



UNIVERSIDADE
CATÓLICA PORTUGUESA | FACULDADE
DE DIREITO
ESCOLA DE LISBOA

Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa
para obtenção do grau de Mestre

**PROVA POR RECONHECIMENTO
E PROIBIÇÃO DE PROVA**

Por

Marta Dinis Ferreira,

Sob orientação do Professor Doutor Germano Marques da Silva

Mestrado Forense orientado para a Profissionalização

Lisboa

Abril, 2014

*À minha família,
o que de mais precioso tenho na vida,
base de tudo o que sou e sei,
pela força, carinho e paciência incondicionais.*

Um Especial Agradecimento

Ao Professor Doutor Germano Marques da Silva,

Que muito respeito e admiro,

Por acreditar na presente dissertação,

Pela orientação e apoio constantes

Ao longo da sua realização.

Ao Mestre João Gouveia de Caires,

Por me fazer atentar à problemática do tema desenvolvido,

Pelo incentivo à concretização deste trabalho,

Pelo conhecimento transmitido,

Pela disponibilidade de auxílio demonstrada.

Índice

Introdução	5
Capítulo I – Prova Por Reconhecimento	9
1. Como Meio de Prova	9
1.1. Meio de Prova Autónomo	10
1.2. Prova Pré-Constituída.....	12
1.3. Prova Irrepetível	13
1.4. Valor Probatório	15
2. Requisitos	16
2.1. Reconhecimento À Cabal	16
2.2. Reconhecimento Presencial	17
2.2.1. Número Mínimo de Integrantes do Painel	18
2.2.2. Similitude das Características	19
2.2.3. Recolha das Fotografias dos Integrantes do Painel	21
2.2.4. Entidade Competente para Presidir à Diligência	23
2.2.5. Presença de Defensor	26
2.3. Reconhecimento Fotográfico	27
3. Valor do Reconhecimento na Fase de Julgamento	29
3.1. Quando realizado Reconhecimento nas Fases Preliminares	29
3.2. Quando Não Realizado em Fase Preliminar	32
Capítulo II – Proibição de Prova	39
1. Autonomia Normativa/Relação com o Regime das Nulidades	39
2. Caso Específico do art. 147º/7 do Código de Processo Penal	44
Conclusão	50
Bibliografia	51

Introdução

Neste trabalho, dividido em duas partes, iremos primeiro debruçar-nos sobre o meio de prova “Prova por Reconhecimento”, previsto no art. 147º do Código de Processo Penal, analisando as características deste meio de prova e realizando uma apreciação crítica sobre os requisitos legalmente exigidos ou desejáveis.

Numa segunda parte, iremos dirigir a nossa atenção para a problemática da consequência do não cumprimento das condições impostas, indagando sobre a eventual autonomia normativa do regime das proibições de prova e a sua ligação com o regime das nulidades.

Optámos por abordar e desenvolver a temática da Prova por Reconhecimento por se tratar de um meio de prova com muita influência sobre os tribunais e pela controvérsia que existe à volta da sua violação, tanto na doutrina, como na jurisprudência.

Muitos processos são iniciados contra desconhecidos e a prova por reconhecimento é utilizada na prática, sobretudo, para a atribuição da autoria de um crime a determinada pessoa.

Trata-se de um meio de prova típico, pelo que o Código de Processo Penal Português determina quais as condições que devem ser observadas para a sua admissibilidade no processo.

Durante o estudo das características deste meio de prova, faremos em especial uma comparação entre a prova por reconhecimento e a prova testemunhal, uma vez que pelo facto de ambas implicarem uma recordação do passado, são muitas vezes colocadas paralelamente.

Consistindo numa reconstrução mnemónica de um retrato passado, por comparação com um sujeito presente, este meio de prova traz inevitavelmente consigo uma frágil credibilidade.

De facto, a pessoa que procede à identificação tem muitas vezes tendência para realizar um julgamento relativo, indicando a pessoa com mais semelhanças com o agente do crime, ainda que não tenha a certeza de que o é.

Sendo este meio de prova muito delicado, acarreta grandes riscos de erro consoante diversos factores: a duração em que a pessoa que procede à identificação observou o sujeito, a luz do local, a maior ou menor frequência de pessoas no momento, a distância entre eles, o tempo que decorreu entre esse episódio e o acto de reconhecimento e a eventual discrepância das características do sujeito no passado e no momento do reconhecimento.

O resultado positivo, quando consolide um erro de reconhecimento, poderá ser fatal e afectará o direito a um processo justo.

Em 2001 foi realizada uma análise sobre 48 actos de identificação, tendo a taxa global de acerto sido de 51%, a de falsa identificação de 27%, e a de omissões ou falsos negativos de 21%; nas situações em que o alvo estava ausente, a taxa de correcta rejeição foi de 43%, contra 57% de taxa de falsa identificação.¹

Uma vez que configura um dos meios de prova mais problemáticos e com resultados menos fiáveis, pela garantia de justiça, têm de ser pela lei estabelecidos requisitos e em cada caso concreto observados, evitando erros de identificação.

Serão os requisitos legais previstos suficientes para reduzir os perigos de afectar a genuinidade e seriedade do acto, garantindo a sua fiabilidade? Raciocinaremos sobre isso.

Reflectiremos também sobre a possibilidade de invocar o princípio da livre apreciação, previsto no art. 127º do Código de Processo Penal, para decidir sobre a admissibilidade de prova quando não cumpridos os requisitos do art. 147º.

O interesse da sociedade na busca pela verdade nem sempre justifica a actuação estadual. Na verdade, o Estado de Direito funciona assente em princípios básicos, imanentes e indisponíveis que, postos em causa, contrariam a ideia de direito.

É a partir desta ideia-base que nasce o instituto das proibições de prova, que impõe a não valoração de determinadas provas quando sejam violados direitos

¹ A. Daniel Yarmey, Apud GAMA, António, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal, "Reforma do Código de Processo Penal: prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento"*, 2009, n.º3, p. 145. Também SOUSA, João Henrique Gomes De, *Boletim da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Elementos para o Estudo Comparado do Reconhecimento de Pessoas em Processo Penal na Óptica do Juiz de Julgamento*, 2007, n.º3, p.97 ss exemplifica erros judiciais nos EUA, Inglaterra e Canadá, decorrentes de erros de identificação e só mais tarde conhecidos.

fundamentais que devam prevalecer em detrimento da perseguição penal, ainda que isto implique o sacrifício da verdade.

A dignidade humana e a liberdade de ação surgem por isso como limitações à averiguação da verdade por parte do Estado, fundamentadas no Princípio da Legalidade que pressupõe uma verdade investigada não a qualquer preço, mas com respeito pelos direitos fundamentais do cidadão.

Na segunda parte do nosso trabalho, procuraremos esclarecer as divergências de opinião e transmitir o nosso entendimento quanto ao instituto das proibições de prova, tomando especial atenção e enquadrando concretamente o específico caso de violação dos requisitos da Prova por Reconhecimento.

Por um lado, é necessário manter a confiança da comunidade na vigência das normas jurídicas, defendendo os direitos e interesses da sociedade, através da perseguição dos agentes do crime e do esclarecimento deste, tendo o tribunal o dever de produzir a prova para a descoberta da verdade. Os bens jurídicos devem ser protegidos e realizada a justiça, adaptando o direito ao caso concreto em questão, como um dever primário do Estado.

Por outro lado, sendo o nosso um Estado de Direito, é essencial assegurar aos indivíduos os direitos fundamentais de dignidade da pessoa humana, liberdade e à não intromissão na vida privada, limitando a perseguição estatal, sendo certo que a busca pela verdade só será justificada pelo uso de meios justos. Não obstante o supra mencionado dever do Estado, a administração da justiça não poderá desconsiderar o disposto nos arts. 29º/1 e 32º da nossa Constituição, que impõem que após o cometimento de um crime, deva o indivíduo ser julgado através de um processo penal garantístico, regulado por normas processuais que asseguram os seus direitos fundamentais.

Os requisitos para a admissibilidade da prova por reconhecimento asseguram ao indivíduo o direito a um processo justo, pelo que prosseguiremos o nosso estudo tendo como ponto de partida que as finalidades do processo penal implicam um equilíbrio entre estes dois grupos de valores e interesses.

Naturalmente, utilizámos na nossa investigação uma metodologia literária, procurando conhecer e tomar posição sobre os entendimentos doutrinários relativos às várias questões invocadas. Porém, atentámos também especialmente à jurisprudência recente, uma vez não serem uniformes os caminhos seguidos, e sendo esta controvérsia geradora de diferentes decisões judiciais para idênticas situações.

I – Prova Por Reconhecimento

1. Como Meio de Prova

Os factos juridicamente relevantes que constituem um processo penal durante as várias fases do processo devem ser considerados provados ou não provados para que seja deles extraído algum efeito jurídico. Neste sentido, torna-se necessário o desenvolvimento de uma actividade probatória, dispendo o art. 341º Código Civil que “As provas têm por função a demonstração da realidade dos factos”. Assim sendo, cada um dos factos, “não só os que formam o objecto do processo, mas também os factos com base nos quais se pode inferir factos objecto do processo ou que relevem a idoneidade dos meios de prova”² devem ser demonstrados como reais.

Os meios de prova, por sua vez, surgem como “os elementos com base nos quais os factos relevantes podem ser demonstrados”³. O art. 125º do Código de Processo Penal determina a não taxatividade dos meios de prova, preceito do qual retiramos duas ideias essenciais: por um lado, que são permitidos os meios de prova não proibidos por lei e, por outro, que existe um dever de cumprir o formalismo prescrito pela lei.

O reconhecimento de pessoas, previsto nos arts. 147º e 149º do Código de Processo Penal Português é um meio de prova. Uma vez que a lei disciplina o modo como a prova por este meio deve ser admitida no processo, estamos perante um meio de prova legal e típico. Este meio de prova é utilizado, como a norma refere, “quando houver necessidade de proceder ao reconhecimento de qualquer pessoa”.

Antes de prosseguirmos com o nosso estudo, é da mais elevada importância salientar que esta prova tem como objectivo reconhecer no arguido a responsabilidade pelo crime que, no processo, lhe é imputado, pelo que o resultado da sua aplicação poderá ser determinante. A nossa jurisprudência é basicamente unânime ao considerar que esta se apresenta como um dos meios de prova que mais influência tem no sentido

² SILVA, Germano Marques Da, *Curso de Processo Penal*, volume II, Editorial Verbo, 1994, p.77.

³ MENDES, Paulo da Sousa, *Lições de Direito Processual Penal*, Almedina, 2013, p. 173.

de afirmar a culpabilidade da pessoa assim identificada⁴, assim como a nossa mais distinta doutrina.⁵

1.1. Meio de Prova Autónomo

A prova por reconhecimento tem autonomia sistemática. Em primeiro lugar, compreendemos que tem reservado um capítulo próprio no título dos meios de prova do nosso Código de Processo Penal. Também o seu regime legal com especiais regras, garantias e uma estrutura própria, “cuja inobservância determina a ineficácia como meio probatório”⁶ salienta este carácter de autonomia. Pretende-se com esta diligência individualizar concretamente um sujeito, atribuindo-lhe a prática do facto criminoso e, dessa forma, pôr termo a uma situação de incerteza subjectiva. Quando assim seja, “o referido meio de prova deve ser, tem de ser, utilizado, e nos seus precisos termos, não sendo possível defraudar as regras estabelecidas por lei”.⁷ Como elucida Medina de Seíça⁸, para cada informação probatória o legislador define e estrutura os meios de prova que considera mais apropriados.

Esta prova é autonomizada por se fundar na capacidade de avaliação e de memorização da pessoa que vai proceder ao reconhecimento, exigindo-se que ela aprecie a similitude entre uma representação passada e uma representação presente.

⁴ Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de Maio de 2004, 05 de Julho de 2006 e de 16 de Fevereiro de 2011; e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de Maio de 2011 vai ainda mais longe: “Embora submetido ao princípio da livre apreciação de prova (...) tende a merecer na prática um valor probatório reforçado.”

⁵ Nas palavras de SEIÇA, Alberto Medina de, *Legalidade da Prova e Reconhecimentos Atípicos em Processo Penal: Notas à margem de jurisprudência (quase) constante*, in *AAVV, Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p.1400, esta prova tem uma “elevada eficácia de convencimento” SOUSA, João Henrique de, *Julgar, O Reconhecimento de Pessoas no Projecto do Código de Processo Penal*, 2007, nº1, p. 155: “pode exercer uma influência decisiva na formulação de um juízo de culpabilidade relativamente à pessoa do arguido”.

⁶ ALVES, Bruno, *Da Prova por Reconhecimento em Processo Penal, Análise e Reflexão Crítica*, 1ª Edição, Porto, Fronteira de Caos Editores, 2012, p.50.

⁷ GARRET, Francisco de Almeida, *Inquérito Criminal e Prova em Julgamento – Reflexões*, 1ª Edição, Porto, Fronteira de Caos Editores, 2008, p.74.

