



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

PROVAS ILÍCITAS

PROBLEMÁTICA DA SUA (IN)ADMISSIBILIDADE NO PROCESSO PENAL

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito, especialidade em Ciências
Jurídico-Processuais

MESTRANDO: Vivaldino Manuel Guedes Tomás

ORIENTADOR: Professor Doutor Fernando Silva

Agosto, 2015

AGRADECIMENTOS

A elaboração de uma tese, apesar ser um processo individual, agrupa o contributo de várias pessoas.

Tive o privilégio de contar com o apoio de enumeras pessoas. Sem as quais esta investigação não seria possível.

Ao Professor Doutor Fernando Silva, orientador da dissertação, agradeço a partilha do saber e as valiosas contribuições para o trabalho.

Estou profundamente grato à minha família, pelos incentivos que sempre transmitiram ao longo destes anos. Especialmente a minha mãe Fátima e a minha irmã Jacira, obrigado pelo amor e atenção sem reservas.

Por fim o meu profundo agradecimento aos meus amigos e todas as outras pessoas que de qualquer forma contribuíram para concretização deste trabalho, estimulando-me intelectual e moralmente.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho às pessoas que mais amo na vida

Pelo que representam e transmitem

Pelo apoio total e contínuo

Aos meus pais e à minha irmã

Aos meus filhos

À minha namorada

Aos meus amigos

À minha família

RESUMO

As proibições de prova são um instituto jurídico autónomo que visa tutelar os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos impondo, por essa via, limites à actividade de investigação criminal. Consubstancia, por isso, uma garantia de defesa criminal, com assento constitucional.

A doutrina e a jurisprudência muito têm laborado sobre a sua autonomia jurídica e o regime que lhe deve ser aplicado. Reconduzidas, pelo elemento literal, ao regime de nulidade, verifica-se que este fica aquém da vocação intrínseca das proibições de prova, com importantes consequências ao nível dos seus efeitos práticos, nomeadamente quanto ao efeito-à-distância.

Pela sua relevância jurídica e prática, a matéria das proibições de prova nunca está acabada, constituindo, porventura, o melhor instrumento jurídico ao nível processual para combater e destruir os efeitos da valoração indevida de provas proibidas.

Palavras-Chave

Proibições de prova

Direitos fundamentais

Garantia de defesa

Efeito-à-distância

ABSTRACT

The exclusionary rules are an autonomous body of law that seeks to protect the rights, freedoms and guarantees of citizens by imposing, in this way, limits on criminal activity. They constitute, therefore, a criminal defense guarantee with constitutional base.

The doctrine and jurisprudence have very labored on its legal independence and on the regime that it must be applied. Prolonged, the literal element, the invalidity scheme, it appears that this falls short of the intrinsic vocation of exclusionary rules, with important consequences in terms of its practical effects, particularly regarding the effect-to-distance.

By its legal significance and practical, matter of proof prohibitions is never done, and is perhaps the best legal instrument to the procedural level to combat and destroy the effects of improper valuation of prohibited evidence.

Keywords

Prohibitions proof

Fundamental rights

Defense guarantee

Effect-to-distance

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I – ENQUADRAMENTO DAS PROIBIÇÕES DE PROVA	9
1. Apontamento histórico	9
2. Prova, meios de prova e meios de obtenção de prova.....	12
3. Conceito de proibições de prova	13
4. Natureza jurídica das proibições de prova	14
5. Tipos de proibições de prova: proibição de produção e proibição de valoração.....	15
6. Fontes	17
7. Fundamentos dogmáticos das proibições de prova	18
7.1. Na lei constitucional e lei ordinária.....	18
7.2. No direito penal e direito processual penal	22
8. Fundamentos das proibições de prova.....	24
8.1. Fundamentos político-criminais e axiológico-teleológicos.....	24
8.2. Liberdade de declaração e de depoimento.....	25
9. Sobre as proibições de prova.....	29
9.1. Teoria da esfera jurídica	29
9.2. Teoria dos três graus ou das três esferas	30
9.3. Teoria da ponderação	32
9.4. Teoria da gravidade.....	33
9.5. Teoria de Peters.....	33
9.6. Teoria do fim da protecção da norma.....	34
9.7. Processos hipotéticos de investigação	34
9.8. Teoria da dupla função dos actos processuais	35
9.9. Teoria do direito à autodeterminação informativa	36
9.10. Tese do direito ao domínio da informação	37
10. Análise de alguns modelos de proibições de prova.....	38
10.1. Modelo americano.....	38
10.2. Modelo alemão	41
10.3. Modelo português.....	44
CAPÍTULO II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO DAS PROIBIÇÕES DE PROVA.....	47
1. Proibições de prova e nulidades: delimitação	49
2. Efeitos das proibições de prova.....	55
2.1. Proibição de utilização	55
2.2. Legitimidade para arguir	57

2.3.	Eficácia.....	64
2.4.	O efeito-à-distância	65
3.	Das proibições de prova em especial	67
3.1.	Métodos proibidos de prova: o art. 126º do Código de Processo Penal	67
3.1.1.	Meios enganosos de obtenção de provas em processo penal	76
3.1.2.	Homens de confiança: agentes infiltrados e agentes provocadores.....	78
3.2.	Reproduções mecânicas	80
3.2.1.	Gravações ilícitas	82
3.2.2.	Fotografias ilícitas	84
3.3.	Escutas telefônicas	85
3.4.	Comunicações electrónicas	87
3.5.	Perícias	89
3.5.1.	Natureza jurídica da prova obtida através da análise de ADN	89
3.5.2.	Determinação do perfil genético através de ADN.....	89
3.5.3.	Base de dados genéticos para investigação criminal	92
3.6.	Declarações do arguido, do assistente e das partes civis.....	97
CAPÍTULO III – O EFEITO-À-DISTÂNCIA DAS PROIBIÇÕES DE PROVA		101
CONCLUSÕES.....		108
BIBLIOGRAFIA.....		110
DOCUMENTOS ELETRÓNICOS.....		113

INTRODUÇÃO

O presente trabalho dedica-se ao estudo sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, estendendo-se esta problemática às consequências da produção e/ou valoração de tais provas. Fazendo uma incursão pelo Código de Processo Penal deparamo-nos com terminologia diversa, pelo que é obrigatório recorrer à doutrina e à jurisprudência para enveredar por um dos caminhos possíveis.

O tema releva porquanto os seus efeitos contendem, na prática processual penal, com um dos direitos fundamentais do cidadão – a liberdade, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo esta, por sua vez, estruturante do Estado de Direito. Por este motivo, não é indiferente a opção que nesta matéria se faça. Dela decorrerá a fragilização do nosso Estado de Direito, em especial do catálogo dos direitos, liberdades e garantias, ou, ao invés, um aprofundamento e fortalecimento do nosso Estado de Direito.

As provas ilícitas conduzem-nos, de imediato, às proibições de prova que tanto podem decorrer da sua produção, como da sua valoração. As proibições de prova relevam em sede processual penal mas fundam-se em bens jurídicos axiologicamente relevantes tutelados por normas constitucionais, sob a forma de direitos, liberdades e garantias.

Reconduzidas, pelo elemento literal, directamente ao conceito de nulidade, as proibições de prova poderão ter consequências muito para além do que aquele regime prescreve, nomeadamente quanto ao seu efeito-à-distância, efeito altamente diferenciador e determinante no processo penal, não obstante as excepções que a doutrina e a jurisprudência acolhem neste domínio.

Assim, este estudo dedica-se a conhecer os fundamentos, o regime e os efeitos das proibições de prova para concluir, a final, da (in)admissibilidade das provas ilícitas em processo penal.

O presente trabalho inicia-se com o enquadramento das proibições de prova, que abrange um apontamento histórico, o conceito, os seus fundamentos e fontes. De seguida fazemos uma incursão pelas várias teorias acerca das proibições de prova e apresentaremos três modelos, quanto a esta temática: o americano, o alemão e o português.

Fazemos então o enquadramento das proibições de prova no direito nacional, delimitando-as do regime das nulidades quanto aos seus elementos caracterizadores e efeitos. Abordamos as proibições de prova em especial, apresentando diversos apontamentos sobre alguns meios de obtenção e meios de prova.

Pela sua relevância, dedicamos um ponto autónomo ao efeito-à-distância das proibições de prova, após o que apresentamos as nossas conclusões, se prejuízo de tecermos várias considerações ao longo da exposição.

CAPÍTULO I – ENQUADRAMENTO DAS PROIBIÇÕES DE PROVA

1. Apontamento histórico

A jurisprudência norte-americana¹ e a doutrina alemã² deram um importante contributo para o surgimento das proibições de prova, como mecanismo de prevenção à violação de direitos fundamentais e como limite à descoberta da verdade material em processo penal³, enfatizados pela primeira e pela segunda respectivamente⁴.

Por razões históricas de proximidade e sistematização jurídica, o sistema alemão foi aquele que ordenamento jurídico português mais acompanhou.

Deve-se a BELING⁵ a autonomização do conceito de proibições de prova, assente nas proibições de violação de regras de prova e no seu raciocínio lógico, para as quais tenta estabelecer as consequências processuais e materiais.⁶

A generalidade daqueles conceitos veio dificultar a sua aplicação prática por não permitirem uma adequada diferenciação. Por esse motivo, o labor dogmático centrou-se no estabelecimento das situações em que a violação de uma proibição de prova deve alicerçar uma proibição de valoração da prova obtida.⁷

Todavia, reconheceu-se que as proibições de valoração de prova poderiam advir também de outras situações que não apenas as que consubstanciam violações de regras de obtenção de prova. São as designadas proibições de prova independentes da forma como são produzidas, de que os diários íntimos são exemplo.⁸

A dogmática desenvolvida até então permitiu estabelecer a diferença entre as proibições na recolha de prova destinadas a sancionar o incumprimento das regras de

¹ De que são exemplos os casos *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920), *Nardone v. United States* (1939) e *Murray v. United States* (1988).

² Autores como Grünwald, Wolter, Lafave e Rogall

³ TEIXEIRA, António de Jesus – *Os Limites do Efeito-à-distância nas Proibições de Prova no Processo Penal Português*. Universidade Católica Portuguesa, 2014. p. 13.

⁴ MESQUITA, Paulo Dá – *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*. Coimbra Editora, 2011. p. 270.

⁵ Séculos XIX-XX.

⁶ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 46.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

produção de prova e as proibições de valoração de prova, até porque umas e outras ocorrem em momentos processuais distintos.⁹

A autonomia do instituto das proibições de prova foi reconhecida com fundamento constitucional, e a partir deste entendimento a compreensão de que aquelas proibições decorrem de normas constitucionais que tutelam direitos fundamentais dos cidadãos¹⁰. A autonomização das proibições de valoração de prova alargou o respectivo espectro passando a incluir as proibições de prova decorrentes de ingerências ilegais ou abusivas nos direitos fundamentais¹¹.

Em conclusão, pode afirmar-se que a dogmática das proibições de prova medra essencialmente em torno de duas orientações: a que defende a autonomia das proibições de prova, abstraindo-se das suas consequências jurídico-penais, e a que rejeita aquela autonomia, ou torna-a dependente de recurso, em que as proibições de prova são vistas de acordo com a sua função no processo.¹²

O art. 35º da Constituição da República Portuguesa foi pioneiro¹³ na Europa ao consagrar o direito à autodeterminação informativa¹⁴. Os contributos doutrinários são ainda escassos mas a jurisprudência já vai proferindo algumas decisões¹⁵ neste âmbito. Este regime protectivo dos direitos, liberdades e garantias reflecte-se no próprio regime das proibições de prova, nele incluindo a proibição de utilização. Enquanto teoria, e

⁹ *Idem*, p. 47.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Idem*, p. 48.

¹³ “Artigo 35º (Utilização da Informática)

1. Todos os cidadãos têm direito de tomar conhecimento do que constar de registos mecanográficos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, podendo exigir a rectificação dos dados e a sua actualização.
 2. A informática não pode ser usada para tratamento de dados referentes a convicções políticas, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate do processamento de dados não identificáveis para fins estatísticos.
 3. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.”.
- (versão inicial do Decreto de 10 de Abril de 1976).

¹⁴ Replicado pela lei n.º 10/91, de 29 de abril, já revogado pela lei n.º 67/98, de 26 de outubro, que transpõe a directiva 95/45/CE, de 24 de outubro.

¹⁵ *Vide* Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 182/97 e 241/2002, de 07/05/1997 e 29/05/2002. [Consult. 16 novembro 2014]. Acessíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19970355.html> e <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020241.html> respetivamente. *Vide* também o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03/03/2010, proferido no processo n.º 886/07.8PSLSB.L1.S1. [Consult. 16 novembro 2014]. Acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/25061d49157a048c8025770a002ed7d7?OpenDocument>.

perante a insuficiência das teorias clássicas, esta tese aporta um novo elemento – a proibição de utilização.¹⁶

Em Portugal a discussão das proibições de prova mantém-se em torno da sua autonomia dogmática e jurídica e na sua relação e distinção do regime das nulidades. A doutrina tende a tratar o instituto numa visão estritamente processual, mesmo quando reconhece às proibições de prova uma função protectiva de direitos, liberdades e garantias.¹⁷

Em prol da referida autonomia invoca-se, com CONDE CORREIA, as suas principais características: “(i) a sua não utilização na dimensão de não produção e não valoração; (ii) não taxatividade, decorrente da sua dimensão protectiva dos direitos fundamentais; (iii) conhecimento oficioso; (iv) carácter *erga omnes*, embora limitado ao processo penal; (v) a sua insanabilidade e tendo ainda o efeito-à-distância.”¹⁸.

Enquanto mecanismo de protecção dos direitos fundamentais, as proibições de prova têm necessariamente base constitucional. Assim, a verdade material é aquela que é validamente obtida no processo penal, com respeito pelos referidos direitos, conferindo às proibições de prova o estatuto de limite à actividade de investigação criminal. Pela sua relevância, o legislador conferiu-lhe autonomia dogmática e jurídica relativamente ao regime das nulidades.¹⁹

Como instituto autónomo vocacionado para a defesa dos cidadãos, as proibições de prova comportam duas vertentes de direitos: uma de *facere*, orientada para as garantias de defesa do arguido, apta a sancionar qualquer violação no âmbito da recolha, tratamento ou armazenamento da prova que contenda com os direitos fundamentais deste, e outra de *non facere*, dirigida ao poder estadual, que impõe uma conduta de abstenção por parte das instâncias formais de controlo relativamente a qualquer informação conexcionada com prova proibida.²⁰

¹⁶ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 59.

¹⁷ *Idem*, p. 49.

¹⁸ *Idem*, pp. 49-50.

¹⁹ *Idem*, p. 60.

²⁰ *Idem*, p. 61.

2. Prova, meios de prova e meios de obtenção de prova

Uma nota prévia relativamente a conceitos que envolvem a prova importa deixar.

A prova tem por finalidade a demonstração da realidade dos factos²¹.

Os meios de obtenção da prova são ferramentas de que as autoridades judiciárias dispõem para investigar e recolher prova para o processo²². Atenta a natureza de *ultima ratio* do processo penal, e na ausência de norma expressa, consideramos que há uma tipificação legal dos meios de obtenção da prova²³.

Os “*meios de prova* são os elementos de que o julgador (...) se pode servir para formar a sua convicção acerca dum facto”²⁴. Já estes não se subordinam ao princípio da tipicidade porquanto o art. 125º do Código de Processo Penal expressamente prevê a admissibilidade de todas as provas que a lei não proíba. SOUSA MENDES considera que a liberdade de escolha dos meios de prova é ilusória, porquanto o legislador forneceu um catálogo de meios de prova típicos e estatuiu os respectivos regimes, mas o art. 125º do Código de Processo Penal apenas dá liberdade de escolha, não permitindo que se alterem as regras previstas para os meios de prova já tipificados para criar *novos* meios de prova. “A não tipicidade dos meios de prova que o art. 125.º estabelece respeita apenas a meios de prova não previstos e a não tipicidade dos meios não pode significar liberdade relativamente aos meios já disciplinados”²⁵. Considera, pelo exposto, que a única liberdade é a de escolher, dentro do catálogo, os meios de prova típicos adequados à finalidade pretendida.²⁶

²¹ Vide art. 341º do Código Civil.

²² SILVA, Germano Marques da – *Curso de Processo Penal*, vol. II, 3ª edição. Verbo, 2002. p. 209.

²³ Vide art. 171º e ss. do Código de Processo Penal.

²⁴ VARELA; Antunes; BEZERRA, J, Miguel; NORA, Sampaio e – *Manual de Processo Civil*, 2ª edição. Coimbra Editora, 1985. p. 467.

²⁵ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, p. 140.

²⁶ MENDES, Paulo de Sousa – *As Proibições de Prova no Processo Penal*. Separata de Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais. Coimbra, Almedina, 2004. pp. 135-136.

3. Conceito de proibições de prova

“Os horrores que o processo inquisitório (...) permitiu, demonstram que a busca da verdade não pode ser o fim exclusivo do processo penal. As experiências da inquisição, do nazismo ou de outros regimes totalitários não são para repetir. É hoje inquestionável que a justiça não pode ser alheia ao processo onde é gerada”.²⁷

A lei criou um mecanismo que visa proteger os cidadãos contra violações dos seus direitos. Através dele, as provas obtidas desse modo têm como consequência a impossibilidade de serem admitidas no processo. Por isso, são provas proibidas. A protecção dos direitos fundamentais do cidadão tem como reverso, no âmbito da investigação penal, o sacrifício da verdade mas o inverso seria inadmissível, porquanto a descoberta da verdade não constitui um valor absoluto do ordenamento jurídico. Consequentemente, a verdade não pode ser perseguida a qualquer custo, aniquilando direitos fundamentais; ela apenas pode ser perseguida por meios justos e legalmente admissíveis.²⁸

Neste sentido se pronunciou o Tribunal Constitucional: “Existe um dever ético e jurídico de procurar a verdade material. Mas existe também um outro dever ético e jurídico que leva a excluir a possibilidade de empregar certos meios na investigação criminal. § A verdade material não pode conseguir-se a qualquer preço: há limites decorrentes do dever de respeito pela integridade moral e física das pessoas; há limites impostos pela inviolabilidade da vida privada, do domicílio, da correspondência e das telecomunicações, que só nas condições previstas na lei podem ser transpostos. E existem também regras de lealdade que têm que ser observadas.”²⁹. É a consagração das garantias baseadas na dignidade da pessoa humana.

A expressão *proibição de prova* se deve a BELLING que a utilizou no princípio do século XX. As proibições de prova são, assim, limites à descoberta da verdade material, pelo que são inadmissíveis uma vez que visam protegeres valores extraprocessuais.³⁰

²⁷ CORREIA, João Conde – A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial. *RCEJ*, n.º 4, p. 177.

²⁸ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, pp. 121-122.

²⁹ Acórdão n.º 578/98, de 14/10/1998. [Consult. 16 novembro 2014]. Acessível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980578.html>.

³⁰ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, p. 124.

“(Uma) proibição de prova é um instituto jurídico de cariz constitucional que visa a protecção dos direitos fundamentais e, ao mesmo (tempo), um verdadeiro mecanismo de garantia de defesa dos cidadãos”³¹.

4. Natureza jurídica das proibições de prova

A Constituição da República Portuguesa consagrou a proibição de “provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”³². Não obstante, a descoberta da verdade material esbarra com diversos limites impostos pela “dignidade da pessoa humana”³³ assente nos princípios estruturantes do “Estado de direito democrático”³⁴. As proibições de prova estão, assim, consagradas como garantia dos direitos fundamentais e, simultaneamente, como limites à descoberta da verdade material, entendendo-se esta como aquela que é lícitamente adquirida para o processo³⁵.

A protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos foi integrada no ordenamento jurídico português através da Constituição da República Portuguesa de 1976 e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. A dignidade da pessoa humana passou a servir de orientação para fundamentar a liberdade, que molda o núcleo central das provas proibidas no sistema processual penal português. Assim, as normas probatórias garantem a protecção dos direitos fundamentais do arguido, decorrentes da garantia constitucional referida.³⁶

Nesta medida, o regime constitucional e legal das proibições de prova constitui um verdadeiro limite à descoberta da verdade material, já que, sendo a prova a essência e a condição do processo penal, ela só poderá ser obtida com respeito pela dignidade da pessoa humana.³⁷

³¹ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 60.

³² *Vide* art. 32º, n.º 8.

³³ *Vide* art. 1º.

³⁴ *Vide* art. 2º.

³⁵ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 15.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Idem*, p. 16.

Assim, serão proibidas as provas consideradas intoleráveis por violarem direitos fundamentais dos cidadãos, independentemente de o legislador referir expressamente a proibição de valoração ou a nulidade, porque em muitos preceitos a estatuição da nulidade significa como proibição de valoração³⁸.

5. Tipos de proibições de prova: proibição de produção e proibição de valoração

A teoria da esfera jurídica lançou a discussão em torno dos tipos de proibição de prova. “Esta teoria, construída a partir da resolução de casos controversos de admissibilidade de recursos que tenham por base a produção de provas proibidas, defende que esse recurso só será admissível se a produção da prova que estava vedada afectasse a esfera jurídica do indivíduo.”³⁹. Todavia esta teoria⁴⁰ não colhe no ordenamento jurídico português em virtude de o recurso ser um mecanismo de reacção tanto para vícios substanciais, como processuais⁴¹.⁴²

GERMANO MARQUES DA SILVA distingue quatro tipos de proibições de prova: factos que não podem ser objecto de prova (por exemplo, factos que constituam segredo de Estado⁴³), inadmissibilidade de certos meios de prova (por exemplo, leitura proibida de declarações⁴⁴), métodos de investigação inadmissíveis ou proibições de métodos de prova (por exemplo, utilização da força⁴⁵) e ilegitimidade do ordenante ou autor da prova ou, também designadas, proibições relativas de prova (por exemplo, apreensão de correspondência⁴⁶).⁴⁷

JESUS TEIXEIRA diferencia, no âmbito das proibições de prova, as proibições de produção de prova e as proibições de valoração de prova. As primeiras subdividem-se em proibições de tema de prova (certos factos não podem ser objecto de prova como,

³⁸ DIAS, Maria do Carmo Silva – Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial. *RCEJ*, n.º 3, pp. 180-182.

³⁹ MEIREIS, Manuel Augusto Alves – *O Regime das Provas Obtidas pela Provocação*. Coimbra, Almedina, 1999. p. 224.

⁴⁰ Outras teorias versaram sobre este tópico mas, por opção de exposição, serão referidas aquando da exposição das mencionadas doutrinas.

⁴¹ Vide art. 399º do Código de Processo Penal.

⁴² MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *op. cit.*, pp. 224-225.

⁴³ Vide art. 137º, n.º 2, do Código de Processo Penal.

⁴⁴ Vide art. 356º do Código de Processo Penal.

⁴⁵ Vide art. 126º, n.º 2, do Código de Processo Penal.

⁴⁶ Vide art. 179º do Código de Processo Penal.

⁴⁷ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, p. 125.

por exemplo, factos abrangidos pelo segredo de Estado), proibições de métodos de prova (certos métodos de prova não podem ser utilizados como, por exemplo, testemunhas não esclarecidas sobre a faculdade de recusar depoimento⁴⁸), proibições relativas de prova (a legitimidade para obter certa prova pertence apenas a certas pessoas como, por exemplo, as escutas telefónicas só podem ser ordenadas ou autorizadas pelo juiz de instrução⁴⁹) e proibições de meios de prova (certos meios de prova são proibidos como, por exemplo, o reconhecimento feito por fotografia, filme ou gravação sem as formalidades previstas no art. 147º, n.º 2, do Código de Processo Penal⁵⁰). Quanto às proibições de valoração de prova, o autor distingue entre proibições dependentes e proibições independentes, consoante aquelas se fundem numa proibição de produção de prova ou numa violação da Constituição da República Portuguesa respectivamente.⁵¹

SOUSA MENDES também distingue, nas proibições de prova, as proibições de produção de prova e as proibições de valoração da prova. As primeiras abrangem os temas de prova proibidos, os meios de prova proibidos e os meios proibidos de obtenção de prova. As últimas abrangem “a invalidade do ato processual como consequência da valoração indevida das provas”⁵², as garantias de defesa tendentes a declarar a ineficácia do ato processual inválido e o efeito-à-distância das proibições de valoração da prova. Entre os temas proibidos de prova estão, por exemplo, os factos compreendidos no segredo de Estado⁵³. Os meios de prova proibidos são, por exemplo, o testemunho de ouvir dizer⁵⁴ e a reprodução de vozes ou rumores públicos⁵⁵. Os meios de obtenção de prova são, por exemplo, escutas telefónicas não ordenadas ou autorizadas pelo juiz⁵⁶. Proibida é a valoração, por exemplo, de conhecimentos fortuitos relativamente a crimes fora do catálogo^{57 58}.

Embora com designações não totalmente coincidentes, os autores referem-se às mesmas realidades.

⁴⁸ Vide art. 134º, n.º 2, do Código de Processo Penal.

⁴⁹ Vide art. 187º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

⁵⁰ Vide art. 147º, n.º 5, do Código de Processo Penal.

⁵¹ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, pp. 20-21.

⁵² *Op. cit.*, p. 134.

⁵³ Vide art. 137º e 182º do Código de Processo Penal.

⁵⁴ Vide art. 129º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

⁵⁵ Vide art. 130º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

⁵⁶ Vide art. 187º do Código de Processo Penal.

⁵⁷ Vide art. 187º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

⁵⁸ *Op. cit.*, pp. 134-144.

Em síntese, as proibições de produção de prova referem-se às interdições de formar certa prova que a lei proíbe. Dentro destas, as proibições absolutas abrangem a prova que jamais poderá ser carreada para o processo (corresponde às proibições que não podem ser objecto de prova e às proibições de tema de prova mencionadas pelos autores); as proibições relativas abrangem a prova que não poderá ser levada ao processo, senão em determinadas circunstâncias legalmente previstas⁵⁹; as proibições dos métodos de prova correspondem aos meios inadmissíveis de obtenção de prova; e, por fim, as proibições de meios de prova referem-se aos *tipos* de provas não admitidas em processo penal.

Por sua vez, as proibições de valoração de prova correspondem à impossibilidade legal de considerar a prova já carreada para o processo para fundamentar a condenação.

Em qualquer circunstância, as provas proibidas abrangem inequivocamente a proibição da sua produção e a proibição da sua valoração, nos termos do art. 126º, n.º 1, 3 e 4, este *a contrario sensu*, do Código de Processo Penal.

6. Fontes

As proibições de prova foram umas das instituições mais relevantes no ordenamento processual penal após a Constituição da República Portuguesa de 1976. Basilares do processo penal, as proibições de prova estão hoje consagradas de forma autónoma⁶⁰, encontrando-se várias expressões concretas na lei processual penal: por exemplo, proibições relativas a métodos de prova⁶¹, depoimento indirecto⁶², reproduções mecânicas⁶³, escutas telefónicas⁶⁴ e proibições de valoração de provas⁶⁵.⁶⁶

⁵⁹ Neste sentido, CONDE CORREIA, *op. cit.*, p. 189.

⁶⁰ *Vide*, por exemplo, art. 118º, n.º 3, do Código de Processo Penal.

⁶¹ *Vide* art. 126º do Código de Processo Penal.

⁶² *Vide* art. 129º do Código de Processo Penal.

⁶³ *Vide* art. 167º do Código de Processo Penal.

⁶⁴ *Vide* art. 187º e ss. do Código de Processo Penal.

⁶⁵ *Vide* art. 355º do Código de Processo Penal.

⁶⁶ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. Reimpressão. Coimbra Editora, 2013. pp. 11-12.

A este respeito, convocam-se a dignidade da pessoa humana e a integridade moral constitucionalmente consagradas⁶⁷, assim como certos direitos, liberdades e garantias: direito à imagem, direito à palavra e direito à reservada da intimidade da vida privada e familiar⁶⁸ ou a inviolabilidade do domicílio, da correspondência e das telecomunicações⁶⁹, os quais beneficiam da disciplina garantística vertida no art. 18º da Constituição da República Portuguesa. E ainda a ilicitude material de várias condutas associadas ao regime processual das proibições de prova. Por exemplo, gravações e fotografias ilícitas⁷⁰, devassa na vida privada⁷¹, violação do segredo de correspondência e telecomunicações⁷² e violação de segredo^{73, 74}.

A nível internacional impõe-se referir a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, os quais serão referenciados ao longo do texto.

Uma última referência, no âmbito das fontes, é devida à doutrina e à jurisprudência.⁷⁵

7. Fundamentos dogmáticos das proibições de prova

7.1. Na lei constitucional e lei ordinária

Para melhor compreender a temática em análise, importa ter presente as dissemelhanças legais, doutrinárias e jurisprudenciais.

A matéria de proibições de prova é tão controversa que GÖSSEL propôs substituir a expressão *proibição de prova* por *investigação proibida de factos*. AMELUNG sugeriu a substituição das designações *proibição de produção de prova* e *proibição de valoração de prova* por *proibição de produção de informação* e *proibição*

⁶⁷ Vide art. 1º e 25º respectivamente.

⁶⁸ Vide art. 26º da Constituição da República Portuguesa.

⁶⁹ Vide art. 34º da Constituição da República Portuguesa.

⁷⁰ Vide art. 199º do Código Penal.

⁷¹ Vide art. 192º do Código Penal.

⁷² Vide art. 194º do Código Penal.

⁷³ Vide art. 195º do Código Penal.

⁷⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, pp. 13-14.

⁷⁵ *Idem*, p. 16.

de valoração da informação, acrescentando uma categoria autónoma designada por *proibição de conservação da informação*. De facto, ainda não estava erigido o edifício dogmático sobre as proibições de prova.⁷⁶

Outra questão prende-se com o facto de saber se a proibição de produção de prova acarreta a proibição de valoração dessa mesma prova.⁷⁷ No ordenamento jurídico-positivo, constata-se a coexistência de soluções distintas acolhidas pela Constituição da República Portuguesa e pela lei ordinária, como sucede com o regime das escutas telefónicas, carente de autorização ou validação judicial, em relação às outras formas de agressão dos direitos fundamentais de reserva da intimidade da vida privada e da inviolabilidade da correspondência e das telecomunicações.⁷⁸

Tendo em conta o princípio da ponderação de interesses que perpassa toda a problemática das proibições de prova, importa definir a medida tolerável do sacrifício dos direitos individuais no âmbito da produção e valoração da prova⁷⁹, uma vez que a proibição de valoração só é ponderável quando um direito pessoal e fundamental do cidadão está em confronto com o dever estadual de perseguição penal⁸⁰. A garantia ilimitada dos direitos individuais de liberdade, no âmbito do processo penal, conduziria à não realização da justiça penal, por via do impedimento ou paralisação do próprio processo penal⁸¹. ROGALL sintetiza esta ideia afirmando que as proibições de prova surgem como forma de protecção dos direitos individuais contra a actividade estadual de perseguição criminal, fazendo prevalecer aqueles sobre esta⁸². Nesta ponderação existem quatro variáveis cuja densificação operará no caso concreto: o interesse na punição, o grau de gravidade da violação legal, a dignidade de tutela jurídica e, *last but not least*, a carência de tutela por parte do interesse lesado. É a partir daquela ponderação que será possível alcançar o enquadramento dogmático adequado das proibições de prova.⁸³

Apesar de maioritariamente apoiada, esta doutrina não é pacificamente aceite entre a doutrina. Os seus opositores alegam a falta de adequação dogmática, concretizada numa incorrecção axiológico-material e normativa, e a impertinência da sua fundamentação e enquadramento jurídico-constitucional, considerando que a

⁷⁶ *Idem*, pp. 22-23.

⁷⁷ *Idem*, p. 26.

⁷⁸ *Idem*, p. 27.

⁷⁹ *Idem*, p. 28.

⁸⁰ *Idem*, p. 29.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Apud* COSTA ANDRADE, *idem*, p. 33.

