CRP) ”.

¹³⁸ O artigo 345º n.º4 do CPP determina que “ não podem valer como meio de prova as declarações de um coarguido em prejuízo de outro coarguido quando o declarante se recusar a responder às perguntas formuladas nos termos do n.º 1 e 2” do mesmo preceito legal, ou seja acerca de questões sobre os factos que lhe são imputados.

relações entre eles ou por pressões a nível penal, do receio que efetivamente o Tribunal lhes incute.

Teresa Pizarro Beleza, por exemplo, sustenta que as declarações do coarguido possuem uma credibilidade reduzida e que, não sendo em abstrato uma prova proibida, é frágil, e necessita de ser corroborado por outras provas¹³⁹.

Nesse sentido veja-se igualmente, e mais recentemente o Acórdão do STJ de 22-06-2006, no qual se admite que “apesar do seu regime específico, as declarações do coarguido não deixam de ser um meio de prova, cujas limitações o não privam da virtualidade de influenciarem relevantemente ou até fundamental ou exclusivamente a convicção dos julgadores (...) o artigo 344º n.º 3 (confissão) não prevê qualquer limitação ao exercício do direito de livre apreciação da prova, resultante das declarações do arguido”, tendo concluído que “não há um dever especial de análise crítica dos meios de prova coadjuvantes, que é o exigível nas demais circunstâncias”. Neste acórdão também se conclui que “a credibilidade do que por aqueles (coarguidos) foi dito foi reforçada pelo facto de ter sido corroborado por outros meios de prova.”. Também este aresto demonstra a importância que a teoria da corroboração assume dentro do processo penal, e no que à valoração das declarações dos coarguidos dizem respeito.

Por estes motivos, viola o princípio da presunção de inocência a fundamentação exclusiva da condenação de um arguido na valoração do depoimento do coarguido.

Veja-se as situações em que apenas se tem as declarações dos dois únicos arguidos num processo em que um incrimina o outro, e este limita-se a negar os factos. Será este depoimento suficiente para merecer a condenação do arguido, quando este negou a prática dos factos e quando não existe mais nenhum meio de prova que o venha confirmar? Qual valerá mais: o depoimento do arguido que nega a prática dos factos ou o depoimento do arguido que incrimina o coarguido da prática dos factos? É completamente razoável que se valore mais aquele depoimento que seja corroborado por outro meio de prova, e se não existir mais nenhum, aquela que for produzido em audiência sujeita à livre convicção do julgador, nos termos do artigo 127º do CPP e que em caso de dúvida deve afastar impreterivelmente a declaração indireta como fundamento da sua decisão.

De todo o modo, a jurisprudência do STJ (cfr., entre muitos outros, os Acs. do STJ de 31/10/2007, de 12/03/2008 e de 18/06/2008) sempre defendeu que o arguido tanto pode

¹³⁹ TERESA, Beleza - “Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento de coarguido no Processo Penal Português”- “**Revista do Ministério Público**”, nº 74.p.39

produzir declarações a seu respeito como a respeito dos demais coarguidos, já que o contrário poderia comportar uma limitação ao seu direito de defesa, apenas estando impedido de intervir como testemunha, nos termos do artº. 133º, n.º1, al. a) do CPP. Aliás, o arguido não pode depor como testemunha no mesmo processo sobre factos que são imputados aos seus coarguidos em exclusivo, pois a capacidade de avaliação do arguido fica prejudicada pelo circunstância dos factos se encontrarem numa relação de conexão objetiva com os factos imputados ao arguido, perturbando assim seriamente, a liberdade do depoimento¹⁴⁰.

Por outro lado, o facto de o arguido assumir essa qualidade no processo penal e não a de testemunha atribui-lhe direitos distintos e que lhe conferem uma maior proteção relativamente às testemunhas, nomeadamente o facto de aquele poder remeter-se ao silêncio acerca das perguntas que lhe são colocadas ou não estar obrigado a falar com verdade, o que não sucede com as testemunhas cujo depoimento é mais exigente. Na prática dos Tribunais atuais, e daquilo que se depreende pela leitura de algumas sentenças condenatórias e até absolutórias, a verdade é que, normalmente o depoimento prestado pelas testemunhas merece maior credibilidade por parte do tribunal do que o depoimento de um arguido que negue a prática dos factos que lhe são imputados, o que, a nosso ver, e salvo melhor entendimento, coloca em causa vários princípios processuais e fundamentais, como sejam o princípio do acusatório, o princípio da presunção da inocência e o princípio do *in dubio pro reo*.

Podemos mesmo chegar a afirmar que, tem-se assistido, no âmbito do processo penal a uma subversão do princípio do acusatório, e o ónus da prova, recai muitas vezes sobre o arguido, quando na verdade, quem deve fazer prova da prática dos factos é o Ministério Público, o assistente ou o Tribunal, e não cabe ao arguido produzir prova em como não praticou os factos de que vem acusado.

Por outro lado, a condenação do arguido exige um grau de certeza por parte do julgador, que não é exigido ao Ministério Público para deduzir a competente acusação pública. Daí que desde já dizemos que é de suma importância que existam meios de prova suficientes e inequívocas capazes de fundamentar a condenação do arguido.

Discordando da possibilidade de valorar as declarações do coarguido, e numa clara posição de proteção do arguido, já se pronunciou na doutrina Rodrigo Santiago, afirmando que “as declarações assim prestadas, *maxime* as que o forem em audiência de julgamento, por um ou mais coarguidos (...) não podem validamente ser assumidas como meio de prova

¹⁴⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - **Comentário do Código de Processo Penal**, anotação ao artigo 133º. p. 355 anotação 1.c.

relativamente aos outros, servindo tais declarações, no âmbito de coarguirão, única e exclusivamente como meio de defesa pessoal do arguido ou arguidos que as tiverem prestado – artigo 343º, n.º 2 do CPP.