⁸ SEIÇA, Alberto Medina de, *ob.cit.*, p.1409: “os meios probatórios previstos pelo legislador constituem as formas probatórias que a sedimentação histórica consagrou como as mais adequadas para a aquisição da informação necessária”.

“Reconhecer” é, no fundo, tentar verificar este paralelismo através da sua capacidade de memória fotográfica. O facto é reconstituído sim, mas de um modo específico, tendo de confirmar ou infirmar se a pessoa que se encontra à sua frente no presente é a mesma que se encontrou no passado.

Nas palavras de Germano Marques da Silva⁹, esta prova “consiste na confirmação de uma percepção sensorial anterior, ou seja, estabelecer a identidade entre uma percepção sensorial anterior e outra actual da pessoa que procede ao acto”.

Crucial será a sua distinção da prova testemunhal¹⁰.

As diferenças entre estas provas são tanto de estrutura, como de natureza. Em termos de etimologia, a prova por reconhecimento não se confunde com uma narrativa, pelo acima exposto.

João Henrique Gomes de Sousa conclui que a prova por reconhecimento não se trata de uma prova com natureza testemunhal e acrescenta que não tem, também, natureza meramente indiciária pois que aceitar tal ideia esvaziaria de sentido a “Prova por Reconhecimento”.¹¹

Admitimos, desde já, que no reconhecimento por descrição¹², o interveniente é conduzido a uma memória do passado, descrevendo de certa forma os factos, e que “também o testemunho implica o reconhecimento, a individualização concretizadora de um indivíduo”¹³; contudo, a restauração interior do identificador e projecção de um retrato passado não tem natureza declarativa. Caso se entendesse que o reconhecimento seria complementar dos depoimentos, seria inútil a sua autonomização como prova nos arts. 147º e 149º e a estruturação desta de modo tão especial. Na verdade, a prova testemunhal não se encontra submetida ao formalismo legal estabelecido para a prova por reconhecimento, tanto no que diz respeito ao modo da sua realização, como quanto aos limites negativos da sua validade.

⁹ SILVA, Germano Marques da, *ob.cit.*, p. 149.

¹⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 05 de Maio de 2010: “Consagrado na legislação portuguesa como meio de prova com autonomia de declarações e depoimentos, o reconhecimento físico em Portugal perde a natureza de declaração ou depoimento”.

¹¹ SOUSA, João Henrique de, *ob.cit.*, p.155.

¹² *Infra* melhor desenvolvido, 2.1.

¹³ GARRET, Francisco de Almeida, *Inquérito Criminal e Prova em Julgamento – Reflexões*, 1ª Edição, Porto, Fronteira de Caos Editores, 2008, p.72.

Acrescentamos ainda, que a primeira é produzida em audiência e a segunda aqui examinada.¹⁴

A prova por reconhecimento e a prova testemunhal têm a similitude base de evocar uma percepção anterior, uma vez que ambas as provas implicam um processo mental e é a partir da recordação que advém a informação probatória. Todavia, é inegável que a prova testemunhal é caracterizada por uma organização espaço-temporal da recordação do depoente, enquanto a prova por reconhecimento implica uma reconstrução mnemónica de um retrato do passado. Sabemos que a memória humana é falível e a informação transmitida pelo depoente na prova testemunhal é apreendida com facilidade e passível de confirmação, mediante contra-interrogatório. Pelo contrário, conformado apenas com uma questão e uma pergunta, “o acto recognitivo em sentido estrito escapa a um efectivo controlo”.¹⁵

Posto isto, concluímos por uma indubitável autonomia da prova por reconhecimento.

1.2. Prova Pré-Constituída

Realizado em inquérito ou instrução com respeito pelos requisitos do art. 147º/2 do Código de Processo Penal, esta prova é documentada no que se denomina Auto de Reconhecimento. O nosso Código de Processo Penal estabelece a regra geral de que todas as provas são produzidas ou examinadas em audiência de julgamento (art. 355º/1). O referido Auto de Reconhecimento deve ser indicado como prova pelo Ministério Público na acusação e, assim, posteriormente examinado na audiência.

Não se tratando de um complemento a eventuais testemunhos mas sim, uma prova com autonomia, a prova por reconhecimento produzida nas fases preliminares do processo pode ser examinada em audiência por se tratar de uma prova pré-constituída.

¹⁴ Infra, 1.2 e 1.3.

¹⁵ SEIÇA, Alberto Medina de, *ob. Cit.*, p.1415.

Autónoma e pré-constituída nas fases preliminares será, sim, em julgamento analisada¹⁶ com observância do princípio de imediação e sujeita ao contraditório, à luz do disposto nos arts 355º/2 e 356º/1/b-).¹⁷

1.3. Prova Irrepetível

As formalidades prescritas na lei¹⁸ para a realização da prova por reconhecimento visam minimizar os perigos a ela inerentes e atribuir-lhe um maior grau de fiabilidade, sendo certo que se trata de uma “prova muito delicada e porque irrepetível, deve ser rodeada de cuidados especiais para assegurar a sua fiabilidade”¹⁹. É inevitável concordar que a pessoa que procede ao reconhecimento poderá ser conduzida a apontar o sujeito que considere mais semelhante ao agente, por ser mesmo muitas vezes levada a pensar que este se encontra na linha de reconhecimento²⁰.

O acto recognitivo genuíno e autêntico ocorre apenas uma vez - a primeira vez - pelo que independentemente de o identificador indicar positivamente um sujeito ou não, o primeiro acto influenciará sempre algum posterior.²¹ Objectivamente, de facto surgirá, pelo menos, a dúvida, de saber se o identificador que proceda a um segundo reconhecimento se sinta constrangido a identificar a mesma pessoa que indicou na primeira diligência.

Mais dúvidas ainda surgirão quanto a saber se estará de facto a indicar o agente do crime ou indicar um rosto que reconhece e tenha na memória guardado, por ter já

¹⁶ SOUSA, Henriques Gomes de, *Boletim da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Elementos para o estudo comparado do reconhecimento de pessoas em processo penal na óptica do juiz de julgamento*, 2007, n.º 3: “é, na sua essência, um meio de prova autónomo e pré-constituído em inquérito mas necessariamente contraditável em audiência de julgamento”.

¹⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de Junho de 2010: “E aí, sujeito ao disposto nos arts 355º/2 e 356º/1/b-) do Código de Processo Penal – e apenas – na medida em que se trata de meio autónomo de prova que se não confunde com declarações e depoimentos, não lhe sendo aplicável, pois, o disposto nos nºs 2 e 3 do art. 356º do Código de Processo Penal.

¹⁸ Desenvolvidas infra, 2.

¹⁹ SILVA, Germano Marques Da, *ob. Cit.* P.151.

²⁰ A propósito disto, 2.2.4.

²¹ ALVES, Bruno, *ob.cit.*, p.50: “o acto recognitivo psicologicamente autêntico ocorre uma única vez, pelo que não faz sentido algum repetir-se a diligência”.

visto num primeiro acto. Isto porque, a lacuna da memória da pessoa que procede ao reconhecimento pode ser preenchida com inexactidão pela imagem adquirida na primeira diligência.

A produção em julgamento de um reconhecimento já realizado em fase anterior não só não é necessária²², como se revela mesmo inútil e, acima de tudo, contra legem.²³ Não sendo um segundo reconhecimento seguro em termos de credibilidade e fiabilidade, outros meios de prova poderão ser utilizados para conduzir ao mesmo resultado – identificação do agente do crime.²⁴

Realizado este raciocínio, daqui retiramos a conclusão de que, uma vez realizado um reconhecimento, não haverá lugar a um segundo, por haver o risco de não ser um verdadeiro reconhecimento e, sim, uma confirmação da primeira escolha. E isto, independentemente de o primeiro acto ser válido ou inválido, por desrespeito a alguns dos requisitos do art. 147º/2 CPP.

A nossa jurisprudência é clara neste sentido: “antecedido de um reconhecimento inválido, um reconhecimento regular não beneficiará já de todas as condições de genuinidade do acto, sendo igualmente possível que um eventual erro cometido no primeiro reconhecimento se converta numa realidade psicológica para quem procedeu a esse reconhecimento.”²⁵

De acrescentar, ainda, que realizado um primeiro acto, nunca um segundo poderia já ser considerado regular. Isto porque, a existir um segundo procedimento que formalmente obedecesse ao art. 147º/2, substancialmente não obedeceria, desde logo porque um dos sujeitos da linha de identificação seria conhecido do identificante, quanto mais não fosse, por já ter participado na primeira diligência.

²² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de Junho de 2010: “Nenhum dos reconhecimentos realizados em inquérito tinha de ser repetido em audiência de julgamento”.

²³ ALVES, Bruno, *ob.cit.*, p.50: “O reconhecimento feito nas fases preliminares constitui prova válida, porque irrepitível, nas fases posteriores” e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de Junho de 2010: “a repetição do acto, tenha ou não havido identificação positiva, é um acto inútil”.

²⁴ MENDES, Manuel José, apud GARRET, Francisco de Almeida, *Sujeição do Arguido a Diligências de Prova e Outros Temas*, 1ª Edição, Porto, Fronteira do Caos Editores, 2007, p.62: “O reconhecimento deve considerar-se um meio de prova irrepitível, sem prejuízo do hipotético recurso a outros meios de prova, se os houver, que permitam obter o mesmo desidrato”.

²⁵ Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 11 de Maio de 2011 e do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de Outubro de 2008. Contra, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 05 de Maio de 2010: “147º/7 fulmina um reconhecimento que não tenha cumprido os requisitos legais mas não proíbe a sua repetição”.

Deste modo, deverá haver apenas realização de um acto de reconhecimento por parte do sujeito activo, para garantir o cumprimento substancial do regime legal.

1.4. Valor Probatório

Ainda relativamente à prova por reconhecimento como meio de prova, focando o modo como esta é apreciada, referimos já acima²⁶ o facto de alguma jurisprudência entender que esta tem um peso consideravelmente forte na formação da convicção do tribunal.

Na prática judiciária, tende-se a afirmar que a força probatória da prova por reconhecimento é mais elevada e que esta consolida uma forte suspeição, ou mesmo uma presunção da culpabilidade da pessoa por este meio identificada, especialmente quando o identificante afirme não ter dúvidas na identificação²⁷.

Todavia, apesar de se entender geradora de uma maior confiança no juiz de que os outros meios, esta convicção reforçada não se encontra prevista na nossa lei.

Ao contrário do que prevê o Código de Processo Penal quanto a alguma prova documental²⁸, a prova por reconhecimento é, na verdade, livremente apreciada à luz do art. 127º do Código de Processo Penal, norma que determina que “salvo quando a lei

²⁶ Supra, em 1.1.1.

²⁷ Segundo a jurisprudência no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de Maio de 2011, tem “valor probatório reforçado, funcionando quase sempre como uma presunção de culpabilidade do suspeito”. Também nesse sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 05 de Maio de 2010: “o legislador lhe dá uma diferente força probatória”. Mais acrescenta o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16 de Fevereiro de 2011: “afirmar a culpabilidade da pessoa assim identificada, sobretudo quando a pessoa que efectuou o reconhecimento afirma a sua convicção sem margem de dúvidas” e que “com o reconhecimento do arguido como autor dos factos criminosos em investigação, a traduzir já uma forte suspeição da sua culpabilidade”.

²⁸ Com a qual a Prova por Reconhecimento não se confunde: a prova documental é a “declaração, sinal ou notação corporizada em escrito ou em qualquer outro meio técnico”, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem, Universidade Católica*, 2007, anotação ao art. 163º. Por outro lado, a Prova por Reconhecimento apenas é documentada no Auto de Reconhecimento para posteriormente ser examinada em audiência de julgamento.

dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”.

Concluimos, assim, que carecendo de qualquer valor reforçado atribuído pela lei, a prova por reconhecimento é livremente apreciada pelo tribunal, mediante critérios objectivos lógicos e racionais.

2. Requisitos

2.1. Reconhecimento À Cabal

O art. 147º/1 do Código de Processo Penal prevê que a pessoa quem proceda à identificação deve começar por descrever a pessoa que se pretende identificar, com indicação de todos os pormenores de que se recorda (sexo, idade, estatura, cor dos olhos, cor do cabelo, deformidades, sinais, tatuagens...), não sendo confrontada presencialmente com a mesma.

Este procedimento tem a mais elevada importância uma vez que poderá dispensar o reconhecimento presencial previsto no nº2 da referida norma, caso a identificação satisfaça “o critério probatório da fase processual em que o reconhecimento teve lugar”²⁹, situação em que a entidade dará por concluído o acto processual.

Ao recordar, a pessoa descreve e, ao descrever, vai recordando mais pormenorizadamente, pelo que deve ser exigido ao identificante uma descrição o máximo detalhada possível.³⁰ Para além de poder dispensar o reconhecimento

²⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *ob.cit*, anotação 6 ao art 147º: “o critério dos indícios suficientes nas fases de inquérito e instrução e o critério da livre convicção para dar o facto como provado na fase de julgamento”.

