



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA  
FACULDADE DE DIREITO  
ESCOLA DE LISBOA

*Verdade e Liberdade*  
**A Atipicidade da Prova em  
Processo Penal**

**Inês Maria Pinheiro Robalo**

Aluna n.º 143411005

Mestrado Orientado para a Investigação

Orientação: **Professor Doutor Germano Marques da Silva**

**6 de Maio de 2012**

*«A finalidade do processo do tipo do português não é simplesmente a paz jurídica, é a justiça, e a justiça passa pela procura constante da verdade»<sup>1</sup>.*

---

<sup>1</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *in* “Produção e valoração da prova da prova em processo penal”, *Revista do CEJ*, n.º 4 (n.º especial), 1.º Semestre, 2006, p. 47.

## ÍNDICE

Siglas e Abreviaturas .....	5
Nota sobre citações e outras referências .....	6
I. Notas introdutórias.....	7
II. Exclusão das provas obtidas com lesão de direitos fundamentais como pilar do direito processual penal .....	12
II.1. Ponderação de interesses conflitantes e limites à restrição de direitos fundamentais	19
II.2. Distinção entre prova proibida e prova nula .....	30
III. Atipicidade.....	43
III.1. Conceito e delimitação.....	43
III.2. Legalidade da prova.....	45
III.2.1. A norma do art. 125 do CPP: admissibilidade de provas não proibidas.....	48
III.2.2. A norma anterior: art. 173 do CPP ‘29 .....	51
III.2.3. Atipicidade, legalidade e demais princípios do processo penal.....	52
III.3. Liberdade de prova .....	57
III.3.1. Direito à prova .....	61
III.3.2. Princípio da investigação .....	65
IV. Admissibilidade de meios atípicos de prova .....	69
IV.1. O art. 189 do CPP Italiano .....	70
IV.1.1. Idoneidade para averiguação do <i>thema probandum</i> .....	72
IV.1.2. Respeito pela (dignidade e) liberdade da pessoa .....	74
IV.1.3. Exercício do contraditório – determinação da obtenção da prova.....	75
IV.2. Transposição para o ordenamento português .....	78
IV.2.1. Admissibilidade da prova atípica e princípios do sistema probatório .....	79
IV.2.1.1. Necessidade e adequação do meio atípico de prova.....	79
IV.2.1.2. Respeito pela dignidade da pessoa humana – núcleo dos direitos fundamentais .....	82
IV.2.1.3. Restrição de direitos: exigência de lei expressa (geral e abstracta).....	83
IV.2.2. Modo de produção e aquisição do meio atípico de prova .....	85
IV.2.2.1. Exercício do contraditório .....	85
IV.2.2.2. Aplicação de procedimento de aquisição de prova por analogia.....	87
IV.2.2.3. Reserva judicial .....	91

IV.2.3. Eficácia da prova atípica.....	95
V. Aplicação prática do princípio da não taxatividade dos meios de prova.....	97
V.1. A discussão na Jurisprudência .....	97
V.1.1. Declarações de co-arguido .....	97
V.1.2. Reconhecimento pessoal em audiência de julgamento .....	100
V.2. A prova atípica científica .....	107
VI. Conclusões.....	118
Bibliografia .....	122
Jurisprudência .....	135

## Siglas e Abreviaturas

Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
Al.	Alínea
Als.	Alíneas
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
AR	Assembleia da República
CC	Código Civil
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CPP	Código de Processo Penal
CPP '29	Código de Processo Penal de 1929
CPPit	Código de Processo Penal Italiano
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-lei
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
JIC	Juiz de Instrução Criminal
Loc. cit.	Local citado
MP	Ministério Público
Ob. cit.	Obra citada
PIDCP	Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos
Proc.	Processo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TCesp	Tribunal Constitucional Espanhol
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
V.	<i>Vide</i>
Vol	Volume

## **Nota sobre citações e outras referências**

Referimos no texto as monografias e analíticos consultados através de todos os elementos da obra, mencionados na lista de bibliografia, somente na primeira citação ou referência. Nas citações seguintes, caso se trate de Autor com mais de uma obra na lista de bibliografia, indicamos a mesma pela primeira palavra do seu título.

No que à jurisprudência diz respeito, as decisões são referidas através do tribunal que as proferiu, da data, do número de processo e do Relator. Apenas em relação às decisões do TC nos referiremos, unicamente, ao número do acórdão e ao respectivo Relator, por maior facilidade de pesquisa da jurisprudência constitucional. Relativamente às decisões do TEDH as mesmas serão referidas no texto através do nome atribuído ao caso, por ser esse o elemento identificativo comumente utilizado no que respeita a este tribunal europeu. O local de publicação e consulta das decisões jurisprudenciais encontra-se na lista de jurisprudência facultada no final do estudo.

## I. Notas introdutórias

«Não existe um processo penal válido sem prova que o sustente, nem um processo penal legítimo sem respeito pelas garantias de defesa.»<sup>2</sup>

As *finalidades primárias* do processo penal são a realização da justiça, por um lado, e a descoberta da verdade, por outro<sup>3</sup>: se a primeira exige o respeito pelas liberdades individuais, a segunda apresenta-se como fundamental para o restabelecimento da paz jurídica na comunidade e para a legitimação do exercício do poder punitivo do Estado. Ambas se manifestam na estruturação do sistema probatório processual penal, constituindo a prova condição essencial para que se alcance a *verdade* (ou se fique o mais próximo possível da mesma).

O título da presente dissertação utiliza o termo prova num sentido alargado, precisamente para que possa abranger quer os meios de prova, quer os meios de obtenção de prova – na medida em que ambos se regem pelo princípio da não taxatividade<sup>4</sup> (o que se encontra plasmado no art. 125 do CPP)<sup>5</sup>.

A aparente simplicidade deste princípio da não taxatividade e o escasso debate dos problemas que a sua aceitação acrítica levanta motivaram a realização do presente estudo. Propomo-nos, pois, a uma cuidada destrição da liberdade de prova. Por ora, cumpre notar que é o sentido finalístico da prova que explica a origem histórica do princípio da liberdade de prova. Ou seja, foi a necessidade de livre investigação da verdade dos factos, face ao princípio da descoberta da *verdade material*, que motivou, em certa medida, que ao juiz penal fossem reconhecidos (amplos) poderes(-deveres) de investigação e de apreciação

---

<sup>2</sup> TERESA PIZARRO BELEZA e FREDERICO DA COSTA PINTO, *in Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 5.

<sup>3</sup> Assim, FIGUEIREDO DIAS, *in* “Princípios estruturantes do processo penal”, *Código de Processo Penal – processo legislativo*, vol. II, tomo II, Lisboa, Edição da Assembleia da República, 1999, pp. 23 e 24.

<sup>4</sup> V., entre outros Autores, TERESA PIZARRO BELEZA, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, vol. II, Lisboa, AAFDL, 1993, p. 149, e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.<sup>a</sup> ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, p. 332, em anotação ao art. 125.

<sup>5</sup> Como se verá *infra*, no capítulo III.

‘discricionária’ dos resultados probatórios<sup>6</sup>, mesmo nos modernos sistemas acusatórios europeus. A prova, num sentido amplo e comum aos vários ramos do direito processual visa, portanto, «a demonstração da verdade dos factos»<sup>7</sup> – em sede processual penal, para averiguar a existência de factos que constituam ilícito criminal e determinar a pena a aplicar.

Todavia, a lógica constitucional de concordância prática entre interesses conflitantes e de respeito pela dignidade da pessoa humana (cfr. arts. 1.º e 18, n.º 2, ambos da CRP) leva a que se proceda à procura da verdade dentro dos limites de outros valores inerentes ao Estado de Direito Democrático. Por isso se pode dizer que no actual sistema penal acusatório, ainda que temperado pelo princípio da investigação<sup>8</sup>, a tutela da pessoa humana é dado imprescindível da prova judicial<sup>9</sup>. Daqui derivam diversas proibições de prova, embora nem sempre fundadas (directamente) na tutela de direitos fundamentais, cujo fundamento será, mais ou menos imediatamente, o respeito pela dignidade da pessoa humana. Como se verá *infra*, no capítulo II, a prova terá sempre limites materiais / substantivos, que ditam garantias procedimentais – como a atribuição ao JIC de um papel de garante dos direitos fundamentais –, mas também circunscrevem o campo dentro do qual se poderá discutir a admissibilidade de meios atípicos de prova. Isto é, tal como se retira da norma do art. 125 do CPP, a atipicidade terá como primeiro limite o respeito pelos direitos e garantias fundamentais, dado que, caso a restrição destes seja abusiva ou “insuportável”, por desrespeito dos termos nos quais a lei permite a restrição daqueles, estaremos perante uma (verdadeira) prova proibida<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Relaciona o princípio da “*verdade absoluta*” (*tradução livre*) com o princípio da liberdade de prova, MICHELE TARUFFO, in *Enciclopédia Giuridica*, Instituto della Enciclopédia Italiana Fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1991, “Prova”, VI) Diritto Comparato e Straniero, p. 2.

<sup>7</sup> Assim já in *Repertório Jurídico Português*, tomo XII, ANTÓNIO JOAQUIM LOPES DA SILVA (coord.), Coimbra, Francisco França Amado Editor, 1907, p. 75.

<sup>8</sup> Utiliza esta expressão para definir a fase de julgamento, do ponto de vista da estrutura processual, GERMANO MARQUES DA SILVA, in *Curso de Processo Penal*, vol. I, 5.ª ed. revista e actualizada, Lisboa / São Paulo, Editorial Verbo, 2008, p. 62.

<sup>9</sup> Assim, PIERFRANCESCO BRUNO, in *Digesto delle Discipline Penali*, X, quarta edizione, comitato scientifico: RODOLFO SACCO (pres.), Torino, Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1995: «(...)la tutela della persona (umana) è il dato imprescindibile dell’ accertamento giurisdizionale».

<sup>10</sup> MONTAÑÉS PARDO refere-se à doutrina do TCsp que, desde o ac. n.º 114/1984, admite a existência de um princípio geral de proibição absoluta de valoração de provas obtidas com violação de direitos fundamentais, interpretando o conceito de “medios de prueba pertinentes”, previsto no art. 24, n.º 2 da Constituição espanhola,



A definição do sentido e do alcance dos princípios da liberdade de prova e da investigação levar-nos-á, deste modo, a uma primeira abordagem (pela negativa): o respeito pela dignidade e liberdade do indivíduo impôs necessários limites ao inquisitório do juiz penal. Porém, mantendo o foco nestes avanços civilizacionais (cuja lembrança nunca será em demasia), na análise do presente tema dever-se-á ter, igualmente, em conta que o sistema probatório é um sistema em evolução, cujas intervenções legislativas<sup>11</sup> são diversas vezes motivadas por manifestações (e convulsões) sociais – como afirma MEDINA DE SEIÇA, «a disciplina da prova (...) encontra-se no epicentro destas convulsões, dividida entre o fascínio da eficácia repressiva a qualquer custo e os excessos de um estoliente garantismo que perverte a matriz acusatória de que se reclama»<sup>12</sup>. Importa, pois, não esquecer que os mecanismos processuais destinados à eficácia da intervenção punitiva do Estado encontrarão legitimidade em juízos de ponderação e de concordância prática a que procedeu o próprio legislador. Neste sentido, TERESA BRAVO, insistindo na ideia de que o direito e o processo penal «são um reduto do Humanismo, pois o Direito existe para salvaguardar a liberdade e a segurança, mas também para preservar a dignidade humana», pergunta: «como equilibrar a paz e a segurança com a tutela dos direitos fundamentais, se constatamos que nem todos os delitos são iguais e que uns serão, pela sua dimensão e natureza, mais graves do que outros?» e acaba por concluir que «dessa desigualdade material nasce a necessidade de adequar as respostas institucionais às especificidades do delito»<sup>13</sup>. Tal como afirma DÁ MESQUITA, na

---

no sentido de abranger a vertente substantiva, para além da técnico-processual, de respeito pelos direitos fundamentais – in *La intervención de las comunicaciones: doctrina jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 53.

<sup>11</sup> A que ACHILLE MELCHIONDA chamou “caóticas” e “improvisadas” (referindo-se, obviamente ao direito italiano), in *Enciclopedia del Diritto*, SANTORO-PASSARELLI, FRANCESCO (dir.), Dott. A. Giuffrè Editore, 1988, p. 649 (tradução livre).

<sup>12</sup> In “Legalidade da prova e Reconhecimentos «atípicos» em processo penal: notas à margem de jurisprudência (quase) constante”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, organizado por Manuel da Costa Andrade, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1389 e 1390.

<sup>13</sup> In “Revistas e buscas: o processo penal na era da globalização”, *III Congresso de Processo Penal*, coordenação: MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, Coimbra, Almedina, 2010, p. 123. A este propósito a Autora cita THOMAS HOBBS [*Leviathã* (2002), p. 239]: «(...) nem todos os crimes são da mesma linhagem, ao contrário do que pretendiam os estóicos (...). Embora todos os crimes mereçam igualmente o nome de injustiça, tal como todo o desvio de uma linha recta implica iguais sinuosidades, conforme acertadamente observaram os

actual sociedade de risco, marcada por actos terroristas, assiste-se claramente a uma «reação reforçada aos perigos mais graves (...) num movimento associado à expressão “troco a liberdade por segurança”»<sup>14</sup> – o que, acreditamos, tem, necessariamente, reflexos no campo do direito penal probatório.

Na verdade, na prática judiciária assiste-se, não raras vezes (frequentemente de modo mais subtil e, aparentemente, justificado), a uma prevalência da procura da *verdade material* em detrimento de garantias individuais, em nome da eficácia, legitimada pela não taxatividade dos meios probatórios (seja de obtenção, seja de produção). Tentaremos, pois, demonstrar que, no actual processo de estrutura acusatória, tributário do Estado de Direito Democrático que caracteriza a nossa República (cfr. art. 2.º da CRP), «as garantias de defesa (...), na sua substância, prevalecem sobre a verdade material»<sup>15</sup>. E, em matéria de prova, quando os meios ou métodos ofendam valores fundamentais, este *dogma* não parece poder ser excepcionado, constituindo as proibições de prova, referidas de modo alargado no n.º 8 do art. 32 da CRP, garantias (fundamentais) do processo criminal, tal como indica a epígrafe do preceito. Procuraremos comprovar que a previsão de métodos e meios proibidos de prova é mais abrangente do que uma leitura literal poderia levar a concluir, na medida em que se especificam menos meios do que aqueles cuja admissão no processo penal poderá ser vedada pelos princípios enformadores do actual Estado de Direito Democrático, dada a origem histórica daquela previsão<sup>16</sup>.

---

estóicos, não se segue daí que todos os crimes sejam igualmente injustos, tal como nem todas as linhas tortas são igualmente tortas».

<sup>14</sup> *In Processo Penal, prova e sistema judiciário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 440.

<sup>15</sup> MARIA FERNANDA PALMA, in “A constitucionalidade do art. 342.º do Código de Processo Penal (O direito ao silêncio do arguido)”, *Revista do Ministério Público*, n.º 60, 1994, p. 107.

<sup>16</sup> PAUL DE HERT refere, precisamente, que a consagração de direitos, liberdades e garantias individuais teve como inspiração o espírito liberal das Revoluções francesa e norte-americana, pelo que se cingiu ao que, na época, era necessário ser salvaguardado – in HERT, PAUL DE, “Balancing security and liberty within the European human rights Framework. A critical reading of the Court’s case law in the light of surveillance and criminal law enforcement strategies after 9/11”, in *Utrecht Law Review*, publicado por IGITUR, vol. I, *issue* I, Setembro de 2005, disponível na Base de Dados do Gabinete de Documentação e Direito Comparado, consultado em <http://www.gddc.pt/bases-dados/form-pesquisa.html>, a 3 de Abril de 2012, p. 6. Daí a recorrente referência a métodos ofensivos da integridade física e da intimidade da vida privada, como a tortura ou a intromissão no domicílio, nomeadamente no texto do art. 8.º da CEDH e do n.º 8 do art. 32 da CRP, mas não,

Assim, «parte-se, pois, da ideia de se buscar uma maior eficiência e funcionalidade do processo penal no interior da sua tradicional função de garantia»<sup>17</sup>, sendo estes dois vectores de tutela que o processo penal prossegue conjuntamente – não somente a funcionalidade dirigida ao interesse da comunidade, já que «também a colectividade tem interesse em que o processo se desenvolva de acordo com regras processuais e que ninguém seja condenado injustamente»<sup>18</sup>. Ou seja, nesta vertente de garantia, como bem afirma GERMANO MARQUES DA SILVA, «o Estado, a comunidade, não tem um interesse oposto ao do arguido, antes lhe interessa exclusivamente a realização da Justiça: a condenação do culpado e a absolvição do inocente»<sup>19</sup>.

Um dos objectivos do tratamento do presente tema é, pois, o de analisar o princípio que a doutrina retira do art. 125 do CPP em harmonia e de modo coerente com os restantes princípios do sistema probatório e com as bases da ordem processual penal, constitucionalmente estabelecidas. Partiremos, depois dessa análise sistemática dos princípios estruturantes do sistema probatório, em particular, e do ordenamento jurídico-constitucional penal, em geral, para a observação de como a atipicidade da prova foi acolhida no sistema italiano – inspirador do ordenamento processual penal português e onde maiores desenvolvimentos doutrinários se encontraram sobre o tema. A transposição das regras e procedimentos de admissibilidade da prova atípica para o sistema português terá como base aquela análise axiológico-sistemática e não terminaremos sem um breve olhar sob a aplicação da norma do art. 125 do CPP nos nossos tribunais, bem como sob a futura aplicação a novos métodos científicos que a tecnologia possa a curto e médio prazos desvendar.

---

propriamente, a métodos científicos que se têm vindo a descobrir e cujo desenvolvimento está longe de ter estagnado. Neste sentido, o citado Autor chama a atenção para a interpretação dinâmica que se tem vindo a fazer do texto da CEDH, adaptando-a aos desenvolvimentos científicos e tecnológicos que se vêm verificando – *in loc. cit.*, p. 7.

<sup>17</sup> FERNANDO FERNANDES, *in O Processo Penal como instrumento da política criminal*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 54 [itálico no original].

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>19</sup> *In Curso de Processo Penal*, vol. II, 5.<sup>a</sup> ed. revista e actualizada, Lisboa, Editorial Verbo / Babel, 2011, p. 159.

## II. Exclusão das provas obtidas com lesão de direitos fundamentais como pilar do direito processual penal

*«As proibições de prova são regras essenciais à caracterização do processo penal de um Estado de direito e é como tal que devem ser tratadas. Não se trata de simples caprichos do legislador ou excentricidades da doutrina, mas de prescrições fundamentais, que devem ser, religiosamente, observadas no dia a dia dos nossos tribunais. Como referiu (...) WINFRIED HASSEMER, os problemas do processo penal de um Estado de direito estão, normalmente, não na lex lata, mas na forma como o Estado, de facto, trata os cidadãos suspeitos da prática de um crime.»<sup>20</sup>*

Na análise do tema que propusemos explicar é inevitável abordar, sucintamente, a problemática das proibições de prova, não só porque se delimitará negativamente o campo onde ainda será possível discutir a admissibilidade da prova atípica, mas, sobretudo, e de modo geral, porque as limitações à liberdade de prova são impostas pelos ideários do actual Estado de Direito Democrático, onde a liberdade e a dignidade da pessoa humana são valores basilares<sup>21</sup>. Começaremos, portanto, com uma breve análise da parte final do art. 125 do CPP.

---

<sup>20</sup> JOÃO CONDE CORREIA, in “A distinção entre a prova proibida por violação de direitos fundamentais e a prova nula, numa perspectiva essencialmente jurisprudencial”, *Revista do CEJ*, n.º 4 (n.º especial), 1.º semestre, 2006, p. 202.

<sup>21</sup> Num estudo que incide especificamente sobre a problemática da prisão preventiva, GERMANO MARQUES DA SILVA referiu-se ao «culto da liberdade» como «componente essencial do ideal democrático» – in “Sobre a liberdade no processo penal ou do culto da liberdade como componente essencial da prática democrática”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, organizado por MANUEL DA COSTA ANDRADE, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1385. Sendo que tal liberdade só existirá quando o Estado (de Direito) assegure «uma eficaz protecção dos bens individuais fundamentais» – MARIA LÚCIA AMARAL, in *A Forma da República – uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 168. Complete-se a nota com a relevante asserção de GUEDES VALENTE: «o princípio democrático, que tem por base a defesa dos direitos fundamentais, que assenta na legalidade democrática da actuação do *ius puniendi*, não é compatível com métodos de investigação criminal objecivamente criminosos (...)» – in *Processo Penal*, tomo I, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, p. 188.

Contudo, ainda que as proibições de prova possam ter alguns pontos de contacto com a atipicidade da prova, os dois institutos possuem raízes distintas, pelo que, na nossa análise, não deverá ser esquecida a razão de ser de uma e de outra figura do processo penal português.

A dogmática do processo penal, particularmente em campos sensíveis como o das proibições de prova, não se desligará, assim, dos imperativos constitucionais, tratando-se de um ramo de direito caracterizado como «verdadeiro direito constitucional aplicado»<sup>22</sup>. Com efeito, tal como afirma GERMANO MARQUES DA SILVA<sup>23</sup>, o direito processual penal não poderá ser analisado sem ter em conta as normas constitucionais que o influenciam, dado que a CRP caracteriza o Estado e regula as relações entre este e os cidadãos, consagrando direitos, liberdades e garantias que aos poderes públicos se impõem directamente (cfr. art. 18, n.º 1 da CRP)<sup>24</sup>. Aliás, a justiça penal, com os seus interesses e garantias, tem, precisamente,

---

No que respeita à dignidade da pessoa humana, pode dizer-se que, como bem salienta FRANCK MODERNE, constitui «une sorte de principe général commun à toutes les nations civilisées», sendo a sua denominação dignidade da *pessoa* humana e não, simplesmente, dignidade humana, na medida em que se salvaguarda não a dignidade da entidade colectiva e abstracta ‘humanidade’, mas cada indivíduo, em concreto – in “La dinnité de la persone dans la Constitution Portugaise et Française”, *Perspectivas Constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. I, org.: JORGE MIRANDA, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 198 e p. 203, respectivamente.

<sup>22</sup> «Axiomática e impressiva» expressão de HENKEL, *apud* COSTA ANDRADE, in “Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia*, número especial do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. I, Coimbra, [s.n.] 1994, p. 551. Também GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA reconhecem que no art. 32 o legislador constituinte consagrou os “princípios materiais do processo criminal”, estabelecendo uma verdadeira “constituição processual criminal” – in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 515, em anotação ao art. 32.

<sup>23</sup> In *Constituição Portuguesa Anotada*, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 353, em anotação ao art. 32. Veja-se, também, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, I, Coimbra, 1974, *apud* JORGE MIRANDA, “Processo Penal e Direito à Palavra”, *Direito e Justiça*, vol. XI (comemorativo dos 30 anos da Universidade Católica Portuguesa e dos 20 anos do Curso de Direito), tomo 2, 1997, p. 46 (nota 2), onde se refere a dupla influência do direito constitucional sobre o regulativo processual penal: as bases do processo penal são, em simultâneo, o fundamento dos mais basilares princípios do Estado (de Direito Democrático) e a regulação das particulares questões processuais obedecem às (superiores) normas constitucionais.

<sup>24</sup> Esta aplicabilidade directa caracteriza o sistema de direitos fundamentais, mais propriamente de direitos, liberdades e garantias, consagrado na nossa Constituição, sendo, por isso, de afirmar que os direitos humanos

como génese o «permanente conflito das relações Estado/indivíduo e da situação deste na comunidade política»<sup>25</sup>; pelo que, o processo penal acaba por ser «a expressão das concepções do Estado e do Direito»<sup>26</sup>. Em suma, «os fundamentos do processo penal são os que alicerçam a concepção do Estado e a correcta regulamentação do processo [bem como a sua interpretação] há-de ser conforme à Constituição»<sup>27</sup>.

---

positivados na CRP são direitos resistentes à lei e sob a protecção do poder judicial, não só devido à referida vinculação directa, mas também à consagração de um sistema de garantia jurisdicional dos mesmos, mormente através do mecanismo de fiscalização concreta da constitucionalidade das normas. Ou seja, no que respeita ao poder jurisdicional, impõe-se quer o dever (positivo) de aplicação e interpretação conformes, quer o poder-dever (negativo) de não aplicarem normas que considerem inconstitucionais (cfr. art. 204 da CRP).

<sup>25</sup> RODRIGUES MAXIMIANO, in “A Constituição e o processo penal: competência e estatuto do Ministério Público, do Juiz de Instrução Criminal e do Juiz Julgador – a decisão sobre o destino dos autos e os artigos 346.º e 351.º do C.P.P.”, – *Revista do Ministério Público*, ano 2, vol. 5, 1981, p. 120. Numa outra visão da mesma realidade, RUI PINHEIRO e ARTUR MAURÍCIO entendem que esta identificação da consagração de um sistema processual penal, assente na consagração de garantias individuais, com o conflito Estado-indivíduo faz «esquecer a verdadeira natureza do fenómeno político numa sociedade de classes», não havendo «interesses opostos do Estado e do indivíduo, mas oposição de classes em que o Estado representa os interesses da classe dominante [a burguesia]» – in *A Constituição e o Processo Penal*, Lisboa, Diabril, 1976, p. 15.

<sup>26</sup> RODRIGUES MAXIMIANO, in loc. cit., p. 120. Daqui deflui a consabida relação entre os sistemas totalitários e o processo inquisitório, bem como entre os sistemas democráticos liberais e a estrutura acusatória do processo, procurando os estados de direito social já uma realização da “função comunitária” do indivíduo; sendo que, em Portugal, depois do processo de estrutura inquisitória plasmado no CPP ’29, envereda-se pelo acusatório e pelo princípio da acusação, com o DL 35 007, de 13/10/1945, que atribuiu, no art. 1.º, ao MP a titularidade da acção penal (mais propriamente da então instrução preparatória) – assim, também, RODRIGUES MAXIMIANO, in loc. cit., pp. 120 e ss. RUI PINHEIRO e ARTUR MAURÍCIO, que, como exposto acima, afastam a relação directa entre o sistema político democrático e um sistema processual penal de garantias, defendem que «numa sociedade de classes a definição legal dos direitos individuais tem um carácter meramente formal», não correspondendo «às consideráveis diferenças dos vários sistemas políticos (...) uma diferença da mesma amplitude na respectiva estatuição constitucional» – in ob. cit., pp. 16-17.

Também na doutrina espanhola se afirma que «nuestro proceso penal es el espejo en el que se miran los preceptos constitucionales, reflejando la verdadera naturaleza del régimen político imperante» – GOMÉZ COLOMER, in “Estado de Derecho y Policía Judicial Democrática: Notas sobre el alcance y límites de la investigación policial en el proceso penal, con consideración especial de los actos de mayor relevancia”, *Primeras Jornadas sobre problemas actuales de la justicia penal*, JOSÉ LUIS GONZÁLEZ MONTES (ed.), Granada, Universidad de Granada, d.l. 1994, p. 68.

<sup>27</sup> RODRIGUES MAXIMIANO, in loc. cit., p. 123.

Em matéria probatória, havendo vários interesses a considerar e a salvaguardar, será através de uma ponderação conforme à hierarquia axiológica da CRP que se alcançará uma solução lícita e, sobre tudo, legítima. A prova tem como finalidade a descoberta da verdade dos factos, instrumento de uma efectiva perseguição penal, ou seja, «a eficácia da Justiça é também um valor que deve ser perseguido, mas, porque numa sociedade livre os fins nunca justificam os meios, só é aceitável quando alcançada lealmente, pelo engenho e arte, e nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem os sofre, mas não menos quem os usa»<sup>28</sup>. Ora, destas asserções éticas e da ponderação entre os valores da realização da justiça criminal e da salvaguarda da dignidade da pessoa humana, em termos latos, retiram-se necessários limites aos princípios da investigação e da *verdade material*, daí surgindo proibições de (produção e de valoração da) prova<sup>29</sup>. Isto porque, realçando, novamente, a constante ponderação valorativa, «a realização da justiça é um valor constitucional, mas não é um valor absoluto, que possa ser perseguido por qualquer forma»<sup>30</sup>. Tal como tem sido declarado pelo TC, o Estado tem tanto interesse em punir os culpados por actos criminosos, como tem interesse em garantir aos cidadãos as suas liberdades, «contra os perigos de

---

<sup>28</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, in *Constituição...*, p. 361, em anotação ao art. 32. A ideia de que «a realização da justiça penal representa um valor nuclear do Estado de Direito susceptível de ser levado à balança da ponderação com direitos fundamentais» é desenvolvida pela jurisprudência alemã, sobretudo pelo TC – COSTA ANDRADE, in *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006 (reimpressão), p. 30. O facto de se colocar o interesse da perseguição criminal eficaz num plano de ponderação com os direitos fundamentais é criticado por alguma doutrina alemã – GRÜNWALD, HASSEMER, WOLTER e AMELUNG, todos citados por COSTA ANDRADE, in ob. cit., pp. 34 e ss. Todavia, a crítica assenta, principalmente, na preocupação de subtrair a tal ponderação valores invioláveis como a dignidade da pessoa humana (*ibidem*, pp. 37 e 38). Acolhendo tal crítica, procuraremos demonstrar as virtualidades do princípio da ponderação em sede de prova penal, com a ressalva de que a perseguição penal não poderá nunca legitimar compressão do mais elementar valor da dignidade da pessoa humana (*cfr. II.2.*) – valor que, aliás, como fundante, se reconduz ao núcleo essencial de qualquer direito fundamental, insusceptível de restrição (*cfr. n.º 3 do art. 18 da CRP*).

<sup>29</sup> Como bem afirma FERNANDO FERNANDES, «o interesse no eficaz funcionamento do sistema da justiça penal deve ir até ao limite em que seja intocada a *dignidade humana*» – in ob. cit., p. 66 [itálico no original].

<sup>30</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, in *Constituição...*, p. 362, em anotação ao art. 32. No III Congresso de Processo Penal, TERESA BRAVO reiterou a ideia de que «a eficácia de um sistema de Justiça encontra-se precisamente (...) no equilíbrio ou no descortinar do “ponto óptimo” entre as necessidades de garantir a segurança e prevenir o fenómeno criminal e a manutenção das garantias próprias de um Estado de Direito Democrático» – in loc. cit., p. 118.

injustiças»<sup>31</sup>. Deste modo, a *verdade* em processo penal<sup>32</sup> deve obter-se nos estritos limites

---

<sup>31</sup> Ac. n.º 578/98, relatado por MESSIAS BENTO, que se debruça sobre a problemática dos agentes infiltrados, reconhecendo-se que tal técnica de investigação comporta sempre alguma deslealdade. No mesmo aresto faz-se referência aos ensinamentos de EDUARDO CORREIA (“Les preuves en droit pénal portugais”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XIV, 1967) para se afirmar que o Estado tem interesse, «desde logo, em defendê-los [aos cidadãos] contra agressões excessivas da actividade encarregada de realizar a justiça penal».

Sobre a específica questão dos agentes infiltrados, o TC considerou que, perante criminalidade grave, violenta ou organizada, existe uma situação de excepcionalidade que legitima a utilização de tal técnica investigatória e de obtenção de prova, face à necessidade colectiva de combate a este tipo de criminalidade; decidiu, deste modo, pela não inconstitucionalidade da norma do art. 59 do DL n.º 15/93, que permitia a actuação de agentes infiltrados sem abertura prévia de inquérito, havendo controlo judicial posterior. O TC procede, pois, a um juízo de proporcionalidade, estabelecendo como limite o respeito pela liberdade de vontade e de decisão das pessoas (daí a diferente posição tomada no que diz respeito aos agentes provocadores – método que considera imoral e inadmissível face aos princípios inerentes aos Estado de Direito). A doutrina plasmada nesta decisão foi acolhida noutra decisão do TC (ac. n.º 76/2001, relatado por GUILHERME DA FONSECA), onde se considerou não inconstitucional a norma que se retira da al. a) do n.º 2 do art. 126 do CPP interpretada de modo restrito, ao não incluir na expressão ‘meios enganosos’ a actuação da polícia que observa e determina, de certo modo, a conduta do arguido.

<sup>32</sup> Sobre o conceito de verdade em sede processual penal, refira-se que, tal como fica expresso no texto, o que se pretende obter não é a “verdade em si mesma”, mas a “verdade processual e validamente obtida” – expressões de SILVA RODRIGUES, in *Da prova penal: a prova científica*, tomo I, 3.ª Edição, s.l., Rei dos Livros – Letras e Conceitos, 2010, p. 114, nota 107. Por isso se prefere a utilização do termo “verdade judicial”, em detrimento de *verdade material*, dado que “tão decantada expressão” seria justificação para os maiores desmandos” – assim, RODRIGO SANTIAGO, in “Reflexões sobre as declarações do arguido como meio de prova no Código de Processo Penal de 1987”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4, n.º 1, Janeiro-Março 1994, pp. 36 e 59. Também na doutrina espanhola, URBANO CASTRILLO e TORRES MORATO salientam esta ideia, citando HASSEMER (v. *Fundamentos del Derecho Penal*, tradução de FRANCISCO MUÑOZ CONDE e LUIS ARROYO ZAPATERO, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1984, p. 190) : «la meta del proceso penal es “la obtención formalizada de la verdad” que coincidir o no con la real o material, pero que es, sobre todo, la obtenida por vía formal, es decir, la *verdad forense*» – in *La prueba ilícita penal: estudio jurisprudencial*, 2.ª ed. ampliada y actualizada, Elcano, Aranzadi, 2000, p. 29 [itálico nosso]. Para rematar a nossa nota acerca da *verdade judicial* ou *processualmente válida*, o resultado probatório a que se chega, tendo em conta, nomeadamente, as limitações (garantísticas) a que a investigação está sujeita, será somente uma decisão, baseada na valoração a que o juiz procedeu e não a *verdade em si*; como decisão que é, será expressão de uma *verdade provável*, portanto – assim, GERMANO MARQUES DA SILVA, in *Curso...*, vol. II, p. 160. Tal não significa, como bem salienta o citado Autor, que o objectivo final não seja alcançar uma *verdade absoluta*, mas, tendo consciência da relatividade do conhecimento, em geral, (também) «as provas não podem garantir resultados de absoluta certeza» e «(...) os



dos direitos fundamentais: estes surgem como «farol norteador dos conhecimentos verdadeiros e judicialmente válidos»<sup>33</sup>, por força da vigência do princípio democrático e de um processo leal<sup>34</sup>. Por isso se diz que ao Estado – cabendo-lhe, primordialmente, a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais – é exigida “alguma superioridade ética”, para que, na ânsia de combater a criminalidade e estabelecer a paz jurídica, não busque a verdade cometendo, também, pelas suas “mãos”, outros crimes<sup>35</sup>. Assim, a prova será

---

limites probatórios que um processo de estrutura democrática estabelece impossibilitaria de a [a verdade] alcançar sempre» -- *ibidem*, p. 162. Em suma, «qualquer verdade é relativa e não existem fora do processo verdades absolutas a respeito das quais a verdade processual seja por definição algo menor» – NICOLÁS GUZMÁN, *apud* GERMANO MARQUES DA SILVA, *idem*, p. 163. E «os fins axiológicos da verdade processual estão para além da descoberta da realidade factual passada com relevo jurídico-penal, podendo prevalecer outros valores, *materiais* e não apenas procedimentais, como emanção de princípios políticos fundamentais» – DÁ MESQUITA, *in A Prova...*, p. 267 [itálico no original].

<sup>33</sup> SILVA RODRIGUES, *in ob. cit.*, tomo I, p. 114, nota 107. Também FERNANDO GONÇALVES, MANUEL ALVES, MANUEL GUEDES VALENTE afirmam que «só se realiza justiça quando a mesma é cimentada e ornada pelos princípios morais e éticos, valores essenciais da existência humana» – *in Lei e crime: o agente infiltrado versus o agente provocador – os princípios do processo penal*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 143. Na jurisprudência espanhola, refira-se o *Auto del Tribunal Supremo*, de 18/6/1992, onde se afirma que a busca da verdade só será lícita quando seja compatível com «a defesa do elemento nuclear dos direitos fundamentais» – URBANO CASTRILLO e TORRES MORATO, *in ob. cit.*, p. 31.

<sup>34</sup> Princípios que, segundo GUEDES VALENTE, impõem «aos agentes que operam a administração da justiça a obrigatoriedade de actuarem no estrito respeito pelos valores próprios da pessoa humana (...), promovendo-se assim a realização do princípio da liberdade quer na sua dimensão positiva, quer na negativa» – *in Processo Penal*, p. 273. Noutra obra, citando CLAUD ROXIN, GUEDES VALENTE assegura que «o procedimento leal é o mais alto princípio de todo o processo penal, valor que se sobrepõe à própria descoberta da verdade, sob pena de destruição da legitimidade da acção penal do próprio Estado»; ao que mais adiante acrescenta que «a prevalência do primado da liberdade impõe: a) a excepcionalidade dos meios de obtenção de prova que ofendem direitos e liberdades e garantias; b) a fiscalização e controlo antes, durante e posterior à realização do meio de obtenção de prova, tendo em conta que o nosso processo penal se rege sob os auspícios de um c) Estado de direito democrático.» – *in Escutas telefónicas: da excepcionalidade à vulgaridade*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2008, p. 175 e p. 182, respectivamente.

<sup>35</sup> Neste sentido, JOÃO CONDE CORREIA, *in* “A distinção...”, p. 177 – donde se retirou a expressão citada. Sobre a superioridade ética e a correcção humana do Estado para com o arguido já se tinha pronunciado ED. SCHMIDT, *apud* COSTA ANDRADE, *loc cit.*, p. 556. A este propósito saliente-se a ideia expressa por COSTA ANDRADE de que os direitos fundamentais são «valores ou fins de tutela e promoção do próprio Estado» e de que «isto explica que os direitos fundamentais se venham progressivamente convertendo em *instituições* essenciais à ordenação

inadmissível caso se violem os princípios e valores que norteiam o nosso ordenamento jurídico a tal ponto que a mesma ética que impõe a descoberta da verdade, proíba a valoração da prova assim obtida ou produzida<sup>36</sup>.

De salientar que a ofensa aos estruturais princípios do Estado de Direito não se verifica apenas quando a lesão de direitos fundamentais é directamente provocada pelos agentes do Estado, mas também quando estes fazem uso, em sede processual penal, de lesão cometida por um qualquer particular. Ou seja, «o princípio do Estado de Direito é [também] violado sempre que o Estado desrespeita o seu dever geral de protecção (...) e se aproveita da lesão de bens jurídicos dos direitos individuais para efectivar a sua pretensão punitiva»<sup>37</sup>; e, assim, o que se dirá adiante acerca das proibições de prova dará por assente esta extensão do âmbito de aplicação das proibições de prova a quaisquer particulares<sup>38</sup>. Outra não poderia ser a nossa conclusão, dadas não só a elevação, patente na sistemática da CRP, das proibições de prova à

---

social e à subsistência do próprio Estado de Direito», citando LUHMAAN e referindo-se à tese da *dupla natureza* ou *dupla dimensão* dos direitos fundamentais, evidenciada pela doutrina constitucional – *in loc. cit.*, p. 553 (itálicos no original). A este respeito, remate-se com a conclusiva asserção de OTTO: «com a utilização de meios de prova obtidos ilicitamente, o estado ver-se-ia inescapavelmente desautorizado na tarefa eminentemente ética que, através da perseguição de crimes, lhe cabe cumprir. O que frustraria o apelo ético ao sentimento de responsabilidade do agente» – *apud* COSTA ANDRADE, *in ob. cit.*, p. 43.

<sup>36</sup> Cfr. ac. do TC n.º 578/98, acima citado.

<sup>37</sup> ROGALL, *apud* COSTA ANDRADE, *in loc. cit.*, p. 573. Este dever de protecção reconhecido ao Estado advém de a vinculação (directa) aos direitos fundamentais englobar uma função de garantia da efectividade daqueles, o que é reforçado pela concepção de Estado-social ou de Estado-prestador – cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *in Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 138 e ss.

<sup>38</sup> Esta conclusão não é, no entanto, unânime. Na doutrina alemã, se ROGALL e SYDOW se manifestaram defensores da mesma, já ROXIN e OTTO admitem a valoração de provas obtidas ilicitamente por particulares – *apud* COSTA ANDRADE, *in loc. cit.*, 573 e 574. A maioria da doutrina portuguesa parece defender a vinculação das proibições de prova a cidadãos particulares – refira-se, a título de exemplo PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 335, em anotação ao art. 126; e COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 197, onde se diz que «o artigo 126.º do CPP não contém qualquer referência às instâncias formais de controlo a que possa de algum modo adscrever-se o propósito de fazer os seus agentes os destinatários exclusivos da proibição», chamando também à colação a proibição do art. 167 do CPP (*ibidem*, p. 198) –, mas parece opor-se à mesma PAULO DE SOUSA MENDES, “As proibições de prova no processo penal”, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação científica: MARIA FERNANDA PALMA, Coimbra, Almedina, 2004, p. 141.

categoria de direitos, liberdades e garantias – beneficiando, pois, do regime do art. 18 da CRP –, mas também a dupla dimensão dos direitos fundamentais<sup>39</sup>, que impede a violação de determinadas garantias e liberdades essenciais, mesmo com o consentimento do próprio titular<sup>40</sup>.

## ***II.1. Ponderação de interesses conflitantes e limites à restrição de direitos fundamentais***

Na referida ponderação de interesses conflitantes há um valor (absolutamente) inatingível: a dignidade da pessoa humana<sup>41</sup>. Quando esta é, directamente, atingida não

---

<sup>39</sup> «(...) a *subjectiva*, que garante a protecção do cidadão individualmente face ao poder do Estado; e, por outro lado, a *objectiva*, como valores ou fins edificadores ou estruturantes de dada comunidade, que mais não são do que fulcrais para que o Estado democrático sobreviva e subsista sobre os alicerces da dignidade da pessoa humana e da vontade popular» – GUEDES VALENTE, *Revistas e buscas*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2005, p. 134.

<sup>40</sup> Por este motivo, ao qual acrescem os fundamentos expostos *infra* (II.2.), a inadmissibilidade da prova que poderá resultar do desrespeito pelo preceituado no n.º 3 do art. 126 do CPP não deverá constituir uma nulidade sanável caso não seja arguida pelo titular do direito ofendido (e que poderia ter dado o seu consentimento, designadamente, na busca ou revista ilegalmente efectuada) – ao contrário do que é defendido por alguma doutrina e pela jurisprudência do STJ (v., entre outros, os acs. 14/7/2010, proc. n.º 149/07.9JELSB.E1.S1, relatado por RAUL BORGES, e 8/2/9, proc. n.º 047084, relatado por VAZ DOS SANTOS) –, mas deverá ser considerada prova proibida, com todos os efeitos que daí decorrem, adiante melhor analisados (II.2).

<sup>41</sup> Assim tem entendido a Doutrina – v., entre outros, ELENA BURGOA, “La prueba ilícita en el proceso penal português”, *Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, coordenação Diogo Freitas do Amaral, Carlos Ferreira de Almeida, Marta Tavares de Almeida, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 608 e ss. MARIA FERNANDA PALMA, num estudo sobre a tutela da vida privada no processo penal, à luz da jurisprudência constitucional, conclui (também) que «há uma área intangível da pessoa, expressão da sua dignidade, e que compreende o âmbito das relações consigo mesmo». – in “Tutela da vida privada e processo penal: realidades e perspectivas constitucionais”, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 10, Abril-Junho 2006, p. 12. GERMANO MARQUES DA SILVA vem, igualmente, afirmar que «(...) a dignidade da pessoa humana é o próprio fundamento dos direitos e, por isso, nunca pode ser sacrificada.» – in “Produção...”, p. 41. Reforçando esta ideia, expressando-a, também, de modo bastante claro, SILVA RODRIGUES salienta que «a ideia de dignidade da pessoa humana trespassa e perpassa todos os direitos fundamentais, impregnando-os de uma dimensão mínima insusceptível de lesão, de tal modo que qualquer que sejam as limitações que se imponham no gozo dos seus direitos individuais eles não devem envolver o menosprezo da dignidade e estima das pessoas» – in ob. cit., tomo I, p. 232. Este valor intangível é concretizado no limite (absoluto) consagrado no n.º 3 do art. 18

haverá, sequer, necessidade de ponderação, já que se trata de valor que não admite compressão. Tal como afirma o nosso STJ, «a ideia de dignidade da pessoa humana como limite inultrapassável por qualquer outra consideração, mesmo inscrita na prossecução de tarefas essenciais do Estado, como é o caso da administração da justiça, é um princípio nuclear na afirmação da existência de valores absolutos insusceptíveis de qualquer compromisso e muito menos com a transigência perante uma determinação de relatividade»<sup>42</sup>. O TC<sup>43</sup>, acolhendo a doutrina de FIGUEIREDO DIAS, vem afirmar que os

---

da CRP e colocado, portanto, no topo da hierarquia dos valores sociais – assim, FRANCK MODERNE, loc. cit., p. 199.