Logo, se da motivação da sentença, nos termos do artigo 374º, n.º 2 in fine do referido diploma, constar que as declarações dos coarguidos contribuíram irrestritamente para a formação da convicção do Tribunal, verifica-se uma situação de nulidade do julgamento, por violação do disposto nos artigos 323º, alínea f) e artigo 327º, n.º 2, entre outros, todos do Código de Processo Penal.”¹⁴¹

Na base desta argumentação está a impossibilidade de contraditório do coarguido por parte do outro arguido.

Naturalmente existem situações em que o coarguido decide colaborar, de livre e espontânea vontade, na descoberta da verdade, quer por sentimentos de arrependimento, de auto-dignidade, ou como forma de diminuir ou excluir a sua ilicitude ou a sua culpa, bem como apresentando circunstâncias que interfiram na definição da sua responsabilidade ou até na aplicação da medida concreta da pena. Conhecendo esta possibilidade, não poderia a lei vedá-la nem proibi-la. Exemplo disso é a possibilidade de confissão integral e sem reservas dos factos, de livre vontade e fora de qualquer coação.

Contudo torna-se necessário avaliar as suas motivações e correspondente credibilidade. No que respeita à avaliação da credibilidade do depoimento do coarguido, podem ser adotadas medidas de confirmação através da reunião de outros meios de prova (testemunhais, materiais, periciais...) que corroborem tais declarações e não se basear apenas nessas declarações, que como já vimos, viola desde logo o princípio da presunção de inocência. Para além desta corroboração, também deverá o julgador realizar uma especial análise e ponderação, nos termos do artigo 127º CPP.¹⁴²

Significa que as declarações de um coarguido não devem, em caso algum, ser suficientes para alicerçar a condenação de outro arguido sem que haja outros meios de prova que corroborem o seu depoimento.

Entendemos desde logo e à semelhança do que alguns tribunais da relação têm vindo a decidir, que a teoria da corroboração assume um papel preponderante na avaliação dos

¹⁴¹ SANTIAGO, Rodrigo (Janeiro-Março de 1994) - *Reflexões sobre as «declarações do arguido» como meio de prova no CPP de 1987* - "Revista Portuguesa de Ciência Criminal", Ano 4, fascículo 1.p27.

¹⁴² SILVA, Germano Marques da - *Curso de Processo Penal*, Vol. II, Verbo.p171-172.

depoimentos prestados pelo arguido contra outro arguido no mesmo processo na medida em que, não estando ele sujeito a juramento, nem ao dever de verdade, podendo até se submeter ao silêncio, deve exigir-se alguma prova no sentido da comprovação das declarações do coarguido.

Conforme já aqui fomos enunciando esta é uma matéria que é muitas vezes objeto de recurso para os Tribunais da Relação e para o Supremo Tribunal de Justiça, sendo que, na falta de uniformização acerca do assunto, ainda subsiste uma querela doutrinária e jurisprudencial acerca da valoração ou não das declarações do coarguido, acompanhadas ou não de meios de prova corroborantes.

A propósito da necessidade de corroboração das declarações dos arguidos para que as mesmas possam ser valoradas, a jurisprudência do Tribunal da Relação do Porto no acórdão de 24/09/2008 no processo nº 0813993, sumariou que “As declarações de um arguido só podem fundamentar a condenação de um coarguido se se mostrarem coerentes e forem corroboradas por outros elementos de prova”. No mesmo sentido vai o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16/11/2011 que veio a concluir que “Não existe obstáculo legal à valoração das declarações de coarguido, apreciadas de acordo com os critérios que devem presidir à livre apreciação da prova, plasmados no artigo 127º, do CPP, desde que garantido o indispensável contraditório e tendo presente que essa valoração deve ter em conta os riscos de menor credibilidade que essas declarações comportam, pelas implicações resultantes da situação de imputação de responsabilidade criminal também a esse coarguido, circunstância que justifica e exige maior prudência e cuidado na procura de toda a corroboração possível para que a livre apreciação do julgador se fundamente em dados seguros”.

Adotando uma posição distinta surge no mesmo ano o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 16/05/2011 que decidiu que “As declarações do coarguido podem e devem ser valoradas no processo e são válidas mesmo desacompanhadas de outro meio de prova, desde que credíveis.” Destacamos aqui o Acórdão n.º 133/2010. D.R. n.º 96, Série II de 2010-05-18 do Tribunal Constitucional e que não julgou inconstitucional a norma do artigo 345.º, n.º 4, do Código de Processo Penal, conjugada com os artºs 133.º, 126.º e 344.º, quando interpretados no sentido de permitir a valoração das declarações de um arguido em desfavor do coarguido que entenda não prestar declarações sobre o objeto do processo.

Já o STJ também chamado várias vezes a se pronunciar acerca desta questão em concreto tem vindo a confirmar a admissibilidade da valoração das declarações do coarguido no âmbito do processo penal, como meio de prova.

Contudo, tal como nos tribunais da Relação existe uma dualidade de opiniões: por um lado há acórdãos que condicionam a valoração das declarações do coarguido a outros meios de prova corroborantes e há aqueles que defendem que por si as declarações prestadas são válidas, mesmo que desacompanhadas de qualquer outro meio de prova.