³⁰ O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de Junho de 2011 exemplifica um caso de descrição considerada geral e abstracta: “se lermos atentamente os autos de reconhecimento, verificamos que, relativamente a cada suspeito, as duas pessoas que, separadamente, procuraram efectuar o

presencial, a descrição preventiva visa um certo “controlo da credibilidade do reconhecimento e, como consequência disso, da sua efectiva atendibilidade”.³¹

O aspecto mais importante da descrição prevista no nº1 consiste no facto de, caso não se conclua pela identificação imediata de uma pessoa concreta, isto é, caso o reconhecimento não seja cabal, e deva prosseguir-se a diligência à luz do disposto no nº2, a referida descrição efectuada vai determinar as características que devem possuir as outras pessoas que, para além do suspeito, venham integrar o painel de reconhecimento. Desta forma, aqui se fixarão os parâmetros físicos para a escolha das pessoas que irão participar no acto processual.

2.2.Reconhecimento Presencial

Quando o reconhecimento por descrição não for cabal, tem lugar o reconhecimento propriamente dito, previsto no art. 147º/2 CPP.

Esta diligência deve ser realizada com as maiores cautelas, para garantir a credibilidade do reconhecimento e, pelo menos, minimizar os riscos de erro a ele associados. Para que seja assegurada a autenticidade e fiabilidade do acto de reconhecimento, este terá de obedecer a um mínimo de formalidades indispensáveis, de modo a poder ser valorado pelo tribunal como meio de prova³².

Medina de Seíça³³ frisa que o objectivo de serem estabelecidas regras à produção da prova por reconhecimento é “garantir a neutralidade psíquica da pessoa que deva

reconhecimento, descreveram-nos segundo se diz nos autos, de uma forma perfeitamente idêntica, como se tal acto representasse um acto sem significado”.

³¹ Citando o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 425/2005: “estabelecer um procedimento que, para além de um funcionalmente adequado ‘trazer à lembrança’, permite introduzir uma válvula de segurança (...) de controlo da credibilidade do reconhecimento e, como consequência disso, da sua efectiva atendibilidade”.

³² O Tribunal Constitucional no acórdão 137/2001 refere: “dada a relevância que, na prática, assume para a formação da convicção do tribunal, e os perigos que a sua utilização acarreta, um reconhecimento tem necessariamente de obedecer, para que possa valer como meio de prova em sede de audiência de julgamento, a um mínimo de regras que assegurem a autenticidade e a fiabilidade do acto”.

³³ SEIÇA, Alberto Medina de, *ob.cit.*, p.1413.

proceder à identificação, evitando resultados influenciados, pré-constituídos, e inviabilizando situações formais que façam convergir invariavelmente a escolha sobre o suspeito indicado”.

Prosseguimos, então, com a análise dos diversos requisitos impostos pela legislação processual portuguesa para a aquisição da prova por este meio.

2.2.1. Número Mínimo de Integrantes do Painel

O nº2 do art. 147º CPP determina que na linha de reconhecimento devem estar, no mínimo, duas pessoas para além do identificando. Este requisito visa dificultar a identificação do suspeito por parte do identificador, diminuindo as possibilidades de este ser identificado: o suspeito terá duas em três possibilidades de não ser indicado.

Relativamente a este requisito, não poderá ser analisado de modo estritamente formal, dado que pressupõe que o identificador não conheça os restantes sujeitos. De facto, se apesar de constarem da linha de reconhecimento dois ou mais figurantes, todavia, conhecidos da pessoa que procederá à identificação, a probabilidade de 66,6% de não ser indicado diminuirá e, dessa forma, não teremos por preenchido este preceito.

Foi precisamente o que sucedeu no processo do Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 11 de Outubro de 2011: “ao desrespeito da situação prevista no número 2 do mesmo preceito (...) há-de necessariamente equiparar-se aquele que se traduz em colocar na linha 4, 5 ou 10 pessoas mas, na realidade, para além do suspeito, apenas uma é desconhecida da pessoa que procede à identificação”. Termina ainda por referir que “Defender o contrário é sobrepor a forma à substância, é ler a letra da lei e não atender ao seu espírito, à sua razão de ser”.

A esta situação se equipara o caso de serem apresentados vários painéis e algum membro ser integrante deles, alterando apenas os restantes. É evidente que nesses casos o número mínimo não pode deixar de se considerar reduzido, na medida em que as

hipóteses de escolha da pessoa que procede ao reconhecimento se irão resumir, no melhor cenário, ao suspeito e outra pessoa.³⁴

Levanta-se-nos a questão, contudo, de indagar se a ordem jurídica nacional não se deveria aproximar do exemplo inglês que exige um número mínimo de 8 pessoas integrantes do painel.³⁵ A jurisprudência do Tribunal da Relação de Lisboa no Acórdão de 12 de Maio de 2004 chama a atenção para esta problemática: “muitos psicólogos aconselham que, para se incrementar a fiabilidade deste meio de prova (...) se adoptem especiais cautelas como sejam (...) o alargamento do número de pessoas”.

Da nossa parte, considerando que um número de dois figurantes não consegue assegurar a total fiabilidade e todavia, por outro lado, conscientes de que 8 figurantes não seria uma possibilidade prática, julgamos que o número mínimo deveria ser aumentado para 5 integrantes, de modo a evitar quase por completo uma “indicação à sorte” por parte da pessoa que procede ao reconhecimento.

A avaliação do cumprimento dos requisitos formais passa, na generalidade da prática judiciária, somente pela averiguação deste pressuposto. Contudo, não é suficiente para garantir a sua fiabilidade.

2.2.2. Similitude das características

As pessoas acima referidas, integrantes da linha de reconhecimento, devem, segundo o disposto no nº2 da norma em apreço, apresentar com o identificando “as maiores semelhanças possíveis”, pelo que ambas as condições se encontram intimamente conexas.

³⁴ Como atenta o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de Junho de 2011: “o já reduzido número mínimo de três elementos que integram o painel de reconhecimento foi, em todos os casos, reduzido, tendo a identificação sido feita tendo apenas como verdadeiras alternativas de escolha o suspeito ou, no máximo, o suspeito e outra pessoa”.

³⁵ Code of practice for the identification of persons by Police Officers (Code of Practice D), apud SOUSA, João Henrique Gomes De, *Boletim da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Elementos para o Estudo Comparado do Reconhecimento de Pessoas em Processo Penal na Óptica do Juiz de Julgamento*, 2007, nº3, p.129.

Havendo, como dispõe o nº1 do art. 147º do Código de Processo Penal, uma prévia descrição das características da pessoa a identificar, todos os figurantes têm de apresentar todas as características indicadas. Este requisito é exigível legalmente por ser certo que a memória do ser humano é falível e o identificador, que muitas vezes terá visto o suspeito uma só vez e por um reduzido período de tempo, terá tendência para identificar a pessoa que considere mais parecida com aquela de que se recorda.

Esta condição é preenchida segundo os elementos do caso concreto, impondo que os figurantes possuam características similares à pessoa que se pretende identificar, o que forçará o identificador a evocar a situação passada e ponderar com cautela a identidade entre o retrato anterior e alguma das percepções presentes, evitando ou reduzindo a margem de erro.³⁶ As semelhanças com o suspeito deverão ser de idade, sexo, cor de cabelo, de pele e de olhos, estatura, raça, de vestuário e intelectuais.³⁷

Assumindo como certo que a similitude entre os sujeitos não é objectivável e que, sobretudo, existem muitas vezes dificuldades em ter disponível num catálogo pessoas com semelhantes características a todos os identificandos (especialmente quando o sujeito a identificar possui uma característica rara, um membro amputado ou uma queimadura grave, por exemplo), questionamo-nos sobre o modo que deverá reagir a entidade competente nestas situações.

Como já frisámos, os especiais cuidados que a lei impõe para a realização da prova por reconhecimento visam garantir a fiabilidade desta. Da nossa parte, entendemos que caso não se encontrem reunidas as condições para que a prova seja realizada com respeito pelos requisitos do nº2 do art. 147º não deverá, então, haver lugar a esta.

A jurisprudência nos acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de Outubro de 2008 e do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Março de 2007 entendeu que “a semelhança dos indivíduos sujeitos ao acto de identificação não é um requisito essencial da validade do acto”, por considerarem que esta “semelhança nem sempre é

³⁶ ALVES, Bruno, *ob. Cit.*, p.67, aconselha mesmo “a utilização de um fato igual (tipo fato de macaco) para todos os intervenientes da linha de reconhecimento”.

³⁷ Nas palavras de ALVES, Bruno, *ob. Cit.*, p.42: “os figurantes devem apresentar semelhanças com a pessoa a reconhecer em termos de idade, sexo, estatura, raça, cor de pele, cor de olhos, tipo e cor de cabelo, entre outras que se julgue necessário no caso concreto”.

objectivável, também nem sempre são possíveis as condições necessárias para a obter”. Salvo o devido respeito, não podemos estar de acordo com esta posição.

Se é verdade que estes argumentos evidenciam a dificuldade de reunir, na prática, as condições para realizar esta prova, mais verdade é que esse problema não pode deixar de ser isso mesmo: um problema prático. De facto, este problema prático, não é legal.

A lei processual penal é clara no sentido de impor os requisitos para a admissão da prova por reconhecimento, que é um meio típico de prova, pelo que caso estes não possam ser cumpridos por algum motivo, não pode esta ser realizada contra a lei.³⁸ A dificuldade em objectivar as semelhanças, assim como a dificuldade em reunir pessoas semelhantes, não deve ser ultrapassada pela validação de um meio de prova sem respeito por esse formalismo. Completando o raciocínio com as palavras de Bruno Alves³⁹, “esta ideia parece passar ainda a mensagem de que, independentemente dos meios, o que importa é o fim a alcançar”, o que no nosso ordenamento jurídico não nos parece ter cabimento.

Ainda no âmbito deste assunto, o mesmo autor⁴⁰, defende que o reconhecimento deverá ser sucessivo e não simultâneo e, dessa forma, quem faça o reconhecimento tenha de decidir, perante cada pessoa exibida de cada vez, se reconhece nela, ou não, o suspeito. Somos levados a concordar plenamente com esta condição, sempre com o objectivo de assegurar a maior fiabilidade da diligência.

2.2.3- Recolha das Fotografias dos Integrantes do Painel

Segundo o disposto no nº4 do art. 147º do Código de Processo Penal, a lei estabelece como facultativa a junção aos autos das fotografias dos intervenientes no processo de reconhecimento.

³⁸ Sobre as consequências desta realização, *infra*, Capítulo II.

³⁹ ALVES, Bruno, *ob. Cit.*, p.55.

⁴⁰ ALVES, Bruno, *ob. Cit.*, p.57.

Esta opção legislativa de sujeitar a autorização dos respectivos intervenientes tem como ratio “evitar a junção aos autos de fotografias, filmes ou gravações que, por uma questão de técnica policial, foram utilizadas para identificação de pessoas mas que se revelou infrutífera e pode ser nociva para as pessoas em causa”.⁴¹

Como já constatámos⁴², a prova por reconhecimento realizada em inquérito ou instrução será examinada em audiência sem que haja repetição do acto. Deste modo, para uma apreciação da verdade da realização da prova, será da maior conveniência que o juiz aceda a todos os elementos que permitam avaliar a credibilidade do reconhecimento e o cumprimento dos requisitos.⁴³

Não se prevendo a presença do juiz na diligência de reconhecimento e tendo este o dever de averiguar se a prova foi validamente adquirida, a junção das fotografias ao processo não deveria ser facultativa e sim, obrigatória, na medida em que consiste na única possibilidade do tribunal controlar o cumprimento dos requisitos do art. 147º/2, tanto no aspecto do número de intervenientes, como no aspecto das semelhanças..

Pelo exposto, pensamos que desse modo teria o tribunal conhecimento das duas referidas circunstâncias em que foi produzida a prova podendo daí extrair as correctas consequências e atribuir-lhe o respectivo valor probatório.⁴⁴

Acrescenta-se, ainda, que só mediante a imposição deste requisito será possível ao defensor contraditar a prova em julgamento.

Quanto ao argumento de que este registo fotográfico consiste numa violação da privacidade dos intervenientes, na linha de pensamento de alguma doutrina, consideramos que a fácil solução para a contrariar seria a aposição, no registo

⁴¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *ob. Cit.*, anotação 14 ao art 147º.

⁴² Em 1.2 e 1.3.

⁴³ Utilizando a argumentação do Tribunal Constitucional no Acórdão 425/2005: “Será da maior relevância que o juiz se possa inteirar de todas “as circunstâncias que possam influir na credibilidade da identificação”, tendo em conta as condições realísticas em que o sujeito activo foi confrontado com o sujeito a reconhecer”.

