

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA  
PORTUGUESA

# Introdução às Invalidades Constitucionais em Processo Penal

---

Mestrado Forense

Pedro Tiago de Melo Fernandes

20-03-2013

Orientado pelo Professor Doutor Germano Marques da Silva

## I. Introdução

O tema “Introdução às invalidades constitucionais em processo penal” tem como mote defender a tese de acordo com a qual, mesmo na falta de disposição legal expressa, a taxatividade das nulidades não impede a destruição de um acto que atente contra a Constituição.

Para dimensionar de modo convincente a questão que directamente nos preocupa, afigura-se necessário tecer algumas considerações sobre a influência da eficácia ou força normativa dos preceitos constitucionais no direito processual penal, já que, metaforicamente, equivale a um sismógrafo<sup>1</sup> dos valores constitucionalmente consagrados na ordem jurídica de um Estado democrático de direito, devidamente submetido às competentes regras jurídicas assentes na juridicidade constitucional.

Para alcançar tal compreensão, averiguaremos, através do carácter preceptivo das normas constitucionais relativas a direitos, liberdades e garantias, coincidente com a eficácia imediata destas últimas, que tipo de vício, em termos de tese, implica a respectiva violação. Trata-se de analisar a intensidade normativa daquelas normas, assim como estruturar qual a regra da correspondente violação e, conseqüentemente, verificar se o legislador ordinário pode determinar que existam vícios diferentes da nulidade em sentido estrito.

Na sequência da inobservância do procedimento que contenda directa e frontalmente com um direito, liberdade e garantia, a análise apriorística da força vinculativa e normativa das normas constitucionais será um argumento derradeiro para podermos contrapor à tipicidade das nulidades, que apenas se refere às normas processuais *strictu sensu*, não englobando, desde logo, preceitos constitucionais de aplicabilidade imediata, cominando a respectiva violação com uma invalidade constitucional, *maxime* nulidade.

Embora não procedamos a uma análise atomística de cada princípio constitucional que corporiza a constituição processual criminal, porque a economia do nosso estudo assim o não permite, daremos especial enfoque prático ao princípio do contraditório, quer na fase de audiência de julgamento, quer nas fases preliminares, designadamente no que à conformidade constitucional com a norma ordinária concerne.

*Last but not least*, procederemos a uma breve comparação entre o regime das invalidades e proibições de prova, demonstrando a ligação que entre eles possa existir, designadamente ao nível dos seus efeitos processuais.

---

<sup>1</sup> Cfr. Claus Roxin, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, 2003, p. 10.

## II. Eficácia Jurídica das Normas Constitucionais no Processo Penal

O direito processual penal é dos ramos do direito “mais fortemente ideologizados”<sup>2</sup>, aquele que melhor reflecte a fisionomia de uma sociedade, “dada a directa conexão da sua temática com os pressupostos políticos fundamentais de uma comunidade e com a «concepção do homem» que lhe subjaz.”<sup>3</sup> Depende fundamentalmente do estágio de evolução e desenvolvimento sociocultural de uma determinada comunidade, do grau de maturidade logrado pela sua consciência e vivência jurídicas, das concepções políticas de base assim como das concretas formas de actuação estadual que aí vigoram a cada momento da sua evolução histórico-cultural<sup>4</sup>. E, por isso, é hoje axiomático e impensável compreender o direito processual de um Estado isolando-o dos seus pressupostos éticos, sociais, económicos e políticos<sup>5</sup>.<sup>6</sup>

Estabelecendo o direito processual penal um “diálogo”<sup>7</sup> incessante com os preceitos constitucionais<sup>8</sup>, ao ponto de ser considerado “Direito Constitucional aplicado”<sup>9</sup>, é justamente deste *prius* lógico e cronológico<sup>10</sup> que decorre a necessidade de se analisar e reflectir sobre as normas respeitantes a direitos, liberdades e garantias.<sup>11</sup>

Efectivamente é discutível e discutida a eficácia jurídica das normas constitucionais<sup>12</sup>. O dissídio consiste em verificar se as normas referentes a direitos, liberdades e garantias, nomeadamente aquelas que dão corpo à constituição processual

---

<sup>2</sup> Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, A Nova Constituição e o Processo Penal, *ROA*, ano 36, 1976, p.99.

<sup>3</sup> Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *ibidem*.

<sup>4</sup> Como refere Paulo Dá Mesquita “o processo penal constitui um dos ramos do direito mais dependentes do contexto sociopolítico e, conseqüentemente, mais marcado pelas mutações aí operadas; o principal desafio constitucional com que se defronta a justiça penal em Portugal centra-se na legitimação procedimental do exercício do poder punitivo do Estado.” Cfr. Paulo Dá Mesquita, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, 1ª ed., Coimbra Editora, 2010, pp. 14 e 431.

<sup>5</sup> Cfr. Carlos Emílio Codeço, *Dos Inquéritos Preliminares*, Athena Editora, Porto, 1979, p.19.

<sup>6</sup> Como refere Figueiredo Dias: “Diz-me como tratas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu.” Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, 1ª ed. 1974, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 428.

<sup>7</sup> É com toda a propriedade o termo escolhido por Faria Costa. Cfr. José de Faria Costa, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*, Coimbra Editora, 1999, p. 135.

<sup>8</sup> Neste sentido cfr. João Conde Correia, *Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais*, in *Studia Iuridica*, 44, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 48.

<sup>9</sup> A expressão é de Henkel. Cfr. Henkel *apud* Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal...*, p. 74.

<sup>10</sup> Cfr. Giuseppe Bettiol, *Direito Penal*, vol.I, Coimbra Editora, 1973, pp. 44 e 49.

<sup>11</sup> Neste sentido cfr. Carlos Emílio Codeço, *Dos Inquéritos Preliminares...*, p.19.

<sup>12</sup> Como empreendem Rui Pinheiro e Artur Maurício “o facto de a Constituição conter numerosas disposições de actuação imediata no campo processual, se por um lado demonstra o cuidado vigilante que o Constituinte dedica a um sector tão delicado das relações entre o Estado e o cidadão, indica por outro a natureza constitucional – e portanto política – de tais regras fundamentais do processo.” Cfr. Rui Pinheiro, Artur Maurício, *A Constituição e o Processo Penal*, 1ª ed., 1976, Coimbra Editora, 2007, p. 12.

criminal<sup>13</sup>, que encerram princípios materiais do processo criminal<sup>14</sup>, são vinculativas independentemente da sua prévia inclusão na lei processual penal<sup>15</sup>, ou se ao invés, aquelas normas constitucionais apenas e tão só constituem regras programáticas dirigidas ao legislador ordinário, desprovidas de eficácia jurídica enquanto não consubstanciadas na lei processual penal<sup>16</sup>. Trata-se no fundo de responder à pergunta se “à generosidade do catálogo dos direitos fundamentais consagrado na Constituição Portuguesa de 1976 corresponderá, todavia, a estrutura procedimental adequada a conferir plena eficácia aos mesmos”<sup>17</sup>.

A verdade é que a importância da eficácia jurídica destas normas representa, sob uma dupla perspectiva, uma função de defesa dos cidadãos:

*Primo*, constituem, no plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente a sua ingerência na esfera jurídica individual;<sup>18</sup>

*Secundo*, implicam, no plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais e de exigir omissões dos poderes públicos, de modo a evitar da sua parte agressões lesivas a esses direitos.<sup>19</sup>

Porém, o simples facto de ao direito se atribuir carácter fundamental nem sempre é sinónimo de direito irrestritível, mormente no direito processual penal, pois é impossível conciliar a administração da justiça penal com os direitos, liberdades e garantias fundamentais absolutos, isto é, irrestritíveis<sup>20</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, 4ª ed. Coimbra Editora, 2007, p. 515.

<sup>14</sup> Cfr. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ibidem*.

<sup>15</sup> Trata-se de “um problema de efectividade, isto é, uma questão do grau ou intensidade da sua real força normativa, medida pela capacidade do ordenamento jurídico-constitucional de assegurar a sua realização na vida comunitária.” Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª ed., 2007, p. 204.

<sup>16</sup> Cfr. Carlos Emílio Codeço, Dos Inquéritos Preliminares..., p. 20.

<sup>17</sup> Cfr. Maria de Fátima Mata-Mouros, Juiz das Liberdades, Desconstrução de um Mito do Processo Penal, Almedina, 2011, p. 27.

<sup>18</sup> Cfr. J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed., Almedina, 2003, p. 408.

<sup>19</sup> Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *ibidem*.

<sup>20</sup> Como assevera Maria Elizabeth Queijo “os direitos fundamentais não são absolutos, ilimitados. Pela necessidade de coexistência dos direitos entre si, em dado ordenamento jurídico, é praticamente inevitável o surgimento de restrições mas, em se tratando de direitos fundamentais, deverão ser sempre reguladas por lei.” Maria Elizabeth Queijo, O direito de não produzir prova contra si mesmo, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 53. A constante tensão dialéctica entre interesses em conflito, de um lado, os direitos fundamentais e, do outro, a administração da justiça é alcançada através do processo penal de um determinado momento histórico que há-de ser capaz de otimizar este confronto para que de ambos se retire o mais possível sem que isso signifique neutralizar nenhum. Por um lado, se absolutizarmos os direitos fundamentais, torna-se praticamente impossível a investigação criminal, nomeadamente no que à adopção de determinados meios de obtenção de prova concerne, assim como se tornam impossíveis as

Destarte, o legislador constitucional prossegue a política a que ambos se devem restringir<sup>21</sup> na medida do necessário para que nenhum deles perca o seu efeito útil e continuemos, desse modo, a ter direitos fundamentais e processo penal. A fórmula para obter tal desiderato consta do art.º 18º da Constituição da República Portuguesa<sup>22</sup>.

Os Direitos Fundamentais<sup>23</sup>, nomeadamente as normas referentes a direitos, liberdades e garantias que constam do título II da CRP, conforme resulta do art.º 18º, nº1 da CRP, são exequíveis por si próprias, ou seja, *os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.*<sup>24</sup>

Esta cláusula de *imediatez applicativa*<sup>25</sup> significa que as normas sobre direitos, liberdades e garantias constituem *direito actual e eficaz*<sup>26</sup>, resultante da sua aplicabilidade directa, consubstanciada em regras e princípios jurídicos por via directa da Constituição e não através da *auctoritas interpositio* do legislador, ou seja, não estão dependentes da consecução de condições de facto, pois não se trata de meras normas para a produção de outras normas, mas sim de normas directamente reguladoras de relações jurídico-materiais.<sup>27</sup> Porém, esta *normatividade qualificada* não implica sempre, de forma automática a convolação das normas consagradoras de direitos,

---

medidas de coacção e, em última instância, até a própria constituição de arguido. Por outro lado, se absolutizarmos o interesse da administração da justiça e a busca da verdade material, voltamos a um sistema inquisitório, perdendo-se os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana e, consequentemente, por paradoxal que pareça, deixa-se de fazer justiça. Para que o processo penal seja sempre uma forma de realizar a justiça é vital que os interesses em conflito se harmonizem e se encontre um ponto óptimo de concordância prática entre os interesses antinómicos. O processo penal é antes de mais Direito e o Direito é da arte, da *ars inveniendi* que conceptualizou a pessoa no Homem e está na criação das regras aplicáveis para uma solução justa consubstanciando, assim, um instrumento de realização da justiça.

<sup>21</sup> A reserva de constituição significa deverem as restrições de direitos, liberdades e garantias ser feitas directamente pela Constituição ou através de lei, mediante autorização constitucional expressa e nos casos previstos pela Constituição, de acordo com o art.º 18º, n.º 2 da CRP. Neste sentido, cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 247.

<sup>22</sup> Doravante CRP.

<sup>23</sup> Jorge Miranda ensina que os direitos fundamentais dividem-se em sentido formal e sentido material. Em sentido formal são “toda a posição jurídica subjectiva das pessoas enquanto consagrada na Lei Fundamental.” Em sentido material “não se trata de direitos declarados, estabelecidos, atribuídos pelo legislador constituinte, pura e simplesmente; trata-se também dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da ideia de Direito, do sentimento jurídico colectivo (conforme se entender, tendo em conta que estas expressões correspondem a correntes filosófico-jurídica distinta).” Cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, *Direitos Fundamentais*, 4ª ed., Coimbra Editora, 2008, pp. 11 e 12.

<sup>24</sup> Para uma investigação dos pressupostos de aplicabilidade directa cfr. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, vol. I, pp. 382 e 383.

<sup>25</sup> Cfr. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, vol. I, p. 382.

<sup>26</sup> Cfr. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ibidem*.

<sup>27</sup> Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 438.

liberdades e garantias em direitos subjectivos, concretos e definitivos<sup>28</sup> de “*exequibilidade imediata* e, por isso, os problemas surgem no que respeita à generalidade dos direitos, liberdades e garantias, desde logo para aqueles direitos cujo *exercício efectivo* está *necessariamente dependente* de uma regulação complementar, de uma organização ou de um procedimento.”<sup>29</sup>

Não se trata de pura abstracção resultante de considerações formais, mas antes uma consequência derivada da plena vinculatividade das garantias do processo criminal e do conteúdo de certos direitos fundamentais estar imediatamente configurado na Constituição, pois por mera interpretação das normas constitucionais, sem necessidade da lei, podemos chegar à determinação do conteúdo do direito<sup>30</sup>.

A lei processual penal em caso algum poderá restringir ou desviar-se do estrito comando constitucional<sup>31</sup>, sob pena de violação do princípio da constitucionalidade e, logo, de invalidade imposto pelo art.º 3º, n.º 3 da CRP de acordo com o qual *a validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição*. Segundo este princípio, a forma, o conteúdo e aplicação da lei processual penal têm de se fazer em conformidade com a Constituição, “lei singular por se apresentar no topo da ordem jurídica ao ser o cume da respectiva pirâmide, utilizando-se a metáfora kelseniana”<sup>32</sup> dado que “não são os direitos fundamentais que agora se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais.”<sup>33</sup>

“O Direito processual penal, em abstracto, é uma ordem jurídica infra-constitucional”<sup>34</sup>, a qual em termos hermenêuticos se submete a uma interpretação conforme à Constituição<sup>35</sup>, pois é desta fonte que deriva o mandamento de que a

---

<sup>28</sup> Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *ibidem*.

<sup>29</sup> Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, Os Direitos Fundamentais..., p. 210.

<sup>30</sup> Neste sentido, cfr. José de Melo Alexandrino, Direitos Fundamentais, Introdução Geral, Principia, 2007, p. 87.

<sup>31</sup> Neste sentido, cfr. Miguel José Faria, Direitos Fundamentais e Direitos do Homem, 3ª ed., Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2001, p. 137.

<sup>32</sup> Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, Manual De Direito Constitucional, Vol. I, 2ª ed., 2007, Almedina, p.589.

<sup>33</sup> Cfr. Herbert Krüger, Grundgesetz und Kartell Gesetzgebung, Gotinga, 1950, p. 12, *apud* Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Tomo IV..., p. 287.

<sup>34</sup> Cfr. José António Barreiros, A Nova Constituição Processual Penal, *ROA*, ano 48, vol. II, 1988, p. 425.

<sup>35</sup> “De acordo com este princípio, uma lei não deve ser considerada nula, por inconstitucionalidade, quando existe a possibilidade de a interpretar de tal modo que ela se mantenha no quadro constitucional.” Cfr. R. Ratke *apud* Rodrigo Santiago, Sobre o Dever de Motivação das Respostas aos Quesitos em Processo Penal, *ROA*, ano 43.º, II, 1983, p. 504, nota 31.

interpretação e correspondente aplicação dos preceitos legais se perspectiva a partir da lei fundamental e se pautar de acordo com a mesma<sup>36</sup>.

Como refere JORGE NOVAIS “o reconhecimento constitucional da aplicabilidade directa dos direitos fundamentais e da correspondente vinculação do legislador ordinário aos seus preceitos marca uma clara inversão tradicional da relação direitos fundamentais/lei com enormes consequências em toda a ordem jurídica e, designadamente, na relação entre o legislador ordinário e o juiz constitucional.”<sup>37</sup>

Com o devido reconhecimento dos preceitos constitucionais e passando a Constituição a ser o *locus* de estabelecimento das regras essenciais acerca da estruturação das normas referentes a direitos, liberdades e garantias, simbioticamente interligadas ao quadro processual penal vigente, é justamente através desta ponte entre a Constituição e o processo penal que se consagra a principal via de protecção das liberdades individuais e concretização das normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais.

A existência de um núcleo principiológico estruturante do processo penal inserido na Constituição, vinculativo de todo o procedimento de actuação jurisdicional para assegurar a concretização dos direitos fundamentais, assenta num modelo de *estrutura acusatória integrado pelo princípio da investigação*<sup>38</sup> baseado numa ideia de participação constitutiva dos sujeitos processuais na definição do direito a aplicar ao caso concreto<sup>39</sup>, assumindo particular relevo o “contraditório como valor permanente do processo”<sup>40</sup>

### **III. Vertente Constitucional da Invalidade Processual Penal**

Encontram-se garantidos na Constituição concomitantemente, em planos paralelos e não conflituantes, os direitos individuais e os direitos sociais. Projectam-se ambos na sistemática do processo penal dicotomizados como o exercício do *ius puniendi* do Estado e o direito de liberdade do arguido, garantidos como direitos indisponíveis. Com efeito, o substrato da invalidade no processo penal é constituído pela protecção quer do direito de liberdade quer pela pretensão punitiva do Estado.

---

<sup>36</sup> Neste sentido, cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal...*, p. 75.

<sup>37</sup> Cfr. Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2ª ed., Coimbra Editora, 2010, p.159.

<sup>38</sup> Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Os Princípios Estruturantes do Processo e a Revisão de 1998 do Código de Processo Penal, RPPC*, Ano 8, tomo 2, 1998, p. 199.

<sup>39</sup> Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal...*, pp. 72 e 137.

<sup>40</sup> Cfr. José Manuel Damiano da Cunha, *O Caso Julgado Parcial, Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória, UCP*, 2002, pp. 281 a 290.

Como exigência do próprio ordenamento jurídico a *norma normarum* consagra diversos princípios gerais relativos ao processo penal. Estabelece, ainda, “princípios materialmente informadores do processo penal”<sup>41</sup>, de modo que, quando a legislação ordinária contrariar aqueles princípios, pode suscitar-se a questão da sua constitucionalidade e obter-se junto do Tribunal Constitucional uma decisão que declare a sua inconstitucionalidade, privando-a de qualquer relevância jurídica.<sup>42</sup>

Nesse sentido, se o ordenamento jurídico prevê mecanismos para eliminar as disposições legais que contrastam com as normas constitucionais, *a fortiori*, deve admitir-se a existência de qualquer outro meio destinado a retirar relevância aos actos processuais violadores de disposições legais que tutelem um princípio constitucional, mesmo quando esse preceito não prevê a nulidade como consequência dessa violação.

A ordem jurídica não pode determinar a eliminação das disposições legais contrárias às regras constitucionais e deixar incólume os actos processuais violadores das disposições legais que acolhem ou concretizam preceitos constitucionais. Nestes casos, o fundamento da nulidade reside no princípio constitucional violado.<sup>43 44</sup>

Desse modo, as invalidades constituem um importante meio de defesa dos direitos, liberdades e garantias do arguido ou de terceiros<sup>45</sup>.

A invalidade processual penal é justamente a principal consequência da inobservância de disposições legais, algumas directamente oriundas da constituição processual criminal, dando origem, neste último caso, a uma invalidade constitucional

---

<sup>41</sup> Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, p. 274.

<sup>42</sup> Conforme refere Alessandro Malinverni “Se la legge ordinaria contiene disposizioni in contrasto con i principi costituzionali è consentito sollevare l’eccezione relativa e far portare la questione all’esame della corte costituzionale, che, in caso di accoglimento, dichiara la illegittimità della disposizione di legge privandola di ogni rilevanza giuridica.” Cfr. Alessandro Malinverni, *Principi del Processo Penale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1972, pp. 209 e 210.

<sup>43</sup> “Orbene, se l’ordinamento prevede un meccanismo siffatto per eliminare le disposizioni di legge che contrastano con i principi costituzionali, a maggior ragione si deve ammettere l’esistenza di un qualche altro mezzo, che consenta di togliere rilevanza giuridica agli atti processuali compiuti in violazione di disposizioni non prevedono espressamente che tale violazione comporti nullità. Sarebbe assurdo un ordinamento che prevedesse la eliminazione della disposizione di legge contrastante con il precetto costituzionale e non consentisse l’eliminazione dell’atto processuale compiuto in violazione della norma di legge che attua il precetto costituzionale. In questi casi, la fonte della sanzione di nullità può essere ravvisata nell’esistenza di un precetto a livello costituzionale, cioè implicita ma necessaria a fortiori nel sistema.” Cfr. Alessandro Malinverni, *Principi...*, p. 210.

<sup>44</sup> Embora constituindo um vício menos grave, devemos, contudo, ter presente que a irregularidade processual é uma forma de invalidade, sendo irregular todo o acto que contraria a lei (invalidade geral e subsidiária).

<sup>45</sup> Num sentido mais restritivo, referindo-se apenas a nulidade cfr. João Conde Correia, *Contributo...*, p. 19. Porém, devemos ter presente que a irregularidade processual constitui uma forma de invalidade, consubstanciando morfológicamente uma verdadeira violação de lei.

precisamente porque o vício que resulta da inobservância do ritual destinado a regular um conjunto de actos lesa directamente um direito, liberdade e garantia. É justamente na Constituição que vamos encontrar a directriz para a confirmação do sentido e do conteúdo do acto processual penal realizado<sup>46</sup>. Tomada de posição esta, “decorrente do Estado de Direito Democrático constitucionalmente consagrado e exigência inelutável de um processo penal com todas as garantias de defesa.”<sup>47</sup>

Por sua vez, a Constituição no art.º 32º, n.º 8 prescreve a nulidade de “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”, assumindo um papel de tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos, que não devem ser automaticamente preteridos mas antes harmonizados com os valores próprios do processo penal, designadamente a verdade material e a eficácia da justiça penal<sup>48</sup>.

Assim, a identificação por via da Constituição do procedimento ou acto que consubstanciou a violação de um direito fundamental por parte do Estado, deve ser sancionada como proibição de prova ou prova nula para evitar que se possa valer dos actos ilícitos que praticou. Como tal, ter-se-á que ir à raiz do direito fundamental que supostamente se está a violar.

O quadro constitucional das invalidades impõe, por um lado, o respeito pelos direitos, liberdades e garantias e, por outro, é consequência resultante de um incumprimento do dever do Estado não observar os limites impostos no exercício da sua actividade de prossecução da acção penal.

Podemos asseverar que as invalidades constitucionais são, por um lado, “a desconformidade do acto com o modelo legal”<sup>49</sup> quando aquele viola directamente um

---

<sup>46</sup> Cfr. Paulo Sérgio Leite Fernandes, Geórgia Bajer Fernandes, *Nulidades no Processo Penal*, 5ª ed., Malheiros Editores, 2002, p. 294.

<sup>47</sup> Cfr. João Conde Correia, *Contributo...*, p. 24.