Veja-se a título exemplificativo o Acórdão do STJ de 08/11/2007 onde se veio a sumariar que “As declarações produzidas por coarguido não constituem um meio proibido de prova, não se enquadrando em qualquer das previsões do artº. 126.º do CPP. Não há, por isso, obstáculo legal à valoração de tais declarações em aplicação do princípio de livre apreciação da prova, nos termos do artº. 127.º Do mesmo diploma. Por isso, as declarações prestadas por coarguido, que decida livremente prestá-las, podem ser valoradas como meio de prova para a formação da convicção do juiz em termos probatórios, dentro dos poderes de livre apreciação, naturalmente ponderadas e avaliadas todas as contingências sobre a credibilidade que tais declarações comportem: o problema é, assim, de valoração e credibilidade da prova e não de prova proibida”.

Antes da alteração do artigo 345º do CPP pela lei nº 48/2007 de 29/08, que aditou o nº 4 que dispõe que “Não podem valer como meio de prova as declarações de um coarguido em prejuízo de outro coarguido quando o declarante se recusar a responder às perguntas formuladas nos termos dos nos 1 e 2”, o STJ adotava como posição o facto de as declarações do arguido poderem ser valoradas como meio de prova. Era exemplo disso o já citado Acórdão do STJ de 4.05.1994.

Conforme já nos referimos RODRIGO SANTIAGO, acerca deste tema, adota uma posição distinta, entendendo que “as declarações de um ou mais dos coarguidos (...), não podem validamente ser assumidas como meio de prova relativamente aos outros”. Assim, “se da motivação da sentença, nos termos do artº. 374 nº2 do CPP, in fine, constar que as declarações dos coarguidos (...) contribuíram irrestritamente para a formação da convicção do tribunal, verifica-se uma situação de nulidade do julgamento”.

Já MEDINA DE SEIÇA adota uma posição intermédia. Para este autor, e apesar de o CPP não contemplar expressamente o meio de prova; declarações de coarguido, não significa que não possam ser valoradas na parte em que se referem aos factos de outros arguidos no mesmo processo. “A questão joga-se, não ao nível da admissibilidade ou possibilidade desta valoração, mas ao nível do critério da valoração, entendendo o autor, a este propósito, que “o conhecimento probatório do coarguido só deverá servir de fundamento à decisão final a tomar em relação ao outro, caso esteja corroborado, ou seja, caso existam elementos oriundos de fontes probatórias distintos da declaração que, embora não se reportem diretamente ao mesmo

facto narrado na declaração, permitem concluir pela veracidade” (vide acórdão do STJ de 09/02/2009)

E é exatamente esse o sentido da alteração introduzida pelo n.º 4 do artº. 345.º do CPP quando proíbe a utilização, como meio de prova, das declarações de um coarguido em prejuízo de outro nos casos em que aquele se recusar a responder às perguntas que lhe forem feitas pelo juiz ou jurados ou pelo presidente do tribunal a instâncias do Ministério Público, do advogado do assistente ou do defensor officioso.

E assim, a jurisprudência do STJ atual tem seguido esta ultima posição, com a qual, concordamos, no sentido de que as declarações de coarguido são valoráveis ao abrigo do artº. 127.º do CPP. Ou seja, não se deve negar à partida a valoração das declarações dos coarguidos, mas sim valorá-las conforme a interpretação e as dilações que delas se possam retirar, tendo em conta as regras da experiencia e a livre convicção. Na verdade, não existe nenhuma restrição legal, prevista expressamente na lei penal, no sentido de proibir a prova obtida através das declarações de coarguido, pelo que é admissível ao abrigo do artº. 125.º do CPP, para além de não ser proibida, por não se enquadrar em nenhuma das situações previstas no artº. 126.º do CPP.

Os acórdãos do STJ de 12/03/2008 e de 09/02/2009 decidiram pela valoração das declarações do coarguido e que essa valoração devia ficar a cargo do julgador no caso concreto, face “às circunstâncias em que os mesmos são produzidos”. O que aqui deve relevar não é a admissibilidade ou não, pois parece que essa questão, pelo menos para esta parte da jurisprudência encontra-se ultrapassada, mas sim a valoração das mesmas tendo em conta vários aspetos, nomeadamente o modo como foram prestadas, as circunstâncias em que ocorreram, as relações entre os arguidos, os possíveis interesses subjacentes às declarações prestadas por qualquer dos arguidos ou mesmo o tipo de bem jurídico que alegadamente foi posto em causa.

E por isso a jurisprudência deste tribunal Supremo não admite que, logo à partida, se recuse admitir as declarações e que se condicione a sua valoração à existência de outras provas corroborantes. E portanto “ dizer em abstrato e genericamente que o depoimento do coarguido só é válido se for acompanhado de outro meio de prova é uma subversão das regras da produção de prova, sem qualquer apoio na letra ou espírito da lei.

E continua a afirmar que “ A admissibilidade como meio de prova do depoimento de coarguido, em relação aos demais coarguidos, não colide minimamente com o catálogo de direitos que integram o estatuto inerente àquela situação, mostrando-se adequada à

prossecução de legítimos e relevantes objetivos de política criminal, nomeadamente no que toca à luta contra a criminalidade organizada.”