FERNANDO GONÇALVES, MANUEL ALVES, MANUEL GUEDES VALENTE distinguem, axiologicamente, o peso da dignidade nas duas estruturas do processo penal, da seguinte forma: «No modelo inquisitório a verdade material pura e crua era o fim único e exclusivo, mas no modelo de estrutura acusatória a dignidade humana sobrepõe-se à própria verdade material, cujas provas serão sempre nulas sempre que obtida por métodos que ofendam a dignidade da pessoa humana (...)» – in ob. cit., pp. 197/198.

SOUTO MOURA define a dignidade da pessoa, precisamente, como «o círculo do que deve ser absolutamente respeitado. *A inviolabilidade da dignidade da pessoa é pois aquilo que no confronto entre o poder e a fragilidade do indivíduo reclama a protecção primária*» – in “Dignidade da pessoa e poder judicial”, *Revista do Ministério Público*, ano 18, n.º 70, Abril/Junho 1997, p. 95 [itálico no original]. Remate-se com a ideia pelo mesmo Autor lembrada de que a elevação da dignidade da pessoa humana a valor fundante do Estado português coloca o indivíduo numa posição de sujeito, não de meio ou de objecto, «rejeitando-se assim todas as concepções transpessoalistas do Estado ou da Nação» e manifestando, do ponto de vista ético, a máxima kantiana (a pessoa como fim em si mesma) – SOUTO MOURA, in loc. cit., pp. 95 e 96. Daí o facto de a consagração constitucional da dignidade da pessoa humana como valor basilar dos Estados de Direito Democráticos ter surgido, precisamente, por reacção a regimes políticos totalitários, no segundo pós-guerra ou mais tardiamente nos casos português (CRP '76), espanhol (1978) e grego (1975) – v., neste sentido, ÁLVARO RODRIGUES, in “Controlo garantístico dos direitos do arguido pelo Juiz de Instrução”, *Direito e Justiça*, vol. XIII, tomo 3, 1999, p. 152; e DÁ MESQUITA, *A Prova do Crime e o que se disse antes do julgamento – estudo sobre a prova no processo penal português à luz do sistema norte-americano*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 157, onde se enfatiza a influência do sistema norte-americano na imposição de limites à prova.

<sup>42</sup> Ac. de 3/3/2010, proc. n.º 886/07.8PSLSB.L1.S1, relatado por SANTOS CABRAL.

<sup>43</sup> Ac. n.º 7/87, relatado por MÁRIO DE BRITO, onde se julgou não inconstitucional (em sede de fiscalização preventiva) as normas constantes dos n.ºs. 3 e 4 do art. 174 e do n.º 2 do art. 177, ambos do CPP, dado que se entendeu que as mesmas não violam a norma constitucional do, então, n.º 6 (actual n.º 8) do art. 32 da CRP, por o âmbito de protecção do direito à inviolabilidade do domicílio (constitucionalmente consagrado no art. 34) permitir a realização de buscas domiciliárias, face aos limites iminentes do direito em causa e perante a

limites que a dignidade da pessoa humana impõe à prevenção e ao combate da criminalidade só serão “ultrapassáveis” depois de um juízo de ponderação, para que a liberdade pessoal da pessoa visada com a actuação do poder público se restrinja até ao necessário para a salvaguarda dos interesses comunitários (de justiça e de segurança), sendo «através desta ponderação e da justa decisão do conflito que se exclui a possibilidade de abuso do poder (...); o que traduz só, afinal, aquela limitação do poder do Estado pela possibilidade de livre realização da personalidade ética do homem que constitui o mais autêntico critério de um verdadeiro Estado-de-direito»<sup>44</sup>.

O princípio da proporcionalidade leva, pois, a que, em sede de conflito entre os valores já referidos – por um lado, a necessidade de segurança e de realização da justiça penal (dimensão adjectiva ou funcional) e, por outro lado, a garantia dos direitos e liberdades fundamentais (dimensão substantiva ou material) –, se adopte uma solução conciliadora, em que nenhum dos interesses é, absolutamente, anulado face ao outro, «sendo preferida uma realização menos perfeita dos valores conflituantes»<sup>45</sup>, em que um dos valores cede perante a prevalência de outro(s). Esta solução é fruto de uma concreta ponderação – sempre que o legislador não tenha já procedido a esse juízo –, sendo que o predomínio não advém de um superior valor axiológico em abstracto, mas de lesão, em concreto, mais acentuada, mais

---

necessidade de tutela de outros direitos (desde que seja respeitada a garantia constitucional de reserva de juiz). O mesmo aresto, em sede de direito processual penal probatório, julgou, igualmente, como não inconstitucional as normas previstas no n.º 1 do art. 187 e no art. 190, ambos do CPP, dada a permissão constitucional plasmada no n.º 4 do art. 34 da CRP e o facto de se tratar de restrição proporcional e necessária, face à gravidade e à natureza dos crimes em causa (respeitando, portanto, os imperativos de proporcionalidade do art. 18 da CRP).

<sup>44</sup> FIGUEIREDO DIAS, *apud* TC, ac. n.º 7/87, acima referido.

<sup>45</sup> MARIA FERNANDA PALMA, *in* “Tutela...”, p. 4. Para além desta solução, a Autora apresenta outras vias de superação do conflito de valores, designadamente, o raciocínio dialéctico, em que se procederia a uma síntese dos valores em causa e à redução destes a denominadores comuns. Várias são as decisões dos nossos tribunais que apontam para esta conciliação de interesses, apresentando-a da seguinte forma, o STJ, no ac. de 3/3/2010 já citado: «Esta dialéctica existente entre dois princípios ético-jurídicos fundamentais: o princípio da reafirmação, defesa e reintegração da comunidade ético-jurídica – ou seja, o sistema de valores ético-jurídicos que informam a ordem jurídica, e que encontra a sua tutela normativa no direito material criminal –, e o princípio do respeito e garantia da liberdade e dignidade dos cidadãos, ou seja, os direitos irredutíveis da pessoa humana, está presente e atravessa o processo penal, criando uma tensão tanto mais evidente quanto as exigências impostas por novas formas de criminalidade acentuam a importância de novas formas de intervenção», fazendo referência à obra de CASTANHEIRA NEVES.

«próxima da sua supressão objectiva na ordem jurídica»<sup>46</sup>. No entanto, importa sublinhar a

---

<sup>46</sup> MARIA FERNANDA PALMA, in “Tutela...”, p. 4. Daí que o TC, à semelhança da jurisprudência alemã, venha distinguir três esferas de protecção da reserva da intimidade da vida privada – cfr. *ibidem*, pp. 6 e ss. No n.º 607/2003, relatado por BENJAMIM RODRIGUES, o TC apresenta, precisamente, os casos paradigmáticos dos diários, sendo que no primeiro a jurisprudência alemã considerou que para se valorar o conteúdo íntimo de um diário o interesse do Estado na punição dos crimes em causa, avaliado à luz dos direitos fundamentais, terá de ser superior ao direito à reserva da intimidade da vida privada; o que sucederá em casos de criminalidade grave. Pelo que, no segundo caso, o tribunal judicial entendeu que o direito à intimidade tem como limites o atentado contra bens jurídicos alheios de superior relevância. A propósito desta decisão, o TC alemão desenvolveu a doutrina das três esferas, admitindo a existência de um núcleo de esfera privada que deve ser protegido em qualquer circunstância (“esfera de intimidade absolutamente protegida” por força de nela se manifestar a dignidade da pessoa humana, insusceptível de ponderação), mas sem considerar que o caso levado a juízo correspondia a tal esfera inviolável. Deste modo, a admissibilidade de valoração do diário íntimo como prova dependerá sempre do seu conteúdo, entendendo-se que quando nele se encontrem planeamentos de crimes ou descrições de crimes consumados, não se reconhece a existência de uma esfera de privacidade digna de tutela. O mesmo é reiterado por SCHÄFER ao defender a admissibilidade da valoração dos diários íntimos ou de gravações (prevalecendo, portanto, o interesse na perseguição criminal sobre o direito da reserva da vida privada) quando esse seja «o único meio para inocular uma pessoa de uma acusação particularmente grave ou condenar o arguido sobre que impende a suspeita fundada de um ataque particularmente grave à ordenação jurídica: crime contra a vida ou a integridade física de outrem, atentado contra os fundamentos existenciais da ordenação livre e democrática da sociedade ou agressões a bens jurídicos de idêntico valor» – *apud* COSTA ANDRADE, *in loc. cit.*, p. 565. Deve, pois, ponderar-se se a intervenção na vida privada (que o próprio conhecimento do conteúdo do diário sempre implica) é necessária e adequada aos objectivos de justiça e de verdade no processo criminal. Saliente-se que, tal como a doutrina alemã aponta, como crítica à doutrina da ponderação, esta não será legítima (mesmo perante criminalidade grave) sempre que em causa esteja aquele núcleo inatingível da privacidade, ao abrigo da dignidade da pessoa humana – como valor inultrapassável do Estado de Direito Democrático. O nosso TC, acolhendo esta doutrina, entendeu que o direito à reserva da intimidade da vida privada, embora ligado de modo estreito ao valor basilar da dignidade da pessoa humana, não é um direito absoluto, em abstracto, admitindo a CRP restrições, quer no n.º 2, quer no n.º 4 do seu art. 34 – ainda que tal direito fundamental limite a investigação criminal, quando em causa estejam actuações abusivas. Resolve, pois, o problema da *admissibilidade da relevância probatória do conteúdo de diários íntimos*, tendo em conta o *direito à reserva da intimidade da vida privada* e a tutela constitucional da *dignidade da pessoa humana*, de forma a que esta seja salvaguardada sempre que em causa esteja a “reserva absoluta de personalidade” (o “cerne da personalidade e da consciência do indivíduo”), podendo aquele ser restringido quando, analisado o conteúdo concreto do diário se conclua que não está em causa aquele núcleo inatingível de dignidade pessoal, o diário tenha sido lícitamente apreendido (sem que tal afaste uma eventual proibição de valoração da informação concretamente obtida), a gravidade do crime e os bens jurídicos em causa o justifiquem, numa ponderação dentro dos parâmetros

ideia expressa, em abstracto, por GERMANO MARQUES DA SILVA: «sobrepôr a eficácia da investigação aos direitos humanos garantidos pela Constituição significa o desmantelamento da democracia pela opção totalitária»<sup>47</sup>. Isto porque, completando a citada reflexão, «(...) a ordem pública é mais perturbada pela violação das regras fundamentais da dignidade e da rectidão da actuação judiciária, pilares fundamentais da sociedade democrática, do que pela não repressão de alguns crimes, por mais graves que sejam, pois são sempre muitos, porventura a maioria, os que não são punidos, por não descobertos, sejam quais forem os

---

constitucionais do princípio da legalidade. Por isso, acaba por considerar que a interpretação normativa que se retira dos n.ºs. 1 e 3 do art. 126 do CPP «segundo a qual, uma vez salvaguardada a legalidade da obtenção dos *diários*, o tribunal poderá valorar, em sede probatória, sem sujeição a quaisquer limites, todo o seu conteúdo, independentemente da sua diversa natureza, não está conforme com o âmbito de tutela conferido constitucionalmente ao direito à reserva da intimidade da vida privada».

Noutro aresto (ac. n.º 442/2007, relatado por JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO), o TC entendeu que o sigilo bancário é, ainda instrumento de garantia de reserva de dados relativos à vida pessoal (votando vencido, nesta questão, o Conselheiro GIL GALVÃO), já que através do destino dos pagamentos ou transferências se consegue aceder a informação de natureza não patrimonial, pelo que deve ser objecto de tutela constitucional. No entanto, perante interesses relevantes da comunidade, tal privacidade garantida pelo sigilo bancário pode ser restringida, sendo essencial que o levantamento do sigilo cumpra estritos parâmetros de proporcionalidade, adoptando-se (somente) as medidas necessárias à prossecução dos fins públicos que presidem à derrogação do sigilo bancário. Refira-se, ainda, a decisão do TC que, no ac. n.º 213/2008, relatado por JOÃO CURA MARIANO, considerou que o interesse público de descoberta da verdade em sede de investigação criminal pode justificar quebra da confidencialidade dos dados pessoais de terceiros (art. 35, n.º 4 da CRP), desde que respeitado o regime de restrição de direitos, liberdades e garantias (art. 18 da CRP), não sendo a protecção daqueles dados objecto de tutela absoluta. Mais uma vez o TC afirma que «o interesse público constitucional da realização da justiça penal justifica a afectação da privacidade em zonas distantes do seu núcleo mais íntimo», num caso em que estava em causa a «admissão e valoração de provas documentais relativas a listagens de passagens de um veículo automóvel nas portagens das auto-estradas, que foram registadas pelo sistema de identificação da “VIA VERDE”, armazenadas numa base de dados informatizada e ulteriormente juntas ao processo criminal, sem o consentimento do arguido e por mera determinação do Ministério Público» – o que foi declarado não inconstitucional no referido aresto.

<sup>47</sup> *Curso de Processo Penal*, vol. I, 6.ª ed. revista e actualizada, Lisboa, Editorial Verbo - Babel, 2010, p. 82, citando D. António Ferreira Gomes.

Numa asserção clara acerca, por um lado, da hierarquia axiológica e, por outro lado, dos limites impostos, por aquela, à descoberta da verdade, SILVA RODRIGUES assegura: «a possibilidade de prova (absoluta), sem limitações, colocaria em risco a hierarquia ético-jurídica do nosso Estado de Direito (...)» – *in ob. cit.*, tomo I, p. 305.

métodos de investigação utilizados»<sup>48</sup>. Assim, tendo em conta o princípio da ponderação deste modo considerado – e a própria ideia de unidade do sistema constitucional –, (a generalidade d)as proibições de prova devem ser lidas com restrição quando utilizadas, exclusivamente, em favor do arguido<sup>49</sup>. A utilização da prova proibida *in bonam partem* é legitimada pela ideia de o direito fundamental da liberdade, de não ser condenado injustamente, prevalecer, mormente, sobre a intimidade da vida privada<sup>50</sup> – claro que esta prevalência só se verifica se a lesão da dignidade da pessoa humana, no primeiro caso, se

---

<sup>48</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *in Curso...*, vol. II, p. 233 e 234 – sobre a temática dos agentes provocadores e agentes infiltrados ou encobertos.

<sup>49</sup> V. CONDE CORREIA, “Questões práticas relativas à utilização de diários íntimos como meio de prova em Processo Penal”, *Revista do CEJ*, n.º 6, Janeiro-Junho 2007, p. 159, onde se demonstra que a doutrina, nomeadamente a alemã, não é unânime neste ponto. COSTA ANDRADE, por seu lado, cita a posição favorável de SCHÄFER – *in loc. cit.*, p. 565. Já ELENA BURGOA defende que o próprio arguido pode fazer uso de prova ilícita por si obtida, caso seja esse o único meio para provar a sua inocência; agiria, portanto, de acordo com a Autora, em estado de necessidade – *in loc. cit.*, p. 615.

A propósito da inconstitucionalidade da norma do n.º 3 do art. 146-B do Código de Procedimento e Processo Tributário, onde se exigia a utilização de prova exclusivamente documental, o TC, no ac. n.º 646/2006, relatado por BRAVO SERRA, depois de referir que o direito de prova consente limitações quantitativas, afirma que «o problema que se põe há-de residir na formulação de um juízo que pondere se o legislador, ao editar a norma em análise, respeitou, proporcionada e racionalmente, aquele direito na vertente em questão, em termos de conduzir a que, para a generalidade de situações, o interessado se não veja constrito à impossibilidade de uma real defesa dos seus direitos ou interesses em conflito». Transpondo este raciocínio para o direito processual penal (com as devidas adaptações, dado que a ponderação de interesses não se efectuará, necessariamente, nos mesmos termos), quando a limitação probatória seja apta a ofender, em concreto, o direito de defesa do arguido de modo, manifestamente, desproporcional face à salvaguarda do valor fundamental da dignidade da pessoa humana, deixa de ser constitucionalmente admissível. Acrescente-se que, na linha da jurisprudência constitucional citada, posteriores arestos do TC (referimo-nos aos acs. n.º 681/2006 e n.º 24/2008) admitem a faculdade de o juiz, em concreto, ajustar a restrição de produção (ou de obtenção) de prova, «como tábua de salvação da constitucionalidade da norma restritiva» – NUNO LEMOS JORGE, *in* “Direito à prova: brevíssimo roteiro jurisprudencial”, *Julgar*, ed. ASJP, n.º 6, Set.-Dez. 2008, p. 101.

<sup>50</sup> Também no ordenamento italiano, o *Corte di Cassazione* já assim o entendeu numa decisão (sent. 11027, de 20/12/96) referida por GIUSTINO GATTI, *in Codice di procedura penale: annotato con la giurisprudenza*, 12.<sup>a</sup> ed., Napoli, Edizioni Giuridiche Simone, 2004, p. 404 – donde se retira que «l’istituto della inutilizzabilità (...) è posto a garanzia delle posizioni difensive (...)» e «(...) non può essere applicato per ignorare un elemento di giudizio favorevole alla difesa (...)».



mostrar mais acentuada do que no segundo; e tal corresponderá, acreditamos, à maioria dos casos.

Desta forma, para além do cumprimento das garantias procedimentais legalmente previstas (e constitucionalmente impostas), haverá, muitas vezes – especialmente quando se trata de prova atípica e, portanto, cuja concordância prática não é realizada, geral e abstractamente, pela lei –, de aferir, em concreto, se o meio de prova será proporcional face aos interesses em causa – aos bens jurídicos atingidos, à necessidade de segurança e protecção da comunidade (para além da vítima) e à própria gravidade do crime<sup>51</sup>. Este

---

<sup>51</sup> Assim, JOÃO CONDE CORREIA, in “Questões...”, p. 140, que conjuga, na sua reflexão, pelo menos como ponto de partida, o regime (formal) americano com o regime (material) alemão. DÁ MESQUITA bem distingue, igualmente, as duas concepções: a do direito alemão e a do direito norte-americano, inexistindo neste último «uma concepção jurídico-filosoficamente comprometida sobre o núcleo interior da pessoa»; trata-se, pois, de «constitucionalismos sustentados em concepções diferentes sobre o modelo de sociedade, a heterogeneidade norte-americana e a homogeneidade germânica, associadas à visão sobre o papel do Estado, entre a ênfase na responsabilidade activa para a defesa dos valores fundamentais da comunidade e a necessidade de impor limites à acção estadual, contenção do Estado que nos Estados Unidos assume uma inequívoca predominância» – in *A Prova...*, p. 223.

Também RAUL SOARES DA VEIGA enfatiza aquela necessidade de ponderação «entre o bem tutelado pela norma incriminadora e o bem eventualmente sacrificado no acto processual em causa» – “O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais”, in “”, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação científica: MARIA FERNANDA PALMA, Coimbra, Almedina, 2004, p. 187. O Autor estabelece, depois cinco tópicos de auxílio à verificação de ilegitimidade de restrição de direito fundamental, que verificando-se, determinarão a ilegalidade do acto processual respectivo; são eles: «a) desnecessidade da compressão de certo bem; b) se o bem ofendido for da mesma natureza, não se há-de permitir uma lesão de grau igual ou superior; c) em especial, se o bem ofendido for da mesma natureza, a ponderação de bens há-de ter em conta que o bem ofendido é um bem pretérito, já lesado, enquanto que o bem a lesar através da medida processual ainda não foi comprimido; isto implica uma degradação do valor do bem pretérito; d) entre dois bens a sacrificar alternativamente, há que escolher o de menor gravidade; *in dubio* contra a violação de direitos fundamentais; e) não se tem, no entanto, de optar por meios processuais de eficácia duvidosa – pode escolher-se o único meio eficaz –, excepto em casos de bagatelas penais.» – in *ibidem*, p. 188.

A propósito, especificamente, dos meios de investigação que implicam intervenção corporal (perícias de ADN, por exemplo), SILVA RODRIGUES afirma que a proporcionalidade dos meios se deve aferir segundo os seguintes critérios: «gravidade do crime que justifica a medida de ingerência corporal; impacto social de tal crime; o tipo de medida ou actuação corporal a realizar (...); as circunstâncias pessoais, sanitárias ou de saúde do indivíduo – face à necessidade de extracção de substância biológica; esgotamento ou impossibilidade de levar a cabo outras medidas diferentes que não lesam nenhum direito do indivíduo; as possibilidades reais de êxito da medida,

princípio da proporcionalidade, consagrado no art. 18 da CRP, é apresentado por SILVA RODRIGUES como «a “trave mestra” de legitimação do *ius puniendi* estatal e de toda a restrição de direitos fundamentais»<sup>52</sup>, sendo a partir dele que se alcança o justo equilíbrio entre os interesses em conflito. De realçar que o juízo de ponderação deverá implicar não só o já referido confronto valorativo (que acaba por proibir o excesso na compressão dos valores ou interesses e impor uma *justa medida* de restrição do direito ou interesse em causa), mas também avaliar da necessidade e da adequação da prova utilizada para a investigação e a realização da justiça criminal – a restrição ou compressão deverá revelar-se apropriada ao fim prosseguido e necessária para se obter essa mesma finalidade, sem que haja outro meio igualmente eficaz e menos lesivo. Ponderação e avaliação que deverão, impreterivelmente, ser levadas a cabo pelo juiz, em harmonia com o princípio da reserva judicial (cfr. art. 32, n.º 4 da CRP)<sup>53</sup>. Assim, o princípio da proporcionalidade, como princípio estruturante do Estado de Direito, é, na vertente de adequação ao fim, um «princípio de carácter valorativo, normativo, que exige uma ponderação do interesse em conflito segundo um critério de justiça material»<sup>54</sup>, por isso é exigido que «as medidas restritivas possuam idoneidade face ao fim que se pretende atingir»<sup>55</sup>. Outro corolário do princípio da proporcionalidade é, como referido, «o princípio da indispensabilidade ou da necessidade [que] significa que, existindo medidas investigatórias que possam garantir, de forma satisfatória, o objecto que justifica o limite, deverão afastar-se todas aquelas que surjam mais gravosas para o direito alvo de limitação»<sup>56</sup>. Esta é a necessária conjugação entre o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana e o princípio da descoberta da verdade (*judicial*)<sup>57</sup>.

---

nomeadamente a viabilidade de tal medida ou actuação (corporal).» – *in Da prova penal: bruscamente...a(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*, tomo II, s.l., Rei dos Livros – Letras e Conceitos, 2010, pp. 186 e 187.

<sup>52</sup> *In ob. cit.*, tomo II, p. 178.

<sup>53</sup> SILVA RODRIGUES, realça, por várias vezes, a importância deste princípio – cfr. *ob. cit.*, tomo II, pp. 62 e 63.

<sup>54</sup> SILVA RODRIGUES, *in ob. cit.*, tomo II, p. 181.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 181.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 182. O TEDH estabelece da seguinte forma o juízo de necessidade da medida (restritiva) inerente ao princípio da proporcionalidade: «An interference will be considered “necessary in a democratic society” for a legitimate aim if it answers a “pressing social need” and, in particular, if it is proportionate to the legitimate aim pursued and if the reasons adduced by the national authorities to justify it are “relevant and sufficient”» –

De todo o modo, o que fica dito, demonstrando a inerente ligação das proibições de prova ao princípio da proporcionalidade, permitirá, ainda, dentro dos limites e garantias constitucionais, (algum) sacrifício de determinados direitos fundamentais, para efeito de, por meio de produção e valoração de determinada prova, perseguir e punir os atentados a bens jurídicos comunitariamente valorizados que constituem crimes<sup>58</sup>, particularmente em sede de “*criminalidade violenta ou altamente organizada*”<sup>59</sup>.

---

cfr. decisão do caso *S. e Marper v. Reino Unido* (num caso em que estavam em causa a recolha e a conservação de amostras de ADN e de impressões digitais).

<sup>57</sup> Conjugação que, como vemos, traduz a essência do moderno processo penal, sendo este «el producto de un compromiso público entre eficacia de la persecución penal y respecto a la dignidad humana» – GOMÉZ COLOMER, *in loc. cit.*, p. 66.

<sup>58</sup> Neste sentido, COSTA ANDRADE, *in ob. cit.*, p. 28. Esta ideia de que o princípio constitucional de ponderação entre interesses conflitantes legitima a realização da justiça penal, salvaguarda (também) do Estado de Direito, com (algumas) restrições de direitos fundamentais está, como se aludiu *supra*, presente na fundamentação das decisões do Tribunal Federal Alemão sobre os *casos dos diários íntimos*, generalizando-se depois, na jurisprudência alemã, a aplicação do princípio da proporcionalidade ao regime das proibições de prova (o que veio permitir alguma “permissão” em sede de criminalidade grave) – cfr. COSTA ANDRADE, *in ob. cit.*, pp. 29 e 30. Na nossa jurisprudência também se encontram vários exemplos deste juízo de ponderação de valores constitucionalmente tutelados – entre os direitos do arguido e os interesses da comunidade na realização da justiça penal (que se traduz quer no combate à criminalidade [sobretudo, a grave, violenta e organizada], quer na necessidade de inocentar um eventual acusado). O STJ, num acórdão de 7/1/2004, proc. n.º 03P3213, relatado por HENRIQUES GASPAR, frisou que «o recurso a meios de investigação com pesada intromissão em direitos fundamentais (...) só pode ser admitido nos casos previstos na lei em processo criminal (...), e se for exigido por uma necessidade imperiosa para a defesa de valores essenciais, em que se inclui o combate ao crime, mas sempre salvaguardando a rigorosa proporcionalidade entre os meios e os fins», fazendo referência ao art. 8.º da CEDH. Um outro exemplo ficou plasmado no ac. do STJ de 3/3/2010, *supra* citado, onde se conclui que a consulta de agenda contida num telemóvel não constitui violação da reserva da intimidade da vida privada, sendo justificada e legitimada pela necessidade de perseguir criminalmente o autor de um crime de homicídio voluntário (na forma tentada), sem que tal atinja o núcleo inviolável de dignidade do cidadão visado. Neste aresto, o Supremo chega a afirmar que «quando o juízo sobre a existência, ou não, de uma afronta à dignidade do homem tem implícita a forma como o imputado equaciona a sua relação com a dignidade dos outros, colocando em causa valores fundamentais (como o direito à vida) aquele núcleo essencial deve ser avaliado num juízo de ponderação em que pesam a gravidade do crime e os valores jurídicos tutelados pela lei penal. [e não “apenas” o interesse público na investigação criminal]. O respeito pela dignidade e intimidade de cada cidadão acaba quando o mesmo desrespeita a dignidade dos outros cidadãos e os valores fundamentais prosseguidos pelo Estado como é o caso da funcionalidade da justiça penal». [Antes de assim concluir, o STJ afastou a

Todos estes princípios lógicos de proporcionalidade e de concordância prática entre interesses conflitantes contribuem para a efectividade do princípio da **unidade da Constituição**<sup>60</sup>.

Em suma, qualquer restrição de direitos e liberdades fundamentais deverá respeitar as exigências do art. 18, designadamente a admissão das normas constitucionais para o efeito, a sua previsão legal [leia-se lei da AR ou decreto-lei autorizado] (expressa, abstracta e não retroactiva), o respeito pelo núcleo essencial dos direitos e o princípio (geral) da proporcionalidade (cfr. n.ºs. 2 e 3 do art. 18 da CRP)<sup>61</sup>. Quanto à exigência de admissão constitucional da restrição, é, relativamente, pacífico que a autorização para a compressão de determinados direitos, liberdades e garantias, no âmbito processual penal, se possa retirar do

---

aplicabilidade do regime das escutas telefónicas à consulta de agenda telefónica, acolhendo a posição do Conselho Consultivo da PGR (v. pareceres n.º 16/94/complementar e n.º 21/2000), que distingue os dados de base, dos dados de tráfego e de conteúdo, sendo que apenas estes dois últimos estão abrangidos pela tutela constitucional do sigilo das telecomunicações (art. 34, n.º 1 da CRP); pelo contrário, os dados de base são, de acordo com este entendimento, algo exógeno às comunicações, sendo em tudo semelhante às informações contidas num documento, numa agenda ou até numa base de dados].

<sup>59</sup> COSTA ANDRADE, *in ob. cit.*, p. 202, onde se refere às normas contidas nos, agora, arts. 143, n.º 4; 174, n.º 5, a); 177, n.º 2, a) [e, acrescentamos nós, n.º 3, a)]; e 187, n.º 2, a) – todos do CPP.

<sup>60</sup> Cumpre, a este respeito, salientar que as normas constitucionais beneficiam, não apenas dos métodos tradicionais da hermenêutica jurídica, desenvolvidos por SAVIGNY no século XIX, mas, principalmente, de “tópicos” próprios de interpretação: a unidade da Constituição, enquanto sistema normativo com coerência organizativa interna própria (que obriga a que não haja contradições interpretativas, por força da ideia de máximo efeito integrador); a concordância prática, dentro da lógica de ponderação de interesses (que implica uma permanente compatibilização dos valores em conflito, de modo a que não haja sacrifícios unilaterais não ponderados quando os direitos ou valores se encontram em igual patamar); e, por fim, a adequação ou a correção funcional (que se relaciona com o respeito pela distribuição de competências entre os poderes dos órgãos do Estado). Estes “tópicos” interpretativos são, como se pode observar, auxiliares preciosos na resolução da inevitável e sistemática conflitualidade de direitos e valores fundamentais, de que resultam limitações e compressões dos mesmos, e foram assim denominados e desenvolvidos por MARIA LÚCIA AMARAL, *in ob. cit.*, pp. 109 e ss.

<sup>61</sup> SILVA RODRIGUES enfatiza todos os requisitos mínimos de autorização constitucional de limitação do direito, de controlo judicial (arts. 32, n.º 4 e 202, n.º 2 da CRP), bem como a proporcionalidade da restrição, sem os quais se estará perante uma prova proibida, sem valor probatório – *in ob. cit.*, tomo I, p. 213 –, elencando-os várias vezes (v. *ob. cit.*, tomo I, pp. 194 e 229). «O poder de restrição do legislador é, (...) [pois], um poder vinculado» – VIEIRA DE ANDRADE, *in ob. cit.*, p. 283.

normativo dos arts. 27 a 32, 34 e 35 da CRP. Se, em determinado caso concreto, tal não se reconheça, poder-se-á atender aos limites imanentes dos direitos fundamentais<sup>62</sup>, bem como às admissões constitucionais implícitas da sua restrição<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> A propósito dos limites dos direitos fundamentais, VIEIRA DE ANDRADE entende que se deve adoptar «uma interpretação das normas constitucionais que permita restringir à *partida* o âmbito de protecção da norma que prevê o direito fundamental, excluindo os conteúdos que possam considerar-se *de plano* constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando não estão expressamente ressalvados na definição textual do direito» – *in ob. cit.*, p. 269 (itálico no original). Pelo contrário, REIS NOVAIS defende que esta limitação só será possível em confronto, prático e concreto, com outro direito ou valor fundamental preponderante – *apud*, VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 269 (nota 7). Enquanto a primeira tese visa evitar o conflito, a segunda pressupõe-no. Cumpre referir, na nossa humilde opinião, que a delimitação dos direitos fundamentais é um exercício interpretativo, que será tanto mais frutuoso quanto maior conjugação e confronto existir com direitos ou valores, igualmente, relevantes, mas que não se deverá confundir com a restrição de direitos operada nos termos do disposto no art. 18 da CRP. Esta distinção qualitativa poderá, no entanto, como bem salienta REIS NOVAIS, debilitar as garantias dos direitos fundamentais, «na medida em que a simples qualificação como *limite imanente* dispensa, em seguida, o poder público do preenchimento de outros quaisquer requisitos formais e materiais exigidos para as restrições aos direitos fundamentais; obscurece a utilização do princípio da proporcionalidade como critério de controlo (...)», criticando a jurisprudência do TC sobre a teoria dos limites imanentes – *in As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Parte II, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2002, p. 490 [itálico no original].

<sup>63</sup> Assim, NUNO LUMBRALES, “O direito à palavra, o direito à imagem e a prova audiovisual em processo penal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 67, n.º 2, Setembro 2007, pp. 714 e ss. O Autor refere os acs. do TC n.ºs. 225/85 e 244/85 a propósito das autorizações constitucionais “indirectas”, para demonstrar que o TC interpreta a garantia do n.º 2 do art. 18 da CRP no sentido de «a restrição legislativa de direitos (...) seja clara e manifestamente consentida pela Constituição» (*in loc. cit.*, p. 716). Também VIEIRA DE ANDRADE admite que as restrições sejam indirecta, instrumental ou tacitamente autorizadas – *in ob. cit.*, p. 283 (nota 44). JORGE MIRANDA afirma, claramente, que as restrições expressamente autorizadas no texto constitucional «não esgotam as restrições possíveis e necessárias» – *in Constituição...*, p. 160, em anotação ao art. 18; ainda que o Autor solicite algum cuidado na consideração de restrições implícitas, fundadas em princípios constitucionais, sendo imprescindível que, sobretudo nesta sede, se faça uma interpretação objectiva e sistemática das normas constitucionais, só estas legitimando tais restrições (*ibidem*, p. 161, em anotação ao art. 18). GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA reconhecem, igualmente, a existência de restrições ou limites decorrentes, implicitamente, pela via interpretativa e resultantes de conflito com outros direitos e valores constitucionalmente consagrados – *in Constituição...*, p. 389, em anotação ao art. 18. Essencial, para estes Autores, é que a restrição tenha «*expressão suficiente e adequada*» nos princípios e bens constitucionalmente previstos – *in ibidem*, p. 391, em anotação ao art. 18 [itálico no original]. Em suma, como bem refere REIS NOVAIS, «a necessidade, imposta pelo

## II.2. Distinção entre prova proibida e prova nula

O princípio das proibições de prova, consagrado no n.º 8 do art. 32 da CRP<sup>64</sup>, encontra, igualmente, previsão em textos internacionais, designadamente, nos arts. 5.º e 12 da DUDH, nos arts. 3.º e 8.º da CEDH e no art. 7.º do PIDCP, e releva ao nível máximo da tutela dos direitos fundamentais.

As proibições de prova, mormente as expressamente consagradas nos arts. 32, n.º 8 da CRP e 126 do CPP, são, pois, impostas pelo princípio do processo equitativo<sup>65</sup> e expressão do valor fundante da dignidade da pessoa humana – o pilar do nosso Estado de Direito Democrático que relembra o imperativo kantiano de que toda a pessoa é um fim em si mesmo, devendo, por isso, o arguido ser tratado como tal, como sujeito processual, e não

---

princípio da unidade da Constituição e pelo princípio da igualdade, de compatibilizar os valores em conflito no sentido da sua realização otimizada pode ser acompanhada da impossibilidade objectiva de satisfação integral de cada uma das normas constitucionais que garantem os bens em conflito» (*in ob. cit.*, p. 502), no que poderão resultar limitações dos efeitos de norma constitucional que consagre direito fundamental, sem que para isso haja autorização expressa, tendo-se como pressuposto o reconhecimento da vigência de um princípio da limitabilidade dos direitos fundamentais – cfr. *ibidem*, pp. 521 e ss. E, saliente-se, «será, no fundo, a ponderação dos bens em colisão que determina o resultado da respectiva prevalência, não sendo a valia abstracta de cada um deles que é decisiva, mas sim o peso relativo que apresentam no caso concreto» (REIS NOVAIS, *in ob. cit.*, p.524), rejeitando, desta forma, o Autor citado a teoria dos limites imanentes dos direitos fundamentais, sem que tudo coloque em termos de juízos de ponderação, na medida em que reconhece a consagração, pelo legislador constituinte, de certas garantias absolutas, como sejam as proibições de pena de morte e de pena de prisão perpétua, bem como as proibições de prova consagradas no n.º 8 do art. 32 da CRP – cfr. *ob. cit.*, pp. 527 e ss. Concluindo, a exigência de autorização expressa de restrição que o n.º 2 do art. 18 da CRP parece prever «tem como objectivo obrigar o legislador a procurar sempre nas normas constitucionais o *fundamento concreto* para o exercício da sua competência de restrição de direitos, liberdades e garantias [e] visa criar *segurança jurídica* nos cidadãos». – GOMES CANOTILHO, *in Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2003, p. 452.

<sup>64</sup> Preceito que é pioneiro no ordenamento português em matéria de proibições de prova.

<sup>65</sup> Assim, GERMANO MARQUES DA SILVA, *in Constituição...*, p. 354, em anotação ao art. 32. Na doutrina espanhola também se perspectiva a exclusão de provas ilegais, por violarem direitos e valores fundamentais, como consequência da garantia do princípio do processo equitativo – PAZ RUBIO, *apud* URBANO CASTRILLO e TORRES MORATO, *in ob. cit.*, p. 33.

como objecto direccionado à prova dos factos<sup>66</sup>. Desta forma, os operadores do direito processual penal ver-se-ão limitados, quer formalmente, no acesso a meios de prova, quer valorativamente, na análise da prova obtida.

Por prova proibida deve, pois, entender-se toda a prova que viole princípios e garantias constitucionais que salvaguardam o respeito por direitos e valores fundamentais<sup>67</sup> (por isso, os preceitos referidos no parágrafo anterior devem conjugar-se com os direitos e garantias consagrados nos arts. 26, n.º 2 e 34 da CRP, entre outros<sup>68</sup> [atendendo ao sistema de restrição atrás explanado do art. 18 da CRP]), quer a infracção se dê, directa e materialmente, no plano constitucional, quer se coloque no plano (do processo ou procedimento) infraconstitucional, já que a lesão do direito fundamental pode-se manifestar ao nível da sua regulação legal<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> Por isso se prevê uma proibição de valoração das declarações do arguido quando não são precedidas de informação sobre os direitos (e deveres) que caracterizam o estatuto processual de arguido, nomeadamente o direito ao silêncio (cfr. art. 58, n.º 5), para garantia da «liberdade de declaração ou expressão e de decisão do arguido» – COSTA ANDRADE, *in ob. cit.*, p. 87.

<sup>67</sup> Daí que não se considere que exista um elenco taxativo de proibições de prova, mas que a «proibição decorre directamente do direito constitucional e pode assumir diversos contornos, desde que atinja o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias» – TERESA BRAVO, *in loc. cit.*, p. 133.

A jurisprudência italiana assim interpreta o art. 191 do CPPit, ao reiterar que a *inutilizzabilità* será sanção não só da prova «oggettivamente vietate», mas também da «formate o acquisite in violazione dei diritti sogettivi tutelati in modo specifico dalla Costituzione» – cita uma decisão do *Corte di Cassazione* neste sentido, FRANCO FIANDANESE, *in Codice di procedura penale: commentato esclusivamente con la giurisprudenza*, Bologna, Zanichelli, 2000, p. 440

<sup>68</sup> Tal como afirma NUNO LUMBRALES, «(...) o âmbito de protecção de uma norma não pode ser aferido ou determinado sem que se levem em conta as restantes normas vigentes, sejam elas constitucionais ou ordinárias, ou a ponderação entre o valor que tutela e os restantes valores que com aquele possam entrar em conflito ou colisão.» – *in loc. cit.*, p. 692.

<sup>69</sup> Neste sentido, ELENA BURGOA, *in loc. cit.*, p. 602. Ou seja, as regras sobre obtenção e produção de prova restringem, de algum modo, vários direitos fundamentais, pelo que devem ser respeitadas as «(...)formas específicas de legitimação (...)», contidas no CPP, mas impostas pela CRP, «(...) e que definem os pressupostos de uma agressão permitida e conforme ao direito.» – KARL-HEINZ GÖSSEL, “As proibições de prova no direito processual da República Federal da Alemanha”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, A. 2, 3.º, Julho-Setembro, 1992, p. 410. Aliás, como bem afirma GERMANO MARQUES DA SILVA, «(...) as provas obtidas mediante modalidades desrespeitosas das regras estabelecidas pela lei ordinária para tutela dos direitos constitucionalmente protegidos se devem considerar como directamente violadoras da Constituição.» [sublinhado nosso] – *in Curso...*, vol. II, p. 174.

Isto é, a legitimidade do procedimento probatório aferir-se-á, num primeiro plano, pela sua conformidade constitucional e, num segundo plano, pelo cumprimento dos requisitos legais (por sua vez, constitucionalmente impostos). Esta subjectivização<sup>70</sup> da matéria probatória coaduna-se com o reconhecimento doutrinário de que a própria proceduralização dos actos processuais penais contende e limita direitos fundamentais – tão relevantes como o direito à integridade física e moral, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar, entre tantos outros<sup>71</sup>. JORGE MIRANDA estende, mesmo, *ex vi* art. 17 da CRP, o regime de direitos, liberdades e garantias (consagrado, maioritariamente, no art. 18 da CRP) às “garantias institucionais”, de que os direitos fundamentais são fundamento, instrumento e complemento<sup>72</sup>.

Assim, a prova proibida constitui consequência necessária do respeito pela dignidade da pessoa humana e pelos direitos fundamentais que nela se fundam, como pilar fundamental do actual Estado de Direito, limitando, invariavelmente, a descoberta da verdade<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> No nosso sistema tomamos a liberdade de assim o dizer – isto porque, tal como no alemão, «prevalece a dimensão material-substantiva» (COSTA ANDRADE, *in ob. cit.*, p. 188). No direito anglo-americano o caminho observa-se em sentido inverso: na *Magna Charta* (1215) os direitos individuais surgem, em primeira linha, como garantias procedimentais ou processuais contra perseguições criminais abusivas e, só num segundo momento, ganham dimensão material efectiva. Sobre este ponto cfr. COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 136. A doutrina de COSTA ANDRADE é citada, neste ponto, pelo TC, no ac. n.º 607/2003, relatado por BENJAMIM RODRIGUES, a propósito da conformidade constitucional da valoração dos diários íntimos como meios de prova em processo penal.

<sup>71</sup> Cfr. JORGE MIRANDA, *in loc. cit.*, p. 49, que, a este propósito se refere a *status activae processualis*, remetendo, nomeadamente, para a obra de GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6.ª Edição, Coimbra, 1993, pp. 637 e ss.

<sup>72</sup> JORGE MIRANDA, *in loc. cit.*, p. 50.

<sup>73</sup> COSTA ANDRADE salienta que «mais do que a modalidade do seu enunciado, o que define a proibição de prova é a prescrição de um *limite à descoberta da verdade*» – *in ob. cit.*, p. 83 (itálico no original). Também o STJ, no exemplar ac. de 3/3/2010, já citado, reforça a ideia de existência de limites ao dever ético-jurídico da procura da verdade, limites esses que decorrem do respeito pela integridade moral e física das pessoas, da inviolabilidade da vida privada, do domicílio e das telecomunicações, bem como das regras da lealdade, rematando esta ideia com a afirmação de que a prova é inadmissível «quando a violação das formas da sua obtenção ou da sua produção entra em conflito com os princípios cuja importância ultrapassa o valor da prova livre» ou seja, quando aqueles valores e princípios são lesados “a um tal ponto que as razões éticas que impõem



Pelo contrário, ainda que se reconheça a relação entre as exigências procedimentais e a protecção de direitos fundamentais, as formalidades exigidas para obtenção e produção de prova disciplinam-na, ordenando e regulando a busca da verdade *judicial*, mas não a impedindo, propriamente. Assim, se as proibições de prova se manifestam num momento anterior, isto é, de legitimação do exercício de um poder, definindo a sua (in)admissibilidade, as referidas regras ou formalidades de produção e obtenção da prova dizem respeito ao modo de exercício desse poder e já não, propriamente, à sua legitimação<sup>74</sup>. Deste modo, enquanto a obtenção ou produção de prova proibida tem como consequência a proibição da sua valoração<sup>75</sup>, o desrespeito pelas formalidades que disciplinam o procedimento probatório gera meras nulidades ou irregularidades, por incumprimento de imperativo legal, cuja verificação tem como consequência invalidar determinado acto processual<sup>76</sup>. De outro modo não poderia,

---

precisamente a verdade material não podem deixar de proibir”», recorrendo às sábias palavras de EDUARDO CORREIA.

<sup>74</sup> Assim, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...*, vol. II, p. 170. Na doutrina italiana, SERGIO RAMAJOLI distingue de modo semelhante a *inutilizzabilità* da *nullità*: enquanto a primeira afecta todo o mecanismo de aquisição da prova, a segunda atinge (apenas) o acto (cuja realização não respeitou a forma ou formalidade legalmente prevista) – *in La Prova Nel Processo Penale*, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1995, pp. 20 e ss.