<sup>48</sup> Cfr. Luís Bértolo Rosa, *Consequências Processuais das Proibições de Prova*, *RPPC*, Ano 20, n.º 2, Coimbra Editora, 2010, p. 232; Germano Marques da Silva, *Produção e Valoração de Prova em Processo Penal* in *Revista do CEJ*, 1º semestre de 2006, n.º 4, s/1, Centro de Estudos Judiciários, p. 41; Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, 2005, pp. 361 e 362; João Conde Correia, *A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial* in *Revista do CEJ*, 1º semestre de 2006, n.º 4, s/1, Centro de Estudos Judiciários, pp. 189 e 202; Paulo de Sousa Mendes, *As proibições de Prova no Processo Penal* in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Maria Fernanda Palma (coord.), Coimbra, Almedina, 2004, p. 137; Jorge de Figueiredo Dias, *Para Uma Reforma Global do Processo Penal Português. Da sua Necessidade e de Algumas Orientações Fundamentais*, in *AA. VV.*, Para uma Nova Justiça Penal, Coimbra, Almedina, 1983, pp. 206 a 208; Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, p. 524;

<sup>49</sup> Cfr. Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, vol. II, 5ª ed., 2010, p. 115.

direito, liberdade e garantia, consumando a inadequação do acto ao modelo abstracto previsto na lei. Por outro lado, dada a força normativa da Constituição, as normas constitucionais visam, de facto, assegurar o exercício de certos direitos, de tal forma, que existem “ casos em que a nulidade subsiste, mesmo na ausência de previsão legal, por força da violação dos preceitos constitucionais. É o caso das normas respeitantes à liberdade pessoal, domiciliária e da correspondência, às decisões judiciais e aos direitos de defesa.”<sup>50</sup>. Para JOÃO CORREIA, apesar de a violação dos preceitos constitucionais não estar prevista na letra do art.º 118º, n.º 1 do CPP, as normas relativas a direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam quer as entidades públicas, quer as entidades privadas e podem, por outro lado, ser incluídas no conceito material de lei processual penal<sup>51</sup>.

A propósito das nulidades em sentido estrito observa LUÍS OSÓRIO que “ainda que a nulidade não esteja decretada expressamente, será nulo o processo, se o acto for substancial, de modo que a sua falta ou ilegalidade influa no exame e decisão da causa.”<sup>52</sup> Porém, temos de ter presente que o sistema vigente é o da tipicidade das nulidades e atipicidade das irregularidades. A figura dogmática da irregularidade é uma invalidade dependente de arguição e, nesse sentido, podemos entender que existem determinadas invalidades cuja influência no processo fica dependente da vontade (arguição) dos sujeitos processuais afectados<sup>53</sup>.

A validade dos actos praticados pelos sujeitos processuais, *maxime* o Estado na prossecução da acção penal, está intimamente vinculada ao conteúdo dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados e processualmente projectados e materializados na formulação do *due process of law*<sup>54</sup>. Tal exigência decorre da garantia última contra a violação dos direitos fundamentais: a invalidade constitucional.

---

<sup>50</sup> Cfr. João Conde Correia, *Contributo...*, p 144, nota 318.

<sup>51</sup> Cfr. João Conde Correia, *ibidem*.

<sup>52</sup> Cfr. Luís Osório da Gama e Castro de Oliveira Bátista, *Comentário ao Código do Processo Penal Português*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra 1932, p. 179.

<sup>53</sup> O consentimento do titular do direito restringe-se apenas às nulidades dependentes de arguição e irregularidades, que consubstanciam violações mais leves das disposições processuais penais. Quando João Correia, considera não haver razões para declarar a invalidade quando o interessado consente na violação dos seus direitos, estabelece de imediato, de forma adversativa, um limite a esta situação, pois o “espaço de consenso criado pelo Estado não é absoluto nem ilimitado.” Efectivamente, algumas das normas processuais para além de uma dimensão subjectiva, que garante o cidadão face ao poder do Estado, comportam também uma dimensão objectiva, enquanto valores estruturantes da sociedade e como tal existe uma diminuição da área de autonomia pessoal, não sendo possível prescindir da garantia e protecção de certos preceitos fundamentais. Cfr. João Conde Correia, *Contributo...*, p. 183.

<sup>54</sup> Admitindo a figura da invalidade constitucional, *maxime* nulidade em sentido técnico pronuncia-se Carlos Creus quando nos diz que “desde el ángulo de la racionalidade utilitária de la ley, una recorrida de las nulidades de carácter general junto a la consideración de la amplitud que han adquirido en la doctrina

#### IV. O Princípio da Taxatividade das Nulidades

O sistema normativo previsto para os vícios dos actos processuais, convoca, desde logo, a questão de saber se o sistema português<sup>55</sup> assenta num princípio de taxatividade<sup>56</sup> ou não das invalidades processuais penais.

Um dos fundamentos mais invocados nas impugnações é o de que os actos padecem de nulidade ou de irregularidade.

Em termos de tipologia legal, os vícios dos actos processuais podem padecer de um de três vícios:

(i) nulidade insanável; (ii) nulidade sanável; (iii) irregularidade.

Dispõe o artigo 118º, n.º1 do CPP, sob epígrafe “princípio da legalidade”<sup>57</sup>, que a “violação ou a inobservância das disposições da lei do processo penal só determina a nulidade do acto quando esta for expressamente cominada na lei.”<sup>58</sup>

---

constitucional contemporânea los presupuestos de la garantía del debido proceso (defensa en juicio, juez natural, etc.), torna muy dificultoso extraer del cotejo alguna hipótesis de nulidad general que no reconozca su origen en una violación de disposiciones constitucionales.” Cfr. Carlos Creus, *Invalidez de los actos procesales penales*, 2ª ed, Astrea, 1997, p. 64.

<sup>55</sup>Para uma perspectiva das soluções de direito comparado, nomeadamente os sistemas jurídicos processuais penais Espanhol, Francês e Italiano, cfr. João Conde Correia, *Contributo...*, pp. 55 a 86.

<sup>56</sup>Podemos, desde logo, apontar duas consequências do princípio da taxatividade das nulidades, nomeadamente a proibição de analogia e a irrelevância de prejuízo concreto para o interesse jurídico tutelado pela norma violada. A opção por um sistema taxativo no que se refere às nulidades absolutas e relativas afasta a possibilidade de aplicação analógica de outras disposições, designadamente as normas de direito processual civil ou mesmo de direito privado substantivo, como forma de integrar eventuais lacunas legais (relativamente à problemática dos vícios da vontade do acto processual penal cfr. João Conde Correia, *Contributo...*, pp. 152 a 154.). cfr. Ennio Amodio / Oreste Dominioni, *Commentario del nuovo código di procedura penale*, II, Milano, Giuffrè, 1989, p. 257. Relativamente à impossibilidade de submeter a declaração de nulidade à existência, *in concreto*, de um prejuízo para o interesse jurídico tutelado, o juiz detectando uma imperfeição do acto processual prevista como causa de nulidade não pode deixar de aplicar a respectiva sanção. Cfr. João Conde Correia, *Contributo...*, pp. 154 e 155; Ennio Amodio / Oreste Dominioni, *Commentario...*, p. 258.

<sup>57</sup> Refere João Correia que “esta epígrafe parece-nos pouco feliz, na medida em que utiliza a expressão «princípio da legalidade» com um sentido diverso daqueles que, normalmente, lhe são atribuídos. Na verdade, o princípio da legalidade não deve aqui ser confundido com a obrigatoriedade da promoção processual que, salvo os casos previstos na lei, é independente de qualquer juízo de oportunidade, tal como vem plasmado no art. 262.º, n.º 2, do C.P.P. Também não deve ser entendido como sinónimo da legalidade do processo penal, consagrada logo no art. 2.º do C.P.P., e, segundo a qual, «a aplicação de uma pena ou medida de segurança criminais só pode ter lugar em conformidade com as disposições legais». Resta-nos, portanto, determinar um terceiro sentido para aquela expressão, capaz de compreender e exteriorizar todo o conteúdo do preceito. Ora, o art. 118.º do C.P.P. subdivide-se em três números. O primeiro, consagra a taxatividade das «nulidades». O segundo, remete para a figura das «irregularidades» qualquer violação da lei que não constitua nulidade. E, o terceiro, estabelece a distinção entre proibições de prova e nulidades. Assim, o art. restringe as nulidades aos casos previstos na lei e afasta deste regime, quer as irregularidades, quer as proibições de prova. Neste contexto a expressão «princípio da legalidade» só pode significar legalidade das chamadas causas de nulidade, que não se confundem com as irregularidades e, muito menos, com as proibições de prova. No fundo, é a consagração processual do adágio «*pas de nullité sans texte*», explicitado numa fórmula infeliz, imprecisa e, mesmo, incorrecta.” Cfr. João Conde Correia, *Contributo...*, p. 143, nota 317.

<sup>58</sup> A redacção do referido preceito legal afasta a possibilidade de estender a taxatividade aos casos que o legislador submete ao tratamento típico da nulidade, embora não os qualifique como tal. Porém, Giovanni Conso refere que “ Sarebbe, tuttavia eccessivo, dato lo stato di confusione si è detto, pretendere dal

A norma enuncia o princípio da tipicidade, pelo qual só alguma das violações das normas processuais é que têm como consequência a nulidade do respectivo acto, sendo razões de economia processual as que baseiam tal diferenciação.

Existem situações em que o legislador no próprio preceito denomina a consequência, tal como sucede com os vícios da acusação (art.º 283º, n.º 3 do CPP), vícios da sentença (art.º 379º do CPP), decisão instrutória (art.º 309º do CPP), configurando, o vício resultante destes actos, nulidades sanáveis ou dependentes de arguição<sup>59</sup>. Para a

---

legislatore un uso rigoroso dei termini questione. Per accertare, quindi, quali siano le specie di invalidità previste in un dato settore dell'ordinamento e quali siano i vizi assoggettati a questa o quella specie di invalidità, non si deve attribuire un valore decisivo alle formule adoperate dal legislatore. Ciò che conta veramente è cogliere il trattamento a cui il legislatore sottopone l'atto a seconda dell'imperfezione: verificare, cioè, in primo luogo, quello che, a nostro avviso, è il cardine di tutta la materia, vale a dire la sanabilità o l'insanabilità del vizio (e, dicendo insanabilità, intendiamo l'insanabilità vera e propria, nel senso preciso del termine, non già nel senso adottato - secondo un equivoco risalenti ai codici precedenti e sempre più diffuso nell'ambito processuale - anche dalla L. 18 giugno 1955, n. 517, per cui insanabili sarebbero le nullità rilevabili in ogni stato e grado del procedimento, ma non oltre); e, in secondo luogo, per le imperfezioni sanabili, come si pongano i rapporti tra l'atto imperfetto e gli effetti dell'atto perfetto. Decisivo è, dunque, il trattamento, non il termine usato dal legislatore. Questo può, al massimo, avere valore indicativo: così, se, in caso di imperfezione sanabile, il legislatore parla di nullità anziché annullabilità, deve ragionevolmente prospettarsi il dubbio che, in luogo del sistema degli effetti precari, caratteristico dell'annullabilità ma non elemento immancabile delle imperfezioni sanabili, sia stato adottato il sistema della non produzione immediata di effetti." Prosegue lo stesso autore che "La conseguenza più importante che deriva dal peso di per sé non decisivo delle qualifiche usate dal legislatore è, però, un'altra: alludiamo alla possibilità di ravvisare delle ipotesi di invalidità anche là dove il legislatore, pur prendendo in considerazione il vizio di un atto, non gli attribuisca né la qualifica di nullo né annullabile né simili. Se il trattamento a cui l'atto viene sottoposto corrisponde, ad esempio, al trattamento previsto per altri atti qualificati come nulli, non vi è ragione alcuna per non ricondurre nella stessa categoria pure quell'atto.

Nemmeno il principio di tassatività delle nullità, espressamente statuito nel nostro ordinamento processuale penale (articolo 184, I comma), si oppone ad un tale adeguamento né da esso viene a soffrire eccezione. La «tassatività» non va, cioè, intesa nel senso che vi è nullità solamente là dove il legislatore fa uso della qualifica di nullità, ma che vi è nullità tutte le volte che il legislatore processuale penale sottopone un vizio al trattamento tipico della nullità." Cfr. Giovanni Conso, *Il concetto e le specie d'invalidità, Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 83 e 84. À luz do actual texto legal esta posição decorre de uma premissa errada, pois parte do tratamento dispensado pelo legislador ao invés da terminologia por ele utilizada, sendo, portanto, inadmissível já que se exige que a nulidade esteja expressamente prevista na lei. Aliás, se assim não fosse, ficaria de novo aberta a porta para o ressurgimento de nulidades substanciais. Neste sentido, cfr. João Conde Correia, *Contributo...*, p. 143.

<sup>59</sup> É discutível que assim seja, pois em alguns casos, como sucede, por exemplo, com o n.º 3 do art.º 283º do CPP que na sequência do aditamento do n.º 3 do art.º 311º do CPP pela Lei n.º 59/2008 de 25 de Agosto, que veio afastar a doutrina do assento n.º 4/93 que permitia ao juiz de julgamento rejeitar a acusação sempre que considerasse que dos autos de inquérito não havia indícios suficientes (ou seja, manifesta insuficiência de prova indiciária) que permitissem a dedução dessa mesma acusação, veio criar um regime especial para as causas de nulidade da acusação, pois se repararmos os fundamentos de rejeição da acusação correspondem exactamente às causas de nulidade da acusação. Assim, como o art.º 283º, n.º 3 do CPP nada mais refere, estariam sujeitas, se não fosse o art.º 311º, n.º 3 do CPP, ao regime das nulidades dependentes de arguição, de acordo com as quais se não fossem arguidas até ao encerramento do debate instrutório ficariam sanadas. A verdade é que o legislador dá agora a possibilidade de o juiz, através do n.º 3 do art.º 311º do CPP, conhecer as nulidades em sede de saneamento do processo, passando estas nulidades a ter um regime atípico, ou seja, podem ser invocadas pelos sujeitos processuais e podem ainda ser conhecidas officiosamente pelo juiz quando profere o despacho do art.º 311º do CPP. Ao mesmo regime de tratamento atípico ficam submetidas as nulidades da sentença conforme se verá adiante.

nulidade insanável vigora a regra da dupla tipicidade, ou seja, é preciso que o legislador determine a nulidade e refira expressamente tratar-se de nulidade insanável<sup>60</sup>.

Assim, para que haja nulidade, quer esta seja sanável ou insanável, antes de mais, a lei tem que expressamente a determinar.

No processo penal as diferenças de regime entre as nulidades sanáveis e insanáveis derivam apenas quanto ao modo de arguição, pois relativamente aos efeitos são iguais<sup>61</sup>.

De acordo com o art.º 119º do CPP a nulidade insanável<sup>62</sup> é de conhecimento officioso e pode ser declarada, a todo o tempo, até ao trânsito em julgado do processo.

Por sua vez, a nulidade sanável prevista no art.º 120º, n.º 1 do CPP deve ser invocada pelos interessados e dentro do respectivo prazo que se encontra estabelecido no n.º 3 do art.º 120º do CPP, quando previsão do mesmo a lei não estabelecer<sup>63</sup>.

Uma vez declarada a nulidade, cumpre verificar qual o efeito do acto nulo<sup>64</sup>.

Independentemente de a nulidade ser sanável ou insanável, o efeito do acto nulo vem prescrito no art.º 122º do CPP, comportando uma destruição do próprio acto bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afectar (n.º 1), devendo a declaração de nulidade determinar quais os actos inválidos e ordenar se necessário e possível a sua

---

<sup>60</sup> Por exemplo, é o caso do art.º 321, n.º 1 do CPP para a audiência de julgamento quando se diz expressamente que esta é pública sob pena de nulidade insanável e também o caso do art.º 330º, n.º 1 do CPP, relativamente à substituição do MP e do defensor, caso não estejam presentes.

<sup>61</sup> Já no Direito Civil os vícios previstos nos arts.º 286º e 287º do Código Civil, a anulabilidade e a nulidade, são diferentes, quer relativamente ao regime de arguição, quer no que se reporta aos seus efeitos (artigos 289º e 291º do Código Civil). Sobre a importação acrítica das teses civilistas sobre a invalidade em geral e as nulidades em particular cfr. João Correia, *Contributo...* pp. 15 a 20.

<sup>62</sup> Como afirma Germano Marques da Silva “a designação legal de nulidade insanável não é correcta. Com efeito, a nulidade não pode ser declarada após a formação do caso julgado da decisão final que, neste aspecto, actua como meio de sanção. A declaração da nulidade insanável pode ter lugar em qualquer fase do procedimento, mas apenas enquanto a decisão final não transita em julgado.” Cfr. Germano Marques da Silva, *Curso...*, vol. II, p. 119. “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 se não declara a nulidade de actos dum processo que findou com decisão irrevogável” (cfr. Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Curso de Processo Penal*, vol. I, Lisboa, 1955, p. 268.), “salvo em recurso de revisão (arts.º 458.º e 461.º).” Cfr. Germano Marques da Silva, *Curso...*, vol. II, p. 120.

<sup>63</sup> Conforme o Ac. TC n.º 429/95 citado pelo Ac. TC n.º 197/2007 as regras quanto à oportunidade de arguição das nulidades relativas são as seguintes: “se a nulidade respeitar a acto a que o interessado assiste, deve arguí-la antes que a realização do acto seja dada por finda; se o não fizer, fica precluída a possibilidade de o fazer mais tarde [alínea a)]; se a nulidade consistir em erro na forma do processo, o prazo de arguição é de cinco dias a contar da notificação do despacho que designou dia para a audiência [alínea b)]; se a nulidade disser respeito ao acto de inquérito ou de instrução a que o interessado não tenha estado presente, o prazo de arguição é o proferimento da decisão instrutória; não tendo havido instrução, o prazo é de cinco dias após a notificação do despacho que tiver encerrado o inquérito [alínea c)]; se a nulidade disser respeito a acto relativo a uma forma de processo especial (sumário e sumaríssimo), o prazo da sua arguição é o início da audiência [alínea d)].”

<sup>64</sup> Pois como refere Souto de Moura “qualquer acto nulo ou simplesmente irregular mantém a plenitude dos seus efeitos, como se não existisse vício nenhum, até que surja a declaração de nulidade ou irregularidade.” Cfr. José Souto de Moura, *Inexistência e Nulidades Absolutas em Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, 1, 1990-91, p. 126.

repetição com custas por quem, culposamente, deu causa à nulidade (n.º 2), aproveitando todos os actos que puderem ser salvos (n.º3).

Através de uma análise perfunctória a estes preceitos, verifica-se que, por um lado, os actos eivados de nulidade continuam a produzir efeitos e, por outro lado, a declaração de nulidade destrói os efeitos já produzidos e impede a produção de outros. O que significa que as nulidades dos actos processuais têm de ser declaradas e até esse preciso momento produzem praticamente os efeitos típicos do acto perfeito.

Por isso, em processo penal a diferença de regime das nulidades, sanável e insanável, está apenas presente quanto aos mecanismos de declaração, porque a partir do momento em que qualquer uma das nulidades é declarada o efeito é o mesmo, ou seja, *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Portanto, independentemente de as nulidades serem sanáveis<sup>65</sup> ou insanáveis, o efeito é o mesmo, até porque o art.º 122º do CPP somente se refere a efeitos das nulidades e nada mais.

O Código de Processo Penal consagra como patologia dos actos processuais um amplo sistema de taxatividade das nulidades, optando, relativamente às irregularidades, por um modelo não taxativo, de modo a abranger todos os demais casos patológicos não previstos com a cominação de nulidade. Porém, em matéria de invalidades processuais penais, nem por isso se deixa de verificar uma tensão latente entre vários interesses que conflituam. Por um lado, o interesse ou a finalidade da paz jurídica<sup>66</sup> que requer celeridade e, por conseguinte, propugna ou defende a manutenção da conservação dos actos, ainda que imperfeitos<sup>67</sup>, para evitar os riscos profundos decorrentes da anulação

---

<sup>65</sup> Na realidade não se vislumbra uma diferença substancial entre o regime das nulidades relativas e o regime das irregularidades, pois “num caso e noutro o vício necessita de ser arguido pelos interessados dentro de certos prazos sob pena de o vício se considerar sanado e a declaração da nulidade ou da irregularidade produzir igualmente a invalidade do acto em que se verificar o vício, bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afectar (arts. 122º, n.º 1, e 123º, n.º 1).” Cfr. Germano Marques da Silva, curso..., vol. II, pp. 128 e 129. Portanto, a irregularidade, no fundo, é uma forma de nulidade relativa, dependente, por isso, de arguição num determinado prazo. Em nada se distinguem uma e outra, salvo nos prazos para a respectiva arguição.

<sup>66</sup> O restabelecimento da paz jurídica dos cidadãos, posta em causa através da perpetuação de um crime ou da suspeita da sua prática, “incide tanto no plano individual, do arguido e da vítima, como no plano mais amplo da comunidade jurídica. Esta finalidade liga-se, em grande parte, a valores de segurança e, por isso, merece destaque a posição de Goldschmidt para quem o fim do processo era a obtenção de uma sentença com força de caso julgado.” Cfr. Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal, vol. I, 6ª ed., Verbo, 2010, p. 39.

<sup>67</sup> Como refere João Correia “este aproveitamento jurídico dos actos processuais penais imperfeitos, fundamentado, no essencial, por razões de segurança e economia processual, coloca duas questões importantes: por um lado, a determinação dos efeitos dos actos nulos no período de tempo compreendido entre a sua prática e a declaração de nulidade ou a ocorrência das causas de sanção; por outro lado, a sua escolha e modos de funcionamento.” Cfr. João Conde Correia, Contributo..., p. 126. O mesmo autor admite duas soluções no que se refere à regulamentação do hiato entre a prática do acto processual e a

de um acto, correspondente ao seu desvalor processual, que se pode repercutir em cadeia sobre todo o procedimento. Por outro lado, decorre da finalidade da tutela dos direitos individuais a observância das formas prescritas e, conseqüentemente, a inutilização dos actos *contra legem*, naturalmente, se forem prejudiciais à realização das finalidades processuais.

A aplicação do termo irregularidade num sentido não técnico não deixa de esconder uma verdade insuspeitada, na medida em que o princípio da taxatividade das nulidades vale apenas para os vícios que, assim, expressamente a lei preveja, “excluindo aqueles que, embora substancialmente sejam causa de nulidade, são, por ele, rotulados irregularidades.”<sup>68</sup> É mera questão terminológica. No entender de JOÃO CORREIA o art.º 123º, n.º 2 do CPP “parece subdividir as irregularidades, entre aquelas que provocam efeitos invalidantes e aquelas que não têm qualquer influência sobre a validade e eficácia do acto processual penal imperfeito (...). As primeiras, apesar da terminologia usada pelo legislador, ainda são uma forma de nulidade, enquanto que as restantes correspondem à figura dogmática das irregularidades.”<sup>69</sup> Como refere o mesmo autor, criticando a “descontinuidade entre a linguagem legislativa e o discurso dogmático”<sup>70</sup>, o “legislador reputa «irregularidades» aqueles defeitos que não são causa de nulidade, mas depois, ao contrário do que seria de esperar, atribui-lhes efeitos invalidantes”<sup>71</sup>, servindo como justificação o facto de as irregularidades ao menos determinarem a invalidade do acto a que se referem e dos termos subsequentes que aquela possa afectar, produzindo os mesmos efeitos das nulidades<sup>72</sup>. A razão fica a dever-se ao facto de ser impossível prever todas as invalidades susceptíveis de serem praticadas. Por isso, o legislador seleccionou as que considera mais graves, as nulidades, e criou uma norma geral para abarcar todas as demais, as irregularidades.