Quanto à questão do silêncio do coarguido poder prejudicar o outro coarguido, quando o faz no uso dos direitos processuais que lhe são atribuídos, o STJ vem concluir que “ O direito ao silêncio não pode ser valorado contra o arguido. Porém, a proibição de valoração incide apenas sobre o silêncio que o arguido adotou como estratégia processual, não podendo repercutir-se na prova produzida por qualquer meio legal, designadamente a que venha a precisar e demonstrar a responsabilidade criminal do arguido, revelando a falência daquela estratégia.” O mesmo será dizer que, mesmo que o arguido se remeta ao silêncio, nada invalida que o seu consorte seja condenado com base noutros meios de prova carreados para os autos. O que não parece ser aceite é que esse silêncio, só por si, possa servir para sustentar uma decisão condenatória contra outro coarguido, uma vez que o silêncio não pode prejudicar nem o arguido que se limita a não falar, nem os outros arguidos.

O mesmo sucede nos casos em que o arguido incriminado está ausente, ou seja, nestas situações as declarações do coarguido incriminatório continuam a valer relativamente ao arguido ausente, contudo, também aqui torna-se necessário avaliar essas declarações e se possível corrobora-las com outros elementos probatórios, até porque o arguido estando ausente não tem a possibilidade de exercer o contraditório acerca das declarações do arguido, e para evitar que haja a violação de direitos fundamentais- direito ao contraditório- devem as declarações merecer um tratamento especial e não se basear apenas e tão só na livre convicção do juiz do artigo 127º do CPP.

Estando o arguido presente na audiência de discussão e julgamento pode exercer o direito ao contraditório e contribuir para a credibilidade ou não do depoimento do coarguido, através da possibilidade que lhe é conferida, através do seu defensor de sugerir as perguntas a serem colocadas tanto ao coarguido, como ao próprio arguido, como ainda a testemunhas ou peritos. Conforme já aqui nos referimos, quando abordamos a posição do arguido e os seus direitos no âmbito do processo penal, este sujeito processual não está obrigado a falar verdade mas, também concordamos que “Inexiste no nosso ordenamento jurídico um direito a mentir; a lei admite, simplesmente, ser inexigível dos arguidos o cumprimento do dever de verdade. Contudo, uma coisa é a inexigibilidade do cumprimento do dever de verdade e outra é a inscrição de um direito do arguido a mentir, inadmissível num Estado de Direito.” (Ac. STJ de 12/03/2008).

Contudo, e apesar disso, tanto num como noutro aresto se considera que as declarações do coarguido são uma prova “especial” e portanto “atípica”. Na verdade pode ler-se ali que “É

evidente que, tal como em relação ao depoimento da vítima, é preciso ser muito cauteloso no momento de pronunciar uma condenação baseada somente nas declarações do coarguido, porque este pode ser impulsionado por razões aparentemente suspeitas, tal como o anseio de obter um trato policial ou judicial favorável, o ânimo de vingança, o ódio ou ressentimento, ou o interesse em auto-exculpar-se mediante a incriminação de outro ou outros acusados”.

E portanto, e apesar de o acórdão admitir a uso dessas declarações por si só, para fundamentar uma decisão condenatória, também admite, conforme supra se disse que possam existir interesses no depoimento prestado pelo coarguido, que passa por incriminar os outros arguidos. E portanto o STJ admite a necessidade de existir outros meios de prova que venham corroborar aquelas declarações e assim “ para dissipar qualquer dessas suspeitas objetivas, é razoável que o coarguido transmita algum dado externo que corrobore objetivamente a sua manifestação incriminatória, com o que deixará de ser uma imputação meramente verbal para se converter numa declaração objetivada e superadora de um eventual défice de credibilidade inicial. Não se trata de criar, à partida e em termos abstratos, uma exigência adicional ao depoimento do coarguido quando este incrimine os restantes, antes de uma questão de fiabilidade.” Até porque vigora no âmbito do processo penal o princípio “in dubio pro reo” que significa que o julgador ficando com dúvidas acerca da prática dos factos, nomeadamente por existirem versões contraditórias e pelo depoimento de um arguido não merecer credibilidade suficiente para incriminar outro, deve optar pela absolvição do arguido e não pela sua condenação. Estas dúvidas dissipam-se quando existem outros meios de prova capazes de corroborar as declarações do coarguido, que apesar de, aos olhos dos julgadores, parecerem pouco credíveis, são corroboradas por outros meios que merecem credibilidade por parte do tribunal (e.g. prova testemunhal, pericial ou documental).

Destacamos aqui um acórdão mediático onde a questão da valoração do depoimento do coarguido assumiu uma importante discussão: aquele que ficou conhecido como “o Caso Joana”, no acórdão do STJ de 20/06/2006, no âmbito do processo nº 363/06-5.

No caso concreto recorde-se que estava em causa um homicídio, ocultação e profanação de cadáver de uma criança, onde os principais suspeitos e arguidos eram a mãe e o tio daquela, que acabaram por ser condenados a uma pena de 25 anos de prisão pelos crimes cometidos. Para se concluir pela condenação das pessoas em causa o tribunal, de entre outras provas, recorreu à reconstituição do facto para reconstruir a forma como os factos tinham ocorrido, baseado nas declarações prestadas por um dos arguidos. A questão ali em conflito prendia-se com o facto de saber se essas declarações seriam suficientes para fazer a reconstituição contra

o outro arguido. O STJ entendeu que sim, até porque, entendeu existir outros meios de prova que corroboração aquela.

