

Universidade Católica Portuguesa

Mestrado Forense

Dissertação Final

**A (in)admissibilidade das provas proibidas
em processo penal**

Joana Clara Freire Ribeiro – nº 142712026

Orientador: Professor Doutor Henrique Salinas

Data da conclusão: 29/03/2014

1- Introdução

Em sentido estritamente jurídico, a palavra prova pode abarcar desde o próprio meio de prova, até às formas através das quais as partes e/ou os julgadores procuram demonstrar a veracidade dos factos que alegam e mesmo até ao resultado dos actos e operações utilizados na averiguação da verdade. De uma forma geral, podemos afirmar que o sentido jurídico da palavra prova não se encontra substancialmente distante do sentido que lhe é comumente atribuído: a prova consiste na maneira, no meio usado para revelar uma verdade e/ou facto através da percepção sensorial. Na vastidão do direito penal, os assuntos relacionados com a matéria da prova surgem, sem dúvida, como algo de essencial e inevitável. Nas palavras de Germano Marques da Silva:

“A actividade probatória destina-se toda a convencer da existência ou não dos factos que são pressuposto da estatuição da norma.”¹

De facto, a prática do processo penal demonstra constantemente a enorme importância de que essa matéria se reveste, até porque a obtenção e recolha de prova é obviamente algo essencial para a reconstituição da verdade histórica e, consequentemente, para a descoberta da verdade material que constitui um dos principais objectivos do processo penal. Afinal, é com base nas diversas provas apresentadas (sejam elas periciais, testemunhais, documentais, e outros) que se formarão as convicções dos juízes que sustentarão a decisão final. Elas concorrem directamente para a formação da convicção do julgador. O juiz é o destinatário da prova, pois esta destina-se a convencê-lo acerca da exactidão dos factos alegados por uma ou por outra parte. Daí a sua extrema importância para o processo penal, até porque o objecto da prova é o “facto juridicamente relevante”, segundo as palavras de Paulo Pinto de Albuquerque². E sabendo precisamente isso, durante os processos o mais comum é verem-se as partes atarefadas procurando reunir o máximo possível de provas susceptíveis de apoiarem as suas pretensões. E situação diferente não seria de esperar, uma vez que o direito à prova é um direito fundamental das partes em processo penal. Nas palavras do Professor Germano Marques da Silva, cada um dos sujeitos processuais tem o direito de “participar activamente na produção de prova, quer requerendo a sua admissão no processo, quer participando na sua produção.”³

No entanto, não obstante a sua extrema importância, a faculdade de recolher e apresentar provas não é um direito absoluto, mas encontra-se antes limitada por direitos fundamentais. As limitações que se impõem ao direito fundamental de reunir e apresentar provas prendem-se no fundo com os limites que se impõem a um dos principais objectivos do processo penal: a maior aproximação possível com a verdade com vista a uma decisão justa que consiga manter ao

¹ MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal*, Volume II, 4. ed., editorial Verbo, 2008, p. 110.

² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4. ed. actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 329.

³ MARQUES DA SILVA, Germano, *op. cit.*, p. 133.

máximo a paz social. Isto porque sendo a protecção penal simultaneamente um direito e um dever fundamental, o processo penal possui um carácter garantístico-funcional.

Uma das grandes limitações traçadas no domínio do direito fundamental de cada parte à reunião e apresentação de provas em processo penal é, indiscutivelmente, aquela que diz respeito à inadmissibilidade das provas proibidas. Este princípio tem como finalidade regular as situações nas quais existe uma colisão entre o direito e o dever do Estado a exercer uma tutela penal efectiva reunindo e apresentando provas em favor das suas alegações e o direito do(s) arguido(s) a verem respeitados os seus direitos mais básicos inerentes à dignidade humana que devem ser protegidos e preservados mesmo no âmbito de um processo penal. E o eminente penalista Figueiredo Dias define mesmo as proibições de prova como requisitos indispensáveis para alcançar a verdade material:

“ (...) os fundamentos do direito processual penal (são), simultaneamente, os alicerces constitucionais do estado. (...) Daqui resultam, entre outras, as exigências correntes: de uma estrita e minuciosa regulamentação legal de qualquer indispensável intromissão, no decurso do processo, na esfera dos direitos do cidadão constitucionalmente garantidos; (...) de proibições de prova obtidas com violação da autonomia ética da pessoa (...) A legalidade dos meios de prova, bem como as regras gerais de produção de prova e as chamadas proibições de prova (...) são condições da validade processual da prova e, por isso mesmo, critérios da própria verdade material.”⁴

No entanto, tal como a faculdade fundamental de recolher e apresentar provas não é absoluta e ilimitada, também o princípio da inadmissibilidade da prova proibida não é absoluto e ilimitado. Como veremos, apesar deste princípio ser aplicado na maioria dos ordenamentos jurídicos, tal não acontece em todos eles e existem diversas teorias que vão desde a defesa de que este princípio da inadmissibilidade da prova proibida deveria ser absoluto e sem excepções (teoria obstativa) até à teoria diametralmente oposta que defende que todas as provas, independentemente do meio pelo qual foram obtidas, devem ser admitidas e valoradas em processo penal (teoria permissiva). Existem ainda diversas teorias intermédias (*pro reo, pro societate*, teoria da proporcionalidade) relativamente a esta mesma questão que é tão problemática como importante, pois a admissão ou não de determinada prova em tribunal pode ser decisiva para a formação da convicção do juiz em certo sentido, uma vez que, tal como afirma o artigo 341º do Código Civil⁵ nacional, as provas têm como propósito a demonstração da realidade dos factos:

“A decisão final, meta a que se dirige o processo, consta, por isso, de duas partes: a verificação dos factos que condicionam a aplicação do Direito e a aplicação do Direito. A actividade probatória destina-se toda a convencer da existência ou não dos factos que são pressuposto da estatuição da norma. (...) A prova, entendida como actividade

⁴ DIAS, Jorge De Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Primeiro Volume, Coimbra Editora, Coimbra, 1981, p. 74-75 e 197.

⁵ Doravante, CC.

*probatória, é também garantia da realização de um processo justo, de eliminação do arbítrio, quer enquanto a demonstração da realidade dos factos não há-de procurar-se a qualquer preço, mas apenas através de meios lícitos, quer enquanto através da obrigatoriedade de fundamentação de decisões de facto permite a sua fiscalização através dos diversos mecanismos de controlo de que dispõe a sociedade.*⁶

Assim, o propósito desta dissertação é o de fornecer um panorama geral acerca das principais teorias que defendem a admissibilidade ou não das provas proibidas em processo penal, bem como das posições de alguns ordenamentos jurídicos e respectiva jurisprudência acerca deste assunto.

2 – Teorias acerca da (in)admissibilidade da prova proibida em processo penal

2.1 – Teoria obstativa

Conforme a sua designação indica, a teoria obstativa é aquela que obsta, ou seja, que impede ou que se opõe a algo. Como tal, não é difícil descortinar que esta teoria defende precisamente a rejeição e a inadmissibilidade de toda e qualquer prova obtida por meios considerados ilícitos, ou seja, de provas proibidas.⁷ Segundo a teoria obstativa, a partir do momento em que uma dada prova foi obtida através da violação das normas reguladoras, isso significa que essa prova jamais poderá ser aceite e valorada no processo, ela jamais poderá servir para formar a convicção dos juízes. Esta teoria afirma que o direito não deve nunca proteger alguém que, prejudicando outrem, tenha transgredido uma prescrição legal para conseguir uma determinada prova.⁸ Os seus defensores entendem também que o processo penal não deve nunca ser encarado como algo cujo principal propósito é descobrir a verdade material e factual a qualquer custo, mas apenas através de meios legalmente válidos e aceitáveis.⁹ É também de referir que a teoria obstativa não atribui importância ao “peso” de cada direito em debate.¹⁰ Se a prova em questão foi obtida por meios considerados proibidos, então não importa o quão importante seja o direito que se pretenda defender com a recolha daquela prova nem quão pouco importante seja o direito que a lei protege com a qualificação daquela prova como proibida. Para a teoria obstativa nada disso releva, uma vez que ela aceita plenamente que as proibições de prova podem actuar como obstáculos à descoberta da verdade em processo penal. Caso a prova seja considerada proibida, então ela será sempre inadmissível. Imagine-se que um arguido enfrenta um processo penal por homicídio qualificado e que a única forma de provar que o arguido cometeu de facto o crime é através de uma gravação na qual se pode observar claramente e com todos os pormenores o arguido a efectuar o homicídio. No entanto,

⁶ MARQUES DA SILVA, Germano, *op. cit.*, p. 110-111.

⁷ SILVA, Bárbara Grayce Carvalho da, *Admissibilidade das provas ilícitas no processo penal*, Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Universidade Potiguar – UnP, Natal, 2008, disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos3/admissibilidade-provas-ilicitas-processo-penal/admissibilidade-provas-ilicitas-processo-penal.shtml> e <http://br.monografias.com/trabalhos3/admissibilidade-provas-ilicitas-processo-penal/admissibilidade-provas-ilicitas-processo-penal2.shtml>.

⁸ *Ibidem.*

⁹ MARQUES DA SILVA, Germano, *op. cit.*, p. 138.

¹⁰ SILVA, Bárbara Grayce Carvalho da, *Ibidem.*

sucedem que essa gravação, apesar de autêntica, foi obtida através da intromissão ilegal no domicílio do arguido e sem a sua autorização, sendo que consubstancia uma prova proibida nos termos do artigo 126º número 3 do Código de Processo Penal¹¹ nacional e uma violação do direito à inviolabilidade do domicílio, à imagem e à privacidade nos termos dos artigos 26º e 34º da Constituição da República Portuguesa¹², seguindo as posições do ordenamento jurídico Português¹³. No entanto, a vítima do homicídio praticado pelo arguido viu o seu direito mais básico e fundamental – o direito à vida – ser violado. Qual dos bens jurídicos e direitos fundamentais em confronto deveria prevalecer? Segundo a teoria obstativa, apesar da importância inegável do direito à vida e do grande valor probatório que uma gravação da prática do facto possa ter, mesmo assim o juiz não deveria nunca admitir as provas proibidas no processo e muito menos permitir que elas pudessem vir a basear a sua convicção. Trata-se de uma solução que pode surgir como bastante discutível, mas para os defensores da teoria obstativa nunca outra hipótese se colocaria. E isto porque defender o contrário daria azo a uma deriva perigosa que poderia culminar numa sociedade de estilo “big brother” na qual todos vigiaríamos todos em busca de supostos crimes, prejudicando-se assim bens e valores tão essenciais como os direitos fundamentais à privacidade, à inviolabilidade do domicílio, etc.¹⁴ Para os defensores da teoria obstativa, estes e outros direitos fundamentais devem ser sempre salvaguardados:

“(…) para sustentar-se a inadmissibilidade de uma prova em juízo, basta o fato de que tenha sido ela obtida ilegalmente, violando-se normas jurídicas de qualquer natureza. Especialmente quando estas normas tenham sido postas para proteger direitos fundamentais, vulnerados através da obtenção, processual ou extraprocessual, da referida prova.”¹⁵

Ou seja, adoptando a perspectiva dos apoiantes da teoria obstativa, de facto, se pode parecer que aceitar como prova uma gravação ilícita como única forma de condenar e deter um homicida é algo de razoável e até justo, na realidade tal situação abriria um precedente que correria o risco de dar origem a outras situações de justiça muito mais duvidosa e sob as quais se poderiam esconder os maiores atropelos aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo sob o pretexto de descobrir a verdade e condenar o criminoso a todo o custo. Conforme afirma Hassemer, seguindo a orientação de Radbruch, “a perda de dignidade que o estado a si mesmo inflige” ao violar as proibições de prova significa “o encurtamento da distância ética que deve subsistir entre a perseguição do crime e o próprio crime. O Estado (...) expõe-se ao perigo da erosão daquela superioridade moral do processo penal que constitui a justificação das medidas coercivas que

¹¹ Doravante, CPP.

¹² Doravante, CRP.

¹³ Que analisaremos de forma mais profunda *infra*, no capítulo 4.

¹⁴ V. *infra*, referência e nota à margem 19 (n. m. 19).

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefónicas*, 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, p. 109, citada em: FARAH, Geisa Matos, *Prova ilícita e sua aplicação no processo penal*, São Paulo, 2008, p. 38, disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/849/826>.

nele podem vir a ser aplicadas.”¹⁶ Outro dos apoiantes desta teoria é Francisco das Chagas Lima Filho, que afirma em defesa dela que:

*"A prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais altos e relevantes que possam se apresentar os fatos apurados."*¹⁷

Também a creditada processualista Brasileira Ada Pellegrini Grinover¹⁸ é adepta da teoria obstativa, tal como o jurista Espanhol Jacobo López Barja de Quiroga.¹⁹ Certos apoiantes mais acérrimos a teoria obstativa, como Heleno Cláudio Fragoso e José Frederico Marques, chegam mesmo a declarar que é preferível que um crime fique impune do que atribuir-se eficácia à prova que o desvendou quando esta for colhida com violação dos direitos fundamentais do acusado.²⁰ A teoria obstativa defende assim que a única forma verdadeiramente eficaz de evitar os abusos na obtenção de provas é sancioná-los com a pura e simples inadmissibilidade de toda a prova recolhida ou produzida de maneira ilícita. A prova proibida deve ser sempre recusada em nome não apenas da preservação e do respeito pelos preceitos do direito positivo, mas também da protecção e da defesa dos direitos e garantias individuais reconhecidos em grande parte das Constituições. A teoria obstativa argumenta que estes preceitos Constitucionais possuem relevância para o processo, porque se estes direitos e garantias servem a manutenção da paz social, da ordem e bem-estar pública, a boa condução do processo, e outros, então todos os actos processuais que sejam contrários ou que de alguma forma violem estes preceitos devem ser ineficazes. Na realidade, segundo os defensores desta teoria, a não admissão das provas proibidas contribui também para a credibilidade da actividade probatória:

"Poderia considerar-se, e assim o foi geralmente no passado ainda recente, que uma coisa é o interesse da Justiça, da descoberta da verdade, outra a violação dos direitos das pessoas, sempre da responsabilidade individual de quem as pratica, mas que não pode afectar a realização da Justiça, que é de natureza supra-individual. Por isso que neste entendimento os elementos de prova, ainda que obtidos de modo ilegal, seriam sempre utilizados, mas os violadores da lei seriam punidos pelos seus actos. Verificou-se, porém, que muitas vezes a prova obtida por meios ilícitos não tinha

¹⁶ COSTA ANDRADE, Manuel, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 73.

¹⁷ LIMA FILHO, Francisco das Chagas, *Provas Ilícitas - Repertório IOB de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial*, São Paulo, nº 14/98, p. 288-296, 2ª quinzena de Julho de 1998 citado em: SILVA, Bárbara Grayce Carvalho da, *Admissibilidade das provas ilícitas no processo penal*, Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Universidade Potiguar – UnP, Natal, 2008, disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos3/admissibilidade-provas-ilicitas-processo-penal/admissibilidade-provas-ilicitas-processo-penal.shtml> e <http://br.monografias.com/trabalhos3/admissibilidade-provas-ilicitas-processo-penal/admissibilidade-provas-ilicitas-processo-penal2.shtml>.

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, *As nulidades no processo penal*, 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 24, citada em: SILVA, Bárbara Grayce Carvalho da, *op. cit.*

¹⁹ Citado em: MARQUES DA SILVA, Germano, *op. cit.*, p. 140.

²⁰ Citados em: COSTA, Carlos Fernando da Cunha, *O Princípio da Proporcionalidade e a Validade das Provas Ilícitas colhidas no Inquérito Policial*, Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 9 Out. de 2007, disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos912/o-principio-proporcionalidade/o-principio-proporcionalidade2.shtml> e <http://br.monografias.com/trabalhos912/o-principio-proporcionalidade/o-principio-proporcionalidade.shtml>.

credibilidade dado que se o agente não respeitava a lei que lhe proibia a prática de certos actos, ainda que com o fim de perseguir os criminosos, era a própria actuação do agente que perdia credibilidade na sua própria actuação e por isso também que não merecesse confiança a prova obtida dessa forma; se o agente violava a lei na forma de proceder, porque não a violaria também na substância da própria prova, falsificando-a, por exemplo? Assim, por exemplo, se a busca domiciliária era proibida e o agente de polícia não respeitava a proibição, como confiar que a prova recolhida nessa busca não fosse também objecto de falsificação por parte do mesmo agente policial? ”²¹

2.2 – Teoria permissiva

Tal como sucedia com a teoria obstativa, também aqui a designação é reveladora. De facto, a teoria permissiva defende que todas as provas devem ser sempre reconhecidas como válidas e eficazes, sendo portanto sempre valoradas e utilizadas para formar a convicção do juiz, independentemente da forma ou dos meios através dos quais foram obtidas. Esta teoria baseia-se na assunção de que a descoberta da verdade deve ser algo de primordial e de prioritário para a actividade da justiça.²² Aqui encontramos a já antiga disputa acerca de qual deve ser a “verdade” prosseguida pelo processo penal: se a verdade material a todo o custo, ou seja, aquela que esteja o mais próxima possível da verdade factual, independentemente dos meios necessários para a atingir; ou se antes a mera verdade processual, quer dizer, aquela que apesar de procurar alcançar a verdade material se conforma com os limites que lhe são impostos pelos direitos e garantias fundamentais das partes envolvidas no processo. Segundo a teoria permissiva, o processo penal deve ter entre os seus objectivos principais deslindar a verdade material, sendo que os direitos e garantias das partes devem ser acautelados de outras formas e por outras vias que não retirem eficácia ao processo penal nem o impeçam de ser um meio essencial para a descoberta da verdade factual e para a aplicação correcta da justiça.

Afinal de contas, o juiz que detenha o conhecimento mais completo possível acerca da verdade material e factual sobre um certo caso está em melhores condições para decidir de forma justa do que o juiz que não detenha esse conhecimento ou que o detenha em menor medida. Assim, a teoria permissiva criaria as melhores condições possíveis para uma correcta aplicação da justiça, pois muniria os juízes de um mais amplo conhecimento acerca das situações sobre as quais eles ditam as sentenças. A teoria permissiva tornaria o processo penal num instrumento verdadeiramente eficaz e frutuoso no combate à criminalidade, ao mesmo tempo que desencorajaria os infractores da prática de crimes, pois eles saberiam que quaisquer provas, mesmo contra si, poderiam vir a ser admitidas e utilizadas em tribunal. Assim, alguém que pense praticar um crime no interior do seu domicílio durante a noite pode ser tentado a hesitar na sua execução se a teoria seguida pelos tribunais for a permissiva, pois basta que alguém consiga, por qualquer meio, captar uma filmagem ou fotografia da prática desse crime para que essa prova possa ser valorada e tida em consideração pelo tribunal. E o mesmo se aplica ao caso do líder de uma quadrilha que planeie e dirija furtos e roubos através do contacto telefónico com outros

²¹ MARQUES DA SILVA, Germano, *op. cit.*, p. 141.