---

declaração judicial da sua nulidade ou sanção. “Uma consiste em negar a produção de quaisquer efeitos jurídicos até ao momento em que sobrevenha a causa de sanção (...). Já se, em vez de ocorrer a causa de sanção do acto, este vier a ser declarado nulo, como não houve produção de efeitos jurídicos, não há necessidade de os destruir. A outra solução (...) consiste em atribuir ao acto imperfeito efeitos jurídicos semelhantes aos que produziria se não estivesse viciado”, ou seja, “enquanto não forem destruídos ou convalidados os actos imperfeitos integram uma *fattispecie* autónoma, caracterizada pela precariedade dos seus efeitos. Se ocorrer uma causa de sanção estes efeitos precários tornam-se definitivos, integrando uma *fattispecie* complexa, com carácter subsidiário, à qual são atribuídos os efeitos dos actos *ab initio* válidos. Se, pelo contrário, o acto for declarado nulo são eliminados com eficácia *ex tunc*, como se nunca tivessem acontecido.” Cfr. João Conde Correia, *Contributo...*, pp. 127 e 128.

<sup>68</sup> Cfr. João Conde Correia, *Contributo...*, p. 146.

<sup>69</sup> Cfr. João Conde Correia, *Contributo...*, p. 145.

<sup>70</sup> Cfr. João Conde Correia, *Contributo...*, pp. 144 e 145.

<sup>71</sup> Cfr. João Conde Correia, *Contributo...*, p. 145.

<sup>72</sup> Não obstante as irregularidades não constituírem invalidades em sentido técnico, a verdade é que possuem efeitos invalidantes, desencadeando, algumas delas, verdadeiros efeitos de anulação do acto processual penal, embora não se inscrevam no âmbito das nulidades *strictu sensu*.

Nesse sentido, o nosso sistema de invalidades processuais penais não é taxativo. Como afirma JOÃO CORREIA “em bom rigor, não se pode, por isso, falar em taxatividade das nulidades.”<sup>73</sup> O que o legislador consagrou foi na verdade um “modelo misto, que procura conciliar as vantagens dos sistemas de *numerus clausus*, com benefícios dos sistemas de *numerus apertus*.”<sup>74</sup> Por um lado, indicam-se de forma taxativa os vícios mais graves e, por outro lado, constrói-se uma cláusula geral aplicável a toda uma categoria de casos, pouco delimitados, ocupada pela figura dogmática das irregularidades, na tentativa de evitar eventuais omissões.<sup>75</sup> Na verdade, este sistema já era preconizado por LUÍS OSÓRIO<sup>76</sup>, constituindo o respectivo modelo uma série alternativa aos sistemas taxativos e aos sistemas não taxativos, evitando, desse modo, os seus inconvenientes e, por conseguinte, beneficiando das suas vantagens<sup>77</sup>.

## V. O Fundamento da Invalidade Constitucional

Os Direitos Fundamentais, designadamente as normas relativas a direitos, liberdades e garantias são exequíveis por si próprias. Nesse sentido, os princípios de Direito Processual Penal que constam do art.º 32º da CRP são também direitos de cada um dos sujeitos processuais, *maxime* do arguido.

De acordo com o princípio da tipicidade das nulidades consagrado no art.º 118º, nº 1 do CPP só há nulidade do acto quando a lei, expressamente, a preveja por violação ou inobservância da lei processual.

Consequentemente, cumpre verificar se a violação na prática de um direito constitucionalmente consagrado se traduz em uma nulidade, independentemente de o legislador ordinário determinar especificamente o respectivo desvalor do acto processual violador da norma.

---

<sup>73</sup> Cfr. João Conde Correia, *Contributo...*, p. 146.

<sup>74</sup> Cfr. João Conde Correia, *ibidem*.

<sup>75</sup> Cfr. João Conde Correia, *ibidem*.

<sup>76</sup> Cfr. Luís Osório da Gama e Castro de Oliveira Bátista, *Comentário...*, vol. II, p. 183.

<sup>77</sup> “Apresentam-se três sistemas: ou indicar caso por caso e taxativamente as faltas que produzem a nulidade; ou empregar uma fórmula genérica e deixar à jurisprudência o encargo de a precisar; ou empregar ao lado do primeiro sistema o segundo, circunscrevendo, o mais possível, a indicação genérica a certa categoria de casos o mais precisamente delimitada possível. O primeiro sistema tem o defeito de ser naturalmente incompleto por não haver facilidade, nem talvez possibilidade, em enumerar todos os casos. O segundo tem o defeito de dar lugar ao alargamento extraordinário dos casos de anulação, como a história demonstra: há uma arreigada tendência para se anularem decisões que não parecem justas quando com este fundamento elas não podem ser revogadas. O terceiro sistema é aquele que agora parece preferível, com a condição de circunscrever o mais precisamente possível as indicações genéricas.” Cfr. Luís Osório da Gama e Castro de Oliveira Bátista, *ibidem*.

A consagração de um regime de legalidade no que respeita ao vício mais grave, que são as nulidades e que redundam num princípio de taxatividade<sup>78</sup>, nos termos do art.º 118º, nº1 do CPP, não constitui um obstáculo intransponível à tese que sustentamos. Esta disposição refere-se à inobservância da forma<sup>79</sup> ou prescrições legais estabelecidas para os actos processuais, isto é, à desconformidade do acto com o esquema legal. A referência à forma serve para delimitar o âmbito de aplicação da disposição em questão e, assim, o princípio da taxatividade. Como refere MALINVERNI “sono “forme” degli atti processuali i modelli costanti previsti dalla legge per categorie di atti. Rientrano nelle forme, invece, le attività per le quali non è previsto il modulo legale. In linea di massima, si tratta di comportamenti globali, antecedenti od anche estranei alla produzione di una cosa (es. documento) quale risultato della attività.”<sup>80</sup> Com efeito, as normas constitucionais não se reportam tanto ao formalismo processual previsto para a categoria de actos, pois se repararmos “a violação dos preceitos constitucionais não está incluída no art.º 118º, nº 1 do CPP que apenas refere as «disposições da lei do processo penal»”<sup>81</sup>, não incluindo quaisquer outros preceitos, assim não se estendendo *il principio di tassatività*.<sup>82</sup> Ademais, nos termos do art.º 18º, nº 1 da CRP as normas relativas a direitos, liberdades e garantias fundamentais são directamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas. Nesse sentido, cumpre ir mais além do que JOSÉ PIMENTA quando afirma que nulidade é “a invalidade de um acto processual expressamente cominada (princípio da legalidade) para a violação ou inobservância das normas que disciplinam o processo penal.”<sup>83</sup> Adoptamos, porém, um conceito material da lei processual penal, de modo a ser abrangida na figura da nulidade a violação de preceitos constitucionais, mormente direitos, liberdades e garantias, pois o princípio da tipicidade consagrado no art.º 118º, nº1 do CPP “apenas compreende a violação das disposições da lei processual em sentido estrito, ficando de fora os preceitos constitucionais que num sentido amplo – derivado do seu carácter fundamental – ainda podem ser incluídos no conceito «material» de lei processual penal.”<sup>84</sup> Não existindo norma legal e uma vez identificada a violação do direito fundamental há que proceder à identificação por via da Constituição do procedimento, acto ou evento, que

---

<sup>78</sup> Cfr. José Souto de Moura, *Inexistência...*, p. 126

<sup>79</sup> Para uma perspectiva filosófica sobre a forma e conteúdo do acto processual penal cfr. Alessandro Malinverni, *Principi...*, pp. 176 a 181.

<sup>80</sup> Cfr. Alessandro Malinverni, *Principi...*, p. 210.

<sup>81</sup> Cfr. João Conde Correia, *Contributo...*, p. 144, nota 318.

<sup>82</sup> Neste sentido cfr. Alessandro Malinverni, *Principi...*, p. 210.

<sup>83</sup> Cfr. José da Costa Pimenta, *Código de Processo Penal Anotado*, 2ª ed., Rei dos Livros, 1991, p. 377.

<sup>84</sup> Cfr. João Conde Correia, *ibidem*.

consubstanciou a violação de um direito fundamental por parte do Estado. E para evitar que o Estado se possa valer dos actos ilícitos que praticou, deve ser constitucionalmente insanável, a ponto de, em alguns casos, ser sancionada como proibição de prova ou prova nula. Portanto, ter-se-á que ir à raiz do Direito Fundamental que, supostamente, se está a violar.<sup>85</sup>

1. Segundo MALINVERNI a regra que prevê a tipicidade das nulidades decorre da exigência de realização dos direitos fundamentais, afectáveis em três categorias:

A primeira referente à liberdade pessoal, domiciliária e de correspondência<sup>86</sup>. A segunda respeitante às decisões judiciais e a terceira reportando-se aos direitos de defesa.<sup>87</sup>

2. O art.º 13º da *Costituzione della Repubblica Italiana* estabelece que as restrições à liberdade pessoal devem ser devidamente fundamentadas, nos casos e formas previstas na lei<sup>88</sup> e, por sua vez, o art.º 111º da mesma lei impõe a obrigação de fundamentação das decisões judiciais<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> Efectivamente a lei quando atribui um direito cria também o meio para o garantir. Por isso, o art.º 32º, n.º 8 do CPP qualifica as violações em causa, substantivas, como constituindo nulidades, mas sem sequer referir se são absolutas ou relativas, remetendo para a legislação ordinária o respectivo desenvolvimento. Porém, claramente maioritária é a tese de que a expressão “provas nulas” empregue pela Constituição não se circunscreve ao conceito jurídico-processual de nulidade. É, ao invés, do ponto de vista epistemológico aplicado no sentido sociológico ou empírico, *rectius* simbólico num sentido não técnico, algo que não tem a ver com os códigos processuais e com a ideia de arguição, sanabilidade ou não sanabilidade. A razão pela qual o legislador indica taxativamente algumas nulidades de prova na própria Constituição prende-se, principalmente, com a positivação de certos bens jurídicos que considerou fundamentais ao ordenamento jurídico e que não admitem, em caso algum, ser preteridos em função de qualquer razão ou fim, mormente de investigação criminal, tendo estabelecido uma norma que só encontra paralelo no n.º 6 do art.º 19 da CRP. O motivo pelo qual o legislador associou à violação dos limites impostos na recolha de prova a sanção jurídica da nulidade, fica a dever-se a um mínimo de protecção legal dos bens jurídicos elencados, permitindo, embora com limitada margem de liberdade, conformar o regime das proibições de prova.

<sup>86</sup> O direito à inviolabilidade de domicílio e o direito à inviolabilidade de correspondência encontram-se expressamente tutelados pelas disposições relativas às proibições de prova, por um lado nos termos dos arts. 32º, n.º 8 e 34º, n.º 4 da CRP e, por outro lado, pelos correspondentes dispositivos da lei processual ordinária, disciplina esta, que, sendo tributária de uma autonomia dogmática, transcende o regime das nulidades processuais conforme indicia o n.º 3 do art.º 118º, pelo que o problema da falta de disposição legal expressa ao nível da qualificação do vício, naquele domínio, não se põe. A esta problemática voltaremos.

<sup>87</sup> Cfr. Alessandro Malinverni, *Principi...*, p. 211.

<sup>88</sup> Art.º 13º della *Costituzione della Repubblica Italiana*: “La libertà personale è inviolabile.

Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.” Disponível em <http://www.camera.it/38?conoscerelacamera=28>

<sup>89</sup> Art.º 111 della *Costituzione della Repubblica Italiana*: “Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.” Disponível em <http://www.camera.it/38?conoscerelacamera=28>

Uma importação acrítica para o nosso direito, dos preceitos referidos, seria redundante. A obrigatoriedade de fundamentação das decisões jurisdicionais<sup>90</sup> decorre da Lei fundamental, nomeadamente do art.º 205º, n.º 1 da CRP, de acordo com o qual “as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei.” Porque o direito processual penal é direito constitucional aplicado “filiamos inequivocamente o dever de fundamentação das decisões jus-penais no núcleo essencial dos direitos fundamentais, mais precisamente dos chamados *direitos, liberdades e garantias*”<sup>91</sup>, constituindo uma garantia para efeitos de aplicação do art.º 18º, n.º 1 da CRP e, como tal, directamente aplicável<sup>92</sup>. Com efeito, qualquer privação ou restrição à liberdade *tout court* (ou como refere a Constituição italiana, liberdade pessoal), nos termos do art.º 27º, n.º 2 da CRP<sup>93</sup>, é *a fortiori* devidamente fundamentada por aplicação dos arts.º 205º, n.º 1, 27º, n.º 4<sup>94</sup> e 18º, n.º 2 da CRP, pois “é a própria Constituição que exige (...) a *fundamentação / motivação* das decisões jurisdicionais, *maxime*, das decisões penais – diga-o ou não o texto formalizado daquela”<sup>95 96</sup>, constituindo um verdadeiro factor de legitimação do poder jurisdicional<sup>97</sup>, contribuindo, desse modo, para a congruência entre o exercício desse poder e a base sobre a qual repousa, ou seja, o dever de dizer o direito no caso concreto: *ius dicere*.

---

<sup>90</sup> “I.e., não só as sentenças / acórdãos, mas todas as decisões que não constituam o exercício de um poder discricionário do órgão responsável pela fase procedimental em questão. Assim terão de ser motivadas sentenças, despachos que de modo directo ou indirecto afectem a posição processual ou as garantias dos sujeitos e auxiliares processuais, etc.” Cfr. Paulo Saragoça da Matta, A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Coimbra, 2004, p. 261.

<sup>91</sup> Cfr. Paulo Saragoça da Matta, A livre apreciação da prova..., p. 263.

<sup>92</sup> Neste sentido, Cfr. Rodrigo Santiago, Sobre o artigo 4.º do Código de Processo Penal, in Scientia Iuridica, Janeiro – Junho 1995 – Tomo XXIV – números 253/255, Universidade do Minho, p. 135.

<sup>93</sup> Art.º 27º, n.º 2 CRP – “Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.”

<sup>94</sup> Art.º 27º, n.º 4 CRP – “Toda a pessoa privada da liberdade deve ser informada imediatamente e de forma compreensível das razões da sua prisão ou detenção e dos seus direitos.”

<sup>95</sup> Cfr. Paulo Saragoça da Matta, A livre apreciação da prova..., p. 263.

<sup>96</sup> Com a revisão constitucional de 1997, o Tribunal Constitucional, reportando-se à evolução do dever de fundamentação nos termos em que “ a alteração inculca, manifestamente, uma menor margem de liberdade legislativa na conformação concreta do dever de fundamentação” (Ac. TC n.º 680/98), não significa, como referem Rui Medeiros e Tiago Maceirinha, “que não seja possível extrair da Constituição um conteúdo constitucional mínimo do dever de fundamentação” (Cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, tomo III, Coimbra Editora, 2007, p.71), garantia integrante do próprio conceito de Estado de Direito Democrático (art.º 2º da CRP).

<sup>97</sup> Neste sentido, cfr. Germano Marques da Silva, A fundamentação das decisões judiciais. A questão da legitimidade democrática dos juízes: uma análise na perspectiva do processo penal, in DJ, X, 1996-2, p. 28.

Como refere BENTHAM “good decisions are such decisions for which good reasons can be given.”<sup>98</sup>

Por outro lado, “tendo em conta a relevância axiológica do dever de motivação das decisões, sobretudo onde se prevê a influência do papel do «sujeito legitimado» na conformação do objecto, bem parece ser de reapreciar o regime de sanção processual para o vício resultante da sua violação.”<sup>99</sup>

Na sequência do texto dos art.º 205º, n.º 1 da CRP, beneficiando o legislador ordinário de uma margem de conformação<sup>100</sup> a lei adjectiva reafirma essa exigência relativamente às decisões finais, designadamente sentenças e acórdãos (art.º 374º, n.º 2 do CPP), no que respeita à fundamentação como requisito essencial na apreciação da prova produzida em audiência (art.º 365º, n.º 3 do CPP), na escolha e determinação da medida da sanção a aplicar ao arguido (art.º 375º, n.º 1 do CPP) e actos decisórios<sup>101</sup> (art.º 97.º, n.º 5 do CPP). No caso das decisões finais, sentença ou acórdão, a sanção de nulidade é expressamente prevista pela lei processual, dado que a exigência de fundamentação é maior nestes casos, mas todos os outros em que o dever de fundamentação não seja explicitamente exigido pela lei processual penal, sob pena de nulidade, a determinação da irregularidade encontra a sua fonte na inderrogabilidade do respectivo preceito constitucional.<sup>102</sup>

Afirma LABORINHO LÚCIO que “no CPP português, ter-se-á optado bem na previsão da falta de fundamentação na sentença, ferindo-a de nulidade [artigo 379.º, n.º1, alínea a)]. Já não assim, quanto a nós, no que respeita à quebra do dever geral de motivar, consagrada no n.º 4 do artigo 97.º (actual n.º 5), que vai ser remetida para o plano da simples irregularidade (artigos 118.º e 123.º), permitindo-se, assim, criar um

---

<sup>98</sup> Cfr. Jeremy Bentham, *An Introduction of the Rationale of Evidence*, New York, vol. VI, 1962, p. 357.

<sup>99</sup> Cfr. Álvaro Laborinho Lúcio, *Subjectividade e Motivação no novo Processo Penal Português*, *RPCC*, Ano I, fasc. 2, Abril-Junho 1991, Aequitas e Editorial Notícias, p. 219.

<sup>100</sup> De acordo com o acórdão do TC n.º 680/98 “é certo que a Constituição não determina, ela própria, o alcance do dever de fundamentar as decisões judiciais, remetendo para a lei a definição do respectivo âmbito. Certo é também, igualmente, que o legislador, ao concretizar a liberdade de conformação que a Constituição lhe confere, não a pode reduzir de tal forma que, na prática, venha a inutilizar o princípio da fundamentação.” Nesse sentido, conforme se refere no acórdão do TC n.º 310/94 “ficou devolvido ao legislador, em último termo, o seu preenchimento, isto é a delimitação do seu âmbito de extensão. Com efeito, o legislador constituinte consagrou o dever de fundamentação das decisões judiciais – fê-lo na revisão constitucional de 1982 -, em termos prudentes, evitando correr o risco de estabelecer uma exigência de fundamentação demasiado extensa e, por isso, inapropriada e excessiva. Daí o ter-se limitado a consagrar o aludido princípio em termos genéricos, deixando a sua concretização ao legislador ordinário.”

<sup>101</sup> Tais como diligências de prova v.g. buscas, apreensões, escutas, que pressupõem um despacho de autorização ou validação emitido por autoridade judiciária que deve ser fundamentado de facto e de direito.

<sup>102</sup> Neste sentido, cfr. Alessandro Malinverni, *Principi...*, p. 211.

desequilíbrio entre o desvalor da violação e o significado da sua qualificação processual, para mais tendo em conta que, logo que imposto por lei ordinária o dever de fundamentar, o seu não acatamento projecta o vício contra o plano dos valores constitucionalmente consagrados, nos termos do artigo 208.º, n.º 1 (actual art.º 205º, n.º 1) da Constituição da República.”<sup>103</sup> Com efeito, se a obrigatoriedade de fundamentação de acto decisório prevista no art.º 97, n.º 5 do CPP decorre do art.º 205.º da CRP, de *iure condendo* a omissão da respectiva fundamentação, consubstancia uma invalidade constitucional<sup>104</sup>, pois “tem claro assento neste berço constitucional, seja como decorrência de um processo penal com todas as garantias de defesa, seja como sanção para a violação de princípios constitucionais, com interesse no processo penal. Um código que reduzisse todos os vícios processuais a meras irregularidades ou que não tivesse qualquer outro meio de defesa contra *errores in procedendo* seria, por certo, inconstitucional.”<sup>105</sup> A justificação desta invalidade constitucional pode ser sustentada no primado da liberdade individual (cuja restrição tem de encarnar o princípio da proporcionalidade) face ao poder investigatório do detentor da acção penal em que assenta a estrutura do processo penal<sup>106</sup>, ou seja, a obrigatoriedade de fundamentação dos actos decisórios como manifestação do princípio da liberdade “poderá ser vista como uma consequência imediata e inevitável do processo de estrutura acusatória que tem como primado a defesa dos direitos do arguido face aos poderes do *ius puniendi*, que, pela sua simbologia, ao iniciar-se o inquérito criminal, coarctada toda e qualquer liberdade de acção física e moral.”<sup>107</sup>

Relativamente à omissão da fundamentação da sentença a questão não se trata tanto de saber se se está perante uma nulidade (constitucional), na justa medida em que a lei a

---

<sup>103</sup> Cfr. Álvaro Laborinho Lúcio, *Subjectividade e Motivação...*, p. 219.

<sup>104</sup> Sustentando tratar-se de uma irregularidade cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código do Processo Penal, à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed., UCP, 2009, p. 267; Germano Marques da Silva, *Curso...*, vol. II, pp. 77 e 79. No sentido de se tratar de nulidade cfr. José António Barreiros, acta n.º 6, de 9.4.1991, *in actas CPP / Figueiredo Dias*. Importa realçar que nem todas as invalidades terão que ser de conhecimento officioso, pois se os sujeitos interessados entendem que a irregularidade não põe em causa os seus direitos, na medida em que se trata de um direito disponível, não deve o legislador ser mais papista que o papa. A economia e celeridade processuais também são valores constitucionais, nos termos dos arts.º 20º, n.º 4 e 32º, n.º 2 da CRP.

<sup>105</sup> Cfr. João Conde Correia, *Contributo...*, p. 104.

<sup>106</sup> Neste sentido, cfr. Manuel Monteiro Guedes Valente, *Processo Penal*, tomo I, 3ª ed., Almedina, 2010, p. 263.

<sup>107</sup> Cfr. Manuel Monteiro Guedes Valente, *Processo Penal...*, p. 267.

determina mas qual a sua caracterização e respectivo regime. Entre a doutrina e jurisprudência coexistem respostas variadas<sup>108</sup>.

O regime da nulidade previsto no art.º 379º, n.º 1 do CPP é atípico, ou seja, apresenta características de nulidade sanável e insanável, ou dito de outro modo, comporta traços de ambas as nulidades, isto é, não se trata de uma nulidade sanável e insanável puras mas sim de uma nulidade mista.

*Prima facie*, o art.º 379º, n.º 1º conjugado de acordo com as regras decorrentes dos arts.º 118º e 119º do CPP, indica tratar-se de uma nulidade sanável.<sup>109</sup> Porém, nos termos do art.º 379º, n.º 2 do CPP estabelece-se expressamente que as nulidades da sentença devem ser arguidas ou conhecidas em recurso. Se a nulidade não for invocada *sibi imputet*<sup>110</sup>, ainda assim o tribunal *ad quem* pode declarar a respectiva nulidade como resulta daquele preceito legal<sup>111</sup>. No fundo é uma segurança dado tratar-se de um

---

<sup>108</sup> No sentido de se tratar de uma nulidade sanável, cfr. Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal, vol. III, 3ª, Editorial Verbo, 2009, p. 298; Manuel Lopes Maia Gonçalves, Código de Processo Penal, anotado e comentado, 16ª ed., Almedina, 2007, pp. 800 e 801; Simas Santos e Leal-Henriques, Código de Processo Penal Anotado, vol. II, 2ª ed., Editora Rei dos Livros, 2004, p. 576; Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário..., p. 961; Magistrados do Ministério Público, comentários e notas práticas, Coimbra Editora, 2009, p. 962; acs. TRP de 23-05-2012, proc. 174/07.OPCCBR.C1; de 3-10-2007, proc. n.º 0713447; TRG de 6-01-2003, proc. n.º 906/02-2.ª. Defendendo tratar-se de uma nulidade insanável, cfr. acs. TRE de 13-03-2007, proc. n.º 2453/06-1; TRG de 27-01-2003, proc. n.º 1350/02-2.ª; TRG de 26-01-2004, proc. n.º 1768/03-2.ª, com voto de vencido da desembargadora Nazaré Saraiva tendo, posteriormente, no ac. TRG de 27-11-2006, proc. n.º 1176/06-2.ª, passado a defender a oficiosidade da nulidade da sentença. A jurisprudência do Supremo, no sentido das nulidades do presente normativo serem de conhecimento oficioso é consolidada, ou seja, como se extrai das palavras do ac. STJ de 18-10-2006, proc. n.º 3045/06-3.ª, “é entendimento uniforme deste Supremo Tribunal de Justiça o de que, o vício de nulidade de sentença por omissão de pronúncia é de conhecimento oficioso pelo Tribunal de recurso.” Neste sentido, cfr. Acs. STJ de 22-3-2001, proc. n.º 353/01-5.ª; de 18-11-2004, proc. n.º 3272/04-5.ª; 19-01-2005, proc. n.º 4000/04-3.ª; de 21-12-2005, proc. n.º 4642/03-3.ª; de 4-01-2006, proc. n.º 3801/05-3.ª; 12-10-2006, proc. n.º 2673/06-5.ª, 18-10-2006, proc. n.º 3045/06-3.ª; 14-03-2007, proc. n.º 617/07-3.ª; de 15-03-2007, proc. n.º 661/07-5.ª; de 27-05-2009, proc. n.º 1511/05.7PBFAR.S1.