Assim pode ler-se naquele acórdão que “As informações prestadas pelo arguido no ato de reconstituição não são declarações feitas à margem do processo a OPC; são a verbalização do ato de reconstituição validamente efetuado no processo, de acordo com as normas atinentes a este meio de prova e particularmente com o prescrito no artº. 150.º do CPP, e mesmo que prestadas, neste e naquele passo, a solicitação de OPC ou do Ministério Público, destinam-se no geral a esclarecer o próprio ato de reconstituição, com ele se confundindo”. E quanto à teoria da corroboração veio a concluir que “Se o arguido que faz a reconstituição envolve outro arguido, a prova que daí resulta contra este último será havida como corroborada, numa exigência acrescida de prova, se ela for confirmada por outros elementos probatórios, derivados de provas diretas e indiretas, que, devidamente conjugadas entre si e com as regras da experiência, mostrem a veracidade da reconstituição relativamente a esse arguido, que no julgamento optou pelo direito ao silêncio, bem como o que procedeu à reconstituição.” Mais uma vez a livre convicção do julgador assumiu aqui um papel preponderante.

Conclusão

Como direito por excelência dos inocentes, o processo penal deve contemplar os institutos que tutelam bens jurídicos fundamentais, individuais ou supra individuais como os que procura tutelar o segredo de justiça.

O processo penal português, em obediência à CRP, possuiu uma estrutura essencialmente acusatória. Se por um lado o processo tem como finalidade a descoberta da verdade material, o restabelecimento da paz e tranquilidade públicas, por outro visa a proteção dos direitos individuais. Assim, cabe ao legislador e ao aplicador do direito a ponderação dos interesses em conflito.

É no âmbito da prova que esta árdua tarefa tem constantemente de ser levada a cabo, e que mais respeito pelas regras processuais exige, sob pena de nulidade da prova e de todo o processado.

A produção de prova enfrenta um conjunto de regras que não só definem a sua essência legal, como se afirmam cruciais para o juiz a validar e aplicar a sentença. A produção de prova coexiste num “habitat” onde os direitos e liberdades individuais se confrontam com os interesses do coletivo, da sociedade em geral, dos direitos dos outros, da aplicação da justiça.

A liberdade de uns termina onde começa a liberdade dos outros. Todos têm direito à liberdade, contudo se forem condenados a pena privativa de liberdade, naturalmente, esse direito é afetado, por sobreposição de outro direito, a segurança, o restabelecimento da paz e da tranquilidade públicas.

Se por um lado a presunção de inocência, a dignidade humana, o direito ao contraditório, à defesa, são intrínsecos à existência duma sociedade civilizada, democrática, e igualitária, por outro lado vê-se o Estado na obrigação de descobrir os autores dos crimes, garantir a segurança da sociedade e assegurar-lhes um julgamento digno de acordo com os direitos que constitucionalmente lhe estão consagrados.

O nosso CPP oferece um amplo leque de meios de prova e de obtenção que são admissíveis. Contudo, há situações em que a prova a utilizar não se encontra prevista legalmente, mas também não é proibida. A este fenómeno está associada a liberdade de prova e a atipicidade da mesma.

Assim, a utilização de meios atípicos de prova em processo penal tem um carácter residual, sendo que apenas a eles se irá recorrer quando não haja qualquer outro meio de prova legalmente previsto que satisfaça a finalidade que com aqueles se vise atingir.

O juízo de admissibilidade de prova atípica tem de cumprir, escrupulosamente, os princípios inerentes ao processo penal e os requisitos que fazem depender a produção e valoração da prova. Só assim, a prova poderá ser legalmente valorada e servir de base à sentença que se venha a proferir.

Não obstante, vimos, ao longo do presente trabalho que o recurso a estes meios de prova atípicos é escasso e ainda não muito discutido na jurisprudência. Por um lado porque tem carácter residual e o processo penal já prevê meios de prova diversos e considerados capazes de atingir as finalidades do processo penal – a descoberta da verdade material. Por outro lado porque a linha que separa a admissibilidade de prova atípica válida e a proibição de prova é muito ténue, na medida em que facilmente a utilização de um meio não tipificado legalmente colide com direitos fundamentais consagrados e protegidos, nos termos do artº. 126º do CPP.

Assim, o juízo de admissibilidade desta prova exigirá, por parte do juiz, que como vimos é o órgão competente para o fazer, um maior cuidado e atenção do que a admissibilidade de outros meios de prova, que apenas se não forem considerados proibidos (artº. 125º e 126º CPP) podem ser admissíveis e corretamente valorados.

Contudo, por vezes, para a descoberta da verdade material, e mesmo quando falamos de criminalidade altamente organizada e especialmente violenta torna-se necessário abrir mão de todos os procedimentos tipificados ou não para atingir as finalidades do processo penal. E é na contraposição de direitos e deveres especialmente consagrados que se decide pela admissibilidade ou não de meios atípicos de prova.

Assim, como forma de fazer face a este tipo de criminalidade os Estado unem-se na sua luta, e dota-se de meios de prova capazes de atingir com toda a certeza os agentes do crime e o modo como os factos se desenrolaram. Porém existe algo que nunca se poderá destruir e tem de se respeitar, sob pena de se descurar a conceção democrática da sociedade, a dignidade da pessoa humana. Mesmo aqueles que tentaram ou destruíram a dignidade dos outros, têm que, no âmbito do processo penal, ver a sua respeitada. É assim que se encontram fundamentado o nosso sistema jurídico - penal.

Hoje existe um novo equilíbrio entre os fins do processo penal, devido a este tipo de criminalidade, que importa um maior sacrifício dos direitos fundamentais de forma a dotar a investigação de meios mais eficazes, face aos perigos e ameaças decorrentes desta nova criminalidade. Porém, o legislador terá de estabelecer até onde poderá existir essa restrição e terá de delimitar o núcleo essencial do direito fundamental que jamais poderá ser afetado: a dignidade da pessoa humana.