⁸³ Neste sentido, COSTA ANDRADE, *idem*, pp. 33-34.

mencionada doutrina da ponderação, com o sentido e alcance indicados, colidem com princípios elementares de organização e funcionamento do Estado de Direito e, por isso, aquela só seria compreensível numa percepção do direito muitíssimo direccionado para as consequências e, portanto, indiferente à legitimação substantiva e *a latere* de fundamento ético-axiológico.⁸⁴

Desde logo questiona-se se a recondução das proibições de prova ao modelo de ponderação em que o interesse punitivo é sempre uma variável em presença⁸⁵. No âmbito das gravações ocultas, SCHMITT defendeu que o interesse estadual de perseguição criminal jamais pode prevalecer sobre a tutela do direito de personalidade dos cidadãos. Assim, valorar, ainda que excepcionalmente uma prova proibida num caso concreto, é criar o precedente para a valoração generalizada, no caso, de gravações ocultas⁸⁶.

Ao contrário do que propugna o princípio da procura incondicional da verdade, SYDOW defende que a actividade probatória, susceptível de contender com direitos individuais, carece de legitimação. A “disciplina normativa da realização da prova em processo penal exprime-se prevalentemente pela via da permissão, só excepcionalmente revestindo a forma de proibição.”⁸⁷. Contudo, em oposição, reconhece-se o primado da liberdade do cidadão em relação à liberdade dos órgãos de investigação criminal, assente no princípio da reserva de lei.⁸⁸

Segundo GRÜNWALD, começou a dominar a ideia de que, na doutrina do direito do Estado, aceita-se a diluição de princípios jurídico-constitucionais num sistema mutável de valores a ponderar entre si. Ao invés do que defende a doutrina da ponderação, a protecção de uma justiça criminal eficaz não pode ser elemento da concepção de Estado de Direito. Até então, o princípio do Estado de Direito constituía um limite intransponível à concretização dos interesses do Estado e da própria comunidade.⁸⁹

O Tribunal Constitucional alemão reconheceu o interesse da perseguição criminal como um elemento a ponderar à luz do princípio do Estado de Direito, em paralelo com os direitos individuais do arguido. Desta forma, a perseguição criminal e os direitos fundamentais do cidadão arguido são colocados ao mesmo nível.

⁸⁴ *Idem*, p. 34.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Apud* COSTA ANDRADE, *ibidem*.

⁸⁷ *Idem*, p. 22.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Apud* COSTA ANDRADE, *idem*, p. 35.

Consequentemente, os princípios próprio do Estado de Direito são relativizados e tornam-se disponíveis na realização da já mencionada ponderação.⁹⁰

Todavia HASSEMER e WOLTER amparam as teses de que os princípios e valores relativos às proibições de prova são indisponíveis e, como tal, estão subtraídos à doutrina da ponderação. Esta visão não advém do regresso do jusnaturalismo tradicional que concebe a existência de um direito suprapositivo, mas apenas decorre do abandono da crença de aquele vigora intemporal e transculturalmente. Também assim no direito penal e no processo penal em que os respectivos princípios não podem ficar sujeitos à “lógica planificadora e homogeneizadora”⁹¹ da ponderação de bens jurídicos orientada para as suas consequências⁹². A não ser assim, a violação de bens e princípios fundamentais é legitimada pela doutrina da ponderação.⁹³

Na mesma linha de pensamento, WOLTER considera que todas as situações susceptíveis de ofender a dignidade humana não podem ser ponderáveis em nome de uma justiça penal eficaz. De outro modo, na criminalidade mais grave, a ponderação dos interesses em presença conduziria sistematicamente à frustração da tutela, e portanto à não tutela, dos direitos fundamentais. Qualquer finalidade visada pela actividade estadual de investigação penal, está necessariamente limitada pela dignidade humana, garantia dos direitos individuais⁹⁴. Assim, a jurisprudência constitucional parece ser indevidamente fundamentada quando se apoia na admissibilidade de restrições aos direitos fundamentais do cidadão exclusivamente assente no facto de a lei ordinária, *per se*, poder legitimá-las, quer por via do que expressamente consagra, quer por via do que não sanciona.⁹⁵

ARZT constata, a este propósito, “uma lamentável sobrevalorização do interesse público do Estado na perseguição penal e reflexamente como uma subvalorização do interesse público numa investigação que respeite os direitos da personalidade do arguido”⁹⁶.

O que acaba de se expor revela a tensão permanente e inevitável, entre o dever de perseguir penalmente os criminosos e o dever de abstenção de lesão de direitos de personalidade dos cidadãos, *maxime* dos arguidos. A prova terá que corresponder à

⁹⁰ *Idem*, pp. 35-36.

⁹¹ *Idem*, p. 37.

⁹² HASSEMER *apud* COSTA ANDRADE, *ibidem*.

⁹³ *Idem*, pp. 36-37.

⁹⁴ WOLTER *apud* COSTA ANDRADE, *idem*, p. 38.

⁹⁵ *Idem*, pp. 38-39.

⁹⁶ *Idem*, p. 40.

verdade processual, em detrimento da verdade *real* ou material. Por isso, concordamos que está aqui em causa, não a prova propriamente dita, mas a legalidade da prova, que não comporta, necessariamente, meios enganosos de prova⁹⁷. E a legalidade da prova hoje não é, obrigatoriamente, a mesma de antes, nem a que virá⁹⁸, porquanto as sociedades constituem realidades mutáveis e com elas muda também a visão dos valores que lhes estão subjacentes, dispostos numa hierarquia que as mesmas elegem.

É esta legalidade da prova que condiciona não só os agentes de investigação criminal, como os próprios julgadores que, na sua liberdade de decisão, não podem deixar de ser objectivos na apreciação daquela uma vez que também o tribunal tem o dever de alcançar a verdade material através da investigação dos factos em apreciação.⁹⁹ A legalidade da prova pressupõe, assim, uma lealdade que simultaneamente inspira e se impõe através das normas processuais penais e que parece servir de critério delimitativa das *permissões* e das proibições de prova. A lealdade na actividade probatória penal é, nesta ótica, o fundamento das proibições de prova, que marca a fronteira entre o espaço de livre investigação, onde se realiza a perseguição penal estadual, e o espaço onde a aquela investigação não é permitida, em obediência aos direitos de personalidade dos indivíduos.

7.2. No direito penal e direito processual penal

A relação estreita entre o direito material penal e o direito processual penal supõe uma coerência apta a aplicar o modelo jurídico consagrado pelo legislador. Todavia, isso nem sempre acontece, nomeadamente quanto ao “princípio da inadmissibilidade processual dos meios de prova estigmatizados com a censura da ilicitude material”¹⁰⁰ e, inversamente, quanto à “irrestrita admissibilidade dos meios de

⁹⁷ SOUSA, Susana Aires de – *Agent Provocateur* e Meios Enganosos de Prova. Algumas Reflexões. In *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Org. Manuel da Costa Andrade. Coimbra. Coimbra Editora, 2003. pp. 1207-1208.

⁹⁸ *Idem*, p. 1208.

⁹⁹ *Idem*, p. 1210.

¹⁰⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 40.

prova que escapam (...) à ilicitude material”¹⁰¹, que o art. 167º do Código de Processo Penal já reflecte.¹⁰²

Neste âmbito, não se confirma o primado absoluto do direito substantivo sobre o direito processual, postergando, desta forma, a “hierarquização lógica, normológica e normativa” que lhe está subjacente.¹⁰³

Por outro lado, sendo o direito penal um direito de *ultima ratio* ele assume-se, necessariamente, como fragmentário e descontínuo, pelo que a ilicitude penal corresponde a uma ilicitude qualificada face a outras manifestações de ilicitude e antinormatividade. Cabem aqui os casos de ilegalidade que, não cumprindo os requisitos da ilicitude penal, são processualmente inadmissíveis dando origem a proibições de prova. Por exemplo, manifestações de ilicitude disciplinar ou contraordenacional.¹⁰⁴

As valorizações feitas no âmbito do direito penal substantivo e do direito penal processual podem ocorrer ou, pelo menos, referir-se a tempos distintos, podendo implicar uma alteração dos interesses ou valores conflituantes. Daí que seja necessário inverter o sentido do juízo de (i)licitude material dos meios de prova, cuja admissibilidade processual importa examinar no caso concreto. Este método é particularmente reivindicado em meios de prova como as gravações, fotografias, filmes, diários e segredos, cuja valoração traduz a danosidade social e a agressão de bens jurídicos tutelados, entretanto já consumada com a respectiva produção, com ou sem o consentimento do seu titular. Por isso OTTO alerta que o perigo do desrespeito da dignidade humana pela valoração de prova proibida pode conduzir à valoração de meio de prova obtido lícitamente, quando a situação dos interessados no momento da obtenção e da valoração do meio de prova seja conflituante^{105 106}.

A almejada coerência entre o direito penal e o processo penal há-de reflectir-se nos seus principais enunciados, assentando um deles na “tese da inadmissibilidade generalizada dos meios de prova que corporizem um ilícito material substantivo”¹⁰⁷. Num Estado de Direito não é tolerável a utilização de provas obtidas de modo ilícito, sob pena de o próprio Estado ficar *deslegitimado* no cumprimento ético da perseguição

¹⁰¹ *Idem*, p. 41.

¹⁰² *Idem*, pp. 40-41.

¹⁰³ *Idem*, p. 41.

¹⁰⁴ *Idem*, pp. 41-42.

¹⁰⁵ *Apud* COSTA ANDRADE, *idem*, pp. 42-43.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 43.

penal que lhe compete. O “Estado cairá em contradição normativa e comprometerá a legitimação da própria pena se, para impor o Direito, tiver que recorrer, ele próprio, ao ilícito criminal”¹⁰⁸.

Por isso, SYDOW afirmou que a inadmissibilidade de provas obtidas de modo ilícito (por particulares) confere maior segurança jurídica do que os juízos casuísticos de ponderação, pois estes apelam à admissibilidade de valoração das provas ilicitamente obtidas com base na gravidade da suspeita do facto ou na gravidade da agressão, preterindo os direitos do arguido como fundamento da *não-valorção* daquelas provas^{109 110}.

Contudo, nos tempos hodiernos, esta posição genérica e rígida estaria isolada, porquanto é maioritariamente acolhida a tese da admissibilidade de princípio dos meios de prova que consubstanciam ilícitos penais, pelo menos quando a responsabilidade penal recai sobre os particulares que oferecem as provas assim obtidas, e já não quando decorra da intervenção estatal por intermédio dos agentes de investigação. A favor desta tese, afirma-se que as normas processuais relativas às proibições de prova dirigem-se às autoridades do processo, e não aos particulares. Todavia importa apreciar cuidadosamente o valor probatório das provas assim obtidas por particulares. Numa perspectiva material-teleológica, OTTO defende que a obtenção de prova conseguida de forma ilícita não impede, por via de regra, que seja utilizada em processo penal.¹¹¹

8. Fundamentos das proibições de prova

8.1. Fundamentos político-criminais e axiológico-teleológicos

Ao conceito e ao regime das proibições de prova subjaz a existência de limites inultrapassáveis, ou absolutos, perante a busca da verdade em processo penal, fruto de uma nova ordem constitucional baseada e direccionada para os direitos fundamentais dos cidadãos, em especial a intangível dignidade da pessoa humana e a liberdade

¹⁰⁸ *Idem*, p. 15.

¹⁰⁹ *Apud* COSTA ANDRADE, *idem*, p. 43.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Idem*, pp. 44-45.

fundamental de acção que lhe é imanente. Por isso, o sistema penal, substantivo e processual, não pode resolver as suas carências ou dificuldades à custa da desconsideração do valor autónomo da pessoa humana.¹¹²

As proibições de provam evidenciam a actualização da consciência de que o processo penal, enquanto operador de interesses de indiscutível dignidade e preordenado à protecção dos bens jurídicos fundamentais para a comunidade, implica a compressão e o sacrifício de valores de igual dignidade. GÖSSEL chama a atenção para o facto de a realização da justiça pelo Estado de Direito não pode resultar no seu contrário, isto é, na denegação da própria justiça por via da violação da dignidade da pessoa humana ou de outros princípios do Estado de Direito.¹¹³

8.2. Liberdade de declaração e de depoimento

A liberdade de declaração é um direito de todos os sujeitos processuais em processo penal, mas é relativamente ao arguido que ela assume maior preponderância. Esta liberdade comporta duas vertentes: uma positiva e outra negativa. Na sua dimensão positiva, aquela liberdade concede ao arguido um direito ilimitado de intervenção e declaração em favor da sua defesa. Este direito implica que o arguido possa ter, efectivamente, a oportunidade de se pronunciar sobre os factos que lhe são imputados. Na sua dimensão negativa, a liberdade de declaração consubstancia um verdadeiro direito de defesa contra o Estado, impedindo assim a obtenção de declarações auto-incriminatórias por meios enganosos ou por coacção. Esta é precisamente a ideia expressa pelo brocardo latino *nemo tenetur se ipsum accusare*. Assim, o arguido não pode ser falaciosamente induzido a auto-inculpar-se ou a contribuir para a sua própria condenação, nomeadamente recolhendo prova incriminatória para o processo. O exposto vale tanto para os factos relativos a determinação da culpa, como para os que respeitam à determinação da medida da pena. Por isso, o arguido não está adstrito a um dever de colaboração e, muito menos, a um dever de verdade.¹¹⁴

¹¹² *Idem*, pp. 117-118.

¹¹³ *Idem*, p. 119.

¹¹⁴ *Idem*, pp. 120-121.

A inexistência do dever de verdade para o arguido não corresponde à consagração, ou sequer aceitação, do direito a mentir¹¹⁵. Recordando CASTANHEIRA NEVES, “o que (...) ninguém hoje exige (...), superadas que foram as atitudes degradantes do processo inquisitório (a recusar ao réu a qualidade de sujeito do processo e a vê-lo apenas como meio e objecto de investigação), é o heroísmo de dizer a verdade auto-incriminadora.”¹¹⁶.

Do exposto já decorre que importante é assegurar que qualquer participação do arguido, no sentido da sua própria incriminação, seja livre e consciente. E desta forma, o arguido é tido como um verdadeiro sujeito processual e isso só acontece quando aquele, de modo livre e responsável, gere as suas declarações, sem estar sujeito a qualquer coerção quanto a pronunciar-se ou sobre o modo como o deve fazer.¹¹⁷

O princípio *nemo tenetur*, já identificado na Magna Carta¹¹⁸, foi acolhido no direito inglês na segunda metade do século XV e na constituição americana no século seguinte. O seu *Fifth Amendment* consagra hoje que “*No person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law*”¹¹⁹. O referido princípio tornou-se mais abrangente após a decisão do *Supreme Court*, passando a conter deveres especialmente rigorosos de esclarecimento e advertência quanto aos direitos do arguido. O mesmo princípio foi incluído na generalidade dos instrumentos internacionais de protecção dos direitos do Homem, entre os quais se destaca o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966^{120 121}.

No panorama processual penal português, o acolhimento do referido princípio é incontroverso. Desde logo através da consagração constitucional de valores e direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana¹²², a liberdade¹²³ e a presunção de inocência¹²⁴, considerados a matriz jurídico-constitucional do princípio *nemo tenetur*. Também o art. 32º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, comina com a

¹¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo – *Direito Processual Penal*. Reimpressão. Coimbra Editora, 2004. p. 450.

¹¹⁶ NEVES, António Castanheira – *Sumários de Processo Criminal*. Coimbra, 1968. Livro fotocopiado. pp. 175-176.

¹¹⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, pp. 121-122.

¹¹⁸ Século XIII.

¹¹⁹ Acessível em http://www.law.cornell.edu/constitution/fifth_amendment. [Consult. 2 novembro 2014].

¹²⁰ Vide art. 14º, n.º 3, alínea g): “Qualquer pessoa acusada de uma infracção penal terá direito, em plena igualdade, pelo menos às seguintes garantias: (...) A não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada.”

¹²¹ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, pp. 123-124.

¹²² Vide art. 1º.

¹²³ Vide art. 27º, n.º 1.

¹²⁴ Vide art. 32º, n.º 2.

nulidade as provas mediante a violação de certos direitos fundamentais. As provas assim obtidas desrespeitam o referido princípio, considerando-se violação especialmente qualificadas na medida em que transformam o arguido em mero objecto, que será usado contra si próprio, no processo penal em que é imperativo garantir a liberdade plena e a auto-responsabilidade.¹²⁵

O Código de Processo Penal, por sua vez, assegura ao arguido o direito absoluto ao silêncio¹²⁶, corolário do princípio que vimos abordando. Este direito é reforçado pela imposição às autoridades judiciais e aos órgãos de polícia criminal do dever de esclarecimento dos direitos que assistem ao arguido sempre que este deva prestar declarações¹²⁷. A eficácia normativa das normas que estabelecem aquele dever é garantida pela proibição de valoração das provas obtidas com inobservância daquelas^{128 129}.

Muitas vezes é difícil distinguir o estatuto do arguido enquanto sujeito processual e o estatuto daquele enquanto objecto das medidas de coacção ou meio de prova. Esta dicotomia remete-nos para a distinção entre “uma actividade ou acção *positiva* e o mero tolerar *passivo* de uma actividade de terceiro”¹³⁰, que acarreta a constatação de algumas limitações. Efectivamente o arguido pode ser instrumento da própria condenação quando adopta uma conduta activa, voluntária e livre, mas também quando, contra a sua vontade, tem que tolerar que a sua própria integridade física seja atingida e utilizada como meio de prova. Todavia, dificilmente se compreende por que é que a dignidade da pessoa humana do arguido só é afectada quando este é forçado a agir e não quando é obrigado a permitir uma acção alheia, ficando num verdadeiro estado de sujeição. Ao invés, a distinção entre a conduta positiva e a condição de sujeição torna-se evidente quando, por meio de coacção ou de engano, se obtêm declarações auto-incriminadora do arguido ou quando se põe em causa o respectivo direito ao silêncio e a significação do seu exercício. Por isso, é hoje consensual a tese que, por um lado, protege as declarações do arguido através do mecanismo da proibição de valoração e, por outro, impede a valoração do silêncio daquele.¹³¹

¹²⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, pp. 125-126.

¹²⁶ *Vide* art. 61º, n.º 1, alínea d).

¹²⁷ Veja-se, por exemplo, os art. 58º, n.º 2, 61º, n.º 1, alínea g), 141º, n.º 4, alíneas a) e b), e, ainda, 343º, n.º 1, todos do Código de Processo Penal.

¹²⁸ *Vide* art. 58º, n.º 5, e 126º, n.º 1, ambos do Código de Processo Penal.

¹²⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 126.

¹³⁰ *Idem*, p. 127.

¹³¹ *Idem*, pp. 127-128.

Contudo nem sempre foi assim. LUÍS OSÓRIO defendeu a possibilidade de o réu optar pelo silêncio, ficando calado ou recusando-se a responder, mas não poderia evitar que o juiz valorasse aquele silêncio ou aquela recusa. Hoje, esta teoria seria inaceitável porque o silêncio deve ser entendido como uma ausência de resposta, estando por isso subtraído à livre apreciação da prova.¹³²

Na súmula de KÜHL, se o arguido exercer o seu direito ao silêncio, o tribunal apenas pode valorar os demais meios de prova no processo. Para efeitos de valoração de prova, o silêncio constitui um *nullum* jurídico”¹³³, sendo, por isso, insusceptível de produzir quaisquer efeitos jurídicos.¹³⁴

A questão poderia ser mais complexa quanto à identificação e reconhecimento compulsivos de pessoas, caso não dispuséssemos do art. 147º do Código de Processo Penal. Não obstante, a doutrina considera que aquele preceito legal não contém a solução jurídica para todos os problemas que envolvem toda esta temática e, por isso, as soluções terão que ser encontradas, sempre com total respeito pelo princípio de que “*toda o atentado à liberdade dos cidadãos carece de expressa legitimação legal*”¹³⁵.¹³⁶

Todavia, na Alemanha, na ausência de preceito legal similar, a matéria é controversa. De um lado, tem-se entendido que o arguido não pode não pode ser forçado a enfrentar uma testemunha com vista à sua identificação e, muito menos, quando o identificador não pode ser visto pelo identificado. Esta posição extrema-se quando o próprio reconhecimento impõe ao arguido certas medidas como, por exemplo, cortar o cabelo ou manter os olhos abertos. O Tribunal Constitucional Federal alemão e o Tribunal Federal alemão têm, na falta de norma expressa e socorrendo-se da interpretação por analogia, decidido que o arguido deve sujeitar-se àquelas medidas, uma vez que “não foram (...) coagidos a uma actividade positiva e voluntária, mas apenas forçados a pôr termo à desobediência ilícita ao dever, que sobre eles impendia, de uma tolerância passiva”¹³⁷.¹³⁸

A tese exposta é, contudo, criticada por assentar exclusivamente no critério de distinção entre acção e omissão, porquanto não é pacífico o entendimento de que a imposição de adopção de determinada expressão facial seja considerada uma mera

¹³² *Apud* COSTA ANDRADE, *idem*, p. 128.

¹³³ *Apud* COSTA ANDRADE, *idem*, p. 129.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ *Idem*, p. 130.

¹³⁶ *Idem*, pp. 129-130.

¹³⁷ *Idem*, p. 130.

¹³⁸ *Idem*, pp. 129-130.

sujeição. Além do mais, refuta-se o recurso à interpretação por analogia com normas que, por serem privativas de certo regime, estão sujeitas a uma interpretação restritíssima¹³⁹, que interpretamos como sendo uma norma especial. Por fim, diga-se que o princípio *nemo tenetur* é unidireccional e unívoco pelo que não é afectado nem pelas várias fases processuais, nem pela intervenção de instâncias distintas, sendo a sua validade transversal e vinculando todas as autoridades judiciárias e, por maioria de razão, todos os órgãos de polícia criminal.¹⁴⁰

Entre nós, parece-nos que, se a admissibilidade da prova passar no crivo legal, sendo este compatível com os direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados, deve aceitar-se que ao arguido possa ser imposta uma ação ou um estado de sujeição, sempre com respeito pelos limites legais e constitucionais, e pela intervenção residual do direito penal.

9. Sobre as proibições de prova

Nos primeiros estudos dedicados às proibições de prova, onde se incluiu BELING, aquele conceito reconduzia-se única e exclusivamente às proibições de aquisição de prova. O conceito evoluiu e as proibições de prova passaram a abranger a proibição de aquisição de prova e a proibição de valoração de prova. Mais recentemente, surgiu uma nova perspectiva que engloba também a proibição de utilização de prova.¹⁴¹

9.1. Teoria da esfera jurídica

A teoria da esfera jurídica, ou também designada por teoria do âmbito de direitos de origem jurisprudencial, foi construída pelo *Bundesgerichtshof* e acolhida pela jurisprudência durante algum tempo. A sua aplicação dependia de um recurso por via do

¹³⁹ *Idem*, p. 131.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 33.

qual se demonstrava ter havido, em sede de produção de prova, a violação de uma norma destinada a tutelar a esfera jurídica do arguido. Importa, assim, saber se a violação da lei atinge significativamente a esfera jurídica do recorrente ou se, ao invés, não é significativo^{142 143}.

Os defensores desta teoria secundarizam a questão da produção de prova, pretendendo, assim, delimitar a legitimidade para interpor o referido recurso. Para os seus opositores, esta teoria é muito redutora porque se foca na esfera jurídica do arguido, lateralizando que o arguido tem direito a um processo justo, para além de que nem todas as violações da esfera jurídica do arguido se traduzem em proibições de prova. Isso mesmo foi confirmado pelo Tribunal Federal em duas decisões: uma em que se considerou que o depoimento de um médico obtido ilicitamente é insusceptível de valoração, quando a relação de confiança violada não envolva o arguido, mas um terceiro, assente no facto de cada arguido ter direito a um processo legal¹⁴⁴; noutra decisão considerou-se que uma proibição de valoração só pode ser reconhecida se expressamente prevista ou quando se verifiquem razões absolutamente ponderosas no caso concreto¹⁴⁵.

Não obstante, SCHÄFER defende a teoria da esfera jurídica com base no princípio fundamental segundo o qual o arguido só pode impugnar um vício processual se e na medida em que for por ele prejudicado. Por isso, não pode recorrer em nome da garantia geral e abstracta (vs individual e concreta) da conformidade do processo aos princípios do Estado de Direito¹⁴⁶.

9.2. Teoria dos três graus ou das três esferas

A teoria dos três graus também tem berço jurisprudencial, desta feita no Tribunal Constitucional Federal alemão. Esta teoria veio “densificar material e axiologicamente a

¹⁴² MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS *apud* JESUS TEIXEIRA, *idem*, p. 34.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ Decisão do 2.Senado BGH 33, 148. Exemplo dado por GRÜNWALD *apud* JESUS TEIXEIRA, *idem*, p. 35.

¹⁴⁵ Decisão do 3.Senado BGH 37, 30 (32). Exemplo dado por GRÜNWALD *apud* JESUS TEIXEIRA, *ibidem*.

¹⁴⁶ *Apud* JESUS TEIXEIRA, *ibidem*.

problemática”¹⁴⁷ das proibições de prova ao fazer a distinção de três áreas: esfera da intimidade, esfera da vida privada e esfera social.¹⁴⁸

A esfera da intimidade constitui uma área nuclear inviolável por decorrer da inviolabilidade da dignidade humana e, por isso, está subtraída a qualquer tipo de ponderação. Consequentemente, todas as provas que contendam com a esfera da intimidade são, inevitavelmente e sem excepção, proibidas, porque é imperioso respeitar o reduto mais íntimo da pessoa, apoiado no direito ao livre desenvolvimento da personalidade. E este, de tão essencial que é, não admite qualquer violação, nem mesmo a coberto de superiores interesses da comunidade.¹⁴⁹

A esfera da vida privada, compreendendo a sua área normal, enquanto espaço de realização da personalidade de cada indivíduo, deve ser analisada pela craveira da ponderação de interesses, porquanto já não se trata do indivíduo isoladamente, mas na sua realização enquanto membro pertencente a uma comunidade (só no seio desta faz sentido falar de vida privada). Assim, legitima-se o sacrifício do bem jurídico vida privada para proteger valores e interesses da comunidade, sempre com observância do princípio da proporcionalidade.¹⁵⁰

A terceira esfera é a da vida social que, não sendo necessariamente atinente ao domínio da publicidade, dá origem a restrições de direitos que são socialmente toleradas e que, por esse motivo, não carece de tutela autónoma. Neste âmbito o Tribunal Constitucional alemão exemplifica “quando num armazém se gravam as encomendas de um cliente, ou o corrector da bolsa grava as ordens de transacção de um investidor. Nestas situações (...) é o conteúdo objectivo da comunicação que aparece em primeiro plano, de tal forma que a personalidade do interlocutor desaparece quase por completo, perdendo, por isso, a palavra o seu carácter privado”¹⁵¹.

Esta tese foi criticada pelo facto de ser difícil, no plano prático, distinguir cada uma das esferas, em especial nas respectivas zonas de fronteira, mas ainda assim recolheu algum apoio entre a doutrina¹⁵² e a jurisprudência não constitucional.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Idem*, pp. 35-36.

¹⁵⁰ *Idem*, p. 36.

¹⁵¹ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 96.

¹⁵² Por exemplo, GÖSSEL e AMELUNG *apud* MANUEL DA COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 199.

9.3. Teoria da ponderação

A teoria da ponderação, criada essencialmente pela doutrina, pretende responder aos problemas que as proibições de prova envolvem. Sustenta esta teoria que a proibição de valoração de uma prova não pode estar previamente estabelecida, porquanto pressupõe uma ponderação de valores a realizar casuisticamente entre o interesse do cidadão e o interesse da perseguição penal. O *Bundesgerichtshof* admite a ingerência nos direitos fundamentais quando e na medida em que, com elas, se protejam interesses superiores. Assim, aceita a valoração de gravações encobertas produzidas em estado de necessidade e a valoração do conteúdo de diários íntimos para a descoberta da verdade perante crimes graves.¹⁵³

Esta teoria, à semelhança das anteriores, também foi criticada, nomeadamente por GRÜNWALD, HASSEMER, WOLTER e AMELUNG, que questionaram a sua adequação dogmática, a pertinência da sua fundamentação e, sobretudo, a falta de enquadramento jurídico-constitucional. Por outro lado, aquela ponderação casuística é fonte de insegurança e potencialmente geradora de contradições, fragilizando, deste modo, a posição dos cidadãos que as proibições visam proteger. Mas o ponto mais débil desta tese é o facto de os seus mentores não terem conseguido teorizá-la, determinando qual o critério a seguir para proibir a valoração de certa prova. Outra crítica dirige-se à impossibilidade de ponderar interesses em sede de regulação da recolha de prova, porquanto o legislador aderiu à partida à própria ponderação de interesses. AMELUNG censurou ainda esta teoria pelo facto de esta se centrar no resultado do processo, deixando o direito à informação exclusivamente protegido pela regulamentação da protecção de dados, o que se afigura manifestamente insuficiente.¹⁵⁴

¹⁵³ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, pp. 37-38.

¹⁵⁴ MATA-MOUROS, Maria de Fátima – *Juiz das Liberdades – Desconstrução de um Mito do Processo Penal*. Almedina, 2011. p. 317.

9.4. Teoria da gravidade

Segundo a teoria da gravidade, elaborada pela doutrina, o reconhecimento de uma proibição de valoração de prova está subordinado à gravidade da ingerência proibida na obtenção dessa mesma prova. Para MÜLLER, a gravidade da infracção à lei determina, em sede de produção de prova, a cominação da proibição de valoração¹⁵⁵. Identificada a proibição, a lesão causada pela ilegalidade em sede de produção de prova tem como consequência a proibição da valoração desta.¹⁵⁶

Acolhida inicialmente, cedo começou a receber críticas em virtude da sua incompatibilidade com o direito vigente, quer na Alemanha, quer em Portugal. Efectivamente o art. 126º do Código de Processo Penal não faz depender a proibição de valoração da intensidade ou da gravidade da violação. Ainda assim, MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS reconhece que, enquanto critério geral, esta teoria contém uma ideia nuclear correcta – quanto mais grave for a violação da lei, tanto maior é a necessidade de tutela do visado^{157 158}.

9.5. Teoria de Peters

A teoria de Peters acaba por ser um desenvolvimento da teoria da gravidade, com maior consistência e rigor dogmáticos. Excluem-se as regras de produção de prova e contrapõem-se proibições de perseguição da prova e proibições do processo de prova. As primeiras limitam a perseguição penal e, por isso, não admitem a produção de prova, são de conhecimento oficioso e produzem efeito-à-distância (por exemplo, obtenção de prova sob tortura). Já as proibições do processo de prova só excepcionalmente podem limitar a perseguição penal (por exemplo, obtenção de prova sem o consentimento do lesado). A violação destas regras reconduz-se a vícios processuais na medida em que o tribunal, se valorar, apenas viola regras processuais. Por outro lado, como defende GRÜNWALD, a violação do mesmo preceito legal pode reconduzir-se a uma proibição

¹⁵⁵ *Apud* JESUS TEIXEIRA, *idem*, p. 39.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ *Apud* JESUS TEIXEIRA, *idem*, p. 40.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

de perseguição de prova, uma proibição do processo de prova ou uma mera regra de produção de prova.¹⁵⁹

9.6. Teoria do fim da protecção da norma

De origem doutrinária, a teoria do fim da protecção da norma, ou também designada teoria do erro quanto ao fim, tem como criadores GRÜNWALD e RUDOLPHI. A possibilidade de proibir a valoração da prova prende-se com o facto de saber se o fim de protecção da norma de proibição de aquisição de prova está ou não comprometido com o conhecimento daquela prova. Se aquele fim estiver definitiva e irremediavelmente comprometido, nada obsta à valoração da prova. Ao invés, se da valoração dessa prova resultar o agravamento da violação do interesse protegido pela norma, então aquela valoração será proibida.¹⁶⁰

Esta tese foi alvo de censura tendo por base as dificuldades de aplicação prática, a dificuldade na identificação do fim protegido por certas normas ficando, neste caso, sujeito à interpretação do aplicador da lei e, por fim, a complexidade resultante da “intencionalidade teleológica pluridimensional”¹⁶¹ de algumas normas.¹⁶²

Contudo, esta teoria teve o mérito de proporcionar maior segurança ao estabelecer as orientações que definem as condições em que as violações às regras de prova podem redundar numa proibição de valoração.¹⁶³

9.7. Processos hipotéticos de investigação

A teoria dos processos hipotéticos de investigação considera que a violação de uma proibição de produção de prova não determina a impossibilidade de valoração do

¹⁵⁹ *Idem*, pp. 40-41.