<sup>109</sup> Neste sentido, estabelece o ac. TRP de 3-10-2007, proc. n.º 0713447 que “como se vê do art. 119º, nulidades de conhecimento oficioso ou insanáveis são apenas as que aí estão expressamente previstas e aquelas que como tal forem classificadas em outras disposições legais. E o art. 379º não classifica de insanável a nulidade em questão.”

<sup>110</sup> Não deixa, assim, de se notar um aspecto da nulidade sanável, sendo na motivação de recurso o momento adequado para o recorrente a invocar.

<sup>111</sup> Como se refere no seguinte trecho do ac. TRE de 13-03-2007, proc. n.º 2453/06-1, “Ao alterar a redacção do n.º2 do art. 379º, a Lei 58/98 de 25 de Agosto terá pretendido deixar claro o entendimento do legislador em duas matérias que tinham dividido a jurisprudência: a possibilidade de arguição da nulidade de sentença na motivação de recurso (tal como entendera o Acórdão do STJ para Fixação de Jurisprudência n.º 1/94, de 2.12.93, DR I-A de 11.02.94) e o conhecimento oficioso da nulidade, ou seja, o seu conhecimento em recurso mesmo que não arguida (pois só assim constitui uma verdadeira alternativa - *arguidas ou conhecidas em recurso*), contrariamente ao entendimento que obteve vencimento no Acórdão do STJ para Fixação de Jurisprudência de 6 de Maio de 1992, DR I-A de 6.8.92, o qual caducou por efeito da referida Lei 58/98.” E “mesmo que o recurso deva subir para apreciação de outros fundamentos, o conhecimento obrigatório do vício pelo tribunal recorrido sempre evita a baixa do processo com vista à sua reparação para logo voltar a subir para que o tribunal de recurso conheça então das restantes questões. A perda de tempo que este movimento do processo entre instâncias representa é significativamente aumentada sempre que problemas de secretaria levam a que o processo fique retido num dos tribunais mais tempo do que o normalmente necessário e que, frequentemente, se revela superior

vício de conhecimento officioso<sup>112</sup>. Todavia, especial destaque merece a posição defendida por RODRIGO SANTIAGO na exacta medida em que perante “a violação de um dispositivo legal que constitua a precipitação, ao nível do direito legislado, de um comando constitucional directamente aplicável – como se me afigura ser o caso do artigo 209.º da Constituição (actual art.º 205º, n.º 1 da CRP), atinente ao dever de fundamentação das decisões judiciais, quando lido à luz do disposto no n.º 2 do artigo 374.º do C.P. Penal – não pode configurar, nunca, uma mera nulidade sanável, contrariamente ao que vem defendendo a própria jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Penso que o disposto no artigo 126º do Código de Processo Penal, relativo aos *métodos proibidos de prova* constitui clara emanção desta ideia, pois o referido normativo não se limita a declarar nulas as provas obtidas mediante tortura, coação ou ofensa da integridade física ou moral das pessoas, assim dando concretização ao disposto no n.º 1 do artigo 26.º da Constituição – dizendo, mais, serem elas **inutilizáveis.**”<sup>113</sup>

Não obstante a bondade da tese do autor a mesma precisa de ser clarificada.

Note-se, desde logo, que a aplicação do art.º 126º do CPP em nada tem que ver com a questão suscitada, já que tem um âmbito muito limitado, designadamente os meios de obtenção de prova.

O vício das proibições de prova não consubstancia uma nulidade<sup>114</sup>, acarretando antes a sua inutilizabilidade<sup>115</sup>, ou seja, a impossibilidade de o acto viciado ser utilizado

---

ao tempo despendido com as decisões respetivas.” Cfr. Mudar a Justiça Penal, Linhas de Reforma do Processo Penal Português, coord. António João Latas, Almedina, 2012, p. 121.

<sup>112</sup> Podemos asseverar que a diferença e a vantagem para o recorrente que invoca a nulidade relativamente aquele que não a invoca é o facto de, no primeiro caso, o tribunal *ad quem* ser obrigado a pronunciar-se sobre a nulidade, sob pena de o acórdão ser nulo nos termos do art.º 379º, n.º 1 *ex vi* art.º 425º, n.º 4 do CPP, enquanto que no segundo caso o tribunal de recurso, para o qual se recorre, pode conhecer *ex officio* da nulidade, mas se dela não conhecer o acórdão não é nulo, justamente por não ter sido objecto de recurso.

<sup>113</sup> Cfr. Rodrigo Santiago, Sobre o artigo 4.º do Código de Processo Penal..., p. 135.

<sup>114</sup> Como afirma João Correia “o termo nulidade, utilizado no art. 32, n.º 8, da CRP tem (...) um sentido simbólico, não técnico e que apenas quer dizer que tais provas jamais podem ser utilizadas.” Cfr. João Conde Correia, A distinção..., p. 188, nota 24; no mesmo sentido, João Conde Correia, Contributo..., p. 159, nota 362; José Souto de Moura, Inexistência..., p. 125; André Lamas Leite, As Escutas Telefónicas – Algumas Reflexões em Redor do seu Regime e das Consequências Processuais Derivadas da Respectiva Violação, *in* RFDUP, 2004, p. 49.

<sup>115</sup> Refere Paolo Tonini que “a inutilizabilidade é um tipo de invalidade que tem a característica de atingir não o acto em si mas o seu valor probatório. O acto pode ser válido do ponto de vista formal (por exemplo, não é eivado de nulidade), mas é atingido em seu aspecto substancial, pois a inutilizabilidade o impede de produzir o seu efeito principal, qual seja servir de fundamento para a decisão do juiz.” Cfr. Paolo Tonini, A Prova no Processo Penal Italiano, tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 76.

como fundamento de uma decisão do juiz.<sup>116</sup> Equivale isso a dizer que a proibição de prova pode, ao invés, levar à invalidade do correspondente acto, ou seja, a violação de qualquer proibição de valoração de prova determina a invalidade do acto e, eventualmente, dos seus termos subsequentes<sup>117</sup>. Significa que o efeito típico atribuído à nulidade do acto é a invalidade do mesmo, enquanto que a nulidade de prova redonda na proibição de utilização dos elementos recolhidos pelo acto proibido<sup>118</sup>. Com efeito, se o juiz condena o arguido com base em prova que é inidônea, por exemplo, escutas telefónicas declaradas inválidas, a sentença é, desde logo, nula por vício na fundamentação, porque a prova é proibida, isto é, nos termos do art.º 125º do CPP não é admissível. O vício é da sentença ter-se apoiado em prova que nem é idónea para fundamentar a decisão nem para demonstrar a verdade dos factos. Por um lado, a inobservância da exigência legal do respectivo acto processual, quer relativo à forma quer relativo ao *iter* processual para ele prescrito, dá origem a uma ilegalidade resultante da exigência constitucional, ilegalidade do acto essa que é processualmente tratada pelo art.º 379º do CPP, que estabelece uma nulidade (constitucional por corporizar a violação de um preceito constitucional, nomeadamente o art.º 205.º n.º 1 da CRP). Em rigor não precisava, sequer, de ser assim, pois a sentença sempre seria ilegal em razão do vício de lei. Por outro lado, o acto configurador de violação da própria Constituição conduzirá à proibição de valoração das provas adquiridas, não podendo as mesmas serem utilizadas. Assim, “parece acertado sustentar que, quando considerada para efeitos de fundamentar uma decisão no processo, a prova não é tomada enquanto um acto processual que funciona como *pressuposto da prática* de outro acto, cuja validade pode, por isso, afectar. A prova é tomada como elemento de formação da convicção do decisor e situa-se num plano estruturalmente distinto do acto processual decisório que a valora: é *pressuposto do conteúdo* do acto, ou seja, do sentido da decisão. O acto que valora prova proibida considera para efeitos de tomar uma decisão de mérito um elemento que estava legalmente impedido de considerar. Mais do que o desrespeito de formalidades, o que está em causa é a circunstância de a convicção do autor do acto, porque assente em provas proibidas por lei, não se ter formado validamente.”<sup>119</sup>

---

<sup>116</sup> Neste sentido, cfr. Paolo Tonini, *A Prova...*, p. 76.

<sup>117</sup> Neste sentido, cfr. Paulo de Sousa Mendes, *As proibições de Prova no Processo Penal...*, p. 145.

<sup>118</sup> Assim, cfr. Maria de Fátima Mata-Mouros, *Juiz das Liberdades...*, p. 297.

<sup>119</sup> Cfr. Luís Bértolo Rosa, *Consequências Processuais das Proibições de Prova...*, pp. 244 e 245.

3. No contexto de um quadro jurídico-constitucional “il gruppo più tormentato di norme riguarda i diritti della difesa.”<sup>120</sup> Sendo o princípio do contraditório um dos princípios estruturantes do processo penal de estrutura acusatória, assegurando a participação constitutiva dos sujeitos processuais, assume-se fundamentalmente como garantia para o arguido<sup>121</sup>.

O preceituado no artigo 32º, n.º 5 da CRP estabelece que “o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.”

De harmonia com o que prescreve aquele comando constitucional assume-se que o contraditório pode comportar restrições decorrentes da legislação ordinária, mormente nas fases de inquérito e instrução. Por um lado, o artigo 32º, n.º 5 da CRP postula que o princípio do contraditório vigora no inquérito e na instrução nos termos definidos pelo legislador ordinário e, nesse sentido, permite-lhe fazer compressões tendo em conta as finalidades da investigação<sup>122</sup>. Por outro lado, prescreve que quanto à audiência de julgamento o contraditório vigora sem restrições, ou seja, não remete para o legislador ordinário a respectiva conformação<sup>123</sup>. Significa que o legislador assume que a projecção à amplitude máxima do contraditório é manifesta em sede de audiência de julgamento<sup>124</sup>.

Em concretização do artigo 32º, n.º 5 da CRP, o artigo 327º do CPP, que tem por epígrafe contraditoriedade, define o conteúdo do princípio do contraditório em sede de audiência de julgamento. Nos termos do art.º 327º, n.º 1 do CPP vem previsto o

---

<sup>120</sup> Cfr. Alessandro Malinverni, *Principi...*, p. 212.

<sup>121</sup> Cumpre referir que em virtude de a LC n.º 1/97 ter aditado o n.º 7 ao art.º 32º da CRP, conferindo, assim, legitimação constitucional ao direito do ofendido intervir no processo, aquele preceito deixou de ser exclusivamente protector do arguido, passando a ser protector dos interesses dos sujeitos processuais. Assim, o contraditório não é um instrumento exclusivo dos direitos de defesa, pois começa por ser um instrumento que visa assegurar a participação dos sujeitos processuais no próprio processo (v.g. entrega de documento em audiência de julgamento quando não tenha sido possível tê-lo junto no decurso do inquérito ou instrução – art.º 165º, n.º 2 do CPP), sendo posteriormente um instrumento de lealdade que se aplica tanto ao arguido como à tutela do ofendido e Ministério Público e, em última análise, quando surgem conflitos é um mecanismo de protecção do arguido. Como refere Paulo Mesquita o “contraditório exige lealdade e tutela da confiança numa estrutura comunicacional triangular, em que a dinâmica do juízo é marcada pela estratégia dos polos contrapostos.” Cfr. 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. 343.

<sup>122</sup> Art.º 262º, n.º 1 do CPP e art.º 1 da Lei n.º 49/2008 de 27 de Agosto.

<sup>123</sup> “E é por isso que a Constituição ela própria implica que a audiência de julgamento tem de ser contraditória, e portanto, independentemente do que o Código disser, não só porque é a Constituição, mas também não se esqueçam que estamos em sede de direitos, liberdades e garantias e portanto tem eficácia e aplicação imediata.” Cfr. Teresa Pizarro Beleza, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, AAFDL, 1992, p. 79.

<sup>124</sup> E se o contraditório é assumido na sua projecção máxima em sede de audiência de julgamento, também terá que estar, efectivamente, presente sem qualquer restrição na fase de recursos.

contraditório em termos genéricos, isto é, qualquer decisão relativa a questão incidental sobrevinda no decurso da audiência só pode ser tomada desde que observado o contraditório. Porém, de maior significado do que o n.º 1 do referido comando, o n.º 2 do art.º 327º do CPP, consagra autonomamente o contraditório da prova, de acordo com o qual nenhuma prova pode ser valorada sem que o contraditório seja observado<sup>125</sup>. Aqui reside o contraditório.

O artigo 327º do CPP consagra e concretiza o princípio do contraditório em sede de audiência de julgamento mas não refere, à semelhança do que prevê o art.º343º, n.º 4 do CPP, que a sua violação implica a nulidade em termos gerais.

*Quid juris* se uma questão incidental ou prova produzida ou valorada em sede de audiência de julgamento sem ter sido facultado o contraditório aos sujeitos processuais?

A resposta não é tão imediata e linear como à primeira vista possa fazer parecer, pois o regime de sanção processual para o vício resultante da violação do contraditório, nesta fase processual, exige uma reflexão mais ponderada, já que estamos perante um princípio metodológico e estruturante do Estado de Direito Democrático (art.º 2º da CRP).

De acordo com alguma doutrina<sup>126</sup> a decisão das questões incidentais e contraditoriais da prova (art.º 327º, n.ºs 1 e 2 do CPP), sem audição contraditória prévia dos sujeitos processuais, gera irregularidade da decisão nos termos do art.º 123º do CPP, ou em alguns casos nulidade relativa. Sendo um remédio demasiado fácil, comportando, como já se deixa antever, uma restrição inadmissível do contraditório, é *mister* que a base argumentativa não radique apenas e tão só no princípio da tipicidade das nulidades, de acordo com o qual só há nulidade quando a lei expressamente a preveja. Fazendo apelo ao conceito material de lei processual penal<sup>127</sup> importa ter presente que “na falta de disposição legal expressa, a taxatividade das nulidades não impede a destruição de um acto que atente contra a Constituição.”<sup>128</sup> É preciso, pois, procurar o fundamento

---

<sup>125</sup> Não obstante, existem normas dispersas no código onde o contraditório é consagrado em concreto v.g. arts. 61º, n.º1 al. a) a c) e g); 82º- A, n.º 2; 139º, n.º 3; 165º, n.º 2; 289º, n.º 1; 321º, n.º 3; 323º, al. f); 343º, n.º 4 e 345º, n.º 4 do CPP.

<sup>126</sup> Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário..., p. 823, que relativamente à gravidade dos vícios subjacentes aos n.ºs 1 e 2 do art.º 327º do CPP procede a uma distinção entre aquelas duas normas no que respeita à sua consequência processual, sendo certo, porém, que não influi para a adopção da nossa tese; Manuel Lopes Maia Gonçalves, Código de Processo Penal, Anotado e Comentado, 11ª ed., Almedina, 1999, p. 600; José da Costa Pimenta, Introdução ao Processo Penal, Almedina, Coimbra, 1989, p. 158, embora estes dois últimos autores não façam qualquer tipo de distinção relativamente à consequência processual da violação dos n.ºs 1 e 2 do art.º 327 do CPP.

<sup>127</sup> *Supra* pp. 17 e 18.

<sup>128</sup> Cfr. João Conde Correia, A distinção..., p. 194, nota 35.

jurídico que subjaz às normas relativas ao contraditório, conferindo-lhe juridicidade<sup>129</sup> de acordo com um argumento racional. Em rigor, os arts.º 32º, n.º 5 da CRP, 327º e 118º do CPP são apenas uma forma de explicar a sustentação daquela posição, já que a lei em si mesmo não é um argumento mas tão só um instrumento no qual se baseia aquela tese. Por isso, numa vertente de apologia individual de defesa do direito processual penal procederemos a um exercício de interpretação daquelas regras em homenagem ao contraditório, de modo a que se estabeleça uma condição de equivalência relativamente à importância do vício que lhe dá causa.

Sendo o contraditório um valor permanente do processo de estrutura acusatória, a correspondente inobservância deste princípio afecta de forma indelével o processo. No entanto, repare-se que a pretensão de objectividade<sup>130</sup> ao contraditório é um paradoxo brutal, pois o que este princípio requer é subjectividade. Trata-se de um princípio por natureza subjectivo, isto é, tem que ver com a informação veiculada aos sujeitos processuais. Destarte, o que ocorre pelas regras do julgamento, estando os sujeitos processuais presentes, por natureza é facultado<sup>131</sup>. Desse modo, dir-se-á que estando presentes se não reagem a eventuais irregularidades do procedimento *sibi imputet*. Nessa medida, a oportunidade para o exercício do contraditório, a maior parte das vezes, é uma oportunidade empírica, isto é, estava lá e soube e considerou que os seus direitos não eram afectados.

Por outro lado, o que sucede relativamente à preterição do contraditório é o facto de haver decisões processuais que têm efeito na prova, não serem proferidas em audiência de julgamento, mas proferidas num hiato, que por vezes é longuíssimo, entre o despacho previsto no art.º 311º do CPP e a audiência de julgamento propriamente dita, ocorrendo até entre sessões de julgamento e, portanto, não num quadro em que se encontra perspectivado o julgamento em contemporânea intersubjectividade, isto é, todos os interessados no mesmo espaço ao mesmo tempo. Com efeito, estando todos os

---

<sup>129</sup> A juridicidade da lei deve ser aferida pela sua conformidade com as regras de Direito e a sua possibilidade de Justiça, assim como na capacidade do Jurista, através da *auctoritas*, resolver problemas que sejam aceites pela comunidade, ou seja, em que as “partes” se revêem e onde a noção de Justiça da comunidade possa ser vivenciada na solução que encontraram. Assim, a juridicidade da norma do art.º 327º, n.º 2 do CPP de acordo com a qual os meios de prova apresentados no decurso da audiência estão imperiosamente submetidos ao princípio do contraditório, deve ser interpretada em conformidade com o art.º 32º, n.º 5 da CRP, observando-se, assim, a regra de Direito.

<sup>130</sup> Acerca das duas faces do contraditório cfr. Paolo Tonini, *A Prova...*, pp. 26 a 31 e 210 a 220.

<sup>131</sup> O nosso CPP quis importar no que à fase de julgamento concerne, não relativamente às fases anteriores, um julgamento mais dialético, diríamos mesmo, à imagem do sistema anglo-americano.

interessados no mesmo espaço e ao mesmo tempo, em princípio, ficará assegurado o contraditório, em parte, devido à própria dinâmica do processo.

Efectivamente, não se pode conceber uma ideia formalista de que assegurar o contraditório passe por pedir aos sujeitos processuais que se pronunciem, pois já não depende de factores objectivos, isto é, o conformismo dos sujeitos processuais é reflexo da aceitação do acto por parte do juiz. Assim, o contraditório é algo que decorre da autonomia individual traduzido num *facere* ou *non facere*, *rectius* comporta sempre um elemento subjectivo de acção efectiva. Portanto, a pretensão de um contraditório enquanto figura objectiva tem esse lado paradoxal. Porém, para que se possa exercer o contraditório é necessária informação<sup>132</sup>, sob pena de através de uma actuação inesperada o exercício daquele direito poder ser (in)constitucionalmente obliterado.

Assim, exemplificando, o contraditório na assunção da prova passa nas provas pré-constituídas pela inquirição de testemunha. Se o juiz no uso da prerrogativa prevista no art.º 323º, al. b) do CPP ordenar a inquirição de testemunha por entender ser vital para a descoberta da verdade e os sujeitos processuais, seja o Ministério Público, seja a defesa ou ambos, nesse momento, asseverarem não estarem preparados para tal situação, até porque se tratando de uma testemunha introduzida pelo tribunal será em primeira linha inquirida por este<sup>133</sup>, *quid juris?* Não se encontrando os sujeitos processuais

---

<sup>132</sup> Nesse sentido, o Tribunal Constitucional no Ac. TC n.º 416/2003 entendeu e bem “julgar inconstitucional, por violação dos artigos 28.º, n.º 1, e 32.º, n.º 1 da CRP, a norma do n.º 4 do artigo 141.º do Código de Processo Penal, interpretada no sentido de que, no decurso do interrogatório de arguido detido, a *exposição dos factos que lhe são imputados* pode consistir na formulação de perguntas gerais e abstractas, sem concretização das circunstâncias de tempo, modo e lugar em que ocorreram os factos que integram a prática desses crimes, nem comunicação ao arguido dos elementos de prova que sustentam aquelas imputações e na ausência da apreciação em concreto da existência de inconveniente grave naquela concretização e na comunicação dos específicos elementos probatórios em causa.” Na mesma linha, no Ac. TC n.º 607/2003 decidiu “julgar inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 28º, n.º 1, e 32º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, a norma extraída da conjugação dos artigos 141º, n.º 4, e 194º, n.º 3, ambos do Código de Processo Penal, segundo a qual, no decurso de interrogatório de arguido detido, a exposição dos factos que lhe são imputados e dos motivos da detenção se basta com a indicação genérica ao arguido das infracções penais de que é acusado, da identidade das vítimas como alunos, à data, da B., e outras pessoas, mas todas elas menores de 16 anos, estando o tribunal dispensado, por inutilidade, de proceder a maior pormenorização além da que resulta da indicação feita em tais termos, quando o arguido, confrontado com ela, tome a posição de negar globalmente os factos, e na ausência da apreciação em concreto da existência de inconveniente grave naquela concretização.” Por outro lado, não existe obrigatoriedade de no decurso do inquérito proceder a um interrogatório do arguido relativamente a todos os factos que posteriormente forem carreados para o despacho de acusação, já que não é obrigatória a realização de interrogatórios complementares. Com efeito, o Ac. TC n.º 72/2012 entendeu “não julgar inconstitucionais as normas constantes dos artigos 272.º, n.º 1, 120.º, n.º 2, alínea d), 141.º, n.º 4, alínea c) e 144.º, todos do Código de Processo Penal, quando interpretadas no sentido de que não constitui nulidade, por insuficiência de inquérito, o não confronto do arguido, em interrogatório, com todos os factos concretos que venham a ser inseridos na acusação contra ele deduzida.”

<sup>133</sup> Dir-se-á que não há propriamente contra-inquirição em sentido correcto, que não é verdadeiramente contra-inquirição, mas existe o direito de inquirição suplementar que em alguns aspectos pode traduzir-se

devidamente preparados para tal situação que resulta de um acto surpresa, se lhes for negado prazo e informação completa porque é que o tribunal entende tratar-se aquela testemunha essencial para a descoberta da verdade, o despacho é tautológico, *id est*, refere apenas que é importante para a descoberta da verdade mas isso não se traduz em nada. Com efeito, esta reacção processualmente legítima exige uma resposta judicial e não sendo dada é violado o ritual destinado a regular um conjunto de actos na assunção da prova, afectando o contraditório. Assim, nas palavras de RODRIGO SANTIAGO “configuram ainda nulidades insanáveis, para além das situações referidas no art. 119.º do C. P. Penal, todos os actos e omissões que corporizem a violação de um preceito constitucional directamente aplicável (...).”<sup>134</sup> Contudo, não vamos ao ponto de asseverar que “a não se considerarem assim as coisas, teria o legislador ordinário as portas da subversão do travejamento constitucional incontrolavelmente escancaradas”<sup>135</sup>, pois tal visão é demasiado fundamentalista. Sendo violado o contraditório há, efectivamente, uma ilegalidade da decisão, acabando, tal asserção, por cair no vácuo jurídico.