²² SILVA, Bárbara Grayce Carvalho da, *op. cit.*

membros do seu bando. Os defensores da teoria permissiva entendem que essas gravações devem sempre ser admitidas em processo penal, independentemente das condições e meios através dos quais foram obtidas, pois constituem provas contundentes que permitirão ao juiz formar uma convicção correcta e ditar uma sentença o mais justa possível. E estes exemplos fornecidos por nós apenas lidam com casos nos quais é de presumir que os direitos e garantias protegidos pelo princípio da inadmissibilidade das provas proibidas mereçam menos tutela judicial e sejam de relevância social inferior aos que são protegidos pela admissão das provas tidas como proibidas. Mas mesmo nas situações em que sucede o oposto, tal não refreia os apoiantes da teoria permissiva de considerarem que o tribunal deve sempre valorar e usar as referidas provas para formar a sua convicção. É esta característica que distingue a teoria permissiva das teorias intermédias, pois estas últimas defendem sempre que poderão existir situações nas quais os bens jurídicos e direitos protegidos pelo princípio da inadmissibilidade das provas proibidas sejam de valor superior àqueles que seriam salvaguardados pela sua admissão no processo penal e, portanto, se tal for o caso, as provas proibidas não deverão ser valoradas nem admitidas no processo. A teoria permissiva argumenta que o facto de determinada prova ter sido obtida de forma que a torne proibida não lhe retira de forma nenhuma o valor de elemento indispensável para formar a convicção do juiz.²³ Segundo esta teoria, a constatação de que determinada prova foi recolhida e obtida através da violação de direitos fundamentais do acusado não deve ser sinónimo de que se deva rejeitar essa prova sem mais, pois se ela é apta a demonstrar a verdade – seja ela qual for – então essa aptidão deve ser aproveitada para bem da eficácia da justiça. A teoria permissiva observa ainda que não fará sentido excluir uma prova proibida de ser aceite de forma válida e eficaz no processo, porque a ilicitude que a acompanha diz respeito ao meio de obtenção e não ao seu conteúdo em si.²⁴ Ou seja, no que respeita à credibilidade da prova e à sua importância para a descoberta da verdade, tal deve ser avaliado pelo juiz com isenção de qualquer tipo de preconceitos relativos aos meios através dos quais foi obtida a prova em questão. Assim, considera-se como razoável que o teor do elemento probatório possa contribuir para a formação da convicção do julgador. Deste modo, a partir do momento em que a principal finalidade do processo penal é a busca pela verdade o mais próxima possível da realidade factual, se a prova obtida de forma ilícita for idónea para mostrar ao juiz esta verdade, então essa prova não deverá ser excluída do processo.²⁵

A teoria permissiva é defendida por juristas Brasileiros como Helio Tornaghi, Fernando de Almeida Pedroso e Hermenegildo de Souza Rego, entre outros.²⁶ De facto, apesar do vivo repúdio que a teoria permissiva merece da parte de alguns sectores da doutrina nacional e até da própria CRP (no seu artigo 32º número 8), a verdade é que ela tem defensores. Os apoiantes desta teoria argumentam que é preferível admitir uma prova dita proibida do que deixar um criminoso esconder-se atrás dos direitos e garantias individuais com a finalidade de praticar delitos impunemente. Tal situação em nada protegeria esses mesmos direitos e garantias, mas antes contribuiria para os descredibilizar, desvirtuar,

²³ *Ibidem.*

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ COSTA, Carlos Fernando da Cunha, *op. cit.*

corromper e esvaziar do seu conteúdo e finalidade de assegurar a dignidade humana e de preservar o Estado de Direito democrático. Afinal de contas, permitir que os direitos e as garantias fundamentais possam ser livremente utilizados pelos infractores com o propósito de escapar à justiça traduzir-se-ia numa deturpação aberrante dos nobres objectivos desses mesmos direitos e garantias. Como afirmou Fernando de Almeida Pedroso:

*“Se o fim precípua do processo é a descoberta da verdade real, aceitável é que, se a prova ilicitamente obtida mostrar essa verdade, seja ela admissível, sem olvidar-se o Estado da persecução criminal contra o agente que infringiu as disposições legais e os direitos do réu.”*²⁷

E os defensores desta teoria argumentam ainda que não se pode deduzir de tudo isto que a teoria permissiva é indiferente à protecção dos direitos e à dignidade humana do acusado. Na verdade, segundo eles, apesar da validade e eficácia das referidas provas – que deverão ser sempre admitidas e valoradas no processo – aquele que as obteve por meios ilícitos ficará sujeito às sanções previstas pela violação cometida, uma vez que são coisas distintas a utilização da prova e o apuramento da prática infractora quanto à sua recolha e obtenção.²⁸ Ou seja, o infractor será sempre penalizado pelo ilícito praticado. Isto significa que a pessoa que obtiver uma prova de maneira ilícita que a configure como “prova proibida” deverá ser punida caso a sua conduta caracterize uma infracção.

Como facto de interesse, salientamos que, a nível mundial, um dos ordenamentos jurídicos cujas posições e prática se aproximam mais da teoria permissiva pura é o Israelita.²⁹ Esta situação deve-se, em grande parte, ao entendimento dos órgãos judiciais do estado Judaico de que uma maior admissibilidade de provas no processo penal é um meio eficaz para garantir a segurança e tutela efectiva da sociedade e dos cidadãos no contexto de um país que se encontra em estado de guerra contínuo desde há várias décadas. Foi assim que, em 1996, o Supremo Tribunal de Israel decidiu que nos casos de interrogatório de suspeitos de terrorismo, as provas obtidas podem ser valoradas e admitidas no processo mesmo que durante esse interrogatório o arguido tenha sido submetido a certo grau de violência.³⁰

2.3 – Teoria da admissibilidade da prova proibida *pro reo*

Após termos descrito e analisado as teorias obstativa e permissiva que constituem as duas posições mais extremadas, vamos agora passar às teorias e posições intermédias acerca desta problemática. Começemos pela teoria da

²⁷ PEDROSO, Fernando de Almeida, *Processo Penal: O Direito de Defesa - Repercussão, amplitude e limites*, Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 163, citado em: SILVA, Bárbara Grayce Carvalho da, *op. cit.*

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 197, disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20THIAGO%20ANDR%C3%89%20PIEROBOM%20DE%20C3%81VILA-%20Provas%20II%C3%ADcitas.pdf>.

³⁰ *Ibidem.*

admissibilidade da prova proibida *pro reo*. Esta teoria defende que a prova proibida deve ser sempre acolhida e validada em processo penal desde que seja favorável aos interesses e pretensões do acusado. Ou seja, apesar de ter sido reunida através de meios ilícitos, entende-se que deve mesmo assim ser considerada e usada para formar a convicção do julgador, uma vez que tal será favorável ao arguido. Esta teoria tem acolhido bastantes adeptos não apenas na doutrina mas também no seio da jurisprudência. Este acolhimento funda-se na obediência ao direito de defesa e ao princípio *favor rei*. Os defensores da teoria *pro reo* vêem nela uma alternativa aceitável e apta a mitigar o rigor da teoria obstativa que advoga a rejeição pura e simples das provas proibidas independentemente de tudo o mais.

De facto, segundo os que adoptam esta teoria, o estado de direito democrático não poderia nunca aceitar uma situação na qual um inocente pudesse vir a ser condenado porque, apesar de ter conseguido reunir provas susceptíveis de convencer o juiz da sua inocência, tais provas não possam ser admitidas e valoradas porque elas foram obtidas por meios que as tornam provas proibidas. Ao não se admitirem tais provas com base na teoria obstativa e no princípio da inadmissibilidade das provas proibidas, tal situação traduzir-se-ia numa grave violação dos direitos e garantias do arguido, nomeadamente do seu direito de defesa. Num caso assim, o acusado encontrar-se-ia em estado de necessidade - que é uma das causas de exclusão de ilicitude - vendo-se pois obrigado ao uso e recolha de prova ilícita em defesa da sua liberdade. Assim, a admissibilidade da prova proibida *pro reo* constituirá uma excepção considerada legítima ao princípio da inadmissibilidade das provas proibidas, pois tem como propósito comprovar a inocência de um acusado. De facto, a garantia da inadmissibilidade da prova proibida constitui uma protecção dos direitos fundamentais do indivíduo perante o poder punitivo arbitrário do estado através do exercício de um efeito dissuasório. Assim, ao termos de optar entre um direito como, por exemplo, o direito à intimidade da vida privada, ao sigilo da correspondência e comunicações, etc., ou o direito à liberdade e à própria vida, sem dúvida que estes últimos se impõem como merecedores de uma protecção muito mais importante do que os primeiros. Nem seria razoável sugerir o contrário. Afinal de contas, não podemos nunca esquecer que a dignidade da pessoa humana deve ser o valor em redor do qual gira toda a ordem jurídica, que deve – juntamente com o Estado – garantir sempre a sua máxima preservação. Assim, no caso particular da prova proibida *pro reo*, o que se encontra em causa é a ponderação da dignidade da pessoa do arguido, que se arriscará a perder a liberdade durante vários anos da sua vida devido a uma interpretação errada dos factos pelo julgador. Temos pois, que neste caso o acusado se encontra num verdadeiro estado de necessidade, o que exclui a ilicitude. O jurista Brasileiro José Carlos Barbosa Moreira, um defensor desta teoria, afirma que:

“É possível a utilização de prova favorável ao acusado ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, quando indispensáveis, e, quando produzida pelo próprio interessado (como a de gravação de

conversação telefônica, em caso de extorsão, p. ex.), traduzindo a hipótese de estado de necessidade, que exclui a ilicitude.”³¹

A teoria *pro reo*, tal como as restantes teorias intermédias, baseia-se no princípio da proporcionalidade que permite sustentar a possibilidade de admissão de provas proibidas obtidas através da violação de direitos fundamentais das partes com o intuito de favorecer o arguido. Este princípio da proporcionalidade está ligado à conhecida “teoria do direito prevalecente” segundo a qual em cada caso concreto deve prevalecer o princípio mais importante ou o que é mais necessário proteger. Essencialmente, o princípio da proporcionalidade busca a harmonia e o equilíbrio possíveis entre os direitos individuais fundamentais de cada indivíduo e os interesses sociais colectivos. Apesar de se reconhecer que uma dada prova é proibida atendendo ao meio como foi obtida, concede-se no entanto que ela seja aceite e valorada no processo penal tendo em consideração o interesse social que está contido no direito de defesa do arguido. Como afirma Ada Pellegrini Grinover:

“Os direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de sua convivência, que exige a interpretação harmônica e global das liberdades constitucionais.”

³²

Por outro lado, é importante notar que esta aplicação do princípio da proporcionalidade ainda não encontra na teoria *pro reo* a sua máxima expressão; tal apenas vai suceder na teoria da proporcionalidade que estudaremos mais adiante. No entanto, conforme afirmou Antônio Scarance Fernandes, na teoria *pro reo*:

*“Já se começa a admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade, ou da ponderação quanto a inadmissibilidade da prova ilícita. Se a prova foi obtida para resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor do que aquele a ser resguardado, não há que se falar em ilicitude e, portanto, inexistira a restrição da inadmissibilidade da prova ilícita.”*³³

Na verdade, conforme já referimos, a teoria *pro reo* está apta a colher bastantes opiniões favoráveis a seu respeito no âmbito da doutrina e da jurisprudência porque ela surge como estando em consonância com o direito de defesa do arguido e do princípio *favor rei* que, não o esqueçamos, são protegidos pela CRP em geral mas muito especialmente no contexto do processo penal, onde eles constituem uma verdadeira pedra basilar dos direitos e garantias do arguido sem o qual os outros de pouco valeriam. Luiz Francisco Torquato Avolio recorda que:

³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *A Constituição e as Provas Ilícitas Adquiridas*, Revista da Ajuris, 68/13.

³² GRINOVER, Ada Pellegrini, *op. cit.* p. 140, citada em: SILVA, Bárbara Grayce Carvalho da, *op. cit.*

³³ FERNANDES, Antônio Scarance, *Justiça Penal, Críticas e Sugestões*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 12, citado em: SILVA, Bárbara Grayce Carvalho da, *op. cit.*

“A aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forma prioritária no processo penal, onde impera o princípio do favor rei, é de aceitação praticamente unânime na doutrina e na jurisprudência.”³⁴

Concluindo, para a teoria *pro reo* não se pode conceber a regra da exclusão das provas ilícitas de forma absoluta e incondicional, mas deve-se autorizar que sejam admitidas, utilizadas e valoradas no processo penal as provas consideradas proibidas desde que seja em benefício da defesa e das pretensões e interesses do arguido. Quer dizer, a prova proibida obtida através da violação de direitos fundamentais, se tem como propósito provar a inocência do acusado (adequação), sendo a única maneira de este conseguir provar a sua inocência (necessidade) e se o bem jurídico a proteger for de valor igual ou superior ao bem jurídico violado, então os juízes devem aceitar a prova como válida em nome do princípio da proporcionalidade. E isto porque, na verdade, a aplicação deste princípio da proporcionalidade a certa prova concretiza a eliminação da antinomia da violação da norma de direito substantivo com o ordenamento jurídico como um todo. Ou seja, apesar de em termos formais a conduta violar uma regra de direito substantivo, na realidade o princípio da proporcionalidade acaba por legitimar e “legalizar” a conduta.

É claro que, para os apoiantes desta teoria, nunca é demais repetir que, tal como sucede com todas as outras teorias intermédias quanto à admissibilidade ou não de provas proibidas em processo penal, também a teoria *pro reo* exige que antes de serem admitidas, as provas têm de superar com sucesso o teste da verificação da ponderação dos bens e interesses jurídicos em jogo. Por exemplo, se para conseguir provar a sua inocência num processo por fraude fiscal livrando-se de uma sanção leve, o acusado obtém prova através de ofensa à integridade física, então neste caso a teoria *pro reo* não será aceitável, pois os bens que se pretendem proteger são muito inferiores aos bens jurídicos violados. Por isso, apesar de os requisitos da necessidade e adequação estarem preenchidos, o juiz não deve admitir a prova assim obtida. Já o mesmo não se poderia dizer no caso de ocorrência de uma situação bastante mais dramática. Imagine-se que num país onde a pena de morte está incluída no ordenamento jurídico e é regularmente aplicada, o arguido apenas consegue demonstrar a sua inocência e evitar a sua execução caso obtenha uma prova que só poderá ser alcançada através de uma ofensa à integridade física. Nesta situação, para os defensores da teoria *pro reo*, o julgador deve aceitar a prova obtida pois o bem jurídico vida que o acusado pretende proteger é mesmo assim superior ao bem jurídico integridade física. Mas é óbvio que este se trata de um caso absolutamente excepcional. A imensa maioria das ocorrências da vida real no contexto das quais a problemática da admissibilidade ou não de provas proibidas vem ao de cima em geral não inclui situações tão extremadas, pelo que em princípio não se admitirão provas proibidas que tenham sido obtidas graças à violação de um bem jurídico tão importante como a integridade física. Da mesma forma, em geral não se admitirão provas que tenham sido conseguidas através de hipnose, através de consumo de estupefacientes, através do chamado “detector de mentiras”, e

³⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 66, citado em: SILVA, Bárbara Grayce Carvalho da, *op. cit.*

outros. E isto porque este tipo de métodos de prova afectam a dignidade da pessoa humana e, portanto, geralmente não conseguirão ser bem-sucedidos a ultrapassar o crivo da ponderação dos bens e valores jurídicos conforme é exigido pelo princípio da proporcionalidade. Por outro lado, os defensores da teoria *pro reo* recordam que o julgador deve sempre analisar a adequação e a necessidade da prova proibida *pro reo*, pois se concluir que essa prova não se encontra apta a demonstrar a inocência do acusado ou que, apesar dessa prova demonstrar a sua inocência, existiam outros meios de prova que alcançariam o mesmo resultado com consequências menos gravosas, então ele não admitirá a referida prova.

2.4 – Teoria da admissibilidade da prova proibida *pro societate*

Resumidamente, a teoria *pro societate* afirma que, em certas condições, deverão ser admitidas provas proibidas em processo penal, desde que estas sejam o único meio de fazer prevalecer certos interesses relevantes da sociedade, como por exemplo o interesse em punir os criminosos através do aparelho estatal ou o direito à legítima defesa. Contrariamente ao que ocorre com a teoria *pro reo*, a teoria da admissibilidade da prova proibida *pro societate* não é de entendimento tão pacífico.

Conforme sabemos, a garantia da inadmissibilidade das provas proibidas e ilícitas não é algo exclusivo do processo penal, mas é antes comum a outros processos tais como o civil, o laboral, e outros. No entanto, convém lembrar que enquanto nestes últimos estão em jogo interesses predominantemente privados, no processo penal estão em jogo interesses e bens jurídicos cujo elevado valor os torna mais susceptíveis de levarem à relativização da inadmissibilidade da prova proibida. E, paradoxalmente, não se pode ignorar que, precisamente pela mesma razão, também é no processo penal que se encontram as maiores justificações para essa mesma garantia de inadmissibilidade. As teorias intermédias relativamente à admissibilidade ou não das provas proibidas em processo penal baseiam-se, em grande medida, na noção de que não deverão existir valores absolutos que devam sempre prevalecer sobre outros em toda e qualquer ocasião. É necessário, pois, encontrar uma forma de compatibilizar o dever do Estado a perseguir a criminalidade com os direitos fundamentais do indivíduo. Ou seja, segundo as teorias intermédias, não se pode considerar nem que o direito de defesa é sempre superior ao dever estatal de protecção penal nem o contrário. Devemos antes analisar e constatar em cada caso concreto qual deles deve prevalecer.

Conforme já referimos, esta teoria *pro societate* é frequentemente rejeitada com o pretexto de que a sua aplicação conduziria a uma deriva securitária de contornos autoritários em que o poder punitivo do estado seria tudo e os direitos fundamentais do indivíduo de nada valeriam. Ainda assim, um dos (poucos) organismos oficiais que se pronunciou a favor da teoria *pro societate* foi o Supremo Tribunal Federal do Brasil³⁵. Este órgão jurisdicional previu três situações distintas nas quais é possível a prevalência do princípio da protecção e prossecução penal eficiente sobre o princípio da inadmissibilidade de provas proibidas, nas quais é possível a aplicação de interesses *pro societate*.³⁶ A primeira dessas

³⁵ Doravante, STF.

³⁶ ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *op. cit.* p. 210 e ss.

situações prende-se com o abuso de garantias constitucionais.³⁷ Por exemplo, o tribunal supremo Brasileiro defende que é admissível como prova a gravação de uma conversa com os sequestradores pela própria vítima do crime, por um familiar desta ou por terceiro. Se adoptássemos as posições dos defensores mais fundamentalistas da teoria obstativa, a prova constituída por esta gravação seria proibida e não poderia ser incluída no processo penal para fundar a convicção do julgador, uma vez que se poderia tratar de uma gravação não autorizada que ferisse o direito à intimidade do sequestrador ou do chantagista. Ora, o STF afirma que esta solução estaria até contra o senso comum mais básico, pois nestas ocasiões a vítima, os seus familiares ou outros terceiros agiriam ao abrigo da legítima defesa perante uma agressão injusta e actual ou iminente (sequestro, corrupção e outros). Por isso, as provas assim obtidas deveriam ser admitidas pois elas configuram as condutas necessárias para salvar a vítima e garantir-lhe uma defesa bem-sucedida. A gravação da conversa entre a vítima e o seu raptor ou chantagista sem o conhecimento destes últimos nada tem de ilícito, especialmente se esta gravação tiver intuitos de defesa. E o STF sustenta entendimentos no mesmo sentido relativamente a casos semelhantes, como por exemplo a apreensão da carta de um preso que determina outros à prática de crimes, a abertura de envelopes de correspondência lacrados ou a introdução sem mandato nem autorização em domicílios que contêm estupefacientes ou quaisquer outros produtos susceptíveis de serem elementos de um crime. Também nestes casos o STF do Brasil considerou que o interesse público na persecução penal deve prevalecer sobre garantias constitucionais que estão a ser usadas de forma abusiva como cobertura para a prática de crimes, pois a privacidade da correspondência ou do domicílio não deve prevalecer sobre a necessidade de deter uma prática criminosa. Assim, podemos considerar que a teoria *pro societate* tem como propósitos não apenas favorecer o dever de protecção penal e o interesse que a sociedade tem em se ver protegida pela punição aplicada pelo Estado aos criminosos, mas também dissuadir os infractores de utilizarem as garantias constitucionais do estado de direito democrático e as garantias fundamentais para, através da sua manipulação abusiva, cometerem crimes de forma impune. Nas situações em que alguém tente agir com este fim, a teoria *pro societate* defende que é possível e desejável que exista uma ponderação de interesses entre as necessidades sociais e interesses colectivos de eficiência da protecção penal devida pelo Estado e que no caso se consubstancia no acesso à prova, por um lado, e a garantia usada de forma abusiva, por outro lado. Nestas ocasiões, será a primeira a prevalecer em nome, mais uma vez, do princípio da proporcionalidade.

A segunda situação na qual é possível a aplicação de interesses *pro societate* prende-se com a excepção de boa-fé. Segundo esta excepção, os objectivos da garantia de inadmissibilidade da prova proibida são frustrados quando ocorre a sua aplicação numa situação na qual não existe necessidade concreta de dissuasão devida à ocorrência de dolo ou de culpa grave. A excepção de boa-fé tem em conta que o efeito dissuasório constitui a teleologia central do princípio da inadmissibilidade de provas proibidas e sucede, por exemplo, no caso de agentes policiais que recolhem provas proibidas

³⁷ BRASIL, STF, 2. T., HC. 69. 204, rel. Min. Velloso, j. 26 Mar. 1992; BRASIL, STF, Pleno, AP 307/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13 Dez. 1994, DJU 13 Out. 1995; BRASIL, STF, 1. T., RE. 212. 081, rel. Min. Galloti, j. 05 Dez. 1997, DJU 27 Mar. 1998; BRASIL, STF, 2. T., HC 75.338/RJ, rel. Min. Nelson Jobim, j. 11 Mar. 1998; BRASIL, STF, 2. T., AgRg no AI 503.617/PR, rel. Min. Velloso, j. 01 Fev. 2005, DJU 04 Mar. 2005; jurisprudência citada em: ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *op. cit.* p. 211, 212, 213.

sem disso terem a noção, ou seja, pensando que estão a actuar de forma totalmente lícita e que as provas por eles recolhidas poderão ser admitidas no processo sem quaisquer problemas.³⁸ Esta mesma questão já foi também discutida noutros países, como os EUA (no precedente *United States v. Leon* – 1984)³⁹ e a Espanha, onde os tribunais entenderam que mesmo quando agentes policiais agem de forma ilícita, o princípio da inadmissibilidade da prova proibida não deve ser aplicado se existir licitude reputada. Os tribunais desses países (incluindo dos EUA, o país berço da teoria obstativa!) consideraram que nestes casos não existe uma necessidade de um efeito dissuasório que verdadeiramente justifique a inadmissibilidade da prova.⁴⁰ Para se alcançar a conclusão de que uma determinada prova é proibida, exige-se uma análise mais ou menos aprofundada dos elementos jurídicos em questão. Quer dizer, deve-se pelo menos verificar a tipicidade da conduta do violador, e também, essencialmente, a sua intenção (dolo), o juízo normativo de reprovação sobre aquela conduta e até mesmo o maior ou menor poder de lesão da conduta mencionada. A excepção de boa-fé argumenta precisamente que as actuações objectivamente violadoras e ilícitas dos polícias se incluem num contexto no qual há ausência de dolo ou de culpa grave.