<sup>75</sup> Com esta afirmação admitimos uma certa simplificação do que é a distinção entre proibição de produção de prova e proibição de valoração de prova, que, em nosso entender, se justifica pela especificidade do estudo. Sobre as várias teorias da doutrina alemã sobre proibições de valoração, que exploram as situações em que o desrespeito por uma proibição de produção tem como consequência a proibição de valoração, v. COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 90 e ss. Certo é que são diversos os momentos e os actos de produção e de valoração da prova e que, produzida prova proibida, ela não deverá influenciar a decisão final, sob pena de se contornar importante garantia de processo (justo e) equitativo.

<sup>76</sup> Neste sentido, v., entre outros, o explícito (e já citado) texto de JOÃO CONDE CORREIA, “A distinção...”, sobretudo pp. 184 e ss, que trata, precisamente, da distinção entre prova proibida e prova nula. Neste estudo o Autor refere que este sistema dualista não é uma originalidade portuguesa, verificando-se semelhante distinção nos ordenamentos italiano e espanhol (cfr. pp. 186 e ss.).

O *Corte di Cassazione* (italiano) reitera, em diversas decisões citadas por FRANCO FIANDANESE (*in ob. cit.*, pp. 440-442), a vigência de ambas as categorias de vícios no âmbito da patologia da prova; enquanto a *nullità* é, normalmente, associada à preterição de formalidades na admissão ou aquisição da prova ou a vícios no procedimento formativo e de produção de prova, a *inutilizzabilità* relaciona-se com as proibições de prova, que denotam, em geral, uma ilegitimidade objectiva da prova que a coloca fora do processo. A mesma corrente jurisprudencial é referida por GIUSTINO GATTI, *in ob. cit.*, pp. 398 e ss.

com efeito, suceder: se as proibições de prova se encontram, estreitamente, ligadas ao princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana, a consequência da sua preterição será, por conseguinte, mais significativa ou gravosa do que a da nulidade.

A distinção, no texto legal, não poderá, contudo, ser feita por via terminológica, já que quer o legislador constituinte (cfr. n.º 8 do art. 32 da CRP)<sup>77</sup>, quer o legislador ordinário (cfr. art. 126 do CPP) denominam ‘nulidade’ a ambas as situações<sup>78</sup>. Esta distinção terá como ponto de partida fundamental o sistema de restrição de direitos (e valores) fundamentais *supra*, brevemente, explicado, na medida em que determinados trâmites constituem limites

---

<sup>77</sup> As propostas iniciais de redacção do actual n.º 8 do art. 32 da CRP (quer o projecto do PPD, quer o texto da Comissão de Direitos e Deveres Fundamentais) qualificam as provas obtidas do modo descrito na referida norma como *proibidas*, mas «no texto aprovado pela Assembleia Constituinte tais provas passaram a ser cunhadas como “nulas”, em sintonia com uma terminologia mais corrente, na tradição jurídico processual portuguesa» – DÁ MESQUITA, *in A Prova...*, p. 269 (nota 65).

<sup>78</sup> LUÍS PEDRO OLIVEIRA afirma que o legislador constituinte não utilizou o termo “nulas” no seu sentido técnico-jurídico, mas com a intenção de demonstrar a superioridade dos bens jurídicos referidos – *in* “Da autonomia do regime das proibições de prova”, *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 263. O Autor prossegue negando, igualmente, o uso da expressão “são nulas” em sentido técnico-jurídico no CPP, por várias razões que se elencam no estudo citado, pp. 264 a 266: em primeiro lugar as normas sobre proibições de prova não se encontram, sistematicamente, incluídas no capítulo dedicado às nulidades; em segundo lugar na própria epígrafe do art. 126 do CPP o legislador referiu-se a proibição e não a nulidade; acrescenta-se que, após a Reforma de 2007, a redacção do n.º 3 do art. 126 do CPP passou a incluir formulação igual à do n.º 1 do mesmo preceito (o que indicia que as proibições de prova retiram, em qualquer caso, os efeitos da prova, ao contrário do que sucede com as nulidades reguladas nos arts. 119 e ss., eliminando-se as dúvidas que, anteriormente, se levantaram a este respeito); ponto decisivo parece-nos ser o facto de as nulidades assentarem na aplicação de critérios de validade, enquanto as proibições de prova decorrem de juízos negativos de admissibilidade; para além disso, como já referimos *supra*, as nulidades dizem respeito a vícios formais, ao contrário das proibições de prova, que têm por base vícios substanciais, por violação de direitos fundamentais; faz-se, ainda, referência à subordinação das nulidades a princípios de legalidade e de taxatividade, abaixo abordados, que se contrapõem à mais ampla área de aplicação das proibições de prova; por último, é apresentado um argumento não menos importante, no sentido de que a aplicação do regime das nulidades levaria a que, por falta de previsão legal expressa, às proibições de prova fosse reconhecido o estatuto de nulidades sanáveis (melhor, dependentes de arguição), com todas as consequências associadas ao mesmo – o que é incoerente, sobretudo quando o legislador vem permitir recurso extraordinário de revisão, na al. e) do n.º 1 do art. 449 do CPP, indo para além do admitido em sede de nulidades ditas ‘insanáveis’.

dentro dos quais a lei (ordinária e fundamental) permite a compressão de tais direitos – como já se deixou explicitado, diversas formalidades consubstanciam verdadeiras garantias de respeito pelo núcleo essencial dos direitos em causa, sendo disso exemplo o art. 188 do CPP. Desta forma, tal como afirma JOÃO CONDE CORREIA, «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 necessárias para a levar a cabo»<sup>79</sup>. Ou seja, a distinção não poderá sustentar-se na natureza (aparentemente) formal ou material do preceito violado. Pelo exposto, só um critério substancial, entre o que ainda é consequência (directa) do sistema de garantias constitucional e o que se prende somente com o regular funcionamento dos procedimentos probatórios, poderá ser utilizado para distinguir os conceitos em análise<sup>80</sup>. Até porque, como bem salienta GERMANO MARQUES DA SILVA, existem proibições de prova fixadas de “modo indirecto”, dando o Autor o exemplo do elenco taxativo de situações em que as escutas telefónicas são admissíveis como prova (art. 187 do CPP)<sup>81</sup>. Ou seja, determinada regulamentação dos modos de produção de prova, que dita a forma de operar para que o processo corresponda a um *fair trial*, dita, ao mesmo tempo, os ‘métodos’ proibidos de produção de prova<sup>82</sup>. A regulação, nestes termos, da produção de prova, diferencia-se, pois, das (meras) «regras de produção da prova – cfr. v.g., o artigo 341.º do CPP – visam apenas disciplinar o procedimento exterior da realização da prova na

---

<sup>79</sup> In “Distinção...”, p. 189.

<sup>80</sup> Assim, JOÃO CONDE CORREIA, “A distinção...”, p. 191. Ponderação e interpretação axiológicas que, para DÁ MESQUITA, justificam que não haja pré-determinações absolutas sobre o que são provas proibidas ou provas nulas, nem se adopte uma figura diferenciada como a adoptada no direito italiano (a *inutilizzabilità*) – cfr. *A Prova...*, p. 291.

<sup>81</sup> Cfr. ob. cit., vol. II, p. 180.

<sup>82</sup> COSTA ANDRADE dá o exemplo do art. 129 do CPP, que prevê as formas admissíveis de depoimento indirecto, proibindo todas as modalidades de *hearsay evidence* que não correspondam a tal previsão legal – in ob. cit., p. 83. Na doutrina espanhola, DÍAZ CABIALE admite também que «determinados casos de infracción de preceptos procesales en la práctica de la prueba, dado el nuevo carácter constitucional de muchos de ellos, suponen una verdadera ilicitud dado su carácter sustantivo constitucional» – in *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1991, p. 120.

diversidade dos seus meios e métodos»<sup>83</sup>, muitas vezes de modo a tornar mais eficientes os métodos e conclusões probatórias, outras vezes contribuindo, mesmo, para uma justa e proporcional restrição de valores fundamentais (no sentido de se revelarem instrumentais daquela concordância prática), para que o balanço final seja o de *fair trial* – mas não aplicando, propriamente, o sistema de concordância prática abordado no ponto anterior.

No que respeita ao regime aplicável, é o art. 118, n.º 3 do CPP que alerta o intérprete e aplicador da lei processual penal para a diferença entre as ‘nulidades’. Deste preceito tem a doutrina retirado uma marcada autonomia de regime das proibições de prova<sup>84</sup>, face ao regime geral das nulidades, apresentando para o efeito diversos argumentos. A doutrina parece, no entanto, divergir no que respeita à raiz e às consequências da autonomia de regime<sup>85</sup>.

Como se pretendeu demonstrar, o alcance da protecção subjacente às proibições de prova é muito mais alargado do que a tutela que se visa com as nulidades (em matéria probatória),

---

<sup>83</sup> COSTA ANDRADE, *in ob. cit.*, p. 84, onde se cita FIGUEIREDO DIAS, que chama às regras de produção de prova referidas «*meras prescrições ordenativas de produção de prova*» (itálico no original). Na mesma obra, refere-se PETERS, para o qual «*as regras de produção da prova são “ordenações do processo que devem possibilitar e assegurar a realização da prova. Elas visam dirigir o curso da obtenção da prova sem excluir a prova(...)”*» -- *in* p.85.

<sup>84</sup> V., entre outros, TERESA PIZARRO BELEZA, *Apontamentos*, II, p. 152; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...*, vol. II, pp. 176 e ss.; COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 193 e ss.; SILVA RODRIGUES – que acentua «*(...) a autonomia dogmática exigível face a outras figuras*» (itálico no original; sublinhado nosso) – *in ob. cit.*, tomo I, p.117; e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p.335, em anotação ao art. 126. Este último Autor distingue, ainda, as proibições de prova absolutas (art. 126, n.ºs. 1 e 2 do CPP) das relativas (art. 126, n.º 3 do CPP) – distinção esta que os ordenamentos alemão e italiano não prevêem –, considerando as primeiras insanáveis e as segundas sanáveis mediante o consentimento do titular do direito atingido; sendo que, por isso, afirma serem as proibições de prova absolutas de conhecimento officioso e as relativas conhecidas somente na sequência de requerimento do titular do direito lesado – *in ob. cit.*, pp. 335 e ss, em anotação ao art. 126. O STJ acolhe este entendimento, no aresto de 3/3/2010, por várias vezes citado, considerando que a ‘nulidade’ de prova que viola o direito à integridade física e moral (art. 126, n.ºs. 1 e 2 do CPP) é insanável, sendo sanável, pelo consentimento (*ex ante* ou *ex post facto*) do titular do direito, a ‘nulidade’ que atinge os direitos à privacidade (art. 126, n.º 3).

<sup>85</sup> LUÍS PEDRO OLIVEIRA, *in loc. cit.*, pp. 260 e ss., expõe as várias posições doutrinárias, sendo a primeira, defendida por PAULO DE SOUSA MENDES, a da autonomia pela via da especialidade de regime; e a segunda a da absoluta distinção entre os dois regimes (posição que teria, aliás, saído reforçada depois da Reforma do CPP de 2007).

na medida em que a prova é proibida não só para salvaguardar o respeito por direitos individuais, mas também para que todo o procedimento probatório se desenrole em harmonia com as exigências do Estado de Direito Democrático (designadamente a de um processo equitativo), de acordo com os mais basilares princípios que sustentam todo o sistema processual penal<sup>86</sup>. Pelo contrário, as nulidades tutelam apenas direitos do sujeito processual interessado, sendo por isso, de natureza relativa e não beneficiando daquela vertente absoluta<sup>87</sup>. Este carácter absoluto tem, com efeito, reflexo no regime de recursos extraordinário, obedecendo o legislador ordinário ao imperativo constitucional de a garantia do respeito pelos direitos e liberdades fundamentais não se limitar perante o valor da segurança jurídica que o trânsito em julgado evoca<sup>88</sup>.

Desta forma, se a consequência da nulidade é a invalidação do acto processual viciado, mediante declaração judicial, oficiosamente provocada ou por requerimento, os efeitos associados às proibições de prova – a proibição absoluta de utilização ou valoração no

---

<sup>86</sup> COSTA ANDRADE assegura que «só uma arrumação e imputação policêntricas (...) [dos interesses que limitam a descoberta da verdade] abrirá a porta a uma adequada compreensão teleológica das proibições de prova», referindo-se depois, nomeadamente, a interesses supraindividuais (como os segredos de Estado e de funcionário) e a interesses de salvaguarda da verdade e de relações de confiança (patentes nos deveres gerais de testemunha e na possibilidade de recusa de parentes e afins) – *in* ob. cit., pp. 75 (donde se retirou a citação) e ss. A este respeito cumpre, ainda, chamar, novamente, a atenção para a dupla dimensão dos direitos fundamentais – simultaneamente direitos subjectivos e valores essenciais de toda a comunidade – (também) salientada pela doutrina espanhola – v. URBANO CASTRILLO e TORRES MORATO, ob. cit., p. 30. Na nossa doutrina, VIEIRA DE ANDRADE confirma que as concepções (puramente) individualistas foram superadas por teses de “dupla dimensão” ou “dupla função”, que classificam os direitos fundamentais como «pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade: o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos.» – *in*, ob. cit., p. 108, onde se cita HESSE. As proibições de prova identificam-se, deste modo, com a descrita dimensão objectiva, na medida em que esta é, como complemento e instrumento da dimensão subjectiva, associada à produção de efeitos que não se traduzem em verdadeiras posições subjectivas (de dever [do Estado], por um lado, e [direito dos cidadãos], por outro) – assim, VIEIRA DE ANDRADE, *in* ob. cit., p. 109. Mais adiante, o mesmo Autor, acrescenta que aos deveres de protecção que incumbem ao Estado só corresponderão posições subjectivas, positivas e individuais, quando tal direito subjectivo seja necessário para a «realização do conteúdo essencial do direito fundamental de um determinado indivíduo» – *in* ob. cit., p.147.

<sup>87</sup> Cfr. JOÃO CONDE CORREIA, “A distinção...”, p. 195.

<sup>88</sup> Assim, PAULO DE SOUSA MENDES, *in loc. cit.*, pp. 147 e 148.

processo – produzem-se *ex lege*, isto é, sem necessidade de arguição ou de declaração nesse sentido<sup>89</sup>.

Importa, ainda, salientar que se as nulidades se regem por um princípio de taxatividade (cfr. art. 118, n.º 1 do CPP), deve admitir-se abertura do elenco de provas proibidas, até porque, relacionando-se directamente com o regime dos direitos fundamentais, pode fazer-se uso da vinculação directa prevista no n.º 1 do art. 18 da CRP para se afirmar a existência de uma prova (constitucionalmente) inadmissível e, por conseguinte, proibida<sup>90</sup>. Este ponto é particularmente importante quando nos referimos a meios de prova atípicos, dado que, como muito bem afirma JOÃO CONDE CORREIA, poderá ser «uma eficaz via de resposta às novas formas de agressão proporcionadas pelo crescente progresso científico»<sup>91</sup>. Aliás, como tem vindo a ser sublinhado, o sistema processual penal assenta num princípio de concordância prática entre interesses conflitantes, pelo que se adopta um sistema de equilíbrio e não de regra / excepção taxativas.

Pelo exposto, não se pode considerar o regime das proibições de prova como especial face ao das nulidades, uma vez que não se trata de um “subgrupo” de normas que, não se opondo ao regime geral, denota especificidades. Estamos, pelo contrário, perante um regime cujas diferenças substanciais levam a negar qualquer relação de especialidade, mormente face aos diversos fundamentos – não se movem aqui razões de celeridade processual que implicam a sanabilidade das nulidades, mas sim o relevantíssimo pilar constitucional da

---

<sup>89</sup> SERGIO RAMAJOLI cita a norma do art. 191 do CPPit, onde se prevê que «*l'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento*», precisamente, para distinguir esta figura da nulidade (no caso, da sentença) – *in ob.cit.*, p. 27.

<sup>90</sup> Neste sentido, JOÃO CONDE CORREIA, “A distinção...”, p. 193. O Autor afirma, ainda, que este princípio da não taxatividade das proibições de prova é aceite pela doutrina alemã, referindo-se a WERNER BEULKE, sendo que já algumas decisões jurisprudenciais alemãs se pronunciaram em sentido favorável àquele princípio. É feita, também, uma referência à doutrina italiana, que, na falta de previsão legal expressa, tende a procurar a natureza constitucionalmente valiosa do interesse tutelado pela norma probatória violada, citando EMÍLIO GIRONI e GIUSEPPE LUIGI FANULI. Parece reconhecer a existência do mesmo princípio, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ao assegurar, em moldes semelhantes, mas não exactamente iguais, que «atentos os bens constitucionais em causa, a disposição do artigo 126.º, n.º 2, não tem natureza taxativa e, por isso, admite aplicação analógica dos casos-padrão nela incluídos, como resulta expressamente das expressões utilizadas pelo legislador “meios de qualquer natureza” e “por qualquer meio”» – *in ob. cit.*, p. 339, em anotação ao art. 126.

<sup>91</sup> *In* “Distinção...”, p. 194.

dignidade da pessoa humana. Também uma relação de excepcionalidade<sup>92</sup> entre o regime das nulidades e o das proibições de prova não é, para nós, de aceitar, na medida em que o primeiro não se ocupa da regulação de um “regime-regra” excepcionado pelo singular regime das proibições de prova; ou seja, não podemos enquadrar os vícios àquelas figuras associados numa mesma área, respeitando a segunda a um campo mais restrito (dessa área): o alcance das proibições de prova demonstra, precisamente, o contrário e os seus fundamentos impedem uma tal conclusão.

Por isso, poderá até ser defendido que o desrespeito por uma proibição de prova se reconduzirá à figura da inexistência, cujas características base são a resistência ao caso julgado e a total ausência de produção de efeitos<sup>93</sup>. Acresce que no ordenamento processual penal italiano (aliás, bastante próximo do nosso) o vício associado à desconsideração de uma proibição de prova é a *inutilizzabilità*<sup>94</sup> (art. 191 do CPPit), que, tal como a inexistência, resiste ao caso julgado, não está sujeita a prazo de arguição, podendo ser declarada

---

<sup>92</sup> Sobre as relações normativas de especialidade e de excepcionalidade, veja-se, como referência entre muitas outras obras de carácter geral, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina, 2006 (15.ª reimpressão), pp. 95 e 96.

<sup>93</sup> Saliente-se a posição de LUÍS PEDRO OLIVEIRA, que argumenta no sentido de a figura da inexistência ter sido já reconhecida em casos que não implicam uma violação tão grave de bens jurídicos fundamentais como os que são lesados com a efectivação de uma proibição de produção ou de valoração da prova – *in loc. cit.*, p. 284

<sup>94</sup> Caracterizada por FAUSTO IZZO como a “inidoneidade de um acto para ser utilizado processualmente”, *in Compendio di diritto processuale penale*, 15.ª ed., Napoli, Edizioni Simone, 2005, p. 107 (tradução nossa). Esta figura foi inserida dentro da patologia dos actos processuais no CPPit de 1988, por se considerar insuficiente o instrumento da nulidade perante a aquisição ilegítima da prova; passou, assim, no direito italiano a distinguir-se a *inutilizzabilità*, como consequência da violação de uma proibição de prova (ou de vício de acto procedimental de tal forma grave que torne a prova adquirida ilegítima), da nulidade de acto probatório procedimental de modo semelhante ao que se disse *supra* – assim, IZZO, *in ob. cit.*, p. 108. Distinção esta que, como se viu, acarreta importantes efeitos práticos, não podendo a *inutilizzabilità* ser sanada, ao contrário do que pode suceder em caso de nulidade – cfr. MERCONE, *Diritto processuale penale*, 18.ª ed., Napoli, Edizioni Giuridiche Simone, Gruppo Editoriale Esselibri – Simone, 2010, p. 113. A *inutilizzabilità* pode ser patológica (deriva da admissão ou aquisição de prova proibida no sentido acima descrito) ou genético-funcional (o acto é de *utilizzabilità* limitada na fase de julgamento, estando a sua finalidade probatória geneticamente limitada à fase de investigação) – neste sentido, MERCONE, *in ob. cit.*, pp. 112-113; também TONINI estabelece esta distinção, denominando o segundo tipo de *inutilizzabilità* de fisiológica – cfr. *Manuale di Procedura Penale*, 11.ª ed., Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 2010, p. 201.

oficiosamente em qualquer estado do processo (art. 191, § 2.º do CPPit)<sup>95</sup> e tendo como fundamento último o respeito pela dignidade da pessoa humana. Esta figura que vinca a autonomia das proibições de prova no direito italiano é, simultaneamente, «*vício e sanção processual*»<sup>96</sup>, na medida em que pressupõe a violação de uma proibição de prova e tem como consequência, precisamente, a proibição de utilização da prova ilegitimamente admitida ou adquirida, isto é, impede que o resultado probatório que daí advenha fundamente a decisão (art. 191, § 1.º do CPPit).

A se aceitar a associação das proibições de prova ao vício da inexistência estar-se-ia a superiorizar a consequência daquelas, elevando-se esta para além do patamar da (mera) proibição de utilização. Note-se que a “inutilizabilidade” parece encontrar-se no plano da eficácia / ineficácia e não no da validade / invalidade; por este motivo, poderá não bastar para revelar a importância dos valores tutelados. Desta forma, numa discussão que deixaremos, propositadamente, em aberto, o instituto das proibições de prova poderá possuir o sentido e alcance de, num primeiro momento, expressar a inadmissibilidade de obtenção e valoração de determinada prova e, num segundo momento, declarar a inexistência da prova ilicitamente produzida, por violação daquele imperativo.

Em suma, importa, por ora, reter que, nas sábias palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA, «todas as proibições de prova se reconduzem, ao fim e ao resto, à proibição de abusos contra os direitos fundamentais»<sup>97</sup>, salvaguardando-se, assim, (também) o respeito pelos princípios estruturantes do processo penal «que são a pura materialização dos princípios constitucionais do Estado de direito democrático»<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> Ao contrário da inexistência que, sendo caracterizada pela ausência dos pressupostos mínimos para que o acto possa ser considerado como tal, não necessita de declaração judicial.

<sup>96</sup> COSTA ANDRADE, *in ob. cit.*, p. 195 (itálico no original). Assim também TONINI, *ob. cit.*, p. 200, e VITTORIO GREVI, *in “Prove”, CONSO e GREVI, Compendio di Procedura Penale*, 2ª ed., Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2003, p. 304.

<sup>97</sup> *In “Produção...”*, p. 41. Noutro local, o mesmo Autor salienta que se deve poder verificar uma relação causal entre a prova e a lesão do direito fundamental para que se possa afirmar a existência de prova proibida – *cfr. ob. cit.*, vol II, p. 180.

<sup>98</sup> GUEDES VALENTE, *in Processo Penal*, p. 188.



E este princípio proibitivo valerá, igualmente, quando a prova assuma carácter atípico, onde o abuso poderá ser mais radical por falta de regulação e de ponderação legal. Como afirma SILVA RODRIGUES, «cabará ao intérprete, caso a caso, verificar se, apesar de não proibido por lei, tal meio de (obtenção da) prova contende com os direitos fundamentais, limitando-os ou restringindo-os para além do paradigma da ponderação constitucional (ou legal) codificado em matéria de admissibilidade dos meios de (obtenção da) prova»<sup>99</sup>.

A este propósito importa ter em mente a exigência constitucional de previsão legal expressa para restrição legítima de direitos, liberdades e garantias – princípio que terá como consequência a redução (drástica) das hipóteses de admissibilidade de prova atípica em sede processual penal, conforme veremos (cfr *infra*, ponto IV.2.1.3.). Assim, uma das maiores dificuldades será a efectividade do pressuposto de legalidade, segundo o qual qualquer medida ou diligência, neste caso com vista a descobrir ou esclarecer facto punível, que implique restrição de valores e direitos fundamentais, terá de se encontrar legalmente prevista. Em qualquer caso, seja a prova típica, seja a mesma atípica, o valor primeiro, na hierarquia axiológica constitucional, será sempre a dignidade da pessoa humana, em detrimento da eficácia da prova e, por conseguinte, da perseguição criminal – em consonância com o consagrado no art. 1.º da CRP<sup>100</sup>. Em síntese, «a realização da justiça penal, num Estado de Direito Democrático, como pretende ser o nosso, deve sempre assentar no respeito e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, mormente da preservação da dignidade humana»<sup>101</sup>.

No capítulo que se termina pretendeu-se, sobretudo, relembrar a «corrente doutrinal no sentido do reconhecimento de uma regra de exclusão das provas obtidas com lesão dos direitos fundamentais»<sup>102</sup>, para que nos seguintes se mantenha presente a ideia de que a admissibilidade de novos meios de investigação criminal vai muito para além da mera transposição para o sistema processual penal dos avanços tecnológicos: será sempre

---

<sup>99</sup> *In ob. cit.*, tomo I, p. 312.

<sup>100</sup> Assim, GERMANO MARQUES DA SILVA, *in* “Produção...”, p. 41.

<sup>101</sup> TRP, acórdão de 22/9/2010, proc. n.º 125/08.4GAPRD.P1, relatado por JOAQUIM CORREIA GOMES.

<sup>102</sup> A cuja formação se refere SILVA RODRIGUES, *in ob. cit.*, tomo I, p. 113. Pretendemos, pois, ultrapassar a «tese da inadmissibilidade generalizada dos meios de prova que corporizem um ilícito material substantivo» – *in* COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 43 (e ss.) [itálico no original].

necessária uma análise (material e formal) acerca da possível limitação de direitos fundamentais, atendendo à dogmática constitucional sobre a matéria.

### III. Atipicidade

«O processo probatório, com todas as suas limitações e problemas, deve ser visto neste contexto como um dos mais importantes institutos do mundo jurídico, na medida em que ele é o principal instrumento na busca daquilo que é mais precioso ao Direito, ao Estado Constitucional e mesmo ao homem: a VERDADE.»<sup>103</sup>

#### III.1. Conceito e delimitação

Da liberdade de prova, ou da não taxatividade dos meios de prova, consagrada no art. 125 do CPP, retira a doutrina e a jurisprudência a admissibilidade de meios de prova atípicos, na medida em que aquela norma parece permitir a utilização de qualquer meio de prova não proibido para a prova dos factos<sup>104</sup>.

A noção de prova atípica não é, porém, pacífica, mesmo entre aqueles que a mais profundamente estudaram<sup>105</sup>. Numa primeira acepção, a prova atípica é aquela que prossegue resultado probatório diverso dos visados pelos meios tipificados na lei processual penal, pelo que a atipicidade estará, de acordo com este entendimento, no resultado, e não no modo de aquisição, e aproximar-se-á do conceito de prova inominada – na medida em que não encontrará correspondência com nenhum meio de prova tipificado ou nominado. Num segundo sentido, corresponde à produção de determinada prova (típica) através de modelo não previsto na lei; ou seja, a atipicidade aqui consiste numa modalidade diversa de *svolgimento* da prova. Por último, a Doutrina italiana aponta um terceiro significado de atipicidade, bastante comum na prática judiciária: a utilização de meio típico para obter o resultado probatório de outro meio típico. TONINI classifica este último sentido de atipicidade como de «prova anómala»<sup>106</sup>, dando o exemplo de uma testemunha ser chamada a identificar,

---

<sup>103</sup> OSVALDO LUCAS ANDRADE, *apud* GERMANO MARQUES DA SILVA, *in Curso...*, vol. II, p. 163.

<sup>104</sup> Entre a Doutrina portuguesa, v., entre outros, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...*, vol. II, pp. 167 e 168; e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, pp. 332 e ss. Exemplos da jurisprudência portuguesa serão analisados *infra*, no ponto V.1.

<sup>105</sup> Referimo-nos à Doutrina italiana – v., entre outros, TONINI, *ob. cit.*, pp. 264 – 265; e GIAN FRANCO RICCI, *Le Prove Atipiche*, Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 1999, pp. 48 e ss. (num estudo mais direccionado ao processo civil).

<sup>106</sup> *In ob. cit.*, p. 264.

informalmente, o arguido, em plena audiência de julgamento, sem que se cumpram os procedimentos legalmente previstos para o reconhecimento de pessoas.

Ora, para densificar o conceito de atipicidade de prova à luz do nosso ordenamento, importa notar que o sistema processual penal português incorpora um conjunto de normas, «tendencialmente unitário»<sup>107</sup>, que regula, com alguma extensão, a matéria probatória. Deste modo, só alcançaremos o verdadeiro sentido da norma do art. 125 do CPP se procedermos a uma interpretação sistemática da mesma, à luz dos princípios caracterizadores do sistema probatório no nosso processo penal.

Como se disse, de acordo com o entendimento de alguma doutrina italiana, são típicos os actos para os quais é prescrita e completamente disciplinada uma determinada forma<sup>108</sup> e são atípicos os actos não previstos expressamente na lei, pelo que melhor se diz inominados<sup>109</sup>. Desta forma, a tipicidade é também vista como garantia da legalidade

---

<sup>107</sup> MEDINA DE SEIÇA, *in loc. cit.*, p. 1394.

<sup>108</sup> Assim, MERCONE, *in ob. cit.*, p. 95.

<sup>109</sup> FRANCO CORDERO, ao tratar da atipicidade da prova no direito italiano, denomina o capítulo «prove innominate», *in Procedura Penale*, 8.<sup>a</sup> ed., Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 2006, p. 619. RICCI, depois de se ter referido ao duplo significado que o termo ‘atipicidade’ pode apresentar (por um lado, refere-se ao que não está previsto na lei; por outro lado, pode representar um desvio às formas legalmente previstas), afirma, em sentido, aparentemente, contrário ao que é por nós adoptado no texto, que não é suficiente dizer que a prova atípica designa exclusivamente meios probatórios não previstos no sistema – *in ob. cit.*, p. 49. Contudo, o Autor, mais adiante, conclui que deste conceito de atipicidade deve ser excluída a derrogação da disciplina de aquisição da prova, circunscrevendo-o ao âmbito da fonte de prova – isto porque, diz o Autor, o desvio ao modo de aquisição da prova, quando a lei o não permita expressamente, torna a prova atípica em prova ilícita (*in ob. cit.*, pp. 52 e ss.). E quando se refere especificamente ao direito processual penal, num estudo quase totalmente dedicado ao direito processual civil, o Autor afirma que a Doutrina processual-penalista adopta um conceito restrito de atipicidade, no sentido em que «il catalogo delle prove possa essere superato solo ed esclusivamente per cio che riguarda eventuali mezzi istruttori non previsti dal diritto e non ache con riferimento alla possibilità d’introdurre nuove forme di acquisizione probatória o deroghe a quelle già esistenti» (*in ob. cit.*, p. 530). Acrescenta, depois, o mesmo Autor que tal exclusão da prova ilicitamente obtida, porque em derrogação do método de “aquisição” estabelecido por lei, harmoniza-se com a segunda parte da norma do art. 189 do CPPit, na medida em que esta obriga o juiz a ouvir as partes acerca do meio de obtenção da prova atípica a adoptar (*in ob. cit.*, p. 532). Recorrendo às ideias de RICCI, também MARINELLI afirma que «”innominata” è solo la prova a cui non corrisponda una categoria codificata, com esclusione pertanto di ipotesi di assunzione irrituale di un

substancial, pelo que o sistema penal de prova não pode ser interpretado apenas face ao que é ou não proibido, mas positivamente, através da legalidade, na medida em que assenta na tutela de direitos fundamentais<sup>110</sup> e em garantias de racionalidade e de controlo da prova. Assim, uma vez que o sistema processual penal, em geral, põe em causa os direitos e as garantias individuais, as soluções legais denotam já uma prévia ponderação de interesses e valores conflituantes, que o intérprete e o aplicador de direito não podem, simplesmente, ignorar – como, aliás, ficou patente no capítulo precedente. Entendemos, pois, que, embora não vigore um princípio de taxatividade no que aos meios probatórios diz respeito, vigora, quanto ao que está legalmente previsto, um princípio de tipicidade, no sentido em que os meios por lei regulados são-no em todas as suas componentes e variantes, não admitindo derrogações justificadas pelo princípio da liberdade de prova consagrado no art. 125 do CPP<sup>111</sup>.

Desta forma, a análise do art. 125 do CPP não se bastará com uma interpretação literal, dado que este preceito não se limita a (re)afirmar a exclusão de provas proibidas, nem a admitir a obtenção, produção e valoração de prova não prevista.

### **III.2. Legalidade da prova**

O princípio da legalidade «constitui a pedra angular de todo o sistema jurídico e especialmente do direito penal»<sup>112</sup>. Historicamente, é fruto das ideias iluministas, às quais foi conferida positividade aquando da Revolução Francesa e da consagração de garantias individuais<sup>113</sup>.

---

mezzo tipico di prova o di ricerca di prova» – in *Intercettazioni Processuali e Nuovi Mezzi di Ricerca della Prova*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, p. 112.

<sup>110</sup> Assim, MEDINA DE SEIÇA, loc. cit., p. 1408.

<sup>111</sup> Em sentido aproximado, no que à distinção entre os conceitos de tipicidade e taxatividade diz respeito, ORESTE DOMINIONI, in *La prova penale scientifica – gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2005, pp. 90 e ss. O Autor estabelece uma relação de dependência entre a tipicidade e a taxatividade, dado que esta última pressupõe a primeira; mas bem afirma que não se trata de uma relação recíproca.

<sup>112</sup> COBO DEL ROSAL *apud* URBANO CASTRILLO e TORRES MORATO, in ob. cit., p. 28.

<sup>113</sup> Cfr., neste sentido, FERNANDO FERNANDES, citando autores alemães, como WINFRIED HASSEMER e OTFRIED RANFT, in ob. cit., pp. 90.

Em sede processual penal, tem sido mais desenvolvido e discutido a propósito da actuação do MP, enquanto órgão de administração da justiça penal, por contraposição ao princípio da oportunidade<sup>114</sup>. Neste sentido, diz-se que a legalidade imposta aos juízos do MP (de prossecução do processo) tem como finalidade diminuir a discricionariedade daquele sujeito processual, a quem compete dirigir a fase de inquérito. Sendo estes juízos realizados por subsunção dos factos às normas legais, não só se evitam decisões arbitrárias, como também se tornam mais facilmente sindicáveis os actos do MP – seja por parte dos superiores hierárquicos, seja por parte do JIC.

A vigência do princípio da legalidade é, igualmente, «garantia de igualdade perante a lei (...) e é decerto factor de prevenção geral»<sup>115</sup>, que é não apenas fim das penas, mas da administração da justiça penal, em geral<sup>116</sup>. Ou seja, a legalidade, na medida em que proíbe o arbítrio do aplicador do direito e oferece confiança e segurança aos cidadãos visados, é, claramente, «instrumento de *garantia* atribuído ao cidadão»<sup>117</sup>. Por estas razões, ainda que se

---

<sup>114</sup> Por isso, a lei processual penal estabelece, expressamente, a obrigatoriedade de o MP abrir inquérito perante a notícia de crime, estando reunidos os pressupostos para o efeito (cfr. n.º 2 do art. 262 do CPP) – assim, mesmo quando a legitimidade do MP para este impulso processual inicial depende da apresentação de queixa do ofendido, ainda se está perante o cumprimento (estrito) da legalidade.

<sup>115</sup> CASTANHEIRA NEVES, in *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, edição processada por João Abrantes, 1968, p.35 . Também VITAL MOREIRA, numa declaração de voto de um conhecido aresto do TC, em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade do CPP – ac. n.º 7/87 –, defendeu que o MP deve exercer a acção penal segundo critérios de igualdade, entendendo, portanto, que o princípio da legalidade era (também) imposto pelo princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei (cfr. art. 13 da CRP) – cita este aresto, GERMANO MARQUES DA SILVA, in *Curso...*, vol. I, pp. 89 e 90.

<sup>116</sup> Assim, FIGUEIREDO DIAS, *apud* GUEDES VALENTE, *Processo Penal*, p. 210.

<sup>117</sup> FERNANDO FERNANDES, in *ob. cit.*, p. 90 [itálico no original]. Mais adiante o mesmo Autor assegura mesmo que «o princípio da legalidade pode ser concebido como o emblema do *garantismo* penal» e «passou a ser (...) expressão maior da garantia reservada pelo Estado às liberdades individuais, ancorado nos dogmas do modelo de Estado Democrático, do Estado de Direito, do princípio da determinação e do princípio da igualdade, devendo ser o legislador a criar as pré-condições para a actuação do Direito Penal, não deixando essa decisão para os órgãos de persecução de crimes no caso concreto» – in *ob. cit.*, p. 91 e 92, respectivamente [itálico no original].

Mesmo em sede processual civil, na doutrina italiana, MONTESANO e ARIETA defendem a tipicidade dos meios de prova, admitindo apenas os legalmente previstos, com base no direito de as partes saberem, previamente, a que prova podem recorrer, por um lado, e de que pode o juiz fazer uso, por outro – *apud* GIANCARLO MAERO,

verifiquem espaços de oportunidade (legalmente regulados e impostos pela prevenção especial que, também, norteia a administração da justiça<sup>118</sup>), o princípio da legalidade é, tradicionalmente, dominante no nosso sistema jurídico-penal<sup>119</sup> e vertente essencial do (super-)princípio do Estado de Direito Democrático<sup>120</sup>.

Em geral, no princípio da legalidade podem identificar-se duas vertentes: a conformidade à lei (positiva) e o respeito pela lei (negativa). Deste modo, ao se pretender afastar a arbitrariedade na promoção (e condução) do processo, a legalidade é garantia de segurança do cidadão, no que respeita à tramitação processual. Esta ideia tem, igualmente, nítida importância em sede de obtenção e produção de prova<sup>121</sup>, que demonstrará a existência ou não de factos criminalmente relevantes. Pode mesmo afirmar-se que a legalidade (de)limita o princípio do inquisitório e, conseqüentemente, a descoberta da verdade, tendo esta busca da verdade histórica de cumprir determinados trâmites legais e de respeitar valores fundamentais legalmente tutelados<sup>122</sup>. Deste modo, a vigência do princípio da legalidade não

---

*Le prove atipiche nel processo civile*, Milão, Casa Editrice Dott. António Milani, 2001, pp. 105-106. Saliente-se que, ao contrário do que já sucede no direito processual penal italiano, o processo civil não contempla uma explícita autorização normativa de admissibilidade de prova atípica, entendendo a doutrina e a jurisprudência, que defendem tal admissibilidade, que a mesma se pode retirar da inexistência de norma que caracteriza como taxativo o elenco dos meios de prova e, sobretudo, do direito à prova, constitucionalmente consagrado no art. 24 da Constituição italiana – cfr. LOMBARDO, “Profili delle prove civile atipiche”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, A. LXIII, n.º 4, Dicembre 2009, p. 1447.

<sup>118</sup> Neste sentido, GUEDES VALENTE, *Processo Penal*, pp. 219 e ss.

<sup>119</sup> Assim, JOSÉ GONÇALVES DA COSTA, in “Legalidade versus Oportunidade: legalidade atenuada, oportunidade regulada”, *Revista do Ministério Público*, ano 21, n.º 3, Jul.-Set. 2000, pp. 89-90.

<sup>120</sup> «(...) num Estado democrático-constitucional a lei parlamentar é, ainda, a expressão privilegiada do princípio democrático (daí a sua supremacia) e o instrumento mais apropriado e seguro para definir os regimes de certas matérias, sobretudo dos direitos fundamentais e da vertebração democrática do Estado (daí a reserva de lei)» – GOMES CANOTILHO, in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 256, numa afirmação proferida a propósito do princípio da legalidade da administração (como subprincípio concretizador do princípio do Estado de Direito), transponível, ainda assim, para a matéria tratada.

<sup>121</sup> O princípio da certeza (ou da segurança jurídica) é, aliás, o fundamento para a rejeição, por parte de FRANCESCO RICCI, do princípio da atipicidade dos meios de prova, em sede processual civil – *apud* GIANCARLO MAERO, ob. cit., pp. 6-7.

<sup>122</sup> Neste sentido, CASTANHEIRA NEVES, in ob. cit., p. 42.

se limitará à promoção da acção penal<sup>123</sup>, tendo especial relevância na obtenção e produção de prova em que se baseará a convicção do tribunal. É a própria jurisprudência a reconhecer que, em sede probatória, a “ingerência” das autoridades nos direitos fundamentais dos cidadãos deve, de acordo com o art. 8.º da CEDH respeitar «duas condições fundamentais: a legalidade e a sua necessidade face a interesses particularmente protegidos»<sup>124</sup>; e «o regime da legalidade da prova, enquanto “imperativo de integridade judiciária”, (...) vem (...) comprimir o princípio da livre apreciação da prova decorrente do art. 127.º, estabelecendo as correspondentes proibições de produção ou de valoração de prova»<sup>125</sup>.

### **III.2.1. A norma do art. 125 do CPP: admissibilidade de provas não proibidas**

Do ponto de vista das proibições de prova, BENJAMIM SILVA RODRIGUES identifica várias interpretações possíveis da norma do art. 125 do CPP<sup>126</sup>:

- i) Não admissão dos meios de prova expressamente proibidos por lei;
- ii) Não admissão dos meios de prova, expressa ou implicitamente, proibidos por lei;
- iii) Não admissão dos meios de prova que, ainda que não expressa ou implicitamente proibidos por lei, restrinjam direito fundamental tido, constitucionalmente, como inviolável, ou afectem, de forma insuportável, o seu núcleo essencial;
- iv) Não admissão dos meios de prova que não superem o “teste dos doze testes”<sup>127</sup>.

---

<sup>123</sup> Assim, GUEDES VALENTE, que reconhece como «guardiões do princípio da legalidade» a obrigatoriedade de fundamentação das decisões e o exame crítico da prova – *in Processo Penal*, p. 209.

<sup>124</sup> STJ, acórdão de 2/4/2008, proc. n.º 08P578, relatado por SANTOS CABRAL.

<sup>125</sup> TRP, acórdão de 22/9/2010, proc. n.º 125/08.4GAPRD.P1, relatado por JOAQUIM CORREIA GOMES.

<sup>126</sup> *In Da prova penal: novos métodos “científicos” de investigação criminal nas fronteiras das nossas crenças*, tomo VI, s.l., Rei dos Livros – Letras e Conceitos, 2011, p. 34.

<sup>127</sup> Esta teoria é desenvolvida por SILVA RODRIGUES, com o objectivo de estabelecer critérios de admissibilidade de novos métodos probatórios. Consistiria nas seguintes doze questões: «1) existe lei?; 2) existe lei e verifica-se a situação legalmente prevista por existir, *in casu*, “suspeita fundada”; 3) não existe lei: o novo método é de natureza “científica” ou “não científica”? (...) [para aferir desta natureza estabelecem-se outros testes de corroboração do teor científico: testibilidade, manutenção de *standards*, conhecimento de possibilidade de



Face à epígrafe do preceito em análise, o sentido a dar ao princípio da legalidade, nesta sede, será o de demarcar **procedimentalmente** os meios de prova legalmente previstos<sup>128</sup> e o de constituir parâmetro base da admissibilidade da prova. Ou seja, ainda que a norma prevista no art. 125 do CPP seja partidária da (liberdade de) prova atípica, tal liberdade tem determinadas condições de validade: o respeito pelos valores fundamentais legalmente garantidos, verdadeiros critérios da verdade *judicialmente* obtida (cfr. capítulo II)<sup>129</sup>. Tendo presente a máxima de interpretação da lei assente na presunção de que o legislador “consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em

---

margem de erro, aceitação da técnica pela comunidade científica internacional – cfr. *infra* ponto V.2]; 4) o novo método probatório contende com direito fundamental (...) inviolável e cuja restrição ou limitação não se encontra constitucionalmente prevista?; 5) o novo método probatório envolve procedimentos que configurem preenchimento de um ilícito-típico criminal?; 6) o novo método probatório não é susceptível de uma abertura total ou só parcial à investigação de alguma criminalidade?; 7) a admissibilidade de um novo método probatório é suportada pela necessidade de concordância prática entre os direitos fundamentais em “liça”?; 8) a admissibilidade do novo método probatório somente é configurável a partir de uma limitação temporal da medida?; 9) o novo método probatório, sendo científico, respeita os métodos científicos de conduta e “*chain of custody*” desde o momento da recolha até à preservação e valoração de tal tipo de prova?; 10) o novo método probatório possui, no seu formalismo, mecanismos de protecção do âmbito pessoal” imprescindível à afirmação da eminente dignidade da pessoa humana?; 11) o novo método probatório prevê a necessidade de proximidade temporal entre o momento autorizativo e o momento executivo?; 12) o novo método probatório respeita o princípio da proibição da transmigração da prova produzida em dado processo em curso para outro a instaurar ou já instaurado?» – *in ob. cit.*, tomo VI, pp. 35-36. Note-se que, no que aos meios ou métodos científicos de prova, ZAPPALÀ entende que só se poderão admitir aqueles que a ciência considere “seguros” ou capazes de produzir certeza (no original: «sicuri o capaci di produrre certeza») – *in Il principio di tassativita dei mezzi di prova nel processo penale*, Milano, Dott. A.Giuffrè Editore, 1982, p. 136. Da nossa parte, sem rejeitarmos por completo o trabalho de sistematização de critérios descrito, entendemos que aos juízos de admissibilidade, geral, de prova, assentes nas normas e princípios fundantes do nosso ordenamento, já explanados no capítulo II, acrescentam-se pressupostos de admissibilidade e de aquisição da prova atípica a desenvolver *infra*, capítulo IV.