**3.1.** Sem embargo das cambiantes epistémicas que serão, de seguida, chamadas à colação, “destacam-se os problemas políticos da lesão do direito de defesa:

Uma potencial fonte de prova que pode calar-se ou que prestando declarações pode escusar-se a responder a questões, obstando não só ao contraditório da acusação como do(s) co-arguido(s).”<sup>136</sup>

Se atentarmos no art.º 345º, n.º 4 do CPP, não podem ser utilizadas contra o arguido as declarações utilizadas por outro co-arguido se aquele, no exercício do seu direito ao silêncio, se recusar a responder.<sup>137</sup> Consagra-se aqui, *brevitatis causa*, a violação do contraditório como um vício maior.

---

em contra-inquirição, ou seja, a razão de ser básica em termos operativos de uma contra-inquirição é pôr em causa a credibilidade da testemunha.

<sup>134</sup> Cfr. Rodrigo Santiago, Sobre o artigo 4.º do Código de Processo Penal..., p. 136.

<sup>135</sup> Cfr. Rodrigo Santiago, *ibidem*.

<sup>136</sup> Cfr. Paulo Dá Mesquita, A prova do crime..., p. 591, nota 253.

<sup>137</sup> “O enfoque na dimensão política nesta sede, direito ao contraditório na produção de prova das fontes pessoais de prova da acusação, no caso do direito português foi fundamentalmente marcado pela peculiar proibição de inferências gerada não pelo que o arguido diz mas pelo seu silêncio face a perguntas, determinante de uma proibição de prova relativamente ao depoimento de uma fonte de prova em julgamento, sem paralelo nos sistemas adversariais e inquisitórios que tendem a uma valorização global dos depoimentos (do que se diz e do que é silenciado ou se recusa dizer, com algum reflexo na peculiar regra portuguesa). Cfr. Paulo Dá Mesquita, A prova do crime..., pp. 591 e 592, nota 253.

Não obstante os contributos que a doutrina<sup>138</sup> tem dado e a jurisprudência<sup>139</sup> tem acolhido em matéria de depoimento do co-arguido, entendemos que em virtude da força jurídica das normas constitucionais relativas a direitos, liberdades e garantias, cumpre estruturar qual a consequência processual da violação do contraditório. Trata-se de verificar se o facto constitutivo do vício relativo ao *modus procedendi*, nomeadamente por inobservância do disposto no n.º 2 do art.º 327º do CPP, concretizado pelo art.º 345º, n.º 4 do CPP, consubstancia uma irregularidade ou nulidade do procedimento tendente à obtenção de prova. Trata-se no fundo de extrair o efeito da “preterição das formalidades previstas para a produção e valoração de uma determinada prova”<sup>140</sup>, *in casu* as declarações do co-arguido.

A norma do n.º 4 do art.º 345º do CPP vem justamente concretizar o contraditório que se encontra consagrado em termos genéricos no art.º 327º do CPP.

A concretização daquele princípio impõe, no plano epistémico, a resposta à seguinte pergunta:

É processualmente válido o depoimento do arguido que incrimina os restantes co-arguidos? Doutro modo, a interdição do testemunho impõe ao julgador a desconsideração parcelar de conhecimento dessa forma adquirido, não o levando aos fundamentos da decisão? Numa palavra, qual o seu valor probatório?

**3.2.** Depois da defesa pioneira por RODRIGO SANTIAGO da tese de que as declarações dos co-arguidos não “podem ser validamente assumidas como meio de prova, por banda de um ou mais dele, relativamente ao outro ou outros”<sup>141 142</sup> a

---

<sup>138</sup> Cfr. Paulo Dá Mesquita, *A prova do crime...*, pp. 553 e ss. e em especial 589 a 596; Teresa Pizarro Belezza, *Tão amigos que nós eramos: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal Português*, *RMP*, 74, Abril-Junho, 1998, pp. 39 e ss.; Rodrigo Santiago, *Reflexões sobre as «declarações do arguido» como meio de prova no Código de Processo Penal de 1987*, *RPCC*, Ano 4, fasc. 1, Janeiro-Março, 1994, *Aequitas e Editorial Notícias*, pp. 27 e ss.; por todos *vide* António Alberto Medina De Seça, *O conhecimento probatório do co-arguido*, in *Studia Iuridica*, 42, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 141 e ss.

<sup>139</sup> Respectivamente na jurisprudência do Tribunal Constitucional cfr. Acs. n.ºs 524/97 e 133/2010.

<sup>140</sup> Cfr. João Conde Correia, *A distinção...*, p. 185.

<sup>141</sup> Cfr. Rodrigo Santiago, *Reflexões...*, p. 49.

<sup>142</sup> Tal assunção opinativa repousava num eixo fundamental: a consideração de que o silêncio do arguido não poderia, em circunstância alguma, desfavorecê-lo. Porém, o mesmo silêncio acabaria por prejudicar o respectivo sujeito processual de forma indelével na medida em que se fossem aceites como meio de prova as declarações do co-arguido, estando aquele disposto a falar, abalaria a eficácia da convicção atribuída a quem, com verdade ou contra a verdade, concordou em prestar declarações. Na mesma lógica argumentativa se referia que o silêncio jamais podia desfavorecer o arguido, sendo o exercício do direito ao silêncio a concretização do princípio da presunção de inocência, agora ligado directamente à preservação da dignidade constitucional.

esmagadora maioria da doutrina<sup>143</sup>, atribui, com variantes argumentativas, valor probatório às declarações de um dos arguidos relativamente à comparticipação criminosa nos factos de alguns ou de todos os restantes arguidos.

Vejamos de modo perfunctório o problema da valoração do conhecimento probatório do co-arguido.

*Primo*, nos termos art.º 133º, n.º 2, al. a) do CPP o arguido está impedido de depor como testemunha<sup>144</sup>. Este impedimento relaciona-se exclusivamente com a sua posição de sujeito processual no julgamento<sup>145</sup>, na justa medida em que não pode ser despojado do seu estatuto de arguido<sup>146</sup>, ou seja, dos seus direitos respectivos para ser imbuído dos direitos e deveres da testemunha. Se o arguido beneficia do direito ao silêncio, jamais poderá ser testemunha, pois a esta não lhe assiste tal direito, não sendo, por isso, isenta do dever de verdade e responsabilização pela falsidade. Todavia, daquele comando legal apenas resulta a proibição de os arguidos serem ouvidos como testemunhas uns dos outros, não significa, pois, que o “arguido e o co-arguido não possam constituir fonte de prova, nem se confunde com o esquema de inquirição quando optem por produzir declarações, em particular, o postergar da inquirição cruzada.”<sup>147</sup> Quis o legislador,

---

<sup>143</sup> Como por exemplo, António Alberto Medina de Seíça, *Conhecimento...*, pp. 151 e ss; Teresa Pizarro Beleza, *Tão amigos que nós eramos...*, pp. 39 e ss; Germano Marques da Silva, *Curso...*, vol. II, pp. 252 e 253; Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário...*, p. 870.

<sup>144</sup> Face à al. a) do n.º 1 do art.º 133º do CPP, tem sido questionado se o arguido está absolutamente impedido de testemunhar no próprio processo em que figure com essa qualidade. A Doutrina já respondeu que os arguidos não estão impedidos de produzir prova por declarações do arguido no decurso do julgamento, nos termos dos arts. 140.º e ss do CPP, como decorre, entre outros, do disposto nos arts. 343.º e 345.º do CPP, mas que essas declarações, na decorrência de co-arguição, não podem validamente ser assumidas como meio de prova relativamente aos outros arguidos. (Neste sentido cfr. Rodrigo Santiago, *Reflexões...*, p. 62). Contrariamente, é a posição interessada do arguido, a par de outros intervenientes decorrentes do art.º 133º do CPP, que dita o impedimento, o que significa que nada obsta a que preste declarações, nomeadamente para desonerar ou atenuar a sua responsabilidade. Acarreta que, não sendo meio de prova proibido, as declarações do co-arguido podem e devem ser valoradas no processo, não esquecendo o tribunal a posição que ocupa quem as prestou e as razões que ditaram o impedimento daquele preceito. Como referem Simas Santos e Leal Henriques “a interpretação correcta deverá repousar na consideração de que o arguido, só porque o é, não estará sem mais impedido de prestar declarações no próprio processo em que se encontra envolvido. O legislador pretendeu, em primeira linha, construir no Código a figura do arguido, assegurando-lhe todos os meios de defesa mesmo através de si próprio, pelo que, se o entender necessário à sua defesa, poderá usar o amplo direito que lhe assiste a ser ouvido. E a defesa desta posição leva a que o arguido ou co-arguido não possam ser ouvidos no mesmo processo ou processos conexos como testemunhas, ou seja como intervenientes que não só são obrigados a prestar declarações, como a fazê-lo com verdade (art.º 91.º) por tal ser incompatível com a sua posição de interessados no desfecho do processo e com o seu direito ao silêncio.” Cfr. Manuel Simas Santos, Manuel Leal-Henriques, *Código de Processo Penal Anotado*, vol. I, 3ª ed., Rei dos Livros, 2008, p. 846.

<sup>145</sup> Neste sentido, Paulo Dá Mesquita, *A prova do crime...*, p. 591, nota 253.

<sup>146</sup> Como acentua Paulo Mesquita o impedimento “constitui expressão do estatuto jurídico-político dos depoentes naquele julgamento (daí o conceito de co-arguido em sentido formal excluindo os arguidos dos processos separados) e não de outros interesses (a protecção dos outros arguidos ou a descoberta da verdade).” Cfr. Paulo Dá Mesquita, *A prova do crime...*, p. 487.

<sup>147</sup> Cfr. Paulo Dá Mesquita, *A prova do crime...*, p. 488.

apenas, subtraí-los à probabilidade de incorrerem em perjúrio, à margem da regra da imposição da regra da corroboração. Traça-se assim um objectivo muito próprio: o de garantir ao arguido o seu direito de defesa, que facilmente se mostraria incompatível com o dever de responder com verdade ao que lhe fosse perguntado, naturalmente com as sanções inerentes à recusa de resposta ou à resposta falsa.<sup>148</sup> Assim, “a justificação do impedimento de o co-arguido depor como testemunha encontra o seu fundamento primacial numa ideia de *protecção do próprio co-arguido*.”<sup>149</sup> Quanto ao âmbito do respectivo impedimento MEDINA DE SEIÇA defende que o mesmo se determina atendendo ao nexa existente entre as imputações dos vários arguidos<sup>150</sup>.

*Secundo*, embora as declarações sejam proferidas pelo arguido e não por testemunha, são um meio de prova cuja admissibilidade se inscreve no art.º 125º do CPP, já que inexistente disposição legal que proíba que as declarações do co-arguido possam valer como meio de prova, designadamente por as declarações do co-arguido(s) não constar do elenco dos métodos proibidos de prova estabelecidos no art.º 126º do CPP, sendo, assim, perfeitamente possíveis como meio de prova do ponto de vista da sua legalidade, como o são, aliás, as declarações do assistente e das partes civis. Com efeito, poderão aquelas ser objecto de valoração por parte do tribunal para fundamentar a sua convicção sobre os factos que dá como provados de acordo com as regras da livre apreciação da prova, com o intuito de demonstrar a realidade dos factos em sede de audiência de julgamento.

*Tertio*, se, por um lado, as declarações do arguido são um meio de prova valorável na fase de julgamento, relativamente ao próprio e co-arguido(s), por outro, a doutrina<sup>151</sup> e jurisprudência<sup>152</sup> consideram que as declarações prestadas pelo arguido padecem de

---

<sup>148</sup> Neste sentido, cfr. Ac. TC nº 181/2005; ac. STJ de 30-05-1996, proc. n.º 498/96; ac. TRC de 8-02-2012, proc. n.º 223/07.1GCVIS.C1.

<sup>149</sup> Cfr. António Alberto Medina de Seíça, *O conhecimento...*, p. 35.

<sup>150</sup> Cfr. António Alberto Medina de Seíça, *O conhecimento...*, p. 17.

<sup>151</sup> Nas palavras de Tereza Beleza, “o depoimento de co-arguido, não sendo, em abstracto, uma prova proibida em Direito português, é no entanto um meio de prova particularmente frágil, que não deve ser considerado suficiente para basear uma pronúncia; muito menos para sustentar uma acusação. Não tendo esse depoimento sido controlado pela defesa do co-arguido atingido nem corroborado por outras provas, a sua credibilidade é nula. Na medida em que esteja totalmente subtraído ao contraditório, o depoimento de co-arguido não deve constituir prova atendível contra o (s) co-arguido (s) por ele afectado (s). A sua valoração seria ilegal e inconstitucional.” Cfr. Teresa Pizarro Beleza, *Tão amigos que nós eramos...*, pp. 58 e 59.

<sup>152</sup> O Tribunal da Relação de Évora lembra que “a jurisprudência do STJ tem revelado diferentes acolhimentos do princípio.” E a título de exemplo cita três arestos deste Tribunal: (i) “a prova por declarações de co-arguido, não sendo uma prova proibida, tem um diminuto valor e, por isso, carece de corroboração por outras provas e acarreta para o tribunal um acrescido dever de fundamentação” (STJ 12.06.2008, Rel. Santos Carvalho, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) e (ii) “a consideração de que as declarações do arguido se revestem à partida de uma *capitis diminutio* só pelo facto de ser arguido ofende o princípio da

uma debilidade congénita. Ainda que não se trate de um meio de prova em abstracto proibido, é uma prova de credibilidade diminuída, que merece reservas e cuidados muito especiais de admissibilidade e valoração<sup>153</sup>, pois às variadas e turvas razões que podem mover o arguido a declarar a comprometer outros, e que podem ir desde o desejo de vingança até à satisfação de vê-los arrastados para a sua mesma desgraça, do afastamento da própria responsabilidade até à esperança de uma pena reduzida pela colaboração, acresce uma razão extrínseca que se traduz na circunstância de o arguido declarante não estar sujeito a juramento e ao constrangimento para falar a verdade<sup>154</sup> inerente à ameaça penal para as falsas declarações<sup>155</sup>. Como advertia Mello Freire,

---

igualdade dos cidadãos.” (iii) “O depoimento incriminatório de co-arguido está sujeito às mesmas regras de outro e qualquer meio de prova, ou seja, aos princípios da investigação, da livre apreciação e do *in dubio pro reo*. Assegurado o funcionamento destes e o exercício do contraditório, nos termos preconizados pelo art. 32º da cCRP, nenhum argumento subsiste contra a validade de tal meio de prova” (STJ 03.09.2008, Rel Santos Cabral, www.dgsi.pt).” Na apreciação do caso concreto a Relação de Évora, segundo uma lógica expandida por Medina de Seíça, no seu estudo “conhecimento probatório do co-arguido”, sentenciou que “na ausência de regra tarifada sobre prova por declaração de co-arguido, a credibilidade deve ser sempre aferida em concreto, à luz do princípio da livre apreciação, mas, com um especial cuidado, que poderá passar por uma procura de corroboração. A prudência deve integrar a racionalidade do discurso da motivação da matéria de facto. Por *corroboração* entendemos algum apoio ou suporte em conteúdos probatórios fora das declarações do co-arguido que, juntamente com elas, permitam concluir pela sua correspondência à verdade. Não se trata de uma exigência *de prova da prova* por co-arguição mas apenas de *algo mais* que convença da correcção dessa versão dos factos. A tendencial procura de corroboração não terá de passar *necessariamente* por prova *externa*, no sentido de prova exterior *a toda a co-arguição*. Ou seja, aquilo que pode minar a força probatória da declaração do co-arguido reside numa suspeição. Essa suspeição baseia-se no interesse pessoal que o declarante pode ter no resultado da sua própria declaração: o arguido incrimina o outro, para se defender (“não fui eu, foi ele”) ou para dividir a sua responsabilidade (“não fui apenas eu, fomos os dois”). Pode ainda ter um interesse geral de pseudo contribuição para a descoberta da verdade, com eventual peso atenuativo na escolha e medida da sua pena. Por tudo, revela-se prudente desconfiar, não de toda a co-arguição, como regra – esta regra não existe – mas da declaração de co-arguido que se encontre numa das referidas situações. Já relativamente a declaração de arguido fora de situação *suspeita*, a fragilização do potencial probatório deste contributo carece de justificação.” Ac. TRE de 8-11-2011, proc. nº 92/10.4GAENT.E1.

<sup>153</sup> Assim, Tereza Pizarro Beleza, *ibidem*.

<sup>154</sup> Relativamente à *vaexata quaestio* de saber se, assiste ao arguido o direito de mentir ou um verdadeiro direito à veracidade processual por parte do juiz, *vide* Rodrigo Santiago, Reflexões..., pp. 42 a 44, nota 35 e doutrina nacional e estrangeira aí citadas. Alguma doutrina, como por exemplo Germano Marques da Silva, afirma não se tratar de uma verdadeira permissão para mentir mas sim de uma não punição se isso ocorrer (cfr. Germano Marques da Silva, Curso..., vol. III, p. 238). “Afirmar que não se permite que se minta, apenas não se pune, significa dizer que existe afinal uma proibição geral de mentira pelo dever de verdade mas que não é punível, mas sendo assim não se pode propriamente defender a licitude da mentira, o que se pode aduzir é apenas que a mentira em processo é proibida mas não tem seguimento em termos de processo criminal. cremos que esta diferença entre não proibir e não punir, do ponto de vista jurídico, se reconduz a um axioma formal porque tendo por critério, exemplificativamente, as consequências de um e de outro verificamos que se não se proíbe não se pode punir, e se não se pune, dum ponto de vista de prevenção geral, não adianta proibir. (...) Não proibir equivale, não a nível ético nem moral mas estritamente jurídico, a permitir. Porque aquilo que se não proíbe está então na disponibilidade das «partes».” Cfr. Pedro Reis, Dever de Verdade – Direito de Mentir, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLVIII, n.ºs 1 e 2, Coimbra Editora, 2007, p. 463.

<sup>155</sup> Neste sentido, Ac. TC n.º 133/2010. “O tratamento de cariz mais abrangente e genérico em função do co-arguido como fonte de prova é a via essencialmente adoptada entre a doutrina portuguesa no sentido de que as declarações do co-arguido devem ser consideradas um meio com problemas acentuados ao nível da fiabilidade/veracidade, pelo que para ser atendido em prejuízo de co-arguido(s) no mesmo processo

traduz indício falível “a indicação do sócio do crime feita pelo réu, que é sempre suspeito; ela pode facilmente partir da maldade deste, ou duma sugestão, ou de qualquer outra causa sinistra”.<sup>156</sup>

*Quarto*, “existe, em certa medida, o pressuposto de que no caso de as declarações serem prejudiciais aos co-arguidos os interesses se revelam colidentes, determinando a emergência de uma evolução da doutrina, face à *tradição* nacional da prova livre, da defesa de que a utilização do depoimento contra terceiros deve ser proibida ou, pelo menos, condicionada.”<sup>157</sup> Com efeito, sustenta FIGUEIREDO DIAS que “não é tanto a admissibilidade de princípio da valoração das declarações dos co-arguidos que está em causa, mas sim os termos em que tal deve fazer-se e os limites que lhe são impostos. As declarações desfavoráveis aos demais co-arguidos, pela sua fragilidade, decorrente de eventual conflito de interesses e de antagonismo entre si, devem ser submetidas a tratamento específico e retiradas do alcance do regime normal da livre apreciação da prova.”<sup>158</sup>

No tocante à problemática da necessidade da corroboração das declarações do co-arguido por outras provas cumpre salientar que esta construção doutrinária tem sido um argumento recorrente utilizado pela jurisprudência para admitir a valoração das declarações do co-arguido, ainda que o seu conteúdo não seja de fácil clarificação.

MEDINA DE SEIÇA dedicou-se sobejamente a esta questão sustentando que as declarações do co-arguido requerem uma “verificação suplementar que se traduz na exigência de corroboração. Com a corroboração significa-se a existência de elementos oriundos de fontes probatórias distintas da declaração que, embora não se reportem directamente ao mesmo facto narrado na declaração, permitem concluir pela veracidade desta. A regra da corroboração traduz de modo particular uma exigência acrescida de fundamentação, devendo a sua falta merecer a censura de uma fundamentação insuficiente.”<sup>159</sup>

Numa perspectiva operacional da prova trata-se de um sistema eclético com vertentes atomistas e holistas. A primeira, reporta-se à análise da admissibilidade da concreta prova, *in casu* o depoimento do co-arguido exigindo a combinação com outras

---

carece de corroboração. Na base está a sensibilidade à perspectiva tradicional da falta de credibilidade dos co-arguidos, a partir de cânones genéricos *ex ante*, existindo matizes na pré-definição do problema epistémico das suas declarações.” Cfr. Paulo Dá Mesquita, A prova do crime..., p. 589, nota 251.

<sup>156</sup> Cfr. Mello Freire *apud* António Alberto Medina De Seça, O conhecimento..., p. 205.

<sup>157</sup> Cfr. Paulo Dá Mesquita, A prova do crime..., pp. 589 e 590, nota 251.

<sup>158</sup> Cfr. Parecer de Jorge de Figueiredo Dias citado em Ac. STJ de 12-07-2006, proc. n.º 1698/06-3 *in* CJ – Acs. STJ, ano XIV, tomo II.

<sup>159</sup> Cfr. António Alberto Medina de Seça, O conhecimento..., p. 228.

provas. A segunda, compreende a respectiva valoração como um complexo de provas em que o todo é mais do que a soma das partes. No entanto, também se exige alguma atomização, desde logo na fundamentação<sup>160</sup>.

Consequentemente, embora as declarações do arguido sirvam como meio de prova relativamente aos outros co-arguidos, nenhum dos restantes arguidos poderá ser condenado exclusivamente com base nas declarações de outro co-arguido. Doutro modo, as declarações de um arguido, enquanto meio de prova, servirão para condenar outro co-arguido, mas só poderão ser utilizadas se corroboradas por outros meios de prova. “Significa que as declarações do co-arguido só podem fundamentar a prova de um facto criminalmente relevante quando existe alguma prova adicional a tornar provável que a história do co-arguido é verdadeira e que é razoavelmente seguro decidir com base nas suas declarações.”<sup>161</sup> A não ser assim, através da corroboração<sup>162</sup>, não se poderá condenar o co-arguido apenas e exclusivamente com base em declarações de outro arguido.

**3.3.** Em princípio, as declarações do co-arguido são valoráveis contra outro co-arguido, podendo ser utilizadas, como meio de prova, se forem corroboradas por outros meios de prova. No entanto, deparamo-nos com uma limitação:

O exercício dos direitos do arguido declarante pode colidir com o direito ao contraditório<sup>163</sup> dos outros co-arguidos. Vejamos como e em que medida:

---

<sup>160</sup> Como assinala Eduardo Correia, a fundamentação “é exigida pelos destinatários da sentença, que não só as partes mas a própria sociedade.” Cfr. Eduardo Correia, *Les preuves en droit pénal portugais*, RDES, 1967, p. 29.