¹⁶⁰ *Idem*, p. 41.

¹⁶¹ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 104.

¹⁶² TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 43.

¹⁶³ *Ibidem*.

meio de prova quando este poderia ter sido alcançado ou obtido sem a referida violação.¹⁶⁴

KLUG, mentor desta tese, esclarece que a possibilidade de evitar a violação da lei, por meio de processo alternativo e conforme ao direito, retira àquela violação a eficácia ou relevância causal no âmbito da produção da prova^{165 166}.

Por sua vez, ROXIN defende que esta análise tem que ser realizada no caso concreto e não em abstracto segundo o que o processo penal prevê como modo alternativo.¹⁶⁷

ROGALL acrescenta que esta obtenção de prova tem que ser tida como muitíssimo provável, não bastando a mera probabilidade. Contudo, este mecanismo não pode servir para legitimar o que o legislador não permitiu (por exemplo, legitimar escuta telefónica não ordenada pelo juiz a pretexto de que se a mesma tivesse sido requerida, este tê-la-ia seguramente ordenado), sob pena de a omissão processual estar sempre autorizada pela hipotética autorização.¹⁶⁸

9.8. Teoria da dupla função dos actos processuais

A teoria da dupla função dos actos processuais tem como ponto de partida a diferenciação entre a função material e processual dos actos processuais defendendo a tipicidade das proibições de prova, isto é, só há proibição de prova quando a lei processual expressamente o preveja.¹⁶⁹

Esta tese foi criticada pelo facto de a diferenciação de que parte não ter qualquer implicação com uma proibição de prova, nem sequer com a violação de uma norma processual que conduz sempre a uma proibição de prova. Por outro lado, a força dos direitos fundamentais afasta desde logo a esta teoria porque ela apenas admite a proibição de prova quando haja violação de normas processuais.¹⁷⁰

¹⁶⁴ *Idem*, p. 44.

¹⁶⁵ *Apud* JESUS TEIXEIRA, *ibidem*.

¹⁶⁶ *Apud* JESUS TEIXEIRA, *ibidem*.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ *Idem*, pp. 44-45.

¹⁶⁹ *Idem*, p. 45.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

9.9. Teoria do direito à autodeterminação informativa

Com o aumento da investigação criminal, aumentou também o risco de violação da informação pessoal dos cidadãos, potenciado pelas inovações tecnológicas que permitem recolher, armazenar e transmitir facilmente informações pessoais, tendo, conseqüentemente, aumentado os riscos no controlo daquelas informações. Visou-se, assim, um equilíbrio de direitos que a jurisprudência alemã tem conseguido encontrar entre o poder estadual e a liberdade individual. Deste modo tem sido construído e densificado o direito à autodeterminação informativa, direito fundamental individual, pelo qual cada pessoa determina os termos e condições a observar na utilização dos seus dados pessoais.¹⁷¹

Este direito já era referido, por volta de 1980, nos Estados Unidos da América como “*Right of Privacy*” ou o “direito a ser deixado só”¹⁷², abrangido pela tutela da personalidade. De acordo com este direito, cada pessoa tem o direito de dispor da sua esfera privada. A novidade deste direito é a sua maior amplitude quanto às ingerências no direito de personalidade, expondo os perigos decorrentes da investigação, recolha, armazenamento e divulgação de informações pessoais. “Quem tem conhecimento onde se encontram os seus dados e quem os possui é quem pode exercer cabalmente o exercício do seu direito”^{173 174}.

EISENBERG previne que só a lei pode permitir a sua limitação (do direito à autodeterminação informativa) com base no interesse público. Ao abrigo do princípio da proporcionalidade, apenas podem ser admitidas limitações se e na medida em que sejam indispensáveis à tutela de interesses públicos¹⁷⁵. Esta é uma forma de limitar o poder punitivo do Estado e, assim, na esteira de AMELUNG, limitar a recolha de informações pessoais para a perseguição penal.¹⁷⁶

¹⁷¹ *Idem*, pp. 51-52.

¹⁷² *Idem*, p. 52.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Apud* JESUS TEIXEIRA, *idem*, pp. 52-53.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

9.10. Tese do direito ao domínio da informação

A teoria do direito ao domínio da informação, proposta por AMELUNG, visa densificar e ampliar os direitos subjectivos relativos à informação pessoal. Num primeiro momento, os titulares destes direitos podem recusar a transmissão dos seus dados pessoais a quem não esteja autorizado ou, mesmo, bloquear a sua transmissão para efeitos não acordados. Actuando de forma ilegal, o Estado viola o direito de domínio sobre a informação. Este novo direito permite exigir a reposição da situação em que o titular do direito violado se encontrava antes da violação, perfilhando a ideia de *reconstituição natural*. O direito de domínio sobre a informação visa excluir resultados informacionais ilícitos. Este direito pode, contudo, ser limitado constitucionalmente, mediante a verificação de certos pressupostos.¹⁷⁷

Esta teoria defende, necessariamente, a extensão da sua aplicação contra intromissões nos direitos fundamentais, mesmo quando são externas ao processo penal.¹⁷⁸

ROGALL questiona a legitimidade da nova designação para direitos já consagrados e a colocação do direito público na sujeição ao direito privado através do direito ao afastamento das consequências negativas da proibição de valoração. Por outro lado, argumentou a insuficiência desta tese para afastar as consequências ilegais por não contemplar as violações às regras de produção de prova e a falta de valoração dos meios de prova ilegais quando são favoráveis ao arguido. Por fim, conclui pela ausência de protecção a terceiros.¹⁷⁹

STÖRMER considera que as proibições de prova constituem excepções legais à perseguição penal e nessa medida carecem de base legal. O fundamento daquelas proibições não pode estar no não uso da certa informação, mas na sua omissão ou abstenção. O direito público prevê diferentes vias de defesa dos particulares, entre as quais a reconstituição *in natura*, pelo que não assiste razão ao teorizador. A proibição de valoração não obriga necessariamente a uma acção, mas antes a uma conduta de *non facere*.¹⁸⁰

¹⁷⁷ *Idem.* pp. 53-54.

¹⁷⁸ *Idem.* p. 54.

¹⁷⁹ *Idem.* pp. 54-56.

¹⁸⁰ *Idem.* pp. 56-57.

Apesar das críticas, esta tese permitiu uma nova perspectiva relativamente às proibições de prova, esbatendo a diferença entre direitos subjectivo e adjectivo e conferindo relevância às proibições de prova em momento anterior ao julgamento e considerando o processo penal como um processo de organização e obtenção de informação.¹⁸¹

10. Análise de alguns modelos de proibições de prova

Debrucemo-nos sobre três modelos distintos de proibições de prova – dois estrangeiros e o português, para podermos ter uma perspectiva de direito comparado. A opção pelos modelos americano e alemão prende-se com o facto de serem diferentes entre si e, porventura, os modelos que já reúnem maior experiência nesta temática, e, consequentemente, já se apresentam mais consolidados, a par do facto de terem sido estes, ao longo dos tempos, que mais têm influenciado o direito português em matéria de proibições de prova¹⁸².

10.1. Modelo americano

A experiência americana das *exclusionary rules* reuniu um conjunto de princípios, normas e decisões jurisprudenciais que constitui o sistema americano das proibições de prova, no qual se reflecte o carácter federal do Estado e em que vigora a regra do precedente, enquanto sistema jurídico da *common law*. Este modelo visa proteger os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados por forma a assegurar o *due process of law*.¹⁸³

O direito das *exclusionary rules* tem origem nas decisões jurisprudenciais que vão regulando os casos concretos, assumindo, por isso, carácter disperso e inacabado.¹⁸⁴ Privilegia-se, assim, a vertente processual como sede de proclamar e tutelar os direitos

¹⁸¹ *Idem*, p. 57.

¹⁸² ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 133

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ *Idem*, p. 135. BRADLEY, professor de direito, foi um doutrinador nesta matéria.

fundamentais. Veja-se, por exemplo, o *privilege against self-incrimination*¹⁸⁵ e a cláusula *due process of law*.¹⁸⁶

O processo americano segue a estrutura acusatória, na sua modalidade mais pura, e configura um verdadeiro processo de partes – acusação e defesa, que detêm, em exclusivo, a faculdade de investigar e reunir os meios probatórios necessários à decisão. Neste caso, o juiz é um mero árbitro assumindo uma posição totalmente passiva e cuja competência não abrange o poder de investigar. A acusação tem o perfil de “caçador implacável”¹⁸⁷, enquanto o juiz desempenha um papel passivo e distante, indiferente ao desfecho do processo.¹⁸⁸

Diferentemente do paradigma alemão e português, para o *Supreme Court* as proibições de prova afiguram-se como uma consequência da actividade de investigação, e não como fundamento da tutela de certos bens jurídicos¹⁸⁹, não sendo aquelas a essência mas tão-só um elemento acessório e complementar. Este entendimento acentua o carácter preventivo e repressivo de eventuais ilegalidades cometidas por órgãos de investigação nas suas acções perante os cidadãos. Para aferir de proibições de prova, o que mais importa ao sistema americano é apurar se a lei foi ou não violada pela polícia no decurso da actividade investigatória. As normas neste âmbito dirigem-se claramente aos agentes policiais.¹⁹⁰ Este era aliás, o entendimento perfilhado pelo chefe de polícia BURGER que via nas *exclusionary rules* o único propósito de disciplinar a actividade policial¹⁹¹.

Relembrando os célebres casos dos diários, ao direito americano importa saber se houve, ou não, violação de preceitos legais e formais na actuação policial no âmbito da investigação. Se a obtenção do diário foi efectuada sem mandado do juiz, a valoração da prova que aquele consubstancia está obrigatoriamente excluída. Ao invés, se a sua apreensão tiver decorrido a coberto do preceituado legalmente, dúvidas não existem quanto à sua valoração, uma vez que nenhuma formalidade legal foi preterida.

O *privilege against self-incrimination* estabelece deveres de informação e esclarecimento a prestar pela polícia criminal ao arguido. Nenhuma prova, em especial a confissão, poderá ser valorada se o arguido não tiver sido previamente informado de que

¹⁸⁵ *Fifth Amendment* da Constituição americana.

¹⁸⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 136.

¹⁸⁷ GÖSSEL *Apud* COSTA ANDRADE, *idem*, p. 138.

¹⁸⁸ *Idem*, pp. 137-138.

¹⁸⁹ *Idem*, p. 144.

¹⁹⁰ *Idem* pp. 144-145.

¹⁹¹ *Idem*, p. 134.

é titular do direito ao silêncio, de que as suas declarações poderão valer contra si e, por último, de que pode ser assistido por advogado, por si indicado ou oficiosamente nomeado. Isto mesmo foi retratado no caso *Miranda vs. Arizona* (1966) em que a confissão dos arguidos não foi valorada por dúvidas quanto ao efetivo conhecimento e consciência dos direitos de informação e à não-incriminação a que renunciaram.¹⁹²

O carácter estritamente processual deste sistema não deixa de ser criticado a pretexto de permitir que a polícia obtenha provas por meios enganosos ou, mesmo, fraudulentos.¹⁹³

Na senda do exposto, forçoso é aceitar, à luz das *exclusionary rules*, a valoração de provas obtidas ilicitamente por particulares, uma vez que os destinatários das normas concernentes às proibições de prova são os agentes policiais de investigação. “Daí a admissibilidade dos meios de prova obtidos (pelos particulares) à custa, v. g., de fraude ou coacção, apropriação indevida, intromissão em casa alheia, devassa e atentado ao *right to privacy*”¹⁹⁴. Aliás, o mesmo regime é aplicado aos vigilantes de supermercados que não estão sujeitos aos deveres processuais já mencionados, com excepção dos casos em que os particulares (e também os vigilantes) atuem no cumprimento de uma ordem policial.¹⁹⁵

Já quanto aos testemunhos de ouvir dizer vinga o princípio *hearsay is no evidence*, como forma de reagir contra os informadores que, de forma velada e sob orientação da polícia de investigação, se imiscuíam na organização com o intuito de recolher informação para descobrir o crime, identificar e perseguir os seus agentes. Desde logo a admissibilidade de tais testemunhos contenderia com o contraditório e com a avaliação da respectiva credibilidade através da *cross-examination*. Todavia, o mencionado princípio comporta excepções que acabam por reduzir os seus efeitos práticos, aportando assim alguma insegurança jurídica. Por exemplo, a admissão de um testemunho que confirma que antes de a vítima ter sido agredida mortalmente já lhe havia confidenciado que anda receosa que o acusado viesse a agredi-la.¹⁹⁶

Vigora generalizadamente no direito americano o princípio do efeito-à-distância das *exclusionary rules* ou na metáfora do Juiz FRANKFURTER, “*a fruit of the*

¹⁹² *Idem*, pp. 149-151.

¹⁹³ *Idem*, p. 151.

¹⁹⁴ *Idem*, p. 153.

¹⁹⁵ *Idem*, pp. 153-154.

¹⁹⁶ *Idem*, pp. 161-162.

poisonous tree doctrine”¹⁹⁷. Contudo, admitem-se algumas exceções. Desde logo, quando a valoração da prova secundária seja apta a atenuar a mácula, isto é, quando se mostra favorável ao arguido. Também quando a prova secundária poderia ter sido obtida de forma autónoma e legal, embora condicionada a uma “*causalidade hipotética*”^{198 199}.

10.2. Modelo alemão

O modelo alemão das *Beweisverbote* tem, tal como o arquétipo americano, o mesmo objectivo de protecção de bens jurídicos relevantes para a ordem jurídica e de garantia da *Rechtstaatlichkeit*²⁰⁰, embora com fundamentos distintos.

Ao contrário do direito americano, que é revelado por via jurisprudencial, o direito alemão pretende sistematizar a matéria atinente às proibições de prova, almejando a construção de uma doutrina coerente e, simultaneamente, dar uma resposta acabada a cada caso concreto.²⁰¹

Neste protótipo, a dimensão substantiva é claramente favorecida, encarando-se a vertente processual como complemento daquela. As *Beweisverbote* são verdadeiros enunciados de direitos de personalidade, em geral, e da privacidade, em especial.²⁰²

O processo penal alemão tem estrutura acusatória integrada pelo princípio de investigação, pelo que, a partir da acusação, compete ao juiz investigar as provas que irão fundamentar a decisão de condenação ou de absolvição do arguido. Prosseguindo o Ministério Público exclusivamente o propósito da condenação, cabe ao direito alemão fornecer a solução segundo critérios de estrita legalidade e objectividade.²⁰³ Por isso ROXIN²⁰⁴ defendeu que o mecanismo da *cross-examination*, requerida pelo Ministério Público ou pela defesa, não seria, na prática, relevante.

¹⁹⁷ Apud COSTA ANDRADE, *idem*, p. 170.

¹⁹⁸ *Idem*, p. 172.

¹⁹⁹ *Idem*, pp. 170-172.

²⁰⁰ *Idem*, p. 135.

²⁰¹ *Idem*, pp. 135-136.

²⁰² *Idem*, pp. 136-137.

²⁰³ *Idem*, p. 138.

²⁰⁴ Apud COSTA ANDRADE, *idem*, p. 139.

Pelo exposto, as proibições de prova são, no modelo alemão, meios processuais ao serviço do direito material²⁰⁵, pelo que a limitação da actividade policial decorre necessariamente das proibições de prova²⁰⁶. Daqui já se antevê que as normas relativas a proibições de prova dirigem-se aos agentes que investigam os factos de natureza criminal.²⁰⁷

Esta visão das coisas tem sido defendida pela jurisprudência alemã, onde se incluem as decisões do Tribunal Constitucional Federal, que prossegue “uma compreensão fundamentalmente material das proibições de prova” assente, em última instância, na dignidade da pessoa humana.²⁰⁸

No primeiro caso do diário (1964), o sistema alemão privilegiou o conteúdo do próprio diário, com registos relativos à esfera de intimidade. Ao *Bundesgerichtshof* importava saber se o mesmo continha manifestações do desenvolvimento da personalidade do visado, independentemente da forma como foi obtido. Assim, o diário íntimo não podia ser valorado no processo, contra a vontade do seu titular. Contudo, a jurisprudência alemã evoluiu no sentido na ponderação dos interesses em presença – o interesse do cidadão e o interesse público na perseguição penal, apoiada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal que acolheu a teoria dos três graus. O segundo caso do diário (1987) esclareceu definitivamente a posição deste Tribunal que aceitou a valoração do diário perante situações de criminalidade grave, em nome da ponderação dos bens jurídicos em causa.²⁰⁹

Filiado na tutela da liberdade de declaração do arguido, tornou-se pacífico o entendimento de que a mera violação dos aludidos deveres de informação e esclarecimento por parte das autoridades de investigação não preclui, só por si e de modo definitivo, a valoração da prova obtida. Só não será assim quando a violação dos deveres processuais acima referidos não acarretarem danosidade social, traduzida, por exemplo, na redução da liberdade do arguido.²¹⁰

O modelo alemão debruçou-se, também, sobre a questão de saber se a valoração da prova pode agravar ou renovar a agressão ao bem jurídico visado. A resposta tem que ser positiva, sob pena de se deixar a descoberto uma permissão para lesar de novo ou agravar a lesão do bem jurídico já tingido, nomeadamente quando está em causa a

²⁰⁵ HERRMANN *apud* COSTA ANDRADE, *idem*, p. 140.

²⁰⁶ HERRMANN *apud* COSTA ANDRADE, *ibidem*.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ *Idem*, p. 142.

²⁰⁹ *Idem*, pp. 147-149.

²¹⁰ *Idem*, p. 152.

reserva da vida privada. Neste sentido se pronunciou o *Bundesgerichtshof* no célebre caso do gravador: “lesa a área do direito de personalidade do autor da palavra e o seu direito à palavra aquele que, mantendo com ele uma conversa, a grava às ocultas. Mas não a lesa menos quem, sem consentimento do autor da palavra, a reproduz através do gravador”²¹¹. Por isso, se conclui que o mesmo regime da proibição de valoração de prova deve igualmente aplicar-se quando aquela tenha sido assim obtida por particulares. O respeito pela dignidade humana não só impõe que as autoridades policiais não obtenham provas ilícitas, directamente ou por intermédio dos particulares, como lhes exige que não beneficiem de atentados àquele bem jurídico, perpetrados por outros e com o mesmo objectivo.²¹²

Contrariamente ao que sucede no direito americano, o sistema jurídico alemão aceita os testemunhos de ouvir de dizer, tanto pela ausência da testemunha directa devido, por exemplo, a morte, como por decisão das próprias autoridades de investigação. Sem norma positiva sobre este tem, a admissibilidade daqueles testemunhos é maioritariamente apoiada pela doutrina e pela jurisprudência.²¹³ Sendo maioritariamente acolhida, não é, todavia, unânime pelo que há quem defenda a tese da inadmissibilidade dos testemunhos de ouvir dizer invocando a desconformidade da respectiva admissibilidade com a ideia de Estado de Direito e de justiça do processo penal.²¹⁴

O efeito-à-distância no modelo alemão está longe de reunir consenso. A favor da produção daquele efeito, afirma MEYER que o processo penal não pode evoluir ignorando os meios de prova mediatos²¹⁵. Convoca-se, para este efeito, o preceito legal que apenas impede a valoração das declarações obtidas por métodos ilícitos, e já não dos meios de prova que aquelas possibilitam. Contra esta tese, erige-se a “*Makel-Theorie*”²¹⁶ que acolhe o princípio do efeito-à-distância das proibições de prova. OTTO conclui que “Não pode estabelecer-se nenhuma diferença entre a valoração duma declaração como declaração e a valoração dos conhecimentos resultantes da mesma declaração” e HASSEMER reforça esta visão afirmando que recusá-la neutralizaria “a força expressiva da proibição da tortura, tanto no plano cultural como jurídico”²¹⁷. Em

²¹¹ *Apud* COSTA ANDRADE, *idem*, p. 154.

²¹² *Idem*, pp. 154-156.

²¹³ *Idem*, p. 163.

²¹⁴ *Idem*, p. 168.

²¹⁵ *Apud* COSTA ANDRADE, *idem*, p. 173.

²¹⁶ *Idem*, p. 175.

²¹⁷ *Ibidem*.

face das divergências das teorias expostas, a doutrina alemã acolhe maioritariamente soluções de compromisso entre aquelas. Assim, não se aceita o efeito-à-distância de proibições de prova que visem evitar perigos para a descoberta da verdade mas já se acolhe, com segurança, o efeito-à-distância das proibições de prova dirigidas à tutela da liberdade de declaração do arguido ou das testemunhas.²¹⁸

Tentando edificar uma teoria sobre o efeito-à-distância das *Beweisverbote*, WOLTER convoca as figuras da causalidade e da imputação. Assim, a prova secundária poderá ser valorada sempre que não exista nexos de causalidade entre ela e a prova primária ou que, à margem daquelas proibições, a prova secundária teria sido previsivelmente alcançada. Por outro lado, poderá ser valorada a prova secundária quando o próprio arguido desonera as autoridades de investigação do risco da violação das proibições em causa. Só assim não seria quando tal valoração não fosse necessária, em obediência ao princípio de *ultima ratio*, ou quando tenha havido violação grosseira da lei, decorrência do princípio da proporcionalidade.²¹⁹

A jurisprudência tem admitido o princípio do efeito-à-distância embora limitado por exigências de carácter político-criminal dogmaticamente legitimadas, assumindo, portanto, a relativização daquele em certas circunstâncias.²²⁰

10.3. Modelo português

Justificado pela matriz romano-germânica do direito português e pela influência continental, o direito nacional, também no que respeita a proibições de prova, identifica-se com o direito alemão, dando prevalência à vertente material-substantiva do Direito.²²¹

Contudo existem singularidades na lei portuguesa, em relação ao ordenamento jurídico alemão, que importa assinalar. A lei portuguesa positivou soluções ao nível das

²¹⁸ *Idem*, pp. 173-177.

²¹⁹ *Idem*, pp. 178-180.

²²⁰ *Idem*, pp. 181-182.

²²¹ *Idem*, p. 188.

proibições de prova²²² que para a doutrina e jurisprudência alemãs ainda constituem matéria controversa e em discussão.²²³

O ordenamento jurídico português prevê o valor probatório das reproduções mecânicas²²⁴, entre as quais as gravações e as fotografias, destacando-se da ausência daquela valoração no direito alemão. Por este motivo, doutrina e jurisprudência germânicas vão acolhendo a ideia de ponderação, que o sistema português cerceia pela adopção do critério de *ilicitude da lei penal substantiva*.²²⁵

Os testemunhos de ouvir dizer apenas são admitidos no nosso sistema processual penal a título excepcional e mediante o regime consagrado no art. 129º do Código de Processo Penal, enquanto na Alemanha substituem as querelas doutrinárias e jurisprudenciais nesta matéria.²²⁶

Ao contrário do legislador alemão que nenhuma opção tomou, o legislador português consagrou um regime de proibições de prova assente na distinção entre proibições de produção de prova e proibições de valoração de prova. Aliás fê-lo reconduzindo as proibições de prova a um instituto jurídico autónomo do próprio direito processual penal e desenhando os recortes do seu enquadramento normativo e da sua estrutura dogmática.²²⁷ No plano das consequências, há, no direito português, uma aproximação do regime das proibições de prova ao regime da nulidade, mas que não se abstrai dos princípios próprios fundamentais daquele instituto²²⁸.

Não obstante o modelo português partilhar do entendimento alemão, que privilegia a dimensão material-substantiva das proibições de prova, aquele é mais consequente, reconhecendo a danosidade social decorrente de provas ilícitas e a correspondente atenuação da diferenciação entre estatuto público e estatuto privado do agente²²⁹. Daqui decorre que a proibição existe e permanece *qua tale*, independentemente do estatuto de quem produziu a prova proibida.²³⁰

A lei processual portuguesa consagrou soluções que, em virtude dessa consagração, não permite a ponderação de bens jurídicos²³¹, como sucede na prática

²²² Vide, por exemplo, o art. 26º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, relativo ao direito à palavra incluído na categoria dos direitos, liberdades e garantias.

²²³ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 189.

²²⁴ Vide art. 167º do Código de Processo Penal.

²²⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 191.

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ *Idem*, pp. 191-192.

²²⁸ *Idem*, p. 195.

²²⁹ Vide, por exemplo, o art. 167º do Código de Processo Penal.

²³⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, p. 196.

²³¹ O art. 167º do Código de Processo Penal volta a ser exemplo.

alemã. Nesta linha, a liberdade de declaração do arguido é eficazmente tutelada pelo irrestrito direito ao silêncio, sendo a sua violação sancionada no direito português com a proibição de prova²³². O mesmo raciocínio é usado para as testemunhas em certas circunstâncias, nomeadamente quando têm relações de parentesco ou afinidade com o arguido e que a lei sobrevaloriza²³³. Na ausência de preceito legal expresso na lei processual alemã, a primeira situação é reconduzida a uma mera regra de produção de prova, deixando desprotegida a liberdade de declaração do arguido, e a segunda é tida como irrelevante.²³⁴

Tanto o modelo processual alemão, como o português, são considerados de estrutura acusatória atravessada pelo princípio da investigação. Todavia, na Alemanha a investigação está a cargo do juiz de julgamento, o que tem sido veementemente criticado pelos autores. Em Portugal cada fase processual incumbe a órgão decisor diferente: a investigação ao Ministério Público²³⁵, a instrução ao juiz de instrução²³⁶ e o julgamento ao juiz de julgamento²³⁷.²³⁸ No nosso sistema, o processo penal também não configura um processo de partes como ocorre nos Estados Unidos da América, dada a indisponibilidade do objecto do processo, não sendo o juiz um mero árbitro mas um sujeito activo na mediação da prova e busca da verdade em julgamento, resultando a decisão da subjectivização da prova realizada legalmente balizada e fundamentada²³⁹. Não existe uma “auto-responsabilidade probatória das partes”²⁴⁰.

²³² Vide art. 58º, n.º 5, do Código de Processo Penal.

²³³ Vide art. 134º do Código de Processo Penal.

²³⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, pp. 201-203.

²³⁵ Vide art. 263º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

²³⁶ Vide art. 288º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

²³⁷ Vide art. 311º do Código de Processo Penal, e ainda os art. 40º e 41º, n.º 3, ambos do Código de Processo Penal.

²³⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, *op. cit.*, pp. 204-205.

²³⁹ *Idem*, pp. 206-208.

²⁴⁰ DIAS, Maria do Carmo Silva, *op. cit.*, p. 173.

CAPÍTULO II – ENQUADRAMENTO JURÍDICO DAS PROIBIÇÕES DE PROVA

A utilização das provas proibidas é sancionada com a nulidade, sendo que, quanto à intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, permite-se maior amplitude normativa porquanto aquelas provas só são proibidas quando a intromissão seja abusiva²⁴¹. Podemos afirmar, assim, que há uma proibição absoluta das provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, que jamais poderão ser utilizadas, e uma proibição relativa das provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, mas que é proibida apenas quando aquela intromissão seja abusiva, não podendo, por isso, ser utilizadas^{242 243}. Consequentemente, num raciocínio *a contrario sensu*, podem ser utilizadas as provas obtidas através da mencionada intromissão quando ela não seja abusiva^{244 245}.

O Juiz MARQUES FERREIRA considera que, inexistindo consentimento nas hipóteses previstas no art. 126º, n.º 3, do Código de Processo Penal, não existe diferença relativamente ao preceituado no n.º 1, sendo a proibição igualmente absoluta e comportando a mesma consequência.²⁴⁶

O preceito constitucional é replicado pelo legislador ordinário no art. 126º do Código de Processo Penal. Contudo, ao nível legal, prevê-se que “As disposições do

²⁴¹ Vide art. 32º, n.º 8, da Constituição da República Portuguesa.

²⁴² Vide Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15/04/2010, proferido no processo n.º 10795/08.8TBVNG-A.P1, onde se afirma: “Constitui abusiva intromissão na vida privada a gravação de conversas ou contactos telefónicos, sem consentimento do outro interlocutor ou autorização judicial concedida pela forma prevista na lei processual, sendo nulos quanto à sua obtenção os respectivos registos fonográficos e, como tal, inadmissíveis como meio de prova, mesmo no processo civil.”. [Consult. 26 outubro 2014]. Acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/bd4f5495b994e34380257761004c9b02?OpenDocument>.

²⁴³ GONÇALVES, Maia M. – Meios de Prova. In *O Novo Código de Processo Penal. Jornadas de Direito Processual Penal*. Almedina, 1991. pp. 194-195.

²⁴⁴ Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/09/2011, proferido no processo n.º 22/09.6YGLSB.S2, onde se afirma: “Nesta decorrência, a reprodução de imagens obtidas através do sistema de Videovigilância instalado nas partes comuns de um prédio constituído em regime de propriedade horizontal não representa qualquer ilícito criminal, assumindo-se como um meio de prova admissível e objecto de valoração. A ponderação entre custos para a reserva da intimidade e os benefícios para a segurança tem de levar em conta o facto de as partes comuns do condomínio serem totalmente diferentes das parcelas privadas, essas sim de utilização exclusiva. Há uma necessidade de conciliar os direitos com a realidade e as necessidades actuais da vida em sociedade.”. [Consult. 26 outubro 2014]. Acessível em <http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>.

²⁴⁵ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, pp. 16-17.

²⁴⁶ *Apud* ISABEL MARIA FRANCISCO TOMÁS, *Articulação do regime das nulidades com o regime das proibições de prova*. Lisboa, 1998. Relatório de mestrado em direito processual penal do curso de aperfeiçoamento. p. 8.

presente título²⁴⁷ não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova²⁴⁸, tida como a norma basilar do regime da invalidade processual. Na realidade, depois de consagrar o regime da nulidade²⁴⁹, reservando-lhe uma aplicação dependente de cominação legal expressa, que constitui a excepção, e o regime das irregularidades²⁵⁰, de aplicação residual, que constitui a regra, o legislador convoca um terceiro regime²⁵¹ relativo às proibições de prova²⁵². Neste sentido, MANUEL MEIREIS argumentando que se não se tratasse de regime diverso dos das nulidades, as proibições de prova seriam inevitavelmente reconduzidas, no direito processual penal vigente, ao regime das nulidades sanáveis, o que se revelaria inaceitável num Estado de Direito²⁵³.

O terceiro regime relativo às proibições de prova reflecte, assim, de modo irrefutável, a prevalência material das proibições de prova, enquanto mecanismo de garantia e tutela de bens jurídicos diferentes dos que são prosseguidos pela busca da verdade e da perseguição penal. Deste modo, o legislador autonomizou o regime das proibições de prova do regime das nulidades.²⁵⁴ Há todavia uma ligação muito próxima entre o regime das proibições de prova e o regime das nulidades, que nem sempre a lei distingue, apesar de constituírem realidades diferentes e autónomas.²⁵⁵ Na prática é, muitas vezes, difícil distinguir entre a proibição de prova e uma nulidade ou irregularidade²⁵⁶.

As proibições de prova não se confundem com as regras de produção de prova. As primeiras são mecanismos processuais de imposição de tutela de direitos fundamentais que constituem limites à actividade de investigação penal na procura da verdade dos factos²⁵⁷. Têm, portanto, cunho substantivo. As regras de produção de

²⁴⁷ Referindo-se ao Título V – Das nulidades.