<sup>128</sup> CASTANHEIRA NEVES enfatiza esta ideia de legalidade de prova, que apresenta como limite ao princípio da investigação – *apud* MEDINA DE SEIÇA, loc. cit., p. 1408.

<sup>129</sup> Assim, a propósito do CPP anterior, FIGUEIREDO DIAS havia afirmado que «o princípio segundo o qual só poderão utilizar-se os meios de prova admitidos em direito (art. 173 do CPP [de 1929]) constitua um limite ao princípio da investigação é ideia que [...] não poderemos aceitar. A legalidade dos meios de prova, bem como as regras gerais de produção de prova e as chamadas “proibições de prova” [...] são condições de validade processual da prova e, por isso mesmo, critérios da própria *verdade material*» – *in Direito Processual Penal*, 1.<sup>a</sup> Edição 1974, Coimbra, Coimbra Editora, 2004 (reimpressão), pp. 196-197.

termos adequados” (n.º 3 do art. 9.º do CC), acreditamos, pelo exposto, que faz todo o sentido que a epígrafe do referido preceito seja *legalidade da prova* e não *liberdade* ou *atipicidade da prova*, na medida em que o legislador ‘manda’, em primeiro lugar, interpretar o sistema probatório positivamente, consagrando a legalidade como critério essencial de admissibilidade da prova penal. Assim, como se verá, para salvaguarda dos direitos e liberdades fundamentais, bem como de valores fundantes como a segurança jurídica, em primeiro lugar o aplicador da lei processual penal terá de agir em conformidade ao normativamente estabelecido e, num segundo momento, poderá gozar da liberdade que lhe é conferida pela própria legalidade processual (que deriva, nunca esquecer, da constitucional)<sup>130</sup>. Ou seja, como se tem vindo a esclarecer, «o princípio geral da *livre recolha de provas*, (...) está sujeito à legalidade ou legitimidade das mesmas, impostas pela necessidade de travar a violação ou ofensa dos direitos e garantias constitucionais consagrados em benefício dos cidadãos.»<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> É possível observar vários momentos ou etapas de admissibilidade da prova atípica nas seguintes palavras de SILVA RODRIGUES (o que, aliás, completa o que já ficou expresso em todo o capítulo II): «(...) contrariando uma corrente doutrinária que assenta na errada compreensão do art. 125 do CPP, visto que retira da não proibição de um dado meio de obtenção da prova, imediata e automaticamente, a sua licitude, assim se esquecendo que, mesmo não se encontrando proibido, tal meio de obtenção poderá ser inadmissível por lesar, em alto grau, os direitos fundamentais, que, como é sabido, possuem um regime apertado de restringibilidade ou limitação, por força do disposto no art. 18, n.º 2, da CRP 1976». – *in ob. cit.*, tomo II, p. 325. Daí que venha, de seguida, a afastar a admissibilidade do *scanner corporal integral* como meio de prova ou de prevenção de criminalidade organizada e internacional, uma vez que «não existindo lei expressa, clara e precisa, a permitir tal meio de obtenção de prova, para efeitos de prevenção e de segurança no tráfego aéreo, tal não legitimará, sem mais, que tal meio gravoso de lesão da reserva da intimidade da vida privada pessoal e familiar possa ser admitido, conjuntamente com o acervo probatório que gera, ao nível do processo penal português.». Afirma o Autor, ademais, que haverá meios menos lesivos para a prossecução do mesmo objectivo (referindo-se ao princípio da necessidade e a «carência de “tutela investigatória”») do que tal meio, que afecta o direito à reserva da vida privada, podendo revelar «que o arguido tinha uma prótese, numa anca, que ninguém sabia e, a partir daí, todos sabem ou podem saber» – *in ob. cit.*, pp. 325-326. Em suma, SILVA RODRIGUES pretende reforçar a ideia de que o «facto de um dado método probatório não ser proibido [não significa] que ele será automaticamente admitido no processo penal português» – *in, ob. cit.*, tomo VI, p. 33.

<sup>131</sup> SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES, *in Código de Processo Penal anotado*, vol. I, 2.ª edição (reimpressão actualizada), Lisboa, Editora Rei dos Livros, 2003, p. 658. Desta interpretação da norma consagrada no preceito em análise, os Autores concluem que um tal princípio é «corolário lógico (...) [do princípio da] *legalidade das*

Em suma, a norma do art. 125 do CPP não se limita a afastar a utilização de métodos probatórios proibidos por lei, mas também não constitui uma simples regra de permissão de recurso a meios de prova não tipificados, procurando uma solução equilibrada pelos princípios fundantes do sistema probatório e ultrapassando a redutora dicotomia (simplista) taxatividade *versus* atipicidade da prova.

### III.2.2. A norma anterior: art. 173 do CPP '29

O CPP precedente continha uma norma de liberdade de prova semelhante: «O corpo de delito pode fazer-se por qualquer meio de prova admitido em direito». Apesar de o princípio de liberdade de prova que destas palavras se poderá retirar não diferir muito do explanado *infra* (cfr. ponto III.3), a propósito da norma do art. 125 do actual CPP, a interpretação doutrinária da época parecia ser mais limitativa. No entanto, algumas vezes da actual doutrina referem-se ao art. 125 do CPP como vindo «na esteira do direito anterior»<sup>132</sup>. Ainda assim, parece-nos que os meios de prova legais eram, no direito anterior, tidos, positivamente, como os meios previstos por lei (dada a utilização do termo ‘admitidos’ e não *admissíveis*); face ao direito vigente, a mesma expressão será interpretada no sentido de abranger todos os meios de prova admissíveis por lei, isto é, não proibidos por norma legal.

No que diz respeito à doutrina contemporânea do CPP '29, LUÍS OSÓRIO (BÁTISTA)<sup>133</sup> entendia que os meios de prova a que os aplicadores da lei poderiam recorrer eram os que estavam previstos na lei, porque esses seriam os admitidos no nosso direito, uma vez que o legislador não teve necessidade de admitir outros meios nem de limitar determinados meios à prova de certos factos – ao contrário do que ainda hoje sucede no processo civil (cfr. art. 393 do CC no que respeita às limitações da prova testemunhal) – embora pudesse haver,

---

*provas*, segundo o qual fica vedada a utilização de instrumentos probatórios que o legislador tenha considerado como ilegítimos» – *in ob. cit.*, p. 658.

<sup>132</sup> SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES, *in ob. cit.*, p. 659. Também GERMANO MARQUES DA SILVA afirma que o sistema do CPP '29 era já o de admitir todos os meios de prova que não forem proibidos – *in Curso...*, vol. II, p. 168. O mesmo é advogado por MAIA GONÇALVES, *in Código de Processo Penal Anotado – legislação complementar*, 17.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 344.

<sup>133</sup> *In Comentário ao Código de Processo Penal Português*, vol. 3.º, Coimbra, Coimbra Editora, 1932, p. 94.

pontualmente, limitação de prova relativamente a certos crimes<sup>134</sup>. Corrobora a nossa conclusão, de que a interpretação dada ao art. 173 do CPP '29 era a de admissão de quaisquer dos meios de prova legalmente previstos, o facto de LUÍS OSÓRIO elencar, na anotação ao preceito em análise, os meios de prova admitidos em direito, excluindo a “observação judicial imediata”, que a lei portuguesa, à data, não previa, ao contrário de outras legislações europeias (nomeadamente, a alemã)<sup>135</sup>.

Para CASTANHEIRA NEVES<sup>136</sup>, o princípio da prova livre estaria limitado à livre convicção probatória, na medida em que a liberdade de escolha dos meios de prova era limitada pela legalidade: são admissíveis os meios de prova legalmente admitidos, a produzir de acordo com os pressupostos e formalidades previstos. Aquela segunda liberdade parecia estar, portanto, limitada à escolha entre os meios de prova que a lei previa.

Consideramos, em conclusão, que a liberdade de prova, no sentido da não taxatividade dos meios probatórios, constitui uma novidade do CPP de'87, com franca inspiração no direito italiano.

### **III.2.3. Atipicidade, legalidade e demais princípios do processo penal**

Os princípios que estruturam o processo penal oferecem soluções normativas variadas, não formando um sistema harmonioso e lógico-coerente, mas antes proporcionam uma constante ponderação ou transacção entre os interesses e valores tutelados por cada um deles<sup>137</sup>. Importa, pois, ter presente que, tal como afirmou CASTANHEIRA NEVES, «cada um desses princípios será concretamente limitado pelos termos em que tiver sido também

---

<sup>134</sup> V. LUÍS OSÓRIO (BÁTISTA), ob. cit., p. 100, a respeito do crime de adultério, cuja limitação probatória já havia sido derogada; contudo, mantinha-se a limitação de prova relativamente aos *crimes contra a honra, difamação, calúnia e injúria* (Capítulo V do Título IV do Livro II do CP de 1886) – cfr. art. 408, n.º 2 do CP de 1886.

<sup>135</sup> Cfr. ob. cit., pp. 98-100. Também LAURENTINO DA SILVA ARAÚJO afirma, em anotação ao art. 173 do CPP '29, que «os meios de prova admitidos em direito são os referidos no artigo 2407.º do Código Civil relacionado com os artigos 527.º a 646.º do Código de Processo Civil», não parecendo ler aquela norma no sentido de se permitir a utilização de meios não expressamente previstos, mas legítimos porque não proibidos – *in Código de Processo Penal anotado e actualizado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1960, p. 232.

<sup>136</sup> Cfr. ob. cit., pp. 44, 51-52.

<sup>137</sup> Neste sentido, CASTANHEIRA NEVES, *in* ob. cit., p. 27.

conhecido o princípio oposto, [o que] nos previne contra o erro de se pretender realizar qualquer deles (a propósito de um problema concreto para o qual essa realização se invoque como critério) tal como o exigiria a sua admissão pura, i. é, aceitando-o plenamente e em todos os seus desenvolvimentos lógicos»<sup>138</sup>. Deste modo, todos os princípios fundamentais do processo penal, nesta sede confrontados, apresentam-se como auxiliares de interpretação imprescindíveis no problema que nos propomos tratar.

Para interpretar a norma contida no art. 125 do CPP não basta, como já aclarámos, afirmar que o desvio às formas típicas de obtenção e de produção de prova é admissível porque não proibido<sup>139</sup>. Toda a procedimentalização da actividade probatória possui razões de ser relevantíssimas – em poucas palavras: salvaguardar a eficaz e controlada descoberta da verdade e garantir liberdades e direitos fundamentais dos visados (incluindo o da igualdade perante a lei – objectivo do próprio princípio da legalidade, como se viu<sup>140</sup>). Ou seja, respondendo à interrogação de MEDINA DE SEIÇA<sup>141</sup>, as normas legais em matéria de prova não constituem meras sugestões que se poderão afastar com o argumento da não taxatividade dos meios de prova – «elas decorrem quer de exigências de carácter político (ou substancial) de salvaguarda de concretos direitos (sobretudo, de raiz constitucional), quer de razões epistemológicas (ou processuais), pelas quais se confere dignidade normativa a um conjunto de cânones de judicatura que o legislador entende não dever ser deixado ao cuidado deontológico do aplicador»<sup>142</sup>. Isto é, pelo positivado na lei (não só ordinária, mas

---

<sup>138</sup> *In ob. cit.*, p. 28.

<sup>139</sup> Sobre este raciocínio, veja-se MEDINA DE SEIÇA, *in loc. cit.*, sobretudo pp. 1400 e ss. – num estudo sobre reconhecimentos *atípicos*, em que o Autor critica a Jurisprudência que defende a inaplicabilidade dos procedimentos e garantias do art. 147 do CPP em sede de audiência de julgamento. O mesmo problema, no que ao direito italiano diz respeito, foi analisado por RICCI, *ob. cit.*, pp. 629 e ss. No entanto, este Autor italiano debruça-se mais sobre os reconhecimentos “atípicos” na fase preliminar, parecendo não levantar grandes questões em sede de audiência de julgamento, já que os mesmos seriam valorados no âmbito da prova testemunhal (*in ob. cit.*, p. 633). Sobre este tema, v., *infra*, ponto V.1.2.

<sup>140</sup> Nas palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA, «(...) o que se busca é a proibição do arbítrio como postulado da justiça material» – *in Curso...*, vol. I, p. 91.

<sup>141</sup> *In loc. cit.*, p. 1401.

<sup>142</sup> MEDINA DE SEIÇA, *in loc. cit.*, p. 1403, numa referência à Doutrina de GIULIO UBERTIS. Na doutrina processual civilista italiana, as vozes mais críticas da atipicidade da prova defendem, precisamente, que face à rigorosa e minuciosa regulamentação dos meios de prova (legais) não seria útil um princípio, no caso, não escrito, de admissibilidade de meios de prova não previstos na lei, ainda que depois venha a ser admitida prova

especialmente na fundamental) identifica-se o modo específico de tutela que, em determinado momento histórico, se quis salvaguardar. ENNIO AMODIO<sup>143</sup> garante mesmo que se pretendeu, no direito italiano, recuperar uma certa ideia de legalidade probatória ao se criar um livro inteiro do CPPit dedicado à prova, com a consagração de princípios fundamentais transversais a todo o direito de prova e com regras gerais de admissão – a nova sanção de *inutilizzabilità* que o CPPit (1988) previu é, para aquele Autor italiano, expressão dessa nova cultura de legalidade.

No entanto, o próprio direito italiano tomou um caminho intermédio<sup>144</sup> (não consagrando, sem mais, a liberdade de prova) ao admitir a prova atípica, desde que respeitados determinados pressupostos e condições. Para AMODIO<sup>145</sup>, esta é uma solução que, dentro do sistema de legalidade, flexibiliza o sistema probatório, permitindo a utilização de instrumentos de prova que o desenvolvimento tecnológico deslinde e que se revelem objectivamente atendíveis e sem capacidade para lesar (de modo inadmissível) a liberdade moral da pessoa humana (cfr. art. 189 do CPPit, adiante melhor analisado – cfr. *infra* IV.1.).

Cumprе salientar que o conceito de atipicidade no processo penal não pode ser confundido com o conceito de atipicidade no direito civil. Enquanto este tem como princípio basilar a autonomia privada, que permite às partes de um contrato, por exemplo, modificarem certo aspecto da regulação legal de um contrato típico, desviando-se da figura legalmente prevista e tornando atípico o contrato celebrado<sup>146</sup>; no processo penal, por força da permanente colisão com os direitos fundamentais<sup>147</sup>, vigora o princípio da legalidade (de

---

atípica, com elemento probatório de menor valor e eficácia – LASSERA, *apud* CAVALLONE, in “Critica della teoria delle prove atipiche”, *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, volume secondo, Università degli studi di Milano – Facoltà di Giurisprudenza, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 1333 e 1334.

<sup>143</sup> In “Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova : un approccio comparativo”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, Nuova serie, A.42, n.º. 1, Gennaio-Marzo 1999, pp. 5 e ss.

<sup>144</sup> Nas palavras, por nós traduzidas, de ENNIO AMODIO, *in loc. cit.*, p. 6.

<sup>145</sup> Cfr. *loc. cit.*, pp. 6-7.

<sup>146</sup> Neste sentido, veja-se MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I Parte Geral, Tomo I, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 472 e 473, onde se afirma que as partes de um contrato, ao abrigo da autonomia privada de que beneficiam na formação dos negócios jurídicos, podem utilizar elementos típicos, isto é, regulados pela lei, e atípicos, permitindo-o, expressamente, o art. 405 do CC.

<sup>147</sup> Sobre a colisão referida ensinou TERESA PIZARRO BELEZA, in *Apontamentos de Direito Processual Penal*, vol. I, Lisboa, AAFDL, 1992, p. 47.

alguma forma, garantia, também, de objectividade e de imparcialidade), pelo que a atipicidade apenas será admissível fora das malhas da lei. Assim, face aos interesses em jogo e à natureza publicista da tutela dos valores constitucionalmente consagrados<sup>148</sup>, o conceito de prova penal atípica que se pretende desenvolver é o consonante com o de prova inominada<sup>149</sup>. Isto é, o art. 125 do CPP transparece a abertura do sistema para a utilização de **prova não prevista**, desde que não proibida<sup>150</sup>. Neste sentido, seguimos GERMANO MARQUES DA SILVA, quando afirma que «a não tipicidade dos meios de prova que o art. 125 estabelece respeita apenas a meios de prova não previstos e a não tipicidade dos meios não pode significar liberdade relativamente aos meios já disciplinados»<sup>151</sup>.

---

<sup>148</sup> VICENZO PERCHIUNNO estabelece esta distinção entre os interesses tutelados no processo civil e no processo penal para afirmar a necessidade de os poderes do juiz na obtenção e na produção de prova serem também distintos, num e noutro processo – *in L'accertamento alternativo nel processo penale*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1980, p. 47.

<sup>149</sup> De salientar que no texto o termo 'inominada' é utilizado num sentido mais alargado do que o seu sentido próprio; isto é, mais do que prova "sem nome", pretende-se reforçar a ideia de ausência completa de regulação através do referido termo. Aliás, GIANCARLO MAERO, num estudo dedicado à atipicidade da prova no processo civil italiano, reconhece que os termos 'prova atípica' e 'prova inominada' são, para este efeito, sinónimos – cfr. ob. cit., pp. 5-6. Neste mesmo estudo, o Autor expõe a posição de vários nomes da doutrina processualista italiana, entre os quais CARNELUTTI, que, caracterizando a "prove innominate" como a prova "non espressamente regolate", afasta a inclusão, no conceito de prova atípica, da prova que se encontra legalmente prevista e regulada, mas cujos procedimentos ou finalidades não são respeitados, na medida em que, em caso de inobservância das garantias probatórias normativamente estabelecidas, teremos uma prova irregular e não atípica e, como tal, inutilizável na decisão final – ob. cit., pp. 15-16.

<sup>150</sup> Aliás, a própria epígrafe do art. 189 do CPPit é bastante explicativa deste sentido, referindo-se a «*Prove non disciplinate dalla legge*». MEDINA DE SEIÇA – *in loc. cit.*, pp. 1412-1413 – afirma que ao não se cumprirem os trâmites da prova por reconhecimento, em sede de audiência de julgamento, não se opta por uma prova atípica, mas contorna-se a disciplina probatória, o que representa «um desvio não permitido do figurino probatório previsto *expressis verbis*» (*in loc. cit.*, p. 1413) [cfr. a parte final do n.º 7 do art. 147 do CPP]. Partilha este entendimento GERMANO MARQUES DA SILVA, *in Curso...*, vol. II, p. 257. A este propósito adiante-se que o Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 137/2001, já havia declarado inconstitucional o art. 127 do CPP, por violar as garantias fundamentais do arguido (art. 32, n.º 1 da CRP), na interpretação segundo a qual o juiz pode livremente valorar o reconhecimento realizado sem respeito pelo procedimento do art. 147 do CPP, na medida em que o princípio da livre apreciação da prova não pode ser alargado a momentos anteriores do *iter* probatório para legitimar a valoração de prova viciada no momento da sua aquisição ou produção. Tema melhor analisado *infra*, no ponto V.1.2.

<sup>151</sup> *In ob. cit.*, vol. II, p. 199.

Por esta razão, PAULO DE SOUSA MENDES parece não reconhecer um verdadeiro princípio da não taxatividade dos meios de prova, dada a previsão legal de um catálogo de meios de prova típicos, que «inclui os respectivos regimes e não permite que sejam desrespeitadas as suas regras a fim de serem criados meios de prova aparentados, mas atípicos»<sup>152</sup>, não acreditando que possam vir a ser descobertos meios de prova completamente distintos dos nominados e (ainda assim) admissíveis.

Ora, tal como se aplicam determinados critérios de oportunidade no juízo de submissão do processo a julgamento, também em matéria probatória a legalidade não tem vigência estrita. Há, pois, que analisar, os espaços de liberdade e de discricionariedade que o legislador confere tendo em conta a procura da melhor solução para o caso concreto; ou, como melhor afirma GERMANO MARQUES DA SILVA, «para melhor realização da justiça no caso concreto, a lei pode atribuir aos órgãos a quem cabe a aplicação da lei o poder de escolher entre as várias medidas legalmente admissíveis a que lhe parece mais adequada»<sup>153</sup>.

Em suma, está vedado ao aplicador do direito afastar os procedimentos e formas probatórias, legalmente consagradas, com base no princípio da não taxatividade, dado que, nestes termos, existiria fraude à lei<sup>154</sup>. Ao invés, a atipicidade será princípio legítimo, respeitadas determinadas condições, para recorrer a meios de prova que não se encontrem, de todo, regulados pela lei, permitindo o legislador que se utilizem, nomeadamente, meios de aquisição de prova que o progresso tecnológico desvende<sup>155</sup>.

---

<sup>152</sup> PAULO DE SOUSA MENDES, *in loc. cit.*, p. 135. Na mesma linha de raciocínio parece estar CAVALLONE, afirmando ser praticamente impossível encontrar um modo de aquisição de prova diverso do catalogado, a não ser que se configure uma aplicação anómala da disciplina legal (num texto dedicado ao processo civil italiano) – *in* “Critica della teoria delle prove atipiche”, *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, volume secondo, Università degli studi di Milano – Facoltà di Giurisprudenza, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1979, p. 1351.

<sup>153</sup> *In Corso...*, vol. I, p. 91.

<sup>154</sup> Também assim, na doutrina italiana, SIRACUSANO, *in Diritto Processuale Penale*, vol. I, nuova ed., Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2004, pp. 323-324.

<sup>155</sup> Já no início do século XX EUGÉNIO FLORÍAN o afirmava, *in Delle Prove Penali*, vol. I, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1921-1924, p. 185. Para este Autor, o elenco dos meios de prova não era fechado, mas «puramente indicativo e dimostrativo» [p. 185]. No mesmo texto, FLORÍAN faz referência a outros Autores, como LESSONA, que parece negar a existência de um princípio da liberdade dos meios de prova, dizendo que «la fissazione dei mezzi di prova è compito esclusivo del legislatore» [p. 185, nota 1]. LESSONA, noutro texto e já no



### **III.3. Liberdade de prova**

A liberdade de prova traduz-se, no art. 125 do CPP, como a faculdade de recorrer a todos os meios de prova que, não sendo, por lei, proibidos, são admissíveis. Deste modo, no sentido mais tratado do princípio em análise, inexistente uma relação vinculada entre um determinado meio de prova e certo facto; ou seja, qualquer meio de prova, desde que admitido (ou admissível), pode ser utilizado para fazer prova dos factos objecto de investigação<sup>156</sup>. A liberdade de prova também significa que os meios de prova não se encontram hierarquizados (pelo menos do ponto de vista formal).

Note-se que a liberdade de prova que se pretende tratar é a respeitante à prova como meio e não à prova como resultado<sup>157</sup>. Esta última tem expressão na livre convicção do julgador em sede de apreciação da prova produzida, liberdade que está, actualmente,

---

campo do processo civil, reconhece que o Código de Processo Civil de 1865 não continha uma cláusula (expressa) de taxatividade dos meios de prova – *apud* GIAN FRANCO RICCI, *in ob. cit.*, p. 63.

Na doutrina espanhola, DÍAZ CABIALE, ao delimitar o conceito de prova penal dentro daquilo que o legislador considera como tal, entende que tal não prejudica a admissibilidade de outros meios de prova, por analogia, que o desenvolvimento tecnológico traga ao sistema de investigação criminal, concluindo, portanto, pela caracterização do sistema processual penal espanhol como sistema de «*numerus apertus* de medios de prueba» – *in ob. cit.*, p. 33.

<sup>156</sup> A descrença, no ponto anterior citada, de PAULO DE SOUSA MENDES face à atipicidade dos meios de prova, leva o Autor a reconhecer, em relação aos mesmos, somente a liberdade de seleccionar, dentro do catálogo de meios típicos, o mais adequado à prova dos factos do processo em questão – *in loc. cit.*, p. 136. Este parecia ser também o sentido atribuído, pela doutrina da época, à norma do art. 173 do CPP '29 – *cfr. supra* III.2.2.

<sup>157</sup> Importa, a este propósito destrinçar os vários sentidos técnicos de prova: o objecto da prova ou o *facto probando* é aquilo que se pretende demonstrar com a produção de prova; o meio de prova é o meio através do qual se procura demonstrar a realidade de um facto (podendo o meio de prova constituir um *facto probatório*, donde se retirará uma conclusão mais ou menos segura da realidade de determinado *facto probando*); o meio de obtenção de prova é todo o meio que permite aos aplicadores do direito ter acesso a meios de prova; o resultado probatório ou a valoração da prova constituem já a atribuição de significado aos factos probatórios, a apreciação dos meios de prova. Tal como afirma TERESA BRAVO, os meios de prova, permitem, pois, um contacto directo com os factos com base nos quais se formará a decisão, enquanto os meios de obtenção de prova não são, por si, “fontes de convencimento”, mas permitem o contacto com “realidades dotadas de aptidão probatória” – *in loc. cit.*, pp. 131 e 132.

consagrada no art. 127 do CPP<sup>158</sup>. Deve, pois, distinguir-se estes dois momentos autónomos do procedimento probatório – obtenção e valoração – para que não se confundam ou misturem as liberdades<sup>159</sup>. Aliás, se, por princípio, não existe prova legal ou tarifada em sede processual penal, surgindo a livre apreciação probatória como garantia de cabal descoberta da verdade *judicial*, a prova atípica será, sempre, tida como fonte de convencimento (seja fonte de prova, propriamente dita, seja modo de aquisição) do juiz e não enquanto resultado probatório.

Refira-se, apenas, que a prova moral surgiu, aquando da Revolução Francesa<sup>160</sup>, por oposição à prova legal (julgada, na altura, arbitrária)<sup>161</sup>, de forma a se adequar o

---

<sup>158</sup> Importa realçar que tal liberdade não deixa de ser dirigida à objectividade, referindo-se o legislador no preceito citado às regras de experiência comum e obrigando o sujeito processual que proceda à valoração da prova a fundamentar a sua decisão (cfr. n.º 5 do art. 97 e arts. 374, n.º 2 e 375, n.º 1, todos do CPP). Foi CASTANHEIRA NEVES que caracterizou esta liberdade como «*liberdade para a objectividade*», afirmando que «a exigência de objectividade é ela própria um *princípio de direito*» – *in ob. cit.*, pp. 47-48 [itálico no original]. Contudo, adiante o Autor salienta que esta objectividade não corresponde a um conceito de cientificidade pura, distinguindo os factos da «experiência humano-natural e histórica»; ou seja, a racionalização pretendida corresponde não à «dedução apodíctica, mas à fundamentação convincente para uma análoga experiência humana, e que se manifesta não em termos de *intelecção*, mas de *convicção*» – *in ob. cit.*, p. 49 [itálico no original]. Estas ideias vêm ao encontro da nossa rejeição, *supra*, do termo “verdade material” e, conseqüente, preferência pelo conceito de *verdade judicial*.

<sup>159</sup> FABRIZIO CORBI chama a atenção para a distinção entre estes dois momentos do procedimento probatório, para que não se confunda a livre apreciação da prova (como resultado) com a liberdade de meios de prova, para além dos legalmente previstos, numa época anterior à vigência do CPPit de 1988, cujo art. 189 consagrou o princípio da não taxatividade dos meios de prova – cfr. *La disciplina dell’ammissione della prova nel processo penale*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1975, pp. 15 e ss. Rejeitando a vigência de tal princípio no CPPit então vigente, o Autor advoga que o princípio da livre apreciação da prova, ainda que limitado pela exigência de fundamentação, tornar-se-ia “arbitrário se fosse acompanhado pelo princípio da não taxatividade dos meios de prova”, assumindo, assim, o princípio da taxatividade dos meios de prova um papel garantístico – *in ob. cit.*, p. 16 [tradução nossa].

<sup>160</sup> No direito português o sistema da prova livre foi implementado pelas Reformas Judiciárias da primeira metade do século XIX, no contexto da Revolução Liberal – cfr. FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p. 201. V., também, DÁ MESQUITA, *A Prova...*, pp. 69 e ss.

<sup>161</sup> Alguns Autores apontam, ainda, como crítica ao sistema de prova legal o facto de se alcançar com o mesmo uma verdade procedimental ou formal, não a verdade *real* – cfr. CARRASCOSA LOPEZ, BAUZA REILLY,

procedimento probatório às características do caso concreto, adaptando-se a valoração da prova ao julgamento do júri – símbolo da soberania popular e do primado da razão – e ao aparecimento de provas de carácter científico (que, de algum modo, diminuam a discricionariedade na apreciação das mesmas)<sup>162</sup>. O legislador processual penal de 1987 não afastou a utilização de regras de experiência na valoração da prova e, assim, na formação da convicção sobre a verdade dos factos (cfr. art. 127 do CPP)<sup>163</sup> – mas garantiu alguma segurança, diminuindo o arbítrio, ao consagrar modos de produção e obtenção de prova.

---

GONZALEZ AGUILAR, *El derecho de la prueba y la informatica: problematica y perspectivas*, Mérida, Universidad Nacional de Educacion a Distancia – Centro Regional de Extremadura, [s.d.], p. 21.

<sup>162</sup> FIGUEIREDO DIAS reconhece estes dois factores comuns à mudança de paradigma da prova legal para o da prova livre, quer no processo penal, quer no processo civil; contudo, quanto ao primeiro, a alteração foi, ainda, imposta pela «exigência de apreciação da *personalidade do delinquente*», prevista no então art. 84 do CP – *in ob. cit.*, pp. 200-201 (donde se retirou o excerto) [itálico no original].

<sup>163</sup> Acerca da livre apreciação da prova cumpre proceder a um breve excuro dedicado às excepções a este princípio, em que se acolherá o ensino oral de FREDERICO DA COSTA PINTO (na Disciplina de Processo Penal, ano lectivo 2009/2010, 1.º semestre, na Licenciatura em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa), afastando-se aquela que parece ser a posição de alguma doutrina, já explanada a propósito do direito anterior, por FIGUEIREDO DIAS, *in ob. cit.*, pp. 206 e ss. Autor que, no entanto, vai ao encontro do que ficará dito no que respeita à prova pericial – cfr. *ob. cit.*, pp. 209-210. Assim, têm sido identificadas determinadas excepções ao princípio da livre apreciação probatória que, na verdade, não constituem verdadeiras excepções ou excepções plenas e absolutas. No que ao auto de notícia diz respeito, trata-se de uma descrição dos factos criminalmente relevantes, presenciados pela pessoa que o lavrou; desta forma, o valor deste auto não poderá ser maior do que a descrição de factos indiciários, de modo semelhante ao da acusação, podendo esta ser substituída pela leitura do auto de notícia em sede de processo sumário. Ou seja, o auto de notícia tem um importante valor funcional, mas não possui qualquer valor probatório, na medida em que atribuir ao auto este valor equivaleria, nas palavras de FREDERICO DA COSTA PINTO, a uma presunção de culpabilidade do arguido que é inconstitucional e subverte todo o sistema de prova; pelo que relevante poderá (apenas) ser o depoimento da pessoa que lavrou o auto, em sede de prova testemunhal. Relativamente aos documentos autênticos, tem-lhes sido atribuído um valor probatório reforçado porque beneficiam de presunções de autenticidade e de veracidade (cfr. art. 169 do CPP); contudo, o que esta norma exige é uma especial investigação e fundamentação, para além da *verdade formal* contida no documento, de modo a colocar em causa a sua veracidade presumida – o que ainda é permitido pelos princípios da investigação e da livre convicção. Quanto à prova pericial, esta não se impõe como verdade irrefutável ao aplicador de direito, correspondendo a uma *verdade* técnico-científica cuja divergência deve ser fundamentada nos mesmos termos, isto é, com juízos de igual natureza, com carácter pericial ou técnico-científico. Desta forma, também a prova pericial não constitui excepção absoluta à livre convicção, mas exigência de especial fundamentação, sendo que o que está subtraído ao juízo de livre

O princípio da liberdade dos meios de prova nem sempre foi admitido, como forma de moderar ou reduzir a discricionariedade do julgador, que, na Idade Média e durante o absolutismo, só podia dar como provados os factos submetidos a julgamento através das provas previstas e reguladas por lei. O princípio segundo o qual existe um *numerus clausus* de meios de prova denomina-se princípio da prova legal ou da prova tarifada, conquanto seja esta (também) a denominação do sistema em que não há livre valoração ou apreciação da prova, estabelecendo a lei o valor de determinados meios de prova<sup>164</sup>.

Deste modo, houve, no processo penal moderno, uma dupla ruptura com o sistema de prova legal: por um lado, deixou de se impor valor probatório a determinados meios de prova, baseando-se a valoração da prova na livre apreciação do julgador, formada através de regras lógicas e de experiência comum; por outro lado, abriu-se o elenco legal de meios probatórios aos novos métodos e instrumentos (técnico-científicos) que, eventualmente, surjam na sociedade em constante evolução<sup>165</sup>. Actualmente, veda-se uma actuação arbitrária na justiça penal, quer através da legalidade acima explanada, quer por força da obrigatoriedade de fundamentação das decisões e da possibilidade de recurso das mesmas (incluindo as de facto).

Como facilmente se retira do que ficou expresso nos pontos precedentes, a liberdade de prova existe dentro do princípio da legalidade. Isto é, por princípio, todos os meios de prova que não forem proibidos são admitidos, mesmo que não tipificados. No entanto, ainda que a lei não preveja uma tipologia fechada de meios de prova, a partir do momento em que o legislador regula determinado meio de prova, faz com que se apliquem os trâmites previstos – a liberdade de prova não poderá subverter a legalidade de prova.

---

apreciação do tribunal é o juízo técnico-científico e não os pressupostos em que o mesmo assenta. Acrescente-se que só poderia haver relação de regra-excepção se os juízos em causa estivessem no mesmo plano – o que não acontece: a tecnicidade da perícia distancia-se dos juízos de experiência comum em que a livre apreciação se baseia. Também na confissão a excepção ao princípio da livre apreciação é apenas aparente, já que o tribunal pode duvidar do carácter livre da confissão (sem que haja presunção para ilidir), nos termos do disposto na al. b) do n.º 3 do art. 344 do CPP, e a confissão não beneficiar do (especial) valor probatório que levaria à renúncia de produção de prova adicional.

<sup>164</sup> Sobre estes conceitos e a demarcação histórica da vigência do princípio da liberdade dos meios de prova, v. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...*, vol. II, p. 168.

<sup>165</sup> Assim, ORESTE DOMINIONI, *in ob. cit.*, p. 33.

### III.3.1. Direito à prova

Na análise da liberdade de prova, não se deve olvidar o direito à prova<sup>166</sup>, na medida em que a participação activa dos sujeitos processuais na produção de prova e a possibilidade de a requerer influencia (ou pode influenciar) quer a escolha, prévia, do meio de prova, quer o resultado probatório.

O direito à prova é direito constitucionalmente tutelado como parte integrante do direito a tutela jurisdicional efectiva<sup>167</sup> e relaciona-se, igualmente, em sede processual penal, com a presunção de inocência do arguido<sup>168</sup>. Assim, do ponto de vista do arguido, o direito à prova é elemento essencial das suas garantias de defesa (cfr. art. 32, n.º 1 da CRP), na medida em que estas representam «todos os meios que em concreto se mostrem necessários para que o arguido se faça ouvir pelo juiz sobre as provas e razões que apresenta em ordem a defender-se da acusação que lhe é movida»<sup>169</sup>. Do lado da acusação, o ‘direito à prova’ é resultado da vigência do princípio da presunção de inocência: para ilidir esta presunção, terá de se fazer prova de factos que incriminem o arguido, caso contrário, a consequência da falta de prova de tais factos será a absolvição.

Num primeiro plano, o direito à prova apresenta-se como o direito de requerer a admissão de determinada prova, ou seja, como um direito de iniciativa de prova. Num segundo momento, como direito de ver a prova requerida produzida no processo, se admitida; isto é, após a mencionada iniciativa, constitui-se o direito a obter resposta fundamentada ao requerimento de prova apresentado<sup>170</sup>.

---

<sup>166</sup> Para SILVA RODRIGUES, o direito à prova é, precisamente, um direito instrumental, «com vista à realização do interesse material das pessoas, daí que se torne ilegítima a prova obtida, mediante lesão dos direitos fundamentais da pessoa» – *in ob. cit.*, tomo I, pp. 112 e 113.

<sup>167</sup> Assim, NUNO LEMOS JORGE, *in* “Direito à prova: brevíssimo roteiro jurisprudencial”, *Julgare*, ed. ASJP, n.º 6, Set.-Dez. 2008, pp. 99 e ss. O Autor baseia a sua análise, essencialmente, na jurisprudência do TC, nomeadamente no ac. n.º 646/2006, onde se afirma que «o direito de acesso à justiça comporta indiscutivelmente o direito à produção de prova» – *in loc. cit.*, p. 100.

<sup>168</sup> «Na perspectiva do arguido o direito à prova é uma consequência do seu direito de defesa (...); e na da acusação é também uma consequência do princípio da presunção de inocência, já que se não for afastada a presunção, o arguido deverá ser absolvido, por falta de prova da acusação» – GERMANO MARQUES DA SILVA, *in Curso...*, vol. II, p. 164, citando (também) ANTÓNIO MAGALHÃES GOMES FILHO.

<sup>169</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *in Constituição...*, p.354, em anotação ao art. 32.

<sup>170</sup> V., sobre estes dois primeiros momentos do exercício do direito à prova, VITTORIO GREVI, *in* “Prove”, CONSO e GREVI, *Compendio...*, p. 299. Também SILVA RODRIGUES inclui no direito fundamental à prova: o

O direito à prova deve, também, ser inserido na lógica de contraditório em que o nosso sistema processual penal assenta, mormente na fase de julgamento, em relação à qual é constitucionalmente consagrado o princípio do contraditório (art. 32, n.º 5 da CRP – cfr. arts. 323, f) e 327, n.º 2 do CPP)<sup>171</sup>. Deste modo, assegura-se um direito de *contraprova* ao se permitir que o arguido, depois de conhecer os meios de prova em que se baseou a acusação e que o MP e/ou o assistente indicaram, ofereça os meios que permitam contrariar a versão dos factos apresentada pela acusação, assim querendo (cfr. art. 315 do CPP). Ou seja, o direito à prova contraditória implica que acusação e defesa possam apresentar provas que estejam em contradição (ou melhor, sobre os mesmos factos)<sup>172</sup>, devendo as mesmas ser apreciadas, para que a decisão final tenha em conta as várias hipóteses fácticas levantadas. O contraditório inerente ao direito em análise é, igualmente, assegurado pela participação na produção de prova, manifestando-se de forma mais evidente na prova por declarações do arguido (n.º 2 do art. 345 do CPP) e na prova testemunhal (n.º 4 do art. 348 – cfr. também n.º 4 do art. 146, ambos do CPP), mas também na prova documental (cfr. n.º 2 do art. 165 do CPP) e na pericial (cfr. n.º 1 do art. 155, n.º 1 do art. 157, n.º 1 do art. 158 e n.º 1 do art. 350, todos do CPP). Para que, na produção das referidas provas, haja verdadeiro debate e controlo das provas oferecidas ou oficiosamente decretadas, a lei processual penal consagra os princípios

---

direito a propor prova; o direito a que a prova pertinente proposta seja admitida e, caso o não seja, a uma não admissão motivada, fundada e não arbitrária; bem como o direito a praticar a prova admitida – *in ob. cit.*, tomo I, p. 112 (nota104)

<sup>171</sup> O princípio do contraditório pode considerar-se como corolário fundamental da estrutura acusatória do processo – assim GUEDES VALENTE, *in Processo Penal*, p. 123. ÁLVARO RODRIGUES, a propósito dos direitos de defesa do arguido, afirma que este princípio é verdadeira “*regula áurea*” do processo penal – *in loc. cit.*, p. 177. É, de facto, da mais elevada importância o respeito pelo contraditório em sede probatória, na medida em que do debate das várias posições e interesses presentes poderá resultar uma mais esclarecida e eficaz procura da verdade. Acrescente-se que o princípio do contraditório, na medida em que atribui aos diversos sujeitos processuais o direito de ser esclarecido e de apresentar os seus ‘esclarecimentos’ – em suma, o direito de influenciar a decisão final –, é dimensão fundamental do direito a um processo equitativo – cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito...*, p. 501.

<sup>172</sup> A esta faculdade GERMANO MARQUES DA SILVA denomina *contraditório para a prova* para o distinguir do *contraditório sobre a prova*, que consiste no debate sobre a prova analisada e produzida em audiência – cfr. *Curso...*, vol. II, p. 193.

da imediação (art. 355 do CPP), da oralidade e da publicidade (art. 321 do CPP)<sup>173</sup>. Por fim, o contraditório é exercido no que ao resultado probatório diz respeito, em sede de alegações orais contraditórias (art. 360 do CPP). A relevância do exercício do contraditório no procedimento probatório é manifestada pela proibição de a condenação ter como fundamento «elementos de prova que não tenham sido discutidos em audiência»<sup>174</sup>.

Importa salientar que o exercício do (ou o respeito pelo) direito à prova tem como limites a necessidade, a adequação e a possibilidade de obter a prova, bem como a legalidade, não sendo admitidas nem provas nulas nem provas proibidas<sup>175</sup>. Deste modo, os requerimentos de produção de prova e a própria participação activa na mesma serão

---

<sup>173</sup> GUEDES VALENTE considera os princípios elencados, bem como a exigência de fundamentação das decisões judiciais, corolários do princípio do contraditório, já que garantem a sua efectividade – cfr. *Processo Penal*, pp. 134 e ss.

<sup>174</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *in Curso...*, vol. II, p. 192.

<sup>175</sup> SILVA RODRIGUES aponta, neste sentido, como limites processuais do direito de prova a proibição de obtenção ilícita de prova, a sua pertinência e utilidade, assim como a inexistência de prova legal (caso se trate de requerimento de prova atípica) e o respeito pela legalidade do procedimento probatório – cfr. *ob. cit.*, tomo I, p. 112 (nota 104), isto porque, como já se explicitou *supra*, o «direito fundamental à prova depende do culto da verdade, por parte dos juízes, nos processos judiciais e envolve vários âmbitos da vida das pessoas, do seu corpo, da sua intimidade e das suas vidas sociais» – *ibidem*, p. 111.

O TCesp, na já referida decisão n.º 114/1984, de 29 de Novembro, afirma de modo inequívoco que «no existe un derecho fundamental autónomo a la recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico» – aresto citado por PAZ RUBIO, *in La prueba en el proceso penal*, Madrid, [s.n.] 1992, p. 204. Por outro lado, acrescenta-se que «aunque que no exista un derecho autónomo a impedir que se admitan pruebas con contenido antijurídico, parece claro que sí existe un derecho a excluir aquélas que se obtuvieron con vulneración de un derecho fundamental», sendo esta «una garantía objectiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales» e não, propriamente, um direito fundamental – GONZALÉZ MONTES, *in “Nuevas reflexiones sobre la prueba ilícita”, Primeras Jornadas sobre problemas actuales de la justicia penal*, Granada, Universidad de Granada, d.l. 1994, pp. 97-98, expondo a posição assumida pelo TCesp no supramencionado aresto. Autor que não vê com tanta clareza a enunciada distinção entre direito fundamental e garantia objectiva de exclusão de provas ilícitas, uma vez que a própria Constituição consagra direitos fundamentais com essa dupla vertente: enquanto direitos subjectivos e enquanto garantias ou mandados que o legislador ordinário terá de garantir ou cumprir – citando, para o efeito, BAÑO LEÓN. Já DÍAZ CABIALE vê como garantia objectiva e não como direito subjectivo «la exigência de que no se empleen medios de prueba ilícitamente obtenidos en cuanto que vulneraron un derecho fundamemntal», acolhendo a posição do TCesp – *in ob. cit.*, pp. 11-12.

rejeitados caso não se verifiquem os pressupostos de admissibilidade, de pertinência<sup>176</sup> e de utilidade<sup>177</sup> (para a boa decisão da causa) – cfr. art. 340 do CPP<sup>178</sup>. O que acaba de ser dito vale, fundamentalmente, na fase de julgamento, pois na fase de inquérito cabe ao MP decidir

---

<sup>176</sup> O direito espanhol consagra, expressamente, no art. 24, n.º 2 da sua Constituição direito de “utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”, entendendo a doutrina que «la declaración de pertinência de las pruebas es de exclusiva competência de los tribunales», não sendo a prova admitida se não se mostrar adequada à «cuestión debatida» – GOMEZ DE LIAÑO, in *El Proceso Penal*, Gijon, Gráficas Apel, 1987, p. 341. O mesmo Autor aponta para a distinção, operada pelo TCesp, entre o juízo de pertinência da prova, relativamente aos factos objecto do processo, e o juízo de necessidade e de utilidade dessa mesma prova – in ob. cit., p. 342. Em relação à densificação do conceito de “meios de prova pertinentes”, DÍAZ CABIALE chama a atenção para a delimitação da essência deste direito fundamental para se evitar que a utilização do mesmo como meio dilatatório do normal andamento do processo, definindo como a idoneidade de os meios provarem os factos objecto de prova. Este Autor recorre, igualmente, à análise da jurisprudência quer do TCesp, que, formulando um conceito restrito de pertinência, leva a que se tenham em conta outros critérios de admissibilidade da prova, como a licitude, a possibilidade e a relevância ou a necessidade, que daquela se distinguem; quer do Supremo, que distingue a pertinência objectiva da funcional, relacionando a primeira a prova e os factos objecto do processo e avaliando a segunda o carácter necessário e decisivo da prova face ao objecto e à decisão – in ob. cit., pp. 49 e ss.