<sup>161</sup> Cfr. Parecer de Jorge de Figueiredo Dias citado em Ac. STJ de 12-07-2006, proc. 1698/06-3 in CJ – Acs. STJ, ano XIV, tomo II.

<sup>162</sup> Apesar de não justificar uma proibição total de valoração, a disciplina dos testemunhos anónimos é também reflexo destes últimos fundamentos que temos vindo a analisar. Como acentua Sandra Silva, de acordo com o art.º 19º, nº 2 da Lei nº 93/99, de 14 de Julho “a exigência de corroboração significa uma *atenuação* do valor probatório desta classe de depoimentos, justificada pelas maiores dificuldades na fiscalização e controlo da parcela de informação correspondente.” Cfr. Sandra Oliveira e Silva, *Legalidade da prova e provas proibidas*, RPCC, ano 21, Outubro-Dezembro 2011, Coimbra Editora, p. 581.

<sup>163</sup> Pondo alguma ordem onde reina alguma confusão na comparação entre os Acs. TC nºs 524/97 e 133/2010 devido à identidade de matérias em análise, foi precisamente, naquele primeiro aresto, a violação do contraditório que motivou o julgamento de inconstitucionalidade e não a falta ou deficiência de aptidão probatória das declarações do co-arguido. O que está em causa é o exercício do contraditório pelo co-arguido que se remeteu ao silêncio em relação aquele que optou por colaborar com o Tribunal. Com efeito, é contrário às garantias de defesa do arguido que este não possa contraditar toda a prova contra si produzida, como sucede quando o co-arguido se recusa a responder, no exercício do seu direito ao silêncio, às perguntas que a defesa do arguido prejudicado pelas suas declarações anteriores entende colocar-lhe. No segundo aresto a questão distancia-se daquela na exacta medida em que não integra a respectiva dimensão normativa a prestação de declarações pelo arguido quando outro ou outros se remeteram ao silêncio e nem assim a correspondente valoração dessas declarações como meio de prova dos factos em discussão. Trata-se sim, como deixa bem claro o TC no ac. nº 133/2010 de uma questão de

Se o arguido ao prestar declarações perante o juiz, MP e seu defensor, em prejuízo do co-arguido, e relativamente ao defensor deste último exercer o seu direito ao silêncio, nos termos dos arts.º 61º, n.º 1, al. h) e 345º, n.º 1 do CPP, é, efectivamente, um direito legítimo. Porém, nesse caso, não respondendo, o arguido, às perguntas formuladas pelo defensor do co-arguido, as suas declarações não poderão ser utilizadas contra o co-arguido, na justa medida em que no exercício do seu direito ao silêncio está a vedar e a impedir o exercício do contraditório do co-arguido, sendo “fundamentalmente o específico desenvolvimento na formação da prova e da inquirição que gera uma mácula na falta do contraditório pleno.”<sup>164</sup>

Com efeito, a consequência processual da violação do contraditório<sup>165</sup> *in casu* consubstancia uma invalidade constitucional, o que implica que a prova não possa ser valorada. Ainda que não se preveja expressamente a nulidade (à semelhança de outros preceitos) e não obstante o art.º 345º, n.º 4 do CPP consagrar a inobservância do contraditório como um vício maior, a verdade é que se trata de uma nulidade do procedimento tendente à obtenção de prova e que implica a respectiva proibição de prova genérica<sup>166</sup>, ou seja, o procedimento, traduzido na regulação legal do rito, desrespeitou a sequência das regras pré-definidas subjacentes ao *iter* processual, violando indelevelmente o contraditório e, nessa medida, é nulo. E se é nulo a prova dele decorrente não pode ser utilizada<sup>167</sup>. Essa admissão de prova seria “contrárias às

---

estratégia de defesa, exercendo o arguido livremente, como bem entende, o seu direito ao silêncio. Se a sua estratégia de defesa sai debilitada ou não surte o mesmo efeito que teria se o arguido que prestou declarações tivesse igualmente optado pelo silêncio sobre os factos *sibi imputet*.

<sup>164</sup> Cfr. Paulo Dá Mesquita, *A prova do crime...*, p. 591.

<sup>165</sup> A propósito da matéria dos testemunhos anónimos, parece evidente que todas as medidas previstas na Lei nº 93/99 de 14 de Julho que impliquem que a um dos sujeitos processuais seja sonogada a possibilidade de saber quem é a testemunha conflituosa com o princípio do contraditório e da isonomia processual, pois desconhecendo o arguido a identidade da testemunha e, por conseguinte, a sua personalidade, inteligência, memória e teia de interesses, redundará, assim, numa diminuição das garantias de defesa, diminuição essa que é sinónimo de violação do contraditório. Neste sentido, cfr. Sandra Oliveira e Silva, *Legalidade...*, pp. 581 e 582, nota 69; Rui Patrício, *Protecção de Testemunhas em Processo Penal*, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Maria Fernanda Palma (coord.), Coimbra, Almedina, 2004, pp. 292 e ss.

<sup>166</sup> “O art. 345.º, n.º 4, na base apresenta uma matriz adversarial na medida em que a proibição deriva da lesão do direito ao contraditório do co-arguido por se escusar ao escrutínio da sua credibilidade, embora a recusa de responder a perguntas no modelo adversarial tenha por si valor gnoseológico” (cfr. Paulo Dá Mesquita, *A prova do crime...*, p. 592, nota 253.), integrando, consequentemente, uma actividade prescritiva que tem por necessária afirmação uma motivação total ou parcialmente cognitiva.

<sup>167</sup> Nesse sentido, o Tribunal Constitucional decidiu “julgar inconstitucional, por violação do artigo 32º, nº 5, da Constituição da República, a norma extraída com referência aos artigos 133º, 343º e 345º do Código de Processo Penal, no sentido em que confere valor de prova às declarações proferidas por um co-arguido, em prejuízo de outro co-arguido quando a instâncias destoutro co-arguido, o primeiro recusa a responder, no exercício do direito ao silêncio.” Ac. TC nº 524/97. A introdução do nº 4 do art.º 345º do CPP, operado pela reforma ditada pela Lei nº 48/2007 de 29 de Agosto, teve na sua génese aquele acórdão do TC citado. A opção por este enunciado surge no quadro da anterior controvérsia sobre se o nº

garantias de defesa em processo penal, consagradas no artigo 32.º da CRP. Estas garantias implicam que ao arguido seja atribuído o poder de contraditar toda a prova contra si produzida no processo. Não sendo assim, são ainda os princípios do contraditório, da verdade material e da igualdade de armas a ser postos em causa.”<sup>168</sup>

Do mesmo modo, a interpretação segundo a qual apenas o defensor do arguido que presta declarações pode solicitar ao tribunal que formule perguntas, sendo essa faculdade vedada aos defensores dos co-arguidos<sup>169</sup>, consubstancia uma restrição inadmissível das garantias de defesa<sup>170</sup>, designadamente do contraditório<sup>171</sup>, do direito ao defensor<sup>172</sup> e do princípio da igualdade material de armas, pois se as declarações de um dos co-arguidos podem ser utilizadas como meio de prova contra outro co-arguido, este fica indubitavelmente em situação desigual à sua “parte” contrária<sup>173</sup>. Com efeito, o n.º 2 do art.º 345º do CPP tem que ser interpretado extensivamente por forma a abranger também os defensores dos co-arguidos e não apenas única e exclusivamente o defensor do arguido, compatibilizando-se com o art.º 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>174</sup> e em conformidade com o art.º 32º, n.º 5 da CRP.

Quer-se aqui dar particular ênfase ao facto de se estar perante uma invalidade constitucional<sup>175</sup>, na exacta medida em que o procedimento<sup>176</sup> violado afectou

---

2 do art.º 345 do CPP, facultava ao defensor do co-arguido o direito de solicitar perguntas, apesar de não o referir expressamente. Contra manifestava-se Rodrigo Santiago, Reflexões..., p. 61 e a favor Germano Marques da Silva Curso..., vol. II, p. 249, nota 1; Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário..., p. 869.

*Infra.*

<sup>168</sup> Cfr. Ac. TC n.º 524/97.

<sup>169</sup> Neste sentido, Rodrigo Santiago, Reflexões..., p. 61.

<sup>170</sup> Na perspectiva do *due process of law* observa o Supremo Tribunal de Justiça que “o processo penal deve ser um processo justo e leal, ficando por isso proibidas as restrições intoleráveis ou inadmissíveis da possibilidade de defesa dos arguidos.” Cfr. Ac. STJ de 29-04-2004, CJUSTJ, 2004, II, p. 174.

<sup>171</sup> Este princípio, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, abrange “em particular, *direito do arguido* de intervir no processo e de pronunciar e *contraditar* todos os testemunhos, depoimentos ou outros elementos de prova ou argumentos jurídicos trazidos ao processo, o que impõe designadamente que ele seja o último a intervir no processo.” (Cfr. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição..., vol. I, p. 523.). Sendo a essência do princípio do contraditório “a dialética que se consubstancia no poder que é dado à acusação e à defesa de aduzir as suas razões de facto e de direito, de oferecer as suas provas, de controlar as provas contra si oferecidas e de discreter sobre o resultado de umas e outras” (cfr. Germano Marques da Silva, Curso..., vol. III, pp. 219 e 220.), releva *in casu* a possibilidade de controlar as provas contra o co-arguido oferecidas.

<sup>172</sup> Assim, Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário..., p. 869.

<sup>173</sup> Como refere Germano Marques da Silva “desde que o tribunal pode por sua iniciativa fazer ao arguido as perguntas que entender, nada o impede de as fazer a solicitação de qualquer sujeito do processo, mesmo que não se trate do defensor. Acresce que nas suas declarações o arguido pode referir-se a factos que importem também aos co-arguidos e seria contra o princípio da verdade e do contraditório o que o co-arguido abrangido por aquelas declarações não pudesse procurar esclarecer o sentido e a própria relevância dessas declarações, contraditando-as.” Cfr. Germano Marques da Silva, Curso..., vol. II, p. 249, nota 1.

<sup>174</sup> Em sentido idêntico, cfr. António Alberto Medina De Seíça, O conhecimento..., pp. 159 e 160.

<sup>175</sup> No que concerne ao efeito da invalidade constitucional, se relativa ou absoluta, é questão a apurar posteriormente.

directamente um direito, liberdade e garantia, nomeadamente o princípio do contraditório.

O âmbito da invalidade, *maxime* nulidade decorrente da violação de preceitos atinentes ao direito de defesa, coincide nos termos do art.º 32º, n.º 5 da CRP com o princípio do contraditório. Porém, o alcance da respectiva invalidade constitucional pode, em algumas situações revelar-se incerto<sup>177</sup>. Assim, a eminente dignidade jurídico-constitucional dos direitos de defesa impõe, enquanto condição de juridicidade, a determinabilidade do direito de defesa em concreto<sup>178</sup>, sendo certo que a norma deverá ser analisada em sede de princípios estruturantes do Estado de Direito.

A fundamentação de que se trata de uma invalidade constitucional é perspectivada no quadro da Constituição que, além de estabelecer os princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático (art.º 2º da CRP), tem subjacente a irregularidade do acto ou, mais profundamente, acarreta a invalidade da prova assim obtida, viciando a decisão.<sup>179</sup>

## VI. Referência Conclusiva

1. No Código Processo Penal é, como vimos, consagrada a tipicidade das nulidades. Se nos ativermos ao plano exclusivo da interpretação, meramente literal, da lei ordinária, a conclusão a extrair do art.º 327º, n.º 2 do CPP será, do ponto de vista formal, a de que estamos perante uma irregularidade. No entanto, não podemos fazer *tabula rasa* de que o contraditório na audiência de julgamento vem expressamente consagrado no art.º 32º, n.º 5 da CRP. Aquele preceito constitucional encontra-se inserido no capítulo relativo aos direitos, liberdades e garantias e em processo penal,

---

<sup>176</sup> Nessa medida trata-se, como já deixámos explicado, de um *error in procedendo*, cuja importância para a caracterização da justiça/injustiça do resultado final, como faz notar João Correia, tem vindo a aumentar (cfr. João Conde Correia, O «Mito do Caso Julgado» e a Revisão *Propter Nova*, Coimbra Editora, 2010, p. 222.). Relativamente à reabilitação dos *vitia in procedendo* refere aquele autor que à medida que a distinção clássica entre erro de direito e erro de facto ia perdendo a sua importância processual, foi emergindo o direito a um processo penal justo e, com ele, o *error in procedendo* voltou para a ribalta (cfr. João Conde Correia, O «Mito...», p. 216.). Assim, uma decisão judicial eivada de nulidade, ainda que paradoxalmente sanável com o trânsito em julgado, podemos afirmar com João Correia e Damiano da Cunha que a violação de princípios constitucionais do processo penal constitui uma das justificações para o recurso extraordinário de revisão. Cfr. João Conde Correia, O «Mito...», p. 182; José Manuel Damiano da Cunha, O Caso Julgado..., p. 768 nota 235. No seguimento desta matéria, relativamente à superação do binómio questão de facto/question de direito e a reabilitação dos *vitia in procedendo*, tem todo o interesse cfr. João Conde Correia, O «Mito...», pp. 195 a 238.

<sup>177</sup> Neste sentido, cfr. Alessandro Malinverni, Principi..., p. 212.

<sup>178</sup> Para um exercício deste tipo cfr. Alessandro Malinverni, Principi..., pp. 369 e ss.

<sup>179</sup> João Correia afirma justamente que “a indicação do vício e das suas consequências acaba por ser também uma exigência do princípio da proporcionalidade.” Cfr. João Conde Correia, Contributo..., p. 151.

insista-se, os princípios são convertidos em autênticos direitos fundamentais, pelo que em homenagem à dignidade da pessoa humana, jamais o núcleo essencial do direito de defesa do arguido poderá ser restringido (art.º 19º, n.º 6 da CRP).<sup>180</sup> E, nesse sentido, tratam-se de normas exequíveis por si mesmas, por força do art.º 18º, n.º 1 CRP. Assim, devido à importância dos princípios fundamentais do processo penal, dogmaticamente podemos abranger na figura da nulidade a violação do contraditório, porque de acordo com o art.º 118º, n.º 1 do CPP apenas se compreende a derrogação das normas processuais penais *strictu sensu*, possibilitando, desse modo, a inclusão de normas constitucionais, mormente direitos, liberdades e garantias (ou direitos fundamentais de natureza análoga) que, pela sua natureza fundamental na arquitectura constitucional, são susceptíveis de integrarem a lei processual penal em sentido material. Por outro lado, trata-se de uma nulidade que implicará que a prova não possa ser valorada. Estamos perante uma nulidade do procedimento tendente à obtenção de prova e que implica a proibição de valoração, isto é, o procedimento tendente à obtenção da prova violou o contraditório e, portanto, é nulo. E se é nulo a prova dele decorrente não pode ser utilizada, porque é proibida por lei nos termos do art.º 125º do CPP.

A protecção destinada aos direitos fundamentais, designadamente direitos, liberdades e garantias, quer ao nível constitucional, quer, depois, ao nível da lei adjectiva encontra-se intimamente dependente do sistema em que se enquadra, nele se incluindo “garantias organizadas”<sup>181</sup> como meios ao dispor dos cidadãos para reagir contra a respectiva violação ou uma “armadura institucional”<sup>182</sup> concebida para a correspondente defesa.

2. Entendemos que a consequência processual em caso de irregularidade do procedimento por inobservância do contraditório consubstancia uma nulidade insanável, já que colide directamente com aquele princípio e que sendo objecto de tutela

---

<sup>180</sup> O princípio da protecção do núcleo essencial dos direitos fundamentais na veste de direito de defesa do arguido é um princípio axiológico fundamental que, no essencial, corresponde ao princípio axiológico jurídico de Castanheira Neves. A título exemplificativo, este autor discrimina os princípios jurídicos transcendentais ao Estado e os princípios directamente constitutivos da particular forma de Estado instituída – os princípios explicitamente definidores dessa forma de Estado, das suas instituições próprias e da sua específica estrutura social-política, isto é, os princípios constitucionais positivos. Os primeiros carecem de ulterior determinação, os segundos já se encontram positivamente determinados. Assim, enquanto que o respeito ou violação destes pode ser fácil e imediatamente controlado, pelo confronto do conteúdo jurídico dos actos estaduais com o conteúdo normativo desses princípios, já o cumprimento daqueles exige a mediação de um acto chamado a determiná-los. Cfr. António Castanheira Neves, *Questão-de-facto – Questão-de-direito*, Coimbra, 1967, p. 553.

<sup>181</sup> A expressão é utilizada por Karel Vasak *apud* Guilherme da Fonseca, *A Defesa dos Direitos*, (Princípio Geral da Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais), *BMJ* 344, 1985, p. 14.

<sup>182</sup> Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 365.

constitucional, vigora sem restrições na fase de julgamento. É facto que a importância do vício em questão influi sobre a validade da actividade empreendida<sup>183</sup> e um processo injusto é sinónimo de decisão injusta<sup>184</sup>. Importa, nesse sentido, ter presente a intensidade normativa que na fase de julgamento este direito, liberdade e garantia assume, sendo directamente aplicável, sem necessidade de conformação por parte do legislador ordinário e, por isso, dotado de auto-exequibilidade<sup>185</sup>. Decorre, assim, do conceito de força normativa da Constituição o fundamento daquele tipo de invalidade.

A resposta é complexa dada a importância do princípio em análise e, nessa medida, entendemos que a busca de uma solução justa e adequada não passa única e exclusivamente pelo estabelecimento de um único vício como regra, operado sob o efeito da tipicidade das nulidades, mas de uma verificação caso a caso, onde à autonomia de uma invalidade constitucional corresponda um mecanismo destrutivo mais forte, dotado de uma técnica processual que vise impedir a sobrevivência do acto irregular. O bem jurídico a tutelar é, de facto, superior à imposição teimosa de uma regra que derroga outro valor superior.<sup>186</sup>

**3.** E porque temos vindo a tratar da violação de preceitos constitucionais, curiosa é a interpretação feita pelo relator Nuno Gomes da Silva no acórdão do TRL<sup>187</sup> a propósito da leitura pública da sentença em que procede a um “alongamento do regime de nulidade insanável estatuído no art.º 321º do CPP a toda a audiência e não apenas a uma parte dela”, em homenagem ao princípio da publicidade consagrado no art.º 206º da CRP, ou seja, “perante a violação de um princípio constitucional como é o da publicidade da audiência e sendo firme a ideia já mencionada supra de que o conceito audiência usado no art.º 206º da CRP abrange para além da própria audiência de discussão e julgamento a decisão judicial a proferir na sequência da mesma fica patente

---

<sup>183</sup> João Correia distingue entre elementos necessários e elementos úteis, cuja falta origina vícios essenciais e vícios marginais. Aqueles, devido à sua importância influem sobre a validade da actividade empreendida. Estes, por causa da sua menor relevância, correspondem à figura das irregularidades e não têm qualquer influência sobre a validade do acto, contrariamente, neste último caso, ao que temos vindo a expender. Cfr. João Conde Correia, *Contributo...*, p. 111.

<sup>184</sup> Cfr. João Conde Correia, *O «Mito...»*, p. 222.

<sup>185</sup> Insista-se que “os princípios do processo penal constantes de regras da Constituição relativos a direitos, liberdades e garantias gozam de aplicabilidade directa, não carecendo da interposição legislativa para a sua efectiva vigência e eficácia e devendo em consequência ser desaplicadas pelos tribunais as normas legais que os violem se impuserem restrições não previstas expressamente na Constituição ou que exorbitem dos limites.” Cfr. Henriques Eiras, *Processo Penal Elementar*, 8ª ed., *Quid Juris*, 2010, p. 51.

<sup>186</sup> “É da essência do conceito de regra a possibilidade de excepções. Se uma regra não admitir excepções é um dogma, uma prisão radical e extrema ao estatuído que nada tem de jurídico. A excepção à regra tem de ser fundamentada e justificada para ser admitida, mas corresponde à possibilidade de justiça no caso concreto, por afastamento expresso da regra pelo julgador a fim de ser feita justiça.” Cfr. Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Curso Livre de Ética e Filosofia do Direito*, Principia, 2010, p. 216.

<sup>187</sup> Ac. TRL de 9-09-2008, proc. n.º 4872/2008-5.

que a violação do princípio constitucional não pode passar em claro não obstante não ter havido arguição da sua invalidade pelos sujeitos processuais.” Com efeito, acarretando a falta de leitura pública da sentença a violação de um direito fundamental de natureza análoga (art.º 206º da CRP) e que, por isso, goza nos termos do art.º 17º da CRP do regime dos direitos, liberdades e garantias estamos perante uma nulidade constitucional insanável.

## **VII. Caracterização e Regime da Invalidade Constitucional**

Importa averiguar se as respectivas invalidades constitucionais são nulidades sanáveis ou insanáveis. Para proceder a essa análise há que partir do pressuposto da força vinculativa da Constituição, operada com base no critério da intensidade normativa de cada proposição normativa em causa.

Por exemplo, se um juiz aceitar um depoimento no processo sem facultar o contraditório, que tipo de nulidade é que se verifica? Em primeiro lugar, temos de verificar se é uma nulidade, independentemente de se encontrar expressamente prevista, atendendo ao carácter fundamental dos preceitos constitucionais que *latu sensu* são incluídos no conceito material de lei processual penal. E tratando-se de uma nulidade cumpre aferir se é sanável ou insanável.<sup>188</sup>

Só procedendo a uma análise sobre a vinculatividade das normas referentes a direitos, liberdades e garantias e verificando o seu carácter preceptivo exequível é que estaremos aptos a apurar que tipo de vício, em termos de tese, é que a correspondente violação determina.

Posteriormente, quando da norma ordinária resultar que o vício é diferente, cumpre dar a respectiva conformidade constitucional com aquela norma, fazendo uma análise casuística.

## **VIII. Fases Preliminares**

O que ficou dito é referente à fase de Julgamento. No entanto, temos de extrapolar para as outras fases do processo, onde não seja afastado o contraditório, porque de acordo com o artigo 32º, n.º 5 da CRP, o processo penal, além de ter estrutura

---

<sup>188</sup> Questão que se levanta em matéria de prova é a de saber se os actos irregulares ou nulos na produção de prova validam a prova obtida invalidamente. Cremos que não, pois a respectiva repetição pressuporia a admissibilidade de uma actividade aquisitiva de prova, o que não se verifica na proibição dos métodos de obtenção de prova.

acusatória, estando a audiência de julgamento subordinada ao princípio do contraditório, as demais fases do processo também o estão, nos termos definidos pela lei adjetiva.

Portanto, depois de estruturarmos a força das normas constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias, cumpre estruturar qual a regra da sua violação e verificar se o legislador pode determinar que existam vícios diferentes da nulidade.

Destarte, se no inquérito e na instrução o legislador pode determinar a nulidade sanável, porque segundo o art.º 32º, n.º 5 da CRP nas fases preliminares do processo o contraditório é assegurado nos termos definidos pelo legislador e se nas fases preliminares aquele princípio é conformado pelo legislador ordinário, ou seja, se a *norma normarum* permite ao legislador ordinário, embora limitando a sua liberdade de actuação, conformar o contraditório, também pode dizer que no inquérito e na instrução a violação do contraditório é uma nulidade sanável ou uma irregularidade. Agora, no julgamento é que isso já não é admissível, dado que nesta fase a lei impõe clara e expressamente que vigore plenamente o contraditório, sem dar possibilidade ao legislador ordinário de o conformar.

Assume, desse modo, especial relevo a distinção entre normas preceptivas e auto-exequíveis e normas programáticas e hetero-exequíveis<sup>189</sup>.

