

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Escola de Lisboa



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

**O VALOR NEGATIVO DAS PROVAS PROIBIDAS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS**

Soraia Barros Vale

Dissertação com vista à obtenção
do grau de Mestre em Direito.

Sob orientação do Professor Doutor Henrique Salinas Monteiro

Mestrado Direito Forense
Junho 2021

AGRADECIMENTOS

A elaboração de uma dissertação, apesar de ser um percurso individual, é o resultado de um conjunto de esforços sem os quais este estudo não seria possível.

Ao Professor Doutor Henrique Salinas, orientador da dissertação, agradeço o seu auxílio e contribuição na realização deste projeto.

Um profundo agradecimento à minha família, que sempre me apoiou e motivou, em especial ao meu namorado João e à minha mãe Susana que fez de mim aquilo que sou hoje.

Não poderia esquecer de deixar o meu agradecimento às minhas amigas e companheiras pela ajuda e suporte ao longo de toda esta jornada.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; Provas proibidas; Nulidades processuais; Proibições de prova; Ordenamento jurídico português; Dignidade da pessoa humana; Verdade material.

SIGLAS E ABREVIATURAS

al., als.	alínea, alíneas
art., arts.	artigo, artigos
CPP	- Código de Processo Penal
CRP	- Constituição da República Portuguesa
ed.	- Edição
MP	- Ministério Público
nº	- Número
ob.cit.	- obra citada
p., pp.	- página, páginas
Proc.	- Processo
ss.	- seguintes
STJ	- Supremo Tribunal de Justiça
TRL	- Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	- Tribunal da Relação do Porto
v.g.	- <i>verbi gratia</i> (por exemplo)
Vol., Vols.	- volume, volumes

MODOS DE CITAR

O modelo de citação adotado na presente dissertação consiste na identificação do autor, título, editora, data e página. Quando se trate de artigos, menciona-se o local da publicação. A primeira citação contém todos os elementos indicados, enquanto nas citações seguintes indica-se unicamente o autor, seguido de op. cit., e a página.

As transcrições são na língua original.

Na bibliografia, encontram-se as obras e os documentos citados no texto identificados com base no nome do(s) autor(es), pelo título, pelo local de edição, pela editora e pelo ano de publicação. Quando estejam em causa artigos, textos inseridos em obras coletivas ou revistas, indicam-se os elementos referidos, acrescentando-se a menção das páginas em que se encontra o texto. Por último, no caso de textos consultados via *internet* é mencionado o local de consulta (*link*) e a data da última consulta.

A escrita da presente dissertação está de acordo com o Acordo Ortográfico em vigor em Portugal, à data.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	8
AS PROIBIÇÕES DE PROVA EM PROCESSO PENAL.....	11
1. <i>A noção de prova e o seu papel no direito processual penal</i>	<i>11</i>
2. <i>O enquadramento jurídico e os fundamentos das proibições de prova</i>	<i>14</i>
3. <i>Delimitação interior da área proibida: o conceito de proibição de prova.....</i>	<i>19</i>
i. <i>O papel central da CRP na delimitação das fronteiras de uma proibição de prova</i>	<i>19</i>
ii. <i>Tipos de proibições de prova.....</i>	<i>23</i>
4. <i>Fronteiras exteriores do conceito: distinção entre meras regras de produção de prova e proibições de prova</i>	<i>25</i>
A INVALIDADE EM GERAL E AS NULIDADES EM PARTICULAR NO CPP.....	28
1. <i>Inexistência.....</i>	<i>28</i>
2. <i>Nulidades</i>	<i>29</i>
O VALOR NEGATIVO DAS PROVAS PROIBIDAS	33
1. <i>Regime Jurídico das Proibições de Prova</i>	<i>33</i>
i. <i>Posições doutrinárias: uma autonomia técnica das proibições de prova?</i>	<i>34</i>
ii. <i>Distinção de regime entre nulidades absolutas e nulidades relativas?</i>	<i>37</i>
2. <i>Consequências da autonomia técnica das proibições de prova.....</i>	<i>40</i>
3. <i>Teorias respeitantes à admissibilidade ou inadmissibilidade da prova proibida em processo penal.....</i>	<i>42</i>
i. <i>Teoria obstativa</i>	<i>42</i>
ii. <i>Teoria permissiva</i>	<i>45</i>
iii. <i>Teoria da admissibilidade da prova proibida pro reo.....</i>	<i>46</i>
iv. <i>Teoria da admissibilidade da prova proibida pro societate</i>	<i>47</i>

v. Teoria da proporcionalidade	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
BIBLIOGRAFIA	56

INTRODUÇÃO

A longa evolução da sociedade conduziu a uma irrefutável conquista civilizacional, a ideia segundo a qual “a eficácia da Justiça é (...) um valor que deve ser perseguido, mas, porque numa sociedade livre os fins não justificam os meios, só é aceitável quando alcançada lealmente”¹, o que implica tratar o arguido como verdadeiro sujeito processual e não como mero objeto da atividade estadual.

O direito processual penal português prossegue três finalidades primárias, características de um Estado de Direito Democrático: a realizar a justiça e a descobrir a verdade material, por um lado, assegurando assim uma tutela penal eficaz aos cidadãos em geral; por outro lado, garantir o respeito pelos direitos fundamentais, servindo de salvaguarda contra eventuais abusos do poder punitivo; e, ainda, restabelecer a paz jurídica posta em causa com a prática do crime.

Nenhum dos valores fundamentais, anteriormente mencionados, tem carácter absoluto e, dada a antinomia entre eles deve existir uma concordância prática, “procurando minimizar as perdas para cada um deles e respeitando o limite da dignidade da pessoa humana, o que se faz conjugando os princípios constitucionais e normas vigentes na ordem jurídica”². No entanto, não se encontra nenhuma resposta sobre quando e em que termos se deve, em concreto, dar prevalência a um valor sobre o outro.

Existe um valor fundamental, universal e pilar primeiro do Estado de Direito, a dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da CRP). Por outras palavras, “a dignidade da pessoa humana constitui, evidentemente, o valor constitucional supremo em torno do qual gravitam

¹ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo 1, 2ª Ed., Coimbra Editora, 2005, p. 361.

² Acórdão do TRP de 08-05-2019, Processo n.º 156/16.0JA AVR-B.P1, Relatado por William Themudo Gilman. Neste sentido Conde Correia, *Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais*, Coimbra Editora, 1999, p. 191 considera que “estas finalidades são antagónicas, na medida em que a otimização de uma delas pode aniquilar, por completo, uma ou algumas das restantes”.

os demais direitos fundamentais”³. Assim, na ponderação e harmonização dos princípios fundamentais em conflito a maior ou menor promoção do valor da dignidade da pessoa humana constitui um indício da solução do caso concreto.

De facto, a verdade que procuramos no processo penal é uma verdade limitada pelos restantes valores fundamentais do processo. Ora, o legislador colocou limites à descoberta da verdade através da previsão de proibições de prova, limitação esta objeto do presente estudo. «E é bom que isto se acentue, para que se não ceda à tentação de sacrificar a violação de proibições de prova em atenção ao fim da descoberta de uma (pretensa) verdade “material”. Hoc sensu, a chamada “verdade material” continua a ser, ainda aqui, uma verdade intraprocessual»⁴.

O patamar civilizacional em que nos encontramos atualmente é o resultado de um longo processo evolutivo e com a CRP de 1976 surge pela primeira vez uma expressão explícita do conceito e do regime das proibições de prova como “garantias de processo criminal” (artigo 32.º, n.º 6, da CRP de 1976 – atual artigo 32.º, n.º 8, da CRP)⁵.

As proibições de prova representam uma das concretizações ao nível processual dos direitos fundamentais e, como tema sensível e complexo que é, gera várias controvérsias, desde a identificação de uma proibição de prova até à descoberta do regime legal aplicável.

Estas dificuldades arrastam-se ao nível da lei ordinária e, consequentemente, geram dificuldades de interpretação e aplicação do regime previsto no artigo 126.º do CPP, que mais não é do que a materialização do já estipulado no artigo 32.º, n.º 8, da CRP.

É, justamente, sobre a questão de saber qual o regime e quais as consequências aplicáveis a “todas as provas obtidas mediante uma compressão dos direitos fundamentais

³ Acórdão do STJ 29-11-2016, Proc. n.º 7613/09.3TBCSC.L1.S1, Relatado por Alexandre Reis.

⁴ Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Vol. I, Coimbra Editora, 1974, p. 194.

⁵ Manuel da Costa Andrade, *Sobre as Proibições em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992, pp. 12 e 13.

em termos não consentâneos com a autorização constitucional”⁶, que assenta o objeto deste estudo.

O intuito da presente dissertação é apontar caminhos. No essencial, pretendo colocar a descoberto os pontos problemáticos que poderão ajudar a delimitar o regime aplicável às proibições de prova, procurando dessa forma fornecer ao intérprete e aplicador do direito *guidelines* no tratamento dos casos concretos e agilizar uma crescente segurança aos sujeitos processuais sobre as consequências inerentes ao regime das proibições de prova.

⁶ Conde Correia, *Contributo para (...)* op. cit., p. 159.

CAPÍTULO I

AS PROIBIÇÕES DE PROVA EM PROCESSO PENAL

1. A noção de prova e o seu papel no direito processual penal

O conceito de prova tem origem latina, mais especificamente deriva da expressão *probatio* e pode ter várias aceções. No entanto, no âmbito do tema das proibições de prova releva unicamente a essência da prova ao nível do direito processual penal⁷.

“O processo penal é uma sequência de atos juridicamente preordenados à decisão sobre se foi praticado algum crime e, em caso afirmativo, sobre as respetivas consequências jurídicas e a sua justa aplicação”⁸. A averiguação da realidade fatural é indispensável para a aplicação do direito. Assim sendo, num primeiro momento, o juiz toma conhecimento dos factos, através da produção de prova e, apenas, no caso dessas situações típicas da vida preencherem a previsão da norma criminal será produzido o efeito jurídico previsto na estatuição da mesma e feita a aplicação do direito.

O Código Civil, no artigo 341.º, estatui precisamente como função da prova “*a demonstração da realidade dos factos*”⁹. Assim, a atividade probatória neste domínio traduz-se na produção e posterior análise e reflexão dos elementos de prova legalmente admissíveis. O julgador através destas informações irá formar a sua convicção sobre a prática ou não de um crime, proceder à identificação do seu agente e estipular a responsabilidade criminal associada.

⁷ Neste contexto, estando em causa bens jurídicos essenciais ligados aos pilares do ser humano a prova tem um papel ainda mais preponderante.

⁸ Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, 4ª Edição, Editorial Verbo, 2008, p. 12.

⁹ O *thema probationem* corresponde aos “factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis” – artigo 124º do CPP – e ainda aos factos através dos quais se pode deduzir a existência de factos integrantes do objeto do processo ou factos que manifestem a fiabilidade de certos meios de prova. Posto isto, os meios de prova são os mecanismos utilizados para demonstrar esses mesmos factos. Veja-se a este respeito Germano Marques da Silva, op. cit., p. 119.

Com vista à prossecução desta finalidade o legislador, no artigo 125.º do CPP, prevê que “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei.”. Esta disposição legal consagra um princípio de liberdade da prova, que se opõe ao sistema de prova tarifada, dado que considera como admissível para provar os factos relevantes para o processo qualquer meio de prova permitido em direito – meios de prova típicos e atípicos. Por outro lado, esta regra, *a contrario*, possibilita a existência de provas proibidas, isto é, provas cuja utilização se encontra vedada.

Os elementos de prova podem ser oficiosamente trazidos ao processo, de acordo com o princípio da investigação¹⁰, ou em correlação com a alegação de um facto por parte do MP, que pode ver a sua veracidade confirmada ou não através da respetiva prova. Neste sentido, Castro Mendes afirma claramente que a prova é o “pressuposto da decisão jurisdicional”¹¹.

No entanto, a verdade que será obtida no processo, designada de “verdade processual” ou “verdade material”, não é “absoluta” ou “ontológica”, “há-de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço, mas processualmente válida¹²”. No mesmo sentido, Germano Marques da Silva realça que “a lei processual não impõe a busca da verdade absoluta e, por isso, também as autoridades judiciárias, mormente o juiz, não dispõem de um poder ilimitado na produção da prova.¹³”.

Assim sendo, apesar de a finalidade primária da prova ser atestar a realidade factual, não é a única. A atividade probatória, vista como um todo, constitui uma salvaguarda de

¹⁰ Cfr. artigos 53.º, n.º1, 158.º, n.º1, 179.º, n.º1, 181.º, n.º1, 299.º, n.º1, 323.º, als. a) e b) em destaque o artigo 340.º, n.º1 o princípio da investigação está manifestamente consagrado. Como ensina Figueiredo Dias, op. cit., p. 192 “a atividade investigatória do tribunal não é limitada pelo material de facto aduzido pelos outros sujeitos processuais, antes se estende *autonomamente a todas* as circunstâncias que devam reputar-se relevantes”.

¹¹ Castro Mendes, *Do Conceito da Prova em Processo Civil*, Lisboa, Edições Ática, 1961 p. 741.

¹² Figueiredo Dias, op. cit., p. 194. Importa compreender que a verdade material será atingida dentro dos condicionalismos existentes no processo penal. Deste modo, tal como destaca Paulo 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 Editora, 2011, p. 266, “admite-se que a verdade material do processo seja distinta da realidade passada dos eventos do mundo exterior supostamente reconstruídos pelo processo, «a verdade material obtida há-de, no entanto, corresponder a uma verdade processualmente válida»”.

¹³ Germano Marques da Silva, op. cit., p. 130.

realização de um processo justo, fundamentado e sujeito a fiscalização e, mais, garante uma procura pela verdade através de meios processuais lícitos, deixando para trás as ideologias de demonstração da realidade dos factos a qualquer preço.

Dadas estas limitações processuais, por vezes, as provas carreadas ao processo não são suficientes para que o julgador tenha um sentimento de asseveração sobre a prática de determinado facto típico, ilícito e culposo¹⁴. Ou seja, depois de avaliada a prova segundo as regras da experiência e de acordo com o princípio da livre apreciação da prova o juiz pode não chegar a uma conclusão séria sobre o conhecimento da situação fáctica. Nestes casos tem aplicação o princípio *in dubio pro reo*, que deriva de uma exigência constitucional de presunção de inocência do arguido (artigo 32.º, n.º 2 da CRP). A presunção de inocência é afastada se os pressupostos de que depende a aplicação da sanção estiverem reunidos, logo, quando tal não se verifique o arguido deve ser absolvido.