⁴⁴ ALVES, Bruno, *ob. Cit.*, p.44: “será mais eficaz a apreciação da prova por reconhecimento em audiência de julgamento, pois é possível aos intervenientes processuais, mas em especial ao tribunal, verificar uma das circunstâncias desta prova e atribuir-lhe o valor probatório correspondente em função da mesma”.

fotográfico, de uma tira ocular que não permitisse que os intervenientes fossem identificados.⁴⁵

Não permitir a junção aos autos das fotografias é, a nosso ver, uma limitação à avaliação da fiabilidade do reconhecimento.

Salientamos que a mais recente alteração ao Código de Processo Penal, pela Lei 13/2013, vem determinar que as declarações do arguido no inquérito, quando cumpridos os requisitos do art. 357º valem em sede de audiência de julgamento e devem, preferencialmente, ser registadas em vídeo. De iuri constituendo, somos da opinião que a prova por reconhecimento, tendo a mesma ratio – apreciação em tribunal de acto praticado em fase anterior – deve também ser objecto de alteração, no sentido de impor o referido registo fotográfico ou videográfico.

Porém, ainda não imposto esse requisito legalmente, e tendo em consideração a dificuldade de o tribunal averiguar o cumprimento dos requisitos quando não autorizado o registo fotográfico pelos intervenientes, julgamos que deverá o tribunal notificar os figurantes que integraram o painel de reconhecimento no sentido de requerer a sua comparência na audiência de julgamento, pois que tal nos parece ser a única forma de confirmar a obediência ao legalmente imposto.⁴⁶

2.2.4- Entidade competente para presidir à diligência

Geralmente, a prova por reconhecimento será realizada em fase de inquérito que, à luz do art. 262º do Código de Processo Penal consiste no “conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles”.

⁴⁵ SOUSA, João Henrique de, *Julgar, O Reconhecimento de Pessoas no Projecto do Código de Processo Penal*, 2007, nº1, p.158.

⁴⁶ Neste sentido, o Tribunal da Relação de Lisboa no acórdão de 22 de Junho de 2011 considerou que se o tribunal a quo “não pretendesse delegar na autoridade policial a valoração dos autos de reconhecimento, não poderia deixar de mandar comparecer em audiência as pessoas que integraram o painel ou painéis para comprovar se os mesmos obedeciam ao legalmente imposto”, posição com a qual não poderíamos estar mais de acordo.

Sendo o Ministério Público a entidade responsável por esta fase, é ela que terá esta competência. Contudo, dispõe o art. 270º que podem ser delegados nos Órgãos de Polícia Criminal determinados actos, sendo-lhes conferida autonomia técnica e tática. Desta forma, a prova por reconhecimento integra o conjunto de diligências a realizar no inquérito pelos OPC, por consistir num acto delegável, nos termos dos arts 267º e 270º do Código de Processo Penal. Ainda na fase de instrução, da responsabilidade do juiz de instrução, é frequente haver delegação de competências nos OPC para este efeito (art.288º CPP).

A lei portuguesa não refere qual a entidade que deve conduzir o reconhecimento e nem tão-pouco impede, na sua letra, que esta entidade seja uma brigada de investigação. Sendo certo que a atitude da autoridade que dirige a diligência poderá ser, e será por vezes, condicionante da resposta do identificante, exploramos sobre uma eventual necessidade de se impor que a prova por reconhecimento não seja da responsabilidade de uma brigada de investigação e sim, de uma equipa que realize, no âmbito desse processo, apenas o reconhecimento.

No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de Maio de 2004 foi salientado que “o próprio grau de confiança que a testemunha ocular tem na precisão da identificação efectuada depende mais do comportamento, muitas vezes corroborante, do investigador que dirigiu as operações (...) do que da nitidez das suas próprias recordações do cenário do crime”.⁴⁷ Ainda o mesmo acórdão refere posteriormente que “muitos psicólogos aconselham para se incrementar a fiabilidade deste meio de prova (...) a exigência de que a pessoa que conduz o reconhecimento pessoal não tenha conhecimento da identidade do suspeito”.

Não procuramos, com este raciocínio, afirmar que toda e qualquer brigada de investigação que esquadrinhe um determinado crime e detenha um suspeito se comporte parcialmente, no sentido de induzir o identificante a uma dada resposta. No entanto, ainda que de forma mais inconsciente, poderão chamar a atenção para certo identificando e, posta em causa a sua imparcialidade, também poderá deixar dúvidas a eventual indicação pelo identificante e a legalidade da prova em si.

⁴⁷ Também neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 05 de Julho de 2006: “A identificação que faz pode facilmente ser influenciada por inúmeros factores, entre os quais o comportamento, consciente ou inconsciente, da pessoa que orienta a diligência”.

Atento a esta problemática, Gomes de Sousa⁴⁸ salienta que “uma constatação adveniente da prática aconselha que o reconhecimento físico seja efectuado com pessoas que, em caso algum, deveriam ser agentes policiais encarregues da investigação ou conhecidos no meio”. Defendemos, pelo exposto, que a prova por reconhecimento em Portugal deveria aproximar-se do Direito Inglês⁴⁹, havendo lugar a um reconhecimento cego.⁵⁰

Ainda relativamente a esta matéria, demonstra-se importante realçar que durante a realização do acto deve ser transmitida à testemunha a noção de que este se destina tanto a identificar um culpado, como a excluir um inocente, assim como referir que o suspeito pode não se encontrar na linha de reconhecimento, situação em que a investigação continuará em curso.⁵¹ Este comportamento por parte da autoridade que procede ao reconhecimento é essencial para evitar que a testemunha se sinta pressionada a uma resposta afirmativa sem convicção de que seja certo, isto é, que o identificador seja induzido a indicar a pessoa mais semelhante, sem certezas. Esta atitude activa deve ser, ainda, acompanhada de uma atitude neutra, no propósito de não sugerir a resposta da pessoa que vai identificar.⁵²

Podemos concluir que só assim se poderá evitar um resultado premeditado e garantir que o identificador não seja influenciado, pelo menos, pelo factor “entidade”.

⁴⁸ SOUSA, João Henrique Gomes De, *Boletim da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Elementos para o Estudo Comparado do Reconhecimento de Pessoas em Processo Penal na Óptica do Juiz de Julgamento*, 2007, nº3, p.148.

⁴⁹ Code of practice for the identification of persons by Police Officers (Code of Practice D), apud SOUSA, João Gomes De, *ob.cit.*, p.126.

⁵⁰ Os membros do Technical Working Group for Eyewitness Evidence propõem que o agente que realize o acto de reconhecimento desconheça o autor do facto ilícito, citação por SOUSA, João Gomes De, *ob.cit.*, p.118.

⁵¹ Também os membros do Technical Working Group for Eyewitness Evidence, citado por SOUSA, João Gomes De, *ob.cit.*, p.118.

⁵² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de Novembro de 2011, exemplificando uma situação inadmissível: “Disse a testemunha, em audiência, que ao proceder ao reconhecimento fotográfico, pareceu-lhe, referindo-se ao arguido, ser ‘um bocado diferente na fotografia’ mas que ‘eles disseram-lhe que era natural’, que ‘a fotografia não era recente’ e que ‘devido às características que eu dei, não tinham dúvidas’”.

2.2.5- Presença de Defensor

A lei portuguesa no art. 64º do Código de Processo Penal determina os casos em que se considera obrigatória a assistência do defensor para assegurar a defesa do suspeito/arguido sendo que, para além das referidas situações referidas nas várias alíneas do nº1 da citada norma, a alínea h-) remete para “os demais casos que a lei determinar”.

A prova por reconhecimento não integra o elenco do art. 64º e as disposições que a regulam – 147º e 149º CPP – também não impõem a presença do defensor na diligência.

Gomes de Sousa⁵³ chama à atenção, quanto a este aspecto, para o art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, referente ao processo equitativo, considerando que um processo justo inclui o direito a não ser objecto de procedimentos que levem a um irreparável erro de identificação. Assegurar legalmente este requisito conformaria um modo de o tribunal poder verificar com maior grau de certeza a fiabilidade da prova obtida e seria, ao mesmo tempo, uma forma de desincentivar as entidades que procedem ao reconhecimento a assumir um comportamento menos imparcial. De facto, a sua presença garantiria, em princípio, que a entidade que conduz ao acto não adoptasse, consciente ou inconscientemente, uma conduta influente da resposta de quem vá proceder à identificação.

Tal permitiria, ainda, que o advogado pudesse ter conhecimento directo da reacção do identificador à presença do suspeito, no sentido de notar uma maior rapidez ou hesitação na sua resposta, podendo posteriormente contraditar a testemunha em audiência.

Ocorrendo a junção das fotografias dos intervenientes ao processo apenas quando estes autorizem, fica dificultado o controlo judicial dos requisitos, pelo que consagrar a obrigatoriedade da presença do defensor ganha ainda mais importância. A presença do defensor teria as vantagens de obviar a eventuais abusos por parte da entidade que conduz ao reconhecimento, assim como a eventuais erros de identificação

⁵³ SOUSA, João Henrique de, *Julgado, O Reconhecimento de Pessoas no Projecto do Código de Processo Penal*, 2007, nº1, p.165.

e, pelo confronto do defensor com a testemunha que identificou, permitiria que o tribunal fosse inteirado das reais circunstâncias em que ocorreu a identificação, diminuindo as suas dúvidas sobre a correcta realização do acto.

Por todos os referidos argumentos, julgamos que a presença de defensor, já constituído ou nomeado oficiosamente, se mostra necessária para assegurar a defesa do arguido em processo penal e deveria ser legalmente imposta.

2.3.Reconhecimento Fotográfico

Desde a Reforma de 2008, quando a identificação não seja cabal, pode a prova por reconhecimento ser feita mediante fotografias, como determina o nº5 do art.147º, valendo como meio de prova somente caso seja posteriormente realizado um reconhecimento presencial. Esta relativamente recente disposição levanta sérios problemas quanto à fiabilidade e credibilidade, partindo da ideia-base da irrepitibilidade da prova por reconhecimento.⁵⁴

O art. 147º/5 CPP define o eventual reconhecimento fotográfico como um passo prévio ao reconhecimento físico integrante da investigação, não possuindo autonomia como meio de prova e, por isso, não se sujeitando aos requisitos do regime geral do “reconhecimento físico”.

Por não estar sujeito aos formalismos referidos, pode mesmo ser mostrada uma só fotografia e, se mostradas várias, não terão de obedecer a qualquer similitude com o suspeito a identificar. Todavia, entendemos que tal não deverá ser admitido, devendo ser exibidas várias fotografias de pessoas semelhantes e todas ao mesmo tempo, dado que exibir uma única fotografia ou várias fotografias em que apenas uma delas é imagem de uma pessoa que possua as características indicadas, condicionaria sempre um posterior reconhecimento que ocorresse.

⁵⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de Junho de 2011: “Ora, a existência de uma prévia diligência de reconhecimento fotográfico é, claramente, um factor que pode influir na credibilidade da identificação presencialmente efectuada”.

Para ser válido, este reconhecimento fotográfico deve ser seguido de um “verdadeiro reconhecimento” conforme ao art. 147º/2. Incontestável nos parece ser que, uma vez realizado um reconhecimento fotográfico, a capacidade de memória da pessoa que vai proceder ao reconhecimento presencial se considere afectada.

Tal como oportunamente salientámos⁵⁵, também agora neste modo de reconhecimento se levanta a discussão de um reconhecimento presencial que obedeça formalmente aos requisitos do nº2 do art. 147º porém, por antecedido por uma identificação por fotografia, tenha já um resultado predefinido. O facto de serem realizados vários reconhecimentos traz consigo a dúvida sobre a sua credibilidade por se poder pôr em questão se, num segundo reconhecimento, ainda que presencial, e com respeito pelos requisitos do nº2 do art. 147º, o identificador indicará o agente do crime ou a pessoa que viu no primeiro reconhecimento, neste caso, na fotografia.⁵⁶

A prévia diligência de reconhecimento fotográfico influenciará a fiabilidade do reconhecimento seguinte na medida em que a imagem da fotografia estará já presente na memória da pessoa que procede ao reconhecimento e não haverá já lugar a uma genuína identificação.

Não é por isso, a nosso ver, compreensível que a nossa legislação em detrimento de autonomizar estes reconhecimentos fotográficos e garantir de modo mais efectivo a defesa do suspeito, os reconduza a uma diligência policial lícita, a “meros actos policiais e de investigação, irrelevantes e sem reflexo nos meios de prova subsequentes”⁵⁷, como se estes não fossem por aqueles afectados.

Gomes de Sousa considera adequada a autonomização destes reconhecimentos que, através do registo fotográfico do reconhecimento fotográfico, garantiria “simultaneamente uma melhor instrução dos autos, os direitos de defesa do arguido e a adequada ponderação, em julgamento, do acerto do reconhecimento fotográfico”.⁵⁸

⁵⁵ Em 1.3.