Assim, de acordo com o critério da intensidade normativa do princípio do contraditório, podemos afirmar que o seu carácter preceptivo coincide com a eficácia imediata do n.º 5 do art.º 32º da CRP na parte em que dispõe que na audiência de julgamento aquele princípio vigora plenamente, sem dependência de qualquer outra condição. Quanto às demais fases do processo o contraditório assume carácter programático conexo com a ideia de eficácia mediata da norma, já que a lei deixa essa tarefa a cargo do legislador, sendo certo que a respectiva operacionalidade, já minimamente existente, se assume sobretudo ao nível dos fins e não tanto dos meios.

### **VIII.1. Invalidade Constitucional na Fase de Inquérito**

Como referimos, o art.º 327º, n.º 2 do CPP não estatui a nulidade para a violação do contraditório em sede de audiência de julgamento. Porém, existem normas que estatuem outros vícios com fundamento na protecção do contraditório, nomeadamente na fase de inquérito.

---

<sup>189</sup> Cfr. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, tomo II, Constituição, 6ª ed., Coimbra Editora, 2007, pp. 280 a 291; Jorge Bacelar Gouveia, Manual de Direito Constitucional, vol. I..., pp. 708 a 712.

De harmonia com o art.º 272º, n.º 1 do CPP quando haja fundada suspeita contra determinada pessoa, é obrigatório interrogá-la como arguido, salvo se não puder ser encontrada. Com efeito, a omissão desta norma implica uma nulidade sanável prevista no art.º 120º, n.º 2, al. d) do CPP.

Assume particular relevância o direito à informação, comportando uma dupla dimensão:

Numa primeira vertente, o *iter* da constituição de arguido tem como corolário lógico, nos termos do art.º 61º, n.º 1, al. h) do CPP a informação de todos os direitos e deveres.

Numa segunda vertente, o direito à informação não se esgota apenas e tão só com a informação dos seus direitos e deveres, pois abarca também o dever de informar o arguido das circunstâncias de tempo, lugar e modo<sup>190</sup>, ou seja, o arguido deve ser devidamente informado dos factos que concretamente lhe são imputados, sob pena de violar o contraditório. Caso não seja dado cumprimento a este dever de informação, poder-se-ia dizer estar diante da figura da irregularidade. Porém, estamos perante uma nulidade decorrente da Constituição, já que houve uma “violação directa das garantias constitucionais da defesa”.<sup>191</sup>

Não obstante, o princípio da tipicidade das nulidades, a verdade é que existem actos que sendo praticados com violação de lei são nulos, independentemente de a lei processual penal determinar expressamente a respectiva nulidade, pois violam frontalmente direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados. Portanto, os preceitos relativos a direitos, liberdades e garantias, por se tratarem de normas exequíveis por si próprias, a correspondente violação consubstancia uma nulidade.

Serve o exposto para demonstrar que nas fases anteriores do processo também existem normas que são configuradas assentando na tutela contraditória, tais como o dever de informação, cujo incumprimento gera nulidade do procedimento e a omissão

---

<sup>190</sup> Nos termos da al. c) do n.º 4 do art.º 141º do CPP concretiza-se o dever de informar o arguido. Não obstante, trata-se de um conceito algo genérico. Nesse sentido, no Ac. TC n.º 416/2003 avançou-se um critério para se saber qual o grau de concretização que deve ser seguido quando se procede a esta informação. O critério orientador, segundo o Tribunal Constitucional, é o de que a comunicação dos factos deve ser feita com a concretização necessária a que um inocente possa ficar ciente dos comportamentos materiais que lhe são imputados e da sua relevância jurídico-criminal, por forma a que lhe seja dada oportunidade de defesa (art.º 28, n.º 1 da CRP). Repare-se que como consequência do princípio da presunção de inocência, se a pessoa é tratada como inocente o grau de concretização tem de ser tal que permita a um inocente demonstrar que não praticou os factos, o que obviamente não sucede quando se pergunta ao arguido se já praticou 72 crimes de determinada natureza, conforme se refere naquele aresto.

<sup>191</sup> Cfr. José Lobo Moutinho, *Arguido e Imputado no Processo Penal Português*, UCP, 2000, p. 184.

de interrogatório que se traduz numa nulidade sanável<sup>192</sup>. Suponhamos que a pessoa só foi constituída arguida através da acusação. Nesse sentido, não tendo sido interrogada na qualidade de arguido, o exercício do seu direito de defesa foi obliterado, pervertendo o seu sentido e função, tendo implicação directa no contraditório e consubstanciando, assim, uma nulidade constitucional.

### **VIII.2. Invalidez Constitucional na Fase de Instrução**

Relativamente ao interrogatório do arguido existe, na fase de instrução, um regime que não é inteiramente coincidente com o regime aplicável em sede de inquérito. Nesta última fase o interrogatório de arguido é sempre obrigatório. Na instrução apenas é obrigatório sempre que o arguido solicite o seu próprio interrogatório (art.º 292º, n.º 2 do CPP).

Se na fase de inquérito o único acto legalmente obrigatório passível de originar uma nulidade sanável corresponde à obrigatoriedade do interrogatório do arguido, na fase de instrução é causa de nulidade dependente de arguição a omissão de interrogatório a requerimento do arguido e a omissão do debate instrutório (art.º 289º, n.º 1 do CPP).<sup>193</sup>

---

<sup>192</sup> A espécie de invalidez relativamente à omissão de constituição de arguido foi bastante polémica na doutrina e jurisprudência cujas posições foram de um extremo ao outro no que respeita ao vício ou valor negativo. A mera irregularidade por se tratar de categoria residual, ou seja, não estando prevista a consequência da omissão ou da violação da lei processual e porque as nulidades são taxativas então o vício deve ser submetido ao regime do art.º 123º do CPP. No entanto, sem prejuízo de ser correcto que quando a lei nada dispõe em contrário o vício está sujeito ao regime da irregularidade, também não podemos asseverar que esse valor negativo tenha que estar expressamente previsto no próprio preceito legal em causa. Apesar de vigorar o princípio da tipicidade no que se refere às nulidades, também há nulidades que estão previstas nos arts.º 119º e 120º do CPP. No extremo oposto fundamentava-se a existência de nulidade insanável na norma da al. c) do art.º 119º do CPP, ou seja, se a ausência do arguido nos casos em que é obrigatória a sua presença é uma nulidade insanável, então *in casu* seria obrigatória a sua presença, pois o acto nem sequer fora realizado pelo que, ainda quase que por maioria de razão, teria que ser insanável. No entanto, o Supremo Tribunal de Justiça veio estabelecer a distinção entre o direito de audiência e o direito de presença, concluindo que apenas estava em causa a violação do direito de audiência do arguido e não já do direito de presença. E, portanto, em consequência o acórdão do STJ n.º 1/2006 veio fixar jurisprudência no sentido de que “a falta de interrogatório como arguido, no inquérito, de pessoa determinada contra quem o mesmo corre, sendo possível a notificação, constitui a nulidade prevista no artigo 120.º, n.º 2, alínea d), do Código de Processo Penal.” Fica assim prejudicada a doutrina de José Moutinho que entende tratar-se de uma nulidade insanável nos termos do art.º 119º, al. c) do CPP. Cfr. José Lobo Moutinho, *Arguido...*, p. 188. Aliás, a redacção do art.º 120º, n.º 2, al. d) do CPP que estava em vigor quando o acórdão do STJ n.º 1/2006 foi proferido era mais genérica porque apenas estabelecia que a insuficiência do inquérito era motivo de nulidade dependente de arguição. Com a reforma ditada pela Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto concretizou-se a redacção do preceito em questão passando a acrescentar-se “actos legalmente obrigatórios”, isto é, a insuficiência de inquérito tem que se traduzir na prática de acto legalmente obrigatório que não foi praticado.

<sup>193</sup> O art.º 289º, n.º 1 do CPP distingue dois momentos fundamentais para a fase de instrução. Por um lado, os actos de instrução e, por outro, o debate instrutório. Desde logo uma diferença fundamental que resulta da norma referida é a de que o debate instrutório é obrigatório, ou seja, não pode haver instrução sem debate instrutório, ao passo que já pode ter lugar esta fase sem que sejam praticados actos de instrução.

O objecto do processo é uma exigência fundamental do princípio do contraditório. De acordo com o princípio mencionado, aquele a quem são imputados factos tem o direito a defender-se deles, assim o querendo. Todavia, para que isso seja feito ou possa ser feito, de forma eficaz e coerente, é necessário que o arguido, a quem os factos são imputados, saiba que factos são esses, pois só pode exercer o seu direito de defesa daquilo que realmente conhece.

A lei na fase de instrução não determina expressamente a nulidade da decisão instrutória que conheça de factos que alterem não substancialmente o objecto do processo, sendo correspondentemente aplicável aquele regime à alteração da qualificação jurídica<sup>194</sup>, mas já assim o prevê para a fase de julgamento no art.º 379º, n.º

---

<sup>194</sup> A questão da eventual possibilidade da alteração da qualificação jurídica foi muito debatida desde a entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1987, já que não dispunha de regime aplicável nos casos de alteração da qualificação jurídica. Num primeiro momento surgiram na doutrina e jurisprudência duas teses opostas: a primeira (entre os quais se destacam José da Costa Pimenta, *Código...*, p. 724; Manuel Simas Santos, *Qualificação jurídica, alteração, convalidação, alteração substancial dos factos*, *BMJ*, 423, 1993, p. 28; Frederico Isasca, *Sobre a alteração da qualificação jurídica em processo penal*, *RPCC*, Ano 4, n.º 3, 1994, *Aequitas*, Editorial Notícias, pp. 328 e 329; António Duarte Soares, *Convalidações*, *CJ*, Acs. do STJ, II, 3, 1994, p. 27; António Leões Dantas, *A definição e evolução do objecto do processo no processo penal*, *RMP*, ano 16, n.º 63, 1995, p. 97; Mário de Brito, *Poderes de cognição do tribunal e garantias de defesa*, *RMP*, ano 17, n.º 65, pp. 45 e 53.) resultou do Assento n.º 2/93 sustentando que a alteração da qualificação jurídica dos factos era livre, ou seja, fixou-se jurisprudência no sentido da liberdade da alteração da qualificação jurídica. Como ponto de partida um argumento literal de acordo com o qual o Código apenas trata da alteração dos factos (art.º 1º, al. f) do CPP) e não da alteração da qualificação jurídica. Argumentava-se, também, no sentido de que a apreciação do direito faz parte do núcleo da função jurisdicional e de que o arguido só se defende dos factos e não da qualificação jurídica. No seguimento daquela jurisprudência sucedia, basicamente o seguinte: hipotizando, o arguido em sede de audiência de julgamento confessava um crime de homicídio porque vinha acusado de homicídio privilegiado. Na leitura da sentença entendia que, afinal, o que estava em causa com base nos respectivos factos era homicídio qualificado. Efectivamente quem mais defendeu o regime oposto foi Germano Marques da Silva (cfr. Germano Marques da Silva, *Objecto do Processo Penal: a Qualificação Jurídica dos Factos*, Comentário ao “Assento” n.º 2/93, de 21.1.93, *DJ*, Volume III, 1994, tomo I, pp. 91 a 116.) A sua proposta era sujeitar a alteração da qualificação jurídica ao mesmo regime da alteração dos factos, podendo essa alteração ser substancial ou não substancial. Atenta a doutrina de Germano Marques da Silva a alteração dos factos será não substancial, por exemplo, no caso em que o arguido é acusado de homicídio qualificado e o tribunal qualificar os factos como homicídio privilegiado. Posteriormente, veio o Ac. do TC n.º 445/97 consagrar uma via intermédia de acordo com a qual o art.º 1º, al. f) do CPP em conjugação com os arts. 120º, 284º, n.º 1, 303º, n.º 3, 309º, n.º 2, 359º, n.ºs 1 e 2 e 379º, al. b) do CPP na interpretação que lhes foi dada pelo Assento n.º 2/93 são inconstitucionais na justa medida em que perante uma alteração da qualificação jurídica não seja conferido direito de defesa ao arguido para se pronunciar quanto a essa nova qualificação jurídica dos factos. Com efeito, o legislador na reforma do Código introduzida pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, de modo a concretizar o direito de defesa do arguido aplicou à alteração da qualificação jurídica o regime da alteração não substancial dos factos (art.º 358º, n.º 3 do CPP) e para a fase da Instrução a Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto veio “resolver” este problema jurídico magno nos termos do n.º 5 do art.º 303 do CPP fazendo uma remissão *in totum* para o n.º 1 daquele preceito que mais não é, afinal, o da aplicação correspondente do art.º 358º, n.º 3 do CPP. Ainda assim, questionamos se esta solução tutela integral e adequadamente o direito de defesa do arguido. Nesse sentido, Germano Marques da Silva entende que a nova redacção, ao permitir a admissibilidade da alteração da qualificação jurídica com o condicionamento apenas da comunicação prévia da alteração ao arguido “viola os princípios constitucionais do direito de defesa e do contraditório, pelo que a interpretação da norma nesse sentido seria materialmente inconstitucional” (cfr. Germano Marques da Silva, *Curso...*, vol. III, p. 277.) No mesmo sentido Damião da Cunha defende que “a possibilidade de o

1, al. b) do CPP. O regime da alteração não substancial dos factos e da alteração da qualificação jurídica (art.º 303º, nºs 1 e 5 do CPP), estabelece apenas que o arguido deve ser ouvido mas não determina que é sob pena de nulidade. Assim, a consequência a extrair da violação do contraditório também será uma nulidade, por força do art.º 120º, nº2, al. d) do CPP e não da mera irregularidade à semelhança do que alguma doutrina e jurisprudência prevê para a violação daquele princípio nos termos do art.º 327º, nº 2 do CPP.

Deparamo-nos aqui com uma questão curiosa, pois de acordo com o art.º 120º, nº 2, al. d) do CPP há uma nulidade da instrução, enquanto que se for violado o regime da alteração substancial dos factos previsto no art.º 303º, nºs 3 e 4 do CPP a consequência será uma nulidade sanável, por força do art.º 309º do CPP. É curioso, um vício mais forte implica uma nulidade sanável apenas do despacho de pronúncia, enquanto uma violação da alteração não substancial dos factos, que se trata de um vício menos censurado, assim como a violação da alteração da qualificação jurídica, implica uma nulidade sanável, isto é, uma nulidade da instrução.

Portanto, nos termos do art.º 303º do CPP caso não seja facultado o contraditório, por haver uma alteração não substancial dos factos, estamos perante uma nulidade da instrução, nos termos do art.º 120º, nº 2, al. d) do CPP, ao passo que se houver uma alteração substancial dos factos encontramos uma nulidade do despacho de pronúncia.

Em suma, na alteração não substancial há nulidade da fase processual e na alteração substancial dos factos há só uma nulidade do acto, o que não deixa de ser um regime “contraditório”.

---

tribunal – officiosamente – alterar a qualificação jurídica, mesmo que, formalmente, garantindo um «direito de defesa» ” é manifestamente inconstitucional (cfr. José Manuel Damiano da Cunha, O caso Julgado..., pp. 233 e 234.). Em nosso entender a cautela do direito de defesa, segundo o entendimento do Tribunal Constitucional no acórdão referido, é mais uma garantia formal de tutela. Entendemos *de iure condendo* que a qualificação jurídica deve ser fixada em definitivo no despacho previsto no art.º 311º do CPP, na exacta medida em que o tribunal, nesse momento, possui todos os elementos necessários e suficientes para o fazer. Certamente que isto passaria por uma reforma legislativa, pois a lei não contempla a prerrogativa de o tribunal poder ou não alterar a qualificação jurídica no despacho do art.º 311º do CPP. Porém, este seria o momento adequado para o fazer. Por um lado, tem tudo o que precisa para assim proceder, pois estamos a reportar-nos a meras alterações da qualificação jurídica sem que seja conhecido qualquer facto novo e, portanto, constam todos os factos no processo, pelo que o tribunal pode, desde logo, qualificá-los. Aliás pode e deve fazê-lo. Por outro lado, julgamos ser a solução que melhor tutela o direito de defesa do arguido, já que é a partir desse instante que começa a ter o prazo para contestar. Trata-se, pois, de uma solução simples e que acautelaria devidamente o direito de defesa do arguido. Estar a deixar para o fim do julgamento, altura em que o tribunal na leitura da sentença refere que, afinal, quer alterar a qualificação jurídica, cremos nós que carece de sentido, pois seria premiar ou ser complacente com a incúria e desleixo do próprio tribunal. Nesse sentido, deveria ter a obrigação e a responsabilidade de alterar a qualificação jurídica no despacho do art.º 311º do CPP.

## **IX. Articulação entre Invalidades Processuais por Violação dos Direitos Fundamentais e o Regime das Proibições de Prova**

A articulação ou distinção entre o regime das proibições de prova e o regime das invalidades processuais, *maxime* nulidades, tem levantado sérias dúvidas e, conseqüentemente, conduzido a diversas interpretações<sup>195</sup>, que vão desde a aplicação quase automática do regime das nulidades, até à exigência de um regime específico que permita tratar as proibições de prova como instituição processual autónoma, tanto do ponto de vista dogmático como jurídico.

O art.º 118º do CPP “contém a pedra angular de toda a arquitectura da invalidade processual penal”<sup>196</sup>, regulando, por um lado, os efeitos da inobservância das normas legais estabelecidas para a prática dos actos processuais, segundo um sistema de taxatividade das nulidades (n.º1) e, desenhando, por outro lado, a fronteira entre os diversos mecanismos da nulidade e da irregularidade (n.º2), estabelecendo, por último, uma ressalva relativa ao direito das proibições de prova, como sistema jurídico distinto e autónomo face ao das nulidades (n.º 3)<sup>197</sup>. Apesar de se inserirem no regular funcionamento do processo, segundo as formalidades previstas na lei (art.º 2º do CPP), ficam de fora as invalidades que lesam direitos fundamentais mas que integram uma concepção material da lei processual penal.

---

<sup>195</sup> Cfr. Manuel Lopes Maia Gonçalves, Meios de Prova, *in* Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal, *CEJ*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 194 e 195; Marques Ferreira, Meios de Prova, *in* Jornadas..., pp. 226 e 227; José da Costa Pimenta, Introdução..., p. 149; Código de Processo Penal Anotado, Rei dos Livros, 1987, p. 520; Tolda Pinto, A tramitação processual penal, 2ª ed., Coimbra Editora, 2001, p. 425; José Souto de Moura, Inexistência..., pp. 124 a 126; Teresa Pizarro Beleza, Apontamentos de Direito Processual Penal, II volume, AAFDL, 1993, pp. 150 a 152; Tão Amigos..., pp. 43 e 46; Manuel Augusto Meireis, O regime das provas obtidas pelo agente provocador em Processo Penal, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 192 e 222; Germano Marques da Silva, Curso..., vol. II, pp. 176 a 180; Manuel da Costa Andrade, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, Coimbra Editora, 1992, pp. 191 a 196; Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal, observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido outra, Coimbra Editora, 2009, pp. 134 a 145; Manuel Monteiro Guedes Valente, Processo Penal..., pp. 507 a 510; Paulo de Sousa Mendes, As proibições de Prova..., pp. 146 a 150; João Conde Correia, Contributo..., pp. 27 a 29, 108 a 110 e 156 a 160; A distinção..., pp. 175 a 202; Helena Morão, O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português, *RPCC*, Ano 16, 4.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 591 a 596; Luís Pedro Martins de Oliveira, Da autonomia do regime das proibições de prova, *in* prova criminal e direito de defesa, coordenação de Teresa Pizarro Beleza e Frederico Lacerda da Costa Pinto, Almedina, 2011, pp. 257 e ss; Maria de Fátima Mata-Mouros, Juiz das Liberdades..., pp. 294 a 308; Paulo Dá Mesquita, A Prova..., pp. 272 e 273, especificamente nota 72.

<sup>196</sup> Cfr. João Conde Correia, A distinção..., p. 175

<sup>197</sup> Importa salientar que a reforma ditada pela Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto, veio nos termos do n.º 2 do art.º 310º do CPP afirmar, clara e inequivocamente, a independência de regimes “que, pelo menos no plano objectivo, terá de ler-se como prestando homenagem à construção da autonomia dogmática e normativa das proibições de prova face às nulidades. Cfr. Manuel da Costa Andrade, Bruscamente..., p. 139.

Relativamente às consequências processuais das proibições de prova, não só porque estamos a reportarmo-nos ao princípio do contraditório mas a todos os direitos, liberdades e garantias, estamos já perante um vício mais forte do que a nulidade.

Porém, no tocante à consequência processual da proibição de prova a doutrina maioritária comina juridicamente com o vício da nulidade<sup>198</sup>, no que se refere ao acto de apreciar, pois, *prima facie*, as proibições de prova são cominadas com a figura da nulidade<sup>199</sup>, quer na Constituição, quer no CPP.

O tratamento conferido pela doutrina à situação patológica redundando numa nulidade atípica<sup>200</sup> ou *sui generis*<sup>201</sup>, falando-se em nulidade por causa da estatuição do art.º 32º, nº8 da CRP que emprega o termo *nulas*. Todavia, trata-se de uma expressão mais forte e aqui a prova evidente é demonstrada pelo facto de a nulidade insanável se sanar com o trânsito em julgado, enquanto que a proibição de prova pode, ainda, ser fundamento de recurso de revisão<sup>202</sup>, nos termos da al. e) do n.º 1 do art.º 449º do CPP.

---

<sup>198</sup> Relativamente à tese da nulidade do acto que valora prova proibida cfr. Luís Bértolo Rosa, *Consequências Processuais...*, pp. 244 e 245. Tratando-se de um erro de direito apto a fundamentar a impugnação da decisão em sede de recurso cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito...*, p. 463; João Conde Correia, *A distinção...*, p. 192; Paulo de Sousa Mendes, *As proibições de prova...*, p. 151.

<sup>199</sup> A associação de origem constitucional entre nulidades e proibições de prova, fruto da confusão terminológica entre o legislador, a doutrina e a jurisprudência que se entendem com algumas dificuldades, pois falam numa linguagem diversa reciprocamente incompreensível, perfilhando muitas das vezes designações díspares mas que significam a mesma coisa, não explicam suficientemente este fenómeno, em particular no que se refere às consequências processuais sobre as proibições de prova e os seus efeitos sobre a validade do processo. Referimo-nos à autonomia das proibições de prova, desde logo afirmada no art.º 118º, n.º 3 do CPP. O tema exige um estudo de natureza monográfica, pelo que aqui apenas se pretende chamar atenção para dois problemas e que são os de saber se (i) as proibições de prova se integram no regime das nulidades processuais ou constituem um regime jurídico *a se* e se (ii) o efeito da invalidade que resulta dos comandos que prescrevem proibições de prova é o da nulidade ou outro efeito jurídico distinto deste. Relativamente a este último ponto, a tese defendida por Luís Madeira, segundo a qual o efeito jurídico associado às proibições de prova é o da inexistência jurídica (cfr. Luís Pedro Martins de Oliveira, *Da autonomia...*, pp. 279 a 286 e 290.) sai prejudicada quando infere da doutrina de João Correia (cfr. João Conde Correia, *Contributo...*, pp. 117 e 120 a 121.) que o vício da prova proibida resiste ao caso julgado e pode ser invocado a todo o tempo, pois a jurisprudência do STJ tem interpretado a al. e) do n.º 1 do art.º 449º do CPP no sentido de que a revisão pressupõe que o conhecimento do facto constitutivo que origina a prova proibida seja posterior à audiência de julgamento, ou seja, “observar-se-á que o texto legal não estabelece como seu requisito integrante a mera ocorrência de condenação baseada em provas proibidas. Com efeito, ao dispor que a revisão de sentença é admissível quando se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos n.ºs 1 a 3 do art. 126º, a lei estabelece como requisito, a par de condenação baseada em provas proibidas, a circunstância de esse vício só vir a ser conhecido posteriormente à condenação. Não basta, pois, à verificação deste pressuposto de revisão de sentença a ocorrência de condenação baseada em provas proibidas *tout court*.” (Ac. STJ de 28-10-2009, proc. n.º 109/94.8TBEPs-A.S1; no mesmo sentido, cfr. Ac. STJ de 26-11-2009, proc. n.º 103/01.4TBBERG-G.S1). Ou então na formulação restritiva de Paulo Mendes “as nulidades do art. 126.º CPP podem (...) ser atacadas excepcionalmente *depois do trânsito em julgado da decisão final*, caso só fossem descobertas depois disso.” (cfr. Paulo de Sousa Mendes, *As proibições de prova...*, p. 149.) Com efeito, é possível afirmar que nem sempre a prova proibida obsta à formação de caso julgado.