Há, assim, uma dicotomia entre interesses públicos e privados: a perseguição penal ou descoberta da verdade material e a salvaguarda dos direitos constitucionalmente protegidos, sendo que deste confronto resulta a consagração de limites intransponíveis à descoberta da realidade factual, que variam consoante os valores fundamentais em vigor na nossa civilização.

Posto isto, a limitação que este estudo propõe desenvolver são as proibições de prova, que como Gössel salienta são “barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objeto do processo”¹⁵.

¹⁴ Germano Marques da Silva, op. cit., pp. 121 a 127 e para um maior aprofundamento Miguel Nuno Pedrosa Machado, “O Princípio *in dubio pro reo* e o Novo Código de Processo Penal”, in Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, Ano 49 n.º 2, Setembro 1989, pp. 583-611.

¹⁵ Karl GÖSSEL *apud* Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 84.

2. O enquadramento jurídico e os fundamentos das proibições de prova

A razão de ser do instituto das proibições de prova, tal como mencionado, é justamente impor limites à obtenção e valoração da prova, restringindo o esclarecimento da veracidade dos factos. A realização da justiça não pode ser conseguida através da restrição desproporcionada dos direitos fundamentais¹⁶, alguns deles – os Direitos, Liberdades e Garantias –, cobertos pela força jurídica que lhes confere o regime do artigo 18.º da CRP.

Como pertinentemente assinala Manuel da Costa Andrade, “subjacente ao conceito e regime das proibições de prova está, assim, a crença na existência de limites intransponíveis à prossecução da verdade em processo penal”¹⁷.

Trata-se, assim, de um efeito dissuasor para que as autoridades judiciárias, os órgãos de polícia criminal e os sujeitos processuais, nomeadamente assistente(s) e advogado(s)¹⁸, não coloquem em causa direitos fundamentais. O facto de as provas proibidas não poderem ser tidas em linha de conta no momento de tomada de decisão por parte do Ministério Público ou do juiz, independentemente de revelarem factos determinantes para a boa decisão da causa, demove os indivíduos a desrespeitar estas regras.

A conceção contemporânea das proibições de prova no ordenamento jurídico português resulta de um longo processo de desenvolvimento do instituto e é encadeada, como não poderia deixar de ser, com a própria ideia de Estado e com os valores inerentes a cada momento histórico e a cada local geográfico. No desenvolvimento da atual visão do instituto

¹⁶ Atualmente a doutrina é unânime ao entender que “não é nenhum princípio da ordenação processual que a verdade tenha de ser investigada a todo o preço”, não excluindo a importância da descoberta da verdade material. O “objetivo do esclarecimento e punição dos crimes é, seguramente, do mais elevado significado; mas ele não pode representar sempre, nem sob todas as circunstâncias, o interesse prevaletente do Estado.” - *Neue Juristische Wochenschrift* 1960, *apud* Manuel da Costa Andrade, *op. cit.* p. 117, até porque o “Estado tem de revelar alguma superioridade ética: não pode combater o crime, por mais grave que ele seja, cometendo, ele próprio, outros crimes”, como defende Conde Correia, “A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial”, in *Revista do CEJ*, nº4, 1º semestre 2006, p. 177.

¹⁷ Manuel da Costa Andrade, *op. cit.* p. 117.

¹⁸ Vide Paulo de Sousa Mendes, *As proibições de prova no processo penal, in Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 138 a 141, Manuel da Costa Andrade, *op. cit.*, pp. 196 e 197.

a influência dos variados estudos doutrinários e decisões jurisprudenciais norte-americanas e alemãs é decisiva¹⁹. Nos ordenamentos jurídicos americano e alemão foi estudado de forma profunda, desde cedo comparativamente com os outros ordenamentos, o potencial desta figura como instrumento de salvaguarda de direitos fundamentais.

Paulo Dá Mesquita destaca inclusivamente que “a consagração das proibições de prova constitucionais (...) relaciona-se com uma linha marcante desenvolvida pela jurisprudência do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, em que se extrai da Constituição, para além do fim central de regulação da descoberta da verdade no respeito de direitos fundamentais, um novo patamar de afastamento da prova por força da violação de imperativos constitucionais na sua obtenção”²⁰, que no limite conduzem a uma afetação da própria dignidade da pessoa humana.

O artigo 1.º da CRP consagra a dignidade da pessoa humana como um dos pilares base da nossa sociedade e, segundo Figueiredo Dias “o próprio pensamento filosófico mais recente veio mostrar que toda a verdade autêntica passa pela liberdade da pessoa, pelo que a sua obtenção à custa da dignidade do homem é impensável”²¹.

A CRP de 1976 foi pioneira no ordenamento jurídico português ao sistematizar e estruturar um tratamento unitário e autónomo para as provas obtidas ilicitamente²², no seu

¹⁹ Neste sentido, pôde ouvir-se Paulo Dá Mesquita, op. cit., p. 275, quando afirma que “as proibições de prova (apelam) ao olhar comparativo entre o paradigma norte-americano e o germânico”.

²⁰ Paulo Dá Mesquita, op. cit., p. 270.

²¹ Figueiredo Dias, op. cit., p. 194.

²² “Neste plano avulta sobremodo o artigo 32.º da Constituição da República, de forma mais imediata, o disposto no n.º6, que, pela primeira vez, na ordem jurídica portuguesa, deu expressão positiva e explícita ao conceito e ao regime das proibições de prova.”, Manuel da Costa Andrade, op. cit., pp. 12 e 13. No entanto, esta disposição legal, acrescenta o autor, “Para além da sua valência normativa direta (...) viria a determinar importantes inovações legislativas no plano do direito ordinário”, nomeadamente através do Decreto-Lei n.º 377/77, de 6 de Setembro foram efetuadas alterações à redação do artigo 261.º do CPP de 1929 que o aproximam em muito do atual artigo 126.º do CPP, prevendo várias garantias ao arguido. Nos termos da redação imposta pelo Decreto-Lei a norma passou a dispor que “1. *É proibido a qualquer entidade ou pessoa praticante no processo penal: a) perturbar a liberdade de vontade ou de decisão do arguido através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) perturbar a capacidade de memória e de avaliação do arguido; (...) d) ameaçar o arguido com medida legalmente inadmissível ou prometer-lhe qualquer vantagem não prevista na lei. 2. O consentimento do arguido não afeta as proibições estabelecidas no número anterior. De igual modo, não podem as declarações tomadas*

artigo 32.º, n.º 6. Atualmente, resultado da revisão constitucional introduzida pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro, os constrangimentos ao nível da prova têm o seu ponto matricial no artigo 32.º, n.º 8 da CRP, que consagra autonomamente o instituto das proibições de prova. Esta disposição legal confere dignidade constitucional, de forma expressa, ao instituto das proibições de prova – elevando-as à categoria de Direitos, Liberdades e Garantias pela sua inserção sistemática –, o que por sua vez é revelador da importância que lhe é concedida.

O legislador constituinte previu, no artigo 32.º, n.º 8, da atual Constituição, que “são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”, não deixando para o plano infraconstitucional a importante função de definir os direitos fundamentais cuja violação teria como consequência a “nulidade”²³. Ou seja, “em vez de referenciar apenas o horizonte político-criminal e axiológico do processo penal, o legislador constituinte chamou a si a conformação normativa e direita dos seus aspetos mais decisivos”^{24 25}.

Apesar de tudo isso ser verdade, o legislador constituinte veio incumbir ao legislador ordinário a tarefa de configurar normativamente as proibições de prova no âmbito da reserva da vida privada e da intangibilidade da correspondência e das telecomunicações (artigo 34.º,

com violação daquelas proibições ser apreciadas pelo tribunal ou pelo juiz de instrução, mesmo que nisso o arguido consinta”. Para um aprofundamento dos antecedentes históricos e da evolução do preceito Sandra Oliveira e Silva, “Legalidade da Prova e Provas Proibidas”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, n.º4, 2011, p. 29, março 2021, disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/133333/2/49978.pdf>

²³ Como veremos adiante (Capítulo I.3 - Delimitação da área proibida: o conceito de proibição de prova) a delimitação do conceito de proibição de prova não é tarefa fácil e levanta várias divergências doutrinárias e, consequentemente, nas chamadas “zonas cinzentas” gera-se a questão de saber se estamos perante uma verdadeira limitação à descoberta da verdade e, posteriormente, qual a consequência associada.

²⁴ Manuel da Costa Andrade, op. cit., pp. 12 e 13.

²⁵ O ordenamento jurídico português, ao contrário da maioria dos ordenamentos – designadamente o alemão –, consagrou um fundamento expresso no plano constitucional para as proibições de prova e, para além dessa previsão descreve o conteúdo da ilicitude em causa, afastando-se assim de ordenamentos como o italiano e o brasileiro. Vide Helena Morão, “O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 16, N.º4, Outubro-Dezembro 2006, Coimbra Editora, p. 587.

n.º 4, da CRP), para que possamos saber em que situações é admissível a obtenção de meios de prova com base na restrição destes direitos fundamentais.

A invalidade resultante de uma prova proibida é uma consequência que de forma abstrata já se encontrava presente no espírito do disposto no artigo 32.º, n.º 1, da CRP²⁶. Dito de outra forma, as proibições de prova são um instrumento privilegiado de proteção dos mais basilares direitos fundamentais do arguido, entre eles os direitos de defesa, contra eventuais abusos²⁷. Para além desta norma, outros são os fundamentos constitucionais das proibições de prova, como o direito à integridade física e moral (artigo 25.º da CRP), o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (artigo 26.º da CRP), o direito à inviolabilidade do domicílio, da correspondência e das telecomunicações (artigo 34.º da CRP) e a dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da CRP)²⁸. A lesão dos direitos mencionados tem o potencial de pôr em causa as características mais básicas de um processo penal desenvolvido num Estado de Direito.

Descendo ao plano do direito ordinário importa compreender o artigo 126.º do CPP, que mais não é do que um desenvolvimento, uma decorrência direta, do “mandamento constitucional”²⁹, densificando sem ampliar o conteúdo expresso na norma da Constituição.

²⁶ “O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso.”

²⁷ No entendimento de Germano Marques da Silva, op. cit., p. 140 “com uma ou outra exceção estabelecida por lei, as proibições de prova reconduzem-se à proibição de abusos contra os direitos fundamentais das pessoas”.

²⁸ Vide a este respeito Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 216: “Tanto na doutrina como na *praxis* jurisprudencial é predominante o entendimento que se propõe interpretar o regime dos *métodos proibidos de prova* como projeção normativa das implicações ou exigências emergentes duma constelação plural de valores ou interesses.”

²⁹ Expressão utilizada por João de Matos-Cruz Praia, Proibições de prova em processo penal: algumas particularidades no âmbito da prova por reconhecimento e da reconstituição do facto, *Julgare Online*, dezembro de 2019, p. 4, consultado em Fevereiro de 2021. O impacto da Lei fundamental pode ser visto numa dupla dimensão: a Constituição define os alicerces do Estado e estes fundamentos são, simultaneamente, os do direito processual penal – o que inclusivamente representa uma legitimação deste ramo do direito –, por um lado, e por outro através da relação entre a Constituição e o direito processual penal a Lei fundamental regula problemas processuais que posteriormente são conformados na lei ordinária, mormente no CPP. Esta última vertente está presente na expressão de Henkel *apud* Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 12, ao considerar o “direito processual penal como verdadeiro direito constitucional aplicado” e é nele que vão concentrar-se as virtudes e os defeitos provenientes das normas constitucionais. Neste sentido, os fundamentos do processo penal derivam dos alicerces constitucionais e concretizam estes últimos ao nível da lei ordinária.

O artigo 126.º, n.º 1, do CPP corresponde ao disposto no artigo 32.º, n.º 8, 1ª parte da CRP e prevê que “São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas”. De seguida, o n.º 2 do artigo 126.º indica, através de uma lista exemplificativa³⁰, as provas que são suscetíveis de ofender a integridade física ou moral das pessoas. A doutrina denomina estas proibições de prova de “proibições absolutas” de forma a reforçar o facto de o consentimento do visado não eliminar a ilicitude da prova – irrelevância do consentimento –, ou seja, não é possível ao titular do direito renunciar à tutela conferida ao bem jurídico em causa³¹ permitindo que os meios de prova sejam obtidos através destes métodos. Estes são valores de tal forma estruturais do Estado de Direito e de tal forma conexioneados com a dignidade da pessoa humana que são insuscetíveis de cedência³². Se alguma dúvida restasse o legislador constituinte clara e expressamente assevera a integridade moral e física das pessoas como direitos invioláveis (artigo 25.º da CRP).

Por sua vez, o artigo 126.º, n.º 3, encontra a sua correspondência no artigo 32.º, n.º 8, 2ª parte, e estipula que “Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respetivo titular.” Desta disposição legal resulta a possibilidade de o consentimento do titular do direito levantar

³⁰ A respeito do elenco de provas absolutamente proibidas, Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 216 entende que “em sede de caracterização geral dos *métodos proibidos de prova* convirá ressaltar que nada parece impor a conclusão de que no artigo 126.º do CPP se contenha uma enumeração taxativa”, entendimento do qual partilhamos. Com interesse, vide Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, Anotação ao artigo 126º, p. 323 e Sandra Oliveira e Silva, *Legalidade da Prova (...)* op. cit., p. 32.

³¹ Vide Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 214: “(...) a lei leva a censura destes métodos ao ponto de impor e sobrepor a proibição à renúncia de tutela por parte do portador do bem jurídico concretamente atingido. O que vale tanto para a renúncia atualizada no momento da produção da prova como para a referida ao momento da respetiva valoração”. E, João Conde Correia clarifica que se não fosse assim, o interessado tinha em seu poder transformar um vício insanável num vício sanável, pelo simples decurso do tempo, omitindo a respetiva arguição.