²⁴⁸ Vide art. 118º, n.º 3, do Código de Processo Penal.

²⁴⁹ Vide art. 118º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

²⁵⁰ Vide art. 118º, n.º 2, do Código de Processo Penal.

²⁵¹ Neste sentido, CONDE CORREIA, *op. cit.*, p. 177.

²⁵² Neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 03/06/2008, proferido no processo n.º 1991/07-1. [Consult. 12 novembro 2014]. Acessível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/21d58df9c4bdf36a80257508004b5b1a?OpenDocument>. Aí se afirma que “No sentido da autonomia das proibições é decisivo no nosso processo penal o teor do art. 118º n.º3 do CPP, que expressamente ressalva do regime das nulidades “qua tale” as normas do CPP relativas a proibições de prova, donde decorre que o legislador processual penal não pretendeu reconduzir as proibições de prova ao regime geral das nulidades, reconhecendo-lhe autonomia de forma expressa”.

²⁵³ *Op. cit.*, p. 223.

²⁵⁴ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, pp. 17-18.

²⁵⁵ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, p. 126.

²⁵⁶ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 18.

²⁵⁷ *Idem*, p. 19.

prova regulam o procedimento externo relativo à produção de prova²⁵⁸, tendo estas carácter processual. Assim, as proibições de prova não podem ser utilizadas no processo penal, enquanto a violação das regras de produção de prova não obstam à sua utilização, salvo se forem declaradas inválidas.²⁵⁹ Estas visam apenas “disciplinar os processos e modos como a prova deve ser obtida, ao passo que (as proibições de prova) visam estabelecer limites à prova”²⁶⁰.

Neste sentido se pronunciou o Supremo Tribunal de Justiça: “As proibições de prova são autênticos limites à descoberta da verdade material, «barreiras colocadas à determinação do objecto do processo», no dizer de Gössel; as regras sobre a produção das provas configuram, diversamente, meras prescrições ordenativas da produção de prova, cuja violação não poderia acarretar a proibição de valorar como prova, no ensinamento do Prof. Figueiredo Dias (Processo Penal, pág. 446).”²⁶¹.

1. Proibições de prova e nulidades: delimitação

A lei não oferece a delimitação conceptual entre as proibições de prova e as nulidades de prova ou prova nula. Não só não o faz como ainda permite alguma confusão ao utilizar a mesma terminologia nos art. 32º, n.º 8, da Constituição da República Portuguesa e o art. 126º, n.º 1, do Código de Processo Penal. Deste modo, o legislador utiliza o adjectivo “nulas” para estabelecer proibições de prova. Todavia, como já referimos, o art. 118º, n.º 3, do Código de Processo Penal, impõe um regime para as proibições de prova distinto do regime das nulidades.²⁶² Se assim não fosse, e o regime jurídico fosse o mesmo ou se se reconduzisse aquele a este, o mencionado preceito seria inútil e, consequentemente, desprovido de qualquer sentido. Por isso, a doutrina tem sido unânime em considerar que aquela norma não resulta de uma omissão, antes traduz uma opção de política criminal²⁶³. E, segundo CONDE

²⁵⁸ *Ibidem*.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ *Idem*, p. 20.

²⁶¹ Acórdão de 20/02/2008, proferido no processo n.º 07P4553. [Consult. 27 novembro 2014]. Acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1526bf9fd0ebc7ca80257417004ac37f?OpenDocument>.

²⁶² *Idem* p. 21. Também assim CONDE CORREIA, *op. cit.*, p. 177.

²⁶³ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 22.

CORREIA, “(só) um critério substancial, que esqueça a fisiologia da norma para se centrar na sua essência, poderá ser útil e ter suficiente capacidade distintiva entre ambos os mecanismos.”²⁶⁴.

Assim, o termo “nulidade” constante do art. 32.º, n.º 8 da Constituição da República Portuguesa tem sentido meramente simbólico, pois apenas quer significar que aquelas provas nunca poderão ser utilizadas²⁶⁵.²⁶⁶ As nulidades regem-se pelos princípios da legalidade e da taxatividade e funda-se em razões de economia processual, ao passo que as proibições de prova fundam-se em imperativos constitucionais, de maior amplitude e, por isso, não subordinado a qualquer elenco ou regime taxativo. E, sendo assim, nem seria necessário estabelecer qualquer cominação para a produção ou valoração de prova proibida decorrente da violação de um bem jurídico fundamental. Bastaria lançar mão do regime constitucional privativo dos direitos, liberdades e garantias previsto no art. 18º da Constituição da República Portuguesa.²⁶⁷ Em virtude da ligação essencial entre o preceito constitucional e o princípio fundamental do Estado de Direito que é da dignidade da pessoa humana, o regime das proibições de prova tem que ser mais exigente do que o regime da simples nulidade²⁶⁸.

CONDE CORREIA reclama uma autonomia terminológica para as proibições de prova cuja autonomia dogmática é está já é aceite²⁶⁹. “A nulidade das provas proibidas obedece a um regime distinto da nulidade insanável e da nulidade sanável”²⁷⁰.

As nulidades têm, em relação às proibições de prova, uma finalidade mais modesta e um alcance mais restrito, com excepção da inexistência e das nulidades insanáveis. Neste sentido o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 429/95, de 06/07/1995: “as nulidades a que se referem os artigos 118.º e 123.º do Código de Processo Penal reportam-se apenas aos vícios formais, isto é, à inobservância das

²⁶⁴ *Op. cit.*, p. 191.

²⁶⁵ CONDE CORREIA *apud* JESUS TEIXEIRA, *idem*, p. 26.

²⁶⁶ No mesmo sentido, JOSÉ DA COSTA PIMENTA – *Introdução ao Processo Penal*. Almedina, 1989. p. 149.

²⁶⁷ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, pp. 27-28.

²⁶⁸ OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de – Da Autonomia do Regime das Proibições de Prova. In BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico Lacerda da Costa, coord. – *Prova Criminal e Direito de Defesa*. Almedina, 2013. p. 262.

²⁶⁹ CORREIA, João Conde – *Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais*. Coimbra, Coimbra Editora, 1999. p. 160.

²⁷⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário ao Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição actualizada. Universidade Católica Portuguesa, 2011. p. 335.

prescrições legais estabelecidas para a prática dos actos processuais”²⁷¹. Trata-se de vício atinente ao *modus procedendi*²⁷², com o que concordamos.

As proibições de prova constituem verdadeiros obstáculos à investigação penal quando esta coloca em perigo direitos fundamentais dos cidadãos, inerentes à dignidade humana que, por sua vez, se filia no princípio do Estado de Direito.

Contudo a fronteira entre as provas proibidas e as provas lícitas obtidas sem observância das formalidades legais não é clara, porque o legislador não estabeleceu o critério diferenciador²⁷³.²⁷⁴ Mas consequência de umas e outras são distintas: as primeiras implicam a violação de uma proibição de prova, enquanto as segundas podem ser causa de inexistência²⁷⁵, nulidade ou mera irregularidade²⁷⁶. A dificuldade não reside, portanto, no reconhecimento da autonomia do regime das proibições de prova mas antes na extensão dessa autonomia e nas respectivas consequências²⁷⁷.

Na doutrina portuguesa, a corrente que defende a autonomia dogmática entre os dois institutos adopta, de forma coerente, a independência dos dois conceitos. O critério distintivo reside no facto de as proibições de prova serem verdadeiros limites substantivos à descoberta da verdade enquanto as nulidades consubstanciam a resposta processual aos vícios exclusivamente formais. Portanto, as proibições de prova pertencem ao foro substantivo, enquanto as nulidades pertencem ao domínio processual ou formal. Contudo, no plano das consequências, os autores²⁷⁸ reconhecem que os efeitos das proibições de prova são idênticos aos da nulidade. Nas palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA, “São (...) realidades distintas e autónomas, embora a utilização de uma prova proibida no processo tenha os efeitos da nulidade do acto”²⁷⁹. Consequentemente, a prova proibida é nula, e por isso, inválida, transmitindo-

²⁷¹ [Consult. 17 novembro 2014]. Acessível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950429.html>.

²⁷² CORREIA, João Conde – *A distinção* ..., pp. 184-185.

²⁷³ Por exemplo, art. 58º, n.º 5, do Código de Processo Penal, para os quais o legislador estabeleceu a proibição de prova.

²⁷⁴ CORREIA, João Conde – *A distinção* ..., p. 187.

²⁷⁵ CORREIA, João Conde – *Contributo* ..., p. 164. Para o autor a inexistência consubstancia um vício mais grave dos que as nulidades insanáveis previstas no art. 119º do Código de Processo Penal porque, ao contrário destas, impedem a formação da própria relação jurídica. Exemplos clássicos apontados pela doutrina são a sentença ditada por particular, processo-crime sem Ministério Público ou arguido.

²⁷⁶ *Idem*, p. 156.

²⁷⁷ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 22.

²⁷⁸ Entres os quais, COSTA ANDRADE e GERMANO MARQUES DA SILVA *apud* JESUS TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 23. Contudo, MANUEL DA COSTA ANDRADE parece aderir posteriormente à corrente que pugna pela autonomia dogmática e jurídica dos dois institutos. *Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*. Coimbra, Coimbra Editora, 2009. p. 135.

²⁷⁹ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, p. 126.

se esta invalidade aos actos daquela dependentes ou por ela afectados, nos termos do art. 122º do Código de Processo Penal²⁸⁰. Daqui resulta que os efeitos das proibições de prova apresentem apenas algumas especificidades relativamente às consequências das nulidades. A maior dificuldade reside na aplicação do regime do art. 126º do Código de Processo Penal²⁸¹. SOUSA MENDES anota que o regime especial consiste no facto de as nulidades do art. 126º do Código de Processo Penal poderem ser atacadas, a título excepcional, depois do trânsito em julgado da decisão final, caso sejam descobertas depois desta.²⁸²

Para a primeira corrente, o efeito-à-distância da prova proibida encontra fundamento no art. 122º, n.º 1, do Código de Processo Penal, que expressamente prevê que são inválidos não só os actos em que as nulidades ocorram, mas também todos os dependerem daqueles, ou seja, a invalidade derivada. Na teoria da segunda corrente, esse entendimento não encontra suporte legal.²⁸³

Outra corrente defende²⁸⁴, para além da autonomia dogmática, a autonomia jurídica dos dois institutos, cada um com o seu regime jurídico. Por isso, a expressão “nulidade” referida nos art. 32º, n.º 8, da Constituição da República Portuguesa e 126º do Código de Processo Penal, não se trata de uma nulidade em sentido técnico-processual²⁸⁵, mas uma nulidade independente do regime legal das nulidades processuais com a consequência específica de a sua utilização ser impossível²⁸⁶. TEREZA BELEZA refere-se à sanção afirmando que se trata de prova “não utilizável”²⁸⁷. Esta questão não tem apenas interesse teórico, tem grande relevância ao nível prático, nomeadamente quanto ao efeito-à-distância.²⁸⁸

MARTINS DE OLIVEIRA invoca sete argumentos que corroboram a ideia de que o termo “nulas” constante do art. 126º do Código de Processo Penal não está usada em sentido técnico. Primeiramente, se se tratasse de uma nulidade *proprio sensu*, não se afigura razão para não estar sistematicamente incluída no Título V do Livro II do Código de Processo Penal, encabeçando, ao invés, o Título I do Livro III relativo às disposições gerais sobre a prova. Em segundo lugar, deverá haver uma interpretação do

²⁸⁰ ISABEL MARIA FRANCISCO TOMÁS, *op. cit.*, p. 7.

²⁸¹ OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de, *op. cit.*, p. 261.

²⁸² TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, pp. 22-23.

²⁸³ *Idem*, p. 24.

²⁸⁴ Em que se inserem TERESA BELEZA e CONDE CORREIA.

²⁸⁵ No mesmo sentido, CONDE CORREIA – *Contributo ...*, p. 159.

²⁸⁶ HELENA MORÃO *apud* JESUS TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 24.

²⁸⁷ *Apontamentos de Direito Processual Penal*. II volume. AAFDL, 1993. p. 151.

²⁸⁸ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 24.

termo em conformidade com a epígrafe do preceito, e assim onde se lê “São nulas” deverá entender-se “São proibidas”, em coerência com o sentido teleológico da própria norma. Como terceiro argumento convoca-se a expressão “não podendo ser utilizadas” constante do art. 126º, n.º 3, do Código de Processo Penal, a qual acrescenta significado ao termo “nulas”, conferindo um alcance normativo resultante das provas proibidas para além do que é próprio do regime de nulidade, uma vez que nenhum efeito jurídico é permitido à prova ilegal, contrariamente ao que se verifica com as nulidades. A quarta razão prende-se com o facto de as nulidades serem aferidas em função de critérios de validade, enquanto as proibições de prova se cotejam em função de critérios de admissibilidade. Daqui decorre que ainda antes de certa prova ser carreada para o processo criminal, é possível aferir da sua idoneidade em função das opções axiológico-normativas vigentes no ordenamento jurídico. O mesmo não sucede com as invalidades que estão directamente relacionadas com a valoração que é feita dessa mesma invalidade. Em quinto lugar, as nulidades decorrem de vícios formais enquanto as proibições de prova são consequência de vícios substanciais. O sexto argumento prende-se com a filiação das nulidades e das proibições de prova: aquelas radicam em razões de economia processual e estão sujeitas aos princípios da legalidade e da taxatividade enquanto estas arreigam, substancialmente, no princípio da dignidade da pessoa humana. Por este motivo, o art. 126º aplica-se a muitos meios de provas (e não só a um), a proibição de prova dirige-se a todas as pessoas (Estado e particulares) com o intuito de proteger qualquer pessoa (e não apenas o arguido). Por fim, em sétimo lugar, o facto de o legislador não classificar a nulidade resultante das proibições de prova levaria a considera-la como sanável. A ser assim, elas seriam convalidáveis, o que colide frontalmente com as exigências constitucionais, assim como a doutrina e jurisprudência maioritárias que consideram as proibições de prova como nulidades insanáveis.²⁸⁹

Nesta perspectiva, o regime das proibições de prova em nada depende do regime das nulidades, pelo que nenhuma relação de especialidade existe entre ambos. A independência de ambos os regimes é reforçada pelo art. 310º, n.º 2, do Código de Processo Penal, resultante da reforma de 2007, que, relativamente à irrecorribilidade do despacho de pronúncia quanto a nulidades (entre outros), prevê que o tribunal de julgamento pode excluir provas proibidas²⁹⁰.

²⁸⁹ OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de, *op. cit.*, pp. 264-267.

²⁹⁰ *Idem*, pp. 262 e 274.

O legislador constituinte estabeleceu, através do art. 32º, n.º 8, da Constituição da República Portuguesa, “um *mínimo de protecção legal* dos bens jurídicos elencados”²⁹¹, deixando ao legislador ordinário a conformação do regime das proibições de prova, podendo este ampliar a protecção constitucional que já está consagrada. Fundamental é que o regime legal não fique “aquém”²⁹² da protecção constitucional, sob pena de inconstitucionalidade.²⁹³

JESUS TEIXEIRA segue a corrente defensora da autonomia dogmática e jurídica das proibições de prova e das nulidades e demonstra que não carece do mencionado preceito legal para fundamentar o efeito-à-distância das provas proibidas²⁹⁴.

As diferenças entre os dois regimes são também sinteticamente apontadas por MANUEL MEIREIS, incidindo sobre a legitimidade da sua arguição, a oportunidade e possibilidade de utilização do ato, das provas ou do processado.²⁹⁵

MARTINS DE OLIVEIRA faz uma súmula muito elucidativa das principais diferenças entre os regimes das proibições de prova e das nulidades: as primeiras radicam no princípio da dignidade da pessoa humana e as segundas orientam-se por critérios de legalidade, formais ou associadas à economia processual; o desvalor jurídico daquelas produz-se por força da lei, enquanto as segundas têm que ser judicialmente declaradas; as proibições de prova opõem-se ao caso julgado, enquanto as nulidades, mesmo insanáveis, consolidam-se na ordem jurídica com o trânsito em julgado; a arguição daquelas é independente de prazo enquanto algumas destas só podem ser arguidas dentro de certos prazos; por fim, o regime das proibições de prova recorre a conceitos indeterminados para ser abrangente, ao contrário do regime das nulidades que é taxativo.²⁹⁶ Assim, as proibições de prova não correspondem a uma subespécie da nulidade, antes representam uma espécie de invalidade, a par das nulidades.²⁹⁷

Acompanhamos a tese perfilhada por MARTINS DE OLIVEIRA por nos parecer aquela que efectivamente garante os desígnios constitucionais no que tange à protecção de direitos, liberdades e garantias do arguido, traduzindo-se numa verdadeira garantia de defesa.

²⁹¹ *Idem*, p. 263.

²⁹² *Ibidem*.

²⁹³ *Ibidem*.

²⁹⁴ *Infra* ponto 4.

²⁹⁵ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *op. cit.*, p. 222.

²⁹⁶ OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de, *op. cit.*, pp. 280-281.

²⁹⁷ *Idem*, p. 281.

2. Efeitos das proibições de prova

Aceite que fica para as proibições de prova um regime diverso do das nulidades, importa descobri-lo, através dos seus efeitos, uma vez que o legislador não curou de o estabelecer²⁹⁸. As proibições de prova acarretam, necessariamente, consequências e temos como certo que o legislador não pretendeu sancionar as proibições de prova com os efeitos destrutivos da nulidade²⁹⁹. Deste modo, o legislador antecipou a tutela de certos bens jurídicos impondo a proibição da produção dessas provas e, mesmo que, não obstante a proibição, aquelas tenham sido produzidas, é interdita a respectiva valoração³⁰⁰.

2.1. Proibição de utilização

Várias vozes se levantam quanto aos possíveis efeitos da utilização de provas proibidas no processo penal. Alguns defendem que a prova obtida de modo ilícito deve ser utilizada válida e eficazmente no processo mas deverá ser assacada responsabilidade aos que a obtiveram.³⁰¹ Em nossa opinião, esta teoria não é de acolher porquanto não podem sancionar-se os meios (ilícitos de obtenção da prova) e aceitar-se os fins (prova obtida ilicitamente), sob pena de inverter a axiologia dos valores preordenados e valorados jurídico-constitucionalmente.

Em sentido diametralmente oposto, perfilha-se a inadmissibilidade de toda a prova que tenha sido obtida de modo ilícito, como forma de evitar abusos e consequentes violações dos direitos fundamentais.³⁰² Esta teoria também não é aceitável porque sacrifica totalmente a descoberta da verdade material, a qual também é indispensável num Estado de Direito como forma de garantir a segurança da comunidade. De nada serviria esta tese se não fosse possível perseguir penalmente os criminosos, mesmo comprimindo alguns dos seus direitos fundamentais, se necessário,

²⁹⁸ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 25.

²⁹⁹ Como decorre do art. 118º, n.º 3, do Código de Processo Penal.

³⁰⁰ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, pp. 25-26.

³⁰¹ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, p. 122.

³⁰² *Ibidem.*

e tendo sempre presente que o direito penal é um direito de *ultima ratio*, apenas intervindo se e na medida do estritamente necessário. Aliás, prova disto mesmo, é o regime constitucional consagrado no art. 18º da Constituição da República Portuguesa quanto à restrição daqueles direitos. “Serão proibidas todas as provas obtidas mediante uma compressão dos direitos fundamentais em termos não consentâneos com a autorização constitucional, ainda que aparentemente a prova seja admissível e apenas tenham sido violadas as formalidades processuais para a levar a cabo.”³⁰³.

COSTA ANDRADE, assim como a doutrina dominante alemã³⁰⁴, entendem que as proibições de prova constituem “meios processuais de imposição da tutela de direitos materiais”³⁰⁵. Para esta tese, as proibições de prova existem para proteger certos e determinados direitos fundamentais e, nessa medida, constituem verdadeiros limites à descoberta da verdade material. Aqueles direitos fundamentais não admitem qualquer limitação ou admitem apenas em certas circunstâncias tipificadas legalmente, com o fito processual probatório.³⁰⁶ Assim, a ordem jurídica opta, mediante uma ponderação casuística, pelos interesses prevalecentes em cada momento, seja o interesse público na perseguição penal, seja o interesse público na tutela de certos interesses considerados fundamentais num dado momento histórico.³⁰⁷ Assim, “(o) efeito primeiro desta invalidade é que a prova não pode ser utilizada no processo, não podendo, por isso servir, para fundamentar qualquer decisão.”³⁰⁸.

Esta parece ser, de facto, a solução aceitável em face do nosso ordenamento jurídico, em que, a cada momento, se ponderam os valores relevantes para determinação da proibição, ou não, da prova em análise.

Ainda neste âmbito, no que respeita à descoberta da prova, distinguem-se três momentos: antes da sua admissão no processo, depois da sua admissão mas antes de ser valorada ou depois da sua admissão e depois de valorada. No primeiro momento a proibição da prova não permite adquirir-la para o processo (não admissão da prova). No segundo momento a prova não pode ser valorada. No terceiro e último momento, a decisão é ilegal por violação da lei.³⁰⁹ A nulidade da prova proibida pode ser conhecida independentemente de já ter sido utilizada, ou não, no processo, devendo ser declarada

³⁰³ CORREIA, João Conde – *A distinção ...*, p. 189.

³⁰⁴ ROXIN, WOLTER e SCHMITT.

³⁰⁵ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, p. 122.

³⁰⁶ *Idem*, pp. 122-123.

³⁰⁷ *Idem*, p. 123.

³⁰⁸ *Idem*, p. 126. No mesmo sentido, MANUEL MEIREIS, *op. cit.*, p. 232, e MARTINS DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 263.

³⁰⁹ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, p. 127.

e, consequentemente, excluída. Se a decisão se basear, entre outras, em prova proibida, fica aquela prejudicada por esta, nos termos do art. 122º, n.º 1, do Código de Processo Penal.³¹⁰

2.2. Legitimidade para arguir

Um segundo efeito prende-se com a legitimidade para arguição da proibição de prova, isto é, se aquela deve ser ou não de conhecimento oficioso. A regra da oficialidade visa suprir as omissões dos sujeitos processuais e impedir o branqueamento das ações lesivas de direitos fundamentais³¹¹.

GERMANO MARQUES DA SILVA, considerando que as proibições de prova são sancionadas com a nulidade pertencente a um *tertium genus*, relativamente às nulidades insanáveis e às que dependem de arguição, entende que a nulidade decorrente da violação do regime das proibições de prova é de conhecimento oficioso até ao trânsito em julgado da decisão final, só então se convalidando.³¹²

Também CONDE CORREIA defende o conhecimento oficioso da proibição de prova, pois se assim não fosse poder-se-ia, pela simples omissão de arguição, *sanar* um vício insanável³¹³ (desde logo incompatível com a própria natureza das proibições de prova).

Do mesmo modo MANUEL MEREIS entende que as proibições de prova são de conhecimento oficioso, nada obstando a que outros sujeitos processuais as invoquem³¹⁴.

Igualmente no sentido da oficialidade do conhecimento das proibições de prova, PINTO DE ALBUQUERQUE restringe aquele conhecimento às proibições absolutas, previstas no art. 126º, n.º 1, do Código de Processo Penal, sem impedir que o seu conhecimento ocorra também a requerimento, enquanto o conhecimento das proibições relativas depende de requerimento do titular do direito violado, encontrando suporte na

³¹⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, pp. 337-338.

³¹¹ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 28.

³¹² SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, p. 127.

³¹³ CORREIA, João Conde – *A distinção ...*, p. 194.

³¹⁴ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *op. cit.*, p. 222.

jurisprudência³¹⁵. Havendo renúncia expressa à arguição de nulidade, o juiz não pode conhecer oficiosamente a nulidade decorrente da prova originariamente ilícita.³¹⁶

As proibições de prova são, para JESUS TEIXEIRA, de conhecimento oficioso e não podem estar sujeitas a regime menos protectivo do que aquele que é assegurado pelo regime das nulidades. Por este motivo, também não é aceitável que o Estado se socorra de meios e métodos ilícitos para punir outros ilícitos, subvertendo as próprias finalidades da perseguição penal.³¹⁷

Se for produzida e valorada prova proibida, contra *legem*, o meio processual adequado para reagir será o recurso com vista à destruição da decisão, final ou interlocutória, que naquela se fundamentou, sendo que neste caso não há subordinação à disciplina taxativa³¹⁸ do art. 118º, n.º 1, do Código de Processo Penal, que vigora para as nulidades.³¹⁹ Perante as proibições de prova, ou nulidade de prova³²⁰, o juiz deve fixar as consequências dessa proibição relativamente a outras provas – efeito-à-distância, com salvaguarda do que dispõe o art. 126º, n.º 4, do Código de Processo Penal, relativamente a quem, com a atuação proibida, tenha cometido um crime³²¹. Este aspeto é o que distingue as proibições de prova das nulidades insanáveis porquanto estas não podem ser utilizadas para nenhum efeito, pois, se assim não fosse, as proibições de prova seriam, ao abrigo do regime legal, nulidades sanáveis, o que se revelaria intolerável num Estado de Direito³²².

A possibilidade de recurso extraordinário configura uma importante excepção à imutabilidade do caso julgado. Assim dispõe o art. 449º, n.º 1, alínea e), do Código de Processo Penal, introduzido na revisão do código em 2007, que consagra um recurso extraordinário em caso de condenação assente em métodos proibidos de prova³²³. Deste

³¹⁵ Por exemplo, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20/09/2006, proferido no processo n.º 06P2321, e Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 17/09/2009, proferido no processo n.º 549/08.7PBBJA-A.E1. [Consult. 22 novembro 2014]. Acessíveis em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2e7cf04133dd20f78025723d005a62ab?OpenDocument> e <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/65ad939a750df73b80257662005980f1?OpenDocument> respectivamente.

³¹⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, pp. 336-337.

³¹⁷ *Op. cit.*, p. 26.

³¹⁸ CORREIA, João Conde – *A distinção ...*, p. 175.

³¹⁹ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 27.

³²⁰ Expressão utilizada por MANUEL MEIREIS, *op. cit.*, p. 223.

³²¹ *Ibidem*.

³²² *Ibidem*.

³²³ Vide art. 126º, n.º 1 a 3, do Código de Processo Penal.

modo, o legislador enfatizou a relevância da violação das proibições de prova em face da violação das regras formais consubstanciadas nas nulidades³²⁴.

São possíveis duas interpretações para o preceito acima referido: uma que considera que a proibição se convalida na ordem jurídica e que, por se ter cristalizado na ordem jurídica, apenas é susceptível de recurso extraordinário, e outra que defende que aquela proibição jamais se convalida e que, por essa razão, pode ser invocada a todo o tempo, sendo o recurso de revisão o que melhor se adapta estrutura e funcionalmente à pretensão do recorrente. Não podemos deixar de optar pela segunda, embora reconhecendo que o entendimento sobre a matéria atinente às proibições de prova não é pacífico e que esta já foi amplamente debatida na doutrina e na jurisprudência, continuando a sê-lo, por não se ter logrado alcançar resultados maioritariamente satisfatórios.

Por outro lado, importa ainda ter presente que o trânsito em julgado de uma decisão marca um momento processual, a partir do qual já não é possível sindicar a decisão proferida, pelo menos, por via ordinária de recurso³²⁵. A tese da insanabilidade das provas proibidas reclama, assim, em consequência daquela insanabilidade, a destruição do caso julgado quando a sentença se tenha fundado em métodos proibidos de prova³²⁶, o que, aliás, a Constituição da República Portuguesa já prescreve no seu art. 29º, n.º 6³²⁷.

“(As) proibições de prova são uma limitação à descoberta da verdade material, e portanto, qualquer decisão deve basear-se em provas processualmente admissíveis e válidas, pelo que, alguma decisão final condenatória que possa, porventura, ter ancorado o seu raciocínio numa prova proibida deve ser destruída através do recurso de revisão”³²⁸. “(No) elenco das diferenças entre as nulidades processuais e as proibições de prova, avulta a sanabilidade de umas e a tendencial insanabilidade das outras. Em bom rigor: esta é, mesmo, a principal divergência técnica entre ambas”³²⁹.

Creemos que, em sede de proibições de prova, há mesmo uma insanabilidade porquanto, em nossa opinião, as proibições jamais podem ser sanadas, mesmo que nunca venha a existir recurso.

³²⁴ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 29.

³²⁵ Vide art. 628º do Código de Processo Civil.

³²⁶ JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, SOUSA MENDES e FRANCISCO AGUILAR.

³²⁷ CORREIA, João Conde – *A distinção ...*, pp. 197-198.

³²⁸ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 30.

³²⁹ CORREIA, João Conde – *A distinção ...*, p. 195.

Também assim SOUSA MENDES ao afirmar: “nem sequer o trânsito formalmente em julgado duma sentença condenatória, autoriza que a mácula processual do *atentado extremo contra os direitos humanos* se possa alguma vez tornar insindicável.”³³⁰ e acrescentava que “se pode sempre propugnar a *inconstitucionalidade* dos fundamentos da revisão de sentença transitada em julgado quando forem concretamente interpretados no sentido de impedirem o recurso de revisão baseado na descoberta do carácter gravemente viciado dos meios de prova que levaram à condenação do arguido”³³¹.

A proibição de prova pode ser conhecida em qualquer momento processual, sendo este, segundo PINTO DE ALBUQUERQUE, o traço mais característico do regime das proibições de prova. Se o vício ocorreu no inquérito ou na instrução, não tendo sido expressamente conhecido no despacho instrutório, o juiz de julgamento pode conhecer daquele, oficiosamente ou a requerimento, consoante aquele se enquadre no art. 126º, n.º 1 ou n.º 3, do Código de Processo Penal, respectivamente. Mas se o juiz de instrução tiver conhecido do vício e tiver declarado a proibição de prova, a decisão fica sujeita ao caso julgado sobre nulidades. Consequentemente, a questão não poderá ser novamente suscitada em sede de julgamento. Se a referida prova tiver sido admitida, a decisão já fica subtraída ao caso julgado sobre nulidades, pelo que questão poderá ser sindicada em sede de julgamento podendo o juiz deste revê-la. Se o vício ocorrer durante o julgamento, o juiz pode, naturalmente, dele conhecer, oficiosamente ou a requerimento consoante o vício. Após o trânsito em julgado, as proibições de prova convalidam-se salvo o regime excepcional do recurso de revisão.³³² Por isso, aquele autor considera que o art. 449º, n.º 1, alínea e), do Código de Processo Penal, é inconstitucional por violar os art. 2º e 29º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa, por encobrir um “recurso ordinário encapotado” apto a originar um “processo penal interminável” e, assim, fazer perigar a segurança jurídica que resulta do caso julgado e, consequentemente, o próprio Estado de Direito. Na mesma linha, COSTA ANDRADE considera que a mencionada alínea é uma manifestação especialmente exaltada contra o caso julgado.³³³ Na realidade, esperava que a revisão de 2007 “superasse directamente as antinomias, aporias e lacunas do direito até aqui vigente, pondo-se de pé um verdadeiro e consistente ordenamento das proibições de

³³⁰ MENDES, Paulo de Sousa, *op. cit.*, p. 147.

³³¹ *Idem*, p. 152.

³³² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p. 337.

³³³ OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de, *op. cit.*, p. 271.

prova.”³³⁴, começando desde logo pela uniformização conceitual e terminológica, por exemplo, de proibição de prova³³⁵.

MARTINS DE OLIVEIRA não vê, todavia, qualquer inconstitucionalidade na norma introduzida pela alínea e), do n.º 1, do art. 449º do Código de Processo Penal, porquanto consubstancia uma “revisão pro reo (...) fundada na violação de uma norma que visa proteger o arguido”³³⁶. Dar prevalência à segurança e certeza jurídicas em detrimento da própria Justiça seria incompreensível³³⁷. “Seria a um erro judiciário, de que tanto é vítima o juiz que condenou e se enganou, como o réu condenado e que suporta o peso do erro, fazer suceder um ”crime judiciário”, pois como tal há que considerar a manutenção duma condenação por pretensas razões formais”. O erro tem a desculpa de importância; a manutenção consciente da condenação, é imposição de um mal, que a lei e aquela justiça, que nem as leis podem atingir ou afectar, repele”³³⁸.