⁵⁶ No sentido da validade do reconhecimento fotográfico, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 05 de Julho de 2006: “o reconhecimento fotográfico foi posteriormente seguido de um verdadeiro reconhecimento, realizado com observância do formalismo descrito no art. 147º pelo que, à luz do critério exposto, nenhum problema se suscita no plano da validade formal deste”.

⁵⁷ SOUSA, João Henrique de, *ob. cit.*, p.161.

⁵⁸ SOUSA, João Henrique De, *ob. cit.*, p.161. Acrescenta, ainda, P.162, *Ob. cit.*, que “esta seria uma forma simples de sujeitar todos os tipos de reconhecimento ao regime geral do “Reconhecimento Físico”, oferecendo, dessa forma, maiores garantias, desde que assegurada uma adequada documentação do acto”.

Francisco Almeida Garret⁵⁹, com uma posição muito peculiar, afirma que “os reconhecimentos fotográficos continuam a ser reconhecimentos atípicos”.

Pelo acima exposto, não poderemos retirar outra conclusão que não seja a da colisão destes reconhecimentos fotográficos com os princípios subjacentes à prova por reconhecimento. Dependendo a prova por reconhecimento de uma avaliação mnemónica por parte da pessoa que vai proceder ao reconhecimento, e ocorrendo o acto cognitivo apenas uma vez, a possibilidade de lhe serem mostradas fotografias previamente distorce certamente a credibilidade do reconhecimento presencial e afecta a defesa do suspeito. Sujeitá-lo aos requisitos previstos legalmente para o reconhecimento presencial (pelo menos, respeitando o número mínimo de figurantes e semelhanças com as características indicadas pela pessoa que procede ao reconhecimento), poderia justificar que o reconhecimento por fotografia deixasse de ser integrado nos actos de investigação e, sim, considerado um verdadeiro e autónomo reconhecimento, com a dignidade de meio de prova.

Defendemos, sustentada neste raciocínio, a posição de que, para que a lei preveja o reconhecimento fotográfico, deva autonomizá-lo como meio de prova e sujeitá-lo aos requisitos do reconhecimento presencial.

3. Valor do Reconhecimento na fase de Julgamento

3.1. Se já houve Reconhecimento nas fases preliminares

A prova por reconhecimento consiste numa diligência levada a cabo, na grande maioria dos processos, durante as fases de inquérito e instrução, por ser nestas o momento indicado de determinar quem foi o agente do crime.

Uma vez realizado neste âmbito com respeito pelos requisitos referidos⁶⁰, poderá e deverá ser prova examinada em julgamento. Referimos supra⁶¹ que a prova por

⁵⁹ GARRET, Francisco de Almeida, *Sujeição do Arguido a Diligências de Prova e Outros Temas*, 1ª Edição, Porto, Fronteira do Caos Editores, 2007, p.63.

reconhecimento é caracterizada por ser autónoma, pré-constituída e irrepitível e, não tencionando repetir-nos, para aí remetemos o estudo.

Necessário se demonstra, porém, lembrarmos que é precisamente partindo da análise destes elementos-base que concluímos que “não se pode considerar a repetição da prova por reconhecimento em audiência de julgamento quando a mesma foi realizada na fase de inquérito ou de instrução, no entanto, pretende-se que a prova por reconhecimento seja examinada pelas partes e que sejam avaliadas as condições da sua realização e verificar se se encontram dentro dos parâmetros do regime legal da mesma”.⁶²

Sujeitando-se então ao regime dos arts 355º/2 e 356º/1/b-) do Código de Processo Penal, será a prova por reconhecimento analisada em audiência de julgamento.

O nosso mais Alto Tribunal, no Acórdão de 15 de Fevereiro de 2007 refere que “podem ser examinadas em audiência de julgamento provas produzidas em inquérito, desde que cumpram as exigências impostas pelo legislador para o respectivo meio de prova e o Ministério Público as indique na acusação.” Também o Tribunal da Relação de Lisboa no acórdão de 22 de Junho de 2010, neste sentido, considera que “se um reconhecimento já foi realizado em inquérito ou instrução, restará analisá-lo em audiência e aí sujeitá-lo ao contraditório”.

Porém, nem tudo é claro e unânime.

Se doutrina e jurisprudência estão de acordo quanto ao facto de a prova por reconhecimento validamente adquirida ser examinada e não repetida em audiência, já se constata uma divergência quando o reconhecimento em fase preliminar foi inválido. Antecedido de um reconhecimento inválido, deverá esta diligência ser repetida em sede de audiência de julgamento? Antecipamo-nos respondendo negativamente. Todo o raciocínio exposto quanto à irrepitibilidade da prova por reconhecimento aqui se mantém válido.

⁶⁰ Em 2.

⁶¹ Em 1.

⁶² ALVES, Bruno, *ob. Cit.*, p.38.

O acto recognitivo ocorre apenas uma vez e, confrontando o sujeito activo do reconhecimento com o suspeito, ainda que sem respeito pelos requisitos legais previstos, uma segunda identificação será por aquela inevitavelmente influenciada.

O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 05 de Maio de 2010 considerando que, em regra, a prova por reconhecimento já realizada em inquérito não tem de ser repetida em julgamento, apresenta contudo duas situações em que julga poder surgir tal necessidade: No caso em que exista nulidade probatória do acto praticado ou no caso de nulidade processual. Refere esta jurisprudência que “nestes casos, o tribunal deve tomar posição no sentido de considerar necessária e adequada a realização de um ‘reconhecimento’, ao qual será atribuída uma específica e autónoma força probatória”.

Salvo o devido respeito, esta posição vem colidir com o objectivo da prova por reconhecimento, uma vez que nos referidos casos, um posterior reconhecimento em audiência terá já um resultado predefinido, decorrente do reconhecimento anterior. Acrescenta o mesmo acórdão que o “art.147º/7 (...) não proíbe a sua repetição” e que “a característica da irrepitibilidade está associada, não a uma invalidade de prova, sim à substância probatória do concreto acto que se repete, sabendo-se que o novo acto não terá o grau de convencimento que teria”.

Examinaremos adiante⁶³ as consequências do desrespeito pelos requisitos legalmente impostos pela lei, tornando-se relevante agora apenas salientar que esta ideia defraudaria a essência da prova por reconhecimento.

Isto porque, um segundo acto formalmente válido, nunca o seria na sua substância, dado que os requisitos tencionam obviar a um resultado certo e a existência de reconhecimento prévio originaria precisamente o contrário: o resultado predefinido.

Em sentido contrário à citada jurisprudência, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de Maio de 2011 entendeu que “antecedido de um reconhecimento inválido, um novo reconhecimento não beneficiará já de todas as condições de genuinidade do acto, sendo igualmente possível que um eventual erro cometido no primeiro, se converta em realidade psicológica por quem a ele procedeu”. Acrescenta,

⁶³ Capítulo II.

ainda, que a existir operação subsequente esta será “um mero simulacro, pois que o resultado estava definido e garantido à partida”.

Com o objectivo de evitar reconhecimentos influenciados e pré-constituídos, concordamos integralmente com a orientação da segunda jurisprudência mencionada.

3.2.Quando não realizado em fase preliminar

Admitindo que o reconhecimento possa não ocorrer durante as fases de inquérito e instrução, coloca-se-nos a questão de poder ser realizada esta prova durante a fase de julgamento e quais os trâmites legais a ser observados.

A lei processual penal anterior à Reforma de 2007 dispunha, no seu art. 147º/4 que “o reconhecimento que não obedecer ao disposto neste artigo não tem valor como meio de prova”. A reforma introduzida pela Lei 48/2007 vem acrescentar ao nº 7 da citada norma, ao qual corresponde o anterior nº4, a expressão “seja qual for a fase em que ocorrer”. Durante a vigência da lei anterior, era claro para grande parte da jurisprudência que as formalidades previstas no art. 147º apenas teriam aplicação às fases de inquérito e instrução e não na fase de julgamento.⁶⁴

Há uma frequente prática nos nossos tribunais de perguntar à testemunha ou assistente que esteja a prestar depoimento se reconhece o arguido presente como autor dos factos em discussão. Não obstante, é necessário analisar se a identificação pela testemunha do arguido como autor dos factos criminosos, na sequência da supra-referida prática, caberá no âmbito da prova por reconhecimento e, como tal, deve ser admissível apenas quando respeitados os pressupostos legais ou se, pelo contrário, deverá esta identificação ser configurada como integrante do depoimento e, dessa forma, ser preteridas as formalidades previstas para a prova por reconhecimento.

⁶⁴ Assim, acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Maio de 2000, 17 de Fevereiro de 2005 e 16 de Junho de 2005.

Anteriormente à alteração legislativa, a jurisprudência considerava-os reconhecimento atípicos mas admissíveis com base em vários argumentos. Primeiramente, seria inaplicável o disposto no art. 147º por incompatibilidade entre estas formalidades e os trâmites que segue processualmente a audiência de julgamento.⁶⁵ Em segundo lugar, seriam válidos por não se encontrar prevista expressamente uma proibição para os reconhecimentos em julgamento sem as formalidades e que, para além do mais, integrariam o âmbito da prova testemunhal, meio de prova expressamente previsto. Por fim, também por aplicação do princípio da livre apreciação da prova, previsto no art. 127º, a indicação do arguido poderia ser valorada pelo julgador. Esquadrinharemos, então, os vários prismas deste problema.

Parece-nos, desde logo, que a referida alteração legislativa foi aprovada para o esclarecimento da aplicação dos requisitos de admissibilidade também durante a fase de julgamento.

Relativamente à incompatibilidade entre os trâmites da fase de julgamento e a realização da prova por reconhecimento, entendemos que se trata de um obstáculo ultrapassável. A lei processual penal dispõe no art. 150º do Código de Processo Penal que pode ser requerida a prova por reconstituição do facto, caso em que o tribunal se deslocará ao local em questão para a realizar. Se assim o é, também parece ser viável que o tribunal se dirija a uma esquadra, porventura mais próxima do que o referido local, de forma a realizar a diligência da prova por reconhecimento com cumprimento dos requisitos legais, respeitando o modo que o legislador considerou ser o mais adequado para garantir a fiabilidade desta prova, em qualquer fase do processo.⁶⁶

Se da ausência da expressão “seja qual for a fase em que ocorrer” poderia ser extraída a conclusão da inaplicabilidade à fase de julgamento dos requisitos legais, vigorando agora a norma nesses termos, consideramos que será expressa a sua imposição.

⁶⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Maio de 2000: “mesmo quando excepcionalmente haja lugar à efectivação de uma diligência de reconhecimento do arguido em audiência, a mesma não segue a tramitação específica do reconhecimento consignada no art. 147º (...) atenta a incompatibilidade entre as regras de tal reconhecimento e as que presidem à tramitação processual da audiência de julgamento”.

⁶⁶ Não concordamos com a posição assumida pela jurisprudência no Acórdão de 03 de Março de 2010 do Supremo Tribunal de Justiça segundo a qual “as regras que regulam a audiência de julgamento são incompatíveis com essa observância. A não ser que se interrompa a audiência para ir realizar o acto processual a uma esquadra da polícia o que, para além de ser ridículo e um desperdício de tempo, é desaconselhável e inútil”.

Não obstante parte da jurisprudência opinar no sentido de que após a citada alteração legislativa ficou assente que em todas as fases processuais a prova por reconhecimento só pode ser admitida com respeito pelos formalismos do art. 147º⁶⁷, a verdade é que grande parte da jurisprudência continua a admitir a valoração destes actos, por fazerem uma distinção entre “reconhecer” e “identificar”.⁶⁸

A jurisprudência maioritária considera então, que a nova lei mais não veio do que reafirmar o que já a antiga dispunha, ou seja, que a “prova por reconhecimento”, autónoma, em qualquer fase do processo, teria de obedecer às formalidades do art. 147º.

No entendimento desta corrente jurisprudencial, o acto de identificar o arguido em audiência de julgamento como sendo autor dos factos objecto de imputação não deverá ser reconduzido à prova por reconhecimento, por não se justificar autonomizar um verdadeiro acto. Nestas situações, o depoimento a ser prestado tem apenas a função de aferir a credibilidade do testemunho e não o objectivo de, entre várias pessoas, imputar a um sujeito os factos na memória do depoente.⁶⁹ A indicação da pessoa seria apenas instrumental para a avaliação da credibilidade de um depoimento, verificando o discurso da testemunha, dado que por se tratar somente da atribuição de factos expostos a um determinado sujeito deveria ser integrado no meio de uma prova testemunhal.

Como já estudámos supra⁷⁰, as diferenças qualitativo-funcionais entre a prova testemunhal e a prova por reconhecimento são inegáveis. Confirmar a identidade de alguém presente confrontando essa imagem com a imagem passada que está na memória do depoente parece-nos configurar um reconhecimento e não uma mera parte integrante do depoimento, pelo que não aceitamos que, pelo facto de não ser indicado de

⁶⁷ Assim, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de Maio de 2011: “com a nova redacção introduzida ao referido art. 147º CPP, ficou resolvida a querela doutrinária e jurisprudencial, sobre se o reconhecimento do arguido em sede de julgamento deveria ou não obedecer aos formalismos ali previstos (...) ficando agora sem margem para dúvidas assente que em todas as fases processuais, até mesmo em julgamento, o reconhecimento de pessoas só valerá como meio de prova quando respeitar os formalismos do art. 147º CPP”.