³² Como nos dá conta Amelung, “Estes direitos fundamentais não tutelam apenas a pessoa do cidadão mas também o interesse da comunidade de que o processo penal decorra segundo as regras do Estado de Direito.”, *apud* Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 71.

a proibição de prova³³ e o mesmo se passa através de autorizações provenientes de certas autoridades (artigos 18.º, 26.º e 34.º, n.ºs 2, 3 e 4, da CRP), permitindo a valoração daquele elemento para formar a convicção do tribunal. Assim sendo, são vistas como “proibições relativas” (ou métodos relativamente proibidos), pois a lei autoriza uma ingerência nos direitos fundamentais, quando esta ingerência não for abusiva.

As provas proibidas podem apenas “ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes” que recorrerem a métodos de obtenção de prova proibidos, segundo o disposto no artigo 126.º, n.º 4 do CPP.

3. Delimitação interior da área proibida: o conceito de proibição de prova

Averiguados os fundamentos jurídicos, o próximo passo será perceber e tentar definir em que situações nos deparamos perante uma verdadeira e própria proibição de prova, isto é, perceber como identificar as mesmas. A definição das fronteiras do conceito é uma questão de grande relevância e, por consequência, abundantemente discutida na doutrina³⁴, onde encontramos várias posições.

No contexto da presente dissertação assume especial relevo esta discussão, na medida em que para discutir qual o valor negativo das proibições de prova, isto é, qual o efeito jurídico inerente a este instituto, é imprescindível conhecer o conceito base em causa, a proibição de prova.

i. O papel central da CRP na delimitação das fronteiras de uma proibição de prova

A Lei Fundamental, mormente o artigo 32.º, n.º 8, delimita a matriz dos contornos de uma proibição de prova. Razão assistirá, por isso, a João Conde Correia quando escreve que

³³ Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 51 faz referência ao consentimento como “via de legitimação dos correspondentes meios de prova”.

³⁴ Vide sobre a importância da identificação das proibições de prova Conde Correia, *Contributo para (...)* op. cit., p. 156, quando afirma “Neste contexto, a principal missão do jurista consiste em identificar as provas proibidas pelo ordenamento jurídico” e Germano Marques da Silva, op. cit., p.139.

“estas proibições de prova derivam, fundamentalmente das opções constitucionais em matéria de investigação penal e de proteção dos Direitos, Liberdades e Garantias individuais, não será difícil defender que – pelo menos nestes casos – também a delimitação da área proibida deverá encontrar-se na Constituição: seja na identificação das provas absolutamente proibidas (...) seja, sobretudo, na identificação das provas relativamente proibidas”³⁵. Por outras palavras, podemos dizer que a Constituição é uma bússola que norteia o caminho a seguir na identificação do instituto das proibições de prova.

No entanto, questionamo-nos se o desrespeito de qualquer direito fundamental gera uma proibição de prova ou se, por outro lado, apenas a violação de certos direitos fundamentais, porventura, os direitos compreendidos no núcleo do artigo 32.º, n.º 8, da CRP, conduz à inutilização da respetiva prova.

Como mencionado anteriormente, a doutrina não alcançou um consenso no âmbito da identificação da área proibida e na forma como essa mesma identificação é alcançada. De acordo com uma primeira posição doutrinária, que segue o entendimento perfilhado por João Conde Correia³⁶ e Manuel da Costa Andrade, o artigo 32.º, n.º 8, da CRP, não expõe uma lista taxativa³⁷ de direitos fundamentais protegidos pelo regime reforçado consagrado constitucionalmente. Deste modo, a obtenção de prova em termos não consentâneos com a permissão constitucional, quanto à restrição de um Direito, Liberdade ou Garantia individual, implica a não admissibilidade da prova ou a não valoração da mesma na tomada de qualquer decisão por parte do julgador³⁸. Devemos em acréscimo fazer menção à força jurídica destes

³⁵ Conde Correia, *A distinção entre (...)* op. cit., p. 189.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Em sentido contrário e no que concerne à jurisprudência o STJ, no Acórdão do STJ de 26-11-2009, Proc. n.º 103/01.4TBBERG-G.S1, Relatado por Santos Carvalho, entendeu que o artigo 133º do CPP não cabe no conceito de método proibido de prova, destacando que "os métodos proibidos de prova são apenas os indicados no art. 126º do CPP".

³⁸ Neste sentido, Germano Marques da Silva, op. cit., p. 139, diz tratar-se “de provas obtidas com violação de direitos constitucionalmente garantidos e relativamente aos quais a Constituição estabelece verdadeiras normas processuais que devem ser respeitadas para poderem excecionalmente incidir sobre as liberdades constitucionais tuteladas”. Nesta linha de raciocínio, temos em certas situações provas proibidas por intrínseca ilegitimidade objetiva e noutras ocasiões provas proibidas por ilegitimidade procedimental.

preceitos constitucionais e aos critérios apertados necessários para restringir estes direitos, à luz do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º da CRP).

As proibições de prova são vistas como uma realidade que extravasa o núcleo de direitos do artigo 32.º, n.º 8, da CRP, e quando não forem respeitados os limites de compressão dos direitos fundamentais a prova obtida ilicitamente deve ser eliminada do processo³⁹.

Elegem os referidos autores um critério substancial, segundo o qual o carácter processual ou material da norma não releva, dando unicamente ênfase a saber se foram ou não cumpridas as condições para a admissibilidade da prova⁴⁰.

A doutrina no ordenamento jurídico espanhol toma partido no mesmo sentido, tendo como suporte legal o artigo 11.º, n.º 1 da Lei Orgânica do Poder Judicial espanhola que prevê que não “surtinán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”⁴¹. Esta norma é muito abrangente e prevê que a área das proibições de prova abrange a violação de qualquer direito fundamental.

Portanto, de acordo com esta orientação doutrinária, e a nosso ver corretamente, existem bens jurídicos explicitamente identificados pelo legislador constituinte que não toleram, em absoluto, ou termos relativos, a sua lesão com vista à realização das restantes finalidades do processo penal. No entanto, em adenda ao cerne restrito de bens jurídicos

³⁹ Nas palavras de J. Carlos Vieira Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 237, *apud* Conde Correia, *Contributo para (...) op. cit.*, p. 157, nota 358, “O limite ao poder legislativo consiste precisamente, «em não poder ele atentar contra as exigências (mínimas) de valor que, por serem a projeção da ideia de dignidade humana, constituem o fundamento (essência) de cada preceito constitucional nesta matéria»”. Se este limite é imposto ao legislador, por maioria de razão, será forçoso que o aplicador do direito esteja igualmente adstrito a ele.

⁴⁰ Conde Correia, *Contributo para (...) op. cit.*, p. 159.

⁴¹ Como nota de Ascensio Mellado, “este preceito, significa que toda a prova que se obtenha com violação de um direito fundamental há-de ser considerada nula e por consequência a sua valoração, ou tomada em consideração, está vedada, pelo que, em caso algum os tribunais a poderão ter em conta para basear uma sentença condenatória”, *apud* Cláudio Lima Rodrigues, *Das proibições de prova no âmbito do direito processual penal – o caso específico das proibições de prova no âmbito das escutas telefónicas e da valoração da prova proibida pro reo*, Verbo jurídico, p. 5, consultado em Abril de 2021, disponível em https://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/ppenal/claudiolimarodrigues_proibicaoaprovaescutas.pdf.

previstos no artigo 32.º, n.º 8, da CRP, existem outros bens jurídicos que merecem ser tutelados pelo regime associado às proibições de prova, pela particular relevância que o legislador lhes atribui.

As regras sobre produção e valoração da prova, tal como mencionado, têm como propósito limitar a restrição dos direitos fundamentais ao mínimo necessário. Ao ser desrespeitada uma norma que prevê a forma como é permitida a restrição do direito em causa tal resultará numa compressão do direito fundamental de forma indevida e abusiva, conseqüentemente essa prova será inválida, sofrendo de um vício específico: a nulidade de prova.

Numa segunda posição doutrinária encontramos Helena Morão, defensora de que “proibição de prova em sentido próprio no *sistema processual penal português*, é somente aquela norma probatória proibitiva cuja violação possa redundar na afetação de um dos direitos pertencentes ao núcleo eleito do artigo 32/8 da Lei Fundamental e que o artigo 126.º do Código de Processo Penal manteve, sem alargar”⁴². No entanto, a Autora chama à atenção para o facto de não podermos considerar o elenco de direitos fundamentais previsto no artigo 32.º, n.º 8, da CRP, como uma lista fechada ou taxativa.

Assim, segundo o princípio orientador perfilhado por uma doutrina minoritária as proibições de prova são um universo de situações mais restrito do que crê a maior parte da doutrina. O critério de identificação das proibições de prova é baseado na verificação da lesão de algum dos direitos previstos no artigo 32.º, n.º 8, da CRP, atribuindo total relevância à conformação normativa dos direitos aos quais o legislador munuiu de um regime específico com maiores garantias, pela estreita correlação que têm com a dignidade da pessoa humana. Mas, em situações de especial fragilidade no plano probatório consideram que se impõe a aplicação analógica do regime das proibições de prova⁴³. Pelo contrário, a lesão dos restantes

⁴² Helena Morão, op. cit., p. 589.

⁴³ Nas palavras de Helena Morão, op. cit., p. 590, quando um direito “se encontrar intimamente relacionado com a dignidade humana e se situar num contexto de especial fragilidade na relação com o poder em matéria probatória, é dever do intérprete proceder à devida *aplicação analógica* do regime constitucional e legal das proibições de prova”.

direitos leva à aplicação do regime geral das nulidades processuais, consagrado nos artigos 118.º e seguintes do CPP.

ii. Tipos de proibições de prova

Em complementaridade com a discussão sobre os limites da área proibida importa identificar os tipos de proibições de prova, segundo a classificação elaborada por Claus Roxin⁴⁴. Esta classificação faz a distinção entre: proibições de produção de prova e proibições de valoração da prova.

Dentro das proibições de produção de prova pode identificar-se quatro tipos de proibições, umas resultantes de exigência constitucional e outras por imposição legal, sendo estas: temas de prova proibidos, meios de prova proibidos, métodos de prova proibidos e proibições relativas de prova. No primeiro grupo, nos temas de prova proibidos, estão em causa factos que não podem ser objeto de prova (v.g. artigo 137.º do CP). Em segundo, os meios de prova proibidos são certos meios de prova cuja utilização não é permitida no processo (v.g. artigos 134.º, n.º 2 e 356.º do CPP). Os métodos de prova proibidos são formas de arrecadação de meios de prova que não podem ser empregues na recolha dos mesmos (v.g. artigo 126.º, n.º 2 do CPP)⁴⁵. E, por último, quando a arrecadação da prova apenas possa ser exigida ou produzida por determinadas pessoas, de acordo com um certo procedimento subordinado à verificação de certos requisitos, estamos perante uma proibição de prova relativa (v.g. artigo 180.º, n.º 2 do CPP).

No que concerne às proibições de valoração da prova⁴⁶ também existe uma subdivisão a ser feita entre: proibições de prova dependentes e proibições de prova independentes. Sendo

⁴⁴ A categorização desenvolvida por Claus Roxin é seguida por inúmeros autores, nomeadamente por Germano Marques da Silva, op. cit., p. 143 e por Paulo de Sousa Mendes, op. cit., pp. 134 a 138, Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 90.

⁴⁵ A respeito da distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova podemos sumariamente destacar o facto de os métodos proibidos de prova não serem fonte de informação sobre a verdade histórica, mas sim permitirem arrecadar meios de prova, estes sim dotados de aptidão probatória. Para um esclarecimento mais profundo vide Germano Marques da Silva, op. cit., p. 113.

⁴⁶ Paulo de Sousa Mendes, op. cit., pp. 141-144.

a única diferença entre elas a origem da proibição, no primeiro caso trata-se da violação de uma proibição imposta por lei que prejudica, por inerência, a sua valoração e no segundo a proibição resulta diretamente da Constituição, independentemente da existência de um vício na fase de produção de prova⁴⁷.

Há, no nosso entender, seguindo o exposto por Germano Marques da Silva⁴⁸, três momentos temporais relevantes: a fase de recolha da prova – proibição de produção de prova; a fase em que a prova já foi admitida no processo, mas ainda não foi valorada – proibição de valoração da prova; e a fase em que a prova já foi valorada ao nível da decisão judicial. No entanto, o critério de distinção entre as proibições de produção de prova e as proibições de valoração da prova não pode dizer-se temporal, não se pode afirmar que a uma proibição de produção tem como consequência uma proibição de valoração e, tão pouco existe a necessidade de se identificar uma proibição de produção de prova para que estejamos perante uma proibição de valoração, o que se comprova pelas proibições de valoração independentes.

Tal como destaca Manuel da Costa Andrade, citando Otto, “A proibição de valoração representa apenas *uma* das sanções possíveis de uma proibição de prova”⁴⁹, concluindo que “salvos os casos em que a proibição de valoração de prova é expressamente cominada, há sempre que proceder a uma comprovação individualizada sobre se a violação da proibição de prova acarreta em todos os casos uma proibição de valoração”⁵⁰. A distinção entre estas duas realidades deu inclusivamente lugar a inúmeras teorias sobre em que circunstância uma proibição de produção de prova dá lugar a uma proibição de valoração, entre elas a teoria da

⁴⁷ As proibições de valoração independentes conduzem à temática dos “conhecimentos fortuitos” que forem obtidos v.g. através do recurso a uma escuta telefónica legal. Assim sendo, está em causa uma proibição de valoração quando as informações obtidas com recurso à escuta telefónica processualmente admissível não podem ser valoradas.

⁴⁸ Germano Marques da Silva, op. cit. p. 144. Entendimento partilhado por Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 56.

⁴⁹ Otto, *apud* Manuel da Costa Andrade, op. cit, p. 58.

⁵⁰ Schâfer, *apud* Manuel da Costa Andrade, op. cit, p. 58.

esfera jurídica, a teoria dos três graus, a teoria do fim de proteção da norma, a teoria dos direitos de domínio de informação⁵¹.

4. Fronteiras exteriores do conceito: distinção entre meras regras de produção de prova e proibições de prova

Aqui chegados, após ter sido realizada uma exposição sobre as linhas principais da delimitação interior das proibições de prova, importa assinalar as fronteiras exteriores do conceito. Iremos para este efeito discernir as provas proibidas, resultantes da violação de proibições de prova, das provas admissíveis, adquiridas sem respeito pelas formalidades previstas na lei, dada a proximidade entre os dois institutos.