Também na doutrina italiana se refere a relevância e pertinência da prova, face ao *thema probandum*, como condição de exercício do direito à prova, prevendo o § 1.º do art. 190 do CPPit, expressamente, a não admissão da prova pela “parte” requerida caso seja manifestamente “superflue o irrilevanti” – cfr., entre outros, CONSO e GREVI, *Profili del Nuovo Codice di Procedura Penale*, 4ª. ed., Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996, p. 243.

<sup>177</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA aponta como razões de não admissão ou produção de prova apresentada pela defesa e pela acusação «a sua *inadmissibilidade, irrelevância ou superfluidade, inadequação, inobtmabilidade* ou por ser meramente *dilatória*», fazendo referência à obra de BLANCA GESTO ALONSO, *La pertinência y utilidad de las pruebas*, Pamplona, 1991 – in *Curso...*, vol. II, p. 165 [itálico no original]. Estes limites decorrem, fundamentalmente, do princípio da legalidade e, em alguma medida, da necessidade de celeridade processual – o que poderá levar a indeferimentos de prova ‘precipitados’ ou motivados pelo elevado número de processos que o julgador tem para resolver, como bem nota o Autor citado – *ibidem*, p. 166.

<sup>178</sup> A norma citada diz respeito à fase de julgamento, mais precisamente, à disciplina da prova em sede de audiência de julgamento; no entanto, os referidos limites norteiam o juízo de admissibilidade da prova em todo o processo, seja qual for a fase em que o mesmo se encontra – neste sentido, GREVI, in *Compendio...* (em co-autoria com CONSO), p. 302. Saliente-se, contudo, que o Autor refere-se ao art. 190 do CPPit, cuja localização sistemática vai ao encontro de tal conclusão.



que prova pode fundamentar a submissão a julgamento<sup>179</sup> e na instrução o exercício deste direito à prova é condicionado pela finalidade deste ‘momento processual’: sindicar a decisão do MP de submeter ou não a causa a julgamento (cfr. n.º 3 do art. 301 do CPP). Ou seja, nestas fases processuais, para além daqueles limites legalmente previstos, os magistrados beneficiam, na apreciação de eventuais requerimentos probatórios, de maior margem de discricionariedade (cfr. arts. 267 e 291, ambos do CPP).

### III.3.2. Princípio da investigação

Por outro lado, no nosso processo de estrutura acusatória temperado pelo princípio da investigação, o tribunal não se limita a fazer uso dos meios de prova indicados pela acusação ou pela defesa – é sujeito activo na procura da verdade *judicial* e controla a intervenção dos demais sujeitos processuais, enquanto garante da legalidade e da necessidade (cfr. art. 340 do CPP), assim como dos direitos e liberdades fundamentais. HASSEMER, a propósito do princípio da *verdade material*, salienta que o princípio ético-jurídico que impõe o dever de investigação constitui a diferença básica entre a investigação processual penal e as ciências empíricas, no plano da indagação da verdade – depois de reconhecer uma aproximação entre a prova processual penal e as ditas ciências, por força da subordinação daquela à

---

<sup>179</sup> Note-se que o monopólio (acreditamos não exagerar na expressão utilizada) do MP na escolha da prova que fundamenta a decisão final do inquérito tem razões de eficácia e de salvaguarda da investigação, dentro dos limites legais (que incluem critérios de admissibilidade de prova, como se tem vindo a demonstrar), geralmente reconhecidas (daí a possibilidade de a mesma decorrer sob segredo de justiça, quando o conhecimento dos procedimentos probatórios a realizar possa perigar a conservação da prova, necessariamente produzida ou analisada em sede de julgamento) – cfr., neste sentido, GUEDES VALENTE, *in Processo Penal*, pp. 128 e 129. Apesar de o MP, em sede de inquérito, possuir o poder discricionário de não aceitar a prova sugerida, o arguido não deixa de ter o direito de requerer a realização de diligências probatórias [art. 61, n.º1, g) do CPP] – direito de que também beneficia o assistente [cfr. 69, n.º 2, a) do CPP] –; ao arguido assiste, ainda, o direito de apresentar exposições, memoriais ou quaisquer requerimentos (em qualquer fase do processo), que serão sempre integrados nos autos (cfr. art. 98, n.º1 do CPP); aos restantes participantes assiste direito semelhante, nos termos do n.º 2 do mesmo preceito.

A propósito do art.190 do CPPit, CONSO e GREVI afirmam que esta norma que consagra o direito à prova não se circunscreve à fase de julgamento, aplicando-se, pela própria inserção sistemática, às restantes fases do processo, com as adaptações inerentes à natureza e finalidade de cada fase – cfr. *Profili...*, pp. 244-245.

racionalidade empírica<sup>180</sup>. É, portanto, esta *nuance* de investigação da verdade num processo de estrutura acusatória que harmoniza a «concepção personalista do direito e democrática do Estado»<sup>181</sup>, de que o princípio do acusatório é expressão, com a procura de uma decisão *materialmente* verdadeira e *tendencialmente* justa<sup>182</sup>.

Ora, se no processo civil a função do juiz é, sobretudo, a composição do conflito/litígio que lhe é apresentado pelas partes, no processo penal está (directamente) em causa a liberdade do arguido, pelo que a busca pela verdade *judicialmente objectiva* assume uma importância, do ponto de vista da justiça da decisão, algo superior<sup>183</sup>. No plano processual penal, a justiça da decisão, através de uma correcta correspondência entre a prova dos factos e a realidade objectiva dos mesmos, é, pois, relevante não só para garantia do respeito pela liberdade dos cidadãos, mas também para a eficaz perseguição criminal – essencial para o restabelecimento da paz jurídica na comunidade atingida pelo ilícito criminal.

O princípio da liberdade dos meios de prova e, conseqüentemente, a admissibilidade de meios de prova atípicos relacionar-se-ão, portanto, intimamente, com a procura de uma verdade que não seja *ficcionada* ou *meramente formal*<sup>184</sup>.

A este propósito, note-se que num sistema acusatório<sup>185</sup> (puro) o juiz não tem a liberdade acima descrita de escolher um determinado meio de obtenção de prova e, conseqüentemente, um certo meio de prova na investigação dos factos objecto do processo, mas está limitado à valoração dos meios probatórios promovidos pela acusação e pela

---

<sup>180</sup> *In ob. cit.*, pp. 179 e ss.

<sup>181</sup> RODRIGUES MAXIMIANO, *in loc. cit.*, p. 122.

<sup>182</sup> Daí a nossa concordância com a seguinte asserção de DÁ MESQUITA: «o princípio da investigação não é um produto da epistemologia, mas expressão de um modelo jurídico, político e cultural, através da qual os operadores do sistema compreendem o processo criminal e a sua função no mesmo, uma *estrutura de interpretação e significado*.» – *in A Prova...*, p. 263 [itálico no original].

<sup>183</sup> Neste sentido, RICCI, *ob. cit.*, pp. 162 e ss. – Autor que chega a referir que, em sede processual civil, a realidade objectiva dos factos provados em tribunal é eventual.

<sup>184</sup> Cfr. ZAPPALÀ, *ob. cit.*, pp. 116 e ss, sendo o princípio da *ricerca della verità materiale*, para aquele Autor, um princípio fundamental no sistema probatório, do qual derivam outros, nomeadamente o princípio da livre apreciação probatória.

<sup>185</sup> Sistema que apenas se consolidou nas primeiras reformas da primeira metade do século XIX – assim, CAVALEIRO DE FERREIRA, *in Curso de Processo Penal*, vol. I, Lisboa, Editora Danúbio, 1986, p. 24.

defesa<sup>186</sup>. No sistema inquisitório, pelo contrário, o juiz valora a prova que o mesmo elegeu, admitiu e fez produzir, no seio de uma “busca da verdade” que o mesmo dirigiu<sup>187</sup>.

No nosso sistema, permitindo-se a intervenção dos restantes sujeitos processuais (em maior ou maior medida, de acordo com a fase em que se encontre o processo), ainda que sob o controlo judicial, sobretudo em sede de admissão, não há, verdadeiramente, uma matriz acusatória, no plano da prova, face à vigência da liberdade acima descrita e do princípio da investigação, exigência da descoberta da verdade<sup>188</sup> *judicial* – cujo ‘actor principal’ deve ser aquele que em melhor posição se encontra para garantir o respeito pelos direitos e interesses fundamentais em causa, num processo em que a igualdade prática entre os sujeitos processuais não é, na grande maioria dos casos, uma realidade. Saliente-se, ainda assim, que o facto de vigorar o princípio de investigação, que atribui ao julgador o poder-dever de investigar, oficiosamente, os factos trazidos a julgamento<sup>189</sup>, não é incompatível com uma estrutura processual penal, essencialmente, acusatória – a comprová-lo estão os limites estabelecidos pelo princípio da legalidade e os relativos à alteração (substancial) do objecto

---

<sup>186</sup> Como resultado do domínio de um *princípio de contradição ou de discussão*, segundo o qual cabe às partes a introdução dos elementos de facto em que se baseará a decisão judicial, têm estas uma certa *auto-responsabilidade probatória*, que, por sua vez, poderá levar a que se chegue, simplesmente, à *verdade formal* e não à tão aclamada *verdade material* – assim, FIGUEIREDO DIAS, *in ob. cit.*, pp. 188-189. Este *princípio de discussão* é, tradicionalmente, associado a um sistema de prova tarifada, isto é, de valoração da prova segundo critérios legalmente estabelecidos – conforme salienta FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p. 198.

<sup>187</sup> Estabelece esta distinção, a respeito do *accertamento alternativo*, VICENZO PERCHIUNNO, *ob. cit.*, pp. 48-49. Também a faz GERMANO MARQUES DA SILVA, *in Curso...*, vol. II, p. 164. Na doutrina espanhola encontramos a distinção entre os tipos de procedimento relativamente às características estruturais do processo em CARRASCOSA LOPEZ, BAUZA REILLY, GONZALEZ AGUILAR, *ob. cit.*, pp. 19 e ss. Em síntese, «enquanto o inquisitório exprime uma confiança na bondade do poder e na sua capacidade de alcançar a verdade, o acusatório deriva de uma desconfiança no poder enquanto fonte autónoma de verdade» (DÁ MESQUITA, *in A prova...*, p. 244, fazendo referência à doutrina de FERRAJOLI e de WEIGEND).

<sup>188</sup> Daí o princípio da *verdade material* ter origem no modelo inquisitório, em que o processo se concentrava na audiência, onde se julgava, mas antes, se investigavam os factos – cfr. CAVALEIRO DE FERREIRA, *ob. cit.*, p. 24. Ainda assim, como bem afirma FIGUEIREDO DIAS, tal não implica que se esteja perante um modelo inquisitório, mas (simplesmente) que a vigência do princípio da investigação altera o papel do juiz na descoberta da verdade, tornando-se activo – cfr. *ob. cit.*, pp. 191-192.

<sup>189</sup> Note-se que este é princípio vigente em todas as fases do processo penal, mas com maior relevância em sede de julgamento, dada a natureza indiciária da prova anteriormente produzida.

do processo (cfr., sobre tudo, art. 359 do CPP). Consideramos, aliás, que o princípio da investigação é peça essencial do nosso sistema probatório, enquanto poder-dever de procurar todos os esclarecimentos que forem necessários à boa decisão da causa.

Desta forma, beneficiamos quer da contribuição de todos os sujeitos processuais para a descoberta da verdade, alargando-se, assim, as hipóteses sob ‘investigação’, quer do “controlo de salvaguarda” do magistrado judicial (investido, tal como o magistrado do MP, no poder-dever de investigação oficiosa da factualidade objecto do processo) – o que contribui para uma melhor prossecução da verdade e para uma decisão (mais) justa<sup>190</sup>. Se assim não fosse, maior seria o perigo da procura da *verdade absoluta* a todo o custo.

Fica, pois, demonstrado que a nossa estrutura acusatória mitigada pelo princípio da investigação é aquela que melhor pondera e harmoniza os direitos e interesses em permanente conflito em sede processual penal<sup>191</sup>. Se um sistema de partes é apto a gerar desigualdades, o princípio orientador do inquisitório (a procura da *verdade material*) justificou as maiores ofensas a direitos e liberdades fundamentais. Acrescente-se que, em abstracto, «nem um nem outro destes modelos possui menor legitimidade para se reivindicar de expressão processual penal própria do Estado de Direito ou de via aceitável de operar a indispensável concordância prática entre finalidades processuais inevitavelmente conflituantes»<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> Assim, GERMANO MARQUES DA SILVA, *in Curso...*, vol. II, p. 159.

<sup>191</sup> Neste sentido, GUEDES VALENTE afirma: «só um processo penal de estrutura acusatória mitigado com o princípio da investigação pôde, já no séc. XX, concretizar as garantias processuais reais próprias de um Estado de direito democrático» – *in Processo Penal*, p. 62. Acrescente-se, no sentido do que se expressou *supra*, que MIREILLE DEMAS-MARTY já havia assegurado que o sistema processual penal português «reteve o melhor de cada tradição», na medida em que consagrou o princípio acusatório na Constituição, preservando, simultaneamente, «o melhor da tradição continental» – *in* “A caminho de um modelo europeu de processo penal”, *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 9, fascículo 2.º, Abril – Junho 1999, p. 231.

<sup>192</sup> FIGUEIREDO DIAS, *in* “Princípios...”, p. 25. As finalidades a que o Autor se refere são, em síntese, a realização da justiça, a descoberta da verdade, a protecção de direitos fundamentais dos cidadãos e o restabelecimento da paz jurídica comunitária (cfr. loc. cit., pp. 23-24).

## IV. Admissibilidade de meios atípicos de prova

*«Esses novos meios tecnológicos têm de ser utilizados de acordo com os princípios que norteiam o processo penal moderno que consigna a promoção da liberdade, da responsabilidade individual e colectiva, da solidariedade e, sobretudo, da dignidade humana.»<sup>193</sup>*

O princípio da liberdade de prova ou da sua não taxatividade, que se retira da análise do art. 125 do CPP, encontra-se limitado por determinados pressupostos e condições de admissibilidade da prova atípica, nomeadamente por força da vigência do princípio da legalidade e da sua importância no actual contexto de Estado de Direito Democrático. Desde logo, o respeito pelos direitos fundamentais, cujo núcleo essencial constitui, como se viu *supra* (II), verdadeiro limite à descoberta da verdade. Nestes termos, não se aceita a ideia de que a admissibilidade de prova não prevista na lei possa perigar a racionalidade e a imparcialidade do juiz do julgamento das causas penais, até porque, como bem afirma RICCI, tal arbitrariedade pode suceder em sede de «uso distorto di uno strumento típico»<sup>194</sup>. Aliás, o mesmo Autor acrescenta que nem se poderá, com segurança, afirmar que os meios típicos oferecem maior segurança, por se preverem, expressamente, as condições das suas admissibilidade e obtenção, já que é nos desvios às regras de “ammissibilità” e de “assunzione” que mais vezes são chamadas à colação as provas atípicas<sup>195</sup>. Adiante-se que valem, nesta sede, os princípios do contraditório e da motivação da decisão do juiz, inibidores da arbitrariedade das decisões judiciais.

Assim, delimitado o conceito de atipicidade dentro da possibilidade de utilização de prova não prevista na lei (legítima e não regulada), cumpre analisar as condições de exercício da liberdade de prova, que o legislador ordinário autoriza e o legislador constituinte permite. Ou seja, as provas (verdadeiramente) atípicas devem oferecer (pelo menos) tantas garantias como as figuras já tipificadas – com a diferença, inevitável, da imprevisibilidade e, conseqüente, menor segurança jurídica, que obrigará a maiores cautelas. Mas há, desde logo, a garantia dada pela delimitação do conceito de atipicidade: nele não se incluem desvios ou

---

<sup>193</sup> FERNANDO GONÇALVES, MANUEL ALVES, MANUEL GUEDES VALENTE, *in ob. cit.*, p. 149.

<sup>194</sup> *In ob. cit.*, p. 640.

<sup>195</sup> RICCI, *ob. cit.*, p. 640.

derrogações das formas legais, que delimitam a admissibilidade, a obtenção e a produção de prova.

Não só pelo desenvolvimento doutrinal sobre a matéria, mas também pela previsão legal dos termos e condições em que são admitidos meios atípicos de prova no ordenamento italiano, começaremos por analisar a norma do art. 189 do CPPit.

#### ***IV.1. O art. 189 do CPP Italiano***

O art. 179 do *Progetto preliminare de 1978*<sup>196</sup> não permitia ao juiz fazer uso de prova diversa da legalmente prevista, desatendendo o precedente parecer da *Commissione Consultiva*, ainda que esta taxatividade fosse contrabalançada pela possibilidade de previsão de meios de prova em lei especial e pelo alargamento do elenco legal de meios de prova<sup>197</sup>. O

---

<sup>196</sup> Historicamente, podemos encontrar a génese do princípio da atipicidade de prova no direito italiano nos arts. 339, 478 e 479 do iluminista *Codice di procedura penale del Regno d'Italia del 1865* (que sofre influências da tradição francesa), como decorrência lógica do afastamento da prova legal e do acolhimento do princípio da livre convicção do julgador – cfr. ZAPPALÀ, ob. cit., pp. 53 e ss. Aquelas normas deixarão de vigorar com o CPPit de 1913; no entanto, ainda que o texto legal deixe de prever, expressamente, o princípio da liberdade de meios de prova anteriormente vigente, a continuidade deste princípio na prática e na argumentação processual penal (defendendo a doutrina que a descoberta da verdade, representando o fundamento de todo o sistema probatório, implica não só que o juiz possa livremente valorar as provas, mas também que possa fazer uso de todos os meios que se revelem idóneos àquela finalidade, sendo consentido o que não é proibido) só seria quebrada com a previsão expressa do princípio da taxatividade dos meios de prova, no art. 179 do *Progetto preliminare de 1978* – ZAPPALÀ, ob. cit., pp. 75 e ss. Em conclusão do ensaio sobre a taxatividade dos meios de prova, ZAPPALÀ relaciona a admissão da liberdade dos meios de prova com a evolução da teoria da prova: com o iluminismo e a sua componente científica, as questões de facto autonomizam-se das questões de direito, sendo a prova vista como técnica de procura do conhecimento dos factos através de métodos próprios das ciências empíricas e o raciocínio judicial um raciocínio silogístico. Esta visão científica da prova leva a que se admita o alargamento dos poderes de investigação do juiz, permitindo-se uma maior liberdade na procura da verdade. Tal liberdade acaba por ser criticada por aquele Autor, dado que estes poderes inquisitórios ficam a cargo de um julgador não seguramente neutral, mas ideologicamente comprometido; defende, pois, um balanço com exigências de legalidade, devendo a prova seguir um procedimento normativamente preestabelecido, preservando-se as garantias de defesa, bem como os poderes de investigação do juiz – *in ob. cit.*, pp. 245 e ss.

<sup>197</sup> Cfr. CONSO e GREVI, *Il nuovo Codice di Procedura Penale: la legge delega del 1974 e il progetto preliminare de 1978*, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989, p. 511 e ss.

Procurador-Geral, junto do *Corte di Cassazione*, pronunciou-se no sentido de não ser pacífica a escolha entre o princípio da taxatividade e o da liberdade de prova. No entanto, acrescentou que se o primeiro não se adequa aos constantes avanços tecnológicos e não se pode afirmar como expressão de uma estrutura acusatória do processo, o segundo melhor se harmoniza com o direito (fundamental) à prova. Concluiu, assim, que, sendo o direito à prova e a liberdade de prova “dois aspectos da mesma realidade”, dever-se-á optar pela liberdade em detrimento da taxatividade<sup>198</sup>. Os restantes pareceres sobre a norma em análise foram, maioritariamente, no sentido de o princípio da taxatividade dos meios de prova constituir limitação inaceitável do poder(-dever) de investigação, num processo acusatório mitigado<sup>199</sup>. No CPPit acabou por ficar consagrado o princípio da atipicidade dos meios de prova, acolhendo-se os contributos da *Comissione* parlamentar e prevendo-se, por outro lado, como garantia de segurança para os restantes sujeitos processuais, o exercício do contraditório<sup>200</sup>.

---

<sup>198</sup> *Ibidem*, pp. 513 e 514.

<sup>199</sup> *Ibidem*, pp. 514 e ss.

<sup>200</sup> V. CONSO e GREVI, *Il nuovo Codice di Procedura Penale: dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. V, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990, p. 668. Ainda assim, face ao actual texto da norma do art. 189 do CPPit, ORESTE DOMINIONI afirma que o objecto de tal norma não é a consagração do dito princípio da atipicidade da prova ou de uma regra de abertura do catálogo de meios de prova, dado que, segundo o citado Autor, o referido preceito (apenas) prevê, na primeira parte «i presupposti speciali di ammissibilità della prova atípica» e, na segunda parte, «il potere-dovere del giudice di predeterminare in via atipizzante la fonte formale (cioè le modalità processuali di assunzione)», não consagrando em que medida em que é legítima a admissão da atipicidade da prova no sistema processual penal e em cada processo, em concreto – *in ob. cit.*, p. 88. Ressalvado o devido respeito, não podemos concordar com tal leitura da norma do CPPit em análise, uma vez que a legitimidade da assunção de prova atípica, quer no ordenamento italiano, quer em cada concreto processo penal, se retira não apenas desta norma, mas também, e sobretudo, dos princípios vigentes no sistema processual penal (consagrados na lei fundamental e na ordinária), bem como da interpretação sistemática do sistema probatório processual penal, em particular.

Os meios de prova inominados<sup>201</sup>, isto é, não previstos no CPPit, são admitidos, por força da exigência da procura da verdade *judicial*, desde que possuam intrínseca capacidade probatória e não afectem, extrinsecamente, a liberdade moral da pessoa<sup>202</sup>. Necessário é, igualmente, que o juiz ausculte os sujeitos processuais sobre o modo de aquisição da prova antes mesmo de decretar a sua admissão no processo<sup>203</sup>. Ou seja, em síntese, a previsão expressa da liberdade de recorrer a meios de prova não tipificados na lei visa, essencialmente, a descoberta da verdade; mas, na medida em que esta descoberta não pode ser levada a cabo “a qualquer preço”, prevê a lei italiana limites expressos, de seguida, sucintamente, analisados.

#### **IV.1.1. Idoneidade para averiguação do *thema probandum***

Este é um limite de ordem processual que visa a adequação da prova ao processo em concreto em que se ajuíza da sua admissibilidade. É, aliás, um *prius* lógico face à verificação da proporcionalidade e da harmonia da prova atípica com os direitos e liberdades da pessoa visada<sup>204</sup>. De resto, contendendo a prova com direitos e liberdades fundamentais, a sua adequação à finalidade visada com a sua admissão e produção – a descoberta da verdade – é condição essencial para que seja considerada proporcional. A adequação ou idoneidade da prova atípica é, pois, um dos critérios de legitimidade constitucional da mesma.

Se na prova típica, a funcionalidade, em abstracto, de apuramento dos factos é pressuposto da previsão normativa dos meios de prova, porque sua razão de ser,

---

<sup>201</sup> Saliente-se, uma vez mais, que no texto, por economia de expressão e por se tratar dos casos mais comuns, apenas nos referimos a meios de prova; no entanto, a doutrina maioritária italiana considera que a norma que permite a admissão de meios de prova atípicos é aplicável à admissão de meios de obtenção de prova também atípicos – cfr. TONINI, ob. cit., p. 265. Da nossa parte, não encontramos razões atendíveis para defender posição contrária, desde que, obviamente, se antecipe o exercício do contraditório a momento anterior à aquisição da prova, como bem refere o Autor citado.

Em sede processual civil, alguma doutrina italiana limita a atipicidade probatória aos meios de prova, não admitindo que haja qualquer discricionariedade na determinação do meio através do qual a prova é obtida – cfr. MONTESANO, *apud* GIANCARLO MAERO, ob. cit., pp. 74.

<sup>202</sup> Assim, MERCONE, ob. cit., p. 353.

<sup>203</sup> Cfr. TONINI, ob. cit., p. 263.

<sup>204</sup> Assim, MARINELLI, *in* ob. cit., pp. 116 e 117 (nota 65)



historicamente comprovada; nos meios atípicos essa mesma funcionalidade terá de ser casuisticamente aferida<sup>205</sup>. Ou seja, se a relevância dos meios típicos poderá, eventualmente, ser aferida num momento posterior ao da sua admissão no processo, no caso de meios atípicos esse juízo deverá ocorrer *ex ante*, aquando do debate sobre a sua admissibilidade<sup>206</sup>. Assim, deve o juiz aferir da idoneidade do meio atípico de prova em abstracto e em momento anterior ao da admissão de tal meio.

No entanto, não nos referimos, somente, a uma abstracta funcionalidade da prova atípica, mas também à relevância, em concreto, para a boa decisão da causa. Isto porque a adequação do meio de prova atípico à descoberta da verdade *judicial* terá de se estabelecer com necessária relação ao *thema probandum*, ao objecto do processo. Em poucas palavras, a prova será (claramente) inadmissível se for estranha ao objecto do processo<sup>207</sup>. Assim, o meio de prova atípico, a ser admissível, terá de ter capacidade para fornecer elementos de facto atendíveis no respectivo processo. A este propósito, FRANCO CORDERO afirma que a prova não regulada será admissível se for gnosiologicamente idónea<sup>208</sup>.

A aferição da concreta relevância do meio de prova atípico distingue-o dos meios típicos, cuja relevância para a decisão da causa apenas se verifica aquando da sua produção e, mais especificamente, da sua valoração, não propriamente no momento da sua admissão no processo<sup>209</sup>. A diferença, neste prisma da relevância para a concreta reconstrução da verdade *judicial*, prende-se igualmente com o juízo positivo que, em sede de atipicidade é exigido, pela norma do art. 189 do CPPit, bastando-se o art. 190 do CPPit com um juízo negativo, de irrelevância e de superfluidade da prova requerida pelas ‘partes’, mormente pelo arguido, no exercício do seu direito à prova<sup>210</sup>.

Contudo, nem sempre esta capacidade e relevância probatória do meio atípico poderá ser ajuizada tendo por base as máximas de experiência que o juiz utilizará para valorar a prova. No que aos meios e métodos científicos de prova diz respeito, será, por vezes, necessário recorrer a “parâmetros meta-jurídicos”, normalmente, fora do alcance da

---

<sup>205</sup> Neste sentido, SIRACUSANO, *in ob. cit.*, p. 324.

<sup>206</sup> Cfr. SIRACUSANO, *ob. cit.*, p. 323.

<sup>207</sup> Assim, SIRACUSANO, *ob. cit.*, p. 334.

<sup>208</sup> *Ob. cit.*, p. 619.

<sup>209</sup> Neste sentido ORESTE DOMINIONI, *in ob. cit.*, p.214.

<sup>210</sup> Assim, ORESTE DOMINIONI, *in ob. cit.*, p. 233.

competência do juiz<sup>211</sup>. Ainda que o juiz deva verificar a validade científica do método ou meio probatório de que pretende fazer uso, poderá ter de recorrer a especialista na área científica em causa, que intervenha no processo como perito. Esta intervenção terá como finalidade “colmatar a lacuna cognoscitiva do juiz” e demais sujeitos processuais, contribuindo, deste modo, para o exercício esclarecido do contraditório acerca da admissibilidade do meio atípico e posterior valoração da prova que desse meio, sendo admitido, resultar<sup>212</sup>.

#### **IV.1.2. Respeito pela (dignidade e) liberdade da pessoa**

O art. 180 do *Progetto preliminare de 1978* previa a proibição de utilização de prova que limitasse a liberdade de auto-determinação ou a capacidade de recordar e avaliar os factos, sendo que tal regra era já prevista na lei processual penal (italiana) anterior, mas apenas para o interrogatório do arguido<sup>213</sup>. Norma que ficou consagrada no actual art. 188 do CPPit.

Ainda assim, em sede de admissibilidade de prova atípica, o legislador italiano reiterou o princípio do respeito pela liberdade moral da pessoa (humana). Deste modo, reforça-se a ideia de inadmissibilidade, no caso específico de meio atípico, de prova que possa lesar a liberdade moral da pessoa visada, aplicando-se o princípio estruturante do sistema probatório de proibição de utilização e valoração de «métodos ou técnicas [probatórios] idóneos a influir sobre a liberdade de autodeterminação ou a alterar a capacidade de recordar e de apreciar os factos» (art. 188 do CPPit), mesmo que haja consentimento do titular da liberdade em causa, conforme prevê a citada norma processual penal italiana. Caso seja admitida prova atípica lesiva da liberdade moral da pessoa, deverá a tal prova ser aplicada a sanção de *inutilizzabilità*.

Trata-se, pois, de critério substancial, determinante e absoluto de admissibilidade da prova atípica que visa garantir o respeito pela máxima da exclusão de provas lesivas da

---

<sup>211</sup> Cfr. *infra* ponto V.2.

<sup>212</sup> Suscita, neste sentido, o problema e apresenta a solução do recurso a intervenção de perito, por nós acolhida no texto, MARINELLI, *in ob. cit.*, pp. 117 a 119.

<sup>213</sup> V. CONSO e GREVI, *Il Nuovo...* (1989), pp. 517-518.

dignidade e da liberdade da pessoa humana<sup>214</sup> – máxima que vigora, igualmente, no nosso ordenamento jurídico-constitucional, como se viu *supra* (II). São, francamente, lesivos da liberdade moral os meios persuasivos ou coercitivos ocultos. A este respeito a doutrina alude, amplamente, aos métodos científicos de narco-análises, ao detector de mentiras e a procedimentos hipnóticos, que diminuem, consideravelmente, a liberdade de resposta do interrogado, perdendo este a capacidade de análise crítica do interrogatório e de atitude defensiva. Não poderá, portanto, ser admitida prova que comprometa a normal auto-determinação da pessoa envolvida na recolha ou na produção de prova, afectando a sua capacidade mnemónica ou valorativa<sup>215</sup>.

Note-se que, no ordenamento italiano, a liberdade física é mais claramente garantida no plano constitucional (arts. 13 e 32 da Constituição italiana), razão pela qual o legislador ordinário apenas se referiu expressamente à “liberdade moral”<sup>216</sup>.

#### **IV.1.3. Exercício do contraditório – determinação da obtenção da prova**

Ultrapassados os limites *supra* referidos, o art. 189 do CPPit exige, ainda, expressamente, que, antes da determinação do meio de aquisição da prova atípica, as ‘partes’

---

<sup>214</sup> Cfr. CONSO e GREVI, *Profili*, p. 240. Dignidade e liberdade humanas que se relacionam e constituem o núcleo essencial dos direitos fundamentais, como se comprova pelo afastamento pelo *Corte di Cassazione* (italiano) da prova por registo audiovisual do domicílio como prova atípica, na medida em que a aplicação de tal regime de liberdade e atipicidade da prova pressupõe a obtenção e a formação lícita dessa mesma prova – ou seja, a licitude da aquisição da prova é condição da sua admissibilidade e depende não apenas de não se verificar uma proibição expressa de prova, mas também de não se lesar, ilegitimamente, os direitos tutelados pela lei, fundamental ou ordinária –, entendendo aquele tribunal superior que, no caso, se violou o direito à inviolabilidade do domicílio, consagrado no art. 14 da Constituição italiana – cfr. ALBERTO CAMON, “Corte di Cassazione. Sezioni Unite, 28/07/2006, Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale : qualche chiarimento e alcuni dubbi nuovi”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, Nuova serie, Anno XLIX, fasc. 4, Ottobre-Dicembre 2006, pp. 1537 e ss. (sobretudo, pp. 1545 e ss.). A tónica que o *Corte di Cassazione* coloca na admissibilidade deste tipo de prova e não na sua ‘utilizzabilità’ é criticado no comentário a esta decisão pelo Autor referido, considerando este que não se trata de prova atípica, mas proibida, pelo que não é da norma do art. 189 do CPPit que extrai a sua *inutilizzabilità* – cfr. *ibidem*, p. 1561.

<sup>215</sup> Assim, GREVI, in CONSO e GREVI, *Compendio...*, p. 298.

<sup>216</sup> Neste sentido, RICCI, ob. cit., p. 535.

se pronunciem, assumindo o exercício do contraditório<sup>217</sup> um papel relevantíssimo no juízo de admissão de meio probatório atípico em cada processo concreto. Assistiu-se, com esta previsão expressa, a uma certa viragem para o acusatório, no plano probatório, permitindo-se e, neste caso, exigindo-se uma maior intervenção das ‘partes’ na descoberta da verdade<sup>218</sup>.

Para além da garantia do contraditório, acompanhamos MARINELLI quando afirma que a razão de ser desta previsão de audição e pronúncia prende-se com a inexistência de uma pré-determinação de um método de obtenção da prova adequado ao meio atípico de que se pretende fazer uso, suprimindo-se tal ‘lacuna’ com uma decisão judicial precedida pelo exercício do contraditório<sup>219</sup>. Pelo que, em última análise, a atipicidade do meio de prova implicará (muitas vezes) a atipicidade do meio de obtenção dessa mesma prova<sup>220</sup>. Deste modo, o legislador italiano introduziu (mais) um elemento de “racionalidade” no seio da “discrecionabilidade” da definição do método de obtenção do meio atípico por parte do juiz<sup>221</sup>.

Saliente-se que o facto de se admitir o recurso a meio de obtenção tipificado, por se considerar adequado para adquirir o meio atípico, não compromete o carácter atípico deste, muito menos dispensando a necessidade de respeitar os seus requisitos de admissão<sup>222</sup>.

O respeito pelo contraditório constitui, pois, um limite de ordem processual na admissibilidade de meios atípicos de prova. No entanto, não é, absolutamente, clara a interpretação desta parte da norma do art. 189 do CPPit por parte da doutrina italiana. A norma é expressa quanto à obrigatoriedade de o juiz ouvir as ‘partes’, havendo algumas dúvidas acerca do papel do juiz após esta audição: deverá decidir, fundamentadamente, ou, simplesmente, homologar um eventual consenso? Na medida em que é o juiz quem deverá,

---

<sup>217</sup> No direito italiano a importância do contraditório na admissibilidade da prova atípica é reconhecida não só pelos processualistas penais, mas também pelos processualistas civis, advogando TARZIA que o contraditório sobre a admissão, aquisição e formação da prova atípica é pressuposto essencial, ainda que não exclusivo ou único, para efeitos de admissão da dita prova – *apud* GIANCARLO MAERO, *ob. cit.*, pp. 78 e ss. Alguma doutrina processual civilista chega, mesmo, a defender o respeito pelo contraditório como a única condição de admissibilidade de meios atípicos de prova – posição criticada por CAVALLONE, *in ob. cit.*, pp. 1352 e ss.

<sup>218</sup> Cfr., sobre esta “viragem”, CORBI, *ob. cit.*, pp. 286 e ss.

<sup>219</sup> *In ob. cit.*, p. 121.

<sup>220</sup> Assim, RICCI, *apud* MARINELLI, *ob. cit.*, p. 121.

<sup>221</sup> De modo aproximado, ORESTE DOMINIONI, *in ob. cit.*, p. 258.

<sup>222</sup> Cfr., neste sentido, MARINELLI, *ob. cit.*, pp. 121 e 122.

nesta sede, assumir o papel garantístico, entendemos que será o mesmo quem determina qual o modo de obtenção da prova atípica, tendo em conta os restantes contributos<sup>223</sup>. O exercício do contraditório não será meramente formal, estando o juiz vinculado ao dever de fundamentação das decisões, contrapondo ou acolhendo a argumentação expendida pelas partes. No entanto, a decisão última de admissão da prova atípica não poderia depender de outro sujeito processual nem estar unicamente nas suas mãos, procurando-se uma equilibrada ponderação dos vários interesses contrapostos nesta matéria.

Caso a decisão judicial acerca do modo de aquisição probatória não seja cumprida, levantam-se dúvidas quanto à aplicação do vício-sanção da *inutilizzabilità* a tal situação<sup>224</sup>. Poderá, no ordenamento italiano, defender-se a proibição de utilização da prova adquirida em desrespeito daquela resolução judicial com base na norma do § 1.º do art. 526 do CPPit – que veda o uso, como fundamento da decisão final, da prova ilegitimamente adquirida no julgamento<sup>225</sup>. Evidentemente que se o desrespeito pela fixação judicial do método de obtenção da prova atípica se traduzir na adopção de método proibido, a sanção será (sempre) a *inutilizzabilità*<sup>226</sup>. Da nossa parte entendemos que, enquanto a regulação da aquisição e produção dos meios de prova típicos disciplina o exercício do poder investigatório e do direito probatório, a definição judicial do modo de aquisição do meio de prova atípico diz respeito não apenas ao modo de exercício dos mesmos, mas à sua legitimidade, tal como sucede com os limites de admissibilidade da prova (cfr. *supra* II.2.). Daí que, numa perspectiva sancionatória, se possa aproximar da consequência associada às proibições de prova – a proibição de utilização ou de valoração – e não à mera preterição de uma formalidade ou trâmite procedimental probatório. Em sentido aproximado, com o qual manifestamos a nossa concordância, ORESTE DOMINIONI<sup>227</sup> lê a legalidade probatória, para

---

<sup>223</sup> TAORMINA advoga que o juiz tem o dever de ouvir as “partes”, sem, porém, estar vinculado às posições pelas mesmas assumidas; o que leva a que seja o juiz a determinar o modo de aquisição da prova quer quando há acordo entre os sujeitos processuais, quer quando o juiz entenda que deve ser adoptado meio diverso do indicado por aqueles – *apud* RICCI, ob. cit., p. 539.

<sup>224</sup> V., a este propósito, MARINELLI, ob. cit., pp. 125 e 126. O Autor aponta, como “via d’uscita”, a aplicação da norma do §1.º do art.526 do CPPit, tal como se refere no texto.

<sup>225</sup> O texto da citada norma do CPPit é o seguinte: «Il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento».

<sup>226</sup> Parece ser esta também a posição de MARINELLI, expressa *in* ob. cit., p. 127.

<sup>227</sup> Cfr. ob. cit., pp. 293 e ss.

efeitos da sua tutela sancionatória, num duplo sentido: legal e judicial. Ou seja, se na prova típica se terão de cumprir os procedimentos e as garantias probatórias legalmente previstas, em sede de atipicidade da prova é a lei que atribui ao juiz o poder-dever de prescrever qual o método de obtenção da prova que se deverá, no caso, adoptar, enquadrando-se, ainda, este poder-dever na mesma “matriz sistemático-normativa” das garantias probatórias e proibições correspondentes. A aplicação da sanção de *inutilizzabilità* à preterição da determinação judicial do modo de aquisição da prova atípica opera-se, segundo o mesmo Autor, por via de uma interpretação sistemática e não pela via analógica, baseando-se num «*único concetto normativo di divieto probatorio (...) [porque] unica è la matrice normativa che li insedia nel sistema*»<sup>228</sup>.

#### **IV.2. Transposição para o ordenamento português**

Também o nosso sistema procura estabelecer um equilíbrio entre o que pode ser apelidado de *verdade legal* e o que se pode denominar *verdade real*, isto é, entre a fixação legal de fontes de prova e a possibilidade de se recorrer a meios de prova que não foram previamente determinados pela lei<sup>229</sup>. A forma como se procede a semelhante equilíbrio não se encontra definida de modo tão claro como sucede no ordenamento processual penal italiano, obedecendo a princípios e normas gerais (quase sempre) com fundamento constitucional.

Assim, ainda que o ordenamento português não preveja norma semelhante ao art. 189 do CPPit, não podem deixar de existir requisitos para a admissibilidade de meios atípicos de prova. Estes estarão, necessariamente, sujeitos aos limites constitucionais explanados *supra* (cfr. capítulo II) e aos limites legais de admissibilidade (geral) da prova<sup>230</sup>.

---

<sup>228</sup> ORESTE DOMINIONI, *in ob. cit.*, p. 295.

<sup>229</sup> Assim definem e distinguem SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES, *in ob. cit.*, p. 658. De acordo com os citados Autores, o nosso sistema, no que pretendemos ver um equilíbrio, pende mais para a *verdade real*, na medida em que a norma do artigo 125 consagra a «*geral admissibilidade de qualquer meio de prova*, em consonância, de resto, com uma intencional procura da verdade material, fazendo-se apenas exclusão daqueles meios probatórios que a lei profba» – *in ob. cit.*, p. 658 [itálico no original].

<sup>230</sup> Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 332, em anotação ao art. 125, afirmando neste local que «a admissibilidade das provas não previstas na lei rege-se pelos critérios substantivos gerais do artigo

#### IV.2.1. Admissibilidade da prova atípica e princípios do sistema probatório

No juízo de admissibilidade da prova atípica é imprescindível proceder a uma leitura sistemática do regime probatório legalmente regulado e constitucionalmente legitimado.

Assim, especificamente, em sede de aproveitamento no processo penal de prova produzida em processos não penais, há que ter especial atenção a determinados princípios processuais penais, não só o efectivo respeito pelo contraditório, mas também a observância do princípio da imediação, particularmente limitativo no que à prova testemunhal diz respeito<sup>231</sup>.

Cumprindo, pois, atender aos princípios vigentes no actual ordenamento processual português, que enformam o respectivo sistema probatório e se encontram condicionados pelos interesses nele compreendidos, bem como pela natureza publicista da tutela dos valores constitucionalmente, neste âmbito, consagrados.

##### IV.2.1.1. Necessidade e adequação do meio atípico de prova

Quer o sistema português, quer o italiano tipificam meios probatórios idóneos à descoberta da verdade, permitindo simultaneamente a utilização e a produção de prova atípica (saliente-se novamente, desde que não proibida).

Assim, consideramos que «pressuposto para a assunção de uma prova atípica é a falta de um meio probatório típico idóneo a conseguir um resultado cognoscitivo»<sup>232</sup> – isto porque a verdadeira necessidade de recurso à prova atípica deve ser condição da admissibilidade da mesma, reconhecendo-se a existência de real subsidiariedade face aos meios tipificados e, portanto, regulados e procedimentalizados.

---

340.º» e acrescenta que «os meios atípicos estão subordinados aos demais **limites constitucionais e legais de admissibilidade** da prova, como os resultantes do artigo 126.º» [negrito no original].

<sup>231</sup> Assim, PINTO DE ALBUQUERQUE, *in ob. cit.*, p. 333, em anotação ao art. 125.

<sup>232</sup> N. TRIGIANNI, *apud* MEDINA DE SEIÇA, *in loc. cit.*, p. 1411. RICCI, pelo contrário, parece rejeitar esta teoria, admitindo a utilização de prova atípica “substitutiva” de correspondente prova típica (utilizável) – o autor utiliza os exemplos de prova testemunhal extrajudicial (atípica) e prova testemunhal judicial (típica), na falta de disposição expressa que profira ou que estabeleça prevalência da prova típica sobre a atípica, em sede processual civil – *in* “Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, A. LVI, n.º 2, giugno 2002, pp. 417 e 418.

O primeiro pressuposto de admissibilidade da prova atípica deverá, portanto, colocar-se no plano da necessidade, face à matriz do actual Estado de Direito Democrático, por força da qual o sistema processual penal, em geral, e o sistema probatório penal, em particular, se regem, positivamente, pela legalidade. Tal como explanado *supra* (v. ponto III.2.2.), a leitura positiva do ordenamento da prova em processo penal constitui garantia de direitos e liberdades fundamentais e das segurança e confiança jurídicas dos seus titulares. A necessidade de recurso à prova atípica, aliada a este conceito positivo de legalidade, destinado à salvaguarda de valores fundantes da *República*, deverá, pois, ser encarado como critério essencial de admissibilidade da prova penal, entendendo-se que só será, verdadeira e legitimamente, necessário o recurso à admissão de prova atípica em caso de inexistência de meio típico de prova adequado. Neste sentido, a prova atípica será, tal como já vimos dando a entender, residual, apresentando-se como necessária perante a ausência da experiência e da consolidação de determinado meio ou método, que justificaria a sua previsão legal – de resto, foi o conhecimento empírico que levou o legislador a consagrar e regular os actuais meios de prova atípicos, primeiro os pessoais e, mais tarde, os reais.