⁶⁸ Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 2008, 03 de Março de 2010 e 15 de Setembro de 2010, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16 de Janeiro de 2010 e 17 de Março de 2010 e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10 de Novembro de 2010.

⁶⁹ Segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional no acórdão nº 425/2005 “a funcionalidade e a finalidade inerentes a um acto de “reconhecimento” – de imputação – que se produza neste contexto terá sempre uma função exógena da que é cumprida pelo reconhecimento em sentido próprio – v.g. aferir da credibilidade e consistência do depoimento – não podendo aquele ser autonomamente valorado para responder às situações onde se justifique a autonomização de um verdadeiro acto de reconhecimento”.

⁷⁰ Em 1.1.1.

entre várias pessoas, deva passar a ser considerada prova testemunhal em detrimento de uma prova por reconhecimento sem respeito pelos requisitos legais.

Julgamos, ainda, que a identidade do autor dos factos não pode ser tratada como um mero “pormenor” ou “elemento de avaliação da credibilidade da testemunha”, uma vez que a própria lei processual penal impõe que o reconhecimento de uma pessoa como agente do crime seja realizado pelo meio de prova “prova por reconhecimento”. Isto é, no nosso entender, quando necessário reconhecer alguém como autor dos factos, deve ser este o meio utilizado, independentemente da fase em que ocorra, uma vez que não nos parece que o legislador tencionasse que para o mesmo efeito, fossem adoptados métodos diferentes, consoante seja necessário nas fases preliminares ou na fase de julgamento.⁷¹

É certo que na fase de julgamento o sujeito já terá sido constituído arguido, investigado e acusado. No entanto, não consideramos que tais motivos justifiquem a recondução desde reconhecimento a um simples “pormenor do depoimento, um elemento adicional e complementar”⁷², desde logo porque o princípio da presunção de inocência impõe que o arguido seja considerado inocente até prova em contrário, e pelo facto de que “conhecido”, “identificado”, e mesmo “arguido” são conceitos diferentes de “culpado” e “agente de um crime”.

Desta forma, deve ser dada ao arguido a possibilidade de ser considerado inocente, assegurando-lhe os mecanismos para uma efectiva defesa, mesmo na fase de julgamento, o que passará, em parte, por exigir o cumprimento dos requisitos do art. 147º CPP.

A finalidade do reconhecimento - identificação do agente do crime - será sempre distinta da finalidade da narração do testemunho, e isto, independentemente de ser produzido no contexto de um depoimento ou não.

⁷¹ Também neste sentido, SEIÇA, Medina de, *ob.cit.*, p.1401 : “devemos colocar a dúvida sobre qual o sentido de admitir, como faz a nossa jurisprudência, que, havendo a lei estabelecido um particular procedimento, minuciosamente estruturado, para o reconhecimento de pessoas, este último possa, no entanto, ocorrer por processos distintos.”

⁷² Como entendeu a jurisprudência no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17 de Março de 2010.

Salientamos, ainda, o disposto no art. 138º CPP que determina que as questões realizadas às testemunhas não devem ser sugestivas e, como Almeida Garret⁷³ clarifica: “sabendo o ‘homem médio’ que, no centro de uma sala de audiência, se ergue, como um troféu, a pessoa do arguido, a pergunta ‘olhe para trás, reconhece o autor do crime?’ não pode deixar de ser considerada manifestamente sugestiva”.

Pelo exposto, não nos parece lógico o argumento de enquadrar estes reconhecimentos em audiência sem respeito pelas formalidades impostas no âmbito da prova testemunhal.

Concordamos com Medina de Seíça⁷⁴ quando explica que “não são reconduzíveis à figura de autênticas provas atípicas, antes representam um desvio não permitido ao figurino probatório previsto pelo legislador *expressis verbis*”. Isto porque a prova por reconhecimento é um meio de prova típico ao qual a lei obriga ao cumprimento de determinadas formalidades para a sua aquisição, pelo que não observá-las representará um desvio ao legalmente imposto pelo art. 147º e não pode ser integrado nos meios de prova atípicos admitidos ao abrigo do art. 127º.⁷⁵ Invocar o princípio da livre apreciação para admitir estes reconhecimentos consiste, no nosso entender, numa efectiva confusão entre os momentos da aquisição da prova e da apreciação da prova.

Como supra elucidámos⁷⁶, a prova por reconhecimento não tem valor probatório reforçado, sendo valorizada de acordo com o princípio da livre apreciação previsto no art. 127º CPP. Todavia, a prova só deverá ser apreciada nestes termos se e quando validamente adquirida, o que implicará o respeito pelos formalismos disciplinados pelo art. 147º. Apresentar como argumento à não observância destas formalidades o

⁷³ GARRET, Francisco de Almeida, *Sujeição do Arguido a Diligências de Prova e Outros Temas*, 1ª Edição, Porto, Fronteira do Caos Editores, 2007, p.68.

⁷⁴ SEIÇA, Alberto Medina de, *ob. cit.*, p.1412.

⁷⁵ O Tribunal Constitucional no Acórdão nº 137/2001 julgou “inconstitucional, por violação das garantias de defesa do arguido, consagradas no nº1 do art.32º CRP, a norma constante do art. 127º CPP, quando interpretada no sentido de admitir que o princípio da livre apreciação da prova permite a valoração, em julgamento, de um reconhecimento do arguido realizado sem a observância de nenhuma das regras definidas pelo art. 147º do CPP.”

⁷⁶ Em 1.1.4.

princípio da livre apreciação para que a prova assim produzida seja admitida é, a nosso ver, apenas uma forma de violar a norma legal 147º CPP.⁷⁷

Julgamos que argumentar que a um reconhecimento nestes termos efectuados “não seja atribuído o valor de reconhecimento”, por não corresponder a um retrato mnemónico gravado na memória da testemunha mas, por outro lado, atribuir-lhe outro valor e permitir com isto a prova da identidade do sujeito, conformará uma contradição.

O tribunal aprecia livremente a prova por reconhecimento, assim como aprecia livremente a prova testemunhal. Parece-nos subverter a intenção do legislador reconduzir o “reconhecimento em audiência” a prova testemunhal e avaliá-la de acordo com o princípio da livre apreciação, em detrimento de a reconduzir a uma prova por reconhecimento, fazê-la obedecer aos requisitos legalmente impostos e, depois então, apreciá-la livremente.

A realização da diligência da prova por reconhecimento deve sempre ser levada a cabo sem que haja um resultado já predefinido, o que dificilmente acontecerá no caso de o arguido ser visto sentado no banco dos arguidos. Mesmo que posteriormente colocado numa linha de reconhecimento, uma vez tendo já sido visto pelo identificante no referido banco, o acto de reconhecimento não poderá, deixar de ser visto como um simulacro, cujo resultado já estaria garantido. Se o acto recognitivo ocorre apenas uma vez⁷⁸, parece-nos fazer sentido duvidar da fiabilidade da identificação quando o depoente seja confrontado com várias pessoas e apenas uma delas esteja a ser julgada.⁷⁹

Partilhamos do entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 03 de Março de 2010 quando refere que o acto de reconhecimento realizado pela primeira vez na fase de julgamento é “substancialmente injusto, pois que já exposto o arguido aos olhares das testemunhas que o irão reconhecer”. Todavia, e salvo o devido respeito, não consideramos que o modo de resolver essa injustiça possa

⁷⁷ Também assim, SEIÇA, Medina de, *ob.cit.*, p.1420: “as dimensões aquisitiva e valorativa da prova devem manter-se distintas. Isto é, não se pode resolver em sede de formação do convencimento as irregularidades da fase aquisitiva.”

⁷⁸ Como vimos, em 1.1.

⁷⁹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de Maio de 2011 “para as testemunhas, se ele era o único que estava a ser julgado, obviamente que ele era o indivíduo que se dirigira ao banco que então importava reconhecer, era, afinal, o autor dos factos, pelo menos era disso acusado, pois que estava já sentado no banco dos réus, preparado para o julgamento. Esta associação de ideias era absolutamente legítima e pode ter influenciado o resultado em vista com a produção de tal elemento de prova”.

passar por apelar esse reconhecimento de “identificação” e prescindir dos requisitos do art.147º/2.

Concordamos com a posição sustentada por alguma doutrina⁸⁰, que apresentam como solução o mecanismo previsto no art. 320º CPP, que dispõe que em momento anterior ao da audiência, deve o juiz proceder à realização dos actos cuja não realização imediata possa conduzir a um perigo para a descoberta da verdade. Assim, considerado acto urgente na fase de julgamento e por colidir com o princípio da imediação, seria gravada a diligência e reproduzida na audiência de julgamento.

Esta forma de documentação “não é admissível noutras fases do processo, nomeadamente, as fases de inquérito e de instrução”⁸¹, apesar de termos constatado em sede oportuna⁸² que seria a melhor forma de garantir a credibilidade da prova.

Por tudo o exposto, rematamos opinando no sentido de que deverão ser respeitados também na fase de julgamento os requisitos do art. 147º, não só porque a letra da lei é expressa (“seja em que fase for”), como pelo facto de nos parecer que a distinção entre “identificar” e “reconhecer” se trata de um mero formalismo pois que substancialmente terão o mesmo efeito.

⁸⁰ ALVES, Bruno, *ob.cit.*, p.39 e GARRET, Francisco de Almeida, *Sujeição do Arguido a Diligências de Prova e Outros Temas*, 1ª Edição, Porto, Fronteira do Caos Editores, 2007, p.67.

⁸¹ ALVES, Bruno, *ob.cit.*, p.39.

⁸² Em 2.2.3.

II – Proibição de Prova

Analisámos no Capítulo anterior os requisitos previstos pela lei e aqueles que considerávamos desejáveis para que a prova por reconhecimento fosse admitida num processo.

Iremos agora debruçar-nos sobre a consequência do não cumprimento destes pressupostos, procurando previamente esclarecer o nosso entendimento quanto ao regime das proibições de prova.

1. Autonomia Normativa / Relação com o Regime das Nulidades

É reconhecido o interesse da sociedade na realização da justiça material, no esclarecimento do crime e do seu autor. Todavia, um Estado de Direito tem inerentes valores não menos importantes, como a dignidade humana, a integridade física e moral e a reserva da vida privada.

O princípio da livre apreciação de prova, previsto no art. 127º do Código de Processo Penal, dispõe que a valoração da prova é realizada de acordo com regras da lógica e da razão. Apesar de vigorar na nossa ordem jurídica este princípio, não se pode negar a existência de uma disciplina e de regras para obter os meios de prova que, não respeitadas, darão lugar a uma proibição de prova.

Tendo por base a noção que “a perseguição penal tem de ir de encontro à dignidade, autonomia e liberdades do arguido”⁸³, surge o instituto das proibições de prova. Reconhecer uma proibição de prova será impedir que a mesma sirva de fundamento a uma decisão prejudicial ao arguido, surgindo como uma forma de compensar o vício da obtenção da prova por determinado meio ilegal.

As proibições de prova conformam limites à averiguação da verdade, por primazia de valores jurídicos importantes e que, apesar de mutáveis ao longo do tempo,

⁸³ ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006 p. 74.

não podem ser postos de parte e implicam a não valoração da prova.⁸⁴ Como Germano Marques da Silva explicita⁸⁵, “os meios utilizados em ordem à repressão penal têm de acomodar-se aos princípios jurídicos que predominam num dado momento e aos valores fundamentais da nossa civilização”.

Este regime tem o objectivo de prevenir decisões prejudiciais ao arguido que tenham como fundamento a valoração de meios proibidos de prova. Uma vez aproveitado um meio de prova proibido, a decisão do processo penal perderia a sua idoneidade para sustentar valores ético-jurídicos, perdendo também a eventual pena a sua legitimação, por contrariar a ideia de um direito justo.^{86 87}

Distinguimos as proibições de prova das meras regras de produção de prova. Enquanto as proibições de prova procuram proteger valores extra-processuais e constituem verdadeiros limites à descoberta da verdade, dado que a violação torna a prova inadmissível; as regras de produção de prova visam apenas disciplinar o procedimento da produção de prova, não sendo a eventual violação susceptível de gerar uma proibição de valoração.

A consequência de se reconhecer a existência de uma prova proibida no processo será a proibição de valoração desta, como um modo de “auto-purificação da justiça”⁸⁸ e a sua desanexação dos autos, para que não possa o tribunal tomar conhecimento da sua existência e por ela ser influenciado.⁸⁹

Como elucida Germano Marques Silva⁹⁰, caso a proibição de prova seja conhecida antes da sua admissão no processo, não poderá ser admitida; caso seja

⁸⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, p. 117: “O regime das proibições de prova assenta na existência de limites à prossecução da verdade em processo penal, por valores jurídicos que são mutáveis mas não renunciáveis e que caso não fossem considerados, iriam contra a ideia de um direito justo”.