A separação entre as proibições de prova e as regras de produção da prova é dificultada pela imprecisão terminológica empregue pelo legislador constituinte⁵². Por força do recurso ao termo “nulidade” o enunciado normativo processual penal também emprega inúmeras vezes este vocábulo no sentido de identificar uma verdadeira e própria proibição de prova. A utilização pouco cuidada ou até mesmo incorreta do ponto de vista dogmático deste termo potencia a confusão na doutrina e na jurisprudência nacionais⁵³. Esta dificuldade de distinção entre estas realidades pode acarretar uma grave desproteção de certos bens

⁵¹ O aprofundamento desta distinção não será efetuado no âmbito desta investigação. Para um maior desenvolvimento vide Manuel da Costa Andrade, op. cit., pp. 90-114.

⁵² A lei processual penal não utiliza uma terminologia uniforme no que concerne às proibições de prova, dificultando a identificação de uma prova proibida e do regime inerente às mesmas. O CPP utiliza várias expressões como “não podem ser utilizadas como meio de prova” (artigo 58.º, n.º 5), “não pode servir como meio de prova” (artigo 129.º, n.º 1), “não é admissível” (artigo 130.º, n.º 1), “sob pena de nulidade” (artigo 134.º, n.º 2, artigo 174.º, n.º 4 e artigo 177.º, n.º 1), “é proibida” (artigo 187.º, n.º 5), “não tem valor como meio de prova” (artigo 147.º, n.º 7), entre outros.

⁵³ Maria de Fátima Mata-Mouros, *Sistemas de prova: da irracionalidade à dimensão constitucional das proibições de prova em processo penal*, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Vol. II, Almedina, 2016, p. 421: “A associação concetual da prova proibida a prova «nula», induzida pelos enunciados normativos pertinentes, tem originado alguma confusão na jurisprudência nacional entre os institutos da proibição de prova e da nulidade dos atos processuais (...)”. Em uníssono com as dificuldades trazidas pela utilização do vocábulo, Conde Correia, *Contributo para (...)* op. cit., pp. 159 e 160 refere inclusivamente a necessidade de revisão da linguagem utilizada, no sentido de realçar a autonomia técnica e dogmática das proibições de prova conferida pela Constituição. No que respeita a esta última observação poder-se-ia seguir o exemplo italiano que, para realçar a autonomia das proibições de prova, veio a cominar como sanção para a violação de uma proibição de prova a *inutilizzabilità* (categoria independente de invalidade). Vide Manuel da Costa Andrade, op. cit., pp. 194-195.

jurídicos ou valores fundamentais, relativamente aos quais o legislador previu um regime reforçado de salvaguarda⁵⁴.

Sabemos, por um lado, que a particularidade distintiva de uma proibição de prova é a fixação de um limite à descoberta da verdade material⁵⁵, que surge por via da afetação dos direitos fundamentais em termos que não se encontram constitucionalmente previstos ou autorizados – “são verdadeiros Princípios Fundamentais em matéria de prova”⁵⁶.

Assim é, mesmo naquelas situações em que à primeira vista a prova seria admissível, dado que somente formalidades processuais foram violadas. Todavia, são essas formalidades processuais que permitem a compressão daqueles direitos fundamentais, na medida em que limitam a margem de perigo a um nível moderado, e tornam a prova admissível. A dita proibição de prova pode estar prevista sob a forma de proibição (regra), de imposição ou até de permissão⁵⁷.

Diversamente, “as regras de produção de prova visam apenas disciplinar o procedimento exterior da realização da prova na diversidade dos seus meios e métodos, não determinando a sua violação a reafirmação contrafáctica através da proibição de valoração”⁵⁸. Estas regras correspondem, como Figueiredo Dias pertinentemente assinala, a “meras prescrições ordenativas de *produção da prova*, cuja violação não poderia acarretar a

⁵⁴ Tal como chama à atenção Conde Correia, *A distinção entre (...)* op. cit., p. 176, “A identificação prática dos casos de prova proibida, subtraídos ao regime geral das nulidades, não tem sido tarefa fácil. Uma regulamentação, às vezes, algo confusa e deficiente e, sobretudo, uma interpretação incorreta, conduzem, frequentemente, a um resultado final deplorável: a indesejável e, mesmo que porventura bem intencionada, injustificável violação dos mais elementares direitos, liberdades e garantias individuais.”

⁵⁵ Tal como salienta Gössel as proibições de prova são consideradas “barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objeto do processo”, *apud* Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 83.

⁵⁶ Tiago André Silva Torres de Sousa, *As Proibições de Prova em Processo Penal: Autonomia e Efeitos à Distância*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2014, p. 37, consultado em abril de 2021, disponível em https://run.unl.pt/bitstream/10362/17211/1/Sousa_2014.pdf

⁵⁷ A prescrição da forma como devem ser averiguados determinados factos proíbe simultaneamente os restantes métodos de averiguação, v.g, artigo 129º do CPP, que ao prever as formas admissíveis de prestar depoimento indireto *a contrario* afasta outras possibilidades, proibindo-as.

⁵⁸ Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 84 e Germano Marques da Silva, op. cit., p. 142.

proibição de valorar como prova (...) mas unicamente a eventual responsabilidade (disciplinar, interna) do seu autor”⁵⁹.

Olhando agora aos objetivos de cada um destes institutos também se constata uma dissemelhança. As proibições de prova têm como finalidade proteger interesses transcendentais ao processo penal, certos bens jurídicos que estão protegidos contra atuações abusivas do Estado ou de outros particulares. Diferentemente as regras de produção de prova têm em vista a “maximização da verdade material” nalguns casos, enquanto outras regras de produção de prova visam evitar um “sacrifício desnecessário e desproporcionado de determinados bens jurídicos”⁶⁰.

Deste modo, estamos perante figuras distintas que no plano teórico acabam por não suscitar grandes dúvidas, as proibições de prova dizem respeito a vícios de substância e as nulidades são a resposta a problemas de natureza puramente formal. No entanto, na prática as dificuldades intensificam-se, tal como atestam as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a matéria.

Nesta sequência questionámo-nos se podemos, tendo por base a autonomia dogmática apontada, afirmar que se aplicam dois regimes distintos, isto é, que existe em simultâneo uma autonomia jurídica. Poderá afirmar-se, por um lado, que quando o vício cometido consiste na violação de uma proibição de prova a consequência associada é a proibição de valoração da mesma no processo e, por outro lado, quando estamos perante uma prova permitida, mas cuja observância das formalidades legais relativas ao procedimento exterior da prova não foram cumpridas, o vício consiste numa nulidade processual, causa de inexistência, de nulidade ou de irregularidade, tendo por base os efeitos cominados nos artigos 118º e seguintes do CPP?

⁵⁹ Figueiredo Dias, *apud* Manuel da Costa Andrade, *op. cit.*, p. 84.

⁶⁰ *Ibidem.*

CAPÍTULO II

A INVALIDADE EM GERAL E AS NULIDADES EM PARTICULAR NO CPP

A base do sistema assenta no cumprimento do modelo legal em vigor, tal como resulta do disposto no artigo 2.º do CPP, sob epígrafe “legalidade do processo”. A invalidade consiste precisamente num juízo de desvalor respeitante à desconformidade entre o ato processual penal praticado e as disposições legais, colocando em risco a justiça da decisão⁶¹. Desta forma, quando a prática de atos processuais não corresponde ao modelo definido pelo legislador estamos perante um ato que sofre de um vício, a invalidade, cujos efeitos podem vir a ser eliminados com recurso aos mecanismos processuais apropriados.

No tocante à determinação do mecanismo relativamente ao qual o sujeito processual deve recorrer tem-se por base a gravidade do vício e as exigências de justiça e eficácia processuais⁶². Assim, existe uma diversidade de consequências que deriva desta situação de desconformidade, nomeadamente a inexistência, as nulidades (insanáveis ou sanáveis) e a irregularidade, sem nunca esquecer que estão em causa exteriorizações de uma única figura jurídica.

1. Inexistência

A admissibilidade ou não admissibilidade da figura da inexistência é controversa e, à semelhança de outros ordenamentos jurídicos, o legislador português optou pela falta de estipulação legal deste vício. De tal forma que, em bom rigor, será responsabilidade da doutrina e da jurisprudência a construção da figura no seu todo e a sua aplicação em concreto, respetivamente.

⁶¹ Germano Marques da Silva, *op. cit.*, pp. 86 e 88.

⁶² Conde Correia, *Contributo para (...)* *op. cit.*, p. 192; Germano Marques da Silva, *op. cit.*, p. 89.

Neste âmbito apenas cabem aquelas situações excepcionais em que os atos processuais penais praticados não têm um mínimo de correspondência ao modelo legal, isto é, não reúnem os requisitos basilares ao seu reconhecimento e tornam-se atos processualmente inúteis, sem existência jurídica⁶³. A inexistência jurídica afasta o princípio da tipicidade das nulidades, na medida em que não seria possível exigir ao legislador a previsão taxativa de todos os casos teóricos de inexistência.

Este vício é sem dúvida mais gravoso do que o vício da nulidade insanável, previsto no artigo 119.º do CPP, uma vez que no primeiro caso não estamos perante um verdadeiro processo ou perante uma autêntica decisão judicial⁶⁴, enquanto no segundo caso existe uma efetiva relação jurídica processual, no entanto, é uma relação imperfeita. Além disso, um ato inexistente é um ato que nunca transitará em julgado ao contrário de um ato nulo, independentemente da modalidade, como veremos.

2. Nulidades

O regime jurídico das nulidades processuais penais encontra-se, em geral, regulado nos artigos 118º a 123º do CPP⁶⁵ e tal estipulação permite ao intérprete delinear com rigor as linhas gerais desta figura, incluindo os seus efeitos jurídicos. No entanto, pode ser necessário recorrer a outras previsões legais especiais dispersas pelo Código no que concerne a certos atos ou vícios⁶⁶.

⁶³ Segundo Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Curso de Processo Penal*, I, Lisboa, 1981, p. 268, “O ato inexistente não constitui suficiente suporte duma realidade jurídica por falta de elementos essenciais que, mais do que exigidos pelo direito positivo, são racionalmente imprescindíveis à substância do ato”. Vide em complemento Conde Correia, *Contributo para (...) op. cit.*, p. 164 e Germano Marques da Silva, *op. cit.*, pp. 106 e 107.

⁶⁴ Os exemplos paradigmáticos apresentados pela doutrina, nomeadamente por Germano Marques da Silva, *op. cit.*, p. 107, são casos de decisões finais (condenatórias ou absolutórias) proferidas por um Magistrado do MP, situações em que v.g. um tribunal tributário profere uma decisão judicial em matéria criminal ou a ausência total no processo de arguido e/ou de defensor, entre outros cenários mencionados pelo autor.

⁶⁵ No entanto, o Título V não é exaustivo no que diz respeito a esta matéria e, neste sentido, deve complementar-se estas normas com outras disposições dispersas pelo Código, nomeadamente o artigo 321.º, n.º1.

⁶⁶ Cfr. artigos 321.º, n.º1 e 330.º, n.º1 - a respeito das nulidades insanáveis - e os artigos 86.º, n.º1, 92.º, n.º1, 103.º, n.º5, 134.º, n.º2, 174.º, n.º6, 177.º, n.ºs 1 e 5, 179.º, n.ºs 1 e 2, 180.º, n.º2, 190.º, 258.º, n.º1, 309.º, 313.º, n.º1 - a propósito das nulidades dependentes de arguição.

A nomenclatura utilizada pelo legislador português distingue entre nulidades insanáveis (artigo 119º), nulidades dependentes de arguição (artigo 120º) e irregularidades (artigo 123º). Cada um destes graus de invalidade representa um diverso nível de desconformidade do ato processual relativamente ao modelo legal adotado, ou seja, correspondem a juízos de valor negativo de várias intensidades. Podemos então concluir que se trata de um sistema de nulidades progressivas, contudo, não é possível quantificar essa progressão, apenas se pode afirmar que determinada nulidade origina consequências ao nível processual mais severas do que outro grau de nulidade.

Melhor concretizando, de uma análise cuidada aos preceitos legais resulta que as irregularidades têm por base defeitos mais leves, as nulidades dependentes de arguição caracterizam-se por imperfeições ditas intermédias e as nulidades insanáveis estão associadas a desconformidades graves.

A cada um destes graus de desconformidade corresponde um regime específico. O regime associado deve ser adequado à magnitude do incumprimento das disposições processuais penais e aos interesses salvaguardados pela norma jurídica violada. Deste modo, deve ser realizada uma concordância prática entre as exigências de segurança e economia processual, que potenciam a conservação dos efeitos jurídicos produzidos, e o respeito pelos ideais de justiça processual.

Por um lado, quando estamos perante uma violação ligeira de um direito prevalecem, em geral, os valores de economia processual. Por outro lado, no caso de existir uma relevante afetação dos Direitos, Liberdades e Garantias as exigências de proporcionalidade impõem uma reação do ordenamento jurídico mais severa, no sentido de uma maior premência em fazer valer as consequências associadas à violação das disposições legais e uma menor intensidade das exigências de economia processual. De tal forma, aplica-se uma abordagem individualizada no tocante aos vários defeitos possíveis sobre atos processuais penais.

O artigo 118º, n.º 1, do CPP, consagra o princípio da tipicidade das nulidades, segundo o qual a falta de determinação legal no sentido da nulidade leva a que o ato padeça

de uma irregularidade (n.º 2), isto é, o vício da irregularidade tem carácter residual. Os atos processuais cujo vício desagua na irregularidade têm uma elevadíssima probabilidade de conservação dos seus efeitos. Nestes casos, a invalidade apenas afeta o ato quando arguida num espaço temporal breve – no próprio ato ou nos três dias seguintes a contar daquele em que tiverem sido notificados para qualquer termo do processo ou intervindo em algum ato nele praticado (artigo 123.º do CPP).

É necessário existir uma dupla tipicidade para que um determinado ato jurídico-processual sofra de uma nulidade insanável. A disposição normativa tem de estatuir expressamente que a consequência é a nulidade e, mais especificamente, que se trata de uma nulidade insanável. Quando esta última previsão não exista, seja na lista do artigo 119º seja em qualquer disposição normativa do CPP, estaremos perante uma nulidade sanável.