Num Estado de Direito Democrático, a necessidade de prova, neste caso, de admissão de prova atípica, consubstancia, ainda, critério de proporcionalidade, que vigora mais notoriamente em sede de restrição de direitos, liberdades e garantias (cfr. n.º 2 do art. 18 da CRP), mas norteia, igualmente, toda a produção de prova, do ponto de vista da sua adequação à finalidade com a mesma prosseguida: a descoberta da verdade. Deste modo, a necessidade de recurso a meio atípico de prova é expressão da própria finalidade do princípio da investigação, consagrado no art. 340 do CPP: toda a prova, seja officiosamente ordenada, seja requerida pelos sujeitos processuais, terá de se afigurar necessária, apropriada e idónea para se alcançar a *verdade judicial*. Por este motivo, o meio atípico terá (também) de ser adequado à prova dos factos em causa<sup>233</sup>. A inadequação é, aliás, motivo de rejeição do requerimento de prova [cfr. al. b) do n.º 4 do art. 340 do CPP].

---

<sup>233</sup> Enquanto para os meios típicos essa adequação é abstractamente admitida pelo legislador, constituindo *ratio essendi* da sua previsão normativa, nos meios atípicos esse juízo terá de ser concretamente aferido – cfr. SIRACUSANO, *in ob. cit.*, p. 324. Esta aferição concreta da idoneidade da prova, segundo RICCI, significa que vale apenas para aquele processo, devendo ainda ser entendida como abstracta, no sentido de se referir ao meio de prova «in sé e per sé», não em relação directa com os factos a provar; como exemplo de meios probatórios



Na jurisprudência portuguesa encontramos decisões que traduzem o que acaba de ser dito: o princípio da investigação está, efectivamente, condicionado pelo princípio da necessidade<sup>234</sup>.

Já os tribunais espanhóis equiparam, por vezes, a necessidade da prova, enquanto condição da sua admissão e produção no processo, à exigência de pertinência da prova, que o direito processual espanhol também consagra. DÍAZ CABIALE entende que tal equiparação se deve à impossibilidade de aferir da necessidade de determinado meio de prova *a priori*<sup>235</sup>, ainda que o Supremo Tribunal espanhol venha afirmar que «la *necesidad* de la prueba supera en exigências el requisito de la *pertinencia*»<sup>236</sup>. O citado Autor, reconhecendo que nos encontramos perante conceitos que possuem diferenças quer no plano dos respectivos graus de exigência, quer quanto aos momentos temporais de aferição, afirma, adiante, que o juízo sobre a pertinência e a relevância do meio de prova é “la verdadera piedra angular” do momento da sua admissão no processo, incluindo os casos em que se trata de meio atípico de prova<sup>237</sup>. Na medida em que a pertinência é definida por DÍAZ CABIALE como a relação fáctica entre o facto objecto de prova e os factos objecto do processo<sup>238</sup>, da nossa parte entendemos que o juízo de pertinência, relevante, no direito espanhol, para efeitos de exercício do direito à prova, é, de facto, menos exigente do que o juízo de necessidade, fundamental, cremos, em sede de admissibilidade de meios atípicos de prova. Como ficou demonstrado, a necessidade implica uma análise mais profunda sobre a relevância e a própria legitimidade de produção da prova que a coloca (quase) no plano da proporcionalidade e, mais directamente, da adequação do meio à prossecução de um resultado: a descoberta da verdade. Acresce que, tal como afirma DÍAZ CABIALE, a necessidade da prova pressupõe a

---

inidóneos a doutrina italiana dá os exemplos dos métodos espíritas, telepáticos e astrológicos, entre outros – *in ob. cit.*, p. 537.

<sup>234</sup> Assim, o STJ, num aresto de 25/2/1998, citado por SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES, *in ob. cit.*, p. 661.

<sup>235</sup> *In ob. cit.*, p. 74. O Autor, justifica, adiante, a posição assumida, dizendo que a “influência” de um meio de prova (na descoberta da verdade) é algo, do ponto de vista lógico, impossível de determinar em momento anterior ao da sua produção; por isso prefere aplicar o conceito de ‘utilidade’ no momento de admissão da prova – *in ob. cit.*, p. 75.

<sup>236</sup> *Ibidem*, p.74.

<sup>237</sup> *In ob. cit.*, p. 94.

<sup>238</sup> Assim define o Autor *in ob. cit.*, p. 95 – como, aliás, já havíamos referido *supra*, no ponto III.3.1., a propósito do direito à prova.

sua pertinência, mas a pertinência não significa, forçosamente, a necessidade do meio pertinente<sup>239</sup>. Pode, pois, a nosso ver, a existência de outros meios menos lesivos dos direitos ou interesses dos envolvidos e, particularmente, de meios típicos de prova, igualmente pertinentes e que revelem a mesma utilidade para efeitos de descoberta da verdade, determinar a desnecessidade da prova atípica *pertinente*.

#### IV.2.1.2. Respeito pela dignidade da pessoa humana – núcleo dos direitos fundamentais

À idoneidade e necessidade do meio junta-se o requisito do respeito pela dignidade da pessoa humana<sup>240</sup> – valor fundamental em que assentam as liberdades, direitos e garantias dos cidadãos e pilar essencial do sistema processual penal. Da ponderação *supra* explanada entre os valores da realização da justiça penal e a salvaguarda da dignidade da pessoa humana retiram-se necessários limites à descoberta da verdade *judicial*, pelo que também – melhor, sobretudo – a prova atípica terá como **limite necessário** o respeito pelo núcleo essencial dos direitos fundamentais: a **dignidade da pessoa humana**. Qualquer prova não regulada na lei, não deve, assim, colocar em causa as garantias fundamentais do arguido ou do visado pelo procedimento probatório, nem perigar a regular e imparcial formação da *livre* convicção do juiz.

Relacionando-se o valor da dignidade da pessoa humana com o núcleo essencial de qualquer direito, liberdade e garantia, refira-se que a parte final do n.º 3 do art. 18 da CRP veda qualquer restrição do conteúdo essencial do direito fundamental em causa. Sem pretensões de definir o alcance ou o modo de determinação do núcleo essencial dos preceitos constitucionais, sublinha-se que útil será conhecer a “formação histórica”, a aplicação jurisprudencial e a tutela penal dos mesmos<sup>241</sup>, analisando, sempre, a norma em causa dentro da sistemática da CRP e tendo em conta o já aludido princípio da unidade da Constituição. Assim, para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, «a questão do conteúdo essencial de um direito não pode equacionar-se senão em confronto com um outro bem; mas, nos termos da Constituição, nunca essa ponderação poderá conduzir à *aniquilação* de qualquer direito fundamental», portanto, «a garantia do conteúdo essencial é um *mais* em relação ao próprio

---

<sup>239</sup> *In ob. cit.*, p. 77.

<sup>240</sup> Os italianos referem-se, como se viu, à liberdade moral da pessoa.

<sup>241</sup> Assim, JORGE MIRANDA, *in Constituição...*, p. 163, em anotação ao art. 18.

princípio da proporcionalidade»<sup>242</sup>. Ou seja, a exigência de salvaguarda do núcleo essencial do direito objecto de restrição tem autonomia relativamente ao princípio da proporcionalidade, em geral, e à proibição do excesso, em particular, mas é questão que não pode ser analisada sem uma interpretação objectiva dos preceitos consagradores dos (demais) direitos, liberdades e garantias, já que «o âmbito de protecção de um direito deve obter-se, caso a caso, tendo em conta outros direitos e constitucionalmente protegidos»<sup>243</sup>.

Note-se que, em momento anterior à entrada em vigor da norma do art. 189 do CPPit, ZAPPALÀ apontou como limite, de ordem sistemática e moral, os próprios princípios do sistema processual penal e do ordenamento jurídico italiano em geral, sendo inadmissível toda a prova que com os mesmos se apresente incompatível<sup>244</sup>. No caso português, o imprescindível respeito pela dignidade humana é alicerce fundamental do actual Estado de Direito Democrático (cfr. art. 2.º da CRP), condicionando<sup>245</sup> o sistema probatório processual penal e a inerente actividade investigatória de ‘reconstituição factual’.

Contudo, como se explicitará no ponto seguinte, mais do que (melhor dizendo, antes de) respeitar o limite material de restrição de direitos, liberdades e garantias ora enunciado, cumpre, em sede de admissibilidade de prova atípica em processo penal, atender, especialmente, ao limite formal de exigência de lei expressa, geral, abstracta e não retroactiva, que de seguida, brevemente, se analisa.

#### **IV.2.1.3. Restrição de direitos: exigência de lei expressa (geral e abstracta)**

Por força do art. 18, em geral, e do art. 26, n.ºs. 1 e 2, em particular, ambos da CRP, o meio de prova (ou de obtenção de prova) que lese, clara e directamente, os direitos e liberdades do visado (nomeadamente o direito à reserva da intimidade da sua vida privada)

---

<sup>242</sup> *In Constituição...*, p. 395, em anotação ao art. 18 [itálico no original].

<sup>243</sup> GOMES CANOTILHO, *in Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 460. Autor que autonomiza a exigência de protecção (absoluta) do núcleo essencial do direito restringido no sentido indicado no texto – cfr. *ibidem*, pp. 460 e 461.

<sup>244</sup> Cfr. ob. cit., p. 136.

<sup>245</sup> V. desenvolvimentos *supra*, no capítulo II, em particular no ponto II.1.

deve ser, previamente, previsto por lei expressa<sup>246</sup>. Deste modo, só será constitucionalmente legítima a prova atípica insusceptível de lesar direitos e liberdades fundamentais, por falta de norma legal prévia e legitimadora. Mas não se diga que toda a prova penal será susceptível de restringir direitos fundamentais do arguido, cuja liberdade é questionada no processo criminal, pois o que está em causa é a prova, em si, não o processo, já de si legitimado pela lei, constitucional e ordinária.

Cumpre, aliás, delimitar, nesta sede, o conceito de restrição, relacionando-se o mesmo, como bem afirma JORGE MIRANDA, com «o direito em si, com a sua extensão objectiva», afectando «faculdades que *a priori* estariam nele compreendidas» e fundando-se «em razões específicas»<sup>247</sup> – daí o mesmo Autor distinguir a restrição de conceitos como limite, condicionamento, regulamentação e concretização (legislativa), entre outros, que não reduzem, propriamente o âmbito do direito, mas limitam a liberdade do seu exercício, o modo como o mesmo se manifesta no exterior. A restrição será sempre, portanto, «uma decorrência

---

<sup>246</sup> Neste sentido, PINTO DE ALBUQUERQUE, *in ob. cit.*, p. 332, em anotação ao art. 125, que ressalva o caso em que o visado expressa o seu consentimento informado em relação à intromissão na sua privacidade ou intimidade.

Também o TEDH o tem assim entendido a propósito da interpretação da expressão do n.º 2 do art. 8.º da CEDH “prevista por lei” (*prevue par la loi / in accordance with the law*), exigindo que as medidas restritivas de direitos de reserva da vida privada e familiar tenham assento legal, isto é, resultem do sistema legal considerado no seu conjunto, incluindo as decisões dos tribunais nacionais (ou seja, considerando-se ‘lei’ num sentido material alargado e não formal), para que possam pelos envolvidos ser previsíveis – cfr., entre outras, decisões do TEDH a propósito dos casos *Huvig v. França* e *Kruslin v. França* – seguidas por decisões posteriores sobre a conformidade ou não de decisões dos Estados-membros com o art. 8.º da CEDH (nomeadamente nos casos *Vetter v. França* e *Uzun v. Alemanha*) –, brevemente analisadas por RIVES SEVA, *in La intervención de las Comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, Elcano (Navarra), Editorial Aranzadi, 2000, pp. 262 e ss; v., também, análise de outra decisão do TEDH, caso *S. e Marper v. Reino Unido*, em sentido semelhante, por SILVA RODRIGUES, *ob. cit.*, tomo I, pp. 760 e 761 (sobretudo). No caso *Silver e outros v. Reino Unido*, o TEDH densifica a exigência do carácter expresso da lei restritiva, entendendo que deverá ser precisa o suficiente para que o visado possa conformar a sua conduta com a norma que prevê a ingerência nos seus direitos e prever as consequências da mesma, seguindo a doutrina plasmada na decisão do caso *Sunday Times*, de 26/4/1979 – cfr. análise de RIVES SEVA, *in La Intervención...*, pp. 248 e ss.

<sup>247</sup> *In Constituição...*, p. 159, em anotação ao art. 18.

de certa regra ou de certo princípio em face de outra ou outro»<sup>248</sup>, necessariamente contida em norma legal geral e abstracta.

Em suma, nenhuma restrição de direitos, liberdades e garantias pode ser operada senão por lei, geral e abstracta, nos termos do disposto no n.º 3 do art. 18 da CRP. Fica, igualmente, vedado qualquer efeito retroactivo da lei restritiva, sob pena de se ferir a confiança e a segurança jurídica dos visados<sup>249</sup>. É deste pressuposto de legitimidade constitucional de restrição de direitos, liberdades e garantias, consubstanciado na reserva de lei (material e formal<sup>250</sup>), que, cremos, não se deverão os nossos tribunais olvidar aquando da ponderação da admissibilidade de meios atípicos de prova – não regulados por lei, portanto.

#### **IV.2.2. Modo de produção e aquisição do meio atípico de prova**

Considerando-se admissível a prova atípica, necessário será, ainda, respeitar algumas condições da sua concreta aquisição no processo.

##### **IV.2.2.1. Exercício do contraditório**

Depois do juízo de admissibilidade da prova, é de extrema importância o cabal exercício do contraditório quanto ao modo de aquisição e produção da prova, classificando NOBILI de «específica e especial [a] forma de tutela do contraditório: as partes são previamente ouvidas»<sup>251</sup>. O exercício do contraditório é, sobretudo, garantia essencial de defesa (cfr. n.ºs. 1 e 5 do art. 32 da CRP), neste caso, em sede de admissão e de produção de prova, sendo o contraditório sobre a prova uma concretização fundamental do direito à prova, acima explanado (cfr. III.3.1.). Desta forma se realçam as duas vertentes do contraditório, apontadas por DÁ MESQUITA: «garantia da defesa e meio de construção da verdade judicial»<sup>252</sup>.

Em termos gerais e nas palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA, o contraditório «visa impedir que se tome qualquer decisão que atinja o estatuto jurídico da pessoa sem que

---

<sup>248</sup> JORGE MIRANDA, *in Constituição...*, p. 160, em anotação ao art. 18.

<sup>249</sup> Assim, JORGE MIRANDA, *in Constituição...*, p. 163, em anotação ao art. 18. Neste sentido também GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *in Constituição...*, pp. 393 e 394, em anotação ao art. 18.

<sup>250</sup> Cfr. al. b) do n.º 1 do art. 165 e als. f), h), i), j), l) e o) do art. 164, ambos da CRP.

<sup>251</sup> *Apud* SERGIO RAMAJOLI, *in ob. cit.*, p. 11.

<sup>252</sup> *In A Prova...*, p. 337.

esta tenha oportunidade de se fazer previamente ouvir»<sup>253</sup> – e a prova, particularmente a atípica, com a qual podia o arguido não contar, atinge, sem dúvida, o seu estatuto pessoal e processual, destinando-se à descoberta da verdade *judicial* dos factos que fundamentarão a decisão final de condenação ou de absolvição. De tal modo é a “contraditoriedade” relevante em sede processual (penal) que DAMIÃO DA CUNHA considera, mesmo, que «o procedimento transforma-se em “processo” quando o interessado, isto é, aquele que deva sofrer os efeitos do acto final, tenha o direito a fazer valer as suas razões, por tal forma que a entidade que deva decidir tenha, ao menos, de as tomar em consideração, mesmo que a elas não “atenda”»<sup>254</sup>.

Contudo, o princípio do contraditório não se identifica unicamente com o direito de defesa, consistindo na participação “contemporânea e contraposta” de todos os sujeitos processuais<sup>255</sup>. Tal como afirma TONINI, a verdadeira prova obtém-se não através de “pressões” unilaterais, mas de modo dialéctico, constituindo o contraditório um “metodo di conoscenza”<sup>256</sup>. O processo penal, mais do que qualquer outro, deve-se desenrolar numa dialéctica o mais paritária possível<sup>257</sup>.

Para além de contribuir para a desejada isonomia no processo penal, o contraditório garante, ainda, um controlo da legalidade da admissão de prova atípica, por parte do MP, bem como uma mais fundamentada exposição das razões que levam o juiz a admiti-la.

Em suma, «as provas serão tanto mais fortes e a verdade judicial tanto menos discutível, quanto mais lugar se tenha dado a um verdadeiro debate contraditório, arbitrado por um juiz neutro, independente e imparcial»<sup>258</sup>.

---

<sup>253</sup> In “Princípios gerais do processo penal e Constituição da República Portuguesa”, in *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa*, Volume de Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gonçalves Cavaleiro de Ferreira, vol. III, 1987/1988, p. 176.

<sup>254</sup> DAMIÃO DA CUNHA, in *O caso Julgado Parcial – questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*, Porto, Publicações da Universidade Católica (coleção: Teses), 2002, p. 288.

<sup>255</sup> Assim, GIOVANNI LEONE, in *Manuale di Diritto Processuale Penale*, Nápoles, Jovene Editore, 1988, p.47.

<sup>256</sup> TONINI, in *La prova Penale*, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2000, p. 14.

<sup>257</sup> Cfr. DAMIÃO DA CUNHA, in ob. cit., pp. 281 e ss. Adiante, o Autor afirma que «a especificidade da função jurisdicional se baseia na garantia de igualdade» (*ibidem*, p. 362), não sendo esta (a igualdade [de armas]) uma «característica “natural” ou necessária, mas uma consequência [...] do modo como o arguido exerce os seus direitos de defesa» (*ibidem*, p. 367).

<sup>258</sup> DELMAS-MARTY, in loc. cit., p. 241.

#### **IV.2.2.2. Aplicação de procedimento de aquisição de prova por analogia**

A este respeito cumpre chamar a atenção para a existência de proibições de analogia e, uma vez mais, de exigências de lei expressa no nosso sistema constitucional-penal.

A proibição de aplicação da lei por analogia prevista na norma do n.º 3 do art. 29 da CRP tem-se por aplicável apenas ao direito penal substantivo. Perfilhando este entendimento, NUNO LUMBRALES<sup>259</sup> justifica a restrição da aplicação da referida proibição de analogia não por força de uma interpretação literal, mas pelo elemento teleológico da norma e pela interpretação sistemática do próprio sistema específico de aplicação e interpretação da lei processual penal. A razão de ser da proibição de aplicação analógica de normas incriminadoras prende-se com a exigência de o agente ter consciência da tipificação como crime da sua acção, ou seja, relaciona-se com os princípios da legalidade e da tipicidade, que enformam o direito penal substantivo português. O Autor acrescenta que, em sede processual penal, o conhecimento prévio das normas aplicáveis, ainda que relevante, não determina a proibição de integração analógica de lacunas legais, admitida expressamente pelo artigo 4.º do CPP, «sem abrir qualquer excepção para as relativas aos meios de obtenção da prova»<sup>260</sup>. Chega, depois<sup>261</sup>, à relevante conclusão de que a CRP não consagra «uma proibição geral de analogia directamente resultante da reserva de lei da AR em matéria de restrição de direitos, liberdades e garantias»<sup>262</sup>.

Já no campo processual penal, a Constituição consagra uma reserva (específica) de lei restritiva expressa, uma vez que são proibidos os meios de obtenção de prova que impliquem abusiva intromissão na vida privada (n.º 8 do art. 32 da CRP), sendo classificada como intromissão abusiva a que, realizada sem o consentimento do visado, não seja judicialmente autorizada nem esteja legalmente prevista (n.ºs. 2 e 4, respectivamente, do art. 34, conjugados com os n.ºs. 2 e 3 do art. 18, ambos da CRP)<sup>263</sup>. Daqui se retira, evidentemente, uma proibição de aplicação por analogia das normas de obtenção de prova relativas às escutas telefónicas –

---

<sup>259</sup> *In loc. cit.*, p. 720.

<sup>260</sup> NUNO LUMBRALES, *in loc. cit.*, p. 721.

<sup>261</sup> Após referência a uma segunda proibição de analogia consagrada no âmbito do direito fiscal substantivo, no art. 103 da CRP, por imposição do princípio da legalidade.

<sup>262</sup> *In loc. cit.*, p. 723.

<sup>263</sup> Assim, NUNO LUMBRALES, *loc. cit.*, p. 721.

daí, também, a necessidade de previsão expressa da aplicação por extensão, no art. 189 do CPP, conseguida na Reforma do CPP de 2007, operada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

Face ao exposto, acompanhamos a posição acima citada de NUNO LUMBRALES, de inexistência de proibição geral de analogia, sendo que no âmbito processual penal, em particular, em sede probatória, o princípio da legalidade terá como garantias não só a reserva de lei restritiva expressa específica, que se acabou de enunciar, mas sobretudo a reserva de lei expressa genérica que se retira da norma fundamental do n.º 3 do art. 18 da CRP, acima melhor analisada<sup>264</sup>. Também MARINELLI sustenta que não se deverão aplicar analogicamente os meios de obtenção de prova que impliquem compressão de direitos fundamentais<sup>265</sup>. Assumindo tal posição, MARINELLI conclui<sup>266</sup> que a proibição de analogia, seja no âmbito substantivo, seja no campo adjectivo, se cinge à analogia *in malam partem*; a não ser que se trate de norma excepcional, caso em que a proibição de analogia é absoluta, advogando que se trata mais de uma impossibilidade lógica do que normativa – uma vez que estender a aplicação normativa nesses casos seria desatender a intenção do legislador.

ZAPPALÀ admite a aplicação por analogia da disciplina de produção e aquisição de um meio de prova legalmente previsto à prova atípica<sup>267</sup>, ainda a propósito do direito anterior ao actual CPPit, na medida em que a atipicidade não era expressamente autorizada, mas existiria, segundo o mesmo Autor, um princípio de liberdade dos meios de prova, por via do qual se poderiam encontrar situações na disciplina dos meios de prova, expressamente não previstas, mas, explícita ou implicitamente, não excluídas<sup>268</sup>. Esta aplicação por analogia deve obedecer às maiores cautelas, dentro do que se delimitou como atipicidade; ou seja,

---

<sup>264</sup> Cfr. ponto IV.2.1.3.

<sup>265</sup> Assim, MARINELLI, *in ob. cit.*, p.134.

<sup>266</sup> *In ob. cit.*, p. 136.

<sup>267</sup> Outro Autor italiano, TARZIA, em sede processual civil defende que a aplicação analógica de norma que regula prova legal, dando o exemplo da prova documental, para admitir “prova nova”, que os meios tecnológicos desvendaram, como sejam as mensagens de correio electrónico, não constitui, propriamente, admissão de prova atípica, correspondendo antes à aplicação do meio através do qual a prova será admissível / admitida no processo – *apud* GIANCARLO MAERO, *ob. cit.*, p. 79.

<sup>268</sup> *Ob. cit.*, p. 132. A este propósito, o Autor distingue a taxatividade dos meios de prova (que defende não existir) da taxatividade da disciplina de cada um dos meios de prova legais.



através da analogia não poderá ser permitida produção de prova que se encontra legalmente prevista, mas para fim diverso àquele em que assenta a sua estatuição legal<sup>269</sup>.

Note-se que PEDRO VERDELHO<sup>270</sup>, ao tratar do problema da apreensão do correio electrónico em processo penal, reconhece a admissão do meio de prova através da mesma obtido, porque não proibido, através, portanto, da aplicação do art. 125 do CPP. Esclarece, ainda que, se à interceptação de correio electrónico se aplicam as normas que regulam as escutas telefónicas (cfr. n.º 1 do art. 189 do CPP)<sup>271</sup>, às mensagens de correio electrónico já recebidas e “gravadas no disco rígido do computador” ou “impressas em papel, tenham ou não sido removidas do suporte digital em que ficaram alojadas no momento em que foram recebidas”, aplicava-se (analogicamente) o regime da apreensão de correspondência<sup>272</sup>, até à nova redacção da norma que estabelece a extensão do regime das escutas telefónicas, actual art. 189 do CPP – que lhe foi dada pela Lei n.º 48/2007 –, onde (agora) se incluem as comunicações “mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital”. A intenção da dita Reforma parece, pois, ter sido a de esclarecer que o regime de interceptação de conversas telefónicas se aplica às demais comunicações em trânsito, bem como «a comunicações que, entretanto, depois de terem chegado ao seu destino, já foram guardadas num suporte digital»<sup>273</sup>. Deste modo, se a correspondência física aberta deixa de ter a protecção atribuída à correspondência em trânsito e à correspondência recebida mas não lida, no que respeita ao correio electrónico pretendeu-se manter o mesmo regime de protecção ou sigilo, mesmo após

---

<sup>269</sup> Cfr. delimitação do conceito de atipicidade da prova, *supra*, ponto III.1.

<sup>270</sup> In “Apreensão de correio electrónico em processo penal”, *Revista do Ministério Público*, ano 25, n.º 100, Out.-Dez. 2004, pp. 154 e ss.

<sup>271</sup> À data da redacção do texto citado, a norma de extensão da aplicação do regime das escutas telefónicas era a do art. 190 do CPP, com a redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 59/98, apenas se passando a prever semelhante norma no art. 189 do mesmo diploma, com a reforma de 2007, operada pela Lei n.º 48/2007.

<sup>272</sup> Assim, PEDRO VERDELHO, in “Apreensão...”, pp. 155 e ss. O Autor justifica esta conclusão, em artigo anterior à referida Revisão do CPP, operada em 2007, do seguinte modo: «Não sendo (...) a apreensão de correio electrónico um meio de prova proibido (sendo portanto permitido) a única forma de a viabilizar processualmente é a adopção, na sua apreensão, do mesmo regime garantístico da apreensão de correspondência tradicional, fechada em envelopes (embora o Artigo 179.º, n.º 1, do Código de Processo Penal refira “qualquer outra correspondência”, não se ficando portanto pelo correio clássico)». – in “Apreensão...”, p. 158.

<sup>273</sup> PEDRO VERDELHO, in “A reforma penal portuguesa e o cibercrime”, *Revista do Ministério Público*, ano 27, n.º 108, Out.-Dez., 2006, p. 121.

a abertura e a leitura da comunicação<sup>274</sup>. Porém, tal apenas sucede quando a mensagem se encontra gravada em suporte digital; tendo sido impressa, parece não se aplicar o mesmo regime<sup>275</sup>.

Ora, em jeito de discordância com a posição defensora da aplicação por analogia dos referidos meios de obtenção de prova, que se acaba de expor, saliente-se que, apesar da permissão genérica de analogia contida no art. 4.º do CPP, deve-se considerar proibida a aplicação analógica de meios de obtenção de prova que impliquem restrições de direitos, liberdades e garantias, por força do limite formal de restrição, de reserva de lei (formal) restritiva, que se retira do n.º 3 do art. 18 da CRP. Quanto aos demais meios de obtenção de prova, em relação aos quais se conclua pela não restrição de direitos, liberdades e garantias, não haverá razões para se afastar a aplicação analógica, desde que verificados todos os pressupostos de admissão de prova atípica em processo penal, *maxime* o respeito pelo contraditório – também no que a esta aplicação por analogia diz respeito.

Cumprе retroceder no nosso raciocínio para que não se esqueça o passo lógico necessariamente anterior ao que acabou de ser dito: a existência de lacuna a ser integrada por meio de analogia. A este respeito, é pacífico que nem toda a ausência de regulamentação consubstancia lacuna legal, devendo ser questionado se a opção do legislador não foi, precisamente, não regular a matéria. Em sentido genérico, a lacuna legal pode ser caracterizada pela falta de «disposição que se aplique *directamente* a determinada matéria»<sup>276</sup>, sendo que a necessidade de regulamentação da matéria poderá estar associada ao evoluir da técnica, da ciência ou das relações sociais, em geral<sup>277</sup>. É, pois, fundamental atender à efectiva existência de necessidade de regulação, já que «há silêncios da lei que podem ser *significativos*, isto é, podem traduzir uma *resposta* da lei a certa questão de

---

<sup>274</sup> Assim, PEDRO VERDELHO, in “A reforma...”, pp. 121 e 122. O Autor aponta ainda como consequência a impossibilidade de apreensão de mensagens de correio electrónico quando estejam em causa crimes fora do catálogo do n.º 1 do art. 187 do CPP, mesmo quando perpetrados através de comunicações electrónicas, como sejam crimes de ameaças ou de injúrias e muitos dos crimes previstos na Lei da Criminalidade Informática (Lei n.º 109/91) – in *ibidem*, p. 123.

<sup>275</sup> Neste sentido, PEDRO VERDELHO, in “A reforma...”, pp. 124.

<sup>276</sup> GALVÃO TELLES, in *Introdução ao estudo do Direito*, vol. I, 11.ª edição (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 260.

<sup>277</sup> Tal como salienta BAPTISTA MACHADO, in *ob. cit.*, p. 201.

direito»<sup>278</sup>. Sendo necessária regulação da matéria em questão e estando proibida a abstenção de se resolver o conflito levado ao tribunal com fundamento na *falta* ou na *obscuridade* da lei (cfr. n.º 1 do art. 8.º do CC), deverá a lacuna ser integrada com recurso à analogia (n.º 1 do art. 10.º do CC). Na falta de norma que se aplique a situação análoga<sup>279</sup>, deverá o intérprete, neste caso, o juiz adoptar norma (no caso, meio de aquisição da prova atípica admitida no processo) que o próprio estabeleceria se tivesse de legislar sobre a matéria, “dentro do espírito do sistema” (n.º 3 do art. 10.º do CC)<sup>280</sup>.

Em suma, chegando o intérprete à conclusão de que existe uma verdadeira lacuna de regulação (o que, aliás, se relaciona com o pressuposto de necessidade da prova atípica, *supra* explanado), só será admissível a aplicação por analogia dos meios de obtenção de prova que não lesem, que não restrinjam direitos, liberdades e garantias. Caso o façam, directamente, encontra-se, a nosso ver, a analogia proibida, por força da exigência de lei expressa estabelecida no n.º 3 art. 18 da CRP. A mesma reserva de lei impedirá, evidentemente, a integração da lacuna através do recurso (alternativo à analogia) à criação de norma adequada e sistematicamente conforme, prevista no n.º 3 do art. 10.º do CC.

#### IV.2.2.3. Reserva judicial

Cumpra apenas uma última nota, estabelecendo-se uma certa relação entre o conceito objecto de estudo e a estrutura do processo penal e os seus ‘actores’. Quer em sede preliminar, quer em sede de julgamento, o juízo acerca da admissibilidade da prova atípica deve, a nosso ver, ser realizado pelo juiz. Na fase de julgamento, esta conclusão poder-se-ia já retirar da letra do art. 340 do CPP. Nas fases preliminares do processo, o JIC surge como o sujeito processual garante dos direitos, liberdades e garantias do arguido<sup>281</sup>, pelo que deve

---

<sup>278</sup> BAPTISTA MACHADO, *in ob. cit.*, p. 201.

<sup>279</sup> Já que o princípio inerente à analogia é precisamente o de «onde há a mesma razão de lei, aí deve haver a mesma disposição» (cfr. n.º 2 do art. 10.º do CC) – assim enunciado por GALVÃO TELLES, *in ob. cit.*, p. 262.

<sup>280</sup> Assim, GALVÃO TELLES, *in ob. cit.*, p. 261. Autor que salienta, adiante, que o intérprete criador, nesta sede, de norma *ad hoc*, aplicável àquele caso concreto cuja resolução implica a integração da lacuna por esta via, não possui a discricionariedade reconhecida ao legislador na regulação de situações inovadoras – cfr. *ibidem*, p. 264.

<sup>281</sup> A atribuição da competência para a prática e o acompanhamento de actos concernentes a direitos e liberdades individuais é, realçada por FIGUEIREDO DIAS, *in* “La protection des droits de l’homme dans la procedure penale portugaise”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 291, Dezembro 1979, p. 171.

também ser por ele dada a garantia de que a prova atípica respeita os limites procedimentais e, sobre tudo, substanciais que os pilares essenciais do processo penal impõem<sup>282</sup>. Esta solução resulta, no nosso entender, do cumprimento da prerrogativa constitucional prevista no n.º 4 do art. 32 da CRP, isto é, em nome do «princípio da reserva judicial existente em sede de restrição ou limitação dos direitos fundamentais no processo penal»<sup>283</sup>.

A nossa jurisprudência, no escasso debate que se tem verificado acerca da matéria objecto de estudo, não o tem assim entendido. Tem-se o exemplo de um aresto do TRE, relatado por MARTINHO CARDOSO, de 7/10/2008<sup>284</sup>, em que se entendeu que a localização celular, à qual é aplicável, por extensão, o regime da interceptação de escutas telefónicas (cfr. n.º 2 do art. 189 do CPP), consubstancia método de investigação e recolha de prova diverso da localização por GPS, sendo a primeira activada por telemóvel, através do IMEI e transmitindo a segunda as coordenadas geográficas da localização exacta onde se encontra o aparelho GPS – ao contrário da localização por IMEI, que apenas indica o tipo de antena que recebe o sinal. Deste modo, o legislador, aquando da Reforma do CPP de 2007, sabendo da existência deste tipo de localização, não a inclui no texto da norma do art. 189 do CPP, pelo que se trata de método não regulado, atípico e não proibido, de acordo com a posição adoptada pelo TRE. Aplicando, portanto, o art. 125 do CPP, este Tribunal decidiu autorizar «a colocação de localizadores GPS nos veículos utilizados pelo suspeito por forma a controlar os seus movimentos e pelo tempo tido por necessário pelo órgão de polícia criminal encarregue do inquérito»<sup>285</sup>, sem exigir, como do texto da decisão se retira, autorização

---

<sup>282</sup> A propósito da ilicitude da prova, PAZ RUBIO conclui que o JIC se deve pronunciar sobre a admissibilidade das provas, pois, caso contrário, o sistema de garantias dos direitos e liberdades fundamentais ver-se-ia, ilegitimamente, limitado à fase de julgamento – cfr. ob. cit., p. 203.

Também na doutrina italiana se enfatiza a necessidade de reforçar a intervenção e as funções atribuídas ao JIC, de modo a garantir ao cidadão imputado a tutela dos seus direitos e liberdades por parte de um órgão imparcial, à margem da dialéctica acusação / defesa – cfr. ZAPPALÀ, “Le garanzie giurisdizionali in tema di liberta personale e di ricerca della prova”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Ano XLIX, II serie, n.º 2, Aprile-Giugno, 1994, p. 488. Note-se que a fisionomia do processo italiano é a de um processo de partes, ao contrário do que sucede no nosso ordenamento processual penal.

<sup>283</sup> SILVA RODRIGUES, ob. cit., tomo I, p. 297.

<sup>284</sup> Proc. n.º 2005/08-1.

<sup>285</sup> Parte dispositiva do acórdão do TRE de 7/10/2008, relatado por MARTINHO CARDOSO e *supra* citado.

judicial<sup>286</sup>. Não podemos acompanhar este entendimento do TRE, na medida em que, assumindo-se como atípico o método probatório em questão e demonstrando-se mais eficaz na localização exacta, é, claramente, mais limitativo dos direitos e liberdades individuais do que a referida localização celular (incluída na norma do art. 189 do CPP), pelo que, do ponto de vista das garantias, nunca poderia, a nosso ver, ser adoptado no processo com uma menor tutela por parte do JIC, garante do respeito pelos direitos fundamentais no que à recolha de prova diz respeito<sup>287</sup>.

Com o devido respeito por opinião diversa, sendo certo que a intervenção do JIC é excepcional, ocorrendo, em sede de inquérito, nas situações elencadas nos arts. 268 e 269 do CPP, a reserva de competência ali prevista ocorre por razões de salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos envolvidos no processo-crime. Na fase de inquérito, exige-se, assim, a intervenção do juiz para efeitos de obtenção de prova, de aplicação de medidas de coacção e de mecanismos alternativos à submissão do caso a julgamento. Ora, já se tendo excluído a admissibilidade de prova atípica lesiva de direitos fundamentais e estando o princípio da liberdade de prova, legal e expressamente, consagrado no art. 125 do CPP, poder-se-ia entender que necessária não seria a intervenção do JIC nesta fase, tendo o MP legitimidade para aferir da admissibilidade do meio atípico de prova. Porém, não é esta a nossa sincera e humilde opinião, devendo o JIC intervir na fase preliminar do processo não apenas quando em causa estejam restrições claras de direitos fundamentais, mas também deverá assumir um papel de tutela preventiva de direitos e liberdades individuais, evitando-se

---

<sup>286</sup> Em caso em que o suspeito tinha sido vigiado, entre outros métodos, através da colocação de aparelho de sinalização GPS no seu veículo automóvel, o TEDH considerou que é garantia importante na aplicação de tal método o controlo judicial e a possibilidade de exclusão (pelo juiz) da prova por esta via obtida, para além da exigência de previsão (expressa) na lei, na medida em que este método colide com o direito à reserva da vida privada – conforme se expôs *supra*, o TEDH dá especial relevância ao carácter previsível das medidas e métodos restritivos de tal direito. Apesar destas considerações, neste caso, *Uzun v. Alemanha*, não foi declarada a desconformidade com o art. 8.º da CEDH, na medida em que o TEDH considerou que a lei e os órgãos responsáveis pela acção penal cumpriram todas as garantias exigíveis para a restrição do referido direito. De acordo com este entendimento do TEDH, a colocação de aparelho receptor de GPS não seria admissível como meio atípico de prova. Semelhante posição é adoptada por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *in ob. cit.*, p. 545, em anotação ao art. 189.

<sup>287</sup> A refutação da posição assumida pelo TRE no aresto mencionado não prejudica o que se disse *supra*, no ponto IV.2.1.3.

que se adoptem medidas atípicas desnecessárias ou inadequadas<sup>288</sup>. Acompanhamos, neste sentido, a doutrina de SILVA RODRIGUES, que, chamando em diversas ocasiões a atenção para o princípio da reserva judicial, atribui-lhe as seguintes finalidades «assegurar uma tutela preventiva dos direitos de uma pessoa; evitar o uso da medida quando não justificada; [contrabalançar] a impossibilidade da concretização do mandado *auditur et altera pars* mediante uma representação compensatória»<sup>289</sup>, ouvindo ambas as versões: a da acusação e a da defesa.

De resto, será sempre imprescindível um pré-juízo de verificação de ausência de compressão de direitos, liberdades e garantias, para que se admita meio atípico de prova no processo penal. E esta aferição, relacionando-se, directamente, com o sistema de garantias dos ditos direitos fundamentais, não deverá caber a outro sujeito processual que não o juiz, já que o legislador dele não se ocupou e a garantia de segurança e confiança de uma norma prévia inexistente<sup>290</sup>. cremos, pois, que a salvaguarda da confiança e a segurança jurídica são

---

<sup>288</sup> Sem desconsiderar a prossecução da legalidade por parte dos magistrados do MP, partilhamos da asserção proferida por RAUL SOARES DA VEIGA no sentido de aqueles magistrados não oferecerem «nem à luz da Constituição, nem em termos sociais, as mesmas garantias de isenção e de respeito pelos direitos fundamentais que os Juízes de Direito» (*in loc. cit.*, p. 190 – o Autor justifica tal afirmação com a caracterização do MP como órgão do Estado e com a estrutura hierarquizada do mesmo, estando os magistrados do MP, ainda que subordinados a critérios de legalidade e de objectividade, na dependência do Procurador-Geral da República), já que àqueles «compete zelar pelos interesses do Estado-Comunidade e, bem assim, combater a criminalidade que campeia por todo o lado e que exige pulso de ferro» – MANUEL JOSÉ MENDES e FRANCISCO DE ALMEIDA GARRETT, *in Da prova por reconhecimento em Processo Penal: identificação de suspeitos e reconhecimentos fotográficos*, Porto, Fronteira do Caos Editores, 2007, p. 39.

<sup>289</sup> *In ob. cit.*, tomo II, pp. 62 e 63.

<sup>290</sup> Note-se, novamente, que a expressão do n.º 2 do art. 8.º da CEDH “prevista por lei” (*prevue par la loi / in accordance with the law*) tem sido interpretada pelo TEDH no sentido de se exigir que as normas processuais que regem a investigação e o sistema probatório dos Estados-membro possuam carácter de previsibilidade (no caso, quando colidam com os direitos de reserva da vida privada e familiar), para que se diminua o risco de arbitrariedade e a pessoa visada possa esperar as consequências da aplicação da norma – cfr., entre outras, decisões do TEDH a propósito dos casos *Huvig v. França*, *Kruslin v. França*, *S. e Marper v. Reino Unido* e *Gillian e Quinton v. Reino Unido*. Em matéria investigatória e probatória é, pois, dada especial relevância à segurança jurídica, particularmente quando se restrinjam direitos individuais; em sede de atipicidade da prova consideramos que maiores cautelas se devem adoptar, na medida em que, mesmo apenas se admitindo meios

direitos que a todo o cidadão assistem, especialmente em sede processual penal, cabendo, ainda, no âmbito das garantias de um processo justo e equitativo (princípio consagrado, nomeadamente, no art. 6.º da CEDH).

Acresce que o princípio da *garantia judicial* é um dos princípios propostos pelo *Corpus Juris*, visando-se no espaço europeu uma verdadeira garantia e controlo por parte de um magistrado judicial, sendo que nas fases preliminares do processo cumpre ao JIC, designadamente, assegurar a “regularidade das investigações”<sup>291</sup>.

Tudo o que foi dito implica que o juízo de admissibilidade de uma prova atípica seja, inevitavelmente, (muito) mais exigente do ponto de vista dos critérios das suas validade e legitimidade do que os necessários para as provas tipificadas.

#### IV.2.3. Eficácia da prova atípica

Respeitados os princípios e pressupostos acima enunciados, a prova atípica terá, no processo, a mesma eficácia probatória que é reconhecida à prova típica<sup>292</sup>, não sendo legítimo

---

atípicos que não limitem direitos, liberdades e garantias (cfr. *supra* ponto IV.2.1.3.), falta, evidentemente, o mesmo carácter de previsibilidade que possuem as medidas e os meios legalmente previstos.

<sup>291</sup> Assim, DELMAS-MARTY, *in loc. Cit.*, pp. 238 e 239. A Autora refere-se a um magistrado, pela mesma denominado “juiz das liberdades” (em Itália “juiz das investigações preliminares” e na Alemanha “juiz de controlo da legalidade”), que «autorizaria as medidas coercivas, verificaria o respeito pelos princípios da legalidade, de regularidade, de necessidade e de proporcionalidade na aplicação de tais medidas; tomaria providências cautelares, se necessário, e no fim da fase preparatória verificaria a regularidade do processo, excluiria determinadas provas e decidiria sobre o envio para julgamento submetendo o caso à jurisdição de julgamento» – *in ibidem*, p. 239.

<sup>292</sup> Neste sentido, LOMBARDO, *in loc. cit.*, p. 1464 e 1465. Posição diversa parece ser defendida por alguma doutrina italiana processual civilista, nomeadamente por TARUFFO, que chega a concluir pela admissibilidade da prova atípica, com uma eficácia equivalente à das presunções (judiciais) ilidíveis ou à prova indiciária – *apud* CAVALLONE, p. 1335. Já CAVALLONE, crítico da admissibilidade da prova atípica, critica, também, a aproximação dos efeitos da prova atípica às presunções ou à prova indiciária, dizendo, quanto a esta última, que uma tal eficácia “peca por defeito” já que, por um lado, a prova atípica poderá ter como objecto um facto principal e não indiciário, mas “peca por excesso” na medida em que, por outro lado, não deve ser reconhecida, segundo o Autor, qualquer eficácia probatória aos meios atípicos – cfr. *loc. cit.*, pp. 1355 e ss. Note-se que esta tendência da doutrina italiana, no plano processual civil, em reconhecer à prova atípica menor valor probatório, comparativamente com meios típicos análogos, pode ser explicada pelo facto de inexistir específica regulação

estabelecer qualquer hierarquia quanto aos efeitos e resultados probatórios obtidos através de uma e outra prova, sob pena de se limitar abusivamente o princípio da liberdade de prova. Os efeitos probatórios da prova atípica, tal como acontece com os meios típicos de prova, serão concretamente apreciados pelo juiz, de acordo com a liberdade, legalmente conferida, de formação da sua convicção, na qual influem regras de experiência comum. Na fase da valoração não se deve, pois, aceitar qualquer distinção entre a prova típica e a prova atípica, ao contrário do que se viu suceder na da sua admissibilidade. Acresce que, seja na valoração da prova típica, seja na valoração da prova atípica, a motivação das decisões, constitucionalmente imposta, representa importante garantia de regular e racional apreciação da prova.