Decisão, em nossa opinião, surpreendente, foi proferida em Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça: “I - A jurisprudência do STJ tem vindo a pronunciar-se de modo uniforme no sentido de que as provas proibidas, a que alude a al. e) do n.º 1 do art. 449.º do CPP, devem ter sido descobertas já depois da decisão a rever.

II - No caso, a utilização de métodos de prova alegadamente proibidos nada tem de novo, pois desde a data da prática dos factos que o recorrente tinha conhecimento que o seu telefone estava ligado a uma rede espanhola e tendo ficado inteirado das escutas desde a data em que conheceu a acusação, nunca colocou a questão da invalidade do despacho do JIC que ordenou as escutas, nem nos recursos anteriores foi suscitada tal nulidade.

III - Como o uso e a valoração das provas alegadamente proibidas não relevam nesta sede de revisão de sentença, pois que não foram descobertas posteriormente à decisão condenatória, é de julgar improcedente o recurso interposto pelo condenado.”³³⁹. Não vislumbramos qualquer suporte legal para a estipulação de um limite temporal para arguição de prova proibida. Este entendimento tem por efeito a

³³⁴ ANDRADE, Manuel da Costa – *Bruscamente ...*, p. 120.

³³⁵ *Idem*, p. 121.

³³⁶ OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de, *op. cit.*, p. 271.

³³⁷ *Idem*, pp. 271-272.

³³⁸ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – Revisão Penal. In *Scientia Iuridica*, Tomo XIV, n.º 75-76. p. 521. No mesmo sentido, SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES – *Recursos em Processo Penal*, 5ª edição. Rei dos Livros, 2002. p. 206.

³³⁹ Acórdão de 14/03/2013, de 14/03/2013 [Consult. 27/11/2014]. Acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b67d46cc238914b480257b5200496055?OpenDocument>.

restrição, quanto a nós inconstitucional, do regime de proibições de prova acolhido na Constituição da República Portuguesa.

Outra opinião, da qual, com o devido respeito, também discordamos foi proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça: “I - O recorrente alega que a busca levada a cabo na residência sita em ..., é nula por o consentimento para a referida busca ter sido dado por MD, tido como irmão do recorrente, e não por este, que era o verdadeiro titular do direito à habitação e o visado pela busca.

II - O art. 126.º consagra um regime de proibições de prova (e também, consequencialmente, de proibições de valoração) com alcance diverso em situações diferenciadas, o que não admira num domínio marcado pela heterogeneidade, logo no que toca aos métodos proibidos.

III - No primeiro caso (n.ºs 1 e 2), em que estão em causa direitos indisponíveis, contendendo com a dignidade da pessoa humana e valores imposterigáveis, a todos os títulos, enquanto inerentes ao núcleo fundamental do Estado de direito democrático, as provas obtidas ilegalmente (provas proibidas) não podem ser utilizadas (valoradas), mesmo que o titular do direito consinta na violação. O consentimento é irrelevante.

IV - Na segunda hipótese (n.º 3), para além de se ressaltarem os casos previstos na lei, a proibição de prova pode ser afastada mediante o consentimento do titular do direito. São aquelas situações em que há intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. Trata-se de um domínio, este, sem dúvida pertinente à área dos direitos fundamentais, mas em que releva a disponibilidade dos respectivos titulares, que podem consentir validamente no acto, em princípio lesivo desses direitos. Aqui, todo o relevo é conferido à vontade do titular, segundo o princípio *volenti non fit injuria* (não se comete injúria, ou não se prejudica a quem consente).

V - Assim, a primeira hipótese configura uma proibição absoluta; a segunda, uma proibição relativa.

VI - No caso sub judice, o recorrente arguiu efectivamente a nulidade, mas fê-lo apenas no recurso para o Tribunal da Relação, o que não deixa de ser contrário a normas de lealdade processual, tanto mais que se tratava da pressuposta inobservância de determinados requisitos ou formas de procedimento quanto às formalidades da busca, de que o recorrente estava ciente desde a fase de inquérito.

VII - Ora, o recorrente podia e devia ter colocado a questão da nulidade no tribunal de 1.ª instância, para que este se pronunciasse sobre ela de modo específico e

não, por mero tacticismo processual ou por outra razão idêntica, guardar para o momento que mais lhe conviesse a colocação dessa questão aos tribunais superiores.

VIII - Atitudes processuais como a do recorrente, deixando arrastar a situação ao longo do processo até ser proferida decisão final, atenta contra o princípio da lealdade e da equidade processual ou do justo processo (*due process of law*), decorrente do Estado de direito e da legalidade democrática.

IX - Não concordando com a decisão proferida pelo Tribunal da Relação, o recorrente coloca-a novamente no seu recurso para este Supremo Tribunal. Contudo, a questão, tal como vem posta, vem a traduzir-se numa questão de facto: a alegada disparidade dos factos dados como provados e a realidade existente ao tempo da efectuação da busca.

X - Uma vez que este Tribunal é um tribunal de revista e, como tal apenas aprecia matéria exclusivamente de direito, não se conhece desta questão.”³⁴⁰. Sem prejuízo da bondade da posição processual invocada, cremos, salvo melhor opinião, que, ainda assim, ela não poderá sobrepor-se ao conhecimento da (in)existência de valoração de prova proibida, sob pena de, por esta via, se obstar à aplicação do respectivo regime e, dessa forma, cercear direitos fundamentais dos cidadãos arguidos em processo penal.

Embora partilhemos da opinião de que o instituto das proibições de prova tem um regime próprio e, portanto, singular quanto aos efeitos da prova ilícita no âmbito processual penal, cremos, com o devido respeito, que a nulidade decorrente das proibições de prova jamais se convalida, sendo esta uma importante distinção relativamente ao regime regra das nulidades. Por um lado, porque as proibições de prova comportam, em si mesma, o seu resultado – a proibição e a prova proibida jamais deixará de o ser. A não ser assim, teríamos uma incongruência sistémica, porquanto as nulidades, preordenadas a sancionar os vícios formais podem, no limite, ser insanáveis³⁴¹, mas, transitada em julgado a decisão que delas não tenha conhecido, aquelas nulidades *convalidam-se*³⁴². Ora, a nosso ver, as proibições de prova, tendo inegável carácter substantivo, não podem beneficiar de regime menos protectivo dos

³⁴⁰ Acórdão de 30/06/2011, proferido no processo n.º 83/08.5JAFUN.L1.S1. [Consult. 27 novembro 2014]. <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c2e4750ee94542638025790500320956?OpenDocument>. Acessível em

³⁴¹ Vide art. 119º do Código de Processo Penal.

³⁴² Neste sentido, MAIA GONÇALVES: “A decisão judicial com trânsito em julgado, se não for ela própria nula, cobre a nulidade dos actos processuais até então praticados” – *Código de Processo Penal: Anotado e Comentado*, 13ª edição. Almedina, 2002. p. 323.

bens jurídicos que visam salvaguardar, como aconteceria se lhes fosse reconhecido igual efeito convalidante após o trânsito em julgado de decisão que valorasse, indevidamente, prova proibida. Quanto ao art. 449º, n.º 1, alínea e), do Código de Processo Penal, introduzida em 2007, acompanhamos a última posição porque jamais poderá o critério da segurança jurídica sobrepor-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, basilar do próprio Estado de Direito.

2.3. Eficácia

O terceiro efeito relaciona-se com a eficácia das proibições de provas. Considerando que os bens jurídicos protegidos pelas proibições de prova são tendencialmente indisponíveis, exige-se que a sua protecção tenha eficácia absoluta, isto é, *erga omnes*, distinguindo-se neste ponto das nulidades que possuem carácter relativo.³⁴³ Além do mais, as proibições de prova não são apenas uma garantia dos direitos, liberdades e garantias, elas protegem também toda a comunidade dos eventuais excessos praticados durante a investigação criminal³⁴⁴.

No elenco das diferenças entre os dois regimes, assinala-se a necessidade de repetição dos actos nulos, nos termos do art. 122º, n.º 2, do Código de Processo Penal. No caso das proibições de prova, por se tratar de regime diverso, jamais haverá repetição dos actos proibidos, até porque essa repetição implicaria necessariamente repetir a violação. Além do mais, o regime da nulidade permite a redução dos actos inválidos, aproveitando a parte não afectada, o que equivale a dizer que tais actos são fraccionáveis. O mesmo não sucede nem com os métodos, nem com os meios, de prova. Pense-se, por exemplo, num testemunho ou numa confissão.³⁴⁵ Em sentido diverso, CONDE CORREIA defende que, num depoimento em que sejam revelados factos que constituam segredo de Estado ou segredo profissional, será fácil reduzir o depoimento à parte válida³⁴⁶. JESUS TEIXEIRA coloca reservas a esta posição porquanto, ao admitir-se a cindibilidade de qualquer depoimento, forçoso será aceitar que um depoimento obtido mediante tortura quando esta tenha cessado a meio do interrogatório. Por isso,

³⁴³ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 28. CORREIA, João Conde – *A distinção ...*, p. 195.

³⁴⁴ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 29.

³⁴⁵ *Idem*, p. 31.

³⁴⁶ CORREIA, João Conde – *A distinção ...*, p. 199.

não obstante reconhecer que não se trata de matéria pacífica, crê o autor que, atento o regime das proibições de prova, que não diferencia este tipo de situações, será de considerar que aqueles depoimentos não podem ser utilizados³⁴⁷.

Não obstante, CONDE CORREIA reconhece a impossibilidade de converter um ato probatório, produzido ou valorado contra *legem*, noutro ato processual, com natureza probatória ou não. Neste sentido se pronunciou o Tribunal Constitucional: “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”³⁴⁸. Esta transformação pode efectivamente consubstanciar uma fraude à lei e, portanto, inadmissível.³⁴⁹

Segundo PINTO DE ALBUQUERQUE a declaração de nulidade da proibição de prova implica a repetição da sentença pelo tribunal recorrido, com exclusão da referida prova, não dando lugar ao reenvio do processo para novo julgamento, com base no art. 410º, n.º 3, e 426º, este *a contrario sensu*, do Código de Processo Penal, opondo-se assim à posição de COSTA ANDRADE que defende aquele reenvio.³⁵⁰

Somos de opinião que as proibições de prova têm, efectivamente, uma eficácia absoluta, pois só esta se mostra compatível com a respectiva finalidade garantística de direitos fundamentais. Deste modo, não poderá haver a repetição de actos proibidos ou afectados por provas proibidas.

2.4. O efeito-à-distância

O quarto, e último, efeito das proibições de prova prende-se com o efeito-à-distância, ou também designada doutrina dos frutos da árvore envenenada ou invalidade

³⁴⁷ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 31.

³⁴⁸ Acórdão n.º 137/2001, de 28/03/2011. [Consult. 17 novembro 2014]. Acessível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20010137.html>.

³⁴⁹ CORREIA, João Conde – *A distinção ...*, pp. 199-200.

³⁵⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p. 338.

derivada, uma vez que a não valoração da prova produz efeitos para além do momento em que ocorre^{351, 352}.

Para os autores que defendem apenas a autonomia dogmática das proibições de prova, o efeito-à-distância encontra fundamento no art. 122º, n.º 1, do Código de Processo Penal, atinente ao regime das nulidades. Para os autores que defendem a autonomia dogmática e jurídica das proibições de prova, o efeito-à-distância carece de suporte legal.³⁵³

“A prova proibida contamina a restante prova se houver um nexo de dependência cronológica, lógica e valorativa”³⁵⁴ entre aquela e esta, como decorre do art. 122º, n.º 1, do Código de Processo Penal, segundo a interpretação feita pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 198/2004³⁵⁵. Assim, o efeito-à-distância é tanto maior grave quanto mais grave for a proibição de prova violada. Contudo, a invalidade derivada é limitada, intrinsecamente, pelo fim de protecção da norma processual penal que a estabelece, excluindo-se aquele efeito quando o fim de protecção da norma possa ser conciliado a utilização, no processo, das provas secundárias³⁵⁶. Excluído fica também o efeito-à-distância nas situações de fonte independente, mácula dissipada ou descoberta inevitável.³⁵⁷

JESUS TEIXEIRA encontra o respectivo fundamento, de forma sumária, em sede constitucional pois, por um lado, as proibições de prova têm carácter constitucional para proteger direitos fundamentais e, por outro, se a função protectiva falhar, pode ainda recorrer-se ao efeito-à-distância. Seria incongruente conferir maior eficácia ao

³⁵¹ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *op. cit.*, p. 233.

³⁵² TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 31.

³⁵³ *Idem*, p. 32.

³⁵⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p. 338.

³⁵⁵ Que conclui: “Ora, e assim se alcança uma conclusão, o entendimento do artigo 122º, n.º 1 do CPP, subjacente à decisão recorrida, segundo o qual este abre a possibilidade de ponderação do sentido das provas subsequentes, não declarando a invalidade destas, quando estiverem em causa declarações de natureza confessional, mostra-se constitucionalmente conforme, não comportando qualquer sobreposição interpretativa a essa norma que comporte ofensa ao disposto nos preceitos constitucionais invocados.”. [Consult. 22 novembro 2014]. Acessível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040198.html>.

³⁵⁶ Neste sentido, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 213/94: “Nos termos e pelas razões expostas, decide o Tribunal Constitucional conceder provimento ao recurso de constitucionalidade, julgando inconstitucional a norma do n.º 1, parte final, do art. 129º do Código de Processo Penal, enquanto interpretada pelo acórdão recorrido no sentido de admitir que possa servir como meio de prova o depoimento que resultar do que se ouviu dizer a pessoa determinada quando a inquirição desta pessoa não for possível por impossibilidade de ser encontrada, mesmo que esta pessoa seja um co-arguido e o depoente seja um agente de polícia judiciária que com ela contactou quando, na situação de detida, aguardava o primeiro interrogatório judicial, devendo, em consequência, ser reformado esse acórdão de harmonia com o julgamento em matéria de constitucionalidade.”. [Consult. 22 novembro 2014]. Acessível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940213.html>.

³⁵⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, pp. 338-339.

regime que sanciona vícios formais, como as nulidades, do que ao regime protector de direitos, liberdades e garantias, isto é, as proibições de prova.³⁵⁸

MANUEL MEIREIS considera o efeito-à-distância “como um complemento indispensável do regime previsto no artigo 126.º do CPP”, concluindo com ROXIN que “(se) assim não fosse (...) estar-se-ia a incentivar o recurso aos métodos proibidos de prova e frustrar-se-ia irreparavelmente a correspondente proibição e, consequentemente, a tutela da personalidade individual”³⁵⁹.

Concluindo, o regime de proibições de prova é distinto do das nulidades radicando a diferença no respectivo regime protectivo. Aqueles consubstanciam limites à busca da verdade material e, simultaneamente, tutelam direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. O regime das nulidades contém a resposta jurídica aos vícios puramente formais³⁶⁰, constituindo “mecanismos de destruição de efeitos precários produzidos por um acto processual inválido”³⁶¹.

As proibições de prova têm, segundo MARTINS DE OLIVEIRA, como efeito a inexistência jurídica e não a nulidade. “A característica essencial da inexistência jurídica no âmbito do direito processual é a resistência ao caso julgado e, pro consequente, o facto de poder ser invocada e/ou reconhecida judicialmente a todo o tempo, conquanto o não tenha de ser, visto que a inexistência “existe por si” mesma.”³⁶².

3. Das proibições de prova em especial

3.1. Métodos proibidos de prova: o art. 126º do Código de Processo Penal

Os métodos proibidos de prova abrangem os meios de prova e os meios de obtenção de prova, correspondendo a quaisquer instrumentos intelectuais utilizados com o intuito de demonstrar um facto juridicamente relevante. Numa perspectiva dinâmica das relações jurídicas que se estabelecem neste âmbito, são sujeitos activos dos métodos

³⁵⁸ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 32.

³⁵⁹ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *op. cit.*, p. 234.

³⁶⁰ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 32.

³⁶¹ CORREIA, João Conde – *A distinção ...*, p. 202.

³⁶² OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de, *op. cit.*, p. 282.

proibidos de prova os agentes do Estado, os particulares que atuam sob orientação daqueles e todos os demais particulares. São sujeitos passivos dos métodos proibidos de prova o arguido, o assistente, as partes civis, as testemunhas e os peritos.³⁶³

O art. 126º do Código de Processo Penal contém o regime âncora dos métodos proibidos de prova, nomeadamente quanto à proibição de produção e proibição de valoração, sendo considerada, nas palavras de SCHMIDT³⁶⁴, uma “norma processual fundamental”³⁶⁵. Todavia o regime não é linear, antes revelando-se diferenciado e complexo em função da heterogeneidade dos métodos proibidos de prova, desde a tortura aos meios enganosos.³⁶⁶

As proibições de prova encontram fundamento na “ilicitude criminal do meio de prova”³⁶⁷. “Mas nem todas as violações de prova constituem ilícito criminal. Há proibições de prova fundadas em condutas substantivamente neutras, como, por exemplo, a do artigo 355.º (do Código de Processo Penal). E nem todas as provas criminalmente ilícitas são provas processualmente proibidas. Há provas ilícitas cuja valoração é admissível se o titular do direito violado o autorizar. Daí a especial importância do artigo 126.º, n.º 3, do CPP”³⁶⁸.

Qualquer que seja o fim a alcançar, nenhuma prova pode ser obtida mediante tortura. Tal implica a redução do arguido a um mero instrumento de revelação de informação para a investigação, desprovido de quaisquer direitos, o que é frontalmente incompatível com o valor da dignidade humana e com o princípio do Estado de Direito acolhidos na Constituição da República Portuguesa.³⁶⁹ Situação diferente é a dos meios enganosos que abrangem as situações de indução activa do erro, aproveitamento do erro já existente e omissão de esclarecimento para eliminar o erro³⁷⁰.

As dificuldades nesta matéria adensam-se perante a variedade de estatutos processuais quer dos beneficiários das proibições de prova, quer os seus destinatários. Por isso, actualmente é pacífico o entendimento de que a proibição de prova aproveita a todos os sujeitos passivos do método de prova – arguido, testemunhas, peritos, mas em termos distintos, tanto quanto à extensão, como à consistência da sua tutela. O arguido,

³⁶³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, pp. 334-335.

³⁶⁴ A propósito do preceito homólogo no direito germânico.

³⁶⁵ *Apud* COSTA ANDRADE – *Sobre as Proibições ...*, p. 209.

³⁶⁶ *Idem*, pp. 209-210.

³⁶⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p. 335.

³⁶⁸ *Ibidem*.

³⁶⁹ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as Proibições ...*, p. 210. No mesmo sentido, SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES – *Código de Processo Penal Anotado*. 2ª edição. Rei dos Livros, 2000. p. 662.

³⁷⁰ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as Proibições ...*, p. 211.

enquanto sujeito processual, tem liberdade de declaração, podendo, ao abrigo daquela, nada declarar ou declarar o que entender, não estando sequer obrigado a um dever de verdade. As testemunhas já não beneficiam daquele estatuto, embora se conserve o respeito pela dignidade humana. Todavia, as testemunhas, para além da obrigação de declarar, têm o dever de o fazer com verdade.³⁷¹

Já referimos que o preceito em análise é aplicado tanto aos agentes de investigação, como aos particulares, que carreguem para o processo provas proibidas. Enquanto os primeiros estão limitados pela lei material penal e pela lei processual penal, estes apenas conhecem os limites decorrentes do direito material criminal.³⁷²

Do exposto já se advinham dificuldades na interpretação do art. 126º do Código de Processo Penal. Este preceito replica parcialmente os art. 32º e 34º, ambos da Constituição da República Portuguesa, embora não uniformize os requisitos para sancionar a sua violação. O preceito prevê duas situações: uma relativa às provas obtidas mediante lesão de certas ações – tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral das pessoas e outra relativa às provas obtidas através de intromissão na vida privada. Excluído do preceito ficou a problemática da inexistência que é, todavia, reconhecida pela doutrina e jurisprudência^{373 374}.

Na primeira situação, a prova é sempre proibida, mesmo que o titular do bem jurídico atingido nela tenha consentido. Há uma sobreposição do efeito imperativo legal à renúncia do direito pelos eu titular. Só deste modo é possível garantir com efectividade a tutela desses bens jurídicos, anulando qualquer margem, por pequena que seja, de subversão ao regime legal. O consentimento é, assim, juridicamente irrelevante pelo que será inútil obtê-lo, prevenindo-se, deste modo, a violação dos bens jurídicos tutelados e respeitando ilimitadamente a dignidade da pessoa humana, exigência primeira e fundamental da ideia de Estado de Direito. Existindo consentimento, é também irrelevante o momento em que ocorre a renúncia ao direito, sendo indiferente que ela tenha lugar no momento em que a prova é produzida ou no momento da sua valoração. “(O) propósito de banir em absoluto a utilização e aproveitamento destes métodos (proibidos de prova) leva a lei vigente a sancionar soluções extremadas de

³⁷¹ *Idem*, pp. 212-213.

³⁷² *Idem*, p. 213.

³⁷³ Por exemplo, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 1/2006, publicado no DR I, Série A, de 02/01/2006, que, não abordando directamente esta matéria, reconhece a figura da inexistência: “a imperfeição do acto processual, por via da não observância da norma ou normas que regulam o seu processamento, pode assumir formas diversas consoante a gravidade do vício que lhe subjaz, desde a mera irregularidade até à inexistência.”.

³⁷⁴ CORREIA, João Conde – *A distinção ...*, p. 175.

indisponibilidade, uma ideia a que (...) o conceito e o regime das proibições de prova acabam por prestar homenagem”³⁷⁵.³⁷⁶

Na segunda situação, já a existência de consentimento será o critério diferenciador entre métodos proibidos de provas e métodos permitidos de prova. A proibição é, nesta sede, apenas relativa e não absoluta, como sucede na situação anterior.³⁷⁷ PAULO DÁ MESQUITA reconhece que a distinção entre nulidades absolutas e relativas permite uma ponderação dos diferentes valores e exigências de protecção³⁷⁸.

Contudo, só é válido o consentimento prestado previamente e que fique documentado, por qualquer forma, no processo. Daqui decorre que o consentimento posterior não é válido e, por esse motivo, a prova permanece proibida, devendo ser destruída oficiosamente, porque o “acordo posterior não apaga a gravidade desse pecado original”³⁷⁹.³⁸⁰ Em sentido diverso, manifesta-se PINTO DE ALBUQUERQUE ao considerar que o consentimento pode ser dado *a posteriori* sob a forma de ratificação, desde que o arguido seja esclarecido sobre o seu de recusar o depoimento prestado indevidamente³⁸¹. “O consentimento pode ser dado *ex ante* ou *ex post facto*”³⁸². Se ao titular do direito é permitido consentir a intromissão na esfera jurídica do seu direito, pode aquele, do mesmo modo, “renunciar expressamente à arguição da nulidade ou aceitar expressamente os efeitos do acto, tudo com a consequência da sanção da nulidade da prova proibida”³⁸³.

Todavia não serve *qualquer* consentimento. Este tem que ser dado pelo titular do direito lesado³⁸⁴, tem que ser válido e tem que ser legalmente admissível, porquanto há direitos indisponíveis como, por exemplo, o direito de garantia e protecção de certos direitos fundamentais. Desde logo, o consentimento tem que ser livre, o que nem sempre ocorre em virtude da desigualdade dos intervenientes (poder estadual vs arguido).³⁸⁵

³⁷⁵ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as Proibições ...*, p. 214.

³⁷⁶ *Idem*, pp. 214-215.

³⁷⁷ CORREIA, João Conde – *A distinção ...*, p. 194.

³⁷⁸ *Apud* PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 336.

³⁷⁹ CORREIA, João Conde – *A distinção ...*, p. 194.

³⁸⁰ *Ibidem*.

³⁸¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p. 373.

³⁸² *Idem*, p. 335.

³⁸³ *Ibidem*.

³⁸⁴ Neste sentido, PINTO DE ALBUQUERQUE, *ibidem*.

³⁸⁵ CORREIA, João Conde – *A distinção ...*, pp. 181-182.

Apesar de a letra do preceito não se socorrer dos habituais advérbios que nos permitem concluir pela enumeração exemplificativa das situações nele previstas, como, por exemplo, *nomeadamente* e *designadamente*, tem sido entendimento generalizado de que o art. 126º do Código de Processo Penal contém um elenco exemplificativo de métodos proibidos de prova³⁸⁶, devendo considerar-se também proibidos todos os métodos susceptíveis de realizar a mesma danosidade social aos bens jurídicos tutelados pela norma. Importa então saber se a estes métodos inominados e não tipificados também valerá a (in)eficácia do consentimento, consoante estejamos perante a primeira ou a segunda situações acima mencionadas respectivamente. Esta questão levanta-se com particular acuidade quanto à admissibilidade do polígrafo, ou também designado detector de mentiras. Aceite pelo sistema processual penal americano, este é maioritariamente recusado na Alemanha. Contudo, há uma corrente doutrinal minoritária que o admite quando este seja o único meio de que o arguido dispõe para evitar a sua condenação, sendo a sua denegação, nestas circunstâncias, incompatível com a própria ideia de Estado de Direito.³⁸⁷

Averiguemos sobre a (in)admissibilidade do polígrafo no sistema processual português, considerando, desde logo, dois pressupostos: o arguido jamais poderá ser sujeito a um teste de polígrafo contra a sua vontade e a lei processual não prevê o polígrafo como um método proibido de prova, apesar de vedar o recurso à hipnose³⁸⁸ que habitualmente está associada ao método do polígrafo. COSTA ANDRADE considera que o polígrafo não deve ser excluído, sem mais, dos métodos admitidos de prova, podendo mesmo ser aconselhável quando seja o último meio possível para demonstrar a inocência do arguido. Mas neste caso é preciso assegurar, por um lado, que o arguido recorre a este método de prova no exercício de total liberdade e, por outro, que ele implique sacrifícios desproporcionais aos direitos ou interesses legítimos de terceiros.³⁸⁹

Diferentemente considerou o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15/07/2008, por unanimidade, que “Estão, pois cobertos pela proibição (de prova) os processos de narcoanálise, o detector de mentiras, os meios que exerçam coacção sobre as pessoas ou levem ao erro, enfim, todos os procedimentos que provoquem dores físicas ou morais, os que enganem ou iludem (...) ou quaisquer outros do mesmo tipo e

³⁸⁶ Neste sentido, PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 339.

³⁸⁷ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as Proibições ...*, p. 216.

³⁸⁸ Vide art. 126º, n.º 2, alínea a), do Código de Processo Penal.

³⁸⁹ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as Proibições ...*, pp. 218-219.

que conduzam aos mesmos resultados”³⁹⁰, reconduzindo o polígrafo a método absolutamente proibido de prova. Até porque a possibilidade de condicionar e, assim, falsear os resultados do polígrafo são reais e muito acessíveis³⁹¹.

Tendemos a seguir a visão jurisprudencial, porquanto colocar o *poder decisório* numa máquina que regista alterações físicas e psicossomáticas, não distinguindo a sua origem, é, por um lado, desconsiderar a pessoa do arguido e a sua dignidade (ao ser substituído na sua consciência e liberdade de expressão ou manutenção do silêncio pelo polígrafo, objecto automatizado e pré-programado) e, por outro, não atender à falibilidade da própria máquina, quer porque se trata de um mecanismo de resposta pré-determinada (em função dos registos obtidos), quer porque perante uma dúvida insanável, o tribunal deve absolver e não condenar. Supondo que o arguido só pelo facto de estar ser examinado, ainda que voluntariamente, por tal método já ficaria física e psiquicamente alterado, poderia o respectivo registo ser imediatamente interpretado como estando a mentir. Nesta linha podemos mesmo questionar-nos se, convencido o tribunal da culpabilidade do arguido através dos meios legais de prova, seria o recurso ao polígrafo, com as condicionantes descritas, apto a inquinar tal convicção. Cremos que não e, pelo que fica dito, consideramos que o polígrafo deve ser considerado método absolutamente proibido de prova à luz do sistema processual português vigente, em concreto, do art. 32º, n.º 8, da Constituição da República Portuguesa e art. 126º, n.º 1 e 2, do Código de Processo Penal.

As declarações do arguido obtidas por intermédio de meio falacioso conduzem inevitavelmente a uma proibição de prova. Assim se pronunciou o Supremo Tribunal de Justiça, onde chamou à colação outros aspectos relativos às proibições de prova, que se revestem do maior interesse prático: “A síntese delineada tem um significado preciso: os arguidos confessaram na expectativa de um acordo relativo á pena que lhes iria ser aplicada.

Sucede que tal acordo e qualquer limite da pena que lhes fosse noticiado era ilegal e não permitido pelo Código de Processo Penal.

A confissão operada no caso vertente tem na sua génese a promessa de uma vantagem que não é legalmente admissível.

³⁹⁰ [Consult. 9 novembro 2014]. Acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/0/9182245992c7c5d18025749000503b8c?OpenDocument>.

³⁹¹ Para maior desenvolvimento, vide MANUEL SIMAS SANTOS e MANUEL LEAL-HENRIQUES - *Código ...*, pp. 663-664.

Dispõe o nº1 do artigo 126 do CPP (Métodos proibidos de prova) que são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. Por seu turno o número 2 do mesmo normativo refere que são ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante:

e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível.

Como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira³⁹² aceitando-se como princípio que é no direito processual penal que vão convergir as virtudes, e defeitos, constitucionais é, sem dúvida, no artigo 32 da Constituição da República Portuguesa que ganham corpo os princípios materiais do processo criminal ou de constituição processual criminal.

Assumindo uma configuração de verdadeiras "garantias de processo criminal" as denominadas "proibições de prova" constituem concretizações processuais de direitos fundamentais - e não meros limites à actividade dos órgãos de polícia criminal e das autoridades judiciais - como o direito à integridade pessoal, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e o direito à liberdade, consagrados nos artigos 25.º, nº1, 26.º, nº1, e 27.º, nº 1, respectivamente, da Constituição. Em última instância, está em causa a tutela de direitos pessoais que se reconduzem à dignidade da pessoa humana - princípio transversal da ordem jurídica com raiz na consciência colectiva.

Prescreve o nº 8 do referido art. 32º da Constituição da República Portuguesa, que são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. Por tal forma se convoca a nulidade qualquer prova que tenha sido obtida em contravenção com aqueles direitos de dignidade constitucional e se comina a impossibilidade de tais elementos serem valorados no processo. Estamos perante o núcleo essencial das proibições de prova que veio a conformar e determinar o legislador ordinário ao consagrar, no art. 126º do Código de Processo Penal, os denominados métodos proibidos de prova.

Todavia, é nítido o diferente recorte que assumem, no preceito citado, e em termos de tonalidade ético-normativa, a proibição de provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física, ou moral, das pessoas em relação àquelas que têm por fundamento a intromissão na vida privada, no domicílio, na

³⁹² *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição revista. Coimbra Editora, 2007. pp. 525 e ss.

correspondência ou nas telecomunicações. Se, na primeira hipótese, estamos perante uma proibição absoluta, insusceptível de qualquer concessão, pois que está em causa o próprio núcleo dos direitos de personalidade, já no segundo caso é a própria norma -ao referir os casos ressalvados na lei- que admite a compressão de direitos constitucionais, porquanto tal é razoável e admissível, numa lógica de proporcionalidade, e exigido pelo próprio interesse do Estado no funcionamento da justiça penal.

As proibições de prova dão lugar a provas nulas³⁹³. Porém, a nulidade das provas proibidas obedece a um regime próprio, distinto da nulidade insanável e da nulidade sanável. Trata-se de um regime complexo, que distingue dois tipos de proibições de provas consoante atinjam a integridade física e moral da pessoa humana ou a privacidade da pessoa humana.