No seio da dupla tipicidade está subjacente a ideia do legislador português no sentido de limitar o número de nulidades absolutas possíveis, na medida em que este vício coloca em xeque o esforço económico e o tempo despendido no desenrolar do processo, sendo certo que não afeta apenas o ato em si, mas afeta igualmente os atos com ele conectados – os atos que dele dependerem e/ou os atos que puderem ficar afetados de alguma forma.

Da figura das nulidades absolutas resulta um nível de conservação mínima dos atos inválidos, associado a fortes mecanismos destrutivos. No entanto, a terminologia prevista na lei é infeliz e pode conduzir a equívocos desnecessários. Tal como ensina Cavaleiro Ferreira, “no processo, a nulidade absoluta é coberta pela impossibilidade, depois de findo aquele, de a fazer reviver, no seu todo ou parcialmente. A decisão judicial com trânsito em julgado não se anula, como não se declara a nulidade de atos dum processo que findou com decisão irrevogável”⁶⁷.

⁶⁷ Manuel Cavaleiro de Ferreira, op. cit., p. 268. Neste sentido, Conde Correia, *Contributo para (...)*, p. 169, escreve “*A formação de caso julgado torna insindicáveis todos os vícios suscetíveis de constituir causa de nulidade – seja qual for a sua natureza – permitindo a sua conservação.*”. Em sentido convergente na jurisprudência temos o Acórdão do TRE de 18-04-2018, Proc. n.º 13/11.7GARMZ.E1, Relatado por Ana Bacelar Cruz.

Assim, após o momento temporal em que a decisão judicial transita em julgado o incumprimento das disposições legais deixa de ser fundamento de revisão (artigo 449º do CPP), pelo que a utilização do termo “insanável” não corresponde à ideia do legislador. Haverá uma estabilização dos efeitos jurídicos produzidos pelo ato processual penal inválido, resultante do efeito apaziguador do trânsito em julgado⁶⁸.

O critério da consolidação dos efeitos prático-jurídicos produzidos origina distinções relevantes entre as nulidades insanáveis e as nulidades dependentes de arguição. As primeiras podem ser arguidas ou conhecidas oficiosamente em qualquer fase do procedimento, enquanto as segundas têm de invocadas por determinados sujeitos em períodos temporais limitados. Por outro lado, o regime previsto possibilita a confirmação do ato inválido no caso de se tratar de uma nulidade sanável, mas o mesmo já não se verifica quando estamos perante uma nulidade insanável⁶⁹.

Através da distinção feita percebe-se, indubitavelmente, que existe uma relação lógica entre os prazos consagrados para a arguição do vício, a admissibilidade da sua confirmação, o grau de incumprimento das disposições processuais e a pertinência da conservação dos efeitos gerados⁷⁰.

A exposição breve dos vários regimes não permite, porventura, encontrar um critério que esclareça a pertença de certos vícios a uma nulidade específica. Em última análise tudo depende do juízo de desvalor que é elaborado pelo legislador relativamente aos vários vícios.

⁶⁸ Germano Marques da Silva, op. cit., p. 93.

⁶⁹ Cfr. artigos 119.º, 120.º e 121.º do CPP.

⁷⁰ O princípio do “máximo aproveitamento dos atos”, proveniente do direito processual civil, encontra-se consagrado no artigo 122 n.º 3 do CPP.

CAPÍTULO III

O VALOR NEGATIVO DAS PROVAS PROIBIDAS

Na sequência do esclarecimento sobre o regime jurídico associado às nulidades processuais iremos analisar qual o regime aplicável às proibições de prova. Portanto, está em causa resolver a questão fulcral em que assenta o presente estudo, saber qual o valor negativo de uma prova proibida.

O legislador, consciente da necessidade de previsão deste regime, dispõe, no artigo 118.º, n.º 3, do CPP, que “as disposições do presente título não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova.”. Questionamo-nos, assim, se se pode retirar daqui um afastamento das regras gerais sobre nulidades processuais aquando da violação de uma proibição de prova, dado que tanto o texto constitucional (artigo 32.º, n.º 8) como a lei ordinária (artigo 126.º do CPP) são equívocos⁷¹ e utilizam o termo “nulidade”. Não existe uma resposta uniforme e, sendo este o caso, devemos tentar conhecer e perceber as várias posições nesta temática.

1. Regime Jurídico das Proibições de Prova

O regime a que se encontram sujeitas as proibições de prova só poderá ser determinado conjugando o disposto no artigo 32.º, n.º 8 da Lei Fundamental e o artigo 126.º do CPP com o artigo 118.º, n.º 3, do CPP. A este respeito, levantam-se inúmeras questões: será que a interpretação harmónica destas normas nos leva a concluir pela aplicação do regime das nulidades processuais? Ou foi intenção do legislador criar um regime totalmente autónomo para o instituto das proibições de prova? Qual o sentido da expressão “são nulas” presente no artigo 32.º, n.º 8 da CRP e no artigo 126.º do CPP?

⁷¹ Conde Correia, *Contributo para (...)*, p. 159, nota 362.

i. Posições doutrinárias: uma autonomia técnica das proibições de prova?

À semelhança da delimitação do instituto das proibições de prova, também nesta matéria não existe uma unanimidade sobre qual o caminho a seguir. No ordenamento jurídico português existem em destaque duas correntes doutrinárias em matéria de regime aplicável às proibições de prova, com posteriores particularidades consoante o autor.

No que respeita à existência de uma autonomia dogmática, a doutrina é consensual. A grande diferença está ao nível da amplitude da cisão do regime das proibições de prova com os restantes regimes já previstos no CPP, nomeadamente o regime previsto nos artigos 118.º e seguintes.

Por um lado, temos autores como João Conde Correia⁷², Helena Morão⁷³, Manuel Alves Meires⁷⁴, Frederico Lacerda⁷⁵, Paulo Pinto de Albuquerque⁷⁶ e Teresa Pizarro Beleza⁷⁷ que se manifestam no sentido de uma independência total entre o regime das nulidades processuais e o regime das nulidades de prova, defendendo assim uma autonomia conceptual e técnico-jurídica das proibições de prova. Ou seja, o regime das nulidades processuais encontra-se regulado nos artigos 118.º e seguintes do CPP, enquanto o artigo 32.º, n.º 8, da CRP, e o artigo 126.º do CPP consagram o regime das proibições de prova.

⁷² Conde Correia, *Contributo para (...)*, op. cit., pp. 156 e ss.

⁷³ Helena Morão, op. cit., pp. 591 e ss.

⁷⁴ Manuel Augusto Alves Meires, *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 191, 192 e 222: “À ilicitude do método utilizado corresponderá a nulidade da prova assim obtida. Como já vimos, trata-se de uma nulidade *suis generis*, a que corresponde um regime diferente de qualquer outra nulidade (sanáveis e insanáveis)”.

⁷⁵ Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Depoimento indireto, legalidade da prova e direito de defesa, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009-2010, Vol. 3, p. 1071 - “Nesta elementar distinção reside a autonomia do desvalor específico das proibições de prova (artigo 126.º do CPP) que correspondem a violações juridicamente intoleráveis da dignidade humana e de direitos fundamentais”

⁷⁶ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário (...)* op. cit., Anotação ao artigo 118º, p. 299, identifica o princípio do tratamento autónomo das proibições de prova, isto é, “o regime jurídico das proibições de prova não se identifica nem se sobrepõe ao das nulidades nem ao das irregularidades”.

⁷⁷ Teresa Pizarro Beleza, “«Tão amigos que nós éramos»: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal Português”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 19, nº74, Abril-Junho, 1998, pp. 43-45.

Tal como mencionámos anteriormente, a pedra de toque desta problemática passa, designadamente, pela interpretação do disposto no artigo 118.º, n.º 3, do CPP. A doutrina que defende uma autonomia completa entre estes dois institutos interpreta a disposição legal como sinónimo de um afastamento dos artigos referentes às nulidades processuais, quando estamos perante uma prova proibida⁷⁸.

No que respeita à análise do conteúdo do artigo 32.º, n.º 8, da CRP, que é depois desenvolvido pelo artigo 126º do CPP, para estes autores a referência à nulidade como consequência da violação de uma proibição de prova no texto constitucional não deve ser entendida como uma “nulidade em sentido técnico-processual, mas uma nulidade dotada de uma independência técnica completa em face do regime das nulidades processuais, cuja consequência jurídica específica é a *impossibilidade total de utilização*”⁷⁹. Esta interpretação é lograda através da valoração do que implicitamente resulta do texto normativo e não de uma pura e simples análise do que explicitamente decorre do preceito.

O legislador, pela proximidade dos bens jurídicos com a dignidade da pessoa humana, decidiu antever “o seu programa de tutela, proibindo a própria produção dessas provas e, caso as mesmas tenham, ainda assim, sido produzidas, proibindo a sua valoração. As provas proibidas não podem, por isso, ser utilizadas. É como se não existissem no processo”⁸⁰, com exceção da possibilidade de perseguição criminal do agente que violou direitos fundamentais em ordem a obter uma certa prova (artigo 126.º, n.º 4, do CPP). Substituindo assim o regime

⁷⁸ Neste sentido, Manuel Monteiro Guedes Valente, *Revistas e Buscas*, 2ª Ed., Almedina, 2005, p. 144, explica que “As provas obtidas por meio de métodos proibidos não podem ser enquadráveis no regime das nulidades previsto nos artigos 118.º e ss. do CPP. Não faria qualquer sentido a epígrafe do art. 126.º do CPP falar de proibições e interpretarmos estas como nulidades. O termo “nulas”, prescrito nos n.ºs 1 e 2 do preceito, deve ser interpretado no sentido de proibidas, pois seria ilógico interpretar um dos elementos tipo de corpo do artigo de forma diferente do sentido real e teleológico a ele subjacente. Se o legislador quisesse que as provas obtidas sob métodos proibidos fossem “nulas” nos termos dos artigos 118º e ss. do CPP, não teria consagrado num Livro (III e Título I) à parte, mas tê-la-ia integrado no Título V do Livro II do CPP.” O Autor de forma clara utiliza vários elementos da norma com vista à defesa da sua posição, primeiro refere o elemento literal, de seguida o elemento teleológico e por último um argumento sistemático.

⁷⁹ Helena Morão, op. cit., p. 592.

⁸⁰ Conde Correia, *A distinção (...)* op. cit., p. 192.

geral das nulidades processuais, previsto no artigo 122.º, n.º 1, do CPP, de destruição dos efeitos produzidos pelo ato inválido.

Por outro lado, uma diversa parcela da doutrina defende que existe entre os dois regimes consideráveis momentos de encadeamento, isto é, apesar de serem sistemas diferentes entre si encontram-se zonas de sobreposição entre os regimes⁸¹. No entendimento do professor Germano Marques da Silva as nulidades de prova e as nulidades processuais são “realidades distintas e autónomas, embora a utilização de uma prova proibida tenha os efeitos da nulidade do ato”⁸².

Na visão de Paulo Sousa Mendes⁸³ existia uma relação de especialidade entre o regime geral das nulidades processuais e o(s) regime(s) de nulidades de prova, designadamente o regime especial consagrado no artigo 126.º do CPP. Uma das particularidades apontadas a este regime é a possibilidade de “atacar” as nulidades de prova depois de terem sido esgotados os recursos ordinários, assim sendo o vício não é sanado automaticamente, ocorrido o trânsito em julgado da decisão.

A nosso ver, e à semelhança do que explica Helena Morão⁸⁴, o recurso ao regime geral das nulidades processuais apenas faz sentido se considerarmos que os artigos 32.º, n.º 8, da CRP e 126.º do CPP consagram um regime incompleto. Não parece ser esse o caso, trata-se, pois, de uma “omissão eloquente” e dada a importância dos princípios fundamentais em jogo o regime aplicável não pode deixar de ser o mais favorável na defesa desses

⁸¹ Sobre este tema Manuel da Costa Andrade, op. cit., p. 194 entende que “A ligação estreita das proibições de prova à doutrina ao regime das *nulidades* não deve, todavia, ser entendida como homogeneização pura e simples das duas figuras” e interpreta o artigo 118.º, n.º3 do CPP “como expressão positivada da intencionalidade do legislador de consagrar as proibições de prova, adscrevendo-lhe uma disciplina que transcende o regime das *nulidades* processuais, pesem embora os significativos momentos de continuidade que medeiam entre as suas figuras”. Portanto, “A fidelidade ao programa legislativo aponta, assim, para uma compreensão das proibições de prova assente seguramente na doutrina e nos princípios subjacentes ao regime das nulidades, mas aberta *também e necessariamente* a tópicos excêntricos e alheios a esta figura”.

⁸² Germano Marques da Silva, op. cit. p. 144.

⁸³ Paulo de Sousa Mendes, op. cit., pp. 146-149. Atualmente este autor alterou a sua posição e passou a defender uma autonomia técnica das proibições de prova, vide Tiago André Silva Torres de Sousa, op. cit., p. 52.

⁸⁴ Helena Morão, op. cit., p. 596.

princípios. Portanto, está em causa o conhecimento oficioso de uma nulidade de prova em qualquer fase do procedimento por parte do juiz. A possibilidade de invocação do vício após o trânsito em julgado tem por base o artigo 449.º, n.º 1, al. e), uma vez que pode ser fundamento de revisão da sentença.

Tendo como fundamento axiológico o princípio da máxima efetividade, na interpretação que é feita aos elementos normativos, em destaque o artigo 32.º, n.º 8 da CRP e os artigos 126.º e 118.º, n.º 3 do CPP, optámos pela interpretação que melhor prossegue a finalidade pretendida pelo legislador constituinte, a salvaguarda na maior extensão possível dos direitos fundamentais do indivíduo⁸⁵. Isto é, defendemos uma autonomia técnico-jurídica das proibições de prova, cujo regime permite um conhecimento oficioso a todo o tempo do vício, potenciando a análise deste tipo de invalidade conferindo, assim, maior proteção ao arguido e aos valores da comunidade, e permite que a valoração de uma prova proibida sirva de fundamento para um recurso extraordinário o que, mais uma vez, alarga a possibilidade de crivo sobre a violação de um direito fundamental.

Uma outra dificuldade sentida na aplicação prática da segunda corrente doutrinária é saber em que medida se aplica o regime previsto nos artigos 118.º e seguintes do CPP às proibições de prova. A forma como se interligam os dois regimes não é esclarecida por nenhum dos autores que perfilha esta orientação, apesar de ser claro que não existe uma aplicação em bloco do regime das nulidades processuais.

ii. Distinção de regime entre nulidades absolutas e nulidades relativas?