É claro que esta averiguação no sentido de se concluir se nas actuações dos policiais existe ou não ausência de dolo e/ou culpa grave deve ser feita tendo como parâmetro as linhas e o padrão de actuação do polícia de capacidades médias. Imagine-se que um polícia obtém uma prova mediante tortura violenta ou ofensa grave à integridade física do arguido. Não se pode depois afirmar que a prova obtida deve ser admitida no processo porque o polícia não teve consciência de que ao torturar o arguido e ao causar-lhe danos físicos estava a agir ilicitamente. A excepção de boa-fé não se aplica aos casos nos quais a ilicitude da conduta é por demais evidente ou em que o violador tinha obrigação de saber que essa conduta era ilícita. Pelo contrário, a excepção de boa-fé já seria susceptível de ser aplicada no caso em que dois polícias, sem autorização judicial, levam a cabo uma apreensão e busca domiciliária. Em condições normais, a prova obtida a partir desta busca e apreensão seria proibida, pelo menos em Portugal segundo o artigo 126º número 3 do CPP. Mas imagine-se agora que um vizinho abre a porta do referido domicílio aos polícias afirmando ser o proprietário e os “autoriza” a penetrar no domicílio, sendo que os polícias acabam por apreender diversas provas. Neste caso, existiria uma excepção de boa-fé desde que os agentes tivessem uma crença atendível de estarem a agir de acordo com a lei. Se isso acontecer, então a diligência deverá ser válida e as provas obtidas deverão ser admitidas no processo.

A terceira situação na qual é possível a aplicação de interesses *pro societate* está relacionada com a questão dos chamados conhecimentos fortuitos. Como se sabe, os conhecimentos fortuitos são aquelas informações que são conseguidas de forma inesperada no âmbito da autorização de limitação de um direito/garantia fundamental que tinha sido conferido com

³⁸ BRASIL, STF, Pleno, HC 72.588/PB, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 12 Jun. 1996, DJU 4. Ago. de 2000, ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *op. cit.* p. 217.

³⁹ Analisaremos as posições do ordenamento jurídico Norte-Americano de forma mais profunda *infra*, no capítulo 3.

⁴⁰ Nos EUA, este entendimento foi seguido pelo Supremo Tribunal em *Massachusetts vs Sheppard* (1984), *Illinois v. Krull* (1987) e *Arizona v. Evans* (1995). Em Espanha, este entendimento foi seguido pelo Tribunal Constitucional em: STC 22/2003; jurisprudência citada em: ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *op. cit.* p. 216.

um objectivo diferente.⁴¹ De acordo com Rogall,⁴² as questões problemáticas que surgem a propósito dos conhecimentos fortuitos encontram a sua melhor solução na teoria da ponderação de interesses. E na verdade, a ausência de dolo, o propósito do princípio da inadmissibilidade das provas proibidas e a ponderação dos interesses e bens jurídicos em conflito são factores que não podem ficar de fora das considerações finais relativas a este assunto. Apesar de este ser um tema que ainda suscita muita controvérsia, o entendimento geral no seio dos defensores das teorias intermédias é que os conhecimentos fortuitos (obtidos através de interceptações telefónicas, buscas e apreensões domiciliárias e outros) podem ser admitidos como prova no processo penal em relação aos outros factos cujo conhecimento se revelou de forma accidental no âmbito das diligências mencionadas, bem como contra terceiros não referidos na autorização judicial inicial para restrição de direitos fundamentais (tal como em processos civis, administrativos e outros por factos que também configurem um crime).⁴³ Nestas situações, se é verdade que estamos perante uma falta de correcção da restrição do direito à prova que foi obtida, não é menos verdade que a excepção de boa-fé estaria apta a validar e a permitir a admissão da prova no processo penal, pois segundo os defensores dessas teorias, neste tipo de casos o que está em causa não é tanto um problema de admissibilidade da prova mas da sua adequada apreciação e validação.

2.5 – Teoria da proporcionalidade

Finalmente, vamos agora analisar a última das teorias intermédias: a teoria da proporcionalidade. Esta teoria caracteriza-se por evitar ambos os extremos, ou seja, ela rejeita quer a inadmissibilidade absoluta da prova ilícita (teoria obstativa), quer a admissibilidade absoluta da prova ilícita (teoria permissiva). Tal como as teorias *pro reo* e *pro societate* que estudámos anteriormente, também a teoria da proporcionalidade defende que a garantia da inadmissibilidade da prova proibida não deve ser tomada em sentido absoluto, mas antes se deve decidir em cada caso concreto se ela deverá ou não ceder perante interesses e bens jurídicos que, em determinadas condições, possam ser considerados superiores. No entanto, apesar de as três serem teorias intermédias, a teoria da proporcionalidade distingue-se da teoria *pro reo* porque, contrariamente a esta, a teoria da proporcionalidade não postula que as provas proibidas devam ser admitidas no processo penal apenas em situações nas quais isso seja favorável aos interesses e pretensões do arguido. E também se distingue da teoria *pro societate* pois, contrariamente a esta, a teoria da proporcionalidade não considera que as provas proibidas devam ser admitidas no processo penal apenas em situações nas quais tal seja o único meio de fazer prevalecer certos interesses da sociedade considerados como sumamente urgentes e importantes mas somente em sentido colectivo e nunca para atender a direitos e interesses individuais específicos.

A teoria da proporcionalidade postula que, em princípio, as provas obtidas através da violação dos direitos fundamentais do indivíduo não devem ser admitidas em processo penal nem devem ser susceptíveis de servir para formar a convicção

⁴¹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *op. cit.*, p. 218.

⁴² Citado em: COSTA ANDRADE, Manuel, *op. cit.*, p. 100.

⁴³ BRASIL, STF, Pleno, HC 83515/RS, rel. Min. Nelson Jobim, j. 16 Set. 2004, DJU 4. Mar. 2005; BRASIL, STF, 5. T., HC 33/462/DF, rel. Min. Laurita Vaz, DJU 7 Nov. 2005; jurisprudência citada em: ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *op. cit.* p. 219.

do juiz. Quer dizer, ela deve ser declarada como ineficaz como base probatória para substanciar uma sentença final. No entanto, esta teoria abre uma importante exceção: em certos casos e condições mais graves, o princípio da inadmissibilidade das provas proibidas deve ser afastado se a obtenção e valoração de provas proibidas for a única forma possível e razoável de obter uma decisão que proteja outros valores, interesses e direitos fundamentais que, no contexto do caso concreto, sejam considerados como mais relevantes do que aqueles protegidos pela garantia da inadmissibilidade das provas proibidas. Ou seja, segundo a teoria da proporcionalidade, o princípio da inadmissibilidade das provas proibidas não deve ser visto como um fim em si mesmo, mas antes como um meio para proteger direitos fundamentais e que deve ser afastado caso estejam em jogo outros direitos fundamentais tido como mais urgentes e importantes. Tal como a sua própria designação indica, esta teoria ancora-se no princípio da proporcionalidade e tem como eixo orientador o entendimento de que as provas proibidas não devem ser nem sumariamente admitidas, nem sumariamente rejeitadas pelo facto de serem proibidas, mas deve antes haver uma análise da proporcionalidade dos bens jurídicos no caso concreto. Esta teoria conta com bastantes apoiantes quer na doutrina quer na jurisprudência. Os juristas Alemães Roxin e Gössel contam-se entre os defensores de maior nomeada desta teoria⁴⁴ (de resto, a Alemanha é um dos ordenamentos jurídicos onde a teoria da proporcionalidade encontra maior influência e aplicação prática)⁴⁵. Já em termos de doutrina lusófona, a maioria dos Autores Brasileiros perfilha hoje esta teoria.⁴⁶ Entre estes contam-se Julio Fabbrini Mirabete⁴⁷ e Nelson Nery Júnior, com este último a afirmar mesmo que:

*“Não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. A propositura da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade, devendo prevalecer, destarte, sobre as (teorias) radicais.”*⁴⁸

E Fernando Capez, outro eminente jurista Brasileiro, também argumenta que:

*“O direito à liberdade (no caso da defesa) e o direito à segurança, à proteção da vida, do patrimônio etc. (no caso da acusação) muitas vezes não podem ser restringidos pela prevalência do direito à intimidade (no caso das interceptações telefônicas e das gravações clandestinas) e pelo princípio da proibição das demais provas ilícitas. Conseqüentemente, pode-se ofender um direito através da prova ilícita se o outro direito for de maior importância para o indivíduo, para que ocorra a prestação de uma tutela mais justa e eficaz.”*⁴⁹

⁴⁴ V. *infra*, sub-capítulos 3.3 e 3.3.1.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ SILVA, Bárbara Grayce Carvalho da, *op. cit.*

⁴⁷ Citado em: *Ibidem*.

⁴⁸ NERY JUNIOR, Nelson, *Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1998*, 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 79, citado em: SILVA, Bárbara Grayce Carvalho da, *op. cit.*

⁴⁹ CAPEZ, Fernando, *Curso de Processo Penal*, 5 ed. Ver: São Paulo, Saraiva, 2000.

A teoria da proporcionalidade exige que sejam contrapesados os interesses e direitos em questão, predominando os de maior relevância.⁵⁰ Assim, existem duas situações diversas que devem ser analisadas a partir da perspectiva da teoria da proporcionalidade. A primeira sucede nas ocasiões nas quais o direito mais relevante a ser violado corresponde àquele que se pretende proteger através do princípio da inadmissibilidade das provas proibidas. Nestes casos, faz-se valer este princípio e não se admitem as provas proibidas no processo.⁵¹ Já a segunda situação se verifica, pelo contrário, nas ocasiões nas quais o direito mais relevante a ser violado apenas pode ser protegido através da admissão das provas proibidas no processo.⁵² Nestes casos, as referidas provas devem, portanto, ser utilizadas no processo e valoradas de forma a sustentarem a convicção do juiz. Tomando em consideração o actual ordenamento jurídico Português⁵³, pense-se no caso de alguém que, violando o direito do seu vizinho à imagem e à privacidade, tem como passatempo habitual filmar com a sua câmara as actividades a que o vizinho se entrega no interior do seu domicílio. Ora, sucede que, por acaso, uma dessas actividades consiste em violar e cometer abusos sexuais sistemáticos e reiterados contra a sua própria filha, uma menor ainda impúbere. Caso esta situação originasse um processo penal no qual o vizinho seria arguido, seria razoável que o juiz recusasse a admissão das provas obtidas através das filmagens mencionadas devido ao facto de que violariam o disposto no artigo 126º número 3 do CPP e, portanto, seriam proibidas e inaceitáveis? Pensamos que não. Nesta situação, o direito constitucional desse vizinho à imagem e à intimidade (artigo 26º da CRP) contrasta com o direito constitucional da sua filha menor à integridade física, psíquica e sexual (artigo 25º da CRP). E destes direitos fundamentais protegidos pela CRP, quais devem prevalecer, ou seja, quais devem usufruir de maior tutela? Neste caso, a resposta que a teoria da proporcionalidade forneceria parece-nos óbvia. O juiz deveria admitir estas provas proibidas que possam contribuir para formar a sua convicção, condenando assim o vizinho violador e abusador pelos seus crimes (artigos 171º e 177º do Código Penal⁵⁴ nacional). Claro que nada disto impede que o indivíduo autor das filmagens ilícitas venha a ser condenado de acordo com o disposto nos artigos 192º e 199º do CP.

É claro que neste tipo de situações o juiz ou juízes não têm perante si uma tarefa nada fácil porque se torna complexo valorar os diferentes direitos e bens jurídicos que inclusivamente podem apresentar posições de valor semelhantes na escala axiológica e/ou até relevâncias distintas consoante as diversas circunstâncias concretas. Imagine-se por exemplo um caso em que as provas que seriam decisivas para condenar o arguido por difamação (artigo 180º do CP) foram obtidas através de intromissão ilícita no seu domicílio durante a noite em violação do artigo 126º número 3 do CPP e 34º números 1 e 3 da CRP e configurando o tipo ilícito descrito no artigo 190º números 1 e 3 do CP. Neste caso, em condições normais, seria expectável que o juiz recusasse a admissão das provas no processo penal com a justificação de que o direito

⁵⁰ SILVA, Bárbara Grayce Carvalho da, *op. cit.*

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² *Ibidem.*

⁵³ Que analisaremos de forma mais profunda *infra*, no capítulo 4.

⁵⁴ Doravante, CP.

ao bom-nome deve ceder perante o direito à inviolabilidade do domicílio. No entanto, imagine-se agora que nos encontrávamos numa época na qual, por diversas razões, o país estava a ser afectado por uma autêntica “onda” de difamações, que esse crime estava a ser praticado com uma dimensão e frequência pouco habituais e que estava já a ameaçar grandemente o normal funcionamento das relações sociais. Nestas circunstâncias, talvez o direito ao bom-nome e a necessidade de punir este crime de modo a desencorajá-lo pudessem ser tidos pelo juiz como tendo ultrapassado em relevância o direito à inviolabilidade do domicílio e, por isso, as provas proibidas deveriam ser admitidas no processo. Tudo dependeria também das condições e circunstâncias nas quais os casos concretos ocorrem.

A vida dá sempre origem a situações mais variadas do que aquelas que o direito pode prever. Assim, a prova proibida poderá ser admissível ou não consoante os valores e interesses que mais urge defender e proteger num determinado momento. Portanto, há-que estabelecer a prevalência axiológica de certos bens e interesses jurídicos, uma vez que o princípio e a teoria da proporcionalidade se baseiam na necessidade de sopesar os interesses e bens jurídicos em contenda de acordo com a importância e a relevância atribuídas a um certo bem ou interesse num determinado contexto concreto.⁵⁵

3 – O tratamento das provas proibidas em ordenamentos jurídicos estrangeiros

Neste terceiro capítulo da tese, abordaremos as posições de alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros relativamente ao tema da (in)admissibilidade das provas proibidas. Iremos constatar a qual das teorias anteriormente expostas cada um destes ordenamentos e suas respectivas jurisprudências se aproximam mais.

3.1 – Estados Unidos da América

O ordenamento jurídico Norte-Americano merece sempre uma análise e referência em tudo quanto diga respeito à questão da admissibilidade ou não das provas proibidas. E isto porque, na realidade, o sistema jurídico dos Estados Unidos da América⁵⁶ pode ser considerado como uma espécie de “berço” das normas de inadmissibilidade das provas proibidas. Nomeadamente, o Supremo Tribunal dos EUA⁵⁷ (*Supreme Court of the United States*), com as suas afamadas *exclusionary rules* – regras de exclusão, foi historicamente um dos órgãos judiciais que mais contribuiu para a consolidação de uma orientação restritiva que, apesar de um certo declínio a partir dos anos 70 e 80, viria ainda assim a influenciar a legislação e jurisprudência de muitos ordenamentos jurídicos de outros países.

As primeiras regras de exclusão de provas proibidas principiaram a ser elaboradas pelo Supremo Tribunal dos EUA em resposta a certas actuações irregulares da polícia que foram entendidas como violando certos direitos básicos dos cidadãos, nomeadamente à privacidade. Em 1791, a Quarta, Quinta e Sexta Emendas à Constituição dos EUA reforçaram

⁵⁵ SILVA, Bárbara Grayce Carvalho da, *op. cit.*

⁵⁶ Doravante, EUA.

⁵⁷ Doravante, STEUA.

esta tendência, sendo que a Quarta Emenda inclusivamente estabelecia as regras segundo as quais a intimidade do domicílio poderia ser violada. Apesar de ser um sistema de *common law*, a verdade é que desde a independência do seu país, o STEUA adoptou uma orientação jurisprudencial em grande parte oposta à dos outros sistemas de *common law* como os vigentes na Inglaterra, Canadá e Austrália, nos quais tradicionalmente se entende que uma prova deve ser sempre admitida em processo penal independentemente dos meios através dos quais foi obtida. *Weeks v. United States*⁵⁸ foi o primeiro caso de maior relevo a nível federal que fundou as bases das regras de exclusão, deu-se em 1914 e focava-se na situação de agentes policiais federais que tinham interceptado e confiscado documentos de um arguido sem a necessária autorização judicial. O STEUA deliberou que esta actuação policial violava a Quarta Emenda e que, portanto, os documentos obtidos seriam provas proibidas insusceptíveis de poderem ser utilizados pela acusação contra o arguido em questão. Nos anos seguintes, houve outros casos que deram origem a precedentes jurisprudenciais de considerável importância. No caso *Silverthorne Lumber. Co v. United States* (1920)⁵⁹, o juiz do *District Court* tinha deliberado que documentos apreendidos ilegalmente teriam de ser devolvidos, mas antes de o fazer, a acusação tirou fotocópias desses documentos e usou-as noutro processo. Perante isto, o STEUA decidiu duas coisas: em primeiro lugar, que a salvaguarda da Quarta Emenda aplica-se não apenas às pessoas singulares, mas também às *corporations*, às pessoas colectivas; e em segundo lugar, através da decisão deste caso, o Supremo Tribunal também iniciou a criação da teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruit of the poisonous tree doctrine*) ao não ter admitido que o produto da obtenção ilegal de prova fosse utilizado noutro processo. Em 1921, o precedente jurisprudencial *Amos v. United States*⁶⁰ fez alargar a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente a quaisquer objectos e não apenas a documentos. Já em 1949, o caso *Wolf v. Colorado*⁶¹ pretendeu estender as regras de exclusão aos ordenamentos jurídicos específicos dos estados federados (que até então continuavam isentos de observarem estas regras, podendo aceitar em processo penal provas que seriam tidas como ilícitas segundo as regras de exclusão aplicadas a nível federal). Esta tentativa foi parcialmente bem-sucedida na medida em que conseguiu alargar consideravelmente as garantias que os arguidos tinham nos processos no âmbito do direito penal federado, nomeadamente no que toca às garantias de protecção da privacidade aquando das buscas e apreensões policiais. No entanto, a própria decisão afirmava que “o direito é federal, mas a determinação do remédio foi confiada aos estados”⁶², pelo que permaneceu ambígua reservando para os ordenamentos jurídicos federados uma parte importante da resolução desta questão. O problema só foi definitivamente ultrapassado em 1960, com os casos *Elkins v. United States*⁶³

⁵⁸ EUA, Supremo Tribunal, *Weeks v. United States* - 232 U.S. 383 (1914), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/case.html>.

⁵⁹ EUA, Supremo Tribunal, *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States* - 251 U.S. 385 (1920), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/case.html>.

⁶⁰ EUA, Supremo Tribunal, *Amos v. United States* - 255 U.S. 313 (1921), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/255/313/case.html>.

⁶¹ EUA, Supremo Tribunal, *Wolf v. Colorado* - 338 U.S. 25 (1949), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/338/25/case.html>.

⁶² Citado em: FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 129.

⁶³ EUA, Supremo Tribunal, *Elkins v. United States* - 364 U.S. 206 (1960), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/364/206/case.html>.

e *Mapp v. Ohio*⁶⁴, nos quais policiais estaduais sem a devida autorização judicial entraram no domicílio dos arguidos e confiscaram diversos objectos com o intuito de que estes servissem de prova contra ele. Posteriormente, após terem sido admitidas no processo, estas provas foram o principal sustentáculo da condenação dos respectivos arguidos. Perante isto, o STEUA finalmente impôs de forma inequívoca que as regras de exclusão que ditam a inadmissibilidade em processo penal de provas obtidas ilicitamente também são integralmente aplicáveis nos estados federados. Com estes precedentes, o STEUA pôs fim a uma situação insustentável na qual uma prova obtida por meios ilícitos poderia ser aceite em processo penal num certo estado federado que não contemplasse as regras de exclusão, enquanto que noutra estado federado que já o fizesse a mesma prova não seria admitida. No que respeita ao conteúdo das regras de exclusão, devem referir-se também os casos *Rochin v. California* (1952)⁶⁵, *Breithaupt v. Abram* (1964)⁶⁶ e *Schmerber v. California* (1966)⁶⁷, nos quais se estabeleceu que mais do que discutir o problema da culpa material do acusado, o foco deve ser centrado na correcção formal das actuações policiais relativamente ao respeito devido aos direitos e garantias constitucionais do arguido.