Sublinhe-se que o princípio da livre apreciação não poderá ser fundamento para a admissão de meios atípicos de prova que não passem nos crivos acima mencionados. Ainda que aquele seja um moderno princípio do processo penal, coloca-se num plano distinto do princípio da atipicidade dos meios de prova: este efectiva-se num momento anterior à própria produção da prova, aquele permite a livre valoração da prova produzida<sup>293</sup>.

---

de obtenção e produção de tais meios atípicos, o que denota uma margem de incerteza maior num sistema em que a lei tarifa o valor probatório de determinadas provas – cfr. RICCI, *ob. cit.*, p. 643. Contudo, em sede processual penal, não só vigora o princípio da prova livre, que legitima o juiz a valorar livre e criticamente a prova, de acordo com a racionalidade, mas também o juízo de admissibilidade da prova atípica exige, como se viu, maiores cautelas.

<sup>293</sup> Neste sentido, ZAPPALÀ, *ob. cit.*, p. 114. Também RICCI assume esta posição ao afirmar que «fare appello al principio del libero convinciment per giustificare un'apertura del catalogo delle prove appare dunque un errore de prospettiva» – *in ob. cit.*, p. 124.



## **V. Aplicação prática do princípio da não taxatividade dos meios de prova**

Na fase final do presente trabalho pretende-se aplicar os conceitos e os argumentos de índole teórica acima expendidos aos casos que têm surgido ou podem vir a surgir na prática judiciária. A nossa pretensão não será a de apresentar soluções para problemas práticos cuja colocação está longe de ser linear e, no último caso, só será possível após uma mais acesa discussão nos nossos tribunais e na nossa doutrina.

### ***V.1. A discussão na Jurisprudência***

Os nossos tribunais raramente discutem a aplicação do princípio ora objecto de estudo. Na maioria das vezes a razão de ser da ausência de discussão prende-se com a falta de necessidade do recurso à prova atípica, devido ao facto de a normalidade dos casos se resolver com o uso dos meios previstos na lei. Por vezes surgem aplicações da norma do art. 125 do CPP que nem sempre correspondem à verdadeira essência do princípio nela consagrado, desvirtuando-se o que *supra* se delimitou como sendo a verdadeira atipicidade a que o legislador processual penal se quis referir naquele preceito.

#### **V.1.1. Declarações de co-arguido**

Ainda que não se trate, verdadeiramente, de prova atípica, julgamos útil um breve excursão sobre o caso das declarações de co-arguido, dada a referência (pontual) na jurisprudência do STJ a este tipo de prova como meio atípico.

O STJ<sup>294</sup>, já entendeu que as declarações de co-arguido são, legalmente, tão admissíveis como as declarações do assistente, das testemunhas, por força da disposição do artigo 125 do CPP e da ausência de proibição da referida prova no elenco do artigo 126 do mesmo Código. Embora as declarações de arguido se encontrem previstas no elenco dos meios de prova do CPP (arts. 140 e ss.), poder-se-ia afirmar que a principal finalidade deste

---

<sup>294</sup> Entre outros, nos acórdãos de 3/6/1993, proc. n.º 44 347, e de 19/12/1996, proc. n.º 348/96, citados por SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES, *in ob. cit.*, p. 660.

meio de prova, enquanto tal<sup>295</sup>, é a obtenção de confissão dos factos, como se comprova pela regulação do mesmo, particularmente em sede de audiência de julgamento (cfr. arts. 343 a 345 do CPP). Estando o arguido impedido de depor como testemunha [art. 133, n.º 1, a) do CPP], mesmo quanto a factos em relação aos quais não é co-arguido<sup>296</sup>, tem a jurisprudência entendido que as declarações do arguido sobre factos que digam respeito a outros arguidos podem ser valoradas pelo tribunal. Saliente-se que, havendo co-arguidos, a lei só admite a aplicação do especial regime da confissão caso a mesma seja coerente entre aqueles vários participantes do crime, pelo que a própria lei manda seguir maiores cautelas quando se trate de ouvir a versão dos factos de co-arguidos, que, mesmo não havendo conflito claro entre si, procuram “livrar a sua pele”, facilmente entregando a do outro<sup>297</sup>. A prova por declarações de co-arguido é, nestes termos, verdadeiramente complexa, na medida em que necessário será analisar as relações existentes (para além dos factos levados a julgamento) entre o arguido que depõe e o arguido afectado com este depoimento, para que se determine se as declarações não são motivadas por vingança ou ressentimento ou, mesmo, por conluio com os órgãos de polícia criminal<sup>298</sup>.

Como bem afirma TERESA BELEZA<sup>299</sup>, por força do princípio da individualidade da responsabilidade penal, consagrado no n.º 3 do art. 30 da CRP e nos artigos 29 e 127, n.º 1 do

---

<sup>295</sup> Reforça-se a ideia de que nos estamos a referir às declarações do arguido enquanto meio de prova, dado que as mesmas assumem também natureza de meio de defesa – cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *in Curso...*, vol. II, p. 242.

<sup>296</sup> Assim, GERMANO MARQUES DA SILVA, *in Curso...*, vol. II, pp. 203 e ss. e 252. O Autor afirma que não é coerente com o estatuto de arguido que este, em sede de produção de prova, num mesmo processo, assumas as vestes de arguido e de testemunha, já que a regulação da prova testemunhal não se compatibiliza com determinados direitos do arguido, dando-se o exemplo da exigência de se prestar juramento, que colide com o direito ao silêncio do arguido – cfr. *ibidem*, p. 204.

<sup>297</sup> Neste sentido, TERESA BELEZA, *in* “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, p. 51.

<sup>298</sup> Assim, ECHARRI CASI, *in* “La prueba de la prueba. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 207/2002, de 11 de Noviembre.”, *in Diario La Ley*, n.º 5710, p. 1. O Autor faz aqui referência à exigência de corroboração da prova produzida por declarações de co-arguido e à proibição de premiar este tipo de declarações com reduções de penas ou consequências vantajosas similares, ambas defendidas pela jurisprudência do TC espanhol.

<sup>299</sup> *In loc. cit.*, p. 46.

CP, a prova será valorada tendo em conta essa “pessoalidade”. Ao contrário do que sucede no ordenamento italiano, cujo n.º 3 do art. 192 do CPPit estabelece uma excepção ao princípio da livre apreciação do julgador no que às declarações do co-arguido diz respeito, o sistema processual penal português é omissivo na matéria. A citada Autora faz depender a admissibilidade, melhor, a pouca credibilidade desta prova de um correcto exercício do contraditório, do seu confronto com contra-prova e, ainda, de corroboração através de outros meios de prova<sup>300</sup>. Esta é também a posição de GERMANO MARQUES DA SILVA, que advoga a adopção de prática semelhante ao, expressa e legalmente, consagrado no direito italiano: para que a prova produzida através de declarações de co-arguido seja atendível deve a mesma ser corroborada por outras provas, por via das quais se confirma a credibilidade daquela<sup>301</sup>.

Em suma, havendo (algum) assento legal, não se trata, propriamente, de prova atípica: as declarações de co-arguido, não sendo proibidas, vêm a sua admissibilidade questionada tanto pelos direitos inerentes ao estatuto de arguido (*maxime*, o direito ao silêncio e a ausência de juramento de veracidade das declarações) e, principalmente, pela fragilidade e suspeita natural das declarações de quem se vê acusado; como pela impossibilidade de cabal exercício do contraditório e pela conseqüente lesão dos direitos de defesa dos demais arguidos, só lhe sendo reconhecida credibilidade caso o depoimento seja “controlado pela defesa dos co-arguidos” e “corroborado por outras provas”<sup>302</sup>. Ou seja, neste caso, não se coloca, na verdade, um problema de admissibilidade da prova, mas de valoração da mesma, ao contrário do que sucede com as provas, puramente, atípicas. Em conclusão, este é um problema de credibilidade da prova da prova, em sede de valoração, não tanto de legalidade, no âmbito da sua admissão ou produção<sup>303</sup>.

---

<sup>300</sup> Cfr. TERESA BELEZA, loc. cit., pp. 47 e ss. A tese da corroboração que tem sido adoptada em Portugal é mais exigente do que a defendida pelo TEDH, «já que aí a corroboração só se impõe como mitigador dos direitos políticos de contraditório, nos casos em que o co-arguido incriminado não teve a possibilidade de exercer a contra-inquirição» – DÁ MESQUITA, in *A Prova...*, p. 590.

<sup>301</sup> In *Curso...*, vol. II, p. 253. Também ECHARRI CASI adopta esta posição quando afirma que « Los jueces no deben fundar su convicción en la mera acusación del coacusado, *sic et simpliciter*, pero tampoco se puede desdeñar su versión de los hechos, que ha de ser considerada en función de los factores particularmente concurrentes, singularmente la personalidad de los implicados o las relaciones habidas entre todos los coimputados», in loc. cit., p. 2.

<sup>302</sup> O que se retira da conclusão do já citado texto de TERESA BELEZA – loc. cit., pp. 58 e 59.

<sup>303</sup> Neste sentido, ECHARRI CASI, in loc. cit., p. 2.

### V.1.2. Reconhecimento pessoal em audiência de julgamento

É usual nos nossos tribunais a solicitação a quem presta declarações (seja testemunha, seja assistente) da confirmação de que a pessoa que se encontra na sala de audiências na posição de arguido é o autor dos factos objecto do processo e sobre os quais deporá. Esta solicitação não é precedida da descrição preliminar referida no n.º 1 do art. 147 do CPP, nem de qualquer outro dos formalismos procedimentais exigidos pelo referido preceito, relativo ao reconhecimento de pessoas. Deve-se ter por ultrapassado o argumento de o art. 147 do CPP não se aplicar na fase de julgamento<sup>304</sup> (alegando a jurisprudência incompatibilidades com as próprias formalidades da audiência de julgamento<sup>305</sup>), face ao aditamento do n.º 7 do mesmo preceito, pela Lei n.º 48/2007, que retira qualquer valor como prova ao reconhecimento que não obedeça ao disposto naquele normativo – “seja qual for a fase do processo em que ocorrer”. Pelo que, a ser produzida prova por reconhecimento pessoal na fase de julgamento, terão de se cumprir os mesmos trâmites exigidos nas fases preliminares, sendo, no entanto, nestas que normalmente se procedem a diligências de identificação do arguido como autor dos factos imputados, tendo em conta as características do acto recognitivo e o desgaste da memória visual<sup>306</sup> – sendo que necessário será salvaguardar o cumprimento dos formalismos

---

<sup>304</sup> Esta era a posição maioritária da nossa jurisprudência antes da Reforma de 2007, como se retira do ac. do TRC de 26/10/2011, proc. n.º 179/10.3GBVNO.C1, relatado por PAULO GUERRA. Posição sustentada, entre outros, no ac. do STJ de 2/10/96, proc. n.º 96P728, relatado por LOPES ROCHA.

<sup>305</sup> Cfr. MEDINA DE SEIÇA, loc. cit., pp. 1393 e ss.

<sup>306</sup> Não só a doutrina faz referência a estudos científicos em psicologia da memória, como também a jurisprudência entende que, para salvaguarda da maior fiabilidade da identificação, o reconhecimento deve ser efectuado o mais próximo temporalmente da ocorrência dos factos. Na doutrina, v., entre outros, GOMES DE SOUSA, “O reconhecimento de pessoas no projecto do Código de Processo Penal”, in *Julgar*, n.º 1, Janeiro-Abril, 2007, p. 167. Na jurisprudência portuguesa dá-se como exemplo o ac. do TRC de 10/11/2010, proc. n.º 209/09.1PBFIG.C1, relatado por PAULO GUERRA, e os restantes acs. do mesmo tribunal e relatados pelo mesmo Juiz Desembargador, abaixo mencionados, tendo seguido a posição neste primeiro assumida.

O TCesp já também assim o entendeu no ac. n.º 10/1992, referido por GOMES DE SOUSA, in loc. cit., p. 168. Esta decisão do TCesp destaca não apenas o distanciamento dos factos, mas também a publicidade inerente à audiência reduzir a confiabilidade do reconhecimento. O mesmo entendimento é perfilhado pelo Supremo Tribunal espanhol, tendo-se o exemplo da decisão 146/1998, de 10 de Fevereiro, citada por CLIMENT DURÁN, in *La prueba penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 1107. De resto, o Supremo Tribunal espanhol tem,

do art. 147 do CPP, bem como as garantias processuais destinadas à possibilidade de aproveitamento desta prova em sede de audiência, nomeadamente o respeito pelo contraditório<sup>307</sup>.

Ainda que a fase mais apropriada e aconselhada para a produção de prova por reconhecimento pessoal seja a do inquérito<sup>308</sup>, não se trata, claramente, de prova proibida no julgamento – nem, tão-pouco, atípica<sup>309</sup> –, mas a mesma só poderá ser objecto de produção em caso de necessidade<sup>310</sup> – isto é, quando haja uma indeterminação subjectiva dos factos

---

também, declarado que esta prova colide com os princípios da publicidade e da concentração, que informam a fase de julgamento penal, pelo que a produção desta prova em sede de audiência de julgamento terá «necesariamente un carácter excepcional» – RIVES SEVA, *in La prueba en el proceso penal: doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, 2.ª ed., Elcano (Navarra), Editorial Aranzadi, 1996, p. 96.

<sup>307</sup> Assim, MEDINA DE SEIÇA, loc. cit., p. 1398, que faz referência à doutrina de CORDERO e entende por conveniente aplicar ao reconhecimento produzido em fase preliminar, que se pretenda aproveitar na audiência, o regime das declarações para memória futura, mesmo que a pessoa que proceda ao reconhecimento não se encontre numa das situações previstas no n.º 1 do art. 271 do CPP – cfr. *ibidem*, pp. 1398 e 1399.

<sup>308</sup> Mesmo entendendo-se que bastará prova indiciária para proferir acusação, ou pronúncia, não deverá o arguido ser submetido a julgamento quando necessário seja (ou se venha a revelar) identificar o agente dos factos imputados. Para além da suficiência da prova indiciária exigida para se submeter a causa a julgamento e da erosão da memória visual com o decorrer do tempo, tem-se em conta, para a defesa da pré-constituição (em relação ao julgamento) da prova por reconhecimento, a clara desvantagem em que se encontra o arguido quando reconhecido em sede de audiência de julgamento de carácter público. O STJ, no ac. de 3/3/2010, relatado por SANTOS CABRAL e *supra* citado, considera mesmo que «admitir um reconhecimento realizado pela primeira vez em audiência de julgamento é (...) uma clara violação do *due process of law*, na medida em que, na audiência, o arguido está exposto publicamente».

<sup>309</sup> Ao contrário do que parece entender RIVES SEVA, *in La prueba...*, pp. 161 e 166 – no ordenamento espanhol o reconhecimento é, maioritariamente, tido como prova pré-constituída e antecipada, pelo que deve ser produzida nas fases preliminares, defendendo este Autor que é permitido e processualmente correcto, em sede de audiência de julgamento, inquirir as testemunhas no sentido de reconhecerem o arguido como autor dos factos imputados, sem o respeito pelas formalidades exigidas, «sin la formación de ruedas» (cfr. *ibidem*, p. 166).

<sup>310</sup> Em sentido aproximado, CLIMENT DURÁN, afirma que «la diligencia de reconocimiento en rueda no es un médio identificativo obligatorio: no es preciso practicarla automáticamente en todos os casos, aunque no concurra la menor duda acerca de la identidad del autor del hecho delictivo investigado» – *in ob. cit.*, p. 1108.

Também a boa jurisprudência portuguesa assim o entende, salientando-se no ac. do TRP, de 1/6/2011, proc. n.º 82/08.7SFPRT.P1, relatado por ÉLIA SÃO PEDRO, que «tudo passará por em concreto definir, pois, os casos em que há necessidade de reconhecer uma pessoa. (...) O reconhecimento impor-se-á como único meio

levados a julgamento –, não devendo constituir procedimento ‘normal’, ‘costumeiro’ ou ‘tradicional’, questionar a testemunha chamada a depor sobre os factos, tendo-os presenciado, sobre a identificação da pessoa que os praticou, ali presente, na sala de audiências, como arguido. O que determina o reconhecimento do arguido em julgamento é, portanto, a dúvida (razoável) acerca da identidade do agente dos factos imputados. E não se diga que o facto de não se autonomizar, formalmente, a produção de prova por reconhecimento das declarações da testemunha leva a que a mencionada solicitação de identificação (relação entre a pessoa do arguido e os factos sobre os quais a testemunha é inquirida) seja «mera identificação que de comum com o referido reconhecimento apenas tem a – incorrecta – nomenclatura»<sup>311</sup>.

---

processualmente legítimo de identificação quando a testemunha nenhuma relação anterior tinha mantido com a pessoa submetida a julgamento».

<sup>311</sup> TRC, ac. de 10/11/2010, proc. n.º 209/09.1PBFIG.C1, relatado por PAULO GUERRA e *supra* referido. Igual entendimento foi adoptado nos acs. do mesmo tribunal, de 16/2/2011, proc. n.º 217/09.2PEAVR.C1 (caso em que o reconhecimento pessoal [formalizado] já havia ocorrido em sede de inquérito), de 4/5/2011, proc. n.º 231/08.5GBTMR.C1 (caso em que a prova por reconhecimento pessoal também teve lugar no inquérito, mas foi anulada por se tratar de arguido menor e não ter sido assistido por defensor; o que demonstra a necessidade de identificar o agente dos factos sem que parecesse haver outro meio de prova que sustentasse essa identificação, baseando-se a convicção do tribunal *a quo*, de que o arguido era o autor dos factos imputados, no reconhecimento efectuado por testemunha na audiência de julgamento), e de 26/10/2011, relatados pelo mesmo Juiz Desembargador e o último já *supra* referido. A mesma posição tomou o TRL, no ac. de 14/12/2010, proc. n.º 518/08.7PLLSB.L1-5, relatado por NETO DE MOURA. Nas decisões do TRP, procura-se legitimar esta falta de autonomização do reconhecimento / identificação do depoimento testemunhal com o contraditório inerente à prova testemunhal, dizendo-se que uma tal posição não prejudicaria os direitos de defesa do arguido. No entanto, dada a diversa natureza da prova por reconhecimento pessoal, nesta o contraditório pressupõe o confronto da imagem física da pessoa do arguido com outras imagens físicas de pessoas que apresentem “as maiores semelhanças possíveis” (n.º 2 do art. 147 do CPP), só assim se obtendo um verdadeiro reconhecimento dialéctico.

O STJ manifesta parecer semelhante, no ac. de 3/3/2010, relatado por SANTOS CABRAL e já citado, quando assegura que «estamos perante a prova por reconhecimento quando não esteja identificado o agente do crime, sendo necessária a sua determinação. Constitui algo de absolutamente distinto a situação de confirmação como agente do crime em relação a alguém previamente identificado, investigado e assumido como sujeito processual com todo o catálogo de direitos inscritos como tal a qual se traduz numa íntima comunicabilidade e interacção entre os diversos intervenientes processuais envolvidos no julgamento».

Também o TC, no ac. n.º 425/2005, relatado por BENJAMIM RODRIGUES, já defendeu a distinção entre a prova por reconhecimento propriamente dita e o juízo de imputação subjectiva que se faça em sede de depoimento

Distinguir-se, desta forma, o reconhecimento por lei regulado da identificação do arguido como agente dos factos sobre os quais a testemunha ‘identificadora’ depõe é mero jogo de palavras e conceitos e não deixa de constituir, com o devido respeito, fraude ou desvio ao sistema probatório legalmente estatuído<sup>312</sup>.

Se é certo que a actividade de reconhecimento pessoal através da visão possui alguns pontos de contacto com o relato dos factos por parte de uma testemunha, na medida em que ambos os actos se reportam à experiência empírica e à memória<sup>313</sup> (visual, principalmente),

---

testemunhal na audiência de julgamento, entendendo-se que « um testemunho, enquanto "juízo" de imputação fáctica, implica sempre um "reconhecimento" de um determinado sujeito – *recte*, uma individualização concretizadora ou um *acto de identificação directa*». O TC, de acordo com este entendimento, só autonomiza a prova por reconhecimento quando necessário seja esclarecer uma situação de incerteza subjectiva – caso se verifique esta necessidade, terão já de ser cumpridos os procedimentos exigidos pelo art. 147 do CPP, porque aí haverá, para o TC, verdadeiro reconhecimento pessoal. Neste aresto, a decisão do TC foi, pois, a de «não julgar inconstitucional o 147.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal, na interpretação segundo a qual quando, em audiência de julgamento, a testemunha, na prestação do seu depoimento, imputa os factos que relata ao arguido, a identificação do arguido efectuada nesse depoimento não está sujeita às formalidades estabelecidas em tal preceito».

Apenas aceitamos a falta de autonomização do acto de identificação referido do depoimento testemunhal em que o mesmo tem lugar no sentido de se valorar tal identificação, ou seja, não para efeitos de se sanar indeterminação subjectiva dos factos, mas para conferir “credibilidade e consistência” ao depoimento, «não podendo aquele [a dita identificação] ser *autonomamente* valorado para responder às situações onde se justifique a autonomização de um verdadeiro acto de reconhecimento» (cfr. ac. do TC n.º 425/2005, relatado por BENJAMIM RODRIGUES).

<sup>312</sup> Em sentido semelhante, ISABEL VALONGO votou vencida o citado ac. do TRP de 10/11/2010, afirmando que «embora o tribunal a quo não tenha designado a identificação efectuada como reconhecimento na pessoa do arguido feito na audiência de discussão e julgamento, antes a integrasse na prova testemunhal, o certo é que em termos ontológicos o que ocorreu, de forma absolutamente ilegal, por violadora das regras que regulamentam este meio de prova, foi um efectivo reconhecimento do arguido – art. 147.º do CPP». A Juíza Desembargadora teria, portanto, declarado sem valor probatório o reconhecimento naqueles termos efectuado, sendo que não relatou o referido ac. por vencimento.

<sup>313</sup> Cfr. ac. do TRP, de 1/6/2011, relatado por ÉLIA SÃO PEDRO e acima citado. Neste aresto apresentam-se argumentos literais, históricos, teleológicos e sistemáticos no sentido da proibição de valoração do reconhecimento produzido em audiência de julgamento sem o respeito pelos formalismos do art. 147 do CPP, afastando liminarmente o enquadramento de tal actividade probatória no princípio da não taxatividade dos meios de prova e no princípio da livre apreciação, citando o texto, por nós já referido, de MEDINA DE SEIÇA para

contêm, também, particularidades que os afastam, principalmente no que às respectivas finalidades diz respeito, mas não só: se nos testemunhos as declarações prestadas são «recondutíveis aos esquemas usuais da comunicação verbal»<sup>314</sup>, organizando-se «a recordação mediante referentes de espaço e tempo, causa e efeito»<sup>315</sup>, no reconhecimento «trabalha-se sobre uma matéria completamente alógica, que se presta aos “curto-circuitos” de sensações racionalmente insondáveis»<sup>316</sup>. Daqui resulta um mais difícil controlo do reconhecimento, já que, por muito que se reconstrua o contexto da primeira apreensão, não será possível a recomposição do acto cognitivo, enquanto que o relato dos factos por parte de uma testemunha pode ser facilmente verificado, designadamente, através da *cross-examination*. Tanto mais se revela difícil tal controlo que a lei impõe que, antes do acto cognitivo propriamente dito, o sujeito activo do reconhecimento proceda a uma descrição pormenorizada do sujeito passivo – o que facilitará a avaliação da fiabilidade do reconhecimento. O reconhecimento será, pois, sempre prova autónoma relativamente às provas que têm por base declarações (do arguido, do assistente ou das testemunhas), não tendo a prova por reconhecimento natureza declarativa ou testemunhal<sup>317</sup>, nem podendo à prova testemunhal ser atribuída valor probatório semelhante ao do reconhecimento, dadas as distintas finalidades que subjazem a cada um dos meios.

Desta forma, acompanhamos MEDINA DE SEIÇA, quando afirma que «não se mostra legítimo do ponto de vista da legalidade da prova admitir como válidos reconhecimentos feitos em audiência sem o respeito das regras procedimentais prescritas sob o pretexto de essa prova não ser proibida, ou que no nosso sistema o catálogo das provas não é taxativo»<sup>318</sup>, uma vez que, como bem afirma o mesmo Autor, tal não se enquadra no conceito de atipicidade probatória acima definido (cfr. ponto III.1.) e representa um desvio à disciplina probatória delineada pelo legislador, numa clara violação do princípio da legalidade – a que a

---

enfatizar a distinção entre o momento aquisitivo da prova e o momento valorativo e a ilegitimidade de ‘fraude à lei’ para se utilizar supostos meios atípicos de prova.

<sup>314</sup> MEDINA DE SEIÇA, *in loc. cit.*, p. 1414.

<sup>315</sup> *Ibidem*, p. 1414.

<sup>316</sup> *Ibidem*, p. 1414. O Autor cita, a este propósito, CORDERO, que conclui pela maior falibilidade do acto cognitivo, por comparação com o acto declarativo da testemunha.

<sup>317</sup> Assim, GOMES DE SOUSA, *in loc. cit.*, p. 167.

<sup>318</sup> MEDINA DE SEIÇA, *in loc. cit.*, p. 1412.



lei associa, de modo expresso, a proibição de valoração (n.º 7 do art. 147 do CPP). Também o princípio da livre apreciação probatória não servirá de argumento válido para a produção de reconhecimentos em audiência de julgamento sem o respeito pelas formalidades exigidas pelo art. 147 do CPP<sup>319</sup>, já que um argumento de tal ordem revela uma confusão inaceitável entre os conceitos de possibilidade de valoração e critério de valoração da prova<sup>320</sup>. Devem, pois, distinguir-se os dois momentos: o de aquisição e de produção da prova no processo e o de valoração dessa mesma prova – sendo o segundo legitimado pelo primeiro e, logicamente, posterior ao mesmo (como, de resto, já foi reconhecido pelo TC, no ac. n.º 137/2001, relatado por MARIA DOS PRAZERES BELEZA).

Assim, preocupando-se a lei em salvaguardar a fiabilidade de prova frágil e, simultaneamente, determinante, como pode constituir o reconhecimento pessoal<sup>321</sup>, temos que

---

<sup>319</sup> Mesmo sob o argumento de que se valora livremente o depoimento da testemunha que procede à ‘identificação’, apresentado pelo TRC, nos acs. de 10/11/2010 e de 26/10/2011, ambos relatados por PAULO GUERRA e acima citados; o argumento foi, ainda, apresentado, entre outros, no ac. do STJ de 2/10/96, relatado por LOPES ROCHA e já referido.

Também na jurisprudência italiana o reconhecimento dito *informal*, em sede de audiência de julgamento, tem sido admitido com base não só no princípio da não taxatividade dos meios de prova, mas também no princípio do livre convencimento do juiz na valoração da prova – cfr., entre outros, FIANDANESE, ob. cit., p. 436; e PIERMARIA CORSO, *Codice di Procedura Penale e Processo Penale Minorile: Commentati con la Giurisprudenza*, 27.ª ed., Piacenza, Casa Editrice La Tribuna, 2009, pp. 519 e 520. TONINI, criticando esta posição assumida pelos tribunais italianos, enfatiza que uma decisão judicial fundada na valoração de um reconhecimento *informal* desta natureza padece de vício (também) de fundamentação, já que carece de motivação lógica por a valoração da prova não pressupor o cumprimento de todos os trâmites e formalidades que conferem alguma credibilidade à prova por reconhecimento – cfr. ob. cit., p. 265. Neste sentido também ZAPPALÀ, afirmando o claro comprometimento do valor probatório de um reconhecimento que não respeite as formalidades legalmente previstas para que se possa conferir fiabilidade a este meio de prova – *in ob. cit.*, pp. 198 e ss.

<sup>320</sup> Assim, MEDINA DE SEIÇA, *in loc. cit.*, p. 1420. O Autor cita ANNA MARIA CAPITA, a qual chama a atenção para o facto de a mencionada confusão ultrapassar o plano jurídico, tocando no lógico, «já que não se tem em conta a distinção entre o momento processual da assunção do meio de prova, ao qual se refere o problema da taxatividade dos meios de prova e aquele outro, sucessivo, da valoração do resultado probatório, em que intervém o princípio da livre convicção» (*in ibidem*, p. 1421).

<sup>321</sup> Assim o foi no caso que motivou a decisão do TRP, de 22/9/2010, relatada por JOAQUIM CORREIA GOMES e já citada, em que se absolveu a arguida pelo facto de o juízo de culpabilidade que recaiu sobre a mesma ter tido

«a regulamentação minuciosa que subjaz ao reconhecimento visa garantir a neutralidade psíquica de quem deva proceder à identificação, evitando resultados influenciados, pré-constituídos, e inviabilizando situações formais que façam convergir invariavelmente a escolha sobre o suspeito indiciado»<sup>322</sup>, ou, no caso do reconhecimento em audiência de julgamento, do arguido acusado ou pronunciado. Deste modo, na medida em que o reconhecimento constitui prova que pode influenciar de modo decisivo o juízo de culpabilidade, é imprescindível que se cumpram, inexoravelmente, todos os trâmites e formalismos que a lei prevê para este tipo de prova<sup>323</sup>, sempre que o objectivo for o de identificar a pessoa do arguido como agente dos factos imputados.

Tendo em conta o que se disse *supra* (ponto IV.2.1.1.), se necessário for o reconhecimento do arguido, enquanto sujeito dos factos que lhe são imputados, a prova a que se deverá recorrer será o reconhecimento e não a testemunhal. Se assim não suceder, solicitando-se a (confirmação da) identificação do arguido como agente dos factos imputados, ter-se-á um desvio inadmissível do procedimento probatório legalmente previsto para o reconhecimento pessoal que, como tal, não constituirá meio de prova atípico<sup>324</sup>, mas estará viciado, considerando-se proibida a sua valoração (cfr. n.º 7 do art. 147 do CPP).

---

como base um reconhecimento que não respeitou as regras previstas no art. 147 do CPP, pelo que se revelou «inútil reenviar o processo para determinação dos efeitos da não valoração dessa prova».

<sup>322</sup> FRANCISCO DE ALMEIDA GARRETT e MANUEL JOSÉ MENDES, *in ob. cit.*, p. 80.

<sup>323</sup> V., neste sentido, GOMES DE SOUSA, *in loc. cit.*, p. 155. Também o TC, no ac. n.º 137/2001, relatado por MARIA DOS PRAZERES BELEZA, assegura que «a observância de regras básicas que garantam a fidedignidade do acto de reconhecimento é pressuposto da atribuição de valor como meio de prova a tal reconhecimento», referindo, ainda, neste sentido, a jurisprudência do TC plasmada no ac. n.º 408/89, que declarou inconstitucional a norma do anterior CPP que permitia a realização de reconhecimentos sem a presença de juiz. Com base na relevância e na gravidade do juízo inerente à valoração da prova por reconhecimento, o TC, no ac. 137/2001, declarou a inconstitucionalidade da norma constante do art. 127 do CPP quando interpretada no sentido de permitir, tendo como fundamento o princípio da livre apreciação da prova, a valoração de reconhecimento de arguido realizado em audiência de julgamento sem que sejam cumpridos (nenhum d)os procedimentos do art. 147 do CPP, por, claramente, se violar as garantias de defesa do arguido consagradas no n.º 1 do art. 32 da CRP. No ac. n.º 425/2005, relatado por BENJAMIM RODRIGUES, também o TC enfatizou a importância das regras previstas no art. 147 do CPP para garantir a credibilidade do reconhecimento.

<sup>324</sup> Nunca esquecendo a delimitação do conceito de atipicidade probatória, no seio de uma leitura positiva do sistema de prova processual penal – cfr. *supra* pontos III.1. e III.2.3.

A Lei italiana, ao contrário do ordenamento processual penal português, que regula apenas o reconhecimento visual de pessoas, prevê que a identificação se possa fazer através não só das percepções visuais, mas também das olfactivas, das sonoras ou de outro tipo de percepções sensoriais (cfr. art. 216 do CPPit). Aqui poderemos ter um exemplo de meio de prova atípico, face à inexistência de previsão pelo nosso legislador do reconhecimento com recurso a outro tipo de sentidos que não o visual, não sendo de admitir que este ‘silêncio’ foi propositado, na medida em que tal intenção seria discriminatória face à impossibilidade de o reconhecimento ser activamente realizado por parte de indivíduo com incapacidade (total ou parcial) ou deficiência visual.

A este tipo de reconhecimento o direito italiano manda aplicar as disposições reguladoras do reconhecimento pessoal com base nas percepções visuais. O mesmo poderá ser judicialmente determinado no ordenamento português, integrando-se a lacuna por aplicação analógica do art. 147 do CPP (com as necessárias adaptações), caso se conclua que este meio atípico de prova não é susceptível de, em concreto, restringir direito, liberdade e garantia do arguido visado<sup>325</sup>.

## ***V.2. A prova atípica científica***

Face à delimitação advogada do conceito de atipicidade da prova, serão os meios técnicos científicos que mais frequentemente justificarão a aplicação do princípio da liberdade de prova consagrado no art. 125 do CPP, na medida em que é a ciência que vai desvendando os métodos e instrumentos técnicos cuja inovação não permitiu a uma *previsão* legal. Em relação a estes importa delimitar em que termos poderão a abstracta funcionalidade e a concreta adequação e relevância probatória ser aferidas.

Cumpre, nesta sede, distinguir os métodos e instrumentos técnico-científicos que possam beneficiar de experiência consolidada na prática judiciária, particularmente através da perícia ou de exames, daqueles que consubstanciam novidade controversa e de mais elevada especialização<sup>326</sup>, sendo apenas estes os que interessam para o tema em debate: a admissibilidade de novos meios e métodos probatórios advindos de descobertas e

---

<sup>325</sup> Cfr., sobre a matéria, ponto IV.2.2.2.

<sup>326</sup> Assim, ORESTE DOMINIONI, ob. cit., pp. 12 e 13.

desenvolvimentos científicos. No campo científico, tal como afirma ORESTE DOMINIONI<sup>327</sup>, a lei nem possui capacidade criadora ou antecipatória dos novos métodos científicos, nem se pode fechar perante os mesmos. Contudo, face à novidade do método científico, também não se deverá classificá-lo, sem mais, como meio atípico de prova, na medida em que existe a possibilidade de o enquadrar, ainda, num meio típico, nomeadamente na perícia<sup>328</sup>. Existem, ainda assim, segundo o referido Autor, dois factores que levam, no direito italiano, à ligação entre instrumentos técnico-científicos novos e prova atípica: em primeiro lugar, o não enquadramento num meio típico motivado pela possível desadequação, tal como os mesmos estão configurados, e a falta de garantia de uso fiável desses instrumentos no processo, inexistindo mecanismos de controlo conhecidos e testados; em segundo lugar, a ausência de norma de admissibilidade especificamente da prova científica, recorrendo-se, pois, ao art. 189 do CPPit<sup>329</sup>. A aplicação do mecanismo do art. 189 do CPPit e, no caso português, dos princípios e normas *supra* referidos de admissibilidade da prova atípica salvaguarda a legitimidade de utilização do método científico novo no processo, face à liberdade moral e à dignidade da pessoa humana, bem como adequa o modo de aquisição da prova às especificidades de tal método<sup>330</sup>. Ainda assim, o citado Autor não reconduz, simplesmente, os novos métodos científicos ao normativo da atipicidade da prova, complementando-o com outras disposições probatórias. No exemplo da reconstrução do facto através de meios informáticos distingue a aferição da sua idoneidade e legitimidade face à prova dos factos concretamente discutidos no processo, por aplicação do art. 189 do CPPit, da mesma aferição no que respeita à ‘específica competência técnica, científica ou artística’, através do art. 220 do mesmo Código (norma geral respeitante à perícia)<sup>331</sup>.

---

<sup>327</sup> Cfr. ob. cit., p. 26.

<sup>328</sup> Neste sentido, ORESTE DOMINIONI, ob. cit., pp. 34 e ss. O Autor

<sup>329</sup> Assim, ORESTE DOMINIONI, *in* ob. cit., p. 37.

<sup>330</sup> Neste sentido, ORESTE DOMINIONI, ob. cit., p. 105.

<sup>331</sup> Cfr. ORESTE DOMINIONI, ob. cit., pp. 107 e 108. A distinção entre estes dois juízos, sobre uma mesma prova que o Autor tem por atípica, baseia-se num entendimento de atipicidade diverso do que foi por nós *supra* advogado. DOMINIONI distingue a atipicidade externa – que retira do art. 189 do CPPit e consubstancia no poder-dever de o juiz determinar o modo de aquisição da prova atípica quando os métodos previstos no Código não se revelem idóneos a tal obtenção – da atipicidade interna – que consiste na ‘adaptação’ da disciplina probatória legalmente prevista ao meio de prova que concretamente se pretende fazer valer no processo,

Para RICCI, a tipicidade da forma pericial não exclui a atipicidade ao procedimento que, através daquela, conduz a um resultado probatório específico. No seguimento desta posição, RICCI defende que a recondução, teoricamente possível, à prova pericial de qualquer meio de prova desvendando pelo processo científico não é aceitável sem mais<sup>332</sup>. Tais meios de prova assumem características diversificadas, pelo que o procedimento técnico a adaptar será sempre atípico face à regulação geral da prova pericial. RICCI distingue os casos em que a prova é produzida com recurso exclusivo ao conhecimento do perito, daqueles casos em que o “perito” é apenas “gestor” de um procedimento ou método científico, ultrapassando a produção de prova os conhecimentos técnico-científicos da pessoa que a supervisiona; neste último caso, temos, de acordo com o citado Autor, uma prova não regulada na lei, atípica, portanto<sup>333</sup>. Contudo, o procedimento de aquisição de tal prova, nomeadamente no que respeita ao contraditório normativamente previsto, deve seguir a forma típica da prova pericial, até para garantia dos direitos de defesa do arguido.

Saliente-se que, para ORESTE DOMINIONI, apenas se poderá falar de cientificidade da prova no âmbito da valoração da mesma, isto é, só será qualificável como prova científica aquela cuja valoração implicar um juízo (científico) que vá para além do conhecimento de experiência comum, «dell’uomo medio»<sup>334</sup>. Neste sentido, o mesmo Autor irá afirmar que a cultura, os conhecimentos e as máximas de experiência do homem médio constituem o limite a partir do qual a inferência probatória deverá ficar ‘reservada’ ao perito ou especialista no ramo científico em que o novo instrumento se insere<sup>335</sup>; isto é, deverá ser reservada à intervenção de (verdadeiros) conhecimentos científicos, sendo que os sujeitos processuais que intervêm na produção de prova, em regra, os não possuem. Deste modo, ou os sujeitos

---

legitimando tal posição, nomeadamente, na expressão do §1 do art. 501 do CPPit, que determina a aplicação das normas relativas ao ‘esame dei testimoni’ ao ‘esame dei periti e dei consulenti tecnici’ “*in quanto applicabili*”, retirando desta expressão o poder-dever do juiz derrogar a disciplina legal dos meios probatórios em questão (*in ob. cit.*, p. 109 e 110). Quanto a esta última norma, o Autor reconhece claramente que a mesma contempla o fenómeno de atipicidade interna, que permite algum “espaço de manobra” (que, ainda assim, considera limitado) e um mais amplo exercício do contraditório (aplicando-se a *cross-examination* vigente em sede testemunhal), no âmbito da admissão de métodos técnico-científicos novos no campo probatório – *cfr. ob. cit.*, p. 268.

<sup>332</sup> *Ob. cit.*, pp. 567 e ss.

<sup>333</sup> *Cfr. ob. cit.*, p. 645.

<sup>334</sup> ORESTE DOMINIONI, *in ob. cit.*, p. 38.

<sup>335</sup> *Cfr. ob. cit.*, p. 46.

processuais possuem conhecimentos, instrumentos e recursos para controlar a prova científica e exercer plenamente o contraditório em sede da sua produção, ou tal prova, pela sua novidade, controvérsia e especialização, não permite tal controlo<sup>336</sup> – ainda que seja sempre possível questionar os fundamentos e a validade científica do novo método, segundo parâmetros e argumentos divulgados pela comunidade científica, em geral. Ou seja, para se colocar em causa as conclusões do perito ou especialista deverá o juiz, ou, mesmo, os restantes sujeitos processuais, utilizar argumentos que se coloquem no mesmo patamar científico daqueles que foram utilizados para fundamentar as conclusões que se pretende contrariar. Aliás, no que respeita aos métodos científicos novos, inéditos na experiência judiciária e não previstos na lei, deve o juiz aferir da sua validade e atendibilidade na comunidade científica para ajuizar da sua admissibilidade no processo<sup>337</sup>.

A este respeito, cumpre explicar as regras de admissibilidade de métodos científicos, auxiliares da aferição da idoneidade dos respectivos meios probatórios. Pelo desenvolvimento da jurisprudência norte-americana sobre o tema, ORESTE DOMINIONI, na sua obra sobre a nova prova científica, explora os testes e critérios aceites pelos tribunais americanos<sup>338</sup> – análise que seguiremos de perto nas próximas linhas. No início do século passado, a credibilidade do depoimento de uma testemunha especialista em determinado ramo científico era aferida a partir da posição que a mesma assumia no mercado desse mesmo ramo ou profissão científica – era o apelidado *commercial marketplace test*. No entanto, claramente nesta posição de mercado influem inúmeros factores, nomeadamente económicos ou o próprio ‘carisma’ do especialista, irrelevantes para efeitos de credibilidade probatória, que deve ter por base critérios objectivos e não o reconhecimento subjectivo do perito pelo público. Daqui evoluiu-se para um critério denominado por *intellectual marketplace test*, que, contudo, não atendia, ainda, aos princípios científicos utilizados e aplicados pelo perito, mas ao seu reconhecimento intelectual. Apenas em 1923, o Tribunal Superior do *District of Columbia* adoptou, pela primeira vez na jurisprudência norte-americana, a propósito de um caso de utilização de polígrafo (detector de mentiras ou *lie detector*) no depoimento do arguido, acusado de homicídio, o *general acceptance test*, segundo o qual a prova científica

---

<sup>336</sup> Neste sentido, ORESTE DOMINIONI, ob. cit., p. 69.

<sup>337</sup> Chama a atenção para este ‘controlo’ da prova científica nova, ORESTE DOMINIONI, in ob. cit., pp. 75 e ss.

<sup>338</sup> Cfr. ob. cit., pp. 115 e ss.

só poderá ser admitida no processo penal, como tal, quando fundada em princípios científicos aceites pela generalidade da comunidade científica, sendo esta doutrina dirigida à credibilidade do perito ou especialista que depõe para explicar e demonstrar o método técnico-científico utilizado. Tal teste só será, note-se, aplicável perante novidades científicas, em relação às quais é necessário estabelecer a fronteira entre a fase experimental do novo método e a demonstração do princípio científico. Naquele caso, o tribunal entendeu que o polígrafo não era apto a passar o dito teste de validade dos princípios e técnicas científicas aplicados.

Também com base na casuística norte-americana, SILVA RODRIGUES defende que para se poder assegurar a ‘cientificidade’ do método ou meio probatório dever-se-á apreciar: «1.º A “testibilidade” ou “comprovação da cientificidade e repetitividade” da teoria ou da técnica (*The theory or technique has been or can be tested*); 2.º A existência de estudos científicos em redor da teoria ou técnica a ser adoptada como meio de investigação criminal (*The theory or technique has been subjected to peer review and publications*); 3.º A existência e manutenção de padrões (“standards”) de controlo do uso da técnica subjacente a essa teoria científica de conhecimento e investigação criminal (*The existence and maintenance of standards controlling use of the technique*); 4.º O conhecimento da possibilidade de existir uma margem de erro e a sua aceitação e não turbação do carácter científico da técnica de investigação criminal usada (*A known or potencial rate f error that is acceptable*); 5.º A geral aceitação da técnica no seio da comunidade científica (*General acceptance of the technique in the scientific community*)»<sup>339</sup>.

Contudo, um princípio tão genérico como se revela o da *general acceptance*, começou a levantar vários problemas, nos anos ‘60 e ‘70, entre os quais a questão de saber em que consistem os princípios científicos, qual a comunidade científica de referência (particularmente em casos de métodos multidisciplinares) ou qual a extensão do consenso exigido. Acresce que, baseando-se num critério de aceitação geral, este teste afastava provas científicas que, apesar de idóneas à descoberta dos factos levados a julgamento, tinham por base métodos cuja novidade levava a que a comunidade científica não os tivesse testado suficientemente para se verificar aceitação geral, mesmo que não houvesse rejeição<sup>340</sup>. O

<sup>339</sup> *In ob. cit.*, tomo I, p. 406.