Uma parcela da doutrina e da jurisprudência portuguesa defendia uma aplicação diferenciada de regime para as proibições de prova, com base na distinção entre as nulidades

⁸⁵ Helena Morão, op. cit., p. 598: “Assim, nos termos do tópico de interpretação constitucional que se consubstancia no *princípio da máxima efetividade*, quando o teor de uma norma da Lei Fundamental possibilitar mais do que uma interpretação, o intérprete deve considerar as consequências a que conduz cada interpretação e escolher aquela que melhor realize os fins que a Constituição tem em vista ao prever tal norma”.

denominadas de absolutas e as nulidades ditas relativas, nomeadamente no que toca ao conhecimento do vício.

No entendimento de Maia Gonçalves, «Trata-se (...) de dois graus de desvalor de provas obtidas contra as cominações legais, sendo maior o desvalor ético-jurídico das provas obtidas mediante os processos referidos no n.º 1, e tal diferente grau de desvalor tem reflexo nas nulidades cominadas: enquanto as provas obtidas pelos processos referidos no n.º 1 estão fulminadas com uma nulidade absoluta, insanável e de conhecimento oficioso, que embora como tal não esteja consagrada no artigo 119.º ou está neste artigo 126.º, através da expressão imperativa “não podendo ser utilizadas”, já as provas obtidas mediante o processo descrito no n.º 3 são dependentes de arguição, e portanto sanáveis, pois que não são apontadas como insanáveis no artigo 119.º ou em qualquer outra disposição da lei»⁸⁶.

Segundo este entendimento, as proibições de prova relativas devem ser objeto de arguição pelos interessados nos prazos previstos no artigo 120.º, n.º 3, do CPP. Quando o vício é arguido intempestivamente sana-se e a prova proibida poderá ser utilizada para formar a convicção do julgador, à semelhança das nulidades dependentes de arguição.

A adoção desta posição, a nosso ver, gera uma grave desproteção de direitos fundamentais previstos expressamente pelo legislador no artigo 32.º, n.º 8, da CRP. Os direitos em causa são alusivos àquilo que de mais pessoal cada indivíduo tem, a intimidade da vida privada, e tutelam igualmente valores estruturais associados a um Estado de Direito. Como nota Frederico Lacerda “isto, é desvirtuar o regime das proibições de prova que atenta contra Direitos Fundamentais e portanto estaríamos a admitir a convalidação de uma proibição de prova, por mero decurso do tempo”⁸⁷.

Como explica Manuel Augusto Alves Meireis “o principal critério que terá presidido à separação/distinção será aquele que tem em conta o grau de restrição de que os direitos

⁸⁶ Manuel Maia Gonçalves, “Meios de prova”, in *Jornadas de Direito Processual Penal: O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, 1991, p. 195.

⁸⁷ Tiago André Silva Torres de Sousa, op. cit., p. 54.

fundamentais em causa podem ser objeto”⁸⁸. No caso dos valores previstos no artigo 126.º, n.º 1, do CPP, pela proximidade com o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da CRP), não são suscetíveis de restrição – direitos indisponíveis. Por outro lado, o artigo 126.º, n.º 3, do CPP, diz respeito a direitos passíveis de compressão, nos termos excepcionais previstos na lei⁸⁹.

No entanto, o legislador, com esta distinção, não teve intenção de consagrar duas modalidades de nulidade, cada uma com um regime legal associado. “Nestes termos a nulidade prevista no n.º 3 é uma nulidade idêntica à do n.º 1 e, portanto, insuscetível de sanção”⁹⁰. Portanto, as proibições de prova têm todas o mesmo regime associado, e quando violadas não podem ser utilizadas as provas inválidas na descoberta da verdade.

A Autora Teresa Pizarro Beleza chama à atenção para o elemento literal de vários preceitos normativos, tendo em vista justificar a sua tomada de posição. Por um lado, a letra do artigo 126.º, n.º 4, do CPP não distingue entre as proibições do n.º 1 e do n.º 3⁹¹ e, como tal, o intérprete também não deve distinguir. A expressão “são igualmente nulas”, do artigo 126.º, n.º 3, deve ser interpretada como sinónimo de “também são nulas”, fazendo referência aos métodos proibidos de prova do n.º 1 e a sua inserção sistemática no artigo 126.º, sob epígrafe “métodos proibidas de prova” é expressiva. E, por último, refere o artigo 118.º, n.º 3, do CPP, que fica afastado o regime das nulidades processuais, logo esta divisão entre provas proibidas absolutas e provas proibidas relativas não tem cabimento.

⁸⁸ Manuel Augusto Alves Meireis, op. cit., p. 190.

⁸⁹ Conde Correia, *Contributo para (...)* op. cit., p. 157, nota 358.

⁹⁰ Manuel Augusto Alves Meireis, op. cit., pp. 190 e 191, Conde Correia, *A distinção entre (...)* op. cit., p. 194. A favor deste entendimento veja-se, entre outros, o Acórdão do TRP de 18-06-2014, Proc. n.º 35/08.5JAPRT.P1, Relatado por Maria Dolores da Silva e Sousa: “Na hipótese legal do n.º 3 do artigo 126º do CPP, as provas obtidas fora dos casos admitidos pela lei e sem o consentimento do respectivo titular, mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, não podem ser utilizadas, o que é conhecimento officioso”.

⁹¹ “Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo” (artigo 126.º, n.º4).

Atualmente, a questão de saber “se a nulidade contemplada no n.º 3, 2ª parte, é ou não sanável” já não se deveria colocar, uma vez que “a recente alteração legislativa (introduzida pela Lei n.º48/07, de 29/08) pôs fim à dúvida, ao acrescentar que, em tais casos, as provas obtidas em desrespeito da lei *não podem ser utilizadas*”⁹². No entanto, na jurisprudência ainda existe a tendência para seguir o entendimento perfilhado por Maia Gonçalves.

2. Consequências da autonomia técnica das proibições de prova

Posteriormente à análise das várias posições sobre o regime aplicável e de uma tomada de posição a este respeito, iremos brevemente esclarecer quais são então as consequências da autonomia dogmática e técnica da figura das proibições de prova.

Em primeiro lugar, a consequência essencial da violação de uma proibição de prova é a impossibilidade da sua utilização para a formação da convicção do julgador⁹³. Da leitura do artigo 32.º, n.º 8, da CRP, e do artigo 126.º do CPP retira-se a imposição de não conceder qualquer aproveitamento ou eficácia jurídica às provas proibidas, salvo a exceção consagrada no artigo 126.º, n.º 4, do CPP⁹⁴. Neste seguimento, Manuel Augusto Alves Meireis refere inclusivamente que “a sua não utilização exige que (estas provas) sejam desanexadas do processo”⁹⁵.

A segunda característica própria deste instituto é congruente com o seu fundamento axiológico, a dignidade da pessoa humana, e com a sua pretensão primordial de salvaguarda

⁹² Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques, *Código de Processo Penal Anotado*, I, 3ª Ed., 2008, p. 840. A versão do artigo 126.º, n.º3 do CPP na redação da Lei n.º 57/91, de 13 de Agosto dispunha “Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular”, vide Sandra Oliveira e Silva, *Legalidade da Prova (...)* op. cit., p. 32, nota 80.

⁹³ Teresa Belez, op. cit., p. 44, esclarece que “(...) se alguém – o Ministério Público, a Polícia Judiciária ou seja quem for – obtiver qualquer prova através de um destes métodos proibidos, essa prova será totalmente inútil porque *em absoluto não utilizável*”. Germano Marques da Silva, op. cit., p. 145.

⁹⁴ A possibilidade de utilizar as provas proibidas apenas nos termos e para os efeitos do artigo 126.º, n.º4, distingue mais uma vez as proibições de prova das nulidades insanáveis, que não podem ser utilizadas. Vide Manuel Augusto Alves Meireis, op. cit., p. 223.

⁹⁵ Manuel Augusto Alves Meireis, op. cit., pp. 232 e 233.

dos direitos fundamentais. As proibições de prova não estão sujeitas a um princípio de taxatividade, contrariamente ao regime geral das nulidades (artigo 118.º, n.º 1), com vista a incorporar uma variedade de situações práticas. Tal como refere João Conde Correia, «É hoje reconhecido entre a doutrina alemã que a “aceitação de uma proibição de prova não depende da sua consagração legal expressa”»⁹⁶.

É importante fazer notar que, a possibilidade de conhecimento oficioso é outra das consequências essenciais desta autonomia técnica⁹⁷. Mais uma vez, esta consequência tem relação direta com os valores e bens jurídicos tutelados. Não teria cabimento impedir o julgador de averiguar se houve ou não violação de direitos fundamentais, sejam eles disponíveis ou indisponíveis.

Ao contrário da generalidade das nulidades, de carácter relativo, as proibições de prova têm carácter *erga omnes*. Ou seja, “além do sujeito, directa ou indirectamente prejudicado pela inobservância da proibição, existem outras pessoas (v.g. o co-arguido) que, de algum modo, ainda podem ser afectadas pela violação e que logicamente podem ter interesse na sua arguição”⁹⁸.

Por último, resta salientar a tendencial insanabilidade das proibições de prova, representando uma característica fundamental na distinção entre estas e as nulidades processuais. As provas cominadas com o vício da nulidade de prova, quando se descobrir que serviram de fundamento à condenação, viabilizam a interposição de um recurso de

⁹⁶ Werner Beulke *apud* Conde Correia, *A distinção entre (...)*, op. cit., p. 193.

⁹⁷ Manuel Augusto Alves Meireis, op. cit., p. 222: “Quanto às nulidades de prova entendemos que, como as nulidades absolutas, podem estas ser conhecidas e declaradas”. Em abono desta posição Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, 5ª Edição, Verbo, p. 178, Conde Correia, *A distinção entre (...)* op. cit., p. 194.

⁹⁸ Conde Correia, *A distinção entre (...)* op. cit., p. 195.

revisão (artigo 449.º, n.º 1, al. e), do CPP)⁹⁹. Pelo contrário, as nulidades processuais sanam-se com o trânsito em julgado.

3. Teorias respeitantes à admissibilidade ou inadmissibilidade da prova proibida em processo penal

Aqui chegados, importa escrutinar um último tópico de disparidade entre a doutrina e que, do nosso ponto de vista, tem cruciais repercussões na salvaguarda dos direitos fundamentais. Questionamo-nos se, à semelhança da atividade probatória que, como já tivemos oportunidade de salientar, não é totalmente livre, o princípio da inadmissibilidade ou inutilização das provas proibidas pode considerar-se sujeito a certas exceções. Existem inúmeras posições a este respeito, umas teorias mais extremistas e outras teorias mais moderadas ou intermédias.

i. Teoria obstativa

Iniciamos a nossa análise por uma das posições radicais, a teoria obstativa. De acordo com os defensores desta posição deve ser considerada inadmissível no processo toda e qualquer prova cominada com a sanção da nulidade de prova, por aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas proibidas. Nestes termos, a prova dita proibida não poderá ser utilizada para formar a convicção do juiz ou do MP, em qualquer fase do processo, consistindo numa defesa dos direitos fundamentais contra eventuais abusos arbitrários do poder punitivo e dos valores comunitários de um Estado de Direito.

Trata-se de uma rejeição absoluta e automática da prova obtida de forma não tolerada pela lei, concluindo pela desnecessidade de ponderar os direitos em conflito¹⁰⁰. Portanto, não

⁹⁹ O vício em questão terá de ser conhecido em momento posterior à condenação para que o recurso seja admitido. O entendimento maioritário do STJ vai neste sentido, veja-se entre muitas outras decisões o Acórdão do STJ, de 28.10.09, Proc. n.º 109/94.8TBEPS-A.S1, Relatado por Oliveira Mendes.

¹⁰⁰ Noutros termos, "A prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais altos e relevantes que possam se apresentar os fatos apurados.", Francisco das Chagas Lima Filho, *apud* Joana Clara Freire

releva para o efeito saber a importância maior ou menor do direito que se tem em vista proteger com a arrecadação da prova e em sentido oposto o valor do direito que se pretende salvaguardar através da proibição daquela prova. Reconhecem estes autores que a expressão “não podendo ser utilizadas” deve ser interpretada no sentido de uma intencionalidade por parte do legislador em subtrair ao julgador o poder discricionário de ponderação dos valores no caso concreto, ponderação essa feita previamente.

Assume-se pacificamente os efeitos resultantes desta falta de reflexão como uma consequência da própria essência do instituto das proibições de prova, a fixação de limites à descoberta da verdade material.

A atribuição de total liberdade ao julgador para decidir qual dos valores em jogo deve prevalecer, segundo os defensores da teoria obstativa, conduziria a uma situação de instabilidade e de desrespeito regular para com os direitos fundamentais do indivíduo com o intuito de apurar a verdade e condenar o arguido. Por outro lado, a prova carregada ao processo resultante da violação de uma proibição de prova não transpõe credibilidade, na medida em que o agente violou a lei.

Nestes termos considera-se “preferível que um crime fique impune do que se outorgar eficácia à prova que o desvendou, quando colhida com violação dos direitos fundamentais do acusado.”¹⁰¹

Esta teoria, que julgamos ser a mais correta pela ampla proteção conferida aos direitos fundamentais, é defendida pela maioria da doutrina portuguesa, nomeadamente por Germano Marques da Silva, Henrique Salinas, Paulo Pinto Albuquerque e Frederico Lacerda.

Ribeiro, A (in)admissibilidade das provas proibidas em processo penal, Dissertação de Mestrado, Universidade católica Portuguesa, 2014, p. 5, disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16613/1/A%20%28in%29admissibilidade%20das%20provas%20proibidas%20em%20processo%20penal%20-%20Joana%20Clara%20Freire%20Ribeiro.pdf>

¹⁰¹ Carlos Fernando da Cunha Costa, O Princípio da Proporcionalidade e a Validade das Provas Ilícitas colhidas no Inquérito Policial, consultado em Maio de 2021, disponível em <https://www.monografias.com/pt/trabalhos912/o-principio-proporcionalidade/o-principio-proporcionalidade2.shtml#xprovas>

Como nos dão conta Germano Marques da Silva e Henrique Salinas, “quando os meios utilizados para a obtenção das provas forem proibidos ou condicionados pela Constituição para salvaguarda de outros valores, os elementos probatórios por essa forma obtidos não podem ser utilizados em circunstância alguma; ficam radicalmente inquinados do vício de inconstitucionalidade e o sistema não pode tolerar que a Justiça seja prosseguida por meios inconstitucionais.”^{102/103}.