Bibliografia

1-Legislação

Código Civil

Código de Processo Penal

Código Penal

Constituição da República Portuguesa disponível em:

<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, disponível em:

<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Introduction.aspx>

2- Jurisprudência citada

Tribunal Constitucional

Disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>:

Acórdão TC nº 7/87 de 9. Jan. Processo nº 302/86. Relator: Mário de Brito.

Acórdão TC nº 86/88 de 22. Ago. Processo nº 235/86. Relator: Messias Bento.

Acórdão TC nº 259/90 de 3. Out. Processo nº 11/90. Relator: Messias Bento.

Acórdão TC nº 172/92 de 6. Maio. Processo nº 46/91. Relator: Messias Bento.

Acórdão TC nº 1165/96 de 19. Nov. Processo nº 142/96. Relator: Monteiro Diniz.

Acórdão TC nº 339/97 de 23. Abr. Processo nº 663/96. Relator: Ribeiro Mendes

Acórdão TC nº 464/97 1. Jul. Processo nº 102/96. Relator: Assunção Esteves.

Acórdão TC nº 524/97 de 14. Jul. Processo nº 2/22/97. Relator: Assunção Esteves.

Acórdão TC nº 298/2005 de 7. Jun. Processo nº 842/04. Relator: Mário Torres.

Acórdão TC nº 425/2005 de 25. Ago. Processo nº 452/05. Relator: Benjamin Rodrigues.

Acórdão TC nº 133/2010 de 18.Maio. Processo nº 678/09. Relator: Victor Gomes.

Acórdão TC nº 137/2011 de 10.Mar. Processo nº 155 DPR.

Tribunal da Relação de Coimbra

Disponíveis em <http://www.dgsi.pt>

Acórdão TRC de 06-12-2006. Processo nº 146/05.9GCVI5.C1.

Acórdão TRC de 03-12-2009. Processo nº 59/08.2TBGVA-A.C1.Relator: Falcão Magalhães

Acórdão TRC de 05-05-2010. Processo nº 486/07.2GAMLD.C1. Relator: Gomes de Sousa.

Acórdão TRC de 16-11-2011. Processo nº 87/11.0GTCB.C1.Relator: Paulo Guerra.

Acórdão TRC de 14-10-2014. Processo nº 20/110TBOFR.C1. Relator: Luís Cravo.

Acórdão TRC de 04-02-2015. Processo nº 212/11.1GACLB.C1. Relator: Orlando Gonçalves

Acórdão TRC de 21-04-2015. Processo nº 124/14.1TBFND-A.C1. Relator: Maria João Areias.

Tribunal da Relação de Évora

Disponíveis em <http://www.dgsi.pt>:

Acórdão TRE de 07-12-2004. Processo nº 25/03-1.Relator: Alberto Borges.

Tribunal da Relação de Guimarães

Disponíveis em <http://www.dgsi.pt>:

Acórdão TRG de 31-05-2004. Processo nº 2415/03- 1. Relator: Heitor Gonçalves.

Acórdão TRG de 09-02-2009. Processo nº 1834/08-2. Relator: Estelita de Mendonça.

Tribunal da Relação de Lisboa

Disponíveis em <http://www.dgsi.pt>:

Acórdão TRL de 11-02-2004. Processo nº 928/2004-3.

Acórdão TRL de 04-03-2010. Processo nº 1630/08.8PFSXL.L1-9. Relator: Calheiros da Gama.

Tribunal da Relação do Porto

Disponíveis em <http://www.dgsi.pt>

Acórdão TRP de 03-03-1999. Processo nº 106/98.

Acórdão TRP de 19-01-2000. Processo nº 9941268. Relator: Dias Cabral.

Acórdão TRP de 22-01-2003. Processo nº 0240877.

Acórdão TRP de 19-09-2008. Processo nº 0844418. Relator: Olga Maurício.

Acórdão TRP de 24-09-2008. Processo nº 0813993/08.1 Relator: Maria do Carmo Silva Dias.

Acórdão TRP de 09-01-2013. Processo nº 499/11.0GBVNG.P1. Relator: Melo Lima

Supremo Tribunal de Justiça

Disponíveis em <http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados/>:

Acórdão STJ de 04-05-1994. Processo nº 3656 1993/05/12. 392/393.

Acórdão STJ de 25-02-1999. Processo nº 1365/98. Relator: Virgílio Oliveira.

Acórdão STJ de 06-09-2006. Processo nº 1391/06. Relator: Henrique Gaspar.

Acórdão STJ de 18-05-2006. Processo nº 960/06. Relator: Costa Mortágua.

Acórdão STJ de 20-04-2006. Processo nº 06P363. Relator: Rodrigues da Costa.

Acórdão STJ de 31-10-2007. Processo nº 1584/06.Relator: Souto Moura.

Acórdão STJ de 08-11-2007. Processo nº 06B2640. Relator: Pires da Rosa.

Acórdão STJ de 12-03-2008. Processo nº 684/08.Relator: Maia Costa.

Acórdão STJ de 03-03-2010. Processo nº 714/01.8TAFVNA.S.1.Relator: Henriques Gaspar.

Acórdão STJ de 25-05-2016. Processo nº171/12.3JBLSB.11.S1. Relator: Santos Cabral.

3- Bibliografia Geral

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – **Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.** Lisboa: Universidade Católica Editora, 2ª ed. atualizada, Lisboa 2008.

ALEXANDRE, Isabel, **Provas Ilícitas em Processo Civil**, Almedina, Coimbra, 1998.

ANDRADE, Manuel da Costa – Axiomática e impressiva expressão de Henkel: Sobre a valoração como meio de prova em processo penal. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, nº especial do **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Editora Coimbra, 2003 P. 198 e 203.