Quanto à Quinta Emenda que estabeleceu o direito à não auto-incriminação, houve igualmente diversos precedentes jurisprudenciais do STEUA que envolviam aspectos dessa mesma Emenda e que definiram uma orientação também predominantemente obstativa. Disso são exemplos os casos *Brown v. Mississippi* (1936)⁶⁸ e *Malloy v. Hogan* (1964)⁶⁹, nos quais se definiu a inadmissibilidade da prova por confissão quando esta for obtida mediante tortura e a expansão da aplicabilidade da Quinta Emenda aos Estados federados e em situações que envolvessem não apenas uso de força aberta mas também agressão psicológica, chantagem, enganos, etc. No entanto, o caso mais paradigmático foi sem dúvida o *Miranda v. Arizona* (1966)⁷⁰ que deu origem aos famosos *Miranda warnings*, ou seja, se no momento da detenção, os órgãos de polícia não informarem o acusado do seu direito de permanecer em silêncio e de recorrer aos serviços de um advogado, então caso esse acusado faça uma confissão contra si ela não será válida nem poderá ser utilizada no processo.

⁶⁴ EUA, Supremo Tribunal, *Mapp v. Ohio* - 367 U.S. 643 (1961), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/367/643/case.html>.

⁶⁵ EUA, Supremo Tribunal, *Rochin v. California* - 342 U.S. 165 (1952), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/165/case.html>.

⁶⁶ EUA, Supremo Tribunal, *Breithaupt v. Abram* - 352 U.S. 432 (1957), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/352/432/case.html>.

⁶⁷ EUA, Supremo Tribunal, *Schmerber v. California* - 384 U.S. 757 (1966), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/757/case.html>.

⁶⁸ EUA, Supremo Tribunal, *Brown v. Mississippi* - 297 U.S. 278 (1936), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/297/278/case.html>.

⁶⁹ EUA, Supremo Tribunal, *Malloy v. Hogan* - 378 U.S. 1 (1964), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/1/case.html>.

⁷⁰ EUA, Supremo Tribunal, *Miranda v. Arizona* - 384 U.S. 436 (1966), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/case.html>.

Relativamente à Sexta Emenda (direito à assistência de um advogado) foram estabelecidos também vários precedentes pelo STEUA, sendo dos mais marcantes o *Massiah v. United States* (1964)⁷¹ que anulou a condenação do acusado decidida pelos tribunais federais devido precisamente à ausência de um advogado que pudesse dar assistência ao arguido. Vamos agora debruçar-nos sobre as exceções à regra de exclusão que têm vindo a ganhar força nos EUA nas últimas décadas.

3.1.1 – Excepção de impugnação (*impeachment exception*)

Esta excepção surgiu a partir de uma característica particular do sistema jurídico Norte-Americano: o acusado tem o direito a remeter-se ao silêncio no seu interrogatório em juízo, mas caso não o faça e minta, a sua conduta constitui perjúrio e pode acarretar sanções adicionais para o arguido. Nestas situações, ao provar-se que o acusado cometeu perjúrio, as provas que de outra forma não seriam admitidas no processo passam a poder sê-lo como forma de permitir à acusação impugnar a credibilidade do arguido (mas nunca para provar directamente a sua culpabilidade). Esta excepção é considerada como esvaziando consideravelmente do seu conteúdo a regra de exclusão – e é acusada por Kainen de dar razão àqueles que a acusam de fazer fracassar o combate à criminalidade⁷² – é uma tentativa por parte do STEUA para minorar os efeitos adversos para a eficácia e funcionalidade do processo penal que muitas vezes advêm dos custos probatórios das regras de exclusão. Ela é sustentada pelos precedentes *Agnello v. United States* (1925)⁷³, *Walder v. United States* (1954)⁷⁴, *Harris v. New York* (1971)⁷⁵, *United States v. Havens* (1980)⁷⁶, *James v. Illinois* (1990)⁷⁷.

3.1.2 – Excepção de boa-fé (*good faith exception*)

Conforme já referimos, a marcada tendência restritiva que constatámos conheceu um declínio a partir, em especial, da década de 80, nomeadamente com o precedente *United States v. Leon* (1984)⁷⁸, no qual o STEUA entendeu que poderiam ser admitidas provas obtidas através de uma busca e apreensão judicial que tinha sido realizada com ausência de motivos razoáveis e de indícios atendíveis. E isto porque o Supremo Tribunal entendeu estarmos perante um caso de boa-fé dos

⁷¹ EUA, Supremo Tribunal, *Massiah v. United States* - 377 U.S. 201 (1964), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/377/201/case.html>.

⁷² Citado em: FIDALGO GALLARDO, Carlos, *op. cit.*, p. 457.

⁷³ EUA, Supremo Tribunal, *Agnello v. United States* - 269 U.S. 20 (1925), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/269/20/case.html>.

⁷⁴ EUA, Supremo Tribunal, *Walder v. United States* - 347 U.S. 62 (1954), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/62/case.html>.

⁷⁵ EUA, Supremo Tribunal, *Harris v. New York* - 401 U.S. 222 (1971), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/401/222/case.html>.

⁷⁶ EUA, Supremo Tribunal, *United States v. Havens* - 446 U.S. 620 (1980), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/446/620/case.html>.

⁷⁷ EUA, Supremo Tribunal, *James v. Illinois* - 493 U.S. 307 (1990), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/493/307/case.html>.

⁷⁸ EUA, Supremo Tribunal, *United States v. Leon* - 468 U.S. 897 (1984), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/case.html>.

órgãos policiais, uma vez que os agentes estavam razoavelmente convencidos de que esses motivos e indícios existiam, sendo apenas posteriormente que se veio a verificar que tal não sucedia. Uma vez que a regra de exclusão deve servir para dissuadir as violações por parte da polícia, as provas obtidas deveriam ser admitidas nas situações em que os agentes agem de boa-fé, ou seja, em que possuem justificadamente motivos para pensar que estão a agir ao abrigo da lei. Afinal, nestes casos não fazem sentido as pretensões de desencorajar os órgãos policiais de cometerem violações porque esses mesmos órgãos se encontram convictos de que actuam validamente.

3.1.3 – Limitações respeitantes à legitimidade para o requerimento de exclusão de prova (*standing for motion to suppress*)

Esta terceira excepção constitui um dos principais meios usados pelo STEUA para evitar a aplicação da regra de exclusão nos casos de buscas e apreensões e para acalmar as vozes críticas que o acusavam de ser demasiado inflexível relativamente às questões de inadmissibilidade das provas. Segundo esta excepção, a legitimidade para requerer a exclusão da prova em casos de buscas e apreensões pertence àquele que possui legítimas expectativas de privacidade própria que tenham sido violadas pela busca. Pode suceder por exemplo que o proprietário de um certo objecto apreendido seja considerado como não possuindo legitimidade para requerer a exclusão da prova (tal ocorre, por exemplo, se o objecto estiver sujeito à área de privacidade de terceiros). Também não se tem legitimidade apenas por se encontrar num cenário de busca, pois isto não confere expectativas de privacidade atendíveis. Da mesma forma, o STEUA estabeleceu que não se possui legitimidade para requerer a exclusão da prova obtida através da busca e apreensão feita a um co-arguido apenas porque se pertence à mesma organização criminosa. Pelo contrário, o STEUA tem sido bastante mais favorável à aplicação da regra de exclusão e ao afastamento desta excepção em casos de violação do domicílio, considerando que possui legitimidade aquele que utiliza o domicílio de outros membros da família ou aquele que usa o domicílio de um amigo. Mas já não possui legitimidade para requerer a exclusão da prova aquele que se entenda não possuir legítima expectativa de privacidade sobre o domicílio de um terceiro. Esta excepção baseia-se nos precedentes *Jones v. United States* (1960)⁷⁹, *Bumper v. North Carolina* (1968)⁸⁰, *Mancusi v. DeForte* (1968)⁸¹, *Rakas v. Illinois* (1978)⁸², *Rawlings v. Kentucky* (1980)⁸³, *Minnesota v. Olson* (1990)⁸⁴, *United States v. Padilla* (1993)⁸⁵, *Minnesota v.*

⁷⁹ EUA, Supremo Tribunal, *Jones v. United States* - 362 U.S. 257 (1960), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/362/257/case.html>.

⁸⁰ EUA, Supremo Tribunal, *Bumper v. North Carolina* - 391 U.S. 543 (1968), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/391/543/case.html>.

⁸¹ EUA, Supremo Tribunal, *Mancusi v. DeForte* - 392 U.S. 364 (1968), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/392/364/case.html>.

⁸² EUA, Supremo Tribunal, *Rakas v. Illinois* - 439 U.S. 128 (1978), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/439/128/case.html>.

⁸³ EUA, Supremo Tribunal, *Rawlings v. Kentucky* - 448 U.S. 98 (1980), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/448/98/case.html>.

⁸⁴ EUA, Supremo Tribunal, *Minnesota v. Olson* - 495 U.S. 91 (1990), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/495/91/case.html>.

Carter (1998)⁸⁶. Ela tem sido duramente criticada por diversos nomes da doutrina como Joshua Dressler alegadamente por abrir caminho à atomização dos direitos e garantias Constitucionais tendo apenas em conta os interesses dos indivíduos e excluindo os da sociedade como um todo⁸⁷. A sua aplicação pelo STEUA também conduz frequentemente a que este seja acusado de abandonar completamente o tratamento sistemático das regras de exclusão.

3.1.4 – Excepção de erro inócuo (*harmless error exception*)

Esta quarta excepção aplica-se nos casos em que ocorre um erro sem importância prática que não lese fundamentalmente os direitos e garantias das partes. É de realçar que este “erro inócuo” pode mesmo constituir uma violação de direitos constitucionais desde que se considere que tal violação não influiu decisivamente na decisão final e que o arguido teria sido sempre validamente condenado mesmo que as provas controversas não tivessem sido admitidas. Para facilitar a aplicação desta excepção, o STEUA distinguiu dois tipos de violações dos direitos constitucionais das partes: erros estruturais (*structural errors*) e erros processuais (*trial errors*). Os primeiros contaminam todo o processo na sua essência e determinam a exclusão das provas (parcialidade manifesta do juiz, negação da assistência por advogado, negação de processo público e outros). Já os segundos podem ser isolados evitando que maculem todo o mecanismo processual e caso forem tidos como inócuos, então a prova obtida através deles pode ser admitida no processo sem que este fique viciado. Esta excepção é sustentada pelos precedentes *Chapman v. California* (1967)⁸⁸, *Arizona v. Fulminante* (1991)⁸⁹.

3.1.5 – Tratamento da ilicitude por derivação

Conforme já mencionámos, desde 1920 que o STEUA tem vindo a desenvolver a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of poisonous tree doctrine*) que tem exercido influência em muitos outros ordenamentos jurídicos (incluindo o Português). Esta famosa expressão foi usada pela primeira vez pelo juiz Frankfurter, que considerava que proibir o uso de certos métodos de prova mas admitir depois o seu uso indirecto traduzir-se-ia num esvaziamento do conteúdo da primeira proibição e num encorajamento à utilização de meios de recolha de prova que supostamente violariam “padrões éticos e seriam destrutivos da liberdade pessoal.”⁹⁰ O propósito desta teoria é não apenas controlar as actuações da muito descentralizada polícia Norte-Americana, mas também fazer respeitar o princípio de que se existe uma relação de causa e efeito directa entre as provas proibidas e as que delas derivam, então rejeitar as primeiras mas admitir as segundas

⁸⁵ EUA, Supremo Tribunal, *United States v. Padilla* - 508 U.S. 77 (1993), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/508/77/>.

⁸⁶ EUA, Supremo Tribunal, *Minnesota v. Carter* - 525 U.S. 83 (1998), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/525/83/case.html>.

⁸⁷ Citado em: KAMISAR, Yale *et al. Modern Criminal Procedure: cases, comments and questions*, (Yale Kamisar, Wayne LaFave, Jerold Israel, Nancy King), 10. ed. St. Paul, West Publishing Co., 2002, p. 751.

⁸⁸ EUA, Supremo Tribunal, *Chapman v. California* - 386 U.S. 18 (1967), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/386/18/case.html>.

⁸⁹ EUA, Supremo Tribunal, *Arizona v. Fulminante* - 499 U.S. 279 (1991), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/279/case.html>.

⁹⁰ Citado em: EUA, Supremo Tribunal, *Nardone v. United States* - 302 U.S. 379 (1937), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/302/379/case.html>.

constituiria uma grave incoerência do sistema. No entanto, o STEUA também prevê situações nas quais esta teoria não deve ser aplicada por se considerar não haver uma relação suficientemente intensa e directa entre as provas tidas como proibidas.

3.1.5.1 – Teoria do nexo causal atenuado (*attenuated connection doctrine*)

Esta excepção à teoria dos frutos da árvore envenenada (também denominada excepção do vício diluído) permite a utilização de provas que derivem de outras provas proibidas em que, nas circunstâncias do caso concreto, se considere que o vício que as inquinaria se encontra já diluído e dissipado pois os meios de alcançar aquelas apresentam uma autonomia significativa relativamente a estas últimas. Esta teoria, que atende à ponderação entre “os interesses individuais do arguido e os da comunidade em geral” (*public safety exception*)⁹¹, aplica-se, por exemplo, nos casos nos quais não são feitos os *Miranda warnings* ao acusado e este confessa algo que permite encontrar determinadas provas. Em condições normais, a partir do momento em que os *Miranda warnings* não foram feitos, essas provas seriam sempre proibidas, pois estariam sempre “envenenadas” ao derivarem directamente de uma situação na qual os direitos e garantias do arguido foram violados. No entanto, esta excepção permite precisamente o contrário – que as provas que forem encontradas e recolhidas em tais circunstâncias possam ser validamente admitidas no processo. O precedente mais significativo no qual esta teoria se baseia é o *Wong Sun v. United States* (1963)⁹², mas houve outros tais como *United States v. Ceccolini* (1978)⁹³, *New York v. Quarles* (1984)⁹⁴, *Oregon v. Elstad* (1985)⁹⁵.

3.1.5.2 – Teoria da fonte independente (*independent source doctrine*)

Esta excepção aplica-se nas situações em que a prova que foi obtida através de métodos considerados como proibidos não chega a ser inquinada pois verifica-se que existia uma outra via, legal e válida, pela qual se poderia sempre ter obtido essa mesma prova. Os precedentes que fundamentam esta excepção são: *Nix v. Williams* (1984)⁹⁶, *Segura v. United States* (1984)⁹⁷, *Murray v. United States* (1988)⁹⁸ e outros. Em particular, nos últimos dois precedentes, trataram-se de casos de polícia que entraram em domicílios sem a devida autorização e verificaram que lá se encontravam provas incriminadoras

⁹¹ COSTA ANDRADE, Manuel, *op. cit.* p. 149, n. m. 34.

⁹² EUA, Supremo Tribunal, *Wong Sun v. United States* - 371 U.S. 471 (1963), disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/case.html>.

⁹³ EUA, Supremo Tribunal, *United States v. Ceccolini* - 435 U.S. 268 (1978), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/435/268/case.html>.

⁹⁴ EUA, Supremo Tribunal, *New York v. Quarles* - 467 U.S. 649 (1984), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/649/case.html>.

⁹⁵ EUA, Supremo Tribunal, *Oregon v. Elstad* - 470 U.S. 298 (1985), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/470/298/case.html>.

⁹⁶ EUA, Supremo Tribunal, *Nix v. Williams* - 467 U.S. 431 (1984), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/case.html>.

⁹⁷ EUA, Supremo Tribunal, *Segura v. United States* - 468 U.S. 796 (1984), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/796/case.html>.

⁹⁸ EUA, Supremo Tribunal, *Murray v. United States* - 487 U.S. 533 (1988), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/533/>.

contra os arguidos. Assim, esses agentes policiais requereram um mandato e uma autorização judicial de apreensão que lhes foram concedidos, após o que voltaram a entrar nos domicílios e apreenderam então as provas. O STEUA deliberou que estas provas deveriam ser admitidas pois os órgãos de polícia sempre conseguiriam obter o mandato e, assim, as provas em questão seriam sempre recolhidas de uma forma ou de outra, independentemente da primeira situação de violação.

3.1.5.3 – Exceção da descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*)

Finalmente, esta terceira e última exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada defende que devem ser validadas e admitidas no processo as provas que, não obstante terem sido obtidas através de meios proibidos, teriam sido legalmente obtidas de qualquer forma (sendo que o ónus da prova sobre a suposição da inevitabilidade da descoberta pertence à acusação). Esta teoria já estava prevista no *Model Penal Code of Pre-Arrest Procedure* (1974)⁹⁹ e foi confirmada pelo precedente *Nix v. Williams* (1984)¹⁰⁰, uma decisão surgida na sequência de um caso no qual o arguido confessou o local onde tinha escondido o cadáver da vítima sem que lhe tivessem sido concedidos os direitos e garantias legais que deveriam acompanhar a confissão. Como tal, a prova descoberta (o cadáver) não deveria ser admitida no processo segundo a teoria dos frutos da árvore envenenada. No entanto, o STEUA entendeu que, no caso concreto, as buscas pelo corpo da vítima estavam num estágio bastante avançado e tê-lo-iam descoberto inevitavelmente mesmo que o arguido não tivesse feito a confissão. Como tal, considerou a prova em questão válida e que deveria ser admitida no processo.

3.2 – Inglaterra

Tradicionalmente, e seguindo a linha geral dos sistemas da *common law*, o ordenamento jurídico Britânico era propenso à admissão no processo de quaisquer provas, independentemente dos meios através dos quais elas tivessem sido obtidas. Este é também o entendimento que ainda hoje predominantemente vigora em países como o Canadá e a Austrália, em consequência da colonização e expansão Britânica que dotou estes territórios com um sistema jurídico muito similar ao da metrópole e que foi mantido após a independência.¹⁰¹

No entanto, esta linha tem sofrido certas mitigações nos tempos mais recentes, nomeadamente nas últimas décadas. Em 1995, o precedente *R. v. Nathaniel* decidiu a não admissão como prova de uma amostra de ADN que tinha sido recolhida num processo penal anterior e que não foi destruída no momento indicado para tal¹⁰². Já antes, em 1984, a forma como o sistema da *common law* Britânica acolhia o tema da admissibilidade das provas proibidas sofreu importantes alterações com a introdução do *Police and Criminal Evidence Act*. Isto porque os artigos 75/e, 75/f, 78/a, 78/b e 82/c deste mesmo

⁹⁹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *op. cit.*, p. 161.

¹⁰⁰ EUA, Supremo Tribunal, *Nix v. Williams* – 467 U.S. 431 (1984), disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/case.html>.

¹⁰¹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *op. cit.*, p. 278.

¹⁰² Precedente *R. v. Nathaniel* citado em: TAPPER, Colin, *Cross and Tapper Evidence*, Oxford University Press, 2007, p. 225, n. m. 331, disponível em: <http://books.google.pt/books?id=Yw7kJ0eaFp8C&printsec=frontcover&hl=pt-PT#v=onepage&q=nathaniel&f=false>.

diploma legal estabelecem relevantes restrições às regras de admissão de prova predominantes na Inglaterra. O artigo mais relevante do *Police and Criminal Evidence Act* sobre a questão das provas proibidas é sem dúvida o seu 78/a que reza o seguinte:

“In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposed to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it.”^{103 104}

Apesar de ter sido interpretado de maneira bastante limitativa pelos juízes e juristas Britânicos, este artigo tem encontrado a sua principal utilização como meio legal para afastar a admissibilidade de provas obtidas através de métodos considerados como violando e ofendendo gravemente os direitos humanos, sendo que se considera que a admissão dessas provas traria mais efeitos adversos do que benéficos para o objectivo da prossecução da justiça. Neste tipo de situações, a prova não é admitida devido à falta de confiança e de credibilidade que os meios pelos quais ela foi obtida lhe aportam.