Em sentido convergente Frederico Lacerda escreve que as “proibições de prova (artigo 126.º do CPP) que correspondem a violações juridicamente intoleráveis da dignidade humana e de direitos fundamentais (...) são de uso inadmissível quer em si mesmas, quer nas provas subsequentes que em relação a elas apresentem um nexo de dependência lógico, material e axiológico”¹⁰⁴.

A verdade é que, como explica Helena Morão, “Quanto menor for a possibilidade de aproveitamento do material probatório obtido na sequência de um meio ilícito, maior será, inequivocamente, a eficácia dissuasora da norma relativamente a comportamentos contrários à sua lógica de proteção”¹⁰⁵. Deste modo, seria cumprida a intenção do legislador.

Mais um argumento lógico em defesa desta posição provém de João Conde Correia, quando a propósito das consequências da autonomia técnica das proibições de prova realça que “As proibições de prova, para além de protegerem os direitos, liberdades e garantias individuais de um determinado sujeito, tutelam interesses da própria comunidade, nomeadamente que o processo penal decorra segundo as regras de um Estado de direito. No

¹⁰² Jorge Miranda e Rui Medeiros, op. cit., p. 737.

¹⁰³ Vide Germano Marques da Silva, op. cit., p. 138: “Pretende-se com tal proibição (de provas) evitar o sacrifício dos direitos das pessoas por parte das autoridades judiciárias por parte dos órgãos de polícia criminal ou dos particulares, privando de eficácia as provas obtidas ou produzidas ilegalmente: as provas proibidas não podem ter efeitos no processo”.

¹⁰⁴ Frederico Lacerda, op. cit., p. 1071.

¹⁰⁵ Helena Morão, op. cit., p. 599.

fundo, trata-se de regras constitutivas da espinha dorsal do nosso processo penal, sem a observância das quais ele não poderá funcionar validamente”¹⁰⁶.

ii. Teoria permissiva

Quanto à segunda teoria, em oposição integral à primeira, considera que toda e qualquer prova, mesmo que obtida de forma ilícita, deve ser admitida e valorada na decisão. Defende, portanto, que não existem restrições à descoberta dos factos relevantes para a boa decisão da causa, tendo por base a descoberta da verdade e a perseguição criminal como objetivo primacial do processo penal. Segundo os seus defensores, esta forma de ver a questão promove sentenças mais justas, porque permite ao julgador um conhecimento mais preciso dos factos.

Por um lado, argumentam os defensores desta posição¹⁰⁷ no sentido de a ilicitude associada à prova ser referente ao meio de obtenção da prova e não ao conteúdo em si. Por outro lado, consideram que os direitos e garantias fundamentais devem ser salvaguardados através de outros mecanismos ou institutos jurídicos que não provoquem uma limitação à averiguação da verdade histórica. Deste modo, as proibições de prova, segundo esta orientação, não representam um mecanismo de proteção dos mais elementares direitos fundamentais.

Em acréscimo, assinalam que a utilização de prova proibida não impede o agente de ser responsabilizado pela violação do direito fundamental. Esta responsabilização servirá igualmente como efeito dissuasor da recolha de elementos probatórios proibidos ou através de métodos vedados.

¹⁰⁶ Conde Correia, *A distinção entre (...)*, p. 195.

¹⁰⁷ A teoria permissiva é seguida por vários autores brasileiros, nomeadamente por Helio Tornaghi, Fernando de Almeida Pedroso e Hermenegildo de Souza Rego. Vide Carlos Fernando da Cunha Costa, *op. cit.*.

Neste sentido, podemos concluir que entendem ser preferível admitir no processo uma prova proibida a permitir uma utilização dos direitos fundamentais funcionalizada à prática de atos ilícitos.

Ora, com o devido respeito, consideramos que a teoria permissiva não tem nenhum fundamento legal. O elemento literal da norma do artigo 126.º, n.º 1, do CPP, “não podendo ser utilizadas”, afasta a possibilidade de correspondência desta posição com a letra da lei. Da mesma forma, o elemento teleológico também não permitirá a admissibilidade de qualquer prova, já que isso impossibilitaria o objetivo da norma em causa, a proteção dos direitos e garantias individuais mais elementares. Pode dizer-se que a verdade obtida nestes termos é uma verdade formal. Por último, também os fins do Estado sairiam frustrados, na medida em que não é restabelecida a paz jurídica posta em causa com a prática do crime.

iii. Teoria da admissibilidade da prova proibida *pro reo*

A teoria da admissibilidade da prova proibida *pro reo* será a primeira das teorias intermédias a ser explicitada e, à semelhança das restantes, tem como desígnio minorar a falta de flexibilidade da teoria obstativa, permitindo a admissibilidade de determinadas provas proibidas, com base no princípio da proporcionalidade. Afirmam os seus defensores que as regras de exclusão genéricas de provas proibidas implicam em certos casos uma inversão das finalidades pretendidas, sacrificando reiteradamente a verdade material e a credibilidade do sistema de justiça.

O princípio da proporcionalidade pressupõe que os direitos não são absolutos e, como tal, deverá existir uma análise no caso concreto, harmonizando os direitos fundamentais com o dever de administração da justiça por parte do Estado. A tutela do direito será atribuída ao bem jurídico mais importante ou àquele que almeja uma maior proteção naquela situação.

A posição doutrinária em desenvolvimento tem como critério a (des)vantagem que aquela prova representa para a posição jurídica do arguido, isto é, no caso da prova proibida ser favorável aos interesses do arguido essa prova deverá ser admitida e tomada em conta à data da decisão. Portanto, estamos perante uma exceção ao princípio da inadmissibilidade

das provas proibidas, com fundamento nos direitos de defesa do arguido e do princípio *favor rei*, isto é, tendo por base a “ponderação da dignidade da pessoa do arguido”¹⁰⁸.

Argumentam os autores que perfilham esta teoria que, num Estado de Direito democrático, não seria aceitável que um inocente fosse condenado pela impossibilidade de valoração das provas carreadas ao processo, mesmo que essas provas provenham da violação de direitos fundamentais. Nestes casos, a inadmissibilidade da prova representa uma violação intolerável do direito de defesa do arguido e do princípio *favor rei*.

No caso de o arguido violar uma proibição de prova com vista a obter prova que o libere das acusações feitas contra si considera-se que este sujeito processual se encontra em estado de necessidade e, como tal, vê excluída a ilicitude da sua conduta contrária à lei.

A aplicação desta teoria implica, como anteriormente referimos, o respeito pelo princípio da proporcionalidade, no entanto, não corresponde à máxima amplitude do princípio. Em termos práticos, a prova proibida deverá ser adequada a provar a inocência do arguido (pressuposto da adequação), não existindo a possibilidade de recorrer a outras formas menos gravosas de alcançar este mesmo objetivo (pressuposto da necessidade) e o bem jurídico em questão terá de ser de relevância igual ou superior ao bem jurídico violado (pressuposto da proibição do excesso). Cumpridos que estejam estes pressupostos, o órgão decisor pode admitir a prova¹⁰⁹.

iv. Teoria da admissibilidade da prova proibida *pro societate*

A teoria agora em análise sustenta que, preenchidos os pressupostos do princípio da proporcionalidade, provas obtidas através da violação de direitos fundamentais devem ser

¹⁰⁸ Joana Clara Freire Ribeiro, op. cit., p. 9. A congruência dos fundamentos indicados, o valor jurídico que lhes é atribuído, nomeadamente através da proteção constitucional dos mesmos, e a sua especial incidência no processo penal direcionou uma parcela significativa da doutrina e da jurisprudência na sua defesa.

¹⁰⁹ O Acórdão do TRP de 10-03-2004, Proc. n.º 0313418, Relatado por Manuel Braz, posiciona-se no sentido de que “I. A prova obtida através de meio enganoso (câmara oculta) é nula e não pode ser utilizada para perseguição criminal pelo eventual crime que visa provar. II. Pode, todavia, ser utilizada pelo arguido no interesse da sua defesa. III. O interesse público que há em noticiar casos de dopagem de atletas sobrepõe-se ao interesse lesado com a sua divulgação - a honra e a consideração do ofendido”.

admitidas como forma de salvaguardar interesses da própria sociedade, nomeadamente o interesse na perseguição criminal ou o direito à legítima defesa.

Os contornos que sustentam esta posição são rejeitados pela maioria dos autores, na medida em que esta “proteção da sociedade” levaria a uma descrença nos direitos fundamentais do indivíduo e a uma maior expressão do poder punitivo. No entanto, o Supremo Tribunal Federal do Brasil adota esta posição e indica três casos nos quais o princípio da descoberta da verdade material prevalece sobre os direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, este órgão jurisdicional refere como exceção ao princípio da inadmissibilidade das provas proibidas a restrição desproporcionada de direitos fundamentais e, inclusivamente, fala em legítima defesa¹¹⁰. No entendimento do Supremo Tribunal Federal, nestas situações a proteção constitucional dos direitos fundamentais estaria a ser instrumentalizada como capa para a prática de atividades criminosas. Assim sendo, a descoberta da verdade, ponderados os interesses em jogo, deve prevalecer, dissuadindo futuros infratores.

O segundo caso indicado respeita à exceção de boa-fé, ou seja, sempre que não haja necessidade de dissuadir – ausência de dolo ou culpa grave – a proibição de prova não impede a admissibilidade da mesma¹¹¹. Dito de outra forma, nos casos em que o indivíduo atua de acordo com os padrões de um homem médio e desconhece sem culpa, isto é, sem que lhe fosse exigível conduta diversa, que violou um direito fundamental não deve ser impeditivo da produção e valoração da prova resultante dessa atuação.

¹¹⁰ Segundo o exemplo recolhido por Joana Clara Freire Ribeiro, op. cit., p. 13, este órgão judicial “defende que é admissível como prova a gravação de uma conversa com os sequestradores pela própria vítima do crime, por um familiar desta ou por terceiro. (...) nestas ocasiões a vítima, os seus familiares ou outros terceiros agiriam ao abrigo da legítima defesa perante uma agressão injusta e atual ou iminente (sequestro, corrupção e outros).”

¹¹¹ “Esta mesma questão já foi também discutida noutros países, como os EUA (no precedente *United States v. Leon* – 1984) e a Espanha, onde os tribunais entenderam que mesmo quando agentes policiais agem de forma ilícita, o princípio da inadmissibilidade da prova proibida não deve ser aplicado se existir licitude reputada.”, Joana Clara Freire Ribeiro, op. cit., p. 14.

A título de exemplo, se um órgão de polícia criminal de capacidades médias arrecadar uma prova por recurso à ofensa grave à integridade física do arguido, essa prova obtida será proibida pela ilicitude patente ao comportamento do agente. Por outro lado, pensemos numa busca domiciliária realizada por dois polícias, sem autorização judicial, cujo vizinho lhes abre a porta de casa e permite a entrada destes órgãos auxiliares do MP na habitação, sem ser ele o verdadeiro proprietário. Neste caso, a prova é válida na medida em que era razoável para um homem médio considerar o consentimento como legítimo.

Em último lugar, fala-se nos denominados conhecimentos fortuitos, isto é, dados pessoais adquiridos acidentalmente em resultado da restrição de um direito fundamental com outra finalidade e outro âmbito subjetivo. Por exemplo, imaginemos que através da realização de buscas domiciliárias ou escutas telefónicas, autorizadas judicialmente, se recolhem informações sobre a prática de outro facto ilícito, assim como informações sobre um terceiro, que extrapolam a autorização judicial. Nestas situações, esses dados podem ser admitidos no processo.

v. **Teoria da proporcionalidade**

A teoria da proporcionalidade, em consonância com as duas teorias anteriores, tem por base o princípio da proporcionalidade, que aqui encontra a sua extensão máxima, afastando soluções estanques como a inadmissibilidade absoluta de provas proibidas ou a admissibilidade sem restrições de qualquer prova independentemente dos meios utilizados para a obter. O julgador deverá sopesar os interesses em conflito no caso concreto, recorrendo a três “requisitos intrínsecos de toda a medida processual restritiva de direitos fundamentais”¹¹²: requisitos da idoneidade, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Esta posição doutrinária e jurisprudencial afasta-se da teoria *pro reo* e da teoria *pro societate*, na medida em que não releva sobremaneira para este efeito saber se a admissão e

¹¹² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31-03-2011, Proc. n.º257/10.9YRCBR.S1, Relatado por Santos Cabral.

consequente valoração das provas proibidas é favorável ou não aos interesses do arguido ou da própria sociedade. Ou seja, quando uma situação da vida contrapuser dois interesses constitucionalmente protegidos, um destes interesses deverá ceder em prol da salvaguarda do valor prevalecente.

Aqui chegados, poderão existir dois resultados possíveis: (i) o direito protegido pelo princípio da inadmissibilidade das provas proibidas é o interesse preponderante e, como tal, a prova em questão não deverá ser tida em consideração no momento de tomada da decisão, ou (ii) o direito superior em conflito é preservado através da admissão das provas proibidas, situação em que as provas serão valoradas.

Pensando num exemplo prático para melhor clarificar esta teoria, imagine-se que um adolescente filma com o seu telemóvel um grupo de colegas sem o seu consentimento, violando assim o seu direito à imagem (artigo 26.º). Nesta filmagem, são captadas imagens de uma adolescente a agredir fisicamente e de forma reiterada um colega, ofendendo a sua integridade física (artigo 25.º da CRP). Nesta situação, feita uma ponderação dos direitos fundamentais em conflito urge com maior permanência defender, como valor superior, o direito à integridade física (princípio da proporcionalidade em sentido estrito) e sendo a admissão das filmagens no processo o único meio adequado de proteger a integridade física daquele jovem, a prova deve ser utilizada para formar a convicção do julgador.

A teoria da proporcionalidade tem inúmeros defensores, tanto na doutrina como na jurisprudência portuguesa, com influência na experiência alemã, onde este pensamento tem grande aplicação prática.