<sup>200</sup> Cfr. João Conde Correia, *A distinção...*, p. 192.

<sup>201</sup> Cfr. Manuel Augusto Meireis, *O regime...*, p. 245.

<sup>202</sup> A al. e) do n.º 1 do art.º 449º do CPP, introduzida pela Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto, veio precisamente afirmar a autonomia dogmática do regime das proibições de prova, assinalando

Se a utilização do termo nulidade, estatuída no art.º 126º do CPP, tem como reflexo imediato a disposição constitucional, na esteira de COSTA ANDRADE, que refere haver uma “imbricação íntima entre as proibições de prova e o regime das nulidades”<sup>203</sup>, PAULO MENDES, que estabelece um regime de especialidade face ao das nulidades<sup>204</sup>, e GERMANO SILVA, que preconiza que o efeito da proibição de prova é análogo ao da nulidade insanável<sup>205</sup>, em tal caso através da especificidade em relação ao regime dos vícios dos actos, podemos ter prova cujo procedimento tendente à sua obtenção é inválido, configurando uma nulidade (como por exemplo, o arguido não ter sido interrogado com observância de todas as suas garantias de defesa ou nos casos dos arts.º 345º, n.ºs 2 e 4 do CPP, como anteriormente expandido e ainda na situação do art.º 58º, n.º 5 do CPP) que implica que a prova não possa ser utilizada. Assim, na perspectiva de que o regime das proibições de prova entronca na categoria<sup>206</sup> específica da nulidade dos actos, o efeito jurídico associado às proibições de prova poderá redundar numa nulidade constitucional quando o procedimento padecer de uma irregularidade, implicando, dessa forma, que a prova não possa ser valorada. Trata-se, uma vez mais, de uma nulidade (constitucional ou não, para tal terá que afectar directamente um direito, liberdade e garantia, o que poderá não suceder) do procedimento tendente à obtenção de prova que implica a proibição de prova, mais concretamente a proibição de valoração.

---

conceptualmente uma diferença relevante no que se refere ao efeito decorrente de uma invalidade que gera uma nulidade relativamente ao efeito decorrente de uma prova proibida. Cfr. Luís Pedro Martins de Oliveira, Da autonomia..., p. 268; João Conde Correia, A distinção..., p. 197; O «Mito...», p. 183.

<sup>203</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade, Sobre as Proibições de Prova..., p. 193.

<sup>204</sup> Cfr. Paulo de Sousa Mendes, As proibições de prova..., p. 149.

<sup>205</sup> Cfr. Germano Marques da Silva, Curso..., vol. II, p. 179.

<sup>206</sup> Não significa isto uma negação da autonomia dogmática das proibições de prova, pois afirmamos uma independência conceptual dos regimes, mas do ponto de vista jurídico, ou seja, no plano das consequências práticas estabelece-se uma clara relação entre as patologias da prova e o regime das nulidades processuais. No entanto, de *iure condendo* o legislador deveria arriscar um conjunto de passos normativos susceptíveis de afirmar uma diferente natureza dos problemas subjacentes a cada uma das figuras, por forma a que os operadores jurídicos não se socorram, para nenhum efeito, na aplicação do art.º 126º do CPP do regime dos arts. 118º e ss. do CPP. Mais do que autonomia dogmática, o que está em causa é a autonomia jurídica, *rectius* uma absoluta separação dos dois regimes (neste sentido, cfr. Luís Pedro Martins de Oliveira, Da autonomia..., pp. 259 e ss.). No plano estritamente jurídico a proposta de uma sanção distinta e específica para as proibições de prova tem toda a razão de ser, uma vez que o regime das nulidades não logra corresponder às respectivas exigências constitucionais. Tenha-se presente que os limites das proibições de prova são intransponíveis, pois correspondem a valores fundamentais assentes na dignidade da pessoa humana e o regime das nulidades não comporta total ineficácia exigida em tais situações.

## X. Conclusões

1. Na Lei fundamental existem normas cujo vector direcional aponta exclusiva ou cumulativamente para o legislador ou governo, para os tribunais ou cidadãos, pelo que a problemática da eficácia jurídica das normas constitucionais no direito processual penal encontra-se directamente relacionada com o sector de poderes jurídicos em que elas se integram.

2. É precisamente em relação a cada sector de poderes jurídicos que o problema da eficácia jurídica das normas constitucionais deve ser analisado, análise essa que deve ser casuística, de modo a que não surjam normas que fiquem inoperantes, com grave prejuízo dos valores ou situações que pretendem tutelar.

3. Para que os direitos fundamentais possam desempenhar a sua função efectiva na realidade social, são necessárias normas que lhes confirmem densidade suficiente. Logo, comportando as normas relativas a direitos, liberdades e garantias uma alta densidade normativa, caracterizadas por um elevado grau de determinação, não necessitam de qualquer mediação do legislador ordinário para produzirem os seus efeitos essenciais, pois no plano fáctico vinculam directamente entidades públicas e privadas.

4. Nesse sentido, a Constituição contém verdadeiras normas jurídicas que, mesmo quando dirigidas e colocadas na disponibilidade do legislador ordinário, proíbem sob pena de inconstitucionalidade material, que aquele exceda ou cerceie o núcleo essencial dos comandos constitucionais.

5. Estabelecendo um elo de ligação entre as normas constitucionais e o princípio da tipicidade das nulidades, verifica-se que a violação dos preceitos constitucionais não se encontra incluída no art.º 118.º, n.º 1 do CPP, compreendendo a sua previsão apenas as disposições da lei processual penal *strictu sensu*. Ficam, assim, de fora os preceitos constitucionais que, por um lado, não se reportando tanto ao formalismo processual, previsto para a categoria de actos, a eles não se estende o princípio da taxatividade e, por outro lado, devido ao seu carácter fundamental, podem ainda ser incluídos no conceito material de lei processual penal, pelo que pode ser abrangida na figura da nulidade a violação de normas constitucionais, designadamente direitos, liberdades e garantias.

6. Se o ordenamento jurídico prevê mecanismos para eliminar as disposições legais que contrastam com as normas constitucionais, *a fortiori*, deve admitir-se a existência de qualquer outro meio destinado a retirar relevância aos actos

processuais violadores de disposições legais que tutelem um princípio constitucional, mesmo quando esse preceito não prevê a nulidade como consequência dessa violação.

7. A ordem jurídica não pode determinar a eliminação das disposições legais contrárias às regras constitucionais e deixar incólumes os actos processuais violadores das disposições legais que acolhem ou concretizam preceitos constitucionais. Nestes casos, o fundamento da nulidade reside no princípio constitucional violado.

8. Considerando que as normas constitucionais constituem o pilar básico ou fundamental do modelo de processo penal de estrutura acusatória, entendemos que qualquer acto que viole direitos ou garantias constitucionalmente consagrados é inválido, variando o grau da respectiva invalidade consoante vigore uma cláusula de imediaticidade applicativa, nos termos do art.º 18.º n.º1 da CRP.

9. Assim, a violação do princípio do contraditório (art.º 327º do CPP concretizado pelo art.º 345º, n.º 4 do CPP) na fase de julgamento constitui uma nulidade insanável, na medida em que corporiza a violação de uma norma constitucional directamente aplicável (arts.º 18º, n.º 1 e 32º, n.º 5 da CRP, na parte em que estabelece que a audiência de julgamento está subordinada aquele princípio) e que, portanto, a lei impõe que vigore plenamente.

10. A Constituição, nas fases preliminares do processo, permite ao legislador ordinário conformar o princípio do contraditório, não possuindo, por isso, uma normatividade qualificada correspondente à ideia de aplicabilidade directa, pelo que é legítimo, quer na fase de inquérito quer na fase de instrução, estabelecer como sanção aplicável uma nulidade sanável ou irregularidade.

## **XI. Bibliografia**

### **Albuquerque, Paulo Pinto de**

- Comentário do Código do Processo Penal, à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 3ª ed., UCP, 2009

### **Alexandrino, José de Melo**

- Direitos Fundamentais, Introdução Geral, Principia, 2007

### **Amodio, Ennio e Dominioni, Oreste**

- Commentario del nuovo código di procedura penale, II, Milano, Giuffrè, 1989

### **Andrade, José Carlos Vieira de**

- Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª ed., 2007

### **Andrade, Manuel da Costa**

- Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, Coimbra Editora, 1992
- Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal, observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido outra, Coimbra Editora, 2009

### **Barreiros, José António**

- A Nova Constituição Processual Penal, *ROA*, ano 48, vol. II, 1988
- Acta n.º 6, de 9.4.1991, *in actas CPP / Figueiredo Dias*

### **Bátista, Luís Osório da Gama e Castro de Oliveira**

- Comentário ao Código do Processo Penal Português, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1932

### **Beleza, Teresa Pizarro**

- Apontamentos de Direito Processual Penal, AAFDL, 1992
- Apontamentos de Direito Processual Penal, II volume, AAFDL, 1993
- Tão amigos que nós eramos: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal Português, *RMP*, 74, Abril-Junho, 1998

### **Bentham, Jeremy**

- An Introduction of the Rationale of Evidence, New York, vol. VI, 1962

### **Bettioli, Giuseppe**

- Direito Penal, vol. I, Coimbra Editora, 1973

**Brito, Mário de**

- Poderes de cognição do tribunal e garantias de defesa, *RMP*, ano 17, n.º 65

**Canotilho, J.J. Gomes**

- Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed., Almedina, 2003

**Canotilho, J.J. Gomes e Moreira, Vital**

- Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, 4ª ed. Coimbra Editora, 2007

**Codeço, Carlos Emílio**

- Dos Inquéritos Preliminares, Athena Editora, Porto, 1979

**Conso, Giovanni**

- Il concetto e le specie d'invalidità, Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processual penali, Milano, Giuffrè, 1972

**Correia, Eduardo**

- Les preuves en droit pénal portugais, *RDES*, 1967

**Correia, João Conde**

- Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais, *in Studia Iuridica*, 44, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, Coimbra Editora, 1999
- A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial, *in Revista do CEJ*, 1º semestre de 2006, nº 4, s/1, Centro de Estudos Judiciários
- O «Mito do Caso Julgado» e a Revisão *Propter Nova*, Coimbra Editora, 2010

**Costa, José de Faria**

- Noções Fundamentais de Direito Penal (*Fragmenta Iuris Poenalis*), Coimbra Editora, 1999

**Creus, Carlos**

- Invalidez de los actos procesales penales, 2ª ed, Astrea, 1997

**Cunha, José Manuel Damião da**

- O Caso Julgado Parcial, Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória, UCP, 2002

**Dantas, António Leones**

- A definição e evolução do objecto do processo no processo penal, *RMP*, ano 16, n.º 63, 1995

**Dias, Jorge de Figueiredo**

- Direito Processual Penal, 1ª ed. 1974, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2004
- A Nova Constituição e o Processo Penal, *ROA*, ano 36, 1976
- Para Uma Reforma Global do Processo Penal Português. Da sua Necessidade e de Algumas Orientações Fundamentais, *in AA. VV.*, Para uma Nova Justiça Penal, Coimbra, Almedina, 1983
- Os Princípios Estruturantes do Processo e a Revisão de 1998 do Código de Processo Penal, *RPPC*, Ano 8, tomo 2, 1998

**Eiras, Henriques**

- Processo Penal Elementar, 8ª ed., Quid Juris, 2010

**Faria, Miguel José**

- Direitos Fundamentais e Direitos do Homem, 3ª ed., Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2001

**Ferreira, Manuel Cavaleiro de**

- Curso de Processo Penal, vol. I, Lisboa, 1955

**Ferreira, Marques**

- Meios de Prova, *in Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal*, *CEJ*, Almedina, Coimbra, 1997

**Fernandes, Paulo Sérgio Leite e Fernandes, Geórgia Bajer**

- Nulidades no Processo Penal, 5ª ed., Malheiros Editores, 2002

**Fonseca, Guilherme da**

- A Defesa dos Direitos, (Princípio Geral da Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais), *BMJ* 344, 1985

**Gonçalves, Manuel Lopes Maia**

- Meios de Prova, *in Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal*, *CEJ*, Almedina, Coimbra, 1997
- Código de Processo Penal, Anotado e Comentado, 11ª ed., Almedina, 1999
- Código de Processo Penal, anotado e comentado, 16ª ed., Almedina, 2007

**Gouveia, Jorge Bacelar**

- Manual De Direito Constitucional, Vol. I, 2ª ed., 2007, Almedina

**Isasca, Frederico**

- Sobre a alteração da qualificação jurídica em processo penal, *RPCC*, Ano 4, n.º 3, 1994, Aequitas, Editorial Notícias

**Latas, António João**

- Mudar a Justiça Penal, Linhas de Reforma do Processo Penal Português, coord. António João Latas, Almedina, 2012

**Leite, André Lamas**

- As Escutas Telefónicas – Algumas Reflexões em Redor do seu Regime e das Consequências Processuais Derivadas da Respectiva Violação, *in* RFDUP, 2004

**Lúcio, Álvaro Laborinho**

- Subjectividade e Motivação no novo Processo Penal Português, *RPCC*, Ano I, fasc. 2, Abril-Junho 1991, Aequitas e Editorial Notícias

**Magistrados do Ministério Público**

- Comentários e notas práticas, Coimbra Editora, 2009

**Malinverni, Alessandro**

- Principi del Processo Penale, Torino, G. Giappichelli Editore, 1972

**Matta, Paulo Saragoça da**

- A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença, *in* Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Coimbra, 2004

**Mata-Mouros, Maria de Fátima**

- Juiz das Liberdades, Desconstrução de um Mito do Processo Penal, Almedina, 2011

**Meireis, Manuel Augusto**

- O regime das provas obtidas pelo agente provocador em Processo Penal, Almedina, Coimbra, 1999

**Mendes, Paulo de Sousa**

- As proibições de Prova no Processo Penal *in* Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Maria Fernanda Palma (coord.), Coimbra, Almedina, 2004

**Mesquita, Paulo Dá**

- Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário, 1ª ed., Coimbra Editora, 2010

- 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

**Miranda, Jorge**

- Manual de Direito Constitucional, tomo II, Constituição, 6<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, 2007
- Manual de Direito Constitucional, tomo IV, Direitos Fundamentais, 4<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, 2008

**Miranda, Jorge e Medeiros, Rui**

- Constituição Portuguesa Anotada, tomo I, Coimbra Editora, 2005
- Constituição Portuguesa Anotada, tomo III, Coimbra Editora, 2007

**Morão, Helena**

- O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português, *RPCC*, Ano 16, 4.º, Coimbra, Coimbra Editora, 2006

**Moura, José Souto de**

- Inexistência e Nulidades Absolutas em Processo Penal, Centro de Estudos Judiciários, 1, 1990-91

**Moutinho, José Lobo**

- Arguido e Imputado no Processo Penal Português, UCP, 2000

**Neves, António Castanheira**

- Questão- de- facto – Questão- de- direito, Coimbra, 1967

**Novais, Jorge Reis**

- As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, 2<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, 2010

**Oliveira, Luís Pedro Martins de**

- Da autonomia do regime das proibições de prova, *in* prova criminal e direito de defesa, coordenação de Teresa Pizarro Beleza e Frederico Lacerda da Costa Pinto, Almedina, 2011

**Patrício, Rui**

- Protecção de Testemunhas em Processo Penal, *in* Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Maria Fernanda Palma (coord.), Coimbra, Almedina, 2004

**Pimenta, José da Costa**

- Introdução ao Processo Penal, Almedina, Coimbra, 1989
- Código de Processo Penal Anotado, Rei dos Livros, 1987
- Código de Processo Penal Anotado, 2ª ed., Rei dos Livros, 1991

**Pinheiro, Rui e Maurício, Artur**

- A Constituição e o Processo Penal, 1ª ed., 1976, Coimbra Editora, 2007

**Pinto, Eduardo Vera-Cruz**

- Curso Livre de Ética e Filosofia do Direito, Principia, 2010

**Pinto, Tolda**

- A tramitação processual penal, 2ª ed., Coimbra Editora, 2001

**Queijo, Maria Elizabeth**

- O direito de não produzir prova contra si mesmo, São Paulo, Saraiva, 2003

**Reis, Pedro**

- Dever de Verdade – Direito de Mentir, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLVIII, n.ºs 1 e 2, Coimbra Editora, 2007

**Rosa, Luís Bértolo**

- Consequências Processuais das Proibições de Prova, *RPPC*, Ano 20, n.º 2, Coimbra Editora, 2010

**Roxin, Claus**

- Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, 2003

**Santiago, Rodrigo**

- Sobre o Dever de Motivação das Respostas aos Quesitos em Processo Penal, *ROA*, ano 43.º, II, 1983
- Reflexões sobre as «declarações do arguido» como meio de prova no Código de Processo Penal de 1987, *RPCC*, Ano 4, fasc. 1, Janeiro-Março, 1994, Aequitas e Editorial Notícias
- Sobre o artigo 4.º do Código de Processo Penal, *in Scientia Iuridica*, Janeiro – Junho 1995 – Tomo XVIV – números 253/255, Universidade do Minho

**Santos, Manuel Simas**

- Qualificação jurídica, alteração, convolução, alteração substancial dos factos, *BMJ*, 423, 1993

**Santos, Manuel Simas e Leal-Henriques, Manuel**

- Código de Processo Penal Anotado, vol. II, 2ª ed., Editora Rei dos Livros, 2004

- Código de Processo Penal Anotado, vol. I, 3ª ed., Rei dos Livros, 2008

**Seiça, António Alberto Medina De**

- O conhecimento probatório do co-arguido, *in Studia Iuridica*, 42, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, Coimbra Editora, 1999

**Silva, Germano Marques da**

- Curso de Processo Penal, vol. I, 6ª ed., Verbo, 2010
- Curso de Processo Penal, vol. II, 5ª ed., 2010
- Curso de Processo Penal, vol. III, 3ª, Editorial Verbo, 2009
- Objecto do Processo Penal: a Qualificação Jurídica dos Factos, Comentário ao “Assento” n.º 2/93, de 21.1.93, *DJ*, Volume III, 1994, tomo I
- A fundamentação das decisões judiciais. A questão da legitimidade democrática dos juízes: uma análise na perspectiva do processo penal, *in DJ*, X, 1996-2
- Produção e Valoração de Prova em Processo Penal *in Revista do CEJ*, 1º semestre de 2006, nº 4, s/1, Centro de Estudos Judiciários

**Silva, Sandra Oliveira e**

- Legalidade da prova e provas proibidas, *RPCC*, ano 21, Outubro-Dezembro 2011, Coimbra Editora

**Soares, António Duarte**

- Convoações, *CJ*, Acs. do STJ, II, 3, 1994

**Tonini, Paolo**

- A Prova no Processo Penal Italiano, tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz, Editora Revista dos Tribunais, 2002

**Valente, Manuel Monteiro Guedes**

- Processo Penal, tomo I, 3ª ed., Almedina, 2010

## **XII. Lista de Jurisprudência Citada**

### **Jurisprudência dos Tribunais da Relação**

- Ac. TRG de 6-01-2003, proc. n.º 906/02-2.<sup>a</sup>
- Ac. TRG de 27-01-2003, proc. n.º 1350/02-2.<sup>a</sup>
- Ac. TRG de 26-01-2004, proc. n.º 1768/03-2.<sup>a</sup>
- Ac. TRG de 27-11-2006, proc. n.º 1176/06-2.<sup>a</sup>
- Ac. TRE de 13-03-2007, proc. n.º 2453/06-1
- Ac. TRP de 3-10-2007, proc. n.º 0713447
- Ac. TRL de 9-09-2008, proc. n.º 4872/2008-5
- Ac. TRE de 8-11-2011, proc. n.º 92/10.4GAENT.E1
- Ac. TRC de 8-02-2012, proc. n.º 223/07.1GCVIS.C1
- Ac. TRP de 23-05-2012, proc. n.º 174/07.0PCCBR.C1

### **Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça**

- Assento n.º 2/93
- Assento n.º 4/93
- Ac. STJ de 30-05-1996, proc. n.º 498/96
- Ac. STJ de 22-3-2001, proc. n.º 353/01-5.<sup>a</sup>
- Ac. STJ de 29-04-2004, CJUSTJ, 2004, II
- Ac. STJ de 18-11-2004, proc. n.º 3272/04-5.<sup>a</sup>
- Ac. STJ de 19-01-2005, proc. n.º 4000/04-3.<sup>a</sup>
- Ac. STJ de 21-12-2005, proc. n.º 4642/03-3.<sup>a</sup>
- Ac. STJ n.º 1/2006
- Ac. STJ de 4-01-2006, proc. n.º 3801/05-3.<sup>a</sup>
- Ac. STJ de 12-07-2006, proc. n.º 1698/06-3 *in* CJ – Acs. STJ, ano XIV, tomo II
- Ac. STJ de 12-10-2006, proc. n.º 2673/06-5.<sup>a</sup>
- Ac. STJ de 18-10-2006, proc. n.º 3045/06-3.<sup>a</sup>
- Ac. STJ de 14-03-2007, proc. n.º 617/07-3.<sup>a</sup>
- Ac. STJ de 15-03-2007, proc. n.º 661/07-5.<sup>a</sup>
- Ac. STJ de 27-05-2009, proc. n.º 1511/05.7PBFAR.S1

- Ac. STJ de 28-10-2009, proc. n.º 109/94.8TBEPS-A.S1
- Ac. STJ de 26-11-2009, proc. n.º 103/01.4TBBRG-G.S1

### **Jurisprudência do Tribunal Constitucional**

- Ac. TC n.º 310/94
- Ac. TC n.º 429/95
- Ac. TC n.º 445/97
- Ac. TC n.º 524/97
- Ac. TC n.º 680/98
- Ac. TC n.º 416/2003
- Ac. TC n.º 607/2003
- Ac. TC n.º 181/2005
- Ac. TC n.º 197/2007
- Ac. TC n.º 133/2010
- Ac. TC n.º 72/2012

## Índice

I.	Introdução	2
II.	Eficácia Jurídica das Normas Constitucionais no Processo Penal	3
III.	Vertente Constitucional da Invalidez Processual Penal	7
IV.	O Princípio da Taxatividade das Nulidades	11
V.	O Fundamento da Invalidez Constitucional	16
VI.	Referência Conclusiva	38
VII.	Caracterização e Regime da Invalidez Constitucional	41
VIII.	Fases Preliminares	41
	VIII.1. Invalidez Constitucional na Fase de Inquérito	42
	VIII.2. Invalidez Constitucional na Fase de Instrução	44
IX.	Articulação entre Invalidades Processuais por Violação dos Direitos Fundamentais e o Regime das Proibições de Prova	47
X.	Conclusões	50
XI.	Bibliografia	52
XII.	Lista de Jurisprudência Citada	59