Já no que respeita às provas de fonte real (prova pericial, prova documental e outras), a propensão do ordenamento jurídico Inglês é para as aceitar de forma quase irrestrita por considerar que, devido às suas características inerentes, a sua credibilidade e fiabilidade não são afectadas na imensa maioria das situações – tal como foi estabelecido pelo precedente *R. v. Cooke* (1995).¹⁰⁵ Para o sistema da *common law* Britânica, uma prova real é em princípio verdadeira, e a não-aceitação de uma prova verdadeira num processo é entendida como causando mais danos à causa da justiça do que a sua aceitação. Em 2000, o *Human Rights Act* de 1998¹⁰⁶ foi introduzido no ordenamento jurídico Inglês. Este diploma pretendia consolidar e reforçar as garantias já contidas no *Police and Criminal Evidence Act* e permite, por exemplo, que os juízes Britânicos possam ignorar os precedentes da *common law* que estiverem em discordância com os princípios da Convenção dos Direitos do Homem e com os precedentes do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem¹⁰⁷, nomeadamente

¹⁰³ INGLATERRA, *Police and Criminal Evidence Act*, 1984, artigo 78/a, disponível em: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/117594/pace-code-a-2011.pdf.

¹⁰⁴ *Em quaisquer procedimentos, o Tribunal pode recusar a admissibilidade de provas nas quais a acusação se pretenda basear se suceder que, tendo em consideração todas as circunstâncias incluindo aquelas nas quais a prova foi obtida, a admissão da prova teria um efeito tão adverso sobre a justiça dos procedimentos que o Tribunal não a deva admitir*, tradução Portuguesa do excerto retirado de: *Ibidem*.

¹⁰⁵ Precedente *R. v. Cooke* citado em: OSBOURN, Debora, *Suppressing the truth: judicial exclusion of illegally obtained evidence in the United States, Canada, England and Australia*, Murdoch University electronic journal of law, v.7, n.4, 2000, disponível em: <http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v7n4/osborn74.html>.

¹⁰⁶ INGLATERRA, *Human Rights Act*, 1998, disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/data.pdf>.

¹⁰⁷ HANNIBAL, Martin; MOUNTFORD, Lisa, *The Law of Criminal and Civil Evidence: principles and practice*, Essex, Pearson education, 2002, p. 19, disponível em: http://books.google.pt/books?id=bcah-4bNAH8C&pg=PA31&hl=pt-PT&source=gsb_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false.

com o direito a um processo e a um julgamento equitativos (*fair trial*).¹⁰⁸ Apesar disto, grande parte dos juízes Britânicos continuam a manter-se fiéis à tradicional linha permissiva que ainda se encontra bastante arraigada nas mentalidades jurídicas de muitos países da *common law*. Foi assim que, já após o *Human Rights Act* estar em vigor na Inglaterra, o precedente *R. v. P* (2001) decidiu a admissão de uma escuta telefónica realizada em desacordo com a lei Britânica defendendo que a aceitação dessa escuta não violaria o direito ao *fair trial* e que seria a sua exclusão que causaria mais danos à busca pela justiça.¹⁰⁹

3.3 – Alemanha

Vamos agora analisar a posição de um dos ordenamentos jurídicos mais pragmáticos e flexíveis relativamente à admissão das proibições de prova (*die Beweisverbote*). Na realidade, não existem no sistema jurídico Alemão regras inamovíveis respeitantes a esta matéria. A própria Constituição Alemã não contém nenhuma espécie de proibição expressa da utilização de provas obtidas por meios considerados ilícitos, e a teorização desse tipo de proibições tem sido feita sobretudo pela doutrina e jurisprudência Alemãs¹¹⁰ com base nas disposições do Código de Processo Penal Alemão (*Strafprozessordnung*)¹¹¹ que demonstram considerável tolerância no que toca à aceitação desse tipo de provas. Nas relativamente escassas ocasiões em que os tribunais Germânicos decretam a inadmissibilidade de certa prova, essas decisões são fundamentadas com as violações dos princípios básicos do Estado de Direito intrínsecas à obtenção dessas provas e mesmo assim sempre seguindo critérios de ponderação de interesses¹¹² – o que torna o tratamento dado pelos tribunais Alemães a esta questão um dos que mais se aproxima da teoria da proporcionalidade.

Na Alemanha não existe nenhuma regra genérica de exclusão de provas proibidas – contrariamente ao que sucede, por exemplo, em Portugal, conforme veremos¹¹³ – mas existem antes soluções mais específicas para problemas em contextos determinados. Grandes nomes da doutrina Alemã como Roxin ou Gössel afirmam que apenas por determinada prova ter sido obtida por meios ilícitos que a tornem proibida, tal não significa necessariamente que essa prova deva ser automática e imediatamente excluída de qualquer possibilidade de valoração e admissão no processo como elemento útil para a formação da convicção do juiz.^{114/115} E baseando-se em exemplos retirados da jurisprudência Germânica, Gössel parece mesmo considerar que a punição do infractor que obteve as provas por meios ilícitos é suficiente para proteger os interesses da parte contrária.¹¹⁶ A doutrina Alemã distingue, em geral, dois tipos de proibições de prova: as dependentes

¹⁰⁸ ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *op. cit.*, p. 191-192.

¹⁰⁹ Precedente *R. v. P* citado em: HANNIBAL, Martin; MOUNTFORD, Lisa, *op. cit.*, p. 82-83.

¹¹⁰ COSTA ANDRADE, Manuel, *op. cit.* p. 192.

¹¹¹ Doravante, StPo.

¹¹² GÖSSEL, Karl Heinz, *La Prueba Ilícita en el Proceso Penal*, Revista de Derecho Penal, Editorial Rubinzal Culzoni, nº I, 200, versão traduzida em Espanhol, § 63.

¹¹³ Que analisaremos de forma mais profunda *infra*, no capítulo 4.

¹¹⁴ ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 194.

¹¹⁵ GÖSSEL, Karl Heinz, *op. cit.*, § 115-117.

¹¹⁶ *Ibidem*, § 123-126.

(violação de regras sobre produção de prova previstas na lei - *unselbständige*) e as independentes (que se entendem como violando, directa ou indirectamente, os preceitos da própria Constituição - *selbständige*).¹¹⁷ Tanto nuns casos como noutros, a jurisprudência Alemã tem revelado bastante flexibilidade. Se nas proibições dependentes tem optado por estabelecer soluções mais casuísticas, já nas proibições independentes tem resolvido os casos recorrendo à ponderação de interesses. Por exemplo, uma das muito raras proibições dependentes peremptórias que existem na legislação Alemã é a decorrente do artigo 136a da StPo que define os métodos de interrogatório proibidos (interrogatório sem assistência de advogado, sem informação do direito ao silêncio e outros). Caso eles sejam utilizados, a prova obtida não deverá, em princípio, ser admitida. Mas mesmo nestes casos, a jurisprudência Alemã estabeleceu regras e excepções e o Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*)¹¹⁸ germânico deliberou que a prova obtida durante o interrogatório no qual tenham sido usados métodos proibidos deve ser admitida no processo se o arguido estava assistido por advogado e não houve pedido de exclusão da prova ou se o arguido tinha prévio conhecimento dos seus direitos.¹¹⁹

Um outro caso de admissão de prova proibida admitido pelos tribunais Alemães é o do chamado “interrogatório artificioso” no qual se procura induzir e incitar o acusado a fazer confissões a um terceiro. Em princípio, o entendimento geral é que as provas obtidas por este método deverão ser excluídas, mas o BGH nem sempre o entende assim, estabelecendo antes que deve ser feita uma ponderação de interesses. Numa sua decisão, o BGH tolera a admissão no processo da prova obtida através do “interrogatório artificioso” nos casos em que tal se faça no âmbito de prossecução por crime grave e em que a averiguação dos factos por outros meios torne a resolução do caso impossível ou mais difícil. Afinal, os juízes do BGH sublinham que o Estado de Direito tem o dever de assegurar e praticar uma persecução penal eficaz.¹²⁰ Também os casos nos quais se debatia a questão de saber se poderá ser admitida e valorada no processo prova obtida através da violação por parte da testemunha do sigilo profissional foram decididos pelo BGH em sentido favorável à admissão da prova. Se um funcionário público¹²¹ ou um profissional obrigado ao sigilo prestarem declarações que violem essas obrigações¹²², o tribunal pode admitir e valorar as provas assim conseguidas e nem sequer tem de averiguar se a testemunha precisava de algum tipo de autorização para fazer a declaração. O BGH considera que a posterior responsabilização do profissional ou do funcionário público é suficiente para acautelar os bens jurídicos que pudessem ter sido postos em causa pela sua conduta.¹²³ Já relativamente às diligências de busca e apreensão judicial e às escutas telefónicas, as posições da jurisprudência Alemã tendem a ser bastante liberais, proporcionando aos órgãos da polícia uma margem de discricionariedade elevada, permitindo que mesmo em caso de certas transgressões das formalidades a prova

¹¹⁷ *Ibidem*, § 106.

¹¹⁸ Doravante, BGH.

¹¹⁹ ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 194.

¹²⁰ ALEMANHA, *Bundesgerichtshof*, BGHSt, 42, 139 citado em: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 197-198.

¹²¹ ALEMANHA, *Bundesgerichtshof*, BGH, MDR 51, 275 citado em: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 200.

¹²² ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 199.

¹²³ ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 199.

obtida continue a poder ser admitida¹²⁴, como sucede por exemplo com a apreensão de objectos não descritos no mandato.¹²⁵ Situações de inadmissibilidade total das provas apenas ocorrem em casos de violação sistemática ou grosseira das normas legais mais básicas, conforme o BGH também estabelece para as escutas telefónicas.¹²⁶ Tal é, em linhas gerais, o tratamento que os tribunais Germânicos dão à questão das proibições de prova dependentes.

No que respeita às proibições independentes, já mencionámos que se recorre ao critério da ponderação de interesses. Por exemplo, nos casos relacionados com violações ao direito à privacidade, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha¹²⁷ desenvolveu a famosa teoria dos três degraus da esfera privada. O primeiro degrau corresponde ao círculo mais íntimo e inviolável da esfera privada que estará por isso afastado da ponderação de interesses. Já o segundo degrau corresponderá a uma zona de privacidade que também merece protecção constitucional mas que deverá ceder e sacrificar-se em sede de obtenção de prova no processo penal em casos especialmente graves e segundo o princípio da proporcionalidade.¹²⁸ Finalmente, o terceiro degrau corresponde àquela zona de privacidade que, não obstante dever ser salvaguardada, poderá ser objecto de ofensas tidas como socialmente consentidas. Conforme seria de esperar, a principal questão que se coloca perante esta teoria é como distinguir claramente onde termina o núcleo essencial (correspondente ao primeiro círculo) e começa a área sujeita à ponderação de interesses. Quanto a isto, o BVerfG tem optado por uma deliberação casuística, decidindo cada caso concreto segundo as suas circunstâncias específicas. Consoante o crime pelo qual o arguido é acusado for mais ou menos grave, assim o tribunal poderá admitir provas que violem mais ou menos o direito à privacidade do arguido. Caso o crime objecto do processo for extremamente grave e atentatório dos pilares civilizacionais (homicídio em série, genocídio, terrorismo, etc.), então poderão ser admitidas provas obtidas através de intromissão na esfera privada do acusado que não seriam admitidas caso o crime a ser investigado fosse menos grave (fraude, difamação, etc.).

De todas as formas, nomes da doutrina Alemã como Weigend consideram que os três grandes parâmetros utilizados pelos tribunais para decidirem acerca de qual interesse prevalecerá na ponderação são o relevo do direito violado, a seriedade da lesão e a importância da obtenção daquela prova específica para a resolução eficaz e bem-sucedida do caso.¹²⁹ São estes critérios que tornam possível que, por exemplo, um tribunal determine a admissão e valoração como prova de escritos pessoais de criminosos reincidentes e que determinaram que em 1997 tenha sido concretizada uma emenda à Constituição

¹²⁴ *Idem*, p. 304.

¹²⁵ WEIGEND, Thomas, citado em: BRADLEY, Craig, *Criminal procedure: a worldwide study*, Durham, Carolina do Norte, Carolina Academic Press, 1999, p. 192-195.

¹²⁶ ALEMANHA, *Bundesgerichtshof*, BGHSt, 41, 34 citado em: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 199.

¹²⁷ Doravante, BVerfG.

¹²⁸ COSTA ANDRADE, *op. cit.* p. 95.

¹²⁹ WEIGEND, Thomas, citado em: BRADLEY, *op. cit.*, p. 196.

Alemã com o intuito de que esta passasse a ser de molde a permitir a execução de gravações no interior da residência de presumíveis autores de crimes particularmente graves.¹³⁰

Uma outra questão sobre a qual a doutrina e jurisprudência Alemãs demonstram grande sentido de flexibilidade é a relativa às provas obtidas por particulares no decurso das suas investigações à margem da lei e dos órgãos de polícia.¹³¹ Segundo Roxin e seguindo a jurisprudência Germânica maioritária, essas provas devem ser, em geral, livremente admitidas:

*“Dado que as disposições sobre o procedimento da StPo (e sobretudo as proibições de métodos probatórios!) apenas estão dirigidas aos órgãos de persecução penal, esse tipo de provas (obtido pelos particulares) são, em princípio, admissíveis e valoráveis; apenas devem existir exceções, unicamente, para casos de extrema violação dos direitos humanos (...), por exemplo, quando um particular obtém uma confissão através de tortura.”*¹³²

O pragmatismo e a maleabilidade que permeiam todo o ordenamento jurídico Alemão no que respeita à questão da admissão das provas proibidas em processo penal estão bem patentes na seguinte citação de Gössel:

*“Se existe violação, esta deve ser julgada sob os pontos de vista dos termos respectivos das regulamentações, da ligação sistemática das leis e da criminalidade, entre outros, com referência às finalidades perseguidas pelas regulamentações respectivas, especialmente eventuais fins de salvaguarda e protecção, ainda que dependa também, em certas circunstâncias, de uma ponderação dos interesses respectivos eventualmente em colisão.”*¹³³

4 – O tratamento das provas proibidas no ordenamento jurídico Português

4.1 - Introdução

Segundo a doutrina Portuguesa, uma prova proibida é aquela que é conseguida “ *com violação de direitos constitucionalmente garantidos e relativamente aos quais a Constituição estabelece verdadeiras normas processuais que devem ser respeitadas para poderem excepcionalmente incidir sobre as liberdades constitucionais tuteladas, donde resulta, por um lado, que é muito circunscrita a discricionabilidade do legislador ordinário, e por outro, que as provas obtidas mediante modalidades desrespeitosas da regras estabelecidas pela lei ordinária para tutela dos direitos constitucionalmente protegidos se devem considerar como directamente violadoras da Constituição*”¹³⁴, ou seja, através

¹³⁰ ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *op. cit.*, p. 174.

¹³¹ *Ibidem*, p. 173.

¹³² Tradução Portuguesa do excerto retirado de: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 206.

¹³³ Tradução Portuguesa do excerto retirado de: GÖSSEL, Karl Heinz, *op. cit.*, § 143.

¹³⁴ MARQUES DA SILVA, Germano, *op. cit.*, p. 139.

da “*violação das prescrições essenciais na aquisição da prova*”¹³⁵, não relevando se essa violação incidiu sobre normas de carácter processual ou material.

No ordenamento jurídico Português, uma importante fonte de enumeração e definição das provas proibidas encontra-se no artigo 126º do CPP, que constitui na realidade uma regra genérica de exclusão de provas proibidas, sendo que a sua base legal se encontra no artigo 32º número 8 da CRP. Este artigo 126º do CPP divide os métodos proibidos de prova em duas categorias diferentes, segundo a disponibilidade ou indisponibilidade dos bens jurídicos violados: os absolutamente proibidos (devido à utilização de coacção, violência, tortura, coacção e outras ofensas à integridade física ou moral em geral) – números 1 e 2 – que não podem nunca ser utilizados, mesmo que os ofendidos prestem o seu consentimento, e os relativamente proibidos – número 3 – que se referem à utilização de meios de prova através da intromissão na correspondência, na vida privada, domicílio ou telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular, ou seja, se este consentimento for concedido, o uso dessas provas será inteiramente válido.

O artigo 126º do CPP dispõe no seu nº 1 e no seu nº 3 que são nulas e não podem ser utilizadas nem valoradas no processo as provas que foram obtidas através dos métodos proibidos de prova. Aquelas que foram obtidas através dos métodos prescritos nos números 1 e 2 do artigo 126º do CPP estarão mesmo feridas de nulidade insanável, absoluta e de conhecimento oficioso e apenas poderão ser utilizadas como provas nos processos que pretendam sancionar aqueles que as obtiveram através da violação dos preceitos legais.¹³⁶ Por exemplo, relativamente às formalidades da busca (artigo 176º do CPP), Manuel Monteiro Guedes Valente afirma que:

*“(…) a mesma deve respeitar a dignidade pessoal do(s) visado(s) e, o mais possível, o seu pudor, imposição que se afere das revistas prevista no nº 2 do artigo 175º do CPP. Caso a busca ofenda a integridade física e moral do(s) visado(s), mesmo que haja consentimento daqueles, a busca é nula e as provas obtidas mediante essa ofensa são proibidas e não podem ser usadas no processo crime, mas sim contra os elementos das forças de segurança, caso contra os mesmo haja procedimento criminal, ex vi art. 126º do CPP em conjugação com o nº 8 do art. 32º da CRP.”*¹³⁷

4.2 – Regime geral

Tradicionalmente, o ordenamento jurídico Português caracteriza-se por uma tendência obstativa relativamente à admissão de provas proibidas. Tal situação reflecte-se não apenas nos próprios preceitos legais, cujo exemplo mais paradigmático é o do artigo 126º do CPP, mas também, conforme já constatámos e continuaremos a constatar, nas posições de alguma doutrina e jurisprudência. No entanto, em Portugal existem também alguns Autores nacionais que não perfilham esta

¹³⁵ *Ibidem*, p. 258.

¹³⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Revistas e Buscas*, 2. ed., Coimbra, Almedina, 2005, p. 139.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 92.

orientação obstativa. Por exemplo, segundo o constitucionalista José Gomes Canotilho, se num caso concreto existir um certo conflito entre garantias fundamentais, o princípio da proporcionalidade (e, através dele, a teoria da proporcionalidade) actuam como factores de harmonização do sistema, pois permitem que o direito fundamental ou bem jurídico de menor relevância ceda perante o de maior importância e valor social¹³⁸. Assim, este Autor realça:

“ (...) a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro (D1 P D2). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro (D1 P D2 C), ou seja, um direito (D1) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C). ”¹³⁹

Um outro importante nome da doutrina portuguesa que surge como defensor da teoria da proporcionalidade é Costa Andrade, cujas posições relativas a esta questão se baseiam em grande medida na teoria e prática do ordenamento jurídico Alemão.¹⁴⁰ Segundo este Autor, a admissibilidade relativa de provas proibidas poderá contribuir para proteger “valores de irrecusável prevalência e transcendentais aos meros interesses da perseguição penal.” Costa Andrade fornece um exemplo que se reconduz à teoria da admissibilidade da prova proibida *pro reo* e no qual a validação e admissão no processo de uma gravação obtida por métodos proibidos se revela como a única forma de absolver um inocente injustamente acusado.¹⁴¹ Costa Andrade afirma mesmo que se é verdade que a prova que foi obtida através de métodos proibidos que ofendam a dignidade da pessoa humana (coacção, tortura, etc.) deve ser geralmente recusada, não é menos verdade que esta mesma prova deve ser aceite e validada caso se demonstre que esta constitui:

“ (...) meio idóneo e necessário à promoção de autónomos e relevantes valores transprocessual-penais. E tanto interesses encabeçados em portadores individuais como interesses de alcance comunitário. Como sucederá (...) quando a escuta telefónica, a coacção, mesmo a tortura, configure o único meio de localizar o engenho explosivo com que um perigoso agrupamento de terroristas ameaça consumir um massacre de inocentes. ”¹⁴²

Não obstante, os apoiantes da teoria obstativa predominam a nível nacional. São seus defensores, entre outros, Germano Marques da Silva, Figueiredo Dias, Manuel Monteiro Guedes Valente^{143/144} e também Paulo Pinto de Albuquerque parece perfilhar posições correspondentes à teoria obstativa¹⁴⁵. O primeiro de entre eles defende que:

¹³⁸ Referindo-se à teoria da proporcionalidade em geral: CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, 6. ed., Almedina, Coimbra, 1995, p. 643-646.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 646.

¹⁴⁰ MARQUES DA SILVA, Germano, *op. cit.*, p. 140-141.

¹⁴¹ COSTA ANDRADE, Manuel, *op. cit.*, p. 45.

¹⁴² COSTA ANDRADE, Manuel, *op. cit.*, p. 81-82.

¹⁴³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *op. cit.* p. 55-56, 92, 136-137, 144-145.