ANDRADE, Manuel da Costa – Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal das gravações produzidas por particulares, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, *número especial do* vol. I, **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade Coimbra**. 1984 P.615.

ARAÚJO, Laurentino da Silva – **Código de Processo Anotado e Atualizado**: Coimbra: Coimbra Editora, 1960.

BELEZA, Teresa Pizarro – **Apontamentos de Direito Processual Penal**. Lisboa: vol. I AAFDL, 1992.

CANOTILHO, J.J. Gomes - **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra. Almedina. 7ª ed. 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Processual Penal**, Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-9.

DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal**- Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A doutrina Geral do Crime, Coimbra Editora, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo - **Direito Penal Português**, Parte Geral, II, As consequências jurídicas do crime, Publicação: [Lisboa]: Aequitas, Editorial Noticias,1993. P.737.

DIAS, Jorge de Figueiredo – **Clássicos Jurídicos** Direito Processual Penal. 1ª ed. 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo - **A Nova Constituição da República e o Processo Penal**, Lisboa, 1976.

MENDES, Paulo de Sousa - **Jornadas de Direito Processual Penal**, 2004.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I,ISBN 972-32-1307-9, 2ª ed. Coimbra, 2010.

MOREIRA, Vital e CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Vol. I. ISBN 972-32-059-0, Coimbra 2007.

NEVES, A. Castanheira – **Sumários de Processo Criminal**. Edição processada por João Abrantes, Coimbra, 1968.

RODRIGUES, Anabela Miranda - O inquérito no Novo Código de Processo Penal, **Jornadas de Direito Processual Penal**, CEJ. Almedina, 1991.

SILVA, Germano Marques da - Princípios Gerais do Processo Penal e Constituição da Republica Portuguesa, in Direito e Justiça - **Revista da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa**, volume de homenagem ao Professor Doutor Manuel Gonçalves Cavaleiro de Ferreira, volume III, 1987/1988.

SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal**. Lisboa: Editorial Verbo - Babel, vol. I, 5ª e 6ª ed. revista e atualizada 2008 e 2010.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Estudos do Direito Penal**, ISBN 978-8973-16-2, 1ª ed. Lisboa, 2010.

4- Bibliografia Específica

ALMEIDA, Filipa Cláudia Mateus de – **Direito Processual Angolano – A atuação instrutória do juiz no processo penal Angolano.** [Em linha] Lisboa: UAL,2016 116 p. Dissertação de Mestrado. [Consult.21 jun.2017]. Disponível em:

<http://repositorio.ual.pt/handle/11144/2992?mode=full>

ANDRADE, José Carlos Vieira de - **Os Direitos fundamentais na Constituição de 1976,** 2ªedição, Almedina.2012.

ANDRADE, Manuel da Costa – Sobre a Valoração, como meio de prova em processo penal das gravações produzidas por particulares. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade Coimbra.* Coimbra, vol. I.,1994.P.551.

ANDRADE, Manuel da Costa - **Sobre as proibições de prova em Processo Penal,** Coimbra Editora. 1ª ed. reimpressão,2013.

BELEZA, Teresa e COSTA, Frederico da – **Prova Criminal e Direito de defesa: estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal.** Coimbra Almedina, 2010.P. 290.

BELEZA, Teresa Pizarro - Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento de coarguido no Processo Penal Português, **Revista do Ministério Público,** nº 74- 2º semestre abril-junho,1998. P.39-60.

BRITO, Ana Isabel da Silva – **As Buscas domiciliárias como meio de obtenção de prova - O seu regime jurídico.** [Em linha] Lisboa: UAL, 2015. 105 p. Dissertação de Mestrado. [Consult.12 fev.2017]. Disponível em:

<http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/1844/1/Buscas%20Domiciliárias.pdf>

CABRAL, José António Henriques dos Santos - Juiz Conselheiro do STJ - Ética e Corrupção. [Em linha] Coimbra, 2015.22p. [Consult.22 jan. 2017]. Disponível em:

<http://julgat.pt/wp-content/uploads/2015/09/20150904-ARTIGO-JULGAR-Ética-e-Corrupção-José-Santos-Cabral.pdf>

CAEIRO, Pedro - Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da justiça absoluta e o fetiche da gestão eficiente do sistema. **Revista do Ministério Público**, n.º 84, Ano XXI, 2000.

COELHO, José Carlos dos Reis – **O Direito de defesa no Processo de Contra Ordenação**. [Em linha] Lisboa: Universidade Lusíada - Faculdade de Direito, 2016, 137p. Dissertação de Mestrado. [Consult.14 jul.2017]. Disponível em:

http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/2629/1/md_jose_coelho_dissertacao.pdf

CONCEIÇÃO, Ana Raquel - **Escutas Telefónicas, Regime Processual Penal**, Quid iuris, Sociedade Editora, Lisboa, 2009.

CONDE, Correia - **Contributo para a análise da inexistência e das nulidades Processuais Penais**, BFDUC, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

CORREIA, Ana Rita dos Santos – **Nemo Tenetur SeIpsum Accusare e Obrigatoriedade de entrega de documentos**. [Em linha] Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015.76p. Dissertação de Mestrado Profissionalizante [Consult.21 ago.2016]. Disponível em:

<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2017/10/2-Prova-MP-Ana-Rita-dos-Santos-Correia-06-02.pdf>

CUNHA, Damião da - “ **O caso julgado parcial - questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória**, Porto, Publicações da Universidade Católica, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo – **Princípios estruturantes do Processo Penal, Código de Processo Penal** - processo legislativo: Lisboa, Edição da Assembleia da República, vol. II Tomo II,1999.