⁸⁵ SILVA, Germano Marques da, *ob.cit.*, p. 103.

⁸⁶ Ideia melhor desenvolvida em ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, p. 72 ss.

⁸⁷ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código de Processo Penal Anotado – Legislação Complementar*, 16ª Ed., Coimbra, Almedina, 2007, anotação 2 ao art. 126º: “O regime das proibições de prova tem o duplo propósito de, por um lado, estabelecer um limite intransponível à redução da conflitualidade e, por outro, salvaguarda da identidade e imagem de um processo penal assente nos princípios de um Estado de Direito”.

⁸⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, p. 73.

⁸⁹ MENDES, Paulo da Sousa, *As Proibições de Prova no Processo Penal, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 141: “devendo essas provas ser desanexadas dos autos, uma vez que serviriam apenas para as entidades decisórias continuarem a avaliar, na prática, algo que verdadeiramente não deviam conhecer”.

⁹⁰ SILVA, Germano Marques da, *ob.cit.*, p.106.

conhecida já depois da sua admissão, não poderá ser valorada; e caso seja descoberta apenas já depois de valorada, ficará a decisão viciada por violação da lei.

Esta consequência não tem a mesma relevância em todas as situações. De facto, no caso de a prova proibida não ser o único suporte para o proferimento da decisão, havendo outras provas que a legitimem, a não valoração de determinada prova não será suficiente para pôr em causa a decisão. Contudo, poderá a verdade ser totalmente sacrificada quando a prova proibida seja o único fundamento para a decisão condenatória.

A nossa ordem jurídica não expressa a proibição de prova somente por via legislativa ordinária, atribuindo-lhe mesmo relevância constitucional no art. 32º/8 da Constituição da República Portuguesa.

A referida disposição constitucional é uma norma genérica no âmbito do tema das proibições de prova, seleccionando um catálogo de direitos fundamentais cuja violação acarreta uma nulidade de prova. O art. 126º do Código de Processo Penal, sem ampliar o referido catálogo, surge como uma densificação legal da norma constitucional.⁹¹

Os actos processuais inválidos, isto é, cuja actuação consista num desvio de uma disposição legal, “dão origem a uma pluralidade de tratamentos, que variam em função da gravidade e natureza da violação”.⁹² Desta forma, serão as violações mais graves cominadas com a nulidade insanável prevista no art.119º, de conhecimento oficioso até trânsito em julgado; as violações de gravidade intermédia cominadas com a nulidade dependente de arguição, nos termos do art. 120º, conhecidas a requerimento dos interessados dentro do espaço temporal previsto; e as violações com menor gravidade, consideradas apenas irregulares de acordo com o art. 123º, devendo ser arguidas com brevidade pelo interessado sob pena de preclusão do direito. Contudo, “o título “Das nulidades” não esgota as espécies de nulidade”.⁹³

⁹¹ MORÃO, Helena, *O Efeito-à-Distância das Proibições de Prova no Direito Processual Penal Português*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, 2006, p. 19: “Em síntese, a especificidade do sistema processual penal português reside na estipulação de uma norma constitucional e de uma correspondente regra legal que a densifica, ambas com vocação genérica, e que especificam exactamente quais os direitos fundamentais cuja violação enquina a prova em processo penal e gera a sua nulidade”.

⁹² MENDES, Paulo da Sousa, *ob. cit.*, p. 145.

⁹³ MENDES, Paulo da Sousa, *ob. cit.*, p. 146.

O regime das proibições de prova está estreitamente relacionado com o regime das nulidades, na medida em que o próprio art. 32º/8 da Constituição considera nula a prova proibida e as proibições de prova têm imperativos legais no art. 126º do Código de Processo Penal cuja violação é cominada com a sanção de nulidade.

A doutrina diverge bastante quanto à ligação entre o regime das proibições de prova e o regime das nulidades.

Alguma parte da doutrina opina no sentido de uma completa independência entre estes regimes⁹⁴. Outra parte da doutrina considera que conformam diferentes e autónomas realidades, sendo todavia inegável a sua proximidade e interpenetração.⁹⁵

Costa Andrade entende que as nulidades são o “sistema ambiente” dentro do qual as proibições de prova se inserem com uma específica complexidade⁹⁶ e Germano Marques Silva considera que apesar de regimes diferentes, a utilização de uma prova proibida terá os efeitos práticos de uma nulidade insanável, conhecida officiosamente até ao trânsito em julgado da decisão.⁹⁷

O art. 118º/3 do Código de Processo Penal dispõe que as normas do capítulo das nulidades não prejudicam as normas de proibições de prova, o que parece significar que, quanto a estas últimas, a resposta deve ser primeiramente encontrada no seu próprio regime: o regime especial do art. 126º. Também alguma da nossa jurisprudência esclarece que o regime jurídico das proibições de prova não se identifica nem se sobrepõe ao das nulidades nem ao das irregularidades⁹⁸.

No nosso entender, o disposto no art. 118º/3 transmite a intenção do legislador disciplinar as proibições de prova transcendendo o regime das nulidades. Desta forma, mantidas as normais implicações decorrentes das nulidades e atendidos os princípios

⁹⁴ BELEZA, Teresa Pizarro, *A Prova, in AAVV, Apontamentos de Direito Processual Penal*, vol II, Lisboa, AAFDL, 1993, p.151 e PIMENTA, José da Costa, *Código de Processo Penal*, 2ª Edição, 1991, Lisboa, anotação 8 ao art. 118º.

⁹⁵ Assim, SILVA, Germano Marques da, *ob.cit.*, p. 105 e ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, p.192 e seguintes.

⁹⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, p.194.

⁹⁷ SILVA, Germano Marques da, *ob.cit.*, p. 105.

⁹⁸ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16 Janeiro de 2013: “apesar da estreita ligação entre o regime das nulidades e o das proibições de prova, trata-se, no entanto, de realidades distintas (...) o regime jurídico das proibições de prova não se identifica nem se sobrepõe ao das nulidades nem ao das irregularidades (...) a nulidade das provas obtidas obedece, como vimos já, a um regime diverso da nulidade sanável ou insanável”.

imanescentes às mesmas, as proibições de prova têm princípios fundamentais próprios e uma notável dimensão material-substantiva.

Sendo a nulidade dos arts. 32º/8 da Constituição e 126º do Código de Processo Penal uma nulidade independente dos regimes dos arts. 118º ss, inegável é, porém, a proximidade das duas realidades: a utilização de uma prova proibida acabará por ter os efeitos da nulidade previstos no art. 122º, sendo que pelo facto de a prova ser nula, logo, inválida, o primeiro efeito a retirar será a sua não utilização no processo. Assim sendo, reconhece-se que a proibição de prova tem um efeito-à-distância que contamina e torna inaproveitáveis os actos dela decorrentes, nomeadamente, a decisão judicial.

O regime das proibições de prova não tutela a procura pela verdade e a perseguição penal, mas a realização da justiça com respeito pelos direitos fundamentais e “o regime das nulidades processuais não é, na sua globalidade, o mais adequado a tal protecção”.⁹⁹

De facto, se no momento em que foi elaborada a norma constitucional, a nulidade se apresentava como a sanção mais gravosa à violação de lei, actualmente será de aceitar que a proibição de utilização da prova no processo será a consequência mais acertada neste caso.¹⁰⁰

O regime das proibições de prova será, na prática, semelhante ao das nulidades insanáveis do art. 119º, porque insusceptíveis de validação e conhecidas e declaradas oficiosamente pelo tribunal.¹⁰¹

A consequência do nº4 do art. 126º, dirigida aos órgãos de perseguição criminal, aparece como uma grande diferença entre o regime das proibições de prova e o regime das nulidades processuais: no caso em que o uso de prova proibida constitua crime, pode esta prova ser especificamente usada contra o agente do mesmo.

⁹⁹ MORÃO, Helena, *ob. cit.*, p.26.

¹⁰⁰ GAMA, António, *ob.cit.*, p.393, reportando-se ao momento em que foi elaborada a CRP e considerando-se, nessa altura, que a nulidade era a sanção mais forte, refere que “hoje há consenso relativamente a que nessas situações, mais do que nulidade, temos algo de mais grave: proibição de utilização de provas obtidas por meios proibidos”.

¹⁰¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 11 de Outubro de 2011: “Quer se considere que a prova obtida através do reconhecimento ilegal é nula, excepto consentimento da pessoa submetida ao reconhecimento, quer se considere que a proibição de prova segue o regime das nulidades insanáveis, por equiparação, sempre o reconhecimento (...) estaria destituído de valor probatório”.

Uma decisão condenatória baseada na valoração de provas nulas, por proibidas, será passível de recurso ordinário nos termos dos arts. 399º e 410º/3 do Código de Processo Penal. As nulidades do art. 119º, também fundamento de recurso nos termos das referidas normas, sanam-se com o trânsito em julgado da decisão, o que significa que com a formação do caso julgado, mesmo estas nulidades arguíveis em qualquer fase do processo, se tornam intocáveis. Pelo contrário, a descoberta de que foram utilizadas provas proibidas para fundamentar uma decisão condenatória torna admissível o recurso de revisão de sentença nos termos do art. 449º/1/e-) CPP, pelo que a decisão é sindicável mesmo após o trânsito em julgado. A especial possibilidade de recurso de revisão neste caso é admitida pelo facto de a verdade material que advenha de provas proibidas resultar na injustiça da condenação.

Acentua-se, assim, a separação entre o regime das nulidades dos arts. 118º e seguintes e o regime das proibições de prova.

2. Caso específico do art. 147º/7 do Código de Processo Penal

O art. 147º/7 do Código de Processo Penal determina que o reconhecimento realizado sem o cumprimento do disposto nos números anteriores “não tem valor como meio de prova”. Será agora momento para indagar sobre a concreta consequência da não obediência às referidas condições.

Na opinião de um extremo da doutrina e da jurisprudência, por considerar que o disposto no art. 147º CPP se trata de um formalismo rígido do qual depende a própria existência da prova em causa, a não obediência a estes requisitos consubstanciará “um caso pontual do vício de inexistência jurídica, por faltar ao acto um elemento essencial à sua própria substância”.¹⁰²

No pólo oposto, alguma jurisprudência decidiu no sentido de que o não cumprimento dos requisitos legalmente impostos não se enquadra no art. 126º CPP e,

¹⁰² GARRET, Francisco de Almeida, *Inquérito Criminal e Prova em Julgamento – Reflexões*, 1ª Edição, Porto, Fronteira de Caos Editores, 2008, p. 80.

não tornando a prova proibida, a violação dos pressupostos apenas poderá fragilizar a convicção do tribunal, que valorizará a prova de acordo com o princípio da livre apreciação, nos termos do art. 127º CPP¹⁰³. Como já esclarecemos supra, somos contra este entendimento, uma vez que o princípio da livre apreciação deverá vigorar apenas quanto a provas validamente adquiridas no processo, e não na fase aquisitiva, para a admissão de provas que não cumpram os requisitos legais.^{104 105}

O Tribunal Constitucional no Acórdão 137/2001 pronunciou-se considerando inconstitucional a interpretação da norma constante do art. 127º no sentido de que o princípio da livre apreciação permitiria a valoração do reconhecimento realizado sem o cumprimento dos requisitos do art. 147º CPP.¹⁰⁶

A maioria da jurisprudência e da doutrina tende a considerar tratar-se de uma proibição de prova resultante da intromissão na vida privada, à luz dos arts. 32º/8 da Constituição da República Portuguesa e 126º/3 do Código de Processo Penal. No entanto, relativamente ao art. 126º, a doutrina discorda quanto ao facto de os seus números 1 e 3 se distinguirem por diferentes nulidades ou diferentes proibições, sendo esta diferenciação importante sobretudo no que respeita à consequência.

Paulo Pinto de Albuquerque, Gomes Canotilho, Vital Moreira, Simas Santos e Leal Henriques, consideram que as nulidades do nº1 são absolutas, insanáveis, e de conhecimento oficioso, enquanto as situações do nº3 configuram casos de nulidades relativas, sanáveis pelo consentimento do titular, que pode ser prévio ou posterior mediante a não arguição da nulidade, e serão conhecidas apenas a requerimento do interessado.¹⁰⁷

¹⁰³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de Outubro de 2008 e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Março de 2007.

¹⁰⁴ Supra, em 3.2.

¹⁰⁵ Também neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21 de Março de 2012: “constituiria uma fraude à lei o aproveitamento de um reconhecimento ilegal com base no princípio da livre apreciação da prova”.