Refere Paulo Pinto Albuquerque, "a nulidade da prova proibida que atinge o direito à integridade física e moral previsto no artigo 126, nº 1 e 2 do CPP é insanável; a nulidade da prova proibida que atinge os direitos à privacidade previstos no artigo 126, nº 3 é sanável pelo consentimento do titular do direito. A legitimidade para o consentimento depende da titularidade do direito em relação ao qual se verificou a intromissão ilegal. O consentimento pode ser dado *ex ante* ou *ex post facto*. Se o titular do direito pode consentir na intromissão na esfera jurídica do seu direito, ele também pode renunciar expressamente à arguição da nulidade ou aceitar expressamente os efeitos do acto, tudo com a consequência da sanção da nulidade da prova proibida. Em síntese, o artigo 126, nº 1 e 2, prevê nulidades absolutas de prova e o nº 3 prevê nulidades relativas de prova".³⁹⁴

Podemos sintetizar, dizendo que a interdição de prova é absoluta no caso do direito à integridade da pessoa e relativa nos restantes casos, devendo ter-se por abusiva a intromissão quando efectuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial (art. 34º-2 e 4), quando desnecessária, desproporcionada ou quando aniquiladora dos próprios direitos (art. 18º-2 e 3).

O facto de existir no processo prova que se encontra contaminada pela violação das regras de proibição do nº1 ou nº3 do Código de Processo Penal só tem consequências directas caso a mesma prova seja invocada como fundamento da convicção do juiz sobre os factos que determinam a sua decisão, quer esta seja a decisão

³⁹³ Vide art. 32º, n.º 8, da Constituição da República Portuguesa.

³⁹⁴ *Comentário ao Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição atualizada. Universidade Católica Portuguesa, 2011. Próprio. 335 e ss.

final, quer se reconduza a uma decisão interlocutória. Caso a violação se verifique sem que desse facto sejam extraídas quaisquer consequências a nível de fundamentação decisória a constatação da existência de uma violação de regras de proibição de prova não tem efeitos processuais relevantes.

A nulidade resultante da indevida valoração de prova proibida é agora, e após a última reforma processual, fundamento de recurso da decisão ou da sentença em que está inscrita e por tal motivo. Sobre as suas consequências existe divergência: para Costa Andrade³⁹⁵ importa distinguir os casos em que a valoração proibida do meio de prova constitua o único suporte probatório sobre que assenta a sentença condenatória. Hipótese em que tanto a pertinência do recurso como o sentido da sua decisão - sic absolvição do arguido - se afiguram inescapáveis. No extremo oposto, mas igualmente lineares, são as situações em que a irrelevância causal da valoração da prova proibida aparece claramente exposta. Então a invocação da proibição de prova, a não determinar a rejeição do recurso (art. 420.º do CPP) não será em qualquer caso, e só por si, bastante para pôr em causa a decisão recorrida. O mesmo deverá ser o tratamento dos casos em que a nulidade devida à proibição de prova deva considerar-se sanada por exclusão da ligação entre o vício e a sentença. Tal sucederá, por exemplo, quando o recurso aos processos hipotéticos de investigação permite seguramente alcançar o mesmo resultado probatório.

Porém, o normal será que a prova proibida concorra, como no caso vertente com uma pluralidade de meios admissíveis. Neste caso, e na perspectiva de Costa Andrade, acentua-se a natureza aleatória da tentativa de identificar e segmentar o peso que o meio de prova, atomisticamente considerado, terá tido na convicção do julgador. Assim, adianta o mesmo Autor (ibidem pag 66) só pela via da revogação da decisão se poderá assegurar a reafirmação contrafáctica das normas violadas e a actualização do respectivo fim de protecção. O que terá de fazer-se, na sua perspectiva, prevenindo-se o perigo de a convicção sobre a responsabilidade criminal do arguido, entretanto lograda - e para a qual contribuiu, a seu modo, o meio proibido de prova - ter já operado uma reinterpretação cognitiva do significado e da valência probatória dos meios sobrantes e legítimos de prova. Conclui, assim, que a renovação da prova motivada pelas proibições de valoração suscita, exigências a que, por princípio, só através do reenvio (arts. 426.º, 431.º e 436.º do CPP) se poderá dar resposta ajustada.

³⁹⁵ *Sobre as Proibições ...*, pp. 65 e ss.

Importa distinguir situações distintas pois que a hipótese de reenvio se dirige aos casos em que não é possível julgar a causa pela existência de um dos vícios do artigo 410. Ora, na hipótese de ser declarada a proibição de prova, não está em causa o vício que afecta a matéria de facto, a necessitar de um adequado esclarecimento, mas sim o expurgar do vício que afecta a mesma decisão o que tem, em princípio, por consequência a emissão de uma nova sentença pelo tribunal recorrido, mas expurgada do vício apontado (conf. Paulo Pinto de Albuquerque Comentários pag 329).

Porém, se a prova agora considerada proibida puder ser novamente produzida, mas agora em condições de legalidade, então a solução passa necessariamente pela aplicação das regras do reenvio pois que só através da sua aplicação é possível a reposição da verdade material com a ressalva do respeito dos direitos do arguido.

É exactamente essa a hipótese vertente pelo que nos termos do artigo 426 e seguintes se declara existe uma prova proibida consubstanciada na confissão dos arguidos nos sobreditos termos e se determina o reenvio do processo para novo julgamento que tem por finalidade a supressão de tal vício”.³⁹⁶

3.1.1. Meios enganosos de obtenção de provas em processo penal

A matéria dos meios enganosos no âmbito dos métodos proibidos de prova é complexa. Desde logo, pela multiplicidade dos seus agentes e pelas diferenças que resultam do “*objecto do erro* fraudulentamente induzido”³⁹⁷. Por um lado, os meios enganosos podem assumir diversas formas: por “*produção activa e dolosa do erro*”³⁹⁸, por “*aproveitamento ou reforço de um erro preexistente*, espontâneo ou provocado por terceiro”³⁹⁹ ou por “*mera omissão do esclarecimento* adequado a afastar o erro”⁴⁰⁰ existente. Por outro, à estrutura heterogénea e à fenomenologia dissemelhante que comportam corresponde uma evidente discrepância normativa, que contrasta com a uniformidade cognitiva e normativa dos outros meios de prova, indo do “engano

³⁹⁶ Acórdão de 10/04/2013, proferido no processo n.º 224/06.7GAVZL.C1.S1. [Consult. 27 novembro 2014].
Acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281f0?OpenDocument>.

³⁹⁷ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as Proibições* ..., p. 233.

³⁹⁸ *Ibidem*.

³⁹⁹ *Idem*, p. 234.

⁴⁰⁰ *Ibidem*.

proibido”⁴⁰¹ à “astúcia permitida”⁴⁰². Estas dificuldades tornam-se práticas quando se tenta apurar o critério para qualificar os meios enganosos proibidos e na aplicação daquele aos casos concretos.⁴⁰³

Actualmente já não colhe o argumento, outrora dominante, de que só as mentiras grosseiras seriam proibidas, deixando no universo dos métodos admitidos a utilização de métodos subtis de artifício e manipulação, porquanto hoje considera-se que são efectivamente os meios mais subtis de engano que podem atentar contra a liberdade de declaração, digna de tutela.⁴⁰⁴

Hodiernamente entende-se que, por princípio, devem ser proibidos os meios enganosos que coloquem o arguido sob a mesma coerção que outros métodos proibidos de prova, critério que deverá orientar a qualificação das situações factuais menos evidentes. “Por *erro* deve entender-se a falsa ou nenhuma representação da realidade concreta, que funcione como vício do consentimento da vítima. (...) A mera mentira verbal pode, pois, (...) ser meio do induzimento em erro ou do engano”⁴⁰⁵. Por isso, tende a distinguir-se, desde logo, entre a produção do erro por acção ou por omissão⁴⁰⁶. O primeiro caso não oferece dúvidas e as provas assim obtidas são, sem qualquer excepção, proibidas em virtude da proibição do método de obtenção daquelas consubstanciando meio enganoso.

Exemplos paradigmáticos são os de informar o arguido de que o cúmplice já confessou ou que já foram identificadas as suas impressões digitais no objecto do crime. No caso de omissão, o método só será proibido quando exista o dever jurídico de agir, como seja o de esclarecer ou o de informar, para que o arguido não persista no erro em que incorre, mas que não foi criado pelo agente de investigação.⁴⁰⁷

Há, portanto, uma diversidade de regimes justificada pela diferente conduta dos órgãos de investigação e que não contraria o princípio geral de admissibilidade das provas que não forem legalmente proibidas⁴⁰⁸, nem, em nossa opinião, a proibição genérica dos meios enganosos que exige uma conduta positiva quando prevê tortura,

⁴⁰¹ *Ibidem*.

⁴⁰² SCHLÜCHTER *apud* COSTA ANDRADE – *Sobre as Proibições ...*, p. 234.

⁴⁰³ *Idem*, pp. 233-235.

⁴⁰⁴ *Idem*, p. 235.

⁴⁰⁵ LEAL-HENRIQUES, Manuel; SIMAS SANTOS, Manuel de – *O Código Penal de 1982*. Vol. 4. Rei dos Livros, 1987. p. 143.

⁴⁰⁶ Neste sentido também MANUEL MEIREIS, *op. cit.*, p. 205.

⁴⁰⁷ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as Proibições ...*, pp. 236-237.

⁴⁰⁸ *Vide* art. 125º do Código de Processo Penal.

coacção ou ofensa⁴⁰⁹, reforçada pela expressão “perturbação”⁴¹⁰. Sendo estas dificilmente reconduzíveis a omissões, afigura-se-nos adequada a diferença de regime.

3.1.2. Homens de confiança: agentes infiltrados e agentes provocadores

No conceito extensivo de homens de confiança referido por COSTA ANDRADE incluem-se as testemunhas que colaboram na investigação em troca de confidencialidade sobre a sua identidade e actividade, quer sejam particulares, do mundo da criminalidade ou não, quer sejam agentes de investigação, nomeadamente agentes encobertos ou infiltrados⁴¹¹.

Os agentes infiltrados ou encobertos apenas recolhem informação e não participam na prática do crime. Ao invés, os agentes provocadores, não revelam informação, antes criam o próprio crime e o criminoso.⁴¹² Os modelos alemão e americano refutam a intervenção de agentes provocadores porquanto o Estado lança mão de métodos que consubstanciam factos ilícitos e que pelos quais pretende punir o arguido⁴¹³. Não nos parece, de facto aceitável, que o Estado se sirva de tal ilicitude, em nome da perseguição penal, para puni-la depois, em consequência daquela mesma perseguição. Esta atitude nega de forma ostensiva a existência de um Estado de Direito, permitindo meios enganosos, insidiosos e torpes como vias para o cometimento de crimes que ele próprio sanciona.

A intervenção de homens de confiança coloca também problemas ao nível da responsabilidade penal – do provocador e do provocado. A jurisprudência e a doutrina alemãs têm considerado que a responsabilidade do provocado deve ser excluída pela intervenção do agente provocador ou, pelo menos, diminuí-la. Aquela intervenção passou a constituir um “obstáculo processual”⁴¹⁴ análogo a um “pressuposto processual negativo”⁴¹⁵. A verificação daquele pressuposto teria como consequência a *caducidade* da intenção punitiva do Estado. Só assim não seria quando a iniciativa da prática do

⁴⁰⁹ Vide art. 126º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

⁴¹⁰ Vide art. 126º, n.º 2, alínea a), do Código de Processo Penal.

⁴¹¹ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as Proibições* ..., p. 220.

⁴¹² SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, pp. 176-177.

⁴¹³ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as Proibições* ..., p. 222.

⁴¹⁴ *Sobre as Proibições* ..., p. 225.

⁴¹⁵ *Ibidem*.

facto partisse do próprio arguido, e já não do agente provocador⁴¹⁶. Portanto, por princípio, a intervenção de agentes provocadores consubstanciaria uma proibição de prova. Esta posição vem a ser destronada pela tese jurisprudencial da solução em sede de medida da pena que encontra fundamento no direito substantivo, embora contestada pela doutrina. O agente provocado beneficia de uma exclusão da pena, por via de dispensa da pena, quando a provocação, em casos extremos, conduza a uma perda da função do próprio direito penal. Em simultâneo, outra corrente doutrinária encontra uma solução no âmbito das proibições de prova ao considerar que o recurso a agentes provocadores configurará sempre uma situação de coacção, porquanto se o agente provocado conhecesse a motivação e a intenção daquele, jamais praticaria o facto ilícito. No sistema americano esta mesma questão é resolvida através do princípio da oportunidade, segundo o qual, por princípio, intervenção do agente provocador conduz à absolvição do provocado, salvo quando o arguido está estava predisposto a cometer o crime.⁴¹⁷

Na verdade, a provocação afecta a liberdade de vontade e decisão do provocado e o processo penal apenas admite as provas cuja recolha não tenha implicado aquela afectação. A provocação constitui “um flagrante atentado (ao) princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”⁴¹⁸, que consiste “num engano ardilosamente provocado como forma de extorquir do provocado uma declaração ou um *facere*, ou como forma de colocar o provocado num estado de irresistibilidade.”⁴¹⁹, sendo que esta corresponde a um estado de necessidade⁴²⁰ em que não é razoável exigir ao provocado que actuasse de modo diverso⁴²¹.

Importa ainda ter presente que os factos cuja prova se pretende obter com a intervenção do agente provocado são distintos dos novos factos filiados na intervenção deste e, por isso, provocados. Estes constituirão sempre novo crime⁴²². A provocação é uma violência psicológica exercida sobre a vontade do indivíduo e, por isso, reconduz-se a uma violação da sua integridade moral, sendo a integridade físico-psíquica humana constitucionalmente protegida⁴²³, integrando o catálogo dos direitos fundamentais⁴²⁴ e

⁴¹⁶ Como ocorre quando o arguido, espontaneamente, se dirige ao agente provocador para comprar droga. Exemplo dado por COSTA ANDRADE – *Sobre as Proibições ...*, p. 225.

⁴¹⁷ *Idem*, pp. 224-229.

⁴¹⁸ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *op. cit.*, p. 204.

⁴¹⁹ *Idem*, pp. 204-205.

⁴²⁰ *Vide* art. 35º, n.º 1, in fine, do Código Penal.

⁴²¹ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *op. cit.*, p. 215.

⁴²² *Idem*, p. 198.

⁴²³ *Vide* art. 25º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

colocada sob a tutela conferida à personalidade. CAPELO DE SOUSA aludindo à tutela da personalidade afirma que a tutela geral da personalidade abrange “todo o sistema intelectual do homem, nomeadamente, a sua capacidade de perceber e entender os dados dos sentidos, de organizar e orientar os sentimentos em função de objectivos assumidos, de memorizar, de prever e de planear, em suma, de pensar e de conhecer”⁴²⁵. Tendo os factos decorrentes da provocação origem proibida, por enganosa e desleal, não-se sempre reconduzir-se a prova proibida. A provocação que pretende descobrir a prova de um crime, está, ela própria, a favorecer o aparecimento de outro crime⁴²⁶, o que se afigura incompatível com o ordenamento jurídico-constitucional e penal⁴²⁷, pela violação do direito de liberdade e de autodeterminação volitiva⁴²⁸.

Mas só declarações ou acções do provocado resultantes do erro em que foi induzido podem ser protegidas pelas proibições de prova, como decorre logicamente da existência de nexo de causalidade⁴²⁹ entre este e aquelas. Para além disso, aquelas terão que ser realizadas perante autoridade judiciária, cuja identidade o provocado tem que conhecer para poder determinar a sua vontade em direcção a uma eventual confissão. Como afirma MANUEL MEIREIS: “só nestes casos o Estado se confronta com a legitimação da sua própria actuação”⁴³⁰.⁴³¹

3.2. Reproduções mecânicas

O art. 167º, n.º 1, do Código de Processo Penal proíbe a valoração de reproduções mecânicas ilícitas. Este normativo “dispõe por via positiva o mesmo que o art. 126.º estatui de forma negativa, quanto à área em que coincidem. Este declara as provas ilicitamente obtidas nulas; aquele exige que o processo da sua recolha tenha sido lícito para que elas possam valer como prova.”⁴³².

⁴²⁴ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *op. cit.*, p. 199.

⁴²⁵ SOUSA, Rabindranath Capelo de – *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra Editora, 1995. p. 234.

⁴²⁶ *Idem*, p. 199.

⁴²⁷ *Vide* art. 25º, n.º 1, 26º, n.º 1, 27º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa e art. 126º, n.º 1 e 2, alínea a), do Código de Processo Penal.

⁴²⁸ Referido por MANUEL MEIREIS, *op. cit.*, p. 200.

⁴²⁹ *Vide* art. 10º, n.º 1, do Código Penal.

⁴³⁰ MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *op. cit.*, p. 213.

⁴³¹ *Ibidem*.

⁴³² BELEZA, Teresa – “Tão amigos que nós éramos”: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal português. In *Revista do Ministério Público*, Ano 19, n.º 74, abril-junho 1998, p. 44.

Do preceito inicialmente referido avulta imediatamente a prevalência da substância sobre a forma, ao relegar para plano secundário a perseguição penal e privilegiando a integridade dos bens jurídicos axiologicamente relevantes na nossa ordem jurídico-penal⁴³³. Simultaneamente convoca a almejada unidade do sistema jurídico pois seria difícil aceitar craveiras diferentes para avaliar situações materialmente idênticas, divergindo consoante a finalidade fosse ou não a perseguição penal. Coerentemente, as finalidades do processo penal, como, por exemplo, a realização da justiça e a restauração da paz jurídicas não são suficientes para legitimar a danosidade social decorrente da violação a bens jurídicos fundamentais – direito à palavra e direito à imagem, através da produção ou utilização de gravações ou fotografias não consentidas. Só excepcionalmente poderia aceitar-se a produção ou utilização de gravações e fotografias não consentidas com o intuito de salvaguardar bens jurídicos prevalentes, de que resultaria um “relevante *estado-de-necessidade-probatório*”^{434 435}.

O sistema jurídico alemão acolhe entendimento idêntico, não permitindo que o interesse punitivo do Estado se sobreponha à lei substantiva, apesar de não ser posição consensual. A jurisprudência e a doutrina maioritária “aditem a valoração (...) em hipóteses extremadas de *interesse punitivo qualificado*, nomeadamente no contexto da resposta à *criminalidade mais grave*.”^{436 437}

Outro aspecto digno de apontamento tem a ver com a disparidade de tratamento conferido às “fotografias e gravações de conversas face-a-face”⁴³⁸ e às escutas telefónicas. Estas, diferentemente, vieram a ser legalmente admitidas para o combate da criminalidade mais grave sempre e quando forem ordenadas ou autorizadas por um juiz. Todavia este não deixa de ser um método excepcional na medida em que depende da verificação de vários requisitos, cuja inobservância determina a nulidade da prova assim obtida, e de ter carácter subsidiário.⁴³⁹

⁴³³ Vide art. 199º do Código Penal.

⁴³⁴ WOLTER *apud* COSTA ANDRADE – *Sobre as Proibições ...*, p. 239.

⁴³⁵ *Idem*, pp. 237-239.

⁴³⁶ *Idem*, p. 240.

⁴³⁷ *Idem*, pp. 239-241.

⁴³⁸ *Idem*, p. 241.

⁴³⁹ *Idem*, pp. 241-242.

3.2.1. Gravações ilícitas

O fundamento axiológico da disciplina processual aplicável às gravações ilícitas, enquanto proibições de prova, encontra-se na dignidade humana, na integridade moral e no direito à imagem e à reserva da vida privada⁴⁴⁰. A nível substantivo convocam-se os tipos de ilícito relativos a gravações e fotografias ilícitas, intromissão na vida privada, violação de segredo de correspondência e telecomunicação⁴⁴¹ e a nível processual os métodos de prova, o valor probatório das reproduções mecânicas e as escutas telefónicas^{442 443}.

Desde logo importa salientar o art. 179º do Código Penal que tifica o crime de gravações e fotografias ilícitas. Duas teses se debatem para apurar o bem jurídico tutelado por aquele tipo legal no que tange às gravações. Para uns, a tutela dirige-se à confidencialidade da palavra falada, acentuando que o seu autor deve ser titular do poder de controlo sobre as pessoas a quem aquela chega ou deve chegar, e para outros o bem jurídico protegido é o direito à palavra falada que previna a possibilidade de a palavra, naturalmente transitória e fugaz, ser convertida em registo que poderá ser utilizado em qualquer momento. Esta última visão parece ser mais consentânea com o espírito da lei portuguesa, filiando-se na reserva da vida privada.⁴⁴⁴

As gravações ilícitas são, enquanto facto típico e enquanto métodos de prova, absolutamente proibidas pela lei processual portuguesa⁴⁴⁵. São ilícitas as gravações tipificadas no art. 199º, n.º 1, do Código Penal. Todavia, quando subtraídas à ilicitude penal, *tornam-se* lícitas. Questiona-se se estas podem constituir meios de prova. Importa ter presente que a proibição da valoração das gravações ilícitas não encontra correspondência na admissibilidade do princípio da valoração das gravações lícitas. É que a audição não consentida de tais gravações é apta a consumir a danosidade social própria do crime de gravações ilícitas, mas não integra a conduta legalmente tipificada.

⁴⁴⁰ Vide art. 1º, 25º, n.º 1, e 26º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

⁴⁴¹ Vide art. 199º, 190º e 194º do Código Penal.

⁴⁴² Vide art. 126º, 167º e 187º e ss. do Código de Processo Penal.

⁴⁴³ ANDRADE, Manuel da Costa – Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares. In *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, I Vol. I, 1984. Coimbra, Universidade de Coimbra, pp. 545-546.

⁴⁴⁴ *Idem*, pp. 595-597.

⁴⁴⁵ Vide art. 167º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

O facto de aquela audição não ser consentida inculca, logo à partida, a proibição da sua valoração. Também assim quanto a uma eventual causa de justificação.⁴⁴⁶

MILENE VIEGAS MARTINS defende que, atenta a natureza dualista do crime de fotografias ilícitas (captação/utilização), a consumação do crime ocorre, pelo menos, com a utilização das imagens contra a vontade do seu titular, caso em que consubstanciará uma prova proibida. Mas, excepcionalmente, poderá a ilicitude ser afastada por causa bastante e, nesse caso, já será admissível a valoração processual dessa prova.⁴⁴⁷

A propósito das gravações lícitas e ilícitas, COSTA ANDRADE distingue as gravações não consentidas e, portanto, ilícitas, e as gravações que, por atipicidade ou justificação, são lícitas. As primeiras são sancionadas com a proibição de valoração^{448 449}. As gravações que não são penalmente ilícitas não têm, naturalmente, sanção estatuída e, conseqüentemente, delas está afastada a possibilidade de ser proibida a sua valoração à luz do art. 167º, n.º 1, do Código de Processo Penal. Contudo, importa relevar que a audição de uma gravação sem o consentimento titular do bem jurídico protegido configura sempre uma lesão daquele bem jurídico. Além do mais, a danosidade social decorrente daquela conduta não é anulada pela não punibilidade penal desta. Por outro lado, a subsidiariedade que caracteriza o direito penal não é alheia à existência de outras sanções menos onerosas para o visado. Neste contexto, concordamos com COSTA ANDRADE quando afirma que a “valoração sem consentimento de gravações que não configuram um ilícito penal terá de solucionar-se, assim, sem ao arrimo que o art. 167.º, n.º 1 do Código de Processo Penal oferece para a hipótese inversa.”⁴⁵⁰

Considerando que as normas relativas às proibições de prova se dirigem às autoridades de investigação, as gravações feitas por particulares, em virtude de lhes faltar a natureza antinormativa, apenas poderá relevar em sede de proibição de prova, inexistindo, nesta sede, qualquer especialidade. Esta conclusão assenta quer na matriz substantiva, quer no modelo processual.⁴⁵¹

⁴⁴⁶ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as Proibições* ..., pp. 260-261.

⁴⁴⁷ *A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal*. Lisboa, 2014, AAFDL. p. 113.

⁴⁴⁸ Vide art. 167º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

⁴⁴⁹ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre a valoração* ..., p. 614.

⁴⁵⁰ *Idem*, p. 619.

⁴⁵¹ *Idem*, p. 613.

3.2.2. Fotografias ilícitas

A criminalização da obtenção e utilização de fotografias ilícitas⁴⁵² visa, a par da sua consagração constitucional⁴⁵³, proteger o direito fundamental à imagem, o qual configura uma verdadeira liberdade fundamental e reconhece ao seu titular o direito de “*determinar quem e em que medida a pode registar ou divulgar*”⁴⁵⁴. O direito à imagem não se integra, não se dilui, nem se confunde com o direito à reserva da vida privada. Nas doudas palavras de ARNDT, o direito à imagem, assim como o direito ao nome, são expressões do princípio jurídico de que a pessoa humana só pertence a si mesma⁴⁵⁵. Contudo, em obediência ao princípio da unidade jurídica, também não pode ignorar-se o que se dispõe, em matéria civil, sobre o direito à imagem, que dispensa aquele consentimento da pessoa visada quando o justifique a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente⁴⁵⁶. Nestas circunstâncias não se afigura plausível invocar a ilicitude das fotografias. COSTA ANDRADE sugere que melhor seria tipificar a obtenção “*contra a vontade*”⁴⁵⁷ do titular do direito, mesmo presumida⁴⁵⁸. Com base no exposto, deve ser proibida a valoração de fotografias ilícitas, nomeadamente as produzidas sem consentimento ou sem justificação bastante, à semelhança do que sucede com as gravações.⁴⁵⁹

Mais complexo é a obtenção de fotografias ou filmes que não são ilícitas, do ponto de vista penal, uma vez que foram produzidos com consentimento ou sob justificação bastante. Neste âmbito é preciso distinguir duas situações: uma em que a utilização ou valoração dos registos obtidos possa conduzir à prática do crime tipificado

⁴⁵² Vide art. 199º, n.º 2, do Código de Processo Penal.

⁴⁵³ Art. 26º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

⁴⁵⁴ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as Proibições* ..., p. 268.

⁴⁵⁵ *Apud* MANUEL DA COSTA ANDRADE, *ibidem*.

⁴⁵⁶ Vide art. 79º, n.º 2, do Código Civil.

⁴⁵⁷ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as Proibições* ..., p. 269.

⁴⁵⁸ O autor exemplifica relativamente que um casal de namorados apanhado fortuitamente por uma câmara não deveria afirmar-se que a obtenção contrariou a respectiva vontade. Mas já não assim quando o mesmo casal ser, como tal, fotografado por um repórter ou simplesmente por alguém que pretende registar a prova do evento, uma vez que há uma autonomia face ao contexto do lugar ou evento público que contende com a respectiva esfera de intimidade. *Sobre as Proibições* ..., p. 270.

⁴⁵⁹ *Idem*, pp. 267-271.

no art. 192º direito Código Penal⁴⁶⁰ como ocorre, por exemplo, quando os registos contendam com a intimidade, devendo a sua valoração, sem consentimento, ser proibida. Diferentemente, quando aqueles registos, obtidos de forma lícita, não contendam com a intimidade, constituindo assim prova admissível nos termos previstos no art. 167º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

3.3. Escutas telefónicas

As escutas telefónicas, não obstante configurarem um método excepcional e subsidiário e prova, são cada vez mais frequentes⁴⁶¹ pela facilidade que proporcionam na obtenção da almejada prova e pela “sua eficácia do ponto de vista da perseguição penal”⁴⁶². Todavia, são fontes indiscutíveis de danosidade, quer do ponto de vista objectivo quanto aos bens jurídicos atingidos, como do ponto de vista subjectivo quanto às pessoas atingidas, não sendo possível controlar a propagação das consequências da sua realização⁴⁶³. Desde logo não é tecnicamente possível circunscrever as escutas telefónicas à matéria relevante para o processo penal no âmbito do qual são ordenadas ou autorizadas⁴⁶⁴.

No contexto das escutas telefónicas releva especialmente os momentos da proibição de produção de prova e da proibição de valoração de prova. SAX, referindo-se às proibições de prova, afirmou que a questão da admissibilidade da utilização de certo meio de prova só se coloca quando a sua obtenção consubstancia uma violação da lei^{465 466}.

Uma das dificuldades na análise relativa às escutas telefónicas prende-se com a distinção entre os conhecimentos da investigação cobertos pela escuta telefónica e os conhecimentos fortuitos. Esta distinção releva, desde logo, pela diversidade de regimes

⁴⁶⁰ Sob a epígrafe “Devassa da Vida Privada”.

⁴⁶¹ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as Proibições* ..., p. 272.

⁴⁶² *Idem*, p. 281.

⁴⁶³ *Idem*, p. 283.

⁴⁶⁴ *Idem*, p. 285.

⁴⁶⁵ *Apud* COSTA ANDRADE, *idem*, p. 280.

⁴⁶⁶ *Idem*, pp. 279-280.

que aqueles reclamam. Outra complexidade resulta da necessidade de limitar a potencial danosidade social da escuta telefónica.⁴⁶⁷

Conhecimentos de investigação são os que são adquiridos relativamente a factos em concurso ideal ou aparente com os que desencadearam as escutas telefónicas ou os que representem delitos alternativos e que estejam em relação de comprovação alternativa de factos. A jurisprudência alemã começou por considerar proibida a valoração dos conhecimentos fortuitos sem conexão com um crime do catálogo, isto é, o conjunto de factos susceptíveis de integrar os crimes indiciados que, por sua vez, constituem o objecto do processo penal. Mais tarde o *Bundesgerichtshof* dispensou a conexão com o crime do catálogo que, em concreto, motivou a escuta, podendo reportar-se a qualquer um dos crimes do catálogo, quer a responsabilidade seja do arguido ou de terceiro não suspeito, sendo que a valoração poderá ser alargada nos casos de associações criminosas e terrorismo. Apenas uma doutrina minoritária defende que os conhecimentos fortuitos podem ser valorados sem quaisquer restrições⁴⁶⁸, assente não continuidade entre a licitude da produção de prova e a legitimidade da sua valoração, a que se contrapõe uma doutrina, também minoritária, que rejeita qualquer possibilidade de valoração⁴⁶⁹, com fundamento na imposição constitucional de reserva de lei. A doutrina maioritária segue a jurisprudência segundo a qual só podem ser valorados os conhecimentos fortuitos relativos à classe dos crimes do catálogo. Contudo, alguns autores reclamam ainda a verificação de outros pressupostos para legitimar a valoração dos conhecimentos fortuitos. Deste modo, os conhecimentos fortuitos devem ser submetidos a um “juízo hipotético de intromissão”⁴⁷⁰ sob a ideia de “estado de necessidade investigatório”^{471 472}.

No sistema processual português, COSTA ANDRADE defende que a valoração dos conhecimentos fortuitos deve exigir não só que se reporte a um dos crimes do catálogo, mas que preencha requisitos complementares com vista à demonstração do referido estado de necessidade investigatório, que constituirá então o fundamento das escutas telefónicas, com a possibilidade de valorar os conhecimentos obtidos

⁴⁶⁷ *Idem*, pp. 281-282.

⁴⁶⁸ Representada por SCHÜNEMANN.

⁴⁶⁹ Representada por PRITTWITZ.

⁴⁷⁰ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as Proibições ...*, p. 310.

⁴⁷¹ RUDOLPHI *apud* MANUEL DA COSTA ANDRADE, *ibidem*.