*“Pretende-se com tal proibição (de provas) evitar o sacrifício dos direitos das pessoas por parte das autoridades judiciárias por parte dos órgãos de polícia criminal ou dos particulares, privando de eficácia as provas obtidas ou produzidas ilegalmente: as provas proibidas não podem ter efeitos no processo. É manifesto que com a proibição de prova se pode sacrificar a verdade, já que a prova proibida, seja qual for a causa da proibição, pode ser de extrema relevância para a reconstituição do facto histórico, pode mesmo ser a única. Um facto pode ter de ser julgado como não provado simplesmente porque o meio que o provaria não pode ser utilizado no processo, porque é um meio de prova proibido e, por isso, não admissível para formar a convicção do julgador. Simplesmente, não se propõe a busca da verdade absoluta (...) usando de quaisquer meios, mas tão só através de meios justos, ou seja, de meios legalmente admissíveis. A verdade não pode ser investigada a qualquer preço, mormente quando esse “preço” é o sacrifício de direitos fundamentais das pessoas.”*¹⁴⁶

Já Figueiredo Dias contempla nos seus escritos um exemplo de um arguido que sofreu ofensas à sua integridade física durante o interrogatório e afirma relativamente a tal que:

*“ (...) sempre terá de ver-se uma autêntica e absoluta proibição de prova, com a consequência de ser inadmissível a valoração das declarações prestadas e das indicações que por seu intermédio tenham sido obtidas acerca de outros meios de prova.”*¹⁴⁷

E, de facto, no caso português, a própria Constituição parece considerar como inaceitável a prova alcançada por meios proibidos e adoptar a teoria obstativa no seu artigo 32º número 8. Gomes Canotilho e Vital Moreira explicam¹⁴⁸:

“Os interesses do processo criminal encontram limites na dignidade humana (art. 1º) e nos princípios fundamentais do estado de direito democrático (art. 2º) não podendo, portanto, valer-se de actos que ofendam direitos fundamentais básicos. Daí a nulidade das provas obtidas sob tortura ou coacção (nulidade e não mera irregularidade, Cfr. Ac TC nº 528/03) obtidas com ofensa da integridade pessoal, da reserva da intimidade da vida privada, da inviolabilidade do

¹⁴⁴ Na nota 148 *supra*, já tínhamos mencionado as posições obstativas deste Autor relativamente às formalidades da busca. Mas também quanto às formalidades da revista (artigo 175º do CPP), Manuel Monteiro Guedes Valente defende orientações obstativas, afirmando por exemplo que: *“Quando a revista é efectuada com base numa autorização judicial, o operador de justiça que procedeu à revista terá de entregar ao visado uma cópia do despacho que ordenou a diligência, no qual deverá ser mencionado que o visado pode indicar pessoa da sua confiança – como o pai, a mãe, a mulher, um irmão, ou até mesmo o seu advogado – para presenciar à revista, conforme o nº 1 do art. 175º do CPP. (...) se o visado solicitar um seu familiar ou pessoa da sua confiança para presenciar à diligência e o OPC nada fizer ou se opuser a que tal vontade seja respeitada – que tem cobertura legal – (...) consideramos que estamos perante um método de obtenção de prova proibido, enquadrando-se tal circunstancia factual no art. 126º do CPP.”* in VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *op. cit.* p. 55-56.

¹⁴⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p. 334-345.

¹⁴⁶ MARQUES DA SILVA, Germano, *op. cit.*, p. 138.

¹⁴⁷ DIAS, Jorge De Figueiredo, *op. cit.*, p. 463.

¹⁴⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 513, 524 e 526, mencionando também os acórdãos do Tribunal Constitucional nºs 455/89, 213/94 e 528/03.

domicílio e da correspondência ou das telecomunicações (n.º 8, cfr. arts. 25.º-1 e 34.º), não podendo tais elementos ser valorizados no processo. A interdição é absoluta no caso do direito à integridade pessoal (cfr. Ac TC n.º 616/98); e, relativa, nos restantes casos, devendo ter-se por abusiva a intromissão quando efectuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial (art. 34.º-2 e 4), quando desnecessária ou desproporcionada ou quando aniquiladora dos próprios direitos (cfr. art. 18.º-2 e 3). Debaxo da alçada deste preceito caem ainda hipóteses como as seguintes: (a) meios de prova que representem grave limitação da liberdade de formação e manifestação da vontade do arguido, transformando este em meio de prova contra si próprio (ex.: uso do polígrafo, da narcoanálise); (b) utilização de fichas clínicas para investigação de crimes (como, por ex., consumo de droga) ou utilização de registos gravados de conversas do arguido com o médico ou assistente social (direito à palavra falada); (c) as provas obtidas mediante ameaças de medidas legalmente inadmissíveis. No caso de existirem, elas deverão ser consideradas provas de valoração proibida (cfr. Cód. Proc. Penal, arts. 126.º e ss.). (...) Quanto ao âmbito subjectivo de protecção destas garantias do processo penal (e contra-ordenacional), trata-se de direitos universais, como sucede com a generalidade dos direitos, liberdades e garantias de natureza pessoal, pelo que não há lugar para as reservar para as pessoas de nacionalidade portuguesa, excluindo os estrangeiros (art. 15.º-1). Todas as pessoas, pelo facto de o serem, gozam destas garantias.”

Também Germano Marques da Silva e Henrique Salinas seguem esta mesma orientação¹⁴⁹:

“ (...) A regra do n.º 8 consagra o princípio das proibições de prova e encontra também consagração nos textos do direito internacional, nomeadamente nos artigos 5.º e 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigos 3.º e 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e artigo 7.º do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. A eficácia da justiça é também um valor que deve ser perseguido, mas, porque numa sociedade livre os fins nunca justificam os meios, só é aceitável quando alcançada lealmente, pelo engenho e arte, nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem os sofre, mas não menos quem os usa. Por isso que a lei repudia em absoluto a obtenção de provas mediante tortura, coacção e ofensa da integridade física ou moral da pessoa, cuja inviolabilidade é primariamente garantida nos artigos 24.º e 25.º da Constituição, e limita aos casos expressamente previstos na lei em conformidade com a Constituição (artigos 26.º e 34.º) a sua obtenção mediante a intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. Escreveu-se na fundamentação do Ac. n.º 607/03 que “quando a Constituição prescreve, no artigo 32.º, n.º 8, concretizando, neste plano, o valor da dignidade humana assumido como princípio estruturante no seu artigo 1.º, que “são nulas” todas as provas obtidas “mediante abusiva intromissão na vida privada”, está a prever não só a imposição de condicionamentos formais ao acesso aos meios de prova que representem uma intromissão na vida privada, como, também, a existência de restrições à valoração de

¹⁴⁹ MARQUES DA SILVA, Germano e SALINAS, Henrique, in MEDEIROS, Rui e MIRANDA, Jorge, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2. ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 736-738, § XXIII e XXIV, mencionando também o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 607/03.

provas, que devem aferir-se, conforme o exposto, pelas exigências do princípio da proporcionalidade, sempre ressaltando a ineliminável dignidade e integridade da pessoa humana.” Por aplicação deste critério decidiu-se, no mesmo aresto, pela inadmissibilidade da valoração do conteúdo de “diários” apreendidos ao arguido, para o efeito da avaliação da existência dos factos que constituem os pressupostos de aplicação da prisão preventiva, “na ausência de uma ponderação, efectuada à luz dos princípios da necessidade e da proporcionalidade, sobre o conteúdo, em concreto, desses “diários”. ”A proibição de obtenção de provas para o processo criminal por meios proibidos resulta directamente dos referidos preceitos constitucionais e das leis que os explicitam e a sua violação constitui crime. O que há de novo no nº 8 não é a proibição do uso de meios proibidos na obtenção dos elementos de prova mas essencialmente a utilização das provas obtidas por tais meios. Essas provas é que são nulas, nulidade que deve ser considerada em sentido forte, ou seja como proibição absoluta da sua utilização no processo; seria intolerável que para realizar a Justiça no caso fossem utilizados elementos de prova obtidos por meios vedados pela Constituição e incriminados pela lei. (...) A realização da justiça do caso é um valor constitucional, mas não é um valor absoluto, que possa ser perseguido por qualquer forma. Quando os meios utilizados para a obtenção das provas forem proibidos ou condicionados pela Constituição para salvaguarda de outros valores, os elementos probatórios por essa forma obtidos não podem ser utilizados em circunstância alguma; ficam radicalmente inquinados do vício de inconstitucionalidade e o sistema não pode tolerar que a Justiça seja prosseguida por meios inconstitucionais.”

De resto, o ordenamento jurídico Português encara a utilização de provas proibidas para fundamentar a sentença condenatória como algo de uma gravidade tal que, diferentemente do que sucede com as nulidades ditas “insanáveis” do artigo 119º do CPP¹⁵⁰ que ficam automaticamente sanadas com o trânsito em julgado da sentença, a utilização de provas proibidas para fundamentar uma condenação é fundamento para o recurso extraordinário de revisão [artigos 118 número 3 e 449 número 1 alíneas d) e e) do CPP]. Assim, pelo menos em Portugal, perante o argumento dos defensores da teoria proporcional de que o julgador deve sempre ponderar os valores e interesses em conflito no caso concreto a fim de verificar qual ou quais merecem prevalecer, os defensores da teoria obstativa poderão replicar que a própria Constituição, ao vedar o uso da referida prova, retirou ao julgador a possibilidade de discricionariedade na matéria e impediu assim a possibilidade de ponderação sobre os valores e interesses em causa. No entanto, em termos de jurisprudência, nota-se uma maior abertura à admissibilidade de provas do que sucederia se tivesse sido adoptada uma perspectiva puramente obstativa. Vamos agora analisar algumas das decisões tomadas pelos tribunais Portugueses quanto a esta questão.

¹⁵⁰ Por cujo regime se devem reger também, sempre que possível, as proibições de prova segundo MARQUES DA SILVA, Germano, *op. cit.*, p. 257 e 258.

4.3 – Admissão ou não de provas proibidas: jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça e dos Tribunais da Relação

Um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça¹⁵¹ relativo à questão da admissibilidade ou não das provas tidas como proibidas em processo penal é de 20 de Fevereiro de 2003¹⁵² e foi proferido na sequência de um caso envolvendo a actuação de agentes encobertos na prevenção e combate ao tráfico de droga. O STJ debruçou-se sobre a questão de saber se as provas obtidas contra os arguidos através da actuação desses agentes poderiam ser admitidas no processo ou não. Após breves considerações acerca das diferenças entre a actuação dos agentes provocadores (que provocam e incitam a prática da ilicitude e cujas provas por eles obtidas são inadmissíveis) e a dos agentes encobertos e infiltrados (que apenas procuram facilitar a descoberta das práticas criminosas e cujas provas obtidas por eles são admissíveis), o STJ afirma que o combate a um crime tão hediondo e de consequências tão nefastas como o de tráfico de droga justifica a utilização de meios mais extremos na medida do estritamente necessário:

*“A pressão das circunstâncias e das imposições de defesa das sociedades democráticas contra tão graves afrontamentos tem imposto em todas as legislações, meios como a admissibilidade de escutas telefónicas, a utilização de agentes infiltrados, as entregas controladas.”*¹⁵³

Na situação em apreço, quando já estava em execução uma operação de transporte de mais de uma tonelada de drogas pesadas entre Portugal e Espanha, os traficantes escolheram e contactaram um Português como ajudante na operação. Este último, por sua vez, ofereceu-se para colaborar com a PJ com vista à liquidação da operação. Em seguida, a operação de tráfico de droga parece decorrer sem incidentes, com os traficantes tendo em todo o momento o controlo da situação e o total domínio do facto sem que o agente infiltrado os tivesse influenciado em nada de relevante. No momento em que a droga estava já pronta a ser transferida para Espanha, então a polícia intervém e os traficantes são detidos. Perante isto, o STJ deliberou que se verificou a actuação de um agente encoberto e não de um agente provocador, pelo que as provas poderiam ser admitidas e valoradas no processo de forma válida.

Num outro acórdão, desta vez do Tribunal da Relação de Guimarães e de 29 de Março de 2004¹⁵⁴, o tribunal foi colocado perante o dilema de decidir se a prova obtida através da captação de gravações e imagens nas quais o arguido surge em local público são admissíveis e valoráveis em processo. Isto porque o arguido e a sua defesa argumentaram que as referidas imagens e gravações tinham sido efectuadas contra a vontade do arguido pois alegadamente violavam o seu

¹⁵¹ Doravante, STJ.

¹⁵² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo 02P4510, Relator: Simas Santos, 20 de Fevereiro de 2003, Lisboa, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e4c9177530b2c36380256d08004e5d11>.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, 1680/03-2, Relatora: Maria Augusta, 29 de Março de 2004, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/926f6fea6511bf6e80256ee0003afd32?OpenDocument>.

direito à imagem e à intimidade da vida privada [artigos 260º da CRP e 79º do CC], configurando assim provas proibidas insusceptíveis de serem valoradas pelo tribunal nos termos do artigo 126º número 3 do CPP. O STJ considerou que, nesta situação, as provas em causa poderiam perfeitamente ser admitidas e valoradas no processo pois não foram obtidas com abusiva intromissão na vida privada do arguido nem violando o seu direito à imagem. Afinal, elas tinham sido captadas num local público de livre acesso (um posto de combustível), no qual, pela natureza das suas funções, é a própria lei que impõe que existam sistemas de vigilância privados com propósitos de segurança (número 3 do art. 5 do Decreto-Lei nº 231/98, de 22/07) que poderão ser de índole electrónica. De todo o modo, era razoável admitir-se que o arguido tinha conhecimento de que estava a ser filmado pois era sabido que naquele espaço público existiam câmaras de vigilância, sendo que o argumento do acusado de que as imagens e gravações foram obtidas contra a sua vontade é improcedente. Também quanto à suposta violação da intimidade da vida privada, o STJ prontamente a afastou afirmando que o arguido tinha sido filmado num local de livre acesso público e não numa área de actuação propriamente privada, sendo que “ (...) *o que está constitucionalmente protegido é apenas a esfera privada e íntima do indivíduo.*”¹⁵⁵ O arguido argumentou ainda que já tinha sido ultrapassado o prazo de 30 dias imposto pela lei para a destruição das gravações, pelo que estas já não poderiam ser utilizadas, ao que o tribunal respondeu que a obrigação de destruição apenas se dá se as gravações não contiverem nada de relevante para fins de processo penal, pois caso contrário os sistemas de vigilância electrónica perderiam a sua utilidade. Assim, o STJ permitiu que as provas reputadas pelo arguido e pela sua defesa como proibidas fossem validamente admitidas e valoradas no processo. No mesmo sentido e numa situação semelhante, também o Tribunal da Relação de Coimbra¹⁵⁶ definiu que as imagens captadas pelas câmaras de vigilância de uma ourivesaria dos arguidos que a assaltavam não constituíram intromissão na vida privada alheia nem configuravam provas proibidas segundo o artigo 126º número 3 do CPP, pelo que poderiam ser validamente admitidas e valoradas no processo. Também o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de Maio de 2009¹⁵⁷ versou sobre uma situação na qual os arguidos foram filmados pelas câmaras de vigilância instaladas pelo assistente à entrada do seu prédio rústico e com base nas quais foram prestados testemunhos desfavoráveis às pretensões dos arguidos. Posteriormente, colocou-se a questão de saber se esses testemunhos obtidos a partir da visualização das gravações e imagens captadas pelas câmaras poderiam ser admitidos no processo como provas válidas nos termos do artigo 126º número 3 do CPP. O tribunal fez questão de salientar que:

“Ao prescrever a proibição de prova obtida mediante intromissão na vida privada sem o consentimento do respectivo titular, o art. 126.º/3 do CPP indica o dever dos investigadores e autoridades judiciais respeitarem normativos que, excepcionalmente, e para prossecução de outros direitos ou fins constitucionalmente contemplados, designadamente a

¹⁵⁵ *Ibidem.*

¹⁵⁶ *Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, 106/09.0PAVNO.C1*, Relatora: Olga Maurício, 2 de Novembro de 2011, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/6af3d06ec6ababd28025794800432128?OpenDocument>.

¹⁵⁷ *Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 10210/2008-9*, Relatora: Fátima Mata-Mouros, 28 de Maio de 2009, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/bf96f48dbb8bd5d0802575de0037c6a2?OpenDocument>.

*perseguição penal, autorizam restrições aos direitos fundamentais. (...) O uso das imagens captadas pela câmara de vídeo colocada pelo assistente na entrada do seu prédio rústico, desde que limitado à identificação do(s) autor(es) dos danos provocados na propriedade do assistente, e enquanto reportado ao momento da prática dos factos integradores dos referidos estragos, configura um meio necessário e apto a repelir a agressão ilícita da propriedade do assistente.”*¹⁵⁸

4.4 – Admissão ou não de provas proibidas: jurisprudência do Tribunal Constitucional

O Tribunal Constitucional¹⁵⁹ tem revelado alguma resistência ao abandono de uma orientação obstativa mais arraigada. Por exemplo, no seu acórdão 695/06 de 2 de Março de 2007¹⁶⁰, o TC considerou inconstitucional, por violação dos artigos 25, 26 e 32, número 4, da CRP:

*“ (...) a norma constante do artigo 172.º, nº 1, do Código de Processo Penal, quando interpretada no sentido de possibilitar, sem autorização do juiz, a colheita coerciva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético, quando este último tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita; ii) consequencialmente, julgar inconstitucional, por violação do disposto no artigo 32.º, nº 4, da Constituição, a norma constante do artigo 126º, nºs 1, 2 alíneas a) e c) e 3, do Código de Processo Penal, quando interpretada em termos de considerar válida e, por conseguinte, susceptível de ulterior utilização e valoração a prova obtida através da colheita realizada nos moldes descritos na alínea anterior.”*¹⁶¹

E é de salientar que a situação que deu origem ao acórdão referido ocorreu no contexto de uma investigação de factos susceptíveis de integrar a prática de dois crimes de homicídio qualificado (artigo 132º do CP), sendo que a decisão do TC favoreceu as pretensões dos arguidos, pelo que se conclui que o TC continua bastante apegado às tendências obstativas mesmo em casos nos quais os bens jurídicos das vítimas que o processo penal pretende tutelar e salvaguardar são dos mais essenciais.

4.5 – Qual o valor negativo que afecta provas tidas como proibidas?

Uma controvérsia atinente ao número 3 do artigo 126º do CPP prende-se com o facto de que em Portugal encontramos jurisprudência e doutrina que entendem que as provas obtidas através dos processos indicados no referido número 3 somente se encontram feridas de nulidade relativa, portanto dependente de arguição e, consequentemente, sanável. Por exemplo, no seu acórdão de 8 de Fevereiro de 1995, o STJ perfilhou este entendimento, afirmando que:

¹⁵⁸ *Ibidem.*

¹⁵⁹ Doravante, TC.

¹⁶⁰ *Acórdão do Tribunal Constitucional, 695/06*, Relator: Conselheiro Gil Galvão, 2 de Março de 2007, Lisboa, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_palavras.php?buscajur=acusat%F3ria&ficha=141&pagina=4&exacta=&nid=7406.

¹⁶¹ *Ibidem.*

“ (...) da diferente qualificação dos bens em causa e da respectiva disponibilidade ou indisponibilidade para o seu titular resultam regimes ou consequências diversas.”¹⁶²

Ou seja, os referidos métodos de proibição relativa seriam:

“ (...) susceptíveis de consentimento relevante dos respectivo titular, as provas obtidas também serão nulas, mas tal nulidade, porque sanável, depende da arguição do interessado, ficando sujeito á disciplina dos artigos 120º e 121º do CPP.”¹⁶³

De facto, já em 1992, o STJ tinha defendido uma orientação semelhante ao decidir que:

“ (...) a nulidade da busca domiciliária, não se integrando no artigo 119º (...) se assume como nulidade relativa e, nos termos do artigo 120º nº 3 (...) como nulidade de arguição sujeita a prazo.”¹⁶⁴

Em suma, na sua maioria, a jurisprudência Portuguesa tem geralmente entendido que uma busca domiciliária que se realize sem autorização judicial, sem consentimento do visado e que não se inclua no âmbito da alínea a) do número 4 do artigo 174º do CPP é nula e, portanto, as provas que forem obtidas também estarão feridas de nulidade. No entanto, tratar-se-á de uma nulidade meramente relativa, que se sanará se não for objecto de arguição atempada pelos interessados nos termos da alínea c) do número 3 do artigo 120º do CPP. Caso a busca se efectue na fase de inquérito, os interessados poderão arguir a nulidade até cinco dias após a notificação do despacho de encerramento do inquérito. Caso a busca se efectue durante a fase da instrução, os interessados poderão arguir a nulidade até ao encerramento do debate instrutório. Se os interessados não o fizerem, a nulidade sana-se e tudo deverá ocorrer como se as provas tivessem sido sempre plenamente válidas e admissíveis.^{165/166}

No que respeita à doutrina Portuguesa, Maia Gonçalves adopta esta mesma posição jurisprudencial e defende:

¹⁶² Ac. STJ de 8 de Fevereiro de 1995, proc. nº 47084, in *BMJ*, nº 444, p. 363/364, citado em: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *op. cit.* p. 138, n. m. 192.