São defensores desta teoria, entre outros, Manuel Alves Meireis¹¹³, José Gomes Canotilho e Manuel da Costa Andrade. Segundo Gomes Canotilho, “as regras do *direito constitucional de conflitos* têm de construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na *prevalência* (ou relação de *prevalência*) de um direito ou bem

¹¹³ Manuel Augusto Alves Meireis, op. cit., pp. 187 e 188: “De facto, em nosso entender, deveremos ter em conta o caso concreto, a gravidade do crime e das suas consequências para que nos tenhamos por habilitados a utilizar esses meios de prova”.

em relação a outro, que só em face das circunstâncias concretas se poderá elaborar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro”¹¹⁴. E Manuel da Costa Andrade, com o intuito de sustentar a sua posição, afirma que as provas proibidas podem ser admitidas no processo e valoradas quando constituam “(...) meio idóneo e necessário à promoção de autónomos e relevantes valores transprocessual-penais. E tanto interesses encabeçados em portadores individuais como interesses de alcance comunitário. Como sucederá (...) quando a escuta telefónica, a coacção, mesmo a tortura, configure o único meio de localizar o engenho explosivo com que um perigoso agrupamento de terroristas ameaça consumir um massacre de inocentes”¹¹⁵.

Uma grande parte da jurisprudência portuguesa tem vindo a aplicar esta corrente, ponderando casuisticamente os valores em conflito à luz do princípio da proporcionalidade. Por exemplo, no Acórdão do STJ de 31-01-2008 o Supremo considera que “(...) a optimização e a concordância prática dos interesses em conflito (inviolabilidade das comunicações telefónicas *versus* «verdade material» e «punição dos culpados mediante sentenciamento criminal em virtude de lei anterior que declare punível a acção») poderá reclamar a limitação - se submetida aos princípios da necessidade e da proporcionalidade - dos «interesses individuais, ainda que emanações de direitos fundamentais, que não contendam directamente com a garantia da dignidade da pessoa»”¹¹⁶.

No mesmo sentido, o Acórdão do TRL de 28-05-2009 permite a utilização da prova proibida com vista a tutelar o interesse superior no caso concreto. Diz-nos o tribunal que “o uso das imagens captadas pela câmara de vídeo colocada pelo assistente na entrada do seu prédio rústico, desde que limitado à identificação do(s) autor(es) dos danos provocados na propriedade do assistente, e enquanto reportado ao momento da prática dos factos

¹¹⁴ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5ª Ed., Almedina, Coimbra, 1991, p. 660.

¹¹⁵ Manuel da Costa Andrade, *op. cit.*, pp. 81-82.

¹¹⁶ Relatado por Carmona da Mota.

integradores dos referidos estragos, configura um meio necessário e apto a repelir a agressão ilícita da propriedade do assistente”¹¹⁷.

A tarefa de sopesar casuisticamente os interesses em confronto é de grande complexidade, não só porque existem direitos de “peso” muito semelhantes, mas também por poder haver circunstâncias concretas que alteram esta ponderação. Esta possibilidade restringe de forma significativa o princípio da segurança jurídica, quando existem inúmeros meios e métodos de recolha da prova admissíveis à disposição.

De acordo com a síntese global de Schafer, “Determinante é aqui tanto o perigo para a descoberta da verdade, o respeito pela dignidade humana e a garantia da posição do arguido enquanto sujeito processual como a ideia de que as intervenções abusivas dos órgãos de perseguição penal, mesmo quando circunscritas ao caso concreto, são sempre suscetíveis de abalar a confiança da comunidade na conformidade do processo penal aos princípios do Estado de direito e, por essa via, comprometer o bom nome do Estado”¹¹⁸. Por isso, se denota a extrema dificuldade de compatibilização prática de todos estes interesses e as suas consequências, que poderão pôr em causa a credibilidade do Estado.

No entanto, a teoria obstativa será, no nosso entendimento, a que melhor prossegue a intenção do legislador quando consagrou a existência de proibições de prova e da impossibilidade da sua utilização.

¹¹⁷ Relatado por Fátima Mata-Mouros.

¹¹⁸ Schafer, *apud* Manuel da Costa Andrade, *op. cit.*, p. 216.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na sequência deste estudo ao valor negativo das provas proibidas no ordenamento jurídico português, terminamos com a elaboração de algumas considerações finais.

Se o ponto ótimo de tutela dos direitos fundamentais colocaria limites intransponíveis à descoberta da verdade e, por consequência, à realização do direito, por outro lado, procurar a verdade a todo o custo conduziria à recusa dos mais elementares direitos, levando a uma mistificação da justiça. Deste modo, todas as posições adotadas resultam da ponderação de dois interesses antagónicos: o interesse estadual em garantir uma tutela penal eficaz e o interesse na salvaguarda dos direitos fundamentais dos indivíduos, assegurando um processo justo e equitativo.

Em primeiro lugar, verificámos a respeito da identificação de uma proibição de prova que esta proteção vai para além dos direitos expressamente consagrados no artigo 32.º, n.º 8, da CRP, pois existe sempre que não sejam cumpridas as exigências legais para restrição de direitos fundamentais. Assim, entendemos por bem alargar o regime reforçado das proibições de prova quando estejam em causa outros direitos fundamentais que merecem tutela, pela sua especial importância no contexto de um Estado de direito.

Quanto ao regime aplicável às proibições de prova as posições doutrinárias dividem-se. Da interpretação conjunta dos artigos 32.º, n.º 8, da CRP e 118.º, n.º 3 e 126.º do CPP, para a qual analisámos os vários elementos de cada norma, concluímos pela autonomia conceptual e jurídica das proibições de prova. O regime previsto para as proibições de prova encontra-se consagrado nos artigos 32.º, n.º 8, da CRP e 126.º do CPP, sem qualquer lacuna. O juiz, na aplicação do direito, na presença de uma norma que seja suscetível de mais do que uma interpretação, deve optar por aquela que maior proteção confere aos direitos fundamentais e aos valores da comunidade, por respeito ao princípio da máxima efetividade.

Por último, questionámo-nos sobre se a consequência de inutilização da prova associada às provas proibidas é uma regra absoluta ou se é consentânea com alguma exceção. A tomada de posição neste ponto tem, mais uma vez, consequências sérias ao nível do regime

de proteção de direitos fundamentais. De entre as várias posições doutrinárias adotadas, a nosso ver, a teoria obstativa é aquela que melhor prossegue as finalidades do artigo 32.º, n.º 8, da CRP, não deixando passar impune a violação do direito. A norma constitucional tem por finalidade impedir que sejam valoradas no processo provas que resultem da violação de um direito fundamental, fora dos casos permitidos pela lei.

A verdade material será alcançada através de outras provas, legalmente admissíveis, que respeitem os valores intrínsecos a um Estado de Direito. Estes elementos probatórios poderão servir de fundamento da decisão final. O valor da segurança jurídica é igualmente salvaguardado por esta exclusão plena das provas proibidas do processo, ao contrário das teorias moderadas, nas quais fica ao critério do juiz a utilização ou não utilização da prova inválida.

Temos consciência que haverá uma restrição à tutela penal, na medida em que as provas proibidas, mesmo que decisivas para dar como provado certo facto, não poderão nunca ser valoradas. O juiz não deverá utilizar qualquer elemento probatório que resulte da violação de uma proibição de prova, logo esta prova não poderá servir de fundamento para a condenação ou absolvição do arguido. No entanto, esta restrição é tida como necessária para proteção dos Direitos, Liberdades e Garantias. O crime não deve ser combatido através da prática de outros crimes, por mais grave que a conduta seja.

Numa matéria crucial como esta exige-se uma clareza adicional por parte do legislador, diminuindo a percentagem de decisões judiciais que, por incompreensão da área proibida ou do regime aplicável às proibições de prova, aplicam outro regime, menos protetor dos Direitos, Liberdades e Garantias dos indivíduos. Para tal, cremos ser necessária uma alteração legislativa, retirando a referência ao vício da nulidade no que concerne a normas que consagram proibições de prova. Cremos que, se forem cuidadosamente escolhidos os termos utilizados na formulação da norma muitas das divergências e incertezas serão resolvidas.

No fundo, a ideia que queremos deixar é da necessidade das proibições de prova no quadro de um Estado de Direito como o conhecemos. "Não se trata de um simples capricho do legislador ou de excentricidades da doutrina, mas de prescrições fundamentais, que devem ser, religiosamente, observadas no dia-a-dia dos nossos tribunais" ¹¹⁹.

¹¹⁹ Conde Correia, *A distinção entre (...)*, p. 202.

BIBLIOGRAFIA

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

ANDRADE, Manuel da Costa – *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ANDRADE, Manuel da Costa – “«Bruscamente no Verão passado», a reforma do Código de Processo Penal”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 137, 2007-2008, pp. 318-355.

BELEZA, Teresa – “Tão amigos que nós éramos”: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal português, in *Revista do Ministério Público*, Ano 19, n.º 74, Abril-Junho, 1998, pp. 39-60.

CANOTILHO, Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CORREIA, João Conde – “A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial”, in *Revista do CEJ*, n.º 4, 1º semestre 2006, pp. 175-202.

CORREIA, João Conde – A proibição de valoração decorrente da violação das formalidades relativas à constituição como arguido, in *Revista do CEJ*, n.º 1, 1º Semestre 2016, pp.105-130.

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

CORREIA, João Conde – “Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art.32, no8, 2aparte da C.R.P.)”, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, Ano 20 n.º 79, Julho-Setembro 1999, pp. 45-67.

COSTA, Carlos Fernando da Cunha – *O Princípio da Proporcionalidade e a Validade das Provas Ilícitas colhidas no Inquérito Policial*, consultado em Maio de 2021, disponível em <https://www.monografias.com/pt/trabalhos912/o-principio-proporcionalidade/o-principio-proporcionalidade2.shtml#xprovas>

DIAS, Jorge Figueiredo – *Direito Processual Penal*, Volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Curso de Processo Penal*, Volume I, Lisboa: Universidade Católica, 1981.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel; VALENTE, Manuel Guedes – *Lei e crime: o agente infiltrado versus o agente provocador - os princípios do processo penal*, Coimbra: Almedina, 2001.

GONÇALVES, Manuel Maia – “Meios de prova”, in *Jornadas de Direito Processual Penal: O novo código de processo penal*, Coimbra: Almedina, 1988.

GRAÇA, António Pires Henriques da – *Processo Penal Português: Questões de Prova*, in *Coleção Formação Contínua: Direito e Processo Penal*, CEJ, dezembro 2018, pp. 47-56, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_DireitoProcessoPenal.pdf

LEITE, André Lamas – “As escutas telefónicas: Algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respetiva violação”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 9-58.

MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa – “O Princípio in dúbio pro reo e o Novo Código de Processo Penal”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ano 49 n.º 2, Setembro 1989, pp. 583-611.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima – “Sistemas de prova: da irracionalidade à dimensão constitucional das proibições de prova em processo penal”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Vol. II, Almedina, 2016, pp. 413-422.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves – *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 1999.

MENDES, João de Castro – *Do Conceito da Prova em Processo Civil*, Lisboa, Lisboa: Edições Ática, 1961.

MENDES, Paulo de Sousa – “As Proibições de Prova no Processo penal”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 133-154.

MENDES, Paulo de Sousa – *Lições de direito processual penal*, 1ª edição, Coimbra: Almedina, 2013.

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; MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MORÃO, Helena – “O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, nº 4, Outubro-Dezembro 2006, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 591-620.

OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de – “Da Autonomia do regime das proibições de prova”, in *Prova criminal e direito de defesa: Estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 257-290.

PEREIRA, Rui – “Entre o "garantismo" e o "securitismo": A revisão de 2007 do Código de Processo Penal”, in *Que futuro para o direito processual penal?: Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 247-268.

PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – “Depoimento indireto, legalidade da prova e direito de defesa”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2009-2010.

PRAIA, João de Matos-Cruz – *Proibições de prova em processo penal: algumas particularidades no âmbito da prova por reconhecimento e da reconstituição do facto*, Julgar Online, Dezembro 2019, consultado em fevereiro de 2021, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/12/20191209-ARTIGO-JULGAR-Proibições-de-prova-em-processo-penal-João-Praia.pdf>

RIBEIRO, Joana Clara Freire – *A (in)admissibilidade das provas proibidas em processo penal*, Dissertação de Mestrado, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2014, consultado em abril de 2021, disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16613/1/A%20%28in%29admissibilidade%20das%20provas%20proibidas%20em%20processo%20penal%20-%20Joana%20Clara%20Freire%20Ribeiro.pdf>

RODRIGUES, Cláudio Lima – *Das proibições de prova no âmbito do direito processual penal – o caso específico das proibições de prova no âmbito das escutas telefónicas e da valoração da prova proibida pro reo*, Verbo jurídico, consultado em abril de 2021, disponível em

https://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/ppenal/clauidiolimarodrigues_proibicaooprovaescutas.pdf.

ROSA, Luís Bértola – “Consequências processuais das proibições de prova”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, Ano 20 n.º 2, Abril-Junho 2010, pp. 219-277.

SANTOS, Gil Moreira dos – *O Direito Processual Penal*, 1ª Edição, Porto: Asa, 2003.

SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel – *Código de Processo Penal Anotado*, I, 3ª Edição, 2008.

SEIÇA, Medina de – “Legalidade da prova e Reconhecimento atípicos em processo penal: notas à margem de jurisprudência (quase) constante”, in *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SILVA, Germano Marques da – *Curso de Processo Penal*, Tomo II, 4ª Edição, Lisboa: Editorial Verbo, 2008.

SILVA, Sandra Oliveira e – “Legalidade da Prova e Provas Proibidas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 4, 2011, pp. 1-58, consultado em março de 2021, disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/133333/2/49978.pdf>

SOUSA, Tiago André Silva Torres de – *As Proibições de Prova em Processo Penal: Autonomia e Efeitos à Distância*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2014, consultado em abril de 2021, disponível em https://run.unl.pt/bitstream/10362/17211/1/Sousa_2014.pdf

TEIXEIRA, António Manuel de Jesus – *Os Limites do Efeito-à-Distância nas Proibições de Prova no Processo Penal Português*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2013, consultado em abril 2021, disponível em

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/14555/3/Os%20Limites%20do%20Efeito-à-Distância%20nas%20Proibições%20de%20Prova%20no%20.pdf>

VALENTE, Manuel Guedes – *Revistas e Buscas*, 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2005.