⁴⁷² *Idem*, pp. 306-310.

relativamente aos crimes que integram a actividade ou a finalidade da associação criminosa.⁴⁷³

3.4. Comunicações electrónicas

A análise das comunicações electrónicas em separado do estudo dedicado às escutas telefónicas justifica-se não só pela diversidade tecnológica que os caracteriza, como pelas diferenças que se identificam enquanto meios de obtenção de prova. Desde logo, àqueles correspondem diferentes graus de intensidade de violação de direitos, mas só um deles é susceptível de afectar o direito à palavra falada. O critério distintivo assenta na própria comunicação e não no instrumento técnico que serve de suporte à comunicação⁴⁷⁴. Quando a pretensão seja a interceptação e registo de conversações telefónicas aplica-se o regime das escutas telefónicas. Quando se pretenda interceptar e gravar mensagens escritas, já deverá utilizar-se regime diverso, ou seja, neste contexto, o das comunicações electrónicas. A diferença reside então na destrição entre palavra falada, em especial na volatilidade desta, e palavra escrita. A palavra falada é proferida para se extinguir no mesmo momento em que é dita e no seu propósito. A palavra escrita pretende perpetuar a mensagem, cujo autor nisso consente ao enviá-la. Por outro lado, o catálogo das comunicações electrónicas⁴⁷⁵ é distinto do das escutas telefónicas^{476 477}.

Nas comunicações electrónicas, decisivo é o momento em que a comunicação chega ao domínio do destinatário, pois a partir desse momento a correspondência tradicional deixa de ter protecção de inviolabilidade das comunicações, sendo que a carta aberta e lida passa a gozar da protecção conferida à intimidade. Não é exactamente assim com as comunicações electrónicas.⁴⁷⁸

⁴⁷³ *Idem*, pp. 311-312.

⁴⁷⁴ Uma conversa telefónica via *skype* fica sujeita ao regime das escutas telefónicas, enquanto os SMS e os MMS não deixam de ser conversações telefónicas.

⁴⁷⁵ *Vide* art. 189º do Código de Processo Penal.

⁴⁷⁶ *Vide* art. 187º do Código de Processo Penal.

⁴⁷⁷ NEVES, Rita Castanheira – *As Ingerências nas Comunicações Eletrónicas em Processo Penal: Natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova*. Coimbra Editora, 2011. pp. 172-174.

⁴⁷⁸ *Idem*, p. 188.

A Constituição da República Portuguesa determina que “É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.”⁴⁷⁹. A proteção da privacidade das comunicações eletrónicas pressupõe o segredo dessas mesmas comunicações, pois a distância entre os interlocutores obriga à intervenção de terceiros que *transportam* a mensagem.⁴⁸⁰

O conteúdo da mensagem está diretamente tutelado pelos art. 26º e 35º da Constituição da República Portuguesa que visam a proteção dos dados pessoais nos sistemas informáticos, através do direito de autodeterminação informacional. A proteção conferida ao correio eletrónico é distinta consoante decorra a fase de transmissão (comunicação) ou quando já tenha se convertido em comunicação recebida e permaneça como ficheiro armazenado virtualmente. Aqueles dois momentos não correspondem a tempo com proteção e outro desprotegido juridicamente. Apenas o momento da transmissão beneficia de uma proteção adicional decorrente da intervenção de terceiros, porque os interlocutores não possuem “total domínio sobre a sua esfera privada”⁴⁸¹. Importa, por isso, precisar o momento que determina a passagem da comunicação a ficheiro digital. RITA CASTANHEIRA NEVES considera que aquele momento ocorre quando a mensagem é recebida e lida pelo seu destinatário. ROGÉRIO BRAVO⁴⁸² e ROMEO CASABONA⁴⁸³ consideram que aquele ocorre quando a comunicação chega ao terminal do destinatário. PEDRO VERDELHO⁴⁸⁴ defendeu (antes da solução dada pelo art. 189º, n.º 1, do Código de Processo Penal) a distinção de três momentos: o da transmissão, o da recepção antes da leitura da comunicação e o do *pós-abertura do e-mail*.

A determinação daquele momento apresenta uma enorme dificuldade decorrente das potencialidades informáticas como, por exemplo, de o destinatário marcar uma mensagem já lida como não lida ou, do lado do emissor, desconhecer (salvo os casos em que há recibo de leitura) se a mensagem já foi lida ou não. Parte-se do princípio que a comunicação enviada já se converteu em ficheiro informático, permitindo-se a prova de

⁴⁷⁹ Vide art. 34º, n.º 4.

⁴⁸⁰ NEVES, Rita Castanheira, *op. cit.*, p. 259.

⁴⁸¹ *Idem*, p. 262.

⁴⁸² BRAVO, Rogério – Da Não equiparação do Correio-Electrónico ao Conceito Tradicional de Correspondência por Carta. In *Polícia e Justiça*. Coimbra, 2006, n.º 7, III série (jan-jun 2006). p. 209.

⁴⁸³ *Apud* RITA CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, p. 263.

⁴⁸⁴ VERDELHO, Pedro – Apreensão de Correio Electrónico em Processo Penal. In *Revista do Ministério Público*, Ano 25, n.º 99-100 (2004), pp. 157-158.

que esse *e-mail* ainda estava em comunicação. Mas neste caso, ele já não pode ser utilizado como prova obtida através de busca.⁴⁸⁵

3.5. Perícias

3.5.1. Natureza jurídica da prova obtida através da análise de ADN

As provas genéticas são classificadas pela maioria da doutrina como perícias, requerendo estas especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos⁴⁸⁶ para perceber, conhecer ou avaliar um facto. A detecção e recolha de material biológico consubstanciam um exame e a obtenção do perfil de ADN e a interpretação do resultado obtido configura uma perícia porquanto exige especiais conhecimentos técnicos e científicos. Assim, a recolha e avaliação do material biológico corresponde a um meio de obtenção de prova enquanto a interpretação do resultado obtido corresponde a um meio de prova.⁴⁸⁷ Podemos, portanto, concluir que a perícia é um método misto de prova.

3.5.2. Determinação do perfil genético através de ADN

Longe vai o tempo em que a prova dactiloscópica causava sensação na prova do crime⁴⁸⁸. Não será excessivo afirmar que o maior avanço na Medicina Legal foi a possibilidade de identificar uma pessoa através do seu ADN, através de amostras muito pequenas de material biológico, tanto em relação a vivos, como em relação a

⁴⁸⁵ NEVES, Rita Castanheira, *idem*, pp. 261-264.

⁴⁸⁶ Vide art. 151º do Código de Processo Penal.

⁴⁸⁷ BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena - *Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico*. Almedina, 2013. pp. 220-221.

⁴⁸⁸ JÚNIOR, Arthur Pinto de Lemos – A Aplicação da Perícia de Análise do ADN no Processo Penal para Fins de Identificação Criminal. In OLIVEIRA, Guilherme de, dir. *Lex Medicinæ: revista portuguesa de direito da saúde/propr.* Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, Coimbra Editora, A. 2, n.º 3 (jan-jun 2005), p. 83.

cadáveres.⁴⁸⁹ Para além da precisão dos resultados alcançados por esta via, o material biológico não se esgota com a sua utilização uma vez que é possível replicar a amostra. Estas características tornam este meio de prova muito atractivo em sede de investigação criminal.⁴⁹⁰

A genética forense pretende auxiliar a resolução dos problemas forenses, actuando essencialmente nas investigações biológicas de maternidade e paternidade e na criminalística biológica, sendo esta que aqui releva. Esta ciência forense parte do estudo do ADN⁴⁹¹, único em cada pessoa, cuja sequência de cromossomos é designada por genoma. “(Os) genes determinam o desenvolvimento físico e psíquico da pessoa e são transmitidos de geração em geração”⁴⁹². É o ADN não codificante⁴⁹³ que, pelo seu polimorfismo, permite a individualização de seres humanos, ou seja, a identificação do indivíduo.⁴⁹⁴

A prova pericial visa auxiliar o juiz numa zona científica de conhecimento que aquele, em princípio, não possui. Para o efeito, tem que submeter-se às regras processuais penais e garantias constitucionais, sob pena de não poder ser processualmente admitida. Na esteira de GÖSSEL, a investigação genética não se enquadra na tipificação legal⁴⁹⁵ dos meios de prova em vigor. Tendo o direito à integridade física dignidade constitucional⁴⁹⁶, a violação desta tem que ter suporte legal. Se este não existir, o método de prova será inevitavelmente proibido e, consequentemente, não poderá ser utilizada no processo. E se tiver havido recolha de amostras do corpo do arguido, esse facto consubstancia o crime de violação da integridade física, salvo se houver uma causa de exclusão da ilicitude como, por exemplo, o consentimento. Também o direito à autodeterminação informativa, verdadeira garantia da dignidade humana, confere a cada individuo o poder de decidir livremente quando e até onde quer divulgar as informações relativas à sua vida privada e, nesta sede, qual a extensão da análise da sua célula de ADN. É uma imposição do princípio *nemo tenetur se ipsum prodere*. Assim, o arguido não pode ser forçado a contribuir para a sua própria condenação e, correspondentemente, a sua colaboração activa só pode admitida quando resultar da vontade livre e esclarecida. A falta deste

⁴⁸⁹ BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena, *op. cit.*, p. 155.

⁴⁹⁰ *Idem*, p. 161.

⁴⁹¹ Segundo MARTA BOTELHO, o ADN é o principal componente dos cromossomas. *Ibidem*.

⁴⁹² JÚNIOR, Arthur Pinto de Lemos, *op. cit.*, p. 85.

⁴⁹³ Para desenvolvimento da terminologia, *Vide* LEMOS JÚNIOR, *op. cit.*, pp. 84 e ss.

⁴⁹⁴ *Idem*, pp. 84-87.

⁴⁹⁵ *Vide* art. 159º e 160º do Código de Processo Penal.

⁴⁹⁶ *Vide* art. 25º da Constituição da República Portuguesa.

requisito conduz inelutavelmente à proibição de valoração da prova assim obtida. Contudo os direitos acima referidos não são absolutos, podendo ser limitados⁴⁹⁷. Aceita-se que o arguido participe de forma passiva na perícia, permitindo a recolha de amostras biológicas, mas já não a sua participação activa^{498 499}.

A recusa do arguido relativamente à colheita do seu ADN não pode ser reconduzida a uma inversão do ónus da prova, inadmissível no nosso ordenamento jurídico processual penal porque colidente com o princípio estruturante da não auto-incriminação, acolhido no art. 32º, n.º 8, da Constituição da República Portuguesa, bem como no art. 6º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ou seja, o arguido “não pode ser constituído, contra a sua vontade, em fonte de prova contra si próprio”^{500 501}.

Cremos que estas questões poderão ser ultrapassadas pelo consentimento prévio, livre e esclarecido do titular dos direitos afectados. Na realidade, o próprio poderá também ter interesse na realização da perícia para demonstrar a sua inocência.

Diferentemente quando as recolhas são obtidas em lugar diferente do organismo do visado. A obrigação de recolha de todos os objectos relevantes para a investigação⁵⁰² abrange o material biológico encontrado no local do crime. A problemática gira então em torno da autorização, ou não, para análise de ADN no material recolhido. LEMOS JÚNIOR entende que aquela análise está autorizada, desde que se limite ao ADN não codificante e quanto ao material encontrado separado do corpo humano. Nesta matéria, levanta-se ainda outra questão quando o material for facultado por terceiros ou particulares. Neste caso há uma exigência adicional em termos processuais. Torna-se necessário demonstrar a origem da prova genética, a qual é proporcionada através de prova testemunhal.⁵⁰³

Por fim, importa referir que a investigação genética, enquanto meio de obtenção de prova, está sujeito ao regime excepcional previsto no art. 163º, n.º 1, do Código de Processo Penal, que subtrai ao julgador o seu poder geral de livre apreciação da prova. Significa isto que o juiz só poderá afastar a perícia quando fundamente, e desta feita tecnicamente. Outro aspecto relevante é ainda a forma que reveste o resultado da perícia

⁴⁹⁷ Vide art. 61º, n.º 3, alínea d), e 172º, n.º 1, ambos do Código de Processo Penal.

⁴⁹⁸ Como sucederia, por exemplo, na colheita de amostras de sémen.

⁴⁹⁹ JÚNIOR, Arthur Pinto de Lemos, *op. cit.*, pp. 89-95.

⁵⁰⁰ BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena, *op. cit.*, p. 218.

⁵⁰¹ *Ibidem*.

⁵⁰² Vide art. 178º e 249º, ambos do Código de Processo Penal.

⁵⁰³ JÚNIOR, Arthur Pinto de Lemos, *op. cit.*, pp. 95-97.

de ADN, uma vez que ela não identifica o indivíduo a quem pertence o material biológico analisado, antes apresenta uma probabilidade, razão por que o Tribunal Constitucional Federal Alemão defende que deve ser considerado um indício e não vinculante.⁵⁰⁴

3.5.3. Base de dados genéticos para investigação criminal

A base de dados genéticos visa a identificação da pessoa com recurso aos perfis genéticos. A questão da base de dados genéticos, em especial para fins de investigação criminal, comporta duas questões: por um lado a recolha de informação genética de uma pessoa e a sua admissibilidade à luz da protecção de dados pessoais⁵⁰⁵ e, por outro, a criação de um banco biológico ou “biobanco”^{506 507}.

No que tange à protecção de dados, é vedado o tratamento de dados genéticos, mas esta regra comporta excepções quando por motivo de interesse público importante esse tratamento seja indispensável ao exercício das atribuições legais ou estatutárias do seu responsável ou quando haja consentimento do titular dos dados, mas sempre através de disposição legal habilitante ou autorização da Comissão Nacional de Protecção de Dados⁵⁰⁸. O mencionado tratamento é ainda permitido quando seja necessário ao exercício de um direito em processo judicial e for efectuado exclusivamente com essa finalidade⁵⁰⁹. Esta situação não carece de autorização legal ou da Comissão Nacional de Protecção de Dados uma vez que o titular do direito à integridade física pode dela dispor. Todavia, esta é uma permissão para um tratamento isolado de dados, que não habilita a construção de um biobanco.⁵¹⁰

No que respeita à criação de uma base de dados genéticos assente no consentimento do respectivo titular, haveria, desde logo, uma primeira e complexa

⁵⁰⁴ *Idem*, pp. 98-99.

⁵⁰⁵ Dado que a informação genética integra a noção de dado pessoal estabelecida no art. 3º, alínea a), da lei n.º 67/98, de 26 de outubro, apesar de a identificação ser feita por via de um código, não integrando aquela base a próprio identificação da pessoa.

⁵⁰⁶ MONIZ, Helena – Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, A. 12, n.º 2, 2002. p. 238.

⁵⁰⁷ MONIZ, Helena, *idem*, pp. 237-240.

⁵⁰⁸ *Vide* art. 7º, n.º 1 e 2, da lei n.º 67/98, de 26 de outubro.

⁵⁰⁹ *Vide* art. 7º, n.º 3, alínea d), da lei n.º 67/98, de 26 de outubro.

⁵¹⁰ MONIZ, Helena, *op. cit.*, pp. 240-241.

difficuldade. Os dados genéticos pertencem a uma família, isto é, um grupo de pessoas e não apenas de uma pessoa singular pelo que, perante um consentimento livre e esclarecido desta, sempre haveria que questionar a respectiva validade⁵¹¹, uma vez que a análise de ADN pode afectar terceiros⁵¹².

MARTA BOTELHO questiona a eventual violação do direito à intimidade genética, considerando que a informação genética integra a esfera íntima dos indivíduos, integrando, assim, um núcleo de reserva máxima. Por este motivo, “a intimidade do titular dos dados genéticos é susceptível de ser particularmente afectada quer com a realização de exames de ADN, quer com a inserção do seu perfil genético numa base de dados dessa natureza.”⁵¹³, uma vez os dados genéticos disponibilizam muita informação sobre o indivíduo, sendo aptos a expor o âmago mais profundo e reservado da identidade do seu titular; são potencialmente lesivos em virtude da possibilidade de existirem ingerências inadmissíveis no património genético de um indivíduo; e, por fim, porque o dano resultante daquela intromissão afecta direitos fundamentais não só do indivíduo, mas também da sua família. Consciente dos riscos lesivos que o próprio desenvolvimento científico proporciona, a autora não se opõe à investigação genética, nem mesmo às bases de dados genéticos, desde que tais práticas científicas sejam rigorosamente reguladas pelo legislador, como forma de evitar ingerências indevidas nos direitos fundamentais dos cidadãos.⁵¹⁴

Aderindo ao convite da Resolução do Conselho de 09/06/1997, relativa ao intercâmbio de resultados de análises de ADN⁵¹⁵, o legislador português veio a consagrar a criação de uma base de dados de perfis de ADN⁵¹⁶ para fins de identificação civil e criminal⁵¹⁷, que regula a recolha, tratamento e conservação de amostras de células humanas, a respectiva análise e obtenção de perfis de ADN, a metodologia de comparação de perfis de ADN, extraídos das amostras, bem como o tratamento e conservação da respectiva informação em ficheiro informático⁵¹⁸.

⁵¹¹ *Idem*, p. 244.

⁵¹² FIDALGO, Sónia – Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, A. 16, n.º 1 (2006), p. 128. Não obstante, a autora alerta que só o ADN codificante dá informação fenotípica do indivíduo, pelo que a análise permitida de ADN não codificante não é apta a recolher aquela informação (como resulta do art. 2º, alínea e), da lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro).

⁵¹³ BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena, *op. cit.*, p. 205.

⁵¹⁴ *Idem*, pp. 204- 207.

⁵¹⁵ Publicada no JO, C, 193, 24/06/1997, pp. 0002-0003. *Vide* ponto I, n.º 1.

⁵¹⁶ Lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, alterada pela lei n.º 40/2013 de 25 de junho.

⁵¹⁷ *Vide* art. 1º, n.º 1, e 4º, n.º 1 e 3.

⁵¹⁸ *Vide* art. 1º, n.º 1.

Embora com aspiração universal, a referida base de dados acabou por ser limitada às finalidades legalmente previstas. FARIA COSTA opinou: “Podemos aceitar que se faça, coercivamente, o registo do DNA relativamente a criminosos altamente criminosos, depois do trânsito em julgado, mas já não aceitamos nem achamos que seja proporcionado que se o faça para os cidadãos comuns”⁵¹⁹.

A admissibilidade de integrar ficheiros genéticos em bases de dados para condenados⁵²⁰ é duvidosa quando confrontada com o facto de os exames efectuados e as amostras recolhidas só poderem ser utilizados em processo pendente, devendo ser destruídos, por ordem do juiz, logo que não sejam necessários⁵²¹, e o com o facto de as amostras colhidas só poderem ser utilizadas como meio probatório no respectivo processo⁵²². “Indaga-se ainda, se não está inerente a tal medida uma perversão à presunção de inocência de que devem todos os cidadãos gozar, uma vez que se parte do princípio que quem cometeu já um crime terá tendência a cometê-lo novamente, colocando estes indivíduos condenados num grupo de pessoas de interesse criminógeno e judicialmente «marcados». E aceitando-se que haja uma tendência criminógena intrínseca e inata, cumpre averiguar se o pressuposto nos termos do qual é provável que condenados reincidam criminalmente, para justificar motivações de investigação futura e objectivos de eficácia na investigação criminal, se dá com a mesma frequência para todos aqueles que cometam crimes e aos quais em concreto lhes foi aplicada uma pena de prisão superior a 3 anos ou se então a distinção entre pequena/alta criminalidade não é elemento definidor e diferenciados de um maior interesse persecutório destes indivíduos e já não daqueles.”^{523 524}.

Sendo a inserção dos perfis genéticos dos condenados numa base de dados uma consequência da condenação, questionamo-nos se não terá, ela própria, uma natureza sancionatória, ainda que num nível secundário, porquanto não resulta da prática de factos típicos criminais mas da condenação por esses factos. É que se assim for, na

⁵¹⁹ COSTA, José de Faria – O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado (babel ou esperanto universal?). In *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 138, n.º 3955 (2009). p. 228. No mesmo sentido, SARA RAQUEL AZEVEDO DOS SANTOS – *Paradigma da ponderação constitucional legal da criação de bases de dados genéticos para condenados*, 2013, p. 24. [Consulta 18 novembro 2014]. Acessível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/xmlui/bitstream/handle/1822/28407/Sara%20Raquel%20Azevedo%20dos%20Santos.pdf?sequence=1>.

⁵²⁰ Vide art. 15º, n.º 1, alínea e), da lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro.

⁵²¹ Vide art. 156º, n.º 7, do Código de Processo Penal.

⁵²² Vide art. 34º, n.º 2, da lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro.

⁵²³ SANTOS, Sara Raquel Azevedo dos, *op. cit.*, p. 92.

⁵²⁴ *Idem*, pp. 91-92.

medida em que possa influir numa futura condenação, questionamo-nos sobre a existência de uma dupla sanção, isto é, porque o arguido praticou certos factos, permite-se, desde logo, a recolha de informação genética que poderá constituir prova contra si em investigações futuras. Independentemente da natureza daquela inserção, que não cabe no objeto do presente trabalho, mas relativamente à qual não podemos deixar de reconhecer traços sancionatórios, aquela recolha contende necessariamente com o princípio *in bis in idem*⁵²⁵ e com o princípio da presunção de inocência⁵²⁶, ambos com dignidade constitucional, e ainda com o consentimento não dado pelo condenado⁵²⁷, que fica assim num estado de sujeição. Entender o contrário, será privilegiar a perseguição penal em detrimentos dos direitos fundamentais dos cidadãos, em especial da dignidade humana sobre que assenta a estrutura do Estado de Direito⁵²⁸. Nesta medida, sempre terá que considerar-se, em nossa opinião, prova proibida nos termos do art. 32º, n. 8, e 35º, ambos da Constituição da República Portuguesa, com especial referência ao direito à autodeterminação informativa cuja abrangência excede necessariamente o direito à reserva da vida privada⁵²⁹, e sem respaldo no art. 18º da Constituição da República Portuguesa. Neste sentido já se pronunciava HELENA MONIZ sobre “a possibilidade de construção de uma base de dados com perfis genéticos (de arguidos condenados ou apenas sujeitos a investigação criminal) com consentimento do arguido na recolha de amostras, na sua utilização no âmbito daquela investigação criminal ou em futuras (...), bem como o consentimento para a integração do perfil genético numa base de dados nacional”⁵³⁰, devendo aquele consentimento ser valorado em sede de determinação da concreta medida da pena.⁵³¹

A recolha de amostras em processo-crime é realizada a pedido do arguido ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho do juiz, a partir da constituição de arguido, ao abrigo do disposto no artigo 172º do Código do Processo Penal⁵³². Já a recolha de ADN em condenados é ordenada mediante despacho do juiz de julgamento quando o recurso (ordinário) da decisão condenatória já não seja possível e condenação se trate de crime doloso com pena sancionada concretamente com pena de

⁵²⁵ Vide art. 29º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa.

⁵²⁶ Vide art. 32º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

⁵²⁷ Neste mesmo sentido, SARA RAQUEL AZEVEDO DOS SANTOS, *op. cit.*, pp. 97-98.

⁵²⁸ Vide art. 1º e 2º da Constituição da República Portuguesa.-

⁵²⁹ Neste sentido, HELENA MONIZ, *op. cit.*, pp. 237-264. p. 248, e MARIA DO CARMO SILVA DIAS, *op. cit.*, pp. 201-202.

⁵³⁰ *Op. cit.*, pp. 262-263.

⁵³¹ *Ibidem.*

⁵³² Vide art. 8º, nº 1, da lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro.

prisão igual ou superior a 3 anos⁵³³, o qual tem que ser fundamentado⁵³⁴ e é sempre recorrível⁵³⁵.

A competência para as análises médico-forenses pertence ao Laboratório da Polícia Científica da Polícia Judiciária e ao Instituto Nacional de Medicina Legal, ou a outros laboratórios, mediante autorização do Ministério da Justiça e do ministério que os tutele⁵³⁶.

A omissão de qualquer destes requisitos inquirará a legalidade do registo, por omissão dos requisitos legais, e, portanto, não poderá ser prova permitida nem projectar-se para futuro, por efeito-à-distância.

MARTA BOTELHO questiona a legalidade da lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, porquanto a colheita coactiva de ADN implica a restrição dos direitos fundamentais à integridade física, à liberdade, à reserva da vida privada e à autodeterminação informativa, a qual só pode ser efectuada nos casos e com os limites constitucionalmente previstos, nomeadamente a salvaguarda de outros direitos constitucionalmente consagrados. O diploma acima referido admite a prova de ADN desde que o despacho que a ordene ou defira seja fundamentado, nomeadamente quanto à indispensabilidade da mesma para a descoberta da verdade material e quanto à verificação da respectiva proporcionalidade, não exigindo o consentimento do arguido. Se aquele consentimento for dado, a prova será válida e eficaz. Inexistindo o consentimento do arguido, ou sendo inválido, as consequências legais devem ser diferentes. A autora defende que a admissibilidade da realização coerciva da prova genética deve restringir-se às investigações criminais por crimes contra a vida, contra a integridade física, contra a liberdade pessoal e contra a liberdade e autodeterminação sexual. Assim, a lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro, optou pelo interesse colectivo de realização da justiça e reposição da paz jurídica em detrimentos dos mencionados direitos fundamentais do arguido.⁵³⁷

⁵³³ Vide art. 8º, n.º 2, da lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro.

⁵³⁴ Vide art. 205º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

⁵³⁵ Vide art. 32º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

⁵³⁶ Vide art. 5º da lei n.º 5/2008, de 12 de fevereiro.

⁵³⁷ BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena, *op. cit.*, pp. 239-242.

3.6. Declarações do arguido, do assistente e das partes civis

O regime das declarações do arguido, do assistente e das partes civis está previsto no art. 140º e ss. do Código de Processo Penal e segue o regime previsto para as declarações das testemunhas⁵³⁸. Todavia, regista uma diferença essencial: o arguido não presta juramento⁵³⁹, assim como as partes civis e as testemunhas⁵⁴⁰, sem prejuízo da responsabilidade penal destas por violação do dever de verdade⁵⁴¹.

O juramento prestado pelo arguido é, segundo PINTO DE ALBUQUERQUE uma nulidade insanável, que o autor acaba por reconduzir a uma proibição de prova com fundamento no art. 126º, n.º 2, alínea b), do Código de Processo Penal⁵⁴².

O impedimento de o arguido depor como testemunha, ao contrário do que ocorre com o assistente e partes civis⁵⁴³, conduz também a uma proibição de prova⁵⁴⁴, decorrente de uma ingerência ilegal na sua vida privada enquanto violação do seu direito ao silêncio, uma vez que as testemunhas têm o dever de testemunhar⁵⁴⁵ e, assim, prestar depoimento. A referida proibição de prova funda-se no art. 126º, n.º 3, do Código de Processo Penal, salvo se o arguido consentir mediante ratificação o depoimento indevidamente prestado como testemunha e só depois de informado e esclarecido quanto ao seu direito de recusar o mencionado depoimento.⁵⁴⁶

Em fase anterior ao julgamento, o arguido pode, querendo, prestar declarações. Se o fizer tem, entre outros, o direito a ser informado que, se não exercer o seu direito ao silêncio, as declarações que prestar poderão ser utilizadas no processo ficando sujeitas à livre apreciação da prova, mesmo que não preste declarações na audiência de julgamento ou seja julgado na ausência⁵⁴⁷. Para além disso, o interrogatório deve ficar documentado em registo áudio ou audiovisual ou, na falta destes, em registo estenográfico ou estenotípico ou, em último caso, em auto⁵⁴⁸. Chegou a ser proposto⁵⁴⁹

⁵³⁸ Vide art. 128º e ss. do Código de Processo Penal.

⁵³⁹ Vide art. 140º, n.º 3, do Código de Processo Penal.

⁵⁴⁰ Vide art. 145º, n.º 4, do Código de Processo Penal.

⁵⁴¹ Vide art. 145º, n.º 2, do Código de Processo Penal.

⁵⁴² *Op. cit.*, p. 402.

⁵⁴³ Neste caso verifica-se uma mera irregularidade. Neste sentido, PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 373.

⁵⁴⁴ Vide art. 133º do Código de Processo Penal.

⁵⁴⁵ Vide art. 131º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

⁵⁴⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p. 373.

⁵⁴⁷ Vide art. 141º, n.º 4, alínea b), do Código de Processo Penal.

⁵⁴⁸ Vide art. 141º, n.º 7, do Código de Processo Penal.

um n.º 8 para o art. 141º, do Código de Processo Penal, com a seguinte redacção: “8 - Todas as informações constantes do n.º 4 devem ficar documentadas, sob cominação de nulidade.”, que todavia não vingou. Segundo JOANA BOAVENTURA MARTINS a proposta era, ainda assim, insuficiente, devendo ser aditada a inutilização do interrogatório com violação do dever de informação, o que determina, por sua vez, a inutilização da prova ali produzida.⁵⁵⁰

Outra questão se coloca relativamente à invalidade derivada das declarações obtidas ilegalmente, com base legal no art. 122º, n.º 1, do Código de Processo Penal, uma vez que a prova secundária é, isoladamente considerada, meio legal de prova, apenas se hipotecando a sua validade enquanto extensão da prova primária proibida. A doutrina americana da *fruit of the poisonous tree* estabeleceu a extensibilidade da ilegalidade da prova primária à prova secundária, daquela dependente, conhecendo as excepções da fonte independente, da mácula dissipada e do fim de protecção da norma. De acordo com esta última teoria, a falta da advertência sobre a utilização futura das declarações assim prestadas não inquina a prova subsequente, em virtude de a finalidade daquela advertência ser unicamente alertar o arguido para a possibilidade da respectiva valoração. Também não haverá razão para afastar a prova secundária quando o interrogatório tenha sido declarado nulo por falta de gravação áudio ou audiovisual não fundamentada. Diferentemente se o interrogatório do arguido for realizado sem a presença do seu defensor.⁵⁵¹

Reconhecendo que todas as provas obtidas com respeito pelos direitos fundamentais do arguido podem ser valoradas em sede de julgamento, a autora propõe, de *iure condendo*, a admissibilidade da leitura em julgamento das declarações anteriormente prestadas pelo arguido desde que se verifiquem certos requisitos: declarações prestadas perante juiz de instrução, na presença do defensor, com informação dos direitos do arguido, nomeadamente da advertência de que tem direito ao silêncio e que, se optar por prestar declarações, aquelas poderão ser valoradas em sede de julgamento e, por fim, registadas nos termos da lei. Esta posição radica no entendimento de que o direito ao silêncio, com as consequências que a lei lhe atribui (de

⁵⁴⁹ Parecer apresentado pela Associação Sindical dos Juizes Portugueses. [Consult. 22 novembro 2014]. Acessível em <http://www.asjp.pt/wp-content/uploads/2012/05/Parecer-GEOT-CP-CPP-CEP-Maio-2012.pdf>.

⁵⁵⁰ SANTOS, Joana Boaventura – *Da Valoração das Declarações de Arguido Prestadas em Fase Anterior ao Julgamento – Contributo para uma Mudança de Paradigma*. Coimbra Editora, 2014. pp. 119-120.

⁵⁵¹ *Idem*, pp. 121-124.

não ser valorado em sentido desfavorável ao arguido), não tem a virtuosidade de “apagar”⁵⁵² as declarações anteriormente prestadas pelo arguido, acentuado a autora que o objecto de valoração é o conjunto das declarações prestadas e não o silêncio do arguido. Do modo proposto, estaria assegurada a liberdade e autodeterminação do arguido, assim como a lealdade processual. Contudo, as declarações prestadas pelo arguido antes do julgamento não seriam bastantes para fundamentar a decisão de condenação, quando fossem a única prova condenatória, sendo tidas apenas como “prova corroborante”⁵⁵³, subtraída, portanto, à qualificação como confissão.⁵⁵⁴

Permitimo-nos discordar desta posição, porquanto as fases processuais têm objectivos e direcções distintas. Permitir que, na ausência de advertência sobre a possibilidade de valoração das declarações que vier a prestar, seja durante o inquérito, seja durante a instrução, é omitir uma informação relevante para a formação da vontade do arguido. Importa ter presente que as diferenças sobejamente conhecidas das três fases processuais existem e, por isso são entregues, cada uma delas, à direcção de sujeitos distintos: o Ministério Público, o juiz de instrução e o juiz de julgamento. Relativamente ao primeiro, o arguido está em situação de inferioridade jurídica, porquanto aquele, que pretende acusá-lo, tem a direcção do inquérito, dispondo de meios e conhecimentos de que o arguido necessariamente não dispõe, situação que não se altera pela competência atribuída ao juiz de instrução nesta fase. No que tange à instrução, tal desequilíbrio não se verifica, mas as declarações que o arguido aí preste estão tendencialmente dirigidas à finalidade de evitar o julgamento, e não à sua defesa contra a acusação já formulada, para além de que esta é uma fase eventual. Consideramos que o arguido desconhece o alcance processual das suas declarações, tal admissibilidade redundaria numa deslealdade processual ofensiva, *prima facie*, da livre, porque esclarecida, autodeterminação do arguido, baseada na dignidade da pessoa humana, na qual radica o Estado de Direito. É que a autodeterminação do arguido pressupõe o conhecimento das consequências da conduta que, processualmente, venha a adoptar.