¹⁶³ *Ibidem.*

¹⁶⁴ Ac. STJ de 23 de Abril de 1992, *BMJ*, nº 416, p. 536 e ss., citado em: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *op. cit.* p. 141 e n. m. 198.

¹⁶⁵ Ac. STJ de 11 de Março de 1993, proc. nº 43512 e Ac. STJ de 23 de Abril de 1992, *BMJ*, nº 416, p. 536 e ss., *apud* SANTOS, M. Simas e LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Código de Processo Penal Anotado*, 2. ed., Rei dos Livros, Lisboa, 1999, Vol. I, p. 886 e 898.

¹⁶⁶ Situação semelhante ocorre no que respeita às revistas se o órgão de Polícia Criminal efectuar uma “no âmbito do tráfico de droga, crimes dos artigos 21º a 24º e 28º do DL nº 15/93, em que a omissão da comunicação ao JIC para apreciação em ordem à sua validação constitui nulidade sanável, devendo ser esta alegada pelo interessado nos termos do artigo 120º, nº 3, alínea c) do CPP”; Vide Ac. STJ de 7 de Janeiro de 1998, proc. nº 1045/97 in SANTOS, M. Simas e LEAL-HENRIQUES, Manuel, *op. cit.*, p. 887, citado em: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *op. cit.* p. 146, n. m. 207.

“Trata-se, em meu entendimento, de dois graus de desvalor de provas obtidas contra as cominações legais, sendo maior o desvalor ético-jurídico das provas obtidas mediante os processos referidos no n.º 1, e tal diferente grau de desvalor tem reflexo nas nulidades cominadas: enquanto as provas obtidas pelos processos referidos no n.º 1 estão fulminadas com uma nulidade absoluta, insanável e de conhecimento oficioso, que embora como tal não esteja consagrada no artigo 119.º o está neste artigo 126.º, através da expressão imperativa «não podendo ser utilizadas», já as provas obtidas mediante o processo descrito no n.º 3 são dependentes de arguição, e portanto sanáveis, pois que não são apontadas como insanáveis no artigo 119.º ou em qualquer outra disposição da lei. Em relação a estas últimas provas, obtidas mediante os processos aludidos no n.º 3, a lei atendeu de algum modo à vontade do titular do interesse ofendido e ao princípio volenti non fit injuria.”¹⁶⁷

Pelo contrário, outros Autores como Germano Marques da Silva e Teresa Beleza entendem que essas provas se encontram feridas de nulidade absoluta, são proibidas e não poderão ser admitidas nem valoradas no processo. O primeiro Autor afirma:

“Conforme ensina o Doutor Manuel da Costa Andrade, há uma imbricação íntima entre as proibições de prova e o regime das nulidades. Com efeito, é no título dedicado às nulidades que o CPP inscreve o preceito segundo o qual as disposições do presente título não prejudicam as normas neste Código relativas a proibições de prova (art.º 118, n.º 3) e, frequentemente, a lei enuncia as proibições de prova, cominando precisamente com a sanção de nulidade a violação dos pertinentes imperativos legais. São, porém, realidades distintas e autónomas, embora a utilização de uma prova proibida no processo tenha os efeitos da nulidade do acto (...) o regime de proibições de prova não há-de reconduzir-se pura e simplesmente ao regime das nulidades, pois se assim fora seria dificilmente explicável o n.º 3 do art. 118.º, seguindo, porém, o regime das nulidades insanáveis. Por isso, a nulidade resultante da produção de prova proibida será de conhecimento oficioso até decisão final, só se convalidando com o trânsito em julgado da decisão.”^{168/169}

Já a segunda Autora postula que:

“ (...) se alguém – o MP, a PJ, ou seja quem for – obtiver qualquer prova através de um destes métodos proibidos, essa prova será totalmente inútil porque em absoluto não utilizável. Ou melhor, ela poderá ser utilizada com o fim exclusivo

¹⁶⁷ MAIA GONÇALVES, Manuel, *Meios de prova* in *O Novo Código de Processo Penal, Jornadas de Direito Processual Penal*, (organ. pelo) centro de estudos judiciais, Almedina, Coimbra, 1991, p. 195.

¹⁶⁸ Citado em: *Ibidem*, p. 143.

¹⁶⁹ Com o propósito de sustentar a sua posição, Germano Marques da Silva cita o Ac. do STJ de 29 de Janeiro de 1992, CJ, Ano XVII, T. 1, 1992, p. 20 in MARQUES DA SILVA, Germano, *op. cit.*, 1999, p. 120, n. m. 3: *“As declarações, escritas ou não, prestadas por uma pessoa, informalmente, antes da sua constituição formal como arguida num processo que contra ela já esteja a correr, obrigam à sua imediata constituição como arguida, sob pena de nulidade de utilização da prova resultante de tais declarações e da impossibilidade de tal ser utilizada contra ela.”*

de basear uma condenação da pessoa que ilegalmente a obteve: 8...) é o que dispõe o n° 4 do art. 126°. Sentido paralelo tem o n° 2 do artigo 164°. É em parte o facto de existir o n° 4 do art. 126° que me leva a rejeitar o entendimento de Maia Gonçalves, que nas Jornadas defendeu que a nulidade estatuída no n° 3 do art. 126° seria uma nulidade sanável. Mas, além disso, parece-me que o raciocínio de Maia Gonçalves põe de lado o estatuído no art. 118°, n° 3. Não creio, por outro lado, que a expressão “são igualmente nulas” do n° 3 (do artigo 126°) seja argumento (...). Julgo que o sentido desta frase é apenas o de “também”. Repare-se no disposto no art. 167°, quanto ao “valor probatório das reproduções mecânicas”: elas só valem como prova se não forem ilícitas. Isto é, uma gravação de uma mera conversa feita à revelia dos interlocutores (a não ser, é claro, nos casos e circunstâncias em que o próprio CPP o permite, nos art.ºs. 187° e ss) será ilícita “nos termos da lei penal”, art. 199° e como tal não valerá como prova.”¹⁷⁰

Perfilhando posições semelhantes, também Manuel Monteiro Guedes Valente entende que:

“As provas obtidas por meio de métodos proibidos não podem ser enquadráveis no regime das nulidades previsto nos artigos 118° e ss. do CPP. Não faria qualquer sentido a epígrafe do art. 126° do CPP falar de proibições e interpretarmos estas como nulidades. O termo “nulas”, prescrito nos n.ºs 1 e 2 do preceito, deve ser interpretado no sentido de proibidas, pois seria ilógico interpretar um dos elementos tipo de corpo do artigo de forma diferente do sentido real e teleológico a ele subjacente. Se o legislador quisesse que as provas obtidas sob métodos proibidos fossem “nulas” nos termos dos artigos 118° e ss. do CPP, não teria consagrado num Livro (III e Título I) à parte, mas tê-la-ia integrado no Título V do Livro II do CPP. Não descortinamos outra interpretação, além de defendermos também, como o Prof. Germano, que a “nulidade” proveniente de prova proibida não está sujeita a arguição, pois é de conhecimento oficiosos até decisão transitada em julgado. Face ao exposto, acompanhamos a tese dos ilustres Profs. Teresa Belezza e Germano Marques da Silva, acrescentando como argumento que caso não fosse essa a ilação a retirar do texto não faria qualquer sentido que o conteúdo do n° 3 do art. 126° fosse prescrito no preceito das proibições de prova. Nem nos parece lógico incluir nas proibições de prova aquelas que se deveriam enquadrar no âmbito das nulidades dependentes de arguição. Como argumento em defesa desta tese, acrescentamos que as proibições de prova previstas no n° 3 do art. 126° se referem ao que de mais íntimo se deve preservar – a reserva da intimidade da vida privada -, sendo que a aceitação da sua violação funcionaria como uma legitimação para as polícias e o MP poderem desenvolver actos com a finalidade de obtenção de provas mesmo que essa obtenção ferisse o princípio do respeito da dignidade da pessoa humana. (...) A apreciação e validação da busca domiciliária está acometida ao juiz de instrução, como se depreende dos artigos 174°, n° 5, 177°, 268°, 269°, todos do CPP, ex vi art. 32°, n° 4, da CRP. As buscas efectuadas sem autorização judicial, maxime JIC, se for busca domiciliária, devem ser comunicadas àquele para que o mesmo aprecie o acto com vista à sua

¹⁷⁰ BELEZA, Teresa, *A Prova*, in *Apontamentos de Direito Processual Penal*, AAFDL, 1992, II Volume, p. 151-152.

validação ou não, ratificando ou não o acto¹⁷¹, sendo que as que enquadram no âmbito da proibição de prova jamais poderão ser validadas, apesar da sua apreciação caber ao juiz de instrução.¹⁷²

Também existe uma jurisprudência minoritária que adota a mesma orientação relativamente a esta questão, tal como é perceptível no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 3 de Maio de 2006:

“ (...) sempre concluiríamos, como vamos fazer, ou seja, que, no caso, não se formou caso julgado sobre esta questão, a qual pode ser conhecida, mesmo oficiosamente, até ao trânsito em julgado da decisão final – segue o regime dos vícios insanáveis (cfr. artºs 118º, nº 3, 119º e 126º, do CPP). (...) Assim, como as imagens de vídeo em causa foram obtidas de forma ilícita (rectius, proibida), já que sem o consentimento ou conhecimento do visado (o arguido), através de câmara oculta, colocada pelo ora assistente, no interior daquele estabelecimento comercial de gelataria, que aquele explorava, mas que (também) era local de trabalho do arguido, e para além disso, sem que tivesse sido afixado, em local visível, aviso ou informação aos utentes sobre a existência naquele local daqueles meios de videovigilância, e qual a sua finalidade. Em suma, por todo o exposto, não podemos deixar de concluir que, no presente caso, a gravação de imagens de vídeo (ainda que sem reprodução de som) assim obtidas e cujas (3) cassetes de vídeo foram juntas ao presente processo-crime – mormente, arroladas na acusação pública e valoradas, indevidamente, aquando da decisão instrutória, de pronúncia; sendo ainda visionadas na audiência de julgamento (1ª instância – cfr. acta a fls. 383 e ss.); e, finalmente, valoradas na sentença ora recorrida. Por tudo isto, verifica-se a utilização de método proibido de prova, tendo em conta, nomeadamente, o disposto nos supra citados artºs 125º, 126º, nºs 1, 3 e 4, e artº 167º, nº 1, todos do CPP. Nestes termos, são nulas as provas assim obtidas, pelo que não podem ser utilizadas nestes autos, como foram – com violação, além do mais, dos citados artºs 18º, 26º, nº 1, e 32º, nº 8, da CRP, e artº 126º, nºs 3 e 4, do CPP.¹⁷³

Seguindo adiante com a nossa análise, realçamos agora o acórdão do STJ de 20 de Setembro de 2006¹⁷⁴, que estabelece que a prova obtida através da leitura de dois cartões de telemóvel do arguido que tinha sido efectuada sem a necessária autorização judicial é válida e pode ser admitida e valorada no processo. O STJ afirma que se trata apenas de uma prova relativamente proibida nos termos do artigo 126º número 3 do CPP, ou seja, como a prova em questão é afectada apenas por uma inadmissibilidade relativa, seria possível admiti-la e valorá-la no processo desde que em causa estivessem valores e bens jurídicos suficientemente relevantes para o justificarem:

¹⁷¹ Ac. Relação de Coimbra in Ac. TC nº 192/2001, proc. nº 517/2000, citado em: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *op. cit.* p. 146, n. m. 207.

¹⁷² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *op. cit.* p. 144-146.

¹⁷³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo nº 83/2006-3, Relator: Carlos Sousa, 3 de Maio de 2006, Lisboa, disponível em: http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mhb_MA_4236.htm.

¹⁷⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 06P2321, Relator: Armindo Monteiro, 20 de Setembro de 2006, Lisboa, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2e7cf04133dd20f78025723d005a62ab>.

“Há, no entanto, outras (proibições de prova)¹⁷⁵ que, mediante certos condicionalismos, não repugna admitir a sua violação, abandonando o legislador ordinário aquela tutela absoluta e incontornável, para cair numa inadmissibilidade meramente relativa de tais meios de prova, como forma de salvaguardar «valores de irrecusável prevalência e transcendentais aos meros interesses da perseguição penal» nas palavras do Prof. Costa Andrade, in *Sobre os Meios de Prova em Processo Penal*, p. 45 (...).”¹⁷⁶

Já no que respeita às escutas telefónicas, o STJ decidiu¹⁷⁷ que o não cumprimento das formalidades processuais prescritas no artigo 188º do CPP não afecta substancialmente a validade da prova obtida e, por isso, constitui apenas nulidade sanável nos termos do artigo 120º do CPP. Seguindo a mesma tendência, o STJ estabeleceu ainda posteriormente que:

“Na cominação estabelecida no art. 189.º do CPP [actual art. 190.º], que fala genericamente em nulidade para a infracção às regras dos arts. 187.º e 188.º do CPP, há que distinguir entre pressupostos substanciais de admissão das escutas, com previsão no art. 187.º do CPP, e condições processuais da sua aquisição, enunciadas no predito art. 188.º, para o efeito de assinalar o vício que atinja os primeiros a nulidade absoluta e a infracção às segundas como nulidade relativa, sanável [...]”.¹⁷⁸

5 – O tratamento das provas proibidas no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Devido ao facto de que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem¹⁷⁹ possui a faculdade de apreciar condenações ditas pelos tribunais superiores dos estados aderentes à Convenção Europeia dos Direitos Humanos^{180/181} para averiguar da sua violação, verifica-se que esses tribunais supremos tomam frequentemente as decisões do TEDH como parâmetros para as suas próprias deliberações, o que conduz a uma certa harmonia entre as várias jurisprudências nacionais.¹⁸² No entanto,

¹⁷⁵ Acrescentado pela autora da tese.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo 06P3059, Relator: Oliveira Mendes, 29 de Dezembro de 2006, Lisboa, citado em: RODRIGUES, Cláudio Lima, *Das proibições de prova no âmbito do direito processual penal – o caso específico das proibições de prova no âmbito das escutas telefónicas e da valoração da prova proibida pro reo*, Portal Verbo Jurídico, Maio de 2013, p. 21, disponível em: http://www.verbojuridico.com/ficheiros/doutrina/ppenal/claudiolimarodrigues_proibicaoaprovaescutas.pdf.

¹⁷⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo 06P4797, Relator: Armindo Monteiro, 7 de Março de 2007, Lisboa, citado em: RODRIGUES, Cláudio Lima, *op. cit.*

¹⁷⁹ Doravante, TEDH.

¹⁸⁰ Doravante, CEDH.

¹⁸¹ EUROPA, *European Convention on Human Rights*, versão em Inglês, disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf e *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, versão em Português, disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf.

¹⁸² ANGELIS, Francesco citado em: DELMAS-MARTY, Mireille, *Processo Penal e Direitos do Homem*, tradução Fernando de Freitas Franco, Barueri, SP: Manole, 2004, p. 248-249.

há-que lembrar que as decisões do TEDH não anulam as dos tribunais nacionais e possuem apenas carácter declarativo¹⁸³:

“ (Percebe-se), também, porque razão se afirma que “o contencioso dos direitos do homem é um contencioso de legalidade e não um contencioso de anulação”: é que o tribunal não anula actos jurídicos do direito interno, não modifica ou revoga normas jurídicas internas, não funciona como instância de cassação das decisões dos tribunais internos dos Estados, nem dispõe de poderes de revisão de actos administrativos de qualquer autoridade interna; as suas sentenças, mesmo que sejam no sentido da violação da Convenção pelo acto ou medida interna em crise, não determinam ipso facto a invalidade deste acto, mas apenas certificam a existência de uma violação, terminando com a incerteza existente em seu torno. Por isso se afirma que a sentença meramente declarativa é a garantia jurisdicional menos coerciva, servindo sobretudo para solucionar uma incerteza jurídica (...).”¹⁸⁴

O TEDH opera com uma jurisprudência de mínimos que viabilize a adesão dos estados Europeus a certos critérios elementares de direitos humanos.¹⁸⁵ Mas no que respeita à questão da admissão ou não de provas proibidas em processo penal, a jurisprudência do TEDH tem-se revelado bastante liberal, reservando apenas as decisões de exclusão absoluta de provas ilícitas para situações mais graves nas quais os direitos humanos mais fundamentais sejam ofendidos. Por exemplo, um dos precedentes mais famosos do TEDH decidiu-se em 1988, no caso *Schenk v. Switzerland*¹⁸⁶. Schenk, de nacionalidade Suíça, contratou um ex-militar, de nome Pauty, para que este assassinasse a sua esposa, a Sra. Schenk. Mas em lugar de o fazer, Pauty avisou a Sra. Schenk acerca dos propósitos do seu marido e ambos o denunciaram às autoridades competentes. No decurso do processo no qual Schenk era arguido por tentativa de indução ao homicídio, colocou-se a questão de saber se o tribunal poderia valorar e admitir uma conversa telefónica gravada de forma ilícita na qual o acusado explicitamente se incriminava. Segundo as leis penais Suíças (nomeadamente o artigo 179º do Código Penal Suíço), tal gravação não poderia ser admitida no processo pois constituía prova proibida. No entanto, devido às circunstâncias e gravidade do caso, os tribunais Suíços decidiram ainda assim admitir e valorar a prova em questão. Perante isto, a defesa de Schenk argumentou que tal entendimento violava a Convenção Europeia dos Direitos do Homem pois ofendia o direito a um processo e julgamento equitativos (artigo 6/1 da CEDH) e também o direito à presunção de inocência (artigo 6/2 da CEDH). Posteriormente, colocada esta polémica perante o TEDH, este deliberou que a admissão ou não de determinada prova proibida é algo que diz principalmente respeito à jurisdição interna de cada país, pelo que a condenação de Schenk não mereceria reparos por parte do TEDH. Um outro precedente no qual o TEDH também não

¹⁸³ Apesar de, em Portugal, elas constituírem fundamento de recurso de revisão de sentença nos termos do art. 448 n.º 1 alínea g) do CPP.

¹⁸⁴ ROCHA, Armando, *O Contencioso dos Direitos do Homem no Espaço Europeu*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, p. 162-163 e n. m. 695 a 698.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 250.

¹⁸⁶ TDEH, *Schenk v. Switzerland*, 1988, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57572>.

excluiu a admissão de provas tidas como proibidas foi o caso *Khan v. United Kingdom* (2000)¹⁸⁷, no qual se solicitava ao TEDH que invalidasse uma condenação fundamentada nas provas obtidas através de uma diligência policial de escutas clandestinas. Neste caso, o TEDH entendeu que, de facto, o artigo 8º da CEDH (que protege o direito à intimidade e privacidade) tinha sido violado, mas que estava ao alcance do arguido ter impugnado a validade e o uso das provas proibidas durante o processo, algo que este não tinha feito. Assim, o TEDH deliberou, por esta razão, que a valoração e admissão das provas proibidas não tinha colocado substancialmente em causa o direito do arguido a um processo e a um julgamento equitativos e assim manteve a prova e a condenação frustrando as pretensões do queixoso. Segundo Paulo Pinto de Albuquerque, o TEDH entende que não viola o artigo 6/1 da CEDH a admissão de prova obtida através da intromissão ilícita na privacidade, desde que tenha sido assegurado o contraditório na audiência.¹⁸⁸ Pelo contrário, de acordo com este mesmo Autor, para o TEDH não é nunca admissível a utilização de prova obtida através da violação da integridade física e moral do agente, mesmo que se trate apenas de uma prova concorrente dos factos, conforme os seus acórdãos *Örs e outros v. Turquia* (2006), *Jalloh v. Alemanha* (GC) (2006), *Gocmen v. Turquia* (2006) e *Bogumil v. Portugal* (2008).¹⁸⁹ Neste tipo de provas proibidas absolutamente rejeitadas pelo TEDH inclui-se, por exemplo, aquelas obtidas por meio da criação de um ambiente propício que encoraje tentativas de suicídio por parte do detido, tal como estabelecido no seu acórdão *Mikheyev v. Russia* (2006).¹⁹⁰

Situação diferente foi a que conduziu o TEDH a emitir o precedente *Allan v. United Kingdom* (2002)¹⁹¹, que surgiu em consequência de um caso no qual tendo o acusado escolhido permanecer em silêncio no interrogatório, foi introduzido um agente disfarçado na sua cela que, através de métodos astuciosos, o levou a fazer várias declarações auto-incriminatórias e a confessar o suposto crime. Nestas circunstâncias, o TEDH decidiu que existia uma violação do direito a um processo e a um julgamento equitativos porque o privilégio contra a auto-incriminação do arguido tinha sido seriamente lesado. Curiosamente, um dos casos mais marcantes relativos a esta matéria que o Tribunal de Estrasburgo teve de solucionar envolveu Portugal. Foi o precedente *Teixeira de Castro v. Portugal* (1998)¹⁹². Neste caso, um agente infiltrado convenceu e até incentivou os suspeitos a praticarem o crime, após o que os deteve. Nesta situação, o TEDH deliberou que o direito dos suspeitos a um processo e a um julgamento equitativos tinha sido gravemente violado e que, portanto, as provas obtidas através das acções do agente provocador não poderiam ser admitidas e valoradas no processo. Com esta decisão, procurou-se contrariar as tendências ainda existentes em certos órgãos policiais, que nas suas acções partem frequentemente do pressuposto prévio da “natureza criminoso” dos suspeitos e da sua “natural” propensão para a prática de crimes.