<sup>340</sup> Assim, R. J. GOODWIN e J. GURULÉ, *apud* ORESTE DOMINIONI, *in ob. cit.*, pp. 123 e 124. GARY EDMOND chama a atenção para o facto de o contexto social e cultural influenciar a construção e o reconhecimento dos

factor de validação científica que o tempo constitui não se compatibiliza com a necessidade de resolver determinado caso levado a julgamento num determinado período de tempo<sup>341</sup> – «è cio che, imposto epistemologicamente allo scienziato, non è consentito giuridicamente al giudice: il *non liquet*»<sup>342</sup>. Começaram, pois, a surgir decisões jurisprudenciais que afastavam este critério de *general acceptance* do *Frye test*, não se baseando na aceitação da comunidade científica, mas no controlo do próprio juiz sobre a validade da teoria científica subjacente ao método adoptado e das técnicas que aplicam essa mesma teoria, bem como sobre a adequação da aplicação desta ao caso concreto.

Em 1975 foram aprovadas as *Federal Rules of Evidence*, onde se estabelecem como critérios gerais de admissibilidade da prova a sua relevância, consubstanciada na sua capacidade de comprovar facto relevante para a decisão da causa, e a sua não proibição. Especificamente acerca da prova científica, permite-se o depoimento de testemunha especialista em determinada matéria científica, sendo que na validação da prova, do ponto de vista da sua credibilidade, o *Frye test* continuaria a ser o critério que reuniria mais amplo consenso na jurisprudência norte-americana, até ao caso *Daubert v. Merrel-Dow Pharmaceuticals Inc.* Num primeiro plano, esta decisão atribui o papel garantístico ao juiz de um verdadeiro controlo da credibilidade do instrumento científico utilizado na prova<sup>343</sup>.

---

métodos científicos, o que dificulta o consenso – in “Science, Law and Narrative: helping the ‘facts’ to speak for themselves”, in *Southern Illinois University Law Journal*, vol. 23, 1999, p. 562 (disponível na Base de Dados do Gabinete de Documentação e Direito Comparado, consultado em <http://www.gddc.pt/bases-dados/form-pesquisa.html>, a 3 de Abril de 2012).

<sup>341</sup> Neste sentido K. R. FOSTER e P. W. HUBER, *apud* ORESTE DOMINIONI, *in ob. cit.*, p. 124.

<sup>342</sup> ORESTE DOMINIONI, *in ob. cit.*, p. 124.

<sup>343</sup> A atribuição deste papel ao juiz prende-se com o facto de no sistema processual penal norte-americano a valoração da prova ser efectuada por um júri. Desta forma, tal como afirma J. T. WALSH, *apud* ORESTE DOMINIONI, o júri popular não deve ser exposto a uma testemunha científica ou técnica que possa influenciar negativamente a sua valoração dos factos; a função garantística do juiz baseia-se, pois, em duas questões de fundo: a primeira é a de que o juiz está mais habituado e tem maior experiência na valoração de testemunhos científicos complexos do que um membro médio do júri popular e a segunda é a de que o juiz deve assumir a tarefa específica de seleccionar a prova com especial capacidade e conhecimentos, o mais possível ao nível adequado à prova em questão - *in ob. cit.*, p. 201. No entanto, tendo os juízes, em geral, meros conhecimentos científicos basilares, insuficientes para aferir da confiabilidade da prova, deverão ser os cientistas, peritos ou especialistas (pares do perito levado a depor) a assumir o papel de *gatekeepers* – assim parece defender ORESTE



Define, igualmente, conjugada com as *Federal Rules of Evidence* critérios de admissibilidade da prova científica: i) validade do princípio científico e da tecnologia em que se baseia o depoimento do perito /especialista *científico* (ou seja, cujos conhecimentos e “opiniões” radicam em procedimentos reconhecidos por um ramo científico); ii) correcta aplicação desse princípio ou tecnologia no caso concreto; iii) idoneidade para prova de facto objecto do processo (*helpfulness element*); iv) as *hearsy evidences* só serão admitidas se os factos ou dados relatados pelo perito / especialista forem do conhecimento geral do ramo científico em questão; v) exclusão da prova ou ‘depoimento científico’ cujo risco de gerar confusão, engano ou influência na valoração da prova seja superior ao esclarecimento pertinente para a descoberta da *verdade judicial*; vi) exclusão da prova científica que contribua para um prolongamento (temporal) excessivo do processo, face à eficácia na descoberta da verdade que é capaz de trazer para o mesmo, ou que represente uma desnecessária cumulação de meios probatórios.

Aproveitamos para relembrar os critérios de admissibilidade da prova científica sistematizados por SILVA RODRIGUES (de algum modo incidentes nas perícias ou exames de amostras de ADN): «i) o reconhecimento pela comunidade científica do ramo de conhecimento subjacente ao juízo técnico; ii) uso de métodos ou aparelhos devidamente aprovados, homologados ou legalizados; iii) uso dos aparelhos por pessoal especializado ou com formação específica e adequada e de acordo com os manuais técnicos de tais equipamentos; iv) identificação das margens de erro possíveis e contenção dos mesmos dentro dos mínimos exigíveis à manutenção de tal método científico; v) verificação periódica da manutenção dos níveis de fiabilidade dos aparelhos, instrumentos e métodos científicos usados; vi) recolha de amostra suficiente para permitir a contraprova (“*re-test*”); vii) recolha de vestígios biológicos do corpo humano com prévia advertência dos direitos processuais do visado, sem oposição, expressa e inequívoca do visado; viii) manutenção da possibilidade de

---

DOMINIONI, *in ob. cit.*, p. 204. A análise da jurisprudência norte-americana por parte deste Autor centra-se, como se tem vindo a observar, nos depoimentos de testemunha com especiais conhecimentos técnico-científicos.

Já a propósito do direito italiano, ORESTE DOMINIONI entende que, pela redacção do art. 189 do CPPit, deve ser o juiz a formular juízo de admissibilidade, controlando directamente a fiabilidade da prova científica, sem necessidade de recurso à comunidade científica, não se adoptando, portanto, a *general acceptance doctrine* – cfr. *ob. cit.*, p. 210.

exercício do contraditório ou repetição dos exames ou perícias por entidades independentes, tomando as precauções para que tal não fique inviabilizado, por mau manuseamento da amostra, sem custos acrescidos para o visado; ix) advertência do visado dos direitos processuais penais que lhe assistem, nomeadamente o direito ao silêncio ou a “calar o corpo”, face à possibilidade de a sujeição ao exame ou perícia poderem levar à sua autoincriminação (*privilege against self-incrimination*); x) manutenção da “*chain of custody*” entre o momento da colheita, análise e apresentação dos resultados; xi) princípio da não exclusividade condenatória a partir da prova científica não contraditada e não complementada com outros meios de prova; xii) aplicação do Modelo Dinâmico-Reversivo, isto é, verificação dos resultados à luz das suas causas, de forma dinâmica, testando cada um dos resultados e, de forma reversiva, do resultado pericial para a causa; xiii) apresentação clara, precisa e perceptível dos resultados, mediante comprovação, demonstração científicas dos mesmos, de forma contraditória, em audiência de julgamento»<sup>344</sup>.

Estes critérios centrados nos princípios e na metodologia que sustentam a prova científica são, sobretudo, relevantes, em sede de admissibilidade da mesma no processo, no momento probatório inicial, em que o juiz ajuíza da pertinência, da relevância e da credibilidade do meio para a prova dos factos em que se fundamentará a decisão final<sup>345</sup>. Consideramos que, de modo semelhante à conclusão apresentada por GARY EDMOND<sup>346</sup>, a credibilidade reconhecida e o valor posteriormente atribuído à prova científica acabam por ser influenciados pelo próprio discurso e pela finalidade da produção de prova, assim como a valoração da prova é influenciada, inevitavelmente, pelos moldes em que o discurso e o debate científicos se desenrolam, tratando-se de questões cuja análise não poderá ser efectuada de forma estanque.

Note-se que tais critérios de admissibilidade podem não ser ajustados a qualquer tipo de ciência, particularmente no que às ciências sociais e humanas diz respeito. De facto, as chamadas *soft sciences* possuem factores de cientificidade de mais complexa verificação. Porém, para além de concepções dualistas, têm sido defendidas concepções monistas, que

---

<sup>344</sup> SILVA RODRIGUES, *in ob. cit.*, tomo II, pp. 621 e 622.

<sup>345</sup> Assim conclui ORESTE DOMINIONI, aquando da análise que transpomos no texto da decisão do caso *Daubert*, *in ob. cit.*, p. 148.

<sup>346</sup> *In loc. cit.*, pp. 578 e ss.

(também) aplicam os critérios de admissibilidade da prova científica desenvolvidos a propósito do caso *Daubert* às novas ciências<sup>347</sup>. Exemplo da influência de tais *soft sciences* no processo penal poderá ser a análise do carácter do arguido<sup>348</sup>. Neste campo da psicologia científica, RICCI é da opinião de que os métodos desta ciência podem constituir preciosos auxiliares na descoberta da verdade, sem apresentar os constrangimentos e limitações das “para-ciências”. Refere-se, a este propósito, ao método de *Rorschach* como o método de associação lógica de ideias entre o estado de tensão do sujeito e a sua manifestação exterior através do comportamento, de escritos ou, mesmo, de desenhos<sup>349</sup>. Não afectando a liberdade de auto-determinação do imputado ou do arguido, será prova atípica admissível, à luz dos princípios e regras vigentes no direito italiano, de acordo com o citado Autor.

Para além dos meios que a ciência a todo o tempo desvenda, cumpre mencionar, brevemente, alguns dos métodos para-científicos por vezes referidos, a respeito da atipicidade probatória. Relativamente à hipnose, dada a colocação do interrogado numa espécie de estado onírico, não só se levantam questões sob o ponto de vista do respeito pela liberdade e pela auto-determinação da pessoa, como é duvidosa a sua idoneidade para a descoberta da verdade, uma vez que o resultado se pode revelar ilógico e não corresponder à verdade dos factos que se visa obter. SILVA RODRIGUES refere-se a outro meio já objecto de admissão e valoração na jurisprudência brasileira – a psicografia. Para o citado Autor, este é um método probatório cuja admissão poderia contender com o princípio da laicização do Estado de Direito português (cfr arts. 1.º, 2.º, 9.º e 41, n.ºs. 1, 2, 3 e 4, todos da CRP) e com a proibição de valoração de depoimento indirecto, dado que se chegaria aos factos por via do depoimento de um *medium*<sup>350</sup>. A nosso ver a questão coloca-se no plano da idoneidade, na medida em que toda a prova terá de passar pelo crivo do contraditório para que seja válida e legítima,

---

<sup>347</sup> V. ORESTE DOMINIONI, ob. cit., pp. 158 e ss.

<sup>348</sup> Cfr. ORESTE DOMINIONI, ob. cit., pp. 163 e ss.

<sup>349</sup> RICCI, in ob. cit., p. 548.

<sup>350</sup> SILVA RODRIGUES, in ob. cit., tomo VI, pp. 519 e 520. O Autor acaba por concluir que o princípio da liberdade probatória do art. 125 «impede a inadmissibilidade de um meio de prova [a psicografia] que, não sendo ilícito ou proibido, nem desmesuradamente atentador dos direitos e liberdades fundamentais, surge como suficientemente plausível e próprio à comprovação da existência ou verificação de um facto, bem como da sua autoria.»

exigindo-se, igualmente, que tenha alguma base científica ou de experiência comum, para que seja passível de valoração segundo a livre apreciação do julgador.

Mas não só quanto a estas ciências menos técnicas (ou às “para-ciências”) os critérios *supra* referidos se podem revelar insuficientes; também para a aferição da admissibilidade de determina prova científica poderá o juiz ter de recorrer a critérios mais especificados, que melhor se adequem à prova em si e aos contornos factuais do caso concreto, analisando-se, igualmente, a concreta contribuição para a resolução do caso da técnica científica inerente à prova a produzir. Um dos juízos complementares poderá ser a análise de outros métodos semelhantes, cuja aplicação se verifica há mais tempo e de forma mais ampla, de modo a se aferir o grau de novidade do novo método científico e a sua (con)fiabilidade, por comparação com o método conhecido; outro será a analogia com métodos ou técnicas já validadas em sede judicial<sup>351</sup>. Relevantes serão, também, a precisão ou exactidão com que a técnica foi realizada ou produzida, o nível de eficácia probatória que se reconheça ao método ou meio atípico, bem como a possibilidade de os resultados da produção probatória através do novo método científico possam ser comprovados ou corroborados por outras técnicas metodologicamente diversas ou outros meios probatórios<sup>352</sup>. Na sequência do caso *Daubert*, não foi, pois, estabelecido, na jurisprudência norte-americana, um elenco fechado de critérios de admissibilidade da prova científica, permitindo-se que o juiz recorra a outros juízos válidos e idóneos para a aferição da fiabilidade deste tipo de prova nova.

No que aos meios científicos de prova diz respeito, quando (verdadeiramente) atípicos, a verificação da sua idoneidade, para efeitos da admissão de tal meio no processo, passará, inevitavelmente, por juízos de credibilidade do meio ou método escolhido no próprio ambiente ou campo científico em que o mesmo se insere. ORESTE DOMINIONI elenca<sup>353</sup> os seguintes “ingredientes” que se devem verificar no juízo de idoneidade probatória de um meio técnico-científico, ora resumidos: a) validade teórica do princípio, da metodologia, da tecnologia e dos instrumentos técnicos utilizados e aplicados; b) adequação do específico

---

<sup>351</sup> De modo semelhante, ORESTE DOMINIONI, ob. cit., pp. 171 e 172, a propósito de critérios adoptados por protocolo no âmbito da análise toxicológica.

<sup>352</sup> Assim, ORESTE DOMINIONI, ob. cit., pp. 173, ainda no âmbito do elenco dos critérios adoptados pelo *supra* mencionado protocolo.

<sup>353</sup> *In* ob. cit., pp. 217 e ss.

meio ou método técnico-científico para a prova dos factos concretamente objecto de prova; c) controlabilidade do correcto uso ou aplicação prática do meio ou método em questão; d) qualificação do especialista interveniente; e) compreensibilidade do meio probatório técnico-científico, isto é, capacidade de análise e de valoração por parte dos sujeitos processuais. Na sua valoração, o juiz deverá, ainda, segundo DOMINIONI<sup>354</sup>, avaliar da completude da prova científica em análise, no sentido de não haver uma outra conclusão atendível, que coloque em causa os dados obtidos. Da análise da jurisprudência italiana o mesmo Autor retira sobre o tema dois critérios essenciais: o grau de fiabilidade do meio em si, objectivamente considerado, e a margem de erro associada ao mesmo<sup>355</sup>.

O perito pode, nesta sede, assumir um papel de auxiliar do juiz, contribuindo para a dinâmica da instrução probatória, sem que, no momento da valoração da prova, mesmo a científica, perca o magistrado a livre apreciação de que a lei o dota para potenciar a descoberta da verdade (*judicial*)<sup>356</sup>. Como acima já se explicitou, a tecnicidade ou a cientificidade da prova, apenas tornará mais exigente o juízo de livre apreciação, neste caso, baseado, essencialmente, em critérios de lógica racional, mas não afastará aquele princípio, estruturante do actual sistema probatório português.

---

<sup>354</sup> Cfr. ob. cit., pp. 303 e ss.

<sup>355</sup> ORESTE DOMINIONI, *in* ob. cit., pp. 246 e ss. O Autor analisa, em particular, um caso de identificação fónica.

<sup>356</sup> Como bem salienta ORESTE DOMINIONI, a valoração da prova pelo juiz, com base neste tipo de conhecimentos técnico-científicos, deve ser exercida de modo a garantir a imparcialidade da decisão, mesmo quando o contributo técnico-científico apresenta alguma tendenciosidade – cfr. ob. cit., p. 344.

## **VI. Conclusões**

Sendo «inerente a toda a investigação criminal que existam restrições a direitos fundamentais»<sup>357</sup>, pretendemos, com o debate lançado no presente trabalho, alertar para o perigo de os direitos fundamentais deixarem de desempenhar o papel de “direitos de defesa contra o Estado” – um Estado *Leviathan*, simultaneamente, protector e agressor dos direitos individuais pelo próprio atribuídos aos seus cidadãos –, para passarem a «constituir um obstáculo numa luta eficaz contra a criminalidade»<sup>358</sup>.

As limitações à liberdade de prova são impostas pelos ideários do actual Estado de Direito Democrático, onde a liberdade e a dignidade da pessoa humana são valores basilares. Assim, não se poderia analisar a regulação de uma particular questão probatória processual penal sem se atender às superiores normas constitucionais – por sua vez conformadas e conformadoras das bases do processo penal. É, pois, do constante conflito e da necessidade de concordância prática entre os dois interesses e valores constitucionais inerentes às finalidades do processo penal – a eficaz perseguição criminal e a salvaguarda da dignidade da pessoa humana – que surgem necessários limites aos princípios da investigação e da *verdade material*. Entre eles, as proibições probatórias, fruto de uma ponderação conforme à axiologia constitucional e que segue os cânones do princípio da proporcionalidade (necessidade, adequação e proibição do excesso). As proibições de prova são, pois, imposições do direito a um processo equitativo e da salvaguarda do valor fundante da dignidade da pessoa humana, pelo que será proibida toda a prova que atente, ilegitimamente, contra liberdades e garantias fundamentais. Tendo em conta a génese das proibições de prova, reconhece-se não apenas a sua autonomia dogmática, perante o regime das nulidades, mas também a vigência de um princípio de não taxatividade das proibições de prova.

Na medida em que o sistema probatório penal português é condicionado pela tutela dos direitos fundamentais, o mesmo deve ser lido e compreendido positivamente, manifestando as soluções legais típicas já uma prévia ponderação de interesses e valores

---

<sup>357</sup> RAUL SOARES DA VEIGA, *in loc. cit.*, p. 185.

<sup>358</sup> WINFRIED HASSEMER, *in* “Processo Penal e Direitos Fundamentais”, *in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação científica: MARIA FERNANDA PALMA, Coimbra, Almedina, 2004, p. 22.

conflituantes, que o intérprete e aplicador não pode ignorar, devendo respeitá-las, por força do princípio da legalidade. Deste modo, a análise do art. 125 do CPP, tal como a generalidade das normas (em especial, as processuais penais), não se bastará com uma interpretação literal: o preceito em causa vai para além da (re)afirmação da exclusão de provas proibidas e da admissão (sem mais) de prova não prevista na lei. Na verdade, o princípio da legalidade, garantia de certeza e segurança do cidadão, também no que respeita à tramitação processual, (de)limita o inquisitório e, conseqüentemente, a descoberta da verdade (*judicial*). Aliás, a própria epígrafe do art. 125 do CPP revela que o sentido a dar ao princípio da legalidade, enformador de todo o sistema penal português, é o de, nesta sede, demarcar procedimentalmente a aquisição e a produção dos meios probatórios típicos e constituir parâmetro de admissibilidade dos meios atípicos de prova. Assim, nunca o princípio da não taxatividade dos meios de prova poderá significar liberdade relativamente aos meios legalmente disciplinados, cujas formas estão sujeitas à tipicidade imposta pela legalidade. Ou seja, nunca a liberdade de prova poderá subverter a legalidade, sendo esta, mais do que limite daquela, o seu espaço natural de vigência, de modo a potenciar a descoberta da verdade. Daí que se delimite o conceito de atipicidade probatória dentro da possibilidade de utilização da prova não prevista por lei: nele não se podem incluir desvios, adaptações ou derrogações das formas legais.

No direito italiano admitem-se meios atípicos de prova desde que possuam intrínseca capacidade probatória (isto é, idoneidade abstracta para o esclarecimento dos factos concretamente objecto do processo), não afectem (extrinsecamente) a liberdade moral da pessoa e sejam auscultadas as ‘partes’ sobre a admissibilidade e o modo de aquisição do meio atípico no processo. No nosso ordenamento, a forma como se procede à admissão de meio atípico não se encontra tão claramente definida, por comparação com o art. 189 do CPPit, devendo obedecer a normas e princípios, em geral, com fundamento constitucional. Em primeiro lugar, deverá haver verdadeira necessidade de recurso à prova atípica, existindo real subsidiariedade face aos meios tipificados: só se deverá admitir meio atípico perante a inexistência de meio típico de prova adequado – por força da positiva vigência do princípio da legalidade, garante de direitos e liberdades fundamentais e das segurança e confiança dos cidadãos. A prova atípica, para além de necessária, terá de se revelar, evidentemente, adequada à demonstração dos factos em discussão. Face ao actual regime constitucional de direitos, liberdades e garantias, a prova atípica só será admissível se não se verificar lesiva

daqueles direitos fundamentais especialmente tutelados no art. 18 da CRP, por força do limite formal de reserva de lei restritiva expressa, consagrado no n.º 3 daquele preceito.

Quanto ao modo de produção e de aquisição do meio atípico de prova, igualmente, no ordenamento português o respeito pelo contraditório é requisito essencial. Contudo, também neste campo a reserva de lei restritiva expressa tem consequências relevantes: não será admitida a aplicação por analogia de meios de obtenção de prova lesivos de direitos, liberdades e garantias. Cremos, ainda, que a aferição de tais pressupostos de legitimidade na aplicação do princípio da não taxatividade dos meios de prova deverá ser controlada, melhor, efectuada, pelo JIC, que intervém como garante não apenas de restrições claras e directas de direitos fundamentais, mas também para tutelar preventivamente direitos e liberdades individuais, impedindo que se acolham medidas atípicas desnecessárias ou inadequadas e, por isso, ilegítimas. Perante a ausência de garantia de segurança e certeza jurídicas, que a existência de norma legal expressa conferiria, esta é a solução que nos parece mais conforme ao sistema garantístico do actual Estado de Direito Democrático.

O juízo de admissibilidade de meios atípicos será, evidentemente, mais rigoroso e exigente, relativamente ao que se assiste na admissão, aquisição e produção de meios típicos; sendo que, concluindo-se pela sua validade e pela sua legitimidade, terá a mesma eficácia probatória reconhecida aos meios tipificados, valorando-se livre e criticamente a prova por essa via obtida.

Pretendeu-se, pois, lançar as bases teóricas de uma problemática com contornos ainda por definir com maior clareza na nossa prática judiciária, o que se espera que venha a ocorrer a breve prazo, na medida em que «a equidade, o equilíbrio e a eficácia de um sistema de Justiça têm que ser avaliados não só na pureza dogmática dos princípios, mas, sobretudo, na sua vivência prática e nos resultados que da sua aplicação resultam para o bem estar dos cidadãos e da comunidade»<sup>359</sup>.

Termine-se com a sábia asserção de MARIA FERNANDA PALMA, que se deverá ter presente (também) quando se analisa o particular sistema probatório: «a nós, juristas penais, não nos cabe pensar o Processo Penal como puro instrumento de combate à criminalidade,

---

<sup>359</sup> TERESA BRAVO, *in loc. cit.*, p. 157.



mas aprender a analisar os modos sociais de controlar os problemas da criminalidade, com os meios de um estudo interdisciplinar e através de uma política social global»<sup>360</sup>.

---

<sup>360</sup> In “O Problema Penal no Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação científica: MARIA FERNANDA PALMA, Coimbra, Almedina, 2004, p. 53.

## **Bibliografia**

AAVV., *Digesto delle Discipline Penalistiche*, X, quarta edizione, comitato scientifico: RODOLFO SACCO (pres.), Torino, Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1995.

AAVV., *Enciclopédia Giuridica*, Istituto della Enciclopédia Italiana Fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1991.

AAVV., *Enciclopédia del Diritto*, SANTORO – PASSARELLI, FRANCESCO (dir.), Dott. A. Giuffrè Editore, 1988.

AA. VV., *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra, Almedina, 2010.

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.<sup>a</sup> edição actualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011.

AMARAL, MARIA LÚCIA, *A Forma da República – uma introdução ao estudo do direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

AMODIO, ENNIO, “Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova : un approccio comparativo”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, Nuova serie, A.42, n.º 1, Gennaio-Marzo 1999 [p.3-9].

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Almedina, 2009.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares”, *Estudos em Homenagem ao Professor*

*Doutor Eduardo Correia*, número especial do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. I, Coimbra, [s.n.] 1994 [pp. 545-622].

ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006 (reimpressão).

ARAÚJO, LAURENTINO DA SILVA, *Código de Processo Penal anotado e actualizado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1960.

BÁTISTA, LUÍS OSÓRIO DA GAMA E CASTRO DE OLIVEIRA, *Comentário ao Código de Processo Penal Português*, vol. 3.º, Coimbra, Coimbra Editora, 1932.

BELEZA, TERESA PIZARRO, “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].

BELEZA, TERESA PIZARRO, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, vol. I, Lisboa, AAFDL, 1992.

BELEZA, TERESA PIZARRO, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, vol. II, Lisboa, AAFDL, 1993.

BRAVO, TERESA MARIA DA SILVA, “Revistas e buscas: o processo penal na era da globalização”, *III Congresso de Processo Penal*, coordenação: MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, Coimbra, Almedina, 2010 [pp. 117-158].

BURGOA, ELENA, “La prueba ilícita en el proceso penal português”, *Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, coordenação Diogo Freitas do Amaral, Carlos Ferreira de Almeida, Marta Tavares de Almeida, Coimbra, Almedina, 2008 [pp. 593-626].

CAMON, ALBERTO (comentário de), “Corte di Cassazione. Sezioni Unite, 28/07/2006, Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento e alcuni dubbi nuovi”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, Nuova serie, Anno XLIX, fasc. 4, Ottobre-Dicembre 2006 [pp.1537-1569].

CANOTILHO, J. J. GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Almedina, 2003.

CANOTILHO, GOMES, MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.<sup>a</sup> edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

CARRASCOSA LOPEZ, VALENTIN, BAUZA REILLY, MARCELO, GONZALEZ AGUILAR, AUDILIO, *El derecho de la prueba y la informatica: problematica y perspectivas*, Mérida, Universidad Nacional de Educacion a Distancia – Centro Regional de Extremadura, [s.d.].

CAVALLONE, BRUNO, “Critica della teoria delle prove atipiche”, *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, volume secondo, Università degli studi di Milano – Facoltà di Giurisprudenza, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1979 [pp. 1329 – 1402].

CLIMENT DURÁN, CARLOS, *La prueba penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

CONSO, GIOVANNI, GREVI, VITTORIO, *Commentario Breve al Codice di Procedura Penale*, Padova, 6.<sup>a</sup> ed., Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2009.

CONSO, GIOVANNI, GREVI, VITTORIO, *Il nuovo Codice di Procedura Penale : la legge delega del 1974 e il progetto preliminare de 1978*, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1989.

CONSO, GIOVANNI, GREVI, VITTORIO, *Il nuovo Codice di Procedura Penale: dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. V, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990.

CONSO, GIOVANNI, GREVI, VITTORIO, *Compendio di Procedura Penale*, 2ª ed., Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2003.

CONSO, GIOVANNI, GREVI, VITTORIO, *Profili del Nuovo Codice di Procedura Penale*, 4ª ed., Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996.

CORBI, FABRIZIO, *La disciplina dell'ammissione della prova nel processo penale*, Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 1975.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português*, I Parte Geral, Tomo I, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2005

CORDERO, FRANCO, *Procedura Penale*, 8.ª ed., Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 2006.

CORREIA, JOÃO CONDE, “A distinção entre a prova proibida por violação de direitos fundamentais e a prova nula, numa perspectiva essencialmente jurisprudencial”, *Revista do CEJ*, n.º 4 (n.º especial), 1.º semestre, 2006 [pp. 175-202].

CORREIA, JOÃO CONDE, “Questões práticas relativas à utilização de diários íntimos como meio de prova em Processo Penal”, *Revista do CEJ*, n.º 6, Janeiro-Junho 2007 [pp. 139-160].

CORSO, PIERMARIA, *Codice di Procedura Penale e Processo Penale Minorile: Commentati con la Giurisprudenza*, 27.ª ed., Piacenza, Casa Editrice La Tribuna, 2009.

COSTA, JOSÉ GONÇALVES DA, “Legalidade *versus* Oportunidade: legalidade atenuada, oportunidade regulada”, *Revista do Ministério Público*, ano 21, n.º 3, Jul.-Set. 2000 [pp. 83-95].

CUNHA, JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA, *O caso Julgado Parcial – questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*, Porto, Publicações da Universidade Católica (colecção: Teses), 2002.

DELMAS-MARTY, MIREILLE, “A caminho de um modelo europeu de processo penal”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 9, fascículo 2.º, Abril – Junho 1999 [pp. 229-243].

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, “La protection des droits de l’homme dans la procedure penale portugaise”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 291, Dezembro 1979 [pp. 163-191].

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, “Princípios estruturantes do processo penal”, *Código de Processo Penal – processo legislativo*, vol. II, tomo II, Lisboa, Edição da Assembleia da República, 1999 [pp. 22-31].

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Processual Penal*, 1.ª edição 1974, Coimbra, Coimbra Editora, 2004 (reimpressão).

DIAZ CABIALE, JOSÉ ANTONIO, *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1991.

DOMINIONI, ORESTE, *La prova penale scientifica – gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2005.

ECHARRI CASI, FERMIN JAVIER, “La prueba de la prueba. A proposito de la sentencia del Tribunal Constitucional 207/2002, de 11 de Noviembre.”, in *Diario La Ley*, n.º 5710, disponível na Base de Dados do Gabinete de Documentação e Direito Comparado, consultado em <http://www.gddc.pt/bases-dados/form-pesquisa.html>, a 3 de Abril de 2012.

EDMOND, GARY, “Science, Law and Narrative: helping the ‘facts’ to speak for themselves”, in *Southern Illinois University Law Journal*, vol. 23, 1999 [pp. 555-582], disponível na Base de Dados do Gabinete de Documentação e Direito Comparado, consultado em <http://www.gddc.pt/bases-dados/form-pesquisa.html>, a 3 de Abril de 2012.

FERNANDES, FERNANDO, *O Processo Penal como instrumento da política criminal*, Coimbra, Almedina, 2001.

FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE, *Curso de Processo Penal*, vol. I, Lisboa, Editora Danúbio, 1986.

FIANDANESE, FRANCO, *Codice di procedura penale: commentato esclusivamente con la giurisprudenza*, Bologna, Zanichelli, 2000.

FLORÍAN, EUGÉNIO, *Delle Prove Penali*, vol. I, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1921-1924.

GARRET, FRANCISCO DE ALMEIDA, MENDES, MANUEL JOSÉ, *Da prova por reconhecimento em Processo Penal: identificação de suspeitos e reconhecimentos fotográficos*, Porto, Fronteira do Caos Editores, 2007.

GATTI, GIUSTINO, *et al.*, *Codice di procedura penale: annotato con la giurisprudenza*, 12.<sup>a</sup> ed., Napoli, Edizioni Giuridiche Simone, 2004.

GOMEZ DE LIANO, FERNANDO, *El Processo Penal*, Oviedo/ Gijon, Gráficas Apel, 1987.

GÓMEZ COLOMER, JUAN-LUIS, “Estado de Derecho y Policía Judicial Democrática: Notas sobre el alcance y límites de la investigación policial en el proceso penal, con consideración especial de los actos de mayor relevancia”, *Primeras Jornadas sobre problemas actuales de la justicia penal*, JOSÉ LUIS GONZÁLEZ MONTES (ed.), Granada, Universidad de Granada, d.l. 1994 [pp. 65-93].

GONÇALVES, FERNANDO, ALVES, MANUEL JOÃO, VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES, *Lei e crime: o agente infiltrado versus o agente provocador – os princípios do processo penal*, Coimbra, Almedina, 2001.

GONZÁLEZ MONTES, JOSÉ LUIS, “Nuevas reflexiones sobre la prueba ilícita”, *Primeras Jornadas sobre problemas actuales de la justicia penal*, JOSÉ LUIS GONZÁLEZ MONTES (ed.), Granada, Universidad de Granada, d.l. 1994 [pp. 95-106].

GÖSSEL, KARL-HEINZ, “As proibições de prova no direito processual da República Federal da Alemanha”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, A.2, 3.º, Julho-Setembro, 1992 [pp. 397-441].

HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del Derecho Penal*, tradução de FRANCISCO MUÑOZ CONDE e LUIS ARROYO ZAPATERO, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1984.

HASSEMER, WINFRIED, “Processo Penal e Direitos Fundamentais”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação científica: MARIA FERNANDA PALMA, Coimbra, Almedina, 2004 [pp. 11-25].

HERT, PAUL DE, “Balancing security and liberty within the European human rights Framework. A critical reading of the Court’s case law in the light of surveillance and criminal law enforcement strategies after 9/11”, in *Utrecht Law Review*, publicado por IGITUR, vol. I, issue I, Setembro de 2005 [pp. 68-96], disponível na Base de Dados do Gabinete de Documentação e Direito Comparado, consultado em <http://www.gddc.pt/bases-dados/form-pesquisa.html>, a 3 de Abril de 2012.

IZZO, FAUSTO, *Compendio di diritto processuale penale*, 15.ª ed., Napoli, Edizioni Simone, 2005.

JORGE, NUNO LEMOS, “Direito à prova: brevíssimo roteiro jurisprudencial”, *Julgar*, ed. ASJP, n.º 6, Setembro-Dezembro 2008 [pp. 99-106].

LEONE, GIOVANNI, *Manuale di Diritto Processuale Penale*, Nápoles, Jovene Editore, 1988.

LOMBARDO, LUIGI, “Profili delle prove civile atipiche”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, A. LXIII, n.º 4, Dicembre 2009 [pp. 1447-1465].



LUMBRALES, NUNO B. M., “O direito à palavra, o direito à imagem e a prova audiovisual em processo penal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 67, n.º 2, Setembro 2007 [pp. 683-729].

MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina, 2006 (15.ª reimpressão).

MAERO, GIANCARLO, *Le prove atipiche nel processo civile*, Milão, Casa Editrice Dott. António Milani, 2001.

MARINELLI, CLAUDIO, *Intercettazioni Processuali e Nuovi Mezzi di Ricerca della Prova*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007.

MAXIMIANO, RODRIGUES, “A Constituição e o processo penal: competência e estatuto do Ministério Público, do Juiz de Instrução Criminal e do Juiz Julgador – a decisão sobre o destino dos autos e os artigos 346.º e 351.º do C.P.P.”, - *Revista do Ministério Público*, ano 2, vols. 5 e 6, 1981 [pp. 119-138 e pp. 91-130, respectivamente].

MENDES, PAULO DE SOUSA, “As proibições de prova no processo penal”, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação científica: MARIA FERNANDA PALMA, Coimbra, Almedina, 2004 [pp. 133-154]

MERCONE, M., *Diritto processuale penale*, 18.ª ed., Napoli, Edizioni Giuridiche Simone, Gruppo Editoriale Esselibri – Simone, 2010.

MESQUITA, PAULO DÁ, *Processo Penal, prova e sistema judiciário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

MESQUITA, PAULO DÁ, *A Prova do Crime e o que se disse antes do julgamento – estudo sobre a prova no processo penal português à luz do sistema norte-americano*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

MIRANDA, JORGE, “Processo Penal e Direito à Palavra”, *Direito e Justiça*, vol. XI (comemorativo dos 30 anos da Universidade Católica Portuguesa e dos 20 anos do Curso de Direito), tomo 2, 1997 [pp. 45-61].

MIRANDA, JORGE, MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

MODERNE, FRANCK, “La dinnité de la persone dans la Constitution Portugaise et Française”, *Perspectivas Constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. I, org.: JORGE MIRANDA, Coimbra, Coimbra Editora, 1996 [pp. 197-230].

MONTAÑÉS PARDO, MIGUEL ANGEL, *La intervención de las comunicaciones: doctrina jurisprudencial*, Pamplona, Aranzadi, 1999.

MOURA, JOSÉ DE SOUTO, “Dignidade da pessoa e poder judicial”, *Revista do Ministério Público*, ano 18, n.º 70, Abril/Junho 1997 [pp. 95 – 109].

NEVES, A. CASTANHEIRA, *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, edição processada por João Abrantes, 1968.

NOVAIS, JORGE REIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Parte II, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2002.

PALMA, MARIA FERNANDA, “Tutela da vida privada e processo penal: realidades e perspectivas constitucionais”, *Jurisprudência Constitucional*, n.º 10, Abril-Junho 2006 [p. 3-12].

PALMA, MARIA FERNANDA, “A constitucionalidade do art. 342.º do Código de Processo Penal (O direito ao silêncio do arguido)”, *Revista do Ministério Público*, n.º 60, 1994 [pp.101-110].

PALMA, MARIA FERNANDA, “O Problema Penal no Processo Penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação científica: MARIA FERNANDA PALMA, Coimbra, Almedina, 2004 [pp. 41-53].

PAZ RUBIO, JOSE MARIA, *La prueba en el proceso penal*, Madrid, [s.n.] 1992.

PERCHIUNNO, VICENZO, *L'accertamento alternativo nel processo penale*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1980.

PINHEIRO, RUI, MAURÍCIO, ARTUR, *A Constituição e o Processo Penal*, Lisboa, Diabril, 1976.

RAMAJOLI, SERGIO, *La Prova Nel Processo Penale*, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1995.

RICCI, GIAN FRANCO, *Le Prove Atipiche*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1999.

RICCI, GIAN FRANCO, “Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, A. LVI, n.º 2, giugno 2002 [pp. 409-452].

RIVES SEVA, ANTONIO PABLO, *La prueba en el proceso penal: doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, 2.ª ed., Elcano (Navarra), Editorial Aranzadi, 1996.

RIVES SEVA, ANTONIO PABLO, *La intervención de las Comunicaciones en la Jurisprudencia Penal*, Elcano (Navarra), Editorial Aranzadi, 2000.

RODRIGUES, ÁLVARO G. DA CUNHA, “Controlo Garantístico dos Direitos do Arguido pelo Juiz de Instrução”, *Direito e Justiça*, vol. XIII, tomo 3, 1999 [pp. 151-214].

RODRIGUES, BENJAMIN SILVA, *Da prova penal: a prova científica*, tomo I, 3.ª Edição (revista, actualizada e aumentada), s.l., Rei dos Livros – Letras e Conceitos, 2010.

RODRIGUES, BENJAMIN SILVA, *Da prova penal: bruscamente...a(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*, tomo II, s.l., Rei dos Livros – Letras e Conceitos, 2010.

RODRIGUES, BENJAMIN SILVA, *Da prova penal: novos métodos “científicos” de investigação criminal nas fronteiras das nossas crenças*, tomo VI, s.l., Rei dos Livros – Letras e Conceitos, 2011.

SANTIAGO, RODRIGO, “Reflexões sobre as declarações do arguido como meio de prova no Código de Processo Penal de 1987”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4, n.º 1, Janeiro-Março 1994 [pp.27-62]

SANTOS, M. SIMAS, LEAL-HENRIQUES, M., *Código de Processo Penal anotado*, vol. I, 2.<sup>a</sup> edição (reimpressão actualizada), Lisboa, Editora Rei dos Livros, 2003.

SEIÇA, ALBERTO MEDINA DE, “Legalidade da prova e Reconhecimentos «atípicos» em processo penal: notas à margem de jurisprudência (quase) constante”, [\*Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias\*](#), organizado por Manuel da Costa Andrade, Coimbra, Coimbra Editora, 2003 [pp. 1387 – 1421].

SILVA, ANTÓNIO JOAQUIM LOPES DA (coord.), *Repertório Jurídico Portuguez*, tomo XII, Coimbra, Francisco França Amado Editor, 1907.

SILVA, GERMANO MARQUES DA, “Princípios gerais do processo penal e Constituição da República Portuguesa”, in *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa*, Volume de Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gonçalves Cavaleiro de Ferreira, vol. III, 1987/1988 [pp. 163-177].

SILVA, GERMANO MARQUES DA, “Sobre a liberdade no processo penal ou do culto da liberdade como componente essencial da prática democrática”, [\*Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias\*](#), organizado por MANUEL DA COSTA ANDRADE, Coimbra, Coimbra Editora, 2003 [pp. 1365 – 1385].

SILVA, GERMANO MARQUES DA, “Produção e valoração da prova da prova em processo penal”, *Revista do CEJ*, n.º 4 (n.º especial), 1.º Semestre, 2006 [pp.37-53].

SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Curso de Processo Penal*, vol. I, 5.ª e 6.ª ed. revista e actualizada, Lisboa, Editorial Verbo - Babel, 2008 e 2010.

SILVA, GERMANO MARQUES DA, *Curso de Processo Penal*, vol. II, 5.ª ed. revista e actualizada, Lisboa, Editorial Verbo / Babel, 2011.

SIRACUSANO, DELFINO *et al.*, *Diritto Processuale Penale*, vol. I, nuova ed., Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 2004.

SOUSA, JOÃO HENRIQUE GOMES DE, “O reconhecimento de pessoas no projecto do Código de Processo Penal”, in *Julgar*, n.º 1, Janeiro-Abril, 2007 [pp. 155-169]

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Introdução ao estudo do Direito*, vol. I, 11.ª edição (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

TONINI, PAOLO, *La Prova Penale*, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2000.

TONINI, PAOLO, *Manuale di Procedura Penale*, 11.ª ed., Milano, Dott. A. Giuffré Editore, 2010.

URBANO CASTRILLO, EDUARDO DE, TORRES MORATO, MIGUEL ANGEL (co-autor), *La prueba ilícita penal: estudio jurisprudencial*, 2.ª ed. ampliada y actualizada, Elcano, Aranzadi, 2000.

VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES, *Processo Penal*, tomo I, 3.ª edição, Coimbra, Almedina, 2010.

VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES, *Escutas telefónicas: da excepcionalidade à vulgaridade*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2008.

VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES, *Revistas e buscas*, 2.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Almedina, 2005.

VEIGA, RAUL SOARES DA, “O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos Fundamentais”, *in* ”, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, coordenação científica: MARIA FERNANDA PALMA, Coimbra, Almedina, 2004 [pp. 183-220].

VERDELHO, PEDRO, “Apreensão de correio electrónico em processo penal”, *Revista do Ministério Público*, ano 25, n.º 100, Outubro-Dezembro 2004 [pp. 153-164].

VERDELHO, PEDRO, “A reforma penal portuguesa e o cibercrime”, *Revista do Ministério Público*, ano 27, n.º 108, Outubro-Dezembro, 2006 [pp. 97-124].

ZAPPALÀ, ENZO, *Il principio di tassativita dei mezzi di prova nel processo penale*, Milano, Dott. A.Giuffrè Editore, 1982.

ZAPPALÀ, ENZO, “Le garanzie giurisdizionali in tema di liberta personale e di ricerca della prova”, *in Rivista di Diritto Processuale*, Ano XLIX, II serie, n.º 2, Aprile-Giugno, 1994 [pp. 470-488].

## **Jurisprudência**

TEDH (disponíveis na base de dados HUDOC, em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>):

- Silver e outros v. Reino Unido, de 25/3/1983
- Huvig v. França, de 21/4/1990
- Kruslin v. França, de 24/4/1990
- Vetter v. França, de 31/5/2005 (final: 31/8/2005)
- S. e Marper v. Reino Unido, de 4/12/2008
- Gillian e Quinton v. Reino Unido, de 12/1/2010
- Uzun v. Alemanha, de 2/9/2010 (final: 2/12/2010)

TC (disponíveis em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)):

- N.º 7/87, relator: MÁRIO DE BRITO
- N.º 578/98, relator: MESSIAS BENTO
- N.º 76/2001, relator: GUILHERME DA FONSECA
- N.º 137/2001, relator: MARIA DOS PRAZERES BELEZA
- N.º 607/2003, relator: BENJAMIM RODRIGUES
- N.º 425/2005, relator: BENJAMIM RODRIGUES
- N.º 646/2006, relator: BRAVO SERRA
- N.º 442/2007, relator: JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO
- N.º 213/2008, relator: JOÃO CURA MARIANO

Tribunais Judiciais (todos os acórdãos disponíveis da base de dados do ITIJ, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

STJ:

- 2/10/96, proc. n.º 96P728, relator: LOPES ROCHA
- 3/3/2010, proc. n.º 886/07.8PSLSB.L1.S1, relator: SANTOS CABRAL

- 7/1/2004, proc. n.º 03P3213, relator: HENRIQUES GASPAR

TRL:

- 14/12/2010, proc. n.º 518/08.7PLLSB.L1-5, relator: NETO DE MOURA

TRP:

- 22/9/2010, proc. n.º 125/08.4GAPRD.P1, relator: JOAQUIM CORREIA GOMES

- 1/6/2011, proc. n.º 82/08.7SFPRT.P1, relator: ÉLIA SÃO PEDRO

TRC:

- 10/11/2010, proc. n.º 209/09.1PBFIG.C1, relator: PAULO GUERRA

- 16/2/2011, proc. n.º 217/09.2PEAVR.C1, relator: PAULO GUERRA

- 4/5/2011, proc. n.º 231/08.5GBTMR.C1, relator: PAULO GUERRA

- 26/10/2011, proc. n.º 179/10.3GBVNO.C1, relator: PAULO GUERRA

TRE:

- 7/10/2008, proc. n.º 2005/08-1, relator: MARTINHO CARDOSO



*Lisboa, 6 de Maio de 2012*

---

*(Inês Robalo)*