FERREIRA Marques - Meios de prova. **Jornadas de Direito Processual Penal**, O Novo Código de Processo Penal, CEJ. Livraria Almedina Coimbra,1988.P.219-270.

FRANCISCO, Constância Mendonça – **Escutas Telefónicas como meio de obtenção de prova e reserva da intimidade da vida privada**. [Em linha] Lisboa: UAL, 2016. 94 p. Dissertação de Mestrado. [Consult.29 jul.2017]. Disponível em:

<http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3114/1/ESCUTAS%20TELEFÓNICAS%20-%20Constância%20Francisco%20-%20Versão%20Final%20revista%20a%2019-9-2016.pdf>

GONÇALVES, M. Maia - Meios de Prova. **Jornadas de Direito Processual Penal**, O Novo Código de Processo Penal, CEJ. Livraria Coimbra Almedina, 1988. P.191-218.

HENRIQUES, João Paulo Grencha Carreira Nunes - **A obtenção intrusiva da prova e as novas tecnologias: A obtenção da prova por meio de GPS**. [Em linha] Lisboa UAL, 2016 95 p. Dissertação de Mestrado. [Consult.6jun.2017]. Disponível em <http://www.dgsi.pt/bpjl.nsf/83cbe9acef94db5a8025730800549412/2c7541a725b659fd802581010036d00d>

LEITE, André Lamas- As escutas telefónicas – algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respetiva violação. **Separata da RFDUP**, Ano I 2004.

LOPES, Mariana – **Métodos Ocultos de Investigação Criminal - Do registo de voz e/ ou imagem para particulares em especial**. [Em linha] Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2016.30p.Dissertação de Mestrado. [Consult.18 jun.2017]. Disponível em:

<http://repositorio.ul.pt>

MENDES, Paulo de Sousa - **A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido, anteriores ao julgamento**. [Consult.21set.2016]. Disponível em:

http://www.idpcc.pt/xms/files/Noticias_e_Eventos/Sousa_Mendes_Aproveitamento_das_declaracoes_do_arguido_anteriores_ao_julgamento.pdf.

MESQUITA, Paulo Dá - **Processo Penal, Prova e o Sistema Judiciário**. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

MONTE, Mário Ferreira e SANTOS, Margarida - **Posição, Funções Responsabilidade Democrática do Ministério Público no Modelo Processual Penal Português** – algumas considerações. Editora: Universidade do Minho - Departamento de Ciências Jurídicas, 2012.P.168-181.

MORAIS, Alfredo Jorge Miranda – **Depoimento indireto**. [Em linha] Lisboa: UAL 2014. 60 p. Dissertação de Mestrado [Consult.6 jan.2016] Disponível em:

<http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/1854/1/view.php.pdf>

MORÃO, Helena - O efeito-à-distância das proibições de prova no Direito Processual Penal Português, **Revista Portuguesa de Ciência Criminal** Ano 16, nº 4 (outubro – dezembro) de 2006.P.575-620.

OLIVEIRA, Helena Maria Gomes de – **O Segredo de Justiça no Processo Penal Português**. [Em linha] Lisboa: UAL,2016.158p. Dissertação de Mestrado. [Consult.25jun.2017]. Disponível em:

http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/2811/1/Dissertacao_SJUS_20151179_vf2.pdf

PINTO, Emanuel Alcides Romão – **O Ministério Público e Prossecução Criminal, Posição do Ministério Público no Processo Penal Angolano: Uma análise Comparativa com o Processo Penal Português**. [Em linha] Lisboa: UAL 2015.145 p. Dissertação de Mestrado. [Consult. 3 jan. 2017]. Disponível em:

<http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/1880/1/DISSERTAÇÃO%20DE%20MESTRADO%20Emanuel%20Alcides%20Romão%20Pinto.pdf>

PINTO, Sara Isabel Feio – **A Valoração do silêncio do arguido**. [Em linha] Lisboa: UAL, 2014 74.p. Dissertação de Mestrado. [Consult.10 fev. 2016). Disponível em:

<http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/640/1/Sara%20Feio%20-%20Dissertação%20-%20Valorização%20do%20silêncio%20do%20arguido.pdf>

RODRIGO, Santiago - Reflexões sobre as declarações do arguido como meio de prova no CPP de 1987, **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Ano 4, fascículo 1, Janeiro-Março de 1994.P.27-62.

SEIÇA, Alberto Medina de – Legalidade da prova e Reconhecimento atípicos em processo penal: notas à margem de jurisprudência (quase) constante”, **Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias**, organizado por Manuel da Costa Andrade, Coimbra Editora, 2003. P.1390.

TEIXEIRA, Carlos Adérito - Depoimento indireto e arguido: admissibilidade e livre valoração versus proibição de prova, in **Revista do CEJ**, nº 2, 1º semestre, 2005. P135.

TOMÁS, Vivaldino Manuel Guedes – **Provas ilícitas – problemática da sua (in)admissibilidade no Processo Penal**. [Em linha] Lisboa: UAL, 2015.113p. Dissertação de Mestrado. [Consult.2 fev.2017]. Disponível em:

<http://repositorio.ual.pt/handle/11144/2497>

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Escutas telefónicas: da excecionalidade à vulgaridade**. Coimbra: Almedina. 1ª ed. 2005.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Estudos do Direito Penal**, ISBN 978-8973-16-2, 1ª ed. Lisboa 2010.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – **Revistas e buscas**. Coimbra Almedina 2ª ed., 2005.

,