Uma última nota prende-se com a norma contida no art. 356º, n.º 7, do Código de Processo Civil, cuja interpretação tem divergido entre a doutrina⁵⁵⁵. Partimos da

⁵⁵² *Idem*, p. 126.

⁵⁵³ *Idem*, p. 128.

⁵⁵⁴ *Idem*, pp. 125-128.

⁵⁵⁵ Todavia não vamos referir-nos a essa discussão por estar fora do âmbito deste estudo.

consideração que o referido preceito proíbe a leitura indirecta em audiência⁵⁵⁶ e, por essa razão, o órgão de polícia criminal não pode, no seu depoimento, referir-se às informações contidas em autos, seja a prova testemunhal por aquele recebida, seja na recolha de outras declarações, “ou seja, não pode fazer-se eco, pela sua voz, em depoimento, daquilo que afinal escreveu como tendo sido dito por outrem”⁵⁵⁷. A norma não estatui expressamente um método proibido de prova, mas em nossa opinião a proibição de prova seria a consequência mais consonante quer com a linha ideológica perfilhada pelo Código de Processo Penal, quer, acima de tudo, considerando os valores que lhe estão subjacentes. Contudo, nos termos da lei a sanção é a irregularidade e é essa que a jurisprudência vem acolhendo⁵⁵⁸. Neste sentido o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06-11-1996⁵⁵⁹. Em sentido contrário, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10/12/2003⁵⁶⁰.

⁵⁵⁶ No mesmo sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA – Produção e valoração da prova em processo penal. *RCEJ*, 2006, n.º 4, pp. 37-53. p. 40.

⁵⁵⁷ BARREIROS, JOSÉ ANTÓNIO – Depoimento Policial em Audiência Penal. Âmbito e Limites. *Polícia e Justiça*. Revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais, Coimbra Editora, III Série, n.º 4, Jul./Dez., 2004, p. 22.

⁵⁵⁸ *Idem*, p. 23.

⁵⁵⁹ Proferido no processo 047937. [Consult. 25 novembro 2014]. Acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2ffa3fd222695cd7802568fc003baaa4?OpenDocument>.

⁵⁶⁰ Proferido no processo n.º 3138/03. [Consult. 25 novembro 2014]. Acessível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/e487cbb953a3467380256e47003c5c11?OpenDocument>.

CAPÍTULO III – O EFEITO-À-DISTÂNCIA DAS PROIBIÇÕES DE PROVA

O efeito-à-distância coloca-se quando, pela obtenção de uma prova, se possibilita a descoberta de outros meios de prova contra o arguido ou contra terceiro. Importa então saber se, no caso de a primeira prova ou “*prova primária*”⁵⁶¹ consubstanciar prova proibida, o seu efeito invalidante se projecta para as “provas secundárias”⁵⁶² ou indirectas”, determinando a exclusão destas em cadeia. Este problema acentua-se quando da “realização ilegal de buscas, apreensões, exames, escutas telefónicas, gravações, detenções”⁵⁶³ ou do “recurso a métodos proibidos de prova (v.g., a tortura)”⁵⁶⁴ resultam declarações auto-incriminatórias do arguido.⁵⁶⁵

O entendimento sobre esta problemática não é unânime, constatando-se uma clivagem entre os defensores da autonomia dogmática e jurídica, que aparentemente não encontram suporte legal para a defesa do efeito-à-distância, e os que apenas defendem a autonomia dogmática daquele instituto, fundamentando o efeito-à-distância no art. 122º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

Veja-se, neste último sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça: “As provas obtidas, além do mais, mediante o recurso à intromissão na correspondência são nulas, nos termos do art. 32.º da CRP, com a consequência da invalidade do acto em que se verificarem, bem como dos que dele dependerem e aquelas puderem afectar – art. 122.º, n.º 1, do CPP. A declaração de nulidade determina quais os actos que passam a considerar-se inválidos ou ordena, sempre que possível e necessário, a sua repetição (n.º 2), e ao declará-la o juiz aproveita todos os actos que ainda possam ser salvos, de acordo com o princípio *utile per inutile non vitiatur* – n.º 3 daquele preceito.”⁵⁶⁶ Só assim se justifica o efeito-à-distância das provas proibidas.

⁵⁶¹ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as Proibições ...*, p. 169.

⁵⁶² *Ibidem.*

⁵⁶³ *Ibidem.*

⁵⁶⁴ *Ibidem.*

⁵⁶⁵ *Ibidem.*

⁵⁶⁶ Acórdão de 20/02/2008, proferido no processo n.º 07P4553. [Consult. 27 novembro 2014]. Acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1526bf9fd0ebc7ca80257417004ac37f?OpenDocument>.

RUI PEREIRA discorda da fundamentação referida entendendo que o efeito-à-distância não resulta taxativamente nem da Constituição da República Portuguesa, nem da lei, antes admite que pode estar implícito num ou noutro plano.⁵⁶⁷

Para os defensores da autonomia dogmática e jurídica das proibições de prova, o fundamento do efeito-à-distância encontra-se no art. 32º, n.º 8, da Constituição da República Portuguesa, replicado no art. 126º do Código de Processo Penal. Abona a favor deste entendimento, segundo HELENA MORÃO, a própria letra do preceito constitucional uma vez que declara “nulas todas as provas obtidas” através dos métodos ali indicados, sem diferenciar se aquela é obtida de forma imediata ou mediata.⁵⁶⁸ Acrescenta-se que a própria norma constitucional integra o Título II dedicado aos direitos, liberdades e garantias, integrando em concreto o catálogo dos direitos, liberdades e garantias pessoais (Capítulo I do Título II). Consequentemente, está o preceito constitucional abrangido pelo regime privativo dos direitos, liberdades e garantias previsto no art. 18º da Constituição da República Portuguesa e, por isso, é directamente aplicável (n.º 1).⁵⁶⁹

COSTA ANDRADE considera que o processo penal português acolhe o efeito-à-distância, fundamentando a sua posição com o facto de as proibições de prova estarem associadas ao regime das nulidades⁵⁷⁰, invalidando o ato em que se verificaram, bem como os que dele dependerem ou aquelas (nulidades) puderem afectar⁵⁷¹. Por outro lado, no confronto com a lei alemã, o legislador português optou por proibir todas as provas obtidas através de métodos proibidos de prova, e não apenas as declarações obtidas por via da violação da proibição de prova. As considerações tecidas valem para todos os métodos proibidos de prova constantes do art. 126º do Código de Processo Penal. “O *efeito-à-distância* parece, assim configurar um momento nuclear do fim de *protecção* do artigo 126.º do CPP na direcção do arguido. Uma conclusão reforçada pela consideração suplementar e decisiva de que só o *efeito-à-distância* pode aqui prevenir uma tão frontal como indesejável violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*.”⁵⁷². Nesta medida, o efeito-à-distância só deve ser rejeitado quando inexistir

⁵⁶⁷ A *Admissibilidade valorativa da prova proibida*. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011. Relatório de mestrado, Ciências Jurídico-Criminais. p. 34.

⁵⁶⁸ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 65.

⁵⁶⁹ *Idem.* p. 66.

⁵⁷⁰ Vide art. 32º, n.º 8, da Constituição da República Portuguesa.

⁵⁷¹ Vide art. 122º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

⁵⁷² ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as Proibições ...*, p. 315.

nexo de causalidade entre a violação da proibição de produção de prova e a prova secundária.⁵⁷³

Abona também a favor deste entendimento o facto de o n.º 1 do art. 32º da Constituição da República Portuguesa garantir, entre as garantias de defesa, o recurso. Quer isto dizer, que o n.º 1 condensa na sua formulação todas as garantias de defesa elencadas nos restantes números do preceito, devendo ser entendido como uma “cláusula geral englobadora de todas as garantias que, embora não explicitadas nos números seguintes, hajam de decorrer do princípio da protecção global e completa dos direitos de defesa do arguido em processo criminal”⁵⁷⁴. Daí que dela possa extrair-se a consagração do efeito-à-distância enquanto garantia de defesa dos cidadãos. Só assim ficará completa a panóplia de garantias de defesa do arguido. Não incluir o tele-efeito, seria deixar a descoberto uma segunda oportunidade de persistir na prova proibida.⁵⁷⁵

Esta interpretação é reforçada pela consagração a nível internacional do direito ao recurso que sejam violados os seus direitos fundamentais e ao direito a ter um julgamento justo na Declaração Universal dos Direitos do Homem⁵⁷⁶ e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁵⁷⁷, recepcionadas pelo art. 8º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.⁵⁷⁸

Convoca-se ainda o princípio da máxima efectividade segundo o qual da norma deve ser extraído o sentido que lhe proporcione maior eficácia, com vista a fazer prevalecer a própria Constituição. A não ser assim, “frustrar-se-ia a divisão que a Constituição não faz entre provas proibidas imediatas e as mediatas”⁵⁷⁹, bem como o seu efeito dissuasor^{580 581}.

Também o princípio da concordância prática ou da harmonização impõe que se inclua nas garantias de defesa o efeito-à-distância das proibições de prova, porquanto,

⁵⁷³ *Idem*, pp. 313-316.

⁵⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição revista. Coimbra Editora, 2007. p. 516.

⁵⁷⁵ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, pp. 66-67.

⁵⁷⁶ *Vide* art. 8º e 10º.

⁵⁷⁷ *Vide* art. 6º e 13º.

⁵⁷⁸ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 67.

⁵⁷⁹ *Ibidem*.

⁵⁸⁰ Neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/03/2009, proferido no processo n.º 09P0395. [Consult. 16 novembro 2014.] Acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f411f67fb81de38a8025759900459f97?OpenDocument>.

⁵⁸¹ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 67.

não sendo assim, seria, por um lado, retirar eficácia ao regime das proibições de prova e, por outro, negar a garantia de *todas* as garantias de defesa.⁵⁸²

Os direitos, liberdades e garantias são não só directamente aplicáveis, como o são às entidades públicas⁵⁸³ e, por isso, “o intérprete (...) está obrigado a estabelecer o efeito-à-distância em direito de decisão e a materializar as normas legais probatórias reguladoras do processo penal de modo mais conforme aos direitos, liberdades e garantias”⁵⁸⁴.⁵⁸⁵

Contudo, uma questão adicional se coloca quando os direitos, liberdades e garantias colidem com outros direitos constitucionalmente consagrados.⁵⁸⁶ Para o efeito, importa ter presente que os conhecimentos fortuitos, distintos dos conhecimentos da investigação, referem-se aos factos colhidos acidentalmente que não têm relação com o crime que motivou a escuta telefónica, enquanto o efeito-à-distância indaga da possibilidade de valoração de prova obtida por via da violação de uma proibição de prova, constituindo aqueles um resultado directo do método de prova legal e este um resultado indirecto de um método de prova ilegal.⁵⁸⁷

Releva então ponderar, de um lado, a perseguição penal enquanto atribuição do Estado, e de outro, a salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos. Várias teorias tentam responder a esta questão⁵⁸⁸ mas inevitável é fazer uma ponderação de bens, considerando que as normas em conflito não podem ser realizadas na sua plenitude e que não existe nenhuma regra abstracta que determine a prevalência de uma delas. Verificados estes pressupostos, a prevalência há-de recair necessariamente na salvaguarda dos direitos fundamentais uma vez que o critério primeiro é o respeito pela dignidade humana que sobrepõe de imediato o indivíduo à comunidade. Ao abrigo deste critério a primazia pertence aos direitos fundamentais e, por isso, a perseguição penal fica *automaticamente* relegada para segundo plano. Considerando que as proibições incluem o efeito remoto, como protecção dos direitos, liberdades e garantias, deve aquele ser aplicado em cadeia sem reserva. Para além do mais, qualquer restrição implicaria passar no crivo do art. 18º da Constituição da República Portuguesa, como forma de salvaguardar o núcleo essencial do direito restringido. A doutrina tem

⁵⁸² *Idem*, p. 68.

⁵⁸³ *Vide* art. 18º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

⁵⁸⁴ TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, p. 69.

⁵⁸⁵ *Ibidem*.

⁵⁸⁶ *Ibidem*.

⁵⁸⁷ *Idem*, pp. 74-75.

⁵⁸⁸ Para maior desenvolvimento, *vide* JESUS TEIXEIRA, *idem*, pp. 75 e ss.

entendido que a prova (primária) ilícita consubstancia um *mal* que contamina todas as provas que dali derivem (secundárias), mesmo que a obtenção destas tenha sido lícita.⁵⁸⁹

Contudo, a doutrina e a jurisprudência têm entendido que há limites necessários no efeito-à-distância⁵⁹⁰. A teoria da fonte independente defende que o efeito remoto deve ser excluído quando as provas secundárias, adquiridas num primeiro momento ilicitamente, fossem realmente obtidas (posteriormente) através de método válido. A descoberta inevitável constitui também um limite àquele efeito quando a prova secundária adquirida pudesse ter sido inevitavelmente descoberta através de outra actividade de investigação legal. Na formulação da mácula dissipada, a prova secundária seria admitida quando a conexão entre esta e a primeira violação fosse de tal forma atenuada que permitiria depurar o vício primário. Acolhemos o entendimento de JESUS TEIXEIRA, segundo o qual todas estas enunciações são de rejeitar porquanto não passam de *malabarismos* jurídicos para obstar ao efeito-à-distância das proibições de prova, apesar de todas reconhecerem a ilicitude da prova originária. Desta forma, o instituto das proibições de prova ficaria enfraquecido sendo-lhe retirada grande parte da sua utilidade e aplicabilidade práticas. Para além disso, são manifestamente inconstitucionais porque jamais passariam pelo crivo do regime, também ele constitucional, de restrição aos direitos, liberdades e garantias⁵⁹¹.⁵⁹²

Nesta medida, o efeito-à-distância só deve ser rejeitado quando inexista nexos de causalidade entre a violação da proibição de produção de prova e a prova secundária, daquela decorrente.⁵⁹³

Numa posição intermédia, MILENE VIEGAS MARTINS defende que, estando em causa a vítima de um crime que pretende, com as imagens recolhidas, identificar os autores do crime, seria razoável e proporcional impor limites ao efeito-à-distância, permitindo, consequentemente, a extensão da invalidade aos depoimentos dos assistentes.⁵⁹⁴

Veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça: “IV - O art. 122.º do CPP é um afloramento do problema denominado de «efeito à distância», ou seja, quando se

⁵⁸⁹ *Idem*, pp. 89-90.

⁵⁹⁰ Para maiores desenvolvimentos, *vide* JESUS TEIXEIRA, *idem*, pp. 91 e ss.

⁵⁹¹ *Vide* art. 8.º da Constituição da República Portuguesa.

⁵⁹² TEIXEIRA, António de Jesus, *op. cit.*, pp. 90-108.

⁵⁹³ ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as Proibições ...*, pp. 313-316.

⁵⁹⁴ *Op. cit.*, p. 115.

trata de indagar da comunicabilidade ou não da valoração aos meios secundários da prova tornados possíveis à custa de meios ou métodos proibidos de prova.

V - Uma longa evolução jurisprudencial, de que dá nota o Ac. do TC n.º 198/04, de 24-03-2004 (DR, II Série, de 02-06-2004), exemplificou os casos em que aquele efeito à distância se não projecta, os casos em que a indissolubilidade entre as provas é de repudiar, por não verificação da árvore venenosa, reconduzindo-os a três hipóteses que o limitam: a chamada limitação da fonte independente, a limitação da descoberta inevitável e a limitação da mácula «(nódoa) dissipada» – cf. Criminal Procedure, Jerold H. Israel e Wayne R. Lafave, 6.ª Ed., St. Paul, Minnesota, 2001, págs. 291-301.

VI - A fonte independente respeita a um recurso probatório destacado do inválido, usualmente com recurso a meio de prova anterior que permite induzir, probatoriamente, aquele a que o originário tendia, mas foi impedido, ou seja, quando a ilegalidade não foi *conditio sine qua* da descoberta de novos factos.

VII - O segundo obstáculo ao funcionamento da doutrina da «árvore envenenada» tem lugar quando se demonstre que uma outra actividade investigatória, não levada a cabo, seguramente iria ocorrer na concreta situação, não fora a descoberta através da prova proibida, conducente inevitavelmente ao mesmo resultado, ou seja, quando, apesar da proibição, o resultado seria inexoravelmente alcançado.

VIII - A terceira limitação da «mácula dissipada» (*purged taint limitation*) leva a que uma prova, não obstante derivada de outra prova ilegal, seja aceite sempre que os meios de alcançar aquela representem uma forte autonomia relativamente a esta, em termos tais que produzam uma decisiva atenuação da ilegalidade precedente.”.⁵⁹⁵ Veremos que as invocadas limitações ao efeito-à-distância acaba por não colocar-se.

MARTINS DE OLIVEIRA funda o efeito-à-distância na lei fundamental, directamente no art. 32º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa. Assim, a invalidade derivada é entendida como uma garantia de defesa do arguido. E é uma garantia de defesa necessária na medida em que “se, adquirida uma prova proibida, não existirem limites à obtenção de provas derivadas, então a prova proibida poderá servir para desbloquear vias de pesquisa muito relevantes para o desfecho da investigação criminal. Logo, o efeito-à-distância é um meio de garantia essencial e eficaz para o

⁵⁹⁵ Acórdão de 20/02/2008, proferido no processo n.º 07P4553. [Consult. 27 novembro 2014]. Acessível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1526bf9fd0ebc7ca80257417004ac37f?OpenDocument>.

cumprimento das proibições de prova, porque o efeito preventivo visado pela proibição só se consegue concretizar cabalmente através dele”⁵⁹⁶.

Aderimos a esta última posição por, como já referimos anteriormente, ser a que permite total eficácia às provas proibidas e, enquanto garantia constitucional de defesa do arguido, não poderá ser interpretada restritivamente. Quanto às exceções apontadas como limites ao efeito-à-distância, importa referir que se as provas secundárias podem ser obtidas por método válido, então não há necessidade de valorá-la enquanto ato secundário decorrente de ato primário inválido, como acontece à luz da teoria da fonte independente. Raciocínio idêntico pode tecer-se quanto à descoberta inevitável, pois se ela é inevitável através de investigação legal, há que levá-la a cabo, prescindindo da valoração de prova secundária filiada em prova inválida. Por fim, considerando a formulação da mácula dissipada, se há nexo de causalidade, ainda que com uma ligação ténue, a prova secundária não deixa de derivar de prova inválida e, nesses termos, não deve ser valorada. Se aquele não existe, então nem sequer se trata de prova derivada pelo que a questão do efeito-à-distância não se coloca.

⁵⁹⁶ OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de, *op. cit.*, p. 288.

CONCLUSÕES

Da necessidade de prevenir a violação de direitos fundamentais evoluiu-se até às proibições de prova enquanto limite à descoberta da verdade material. Assim se criaram as proibições de prova, assentes em bens jurídicos axiologicamente relevantes, e consagrados constitucionalmente. Deste modo, as proibições de prova constituem um limite à investigação criminal, por via da limitação que impõem à atividade de investigação criminal, sendo a prova o âmago do processo penal.

As fontes das proibições de prova encontram-se em instrumentos internacionais, a nível nacional, doutrinário e jurisprudencial.

As proibições de prova radicam no princípio da dignidade da pessoa humana e na sua liberdade, daquela decorrente, pelo que os bens jurídicos assim tutelados não podem ser comprimidos pela necessidade de descobrir a verdade material em processo penal. A liberdade do indivíduo assume particular relevância no processo penal, *maxime* na liberdade de declaração sendo vedado, em absoluto, a valoração das declarações prestadas pelos arguidos sem cumprimento prévio dos deveres informativos, bem como a valoração do seu silêncio.

Contudo, na positivação das proibições de prova é possível detectar assimetrias que resultam de incongruências entre leis de diferente valor hierárquico (Constituição da República Portuguesa e lei ordinária). Oscila-se entre a supremacia dos direitos fundamentais dos cidadãos e a sua relativização no âmbito da perseguição penal. As assimetrias resultam também do confronto entre ramos de direito próximos, como sucede com o direito material penal e o direito processual penal, em que o princípio da inadmissibilidade processual de meios ilícitos de prova colide com a irrestrita admissibilidade dos meios de prova subtraídos à ilicitude material.

Os modelos americano e alemão, bem como o português, sobre proibições de prova são distintos, tanto no seu figurino, como na sua dogmática e, ainda, na tutela que opera e nos seus efeitos práticos, mas têm um objectivo comum. As *exclusionary rules* americanas, baseadas na jurisprudência, as *beweisverbote* alemãs, apoiadas na doutrina e na jurisprudência, e as proibições de prova pretendem proteger os direitos fundamentais dos cidadãos como forma de realização e garantia do Estado de Direito. O modelo americano, de estrutura acusatória pura, configura o *due process of law* como um verdadeiro de partes. A estrutura acusatória integrada pelo princípio da investigação,

característica dos modelos alemão e português, estrutura o processo penal como um processo de sujeitos processuais, cuja direcção pertence ao tribunal.

O modelo americano coloca as proibições de prova no plano das consequências da investigação e não na tutela de certos bens jurídicos, como se verificas nos sistemas alemão e português. Tal como no sistema germânico, o modelo português privilegia a dimensão substantiva das proibições de prova. Mas, diferentemente do sistema alemão, o ordenamento jurídico português rejeita a ideia de ponderação de interesses, substituindo-a pelo critério de ilicitude da lei penal substantiva.

Em virtude da remissão legal para o regime das nulidades, o enquadramento jurídico das proibições de prova faz-se necessariamente por comparação com aquele regime. Da conjugação dos preceitos constitucionais e legais, conclui-se que às proibições de prova se aplica regime diverso do das nulidades, sedo o termo “nulas” usado em sentido simbólico e não técnico.

Perfilhando a tese da autonomia dogmática e jurídica das proibições de prova e a sua filiação no princípio da dignidade da pessoa humana, os seus efeitos produzem-se *ex lege*, são insuscetíveis de sanção e jamais se convalidam na ordem jurídica, mesmo dp do trânsito em julgado, sendo uma espécie de invalidade, a par da nulidade, e não uma subespécie desta.

Quanto aos efeitos, a prova proibida não pode ser utilizada no processo penal. Tendo em conta os seus fundamentos e a sua finalidade, as proibições de prova são de conhecimento oficioso, sem prejuízos de poder ser requerido o seu conhecimento. Têm eficácia absoluta pois só assim cumprem a sua finalidade garantística, o que comporta a impossibilidade de repetir os actos proibidos. O efeito-à-distância, atento o que antecede e o que a Constituição da República Portuguesa dispõe, é um efeito inevitável, pois se assim não fosse seriam as proibições de prova, elas próprias, uma garantia limitada. As proibições de prova são sancionadas com a inexistência jurídica, enquanto espécie de invalidade. Por isso, não concordamos com os limites que a doutrina e a jurisprudência têm vindo a colocar à invalidade derivada: teoria da fonte independente, teoria da descoberta inevitável e teoria da mácula dissipada. Defendemos antes a plena e mais extensa abrangência das proibições de prova enquanto meio de tutela de direitos fundamentais e, simultaneamente, garantia constitucional em processo criminal.

Por todo o exposto, temos que concluir pela inadmissibilidade de quaisquer provas proibidas em processo penal, sejam elas meios de obtenção de prova ou meios de prova, sejam aprova primária ou prova derivada.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – **Comentário ao Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**, 4ª edição atualizada. Universidade Católica Portuguesa, 2011. 1712 p. ISBN 978-972-54-0295-5.
- ANDRADE, Manuel da Costa – **Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente**. Coimbra, Coimbra Editora, 2009. 228 p. ISBN 978-972-32-1726-1.
- Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares. In **Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia**, Vol. I. Coimbra, Universidade de Coimbra, 1984. pp. 545-622.
- **Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal**. Reimpressão. Coimbra Editora, 2013. 343 p. ISBN 978-972-32-0613-7.
- BARREIROS, José António – Depoimento Policial em Audiência Penal. Âmbito e Limites. **Polícia e Justiça**. Revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais, Coimbra Editora, III Série, n.º 4, Jul./Dez., 2004.
- BELEZA, Teresa – “Tão amigos que nós éramos”: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal português. **Revista do Ministério Público**, Ano 19, n.º 74, abril-junho 1998, pp. 39-60.
- BOTELHO, Marta Maria Maio Madalena – **Utilização das Técnicas de ADN no Âmbito Jurídico**. Almedina, 2013. 301 p. ISBN 978-972-40-5020-1.
- BRAVO, Rogério – Da Não equiparação do Correio-Electrónico ao Conceito Tradicional de Correspondência por Carta. **Polícia e Justiça**. Coimbra, 2006, n.º 7, III série (jan-jun 2006), pp. 207-216.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I, 4ª edição revista. Coimbra Editora, 2007. 1152 p. ISBN 978-972-32-1462-8.
- CORREIA, João Conde – A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial. **RCEJ**, n.º 4, pp. 175-202.
- **Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais**. Coimbra, Coimbra Editora, 1999. 210 p. ISBN 972-32-0917-9.
- COSTA, José de Faria – O direito penal, a linguagem e o mundo globalizado (babel ou esperanto universal?). **Revista de Legislação e Jurisprudência**, Ano 138, n.º 3955 (2009), pp. 218-228.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – **Direito Processual Penal**. Reimpressão. Coimbra Editora, 2004. 600 p. ISBN 972-32-1250-1.
- DIAS, Maria do Carmo Silva – Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial. **RCEJ**, n.º 3, pp. 169-225.

- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – Revisão Penal. **Scientia Iuridica**, Tomo XIV, n.º 75-76, pp. 520-526.
- FIDALGO, Sónia – Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, A. 16, n.º 1 (2006), pp. 115-148.
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – **Código de Processo Penal: Anotado e Comentado**. 13ª edição. Almedina, 2002. 1348 p. ISBN 972-40-1764-8.
– Meios de Prova. In *O Novo Código de Processo Penal. Jornadas de Direito Processual Penal*. Almedina, 1991. 234 p. ISBN 972-40-0257-8.
- JÚNIOR, Arthur Pinto de Lemos – A Aplicação da Perícia de Análise do ADN no Processo Penal para Fins de Identificação Criminal. In OLIVEIRA, Guilherme de, dir – **Lex Medicinæ: revista portuguesa de direito da saúde/propr**. Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, Coimbra Editora, A. 2, n.º 3 (jan-jun 2005), pp. 83-105.
- MARTINS, Milene Viegas – **A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal**. Lisboa, 2014, AAFDL. 164 p. EAN 5606939007704.
- MATA-MOUROS, Maria de Fátima – **Juiz das Liberdades – Desconstrução de um Mito do Processo Penal**. Almedina, 2011. 472 p. ISBN 978-972-40-4567-2.
- MEIREIS, Manuel Augusto Alves – **O Regime das Provas Obtidas pela Provocação**. Coimbra, Almedina, 1999. 269 p. ISBN 972-40-1219-0.
- MENDES, Paulo de Sousa – **As Proibições de Prova no Processo Penal**. Separata de Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais. Coimbra, Almedina, 2004.
- MESQUITA, Paulo Dá – **A prova do crime e o que se disse antes do julgamento**. Coimbra Editora, 2011. 766 p. ISBN 978-972-32-1951-7.
- MONIZ, Helena – Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. A. 12, n.º 2, 2002. pp. 237-264.
- NEVES, António Castanheira – **Sumários de Processo Criminal**. Coimbra, 1968. Livro fotocopiado. 272 p.
- NEVES, Rita Castanheira – **As Ingerências nas Comunicações Eletrónicas em Processo Penal: Natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova**. Coimbra Editora, 2011. 365 p. ISBN 978-972-32-1942-5.
- OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de – Da Autonomia do Regime das Proibições de Prova. In BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico Lacerda da Costa, coord. – **Prova Criminal e Direito de Defesa**. Almedina, 2013. 290 p. ISBN 978-972-40-4090-5.
- PEREIRA, Rui Costa – **A admissibilidade valorativa da prova proibida**. Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011. 44 f. – Relatório de mestrado, Ciências Jurídico-Criminais.
- PIMENTA, José da Costa – **Introdução ao Processo Penal**. Almedina, 1989. 254 p. ISBN 972-40-0538-0.

- SANTOS, Joana Boaventura – **Da Valoração das Declarações de Arguido Prestadas em Fase Anterior ao Julgamento – Contributo para uma Mudança de Paradigma**. Coimbra Editora, 2014. 144 p. ISBN 978-972-32-2263-0.
- SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel – **Código de Processo Penal Anotado**. 2ª edição. Rei dos Livros, 2000. 1416 p. ISBN 972-51-0836-1.
 – *Recursos em Processo Penal*, 5ª edição. Rei dos Livros, 2002. 334 p. ISBN 972-51-1018-8.
 – LEAL-HENRIQUES, Manuel; SIMAS SANTOS, Manuel de – **O Código Penal de 1982**. Vol. 4. Rei dos Livros, 1987. 740 p. p. 143.
- SILVA, Germano Marques da – **Curso de Processo Penal**. Vol. II, 3ª edição. Verbo, 2002. 371 p. ISBN 978-972-22-1592-2.
- SILVA, Germano Marques da – Produção e valoração da prova em processo penal. **RCEJ**, 2006, n.º 4, pp. 37-53.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de – **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra Editora, 1995. 703 p. ISBN 972-32-0677-3.
- SOUSA, Susana Aires de – *Agent Provocateur* e Meios Enganosos de Prova. Algumas Reflexões. In ANDRADE, Manuel da, org – **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra. Coimbra Editora, 2003. 1154 p. ISBN 972-32-1193-9.
- TEIXEIRA, António de Jesus – **Os Limites do Efeito-à-distância nas Proibições de Prova no Processo Penal Português**. Universidade Católica Português, 2014. 117 p. ISBN 978-972-54-0428-7.
- TOMÁS, Isabel Maria Francisco – **Articulação do regime das nulidades com o regime das proibições de prova**. Lisboa, 1998. 23 f. Relatório de mestrado em direito processual penal do curso de aperfeiçoamento.
- VARELA; Antunes; BEZERRA, J, Miguel; NORA, Sampaio e – **Manual de Processo Civil**. 2ª edição. Coimbra Editora, 1985. 780 p. ISBN 9720032001080.
- VERDELHO, Pedro – Apreensão de Correio Electrónico em Processo Penal. **Revista do Ministério Público**. Ano 25, n.º 99-100 (2004), pp. 153-164.

DOCUMENTOS ELETRÓNICOS

- Parecer apresentado pela Associação Sindical dos Juízes Portugueses. [Consult. 22 novembro 2014.]. Disponível em <http://www.asjp.pt/wp-content/uploads/2012/05/Parecer-GEOT-CP-CPP-CEP-Maio-2012.pdf>.

Sara Raquel Azevedo dos SANTOS – **Paradigma da ponderação constitucional legal da criação de bases de dados genéticos para condenados**. 2013. [Consult. 18 novembro 2014]. Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/xmlui/bitstream/handle/1822/28407/Sara%20Raquel%20Azevedo%20dos%20Santos.pdf?sequence=1>.