¹⁸⁷ TEDH, *Khan v. United Kingdom*, 2000, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58841>.

¹⁸⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p. 336.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *op. cit.*, p. 340.

¹⁹¹ TEDH, *Allan v. United Kingdom*, 2002, disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60713>.

¹⁹² TEDH, *Teixeira de Castro v. Portugal*, 1998, disponível em: <http://www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/1998/52.html>.

Nas suas decisões, o TEDH tenta encontrar o equilíbrio e a consonância entre os direitos e garantias individuais e os interesses colectivos abarcados no processo penal. Para isso, ele recorre à ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade. Tal como se afirmou na decisão do precedente *Soering v. United Kingdom* (1989):

*“É inerente à finalidade da Convenção procurar pela ponderação justa entre as exigências do interesse geral da comunidade e a necessidade de protecção dos direitos humanos individuais.”*¹⁹³

6 – Conclusão

Após este nosso breve estudo acerca da (in)admissibilidade das provas proibidas em processo penal, podemos retirar algumas conclusões finais. É de salientar que, por todo o mundo, as posições jurídicas dos diversos ordenamentos jurídicos e das suas doutrinas e jurisprudências acerca desta questão estão longe de adoptar uma defesa absoluta e incondicional das regras de exclusão das provas proibidas. Pelo contrário, verificamos que até mesmo em sistemas jurídicos tradicionalmente afectos às tendências obstativas – como o Norte-Americano e o Português – a jurisprudência tem vindo não apenas a revelar uma maior hesitação em classificar certas provas como proibidas, mas também a permitir a admissão no processo penal de provas que, não obstante terem sido obtidas em violação dos preceitos legais aplicáveis, foram contudo consideradas pelos tribunais como devendo ser admitidas e valoradas no processo. Tal situação prende-se uma vez mais com o antigo dilema entre a necessidade do Estado assegurar aos cidadãos protecção contra a criminalidade através de uma tutela penal eficaz e a também primordial indispensabilidade de garantir aos arguidos o direito a um julgamento e processo justos e equitativos conformes com a dignidade da pessoa humana no âmbito de um Estado de Direito democrático. Na verdade, ordenamentos jurídicos como o Alemão não consagram uma regra de exclusão genérica nem estabelecem as proibições de prova como instituto autónomo processual-penal, optando antes por considerar cada caso concreto segundo as suas circunstâncias específicas e segundo os valores jurídicos em jogo com o propósito de fazer prevalecer os mais relevantes. E, no entanto, a Alemanha é reconhecidamente um Estado de Direito desenvolvido. De facto, podemos perguntar-nos se ordenamentos jurídicos de orientação mais obstativa – como o Norte-Americano e o Português – onde ainda existem regras de exclusão genéricas não implicarão por vezes uma inversão das prioridades através de um sacrifício sistemático da verdade susceptível de colocar em causa a própria inteireza e credibilidade do sistema.

No entanto, principalmente desde os atentados de 11 de Setembro de 2001, certos princípios que anteriormente eram considerados inatacáveis foram postos em causa perante as necessidades de combate às novas formas de criminalidade altamente violenta e organizada.¹⁹⁴ Um dos exemplos mais evidentes desta nova compreensão tem-se dado precisamente

¹⁹³ TEDH, *Soering v. United Kingdom*, 1989, citado em: HANNIBAL, Martin; MOUNTFORD, Lisa, *op. cit.*, p. 24, tradução retirada de: ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *op. cit.*, p. 165.

¹⁹⁴ ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *op. cit.*, p. 163.

nos EUA, o país berço das regras de exclusão das provas proibidas e onde se têm vindo a admitir métodos de actuação e investigação policial mais agressivos, tais como o uso de “soros da verdade” em suspeitos de práticas de terrorismo com vista a prevenir novos ataques.¹⁹⁵ Um dos nomes da doutrina Norte-Americana que mais se tem manifestado contra as tradicionais regras de exclusão do sistema é o Professor William Pizzi da Universidade do Colorado. Ele afirma que a opinião pública convence-se de que os valores do sistema estão errados e as suas prioridades equivocadas quando é confrontada com casos e processos nos quais o arguido não é condenado por um crime para que se “castigue” a polícia por uma violação técnica de uma regra.¹⁹⁶ Ou seja, Pizzi entende que uma rejeição incondicional das provas tidas como proibidas, independentemente das circunstâncias do caso concreto, conduz mesmo ao descrédito do Estado de Direito democrático e dos seus valores, objectivos e instituições. Este Professor argumenta também que não é certa a correlação que muitos juristas fazem entre Estado de Direito democrático respeitador dos direitos humanos e a existência de regras de exclusão inflexíveis. Pizzi fornece o exemplo do seu próprio país, os EUA, que apesar de possuírem um dos ordenamentos jurídicos mais obstativos do mundo não deixam de possuir também uma das polícias mais brutais do mundo. Para Pizzi, se o objectivo das regras de exclusão é impedir os abusos dos órgãos policiais, então pelo menos nos EUA este objectivo falhou redondamente.¹⁹⁷ Após a realização da investigação que originou a elaboração desta tese, concluímos que, se até há pouco tempo a tendência geral era predominantemente obstativa, mais recentemente tem-se verificado um ressurgimento de orientações que não postulam de forma tão absoluta a inadmissibilidade no processo penal das provas consideradas como proibidas. Conforme já referimos, esta situação pode ser reconduzida às mudanças que se operaram após os ataques de 11 de Setembro de 2001, nomeadamente no âmbito dos novos desafios colocados pelo combate ao terrorismo que se tornou numa prioridade para muitos países do mundo. Sem dúvida, esta nova realidade poderá comportar uma certa diminuição dos direitos e das garantias dos arguidos. No entanto, entendemos que se trata de um mal necessário para acautelar outros direitos e interesses igualmente legítimos e importantes, tais como aqueles que assistem às vítimas e à sociedade em geral e cuja satisfação se tornaria impossível sem o exercício de uma persecução penal eficaz por parte do Estado.

¹⁹⁵ ODESHOO, Jason, *Truth or Dare? Terrorism and “truth serum” in the post 11/9 world*, Stanford Law Review, v. 57, Out. 2004, p. 209.

¹⁹⁶ PIZZI, William, *Technicalities and Truth: The Exclusionary Rule in: Trials without Truth*, New York London; New York University Press, 1999, cap. 2, p. 45, disponível em: http://books.google.pt/books?id=kfuDw69QuYQC&printsec=frontcover&dq=william+pizzi&hl=pt-PT&sa=X&ei=OLKhUqu7GKOM7OaqnIH0AQ&redir_esc=y#v=onepage&q=william%20pizzi&f=false.

¹⁹⁷ *Ibidem*, cap. 2.

7 – Bibliografia citada

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas Ilícitas: Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, 6ª edição, Almedina, Coimbra, 1995.
- CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- COSTA, Carlos Fernando da Cunha, *O Princípio da Proporcionalidade e a Validade das Provas Ilícitas colhidas no Inquérito Policial*, Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 9 Out. de 2007.
- COSTA ANDRADE, Manuel, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.
- DELMAS-MARTY, Mireille, *Processo Penal e Direitos do Homem*, tradução Fernando de Freitas Franco, Barueri, SP: Manole, 2004.
- DIAS, Jorge De Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Primeiro Volume, Coimbra Editora, 1981, p. 463.
- FERNANDES, Antônio Scarance, *Justiça Penal, Críticas e Sugestões*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- FIDALGO GALLARDO, Carlos, *Las pruebas ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- MAIA GONÇALVES, Manuel, *O Novo Código de Processo Penal*, Jornadas de Direito Processual Penal, (organ. pelo) centro de estudos judiciais, Almedina, Coimbra, 1991.

- GÖSSEL, Karl Heinz, *La Prueba Ilícita en el Proceso Penal*, Revista de Derecho Penal, Editorial Rubinzal Culzoni, nº I, 200, versão traduzida em Espanhol.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *As nulidades no processo penal*, 6ª edição, Saraiva, São Paulo, 1996.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.
- HANNIBAL, Martin; MOUNTFORD, Lisa, *The Law of Criminal and Civil Evidence: principles and practice*, Essex, Pearson education, 2002.
- KAMISAR, Yale et al. *Modern Criminal Procedure: cases, comments and questions*, (Yale Kamisar, Wayne LaFave, Jerold Israel, Nancy King), 10ª edição, St. Paul, West Publishing Co., 2002.
- LIMA FILHO, Francisco das Chagas, *Provas Ilícitas - Repertório IOB de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial*, São Paulo, nº 14/98, 2ª quinzena de Julho de 1998.
- MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal*, Volume II, 4ª edição, editorial Verbo, 2008.
- MEDEIROS, Rui e MIRANDA, Jorge, com a colaboração de Germano Marques da Silva, Henrique Salinas et al., *Constituição Portuguesa Anotada*, 2ª edição, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- NERY JUNIOR, Nelson, *Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1998*, 3ª edição, São Paulo: Atlas, 1999.
- ODESHOO, Jason, *Truth or Dare? Terrorism and "truth serum" in the post 11/9 world*, Stanford Law Review, v. 57, Out. 2004.
- OSBOURN, Debora, *Suppressing the truth: judicial exclusion of illegally obtained evidence in the United States, Canada, England and Australia*, Murdoch University electronic journal of law, v.7, n.4, 2000.
- PEDROSO, Fernando de Almeida, *Processo Penal: O Direito de Defesa - Repercussão, amplitude e limites*, Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- PIZZI, William, *Technicalities and Truth: The Exclusionary Rule in: Trials without Truth*, Nova Iorque, Londres; New York University Press, 1999.

- ROCHA, Armando, *O Contencioso dos Direitos do Homem no Espaço Europeu*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010.
- RODRIGUES, Cláudio Lima, *Das proibições de prova no âmbito do direito processual penal – o caso específico das proibições de prova no âmbito das escutas telefónicas e da valoração da prova proibida pro reo*, Portal Verbo Jurídico, Maio de 2013.
- ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editora Del Puerto, 2000, versão traduzida em Espanhol.
- SILVA, Bárbara Grayce Carvalho da, *Admissibilidade das provas ilícitas no processo penal*, Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Universidade Potiguar – UnP, Natal, 2008.
- TAPPER, Colin, *Cross and Tapper Evidence*, Oxford University Press, 2007.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Revistas e Buscas*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2005.
- WEIGEND, Thomas, citado em: BRADLEY, Craig, *Criminal procedure: a worldwide study*, Durham, Carolina do Norte, Carolina Academic Press, 1999.

7.1 – Jurisprudência citada

7.1.1 – Jurisprudência Portuguesa

- *Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra* de 2 de Novembro de 2011
- *Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães* de 29 de Março de 2004
- *Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa* de 3 de Maio de 2006
- *Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa* de 28 de Maio de 2009
- *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* de 29 de Janeiro de 1992
- *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* de 23 de Abril de 1992
- *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* de 11 de Março de 1993
- *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* de 8 de Fevereiro de 1995

- *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* de 20 de Fevereiro de 2003
- *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* de 20 de Setembro de 2006
- *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* de 29 de Dezembro de 2006
- *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* de 7 de Março de 2007
- *Acórdão do Tribunal Constitucional*, nº 455/89 de 5 de Julho de 1989
- *Acórdão do Tribunal Constitucional*, nº 213/94 de 2 de Março de 1994
- *Acórdão do Tribunal Constitucional*, nº 507/94 de 14 de Julho de 1994
- *Acórdão do Tribunal Constitucional*, nº 16/97 de 14 de Janeiro de 1997
- *Acórdão do Tribunal Constitucional*, nº 407/97 de 21 de Maio de 1997
- *Acórdão do Tribunal Constitucional*, nº 616/98 de 21 de Outubro de 1998
- *Acórdão do Tribunal Constitucional*, nº 192/2001 de 8 de Maio de 2001
- *Acórdão do Tribunal Constitucional*, nº 374/01 de 23 de Agosto de 2001
- *Acórdão do Tribunal Constitucional*, nº 528/03 de 31 de Outubro de 2003
- *Acórdão do Tribunal Constitucional*, nº 607/03 de 5 de Dezembro de 2003
- *Acórdão do Tribunal Constitucional*, nº 695/06 de 2 de Março de 2007

7.1.2 – Jurisprudência estrangeira

7.1.2.1 – Jurisprudência Alemã

- *Bundesgerichtshof*, BGH, MDR 51, 275
- *Bundesgerichtshof*, BGHSt, 32, 68; 35, 32
- *Bundesgerichtshof*, BGHSt, 34, 362 a 364 (1987)
- *Bundesgerichtshof*, BGHSt, 37, 48 a 53 (1990)
- *Bundesgerichtshof*, BGHSt, 41, 34
- *Bundesgerichtshof*, BGHSt, 42, 139
- *Bundesgerichtshof*, BGHSt, NStZ, 419 (1998)

7.1.2.2 – Jurisprudência Brasileira

- 1. T., RE. 212. 081, rel. Min. Galloti, j. 05 Dez. 1997, DJU 27 Mar. 1998
- 2. T., AgRg no AI 503.617/PR, rel. Min. Carlos Velloso, j. 01 Fev. 2005, DJU 04 Mar. 2005
- 2. T., HC. 69.204, rel. Min. Velloso, j. 26 Mar. 1992
- 2. T., HC 75.338/RJ, rel. Min. Nelson Jobim, j. 11 Mar. 1998
- 5. T., HC 33/462/DF, rel. Min. Laurita Vaz, DJU 7 Nov. 2005
- Pleno, AP 307/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13 Dez. 1994, DJU 13 Out. 1995
- Pleno, HC 72.588/PB, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 12 Jun. 1996, DJU 4. Ago. de 2000
- Pleno, HC 83515/RS, rel. Min. Nelson Jobim, j. 16 Set. 2004, DJU 4. Mar. 2005

NOTA: Toda a jurisprudência referida provém do STF.

7.1.2.3 – Jurisprudência Britânica

- *R. v. Cooke* (1995)
- *R. v. P* (2001)
- *R. v. Nathaniel* (1995)

7.1.2.4 – Jurisprudência Norte-Americana

- *Weeks v. United States* - 232 U.S. 383 (1914)
- *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States* - 251 U.S. 385 (1920)
- *Agnello v. United States* - 269 U.S. 20 (1925)
- *Amos v. United States* - 255 U.S. 313 (1921)
- *Arizona v. Fulminante* - 499 U.S. 279 (1991)
- *Breithaupt v. Abram* - 352 U.S. 432 (1957)
- *Brown v. Mississippi* - 297 U.S. 278 (1936)
- *Bumper v. North Carolina* - 391 U.S. 543 (1968)
- *Chapman v. California* - 386 U.S. 18 (1967)

- *Elkins v. United States* - 364 U.S. 206 (1960)
- *Harris v. New York* - 401 U.S. 222 (1971)
- *James v. Illinois* - 493 U.S. 307 (1990)
- *Jones v. United States* - 362 U.S. 257 (1960)
- *Malloy v. Hogan* - 378 U.S. 1 (1964)
- *Mancusi v. DeForte* - 392 U.S. 364 (1968)
- *Mapp v. Ohio* - 367 U.S. 643 (1961)
- *Massiah v. United States* - 377 U.S. 201 (1964)
- *Minnesota v. Carter* - 525 U.S. 83 (1998)
- *Minnesota v. Olson* - 495 U.S. 91 (1990)
- *Miranda v. Arizona* - 384 U.S. 436 (1966)
- *Murray v. United States* - 487 U.S. 533 (1988)
- *Nardone v. United States* - 302 U.S. 379 (1937)
- *New York v. Quarles* - 467 U.S. 649 (1984)
- *Nix v. Williams* - 467 U.S. 431 (1984)
- *Oregon v. Elstad* - 470 U.S. 298 (1985)
- *Rakas v. Illinois* - 439 U.S. 128 (1978)
- *Rawlings v. Kentucky* - 448 U.S. 98 (1980)
- *Rochin v. California* - 342 U.S. 165 (1952)
- *Schmerber v. California* - 384 U.S. 757 (1966)
- *Segura v. United States* - 468 U.S. 796 (1984)
- *United States v. Ceccolini* - 435 U.S. 268 (1978)
- *United States v. Havens* - 446 U.S. 620 (1980)
- *United States v. Leon* - 468 U.S. 897 (1984)
- *United States v. Padilla* - 508 U.S. 77 (1993)
- *Walder v. United States* - 347 U.S. 62 (1954)
- *Wolf v. Colorado* - 338 U.S. 25 (1949)
- *Wong Sun v. United States* - 371 U.S. 471 (1963)

NOTA: Todos os precedentes referidos provêm do STEUA.

7.1.3 – Jurisprudência do TEDH

- *Allan v. United Kingdom*, 2002
- *Bogumil v. Portugal*, 2008
- *Gocmen v. Turquia*, 2006
- *Jalloh v. Alemanha (GC)*, 2006
- *Khan v. United Kingdom*, 2000
- *Mikheyev v. Rússia*, 2006
- *Örs e outros v. Turquia*, 2006
- *Schenk v. Switzerland*, 1988
- *Soering v. United Kingdom*, 1989
- *Teixeira de Castro v. Portugal*, 1998

8 - Índice

1- Introdução.....	p. 1
2 – Teorias acerca da (in)admissibilidade da prova proibida em processo penal.....	p. 3
2.1 – Teoria obstativa.....	p. 3
2.2 – Teoria permissiva.....	p. 6
2.3 – Teoria da admissibilidade da prova proibida <i>pro reo</i>	p. 8
2.4 – Teoria da admissibilidade da prova proibida <i>pro societate</i>	p. 12
2.5 – Teoria da proporcionalidade.....	p. 15
3 – O tratamento das provas proibidas em ordenamentos jurídicos estrangeiros.....	p. 18
3.1 – Estados Unidos da América.....	p. 18
3.1.1 – Exceção de impugnação (<i>impeachment exception</i>)	p. 21
3.1.2 – Exceção de boa-fé (<i>good faith exception</i>)	p. 21
3.1.3 – Limitações respeitantes à legitimidade para o requerimento de exclusão de prova (<i>standing for motion to suppress</i>)	p. 22
3.1.4 – Exceção de erro inócuo (<i>harmless error exception</i>).....	p. 23
3.1.5 – Tratamento da ilicitude por derivação.....	p. 23
3.1.5.1 – Teoria do nexu causal atenuado (<i>attenuated connection doctrine</i>)	p. 24
3.1.5.2 – Teoria da fonte independente (<i>independent source doctrine</i>)	p. 24
3.1.5.3 – Exceção da descoberta inevitável (<i>inevitable discovery exception</i>)	p. 25
3.2 – Inglaterra.....	p. 25
3.3 – Alemanha.....	p. 27

4 – O tratamento das provas proibidas no ordenamento jurídico Português.....	p. 30
4.1 – Introdução.....	p. 30
4.2 – Regime geral.....	p. 31
4.3 – Admissão ou não de provas proibidas: jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça e dos Tribunais da Relação.....	p. 36
4.4 – Admissão ou não de provas proibidas: jurisprudência do Tribunal Constitucional.....	p. 38
4.5 – Qual o valor negativo que afecta provas tidas como proibidas?.....	p. 38
5 – O tratamento das provas proibidas no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)	p. 43
6 – Conclusão.....	p. 46
7 – Bibliografia citada.....	p. 48
7.1 – Jurisprudência citada.....	p. 50
7.1.1 – Jurisprudência Portuguesa.....	p. 50
7.1.2 – Jurisprudência estrangeira.....	p. 51
7.1.2.1 – Jurisprudência Alemã.....	p. 51
7.1.2.2 – Jurisprudência Brasileira.....	p. 52
7.1.2.3 – Jurisprudência Britânica.....	p. 52
7.1.2.4 – Jurisprudência Norte-Americana.....	p. 52
7.1.3 – Jurisprudência do TEDH.....	p. 54
8 - Índice.....	p. 55