¹⁰⁶ No referido acórdão, o Tribunal Constitucional conclui: “o art. 147º/7 estabelece uma proibição de prova, ao determinar que “o reconhecimento que não obedecer ao disposto neste art. não tem valor como meio de prova” (...) julgar inconstitucional, por violação das garantias de defesa do arguido consagradas no nº1 do art. 32º CRP, a norma constante do art. 127º CPP, quando interpretada no sentido de admitir que o princípio da livre apreciação da prova permite a valoração, em julgamento, de um reconhecimento do arguido realizado sem a observância de nenhuma das regras definidas pelo art. 147º CPP”.

¹⁰⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *ob. Cit.*, anotação 3 e 4 ao art. 126º: “Trata-se de um regime complexo, que distingue dois tipos de proibições de provas consoante as provas atinjam a integridade

Por outro lado, Alves Meireis¹⁰⁸ Germano Marques Silva¹⁰⁹, Paulo Sousa Mendes¹¹⁰ entendem que o nº1 contém proibições absolutas de prova e o nº3 proibições relativas e que, apesar desta distinção, uma vez proibidas, a cominação será a de uma igual nulidade, insanável e de conhecimento officioso.

A segunda orientação referida entende que os arts. 126º/3 CPP e 32º/8 CRP admitem restrições dos direitos por eles protegidos nos casos previstos na lei, casos que todavia, sendo permitidos, ficam já fora das proibições de prova. O grau de gravidade dos casos do nº1 e do nº3 não é o mesmo, dado que nas situações previstas no nº1 nunca poderá a proibição ser afastada e nas situações do nº3 poderá ser afastada a proibição. Contudo, a letra do nº3 refere expressamente que “são igualmente nulas as provas ...” o que parece ir de encontro à ideia de uma igualdade da nulidade dos dois grupos.¹¹¹

Relativamente ao facto de fazer depender o conhecimento da nulidade do nº3 de arguição pelo interessado, consideram que tal situação daria às autoridades motivos para crer que, mesmo sem existirem condições para o cumprimento das regras legalmente impostas, valeria a pena tentar realizar o acto, uma vez que haveria sempre possibilidade de o interessado não arguir e ser permitida a prova. Dentro deste raciocínio, Helena Morão refere que “diante da importância fundamental dos valores em causa, a dependência de arguição dos interessados para a relevância do vício e a possibilidade da sua sanção, a existirem, teriam que estar previstos”¹¹².

A jurisprudência não é unânime quanto a este aspecto.

Parte das decisões judiciais julgam no sentido de que se trata de uma nulidade conhecida apenas a requerimento do titular do direito, que pode consentir na

física e moral da pessoa humana ou a privacidade da pessoa humana (...) a nulidade da prova proibida que atinge o direito à integridade física e moral previsto no art. 126º/1 e 2 do CPP é insanável; a nulidade da prova proibida que atinge os direitos à privacidade previstos no ar. 126º/3 é sanável pelo consentimento do titular do direito”.

¹⁰⁸ MEIREIS, Manuel Alves, em *O Regime da Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1999, p.190, opina no sentido de que a distinção do nº1 e 3 será de direitos irrestritivos e restritivos e não de nulidades.

¹⁰⁹ SILVA, Germano Marques da, *ob.cit.*, p. 105.

¹¹⁰ MENDES, Paulo da Sousa, *ob. cit.*, p.148: “Donde se percebe que o legislador tenha cominado igualmente a nulidade – leia-se: a mesma espécie de nulidade! – das provas obtidas dessa maneira”.

¹¹¹ Defendendo que “o sentido dessa frase é apenas o de “também””, BELEZA, Teresa Pizarro, *A Prova, in AAVV, Apontamentos de Direito Processual Penal*, vol II, Lisboa, AAFDL, 1993 p.151.

¹¹² MORÃO, Helena, *ob. cit.*, p.27. Acrescenta ainda, p.26: “De facto, o que se estabelece unicamente nos casos de proibição de prova previstos no art. 126º/3 do CPP é que o dessentimento é elemento constitutivo da impossibilidade de utilização, não que essa nulidade está dependente de arguição dos interessados”.

intromissão ou renunciar à arguição da nulidade, caso em que terá a nulidade de se considerar sanada.¹¹³ Alguma jurisprudência, pelo contrário, embora admita tratar-se de uma nulidade do art. 126º/3 e sanável pelo consentimento do titular do direito para a obtenção da prova, considera que quando não haja este consentimento, pode a nulidade ser conhecida ou arguida em qualquer fase do processo.¹¹⁴

Percorridos os entendimentos da doutrina e da jurisprudência quanto a esta problemática, encontramos-nos agora em condições de sintetizar a nossa opinião.

Consideramos, em primeiro lugar, que o art. 118º/3 deverá ser entendido como uma disposição que autonomiza o regime das proibições de prova do regime das nulidades, uma vez que os princípios que fundamentam estes institutos são diferentes, o que se reflecte no facto de poderem as provas proibidas ser usadas contra o agente do crime, assim como ser conhecidas mesmo após o trânsito em julgado da decisão, ao contrário das restantes nulidades.

Inegável será contudo, a sua ligação. Isto, tanto pela cominação da nulidade prevista nos arts 32º/8 da Constituição e 126º do Código de Processo Penal como por ser aplicável às proibições de prova o art. 122º.

Os vícios que tornam este meio de prova proibido e a prova dela resultante nula não são somente os casos em que falha um requisito formal da estrutura do reconhecimento, como as situações de reconhecimentos físicos sem respeito pelo número mínimo de integrantes do painel de reconhecimento e os casos de dissemelhança entre o identificando e os figurantes.

De facto, também os reconhecimentos realizados com violação pelos requisitos substanciais deverão ter a mesma consequência, por estar afectada a credibilidade da prova por reconhecimento. Serão violados requisitos substanciais, a título de exemplo, quando ocorra prévia exibição da fotografia do suspeito, quando o suspeito seja visto pelo identificador algemado ou no banco dos arguidos, ou quando a entidade que

¹¹³ Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Abril de 1994, 15 de Julho de 2008 e 03 de Março de 2010, e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Fevereiro de 2011.

¹¹⁴ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de Maio de 2011.

procede ao acto de reconhecimento sugira de alguma forma o identificador a determinada resposta.¹¹⁵

O reconhecimento considerado ilegal ao abrigo do art. 147º/7 gera, por si, uma proibição de prova.

Enquadrando a situação no art. 126º/3 CPP por se tratar de uma intromissão na vida privada do arguido deverá, a nosso ver, esta proibição relativa de prova quando violada ser considerada uma nulidade de prova semelhante à nulidade do nº1 da mesma disposição, por nos parecer que as diferenças de desvalor entre as situações justifiquem diferentes proibições mas já não diferentes nulidades.¹¹⁶

Helena Morão considera que a violação de direitos fundamentais dará origem a uma proibição de prova pelo facto de a norma constitucional ter subjacente dois vectores: “a estreita conexão de tais direitos com a dignidade da pessoa humana e a particular incidência processual penal que assumem”.¹¹⁷

Da nossa parte, consideramos que no caso de reconhecimento realizado com violação dos requisitos formais ou substanciais legalmente impostos pelo art. 147º CPP, não seria necessário que se considerasse enquadrável como intromissão na vida privada sendo suficiente a invocação do art. 32º/8 CRP. Julgamos que pelo facto de a referida norma proteger direitos fundamentais do arguido e sabendo ser a esta prova atribuída tamanha relevância prática, a norma constitucional impõe no caso uma proibição de prova que tornaria a prova nula.

Somos do entendimento da corrente doutrinal e jurisprudencial que consideram que a nulidade de prova é insanável e de conhecimento oficioso, tanto pela circunstância de não ser feita pela lei referência à necessidade de arguição da nulidade como especialmente, pelo argumento de que caso fosse sanada pela não arguição, poderiam os órgãos de perseguição penal ser tentados a actuar contra a lei.

Admitir que a prova é proibida terá a consequência essencial da sua não utilização no processo para qualquer fim, como impõe o art. 122º do Código de

¹¹⁵ Especificando vários casos em que ocorre violação da prova por reconhecimento, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21 de Março de 2012 e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 05 de Maio de 2010.

¹¹⁶ Concordamos, por isso, com a segunda doutrina apresentada.

¹¹⁷ MORÃO, Helena, *ob. cit.*, p.21.

Processo Penal. Esta consequência deverá ser entendida especialmente em duas vertentes, interpretadas em consonância com as características da autonomia e da irrepetibilidade deste meio de prova, desenvolvidas supra.¹¹⁸

A nosso ver, não podendo o reconhecimento ilegal ser valorado como meio de “prova por reconhecimento”, não poderá tão-pouco ser tomado em consideração como “prova testemunhal”. Na verdade, as diferenças entre estes dois meios de prova foram salientadas por nós e aceitar tal posição não só tornaria inútil o estabelecimento dos requisitos do art. 147º, como subverteria o instituto das proibições de prova por “proibir de um lado e permitir do outro”.¹¹⁹

Para além disto, constatado um reconhecimento nulo, este não poderá também, ser repetido. O processo recognitivo ocorre apenas uma vez e, não cumpridos os requisitos legalmente impostos num primeiro acto, já nunca um posterior acto beneficiará das condições de genuinidade exigidas.¹²⁰

¹¹⁸ Em 1.

¹¹⁹ Foi assumida no entanto esta posição por parte da jurisprudência como referimos supra, em 3.2.

¹²⁰ Assim, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto 11 de Maio de 2011: “O reconhecimento de pessoas declarado “nulo” por inobservância do formalismo legal previsto, não pode ser repetido, uma vez que não beneficiará das condições de genuinidade exigidas”. Contra, Tribunal da Relação de Coimbra 05 de Maio de 2010 “O art. 147º/7 CPP fulmina um reconhecimento, que não tenha cumprido os requisitos legais, de nulidade probatória mas não proíbe a sua repetição”.

Conclusão

Analisados os vários aspectos do tema proposto, concluímos pela divergência de argumentos, posições doutrinárias e decisões jurisprudenciais, não só relativamente à estrutura da Prova por Reconhecimento e aos seus requisitos, como no que respeita à consequência da sua violação. Julgamos, por isto, que deveria o art. 147º do Código de Processo Penal ser objecto de revisão e alteração, por nos parecer conveniente, ou mesmo necessário, um esclarecimento destas questões por parte do legislador.

Cientes da dificuldade em conciliar os dois grupos de interesses e valores em conflito em Processo Penal – o interesse do Estado na descoberta da verdade e no esclarecimento do crime, por um lado, e os direitos fundamentais do arguido, por outro – foi primordial a nossa preocupação em esclarecer a questão de saber se no caso da Prova por Reconhecimento, teria este equilíbrio sido conseguido. Após o nosso estudo, consideramos que os requisitos previstos pela lei não asseguram suficientemente o direito de defesa do arguido pelo que, no nosso entender, deveria a norma em questão ser alterada ou, quanto mais não seja, interpretada, atribuindo prevalência à garantia do referido direito.

Relativamente à consequência da violação das condições impostas para a admissibilidade da prova em apreço, consideramos não ser necessário recorrer ao art. 126º do Código de Processo Penal, por ser directamente aplicável o art. 32º da Constituição, norma garantística dos direitos de defesa do arguido. A prova obtida ilegalmente será proibida, logo, nula, não podendo ser utilizada. Entendemos, também, que esta nulidade não é sanável e pode ser conhecida oficiosamente, e arguida mesmo após o trânsito em julgado mediante recurso de revisão.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem, Universidade Católica, 2007

ALVES, Bruno, Da Prova por Reconhecimento em Processo Penal, Análise e Reflexão Crítica, 1ª Edição, Porto, Fronteira de Caos Editores, 2012

ANDRADE, Manuel da Costa, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, Coimbra, Coimbra Editora, 2006

BELEZA, Teresa Pizarro, A Prova, in AAVV, Apontamentos de Direito Processual Penal, vol II, Lisboa, AAFDL, 1993

GAMA, António, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, “Reforma do Código de Processo Penal: prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento”, 2009, n.º3,

GARRET, Francisco de Almeida, Inquérito Criminal e Prova em Julgamento – Reflexões, 1ª Edição, Porto, Fronteira de Caos Editores, 2008

GARRET, Francisco de Almeida, Sujeição do Arguido a Diligências de Prova e Outros Temas, 1ª Edição, Porto, Fronteira do Caos Editores, 2007

MEIREIS, Manuel Alves, em O Regime da Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal, Coimbra, Almedina, 1999

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, Código de Processo Penal Anotado – Legislação Complementar, 16ª Ed., Coimbra, Almedina, 2007

MENDES, Paulo da Sousa, As Proibições de Prova no Processo Penal, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Coimbra, Almedina, 2004

MENDES, Paulo da Sousa, Lições de Direito Processual Penal, Almedina, 2013

MORÃO, Helena, O Efeito-à-Distância das Proibições de Prova no Direito Processual Penal Português, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, 2006

SEIÇA, Alberto Medina de, Legalidade da Prova e Reconhecimentos Atípicos em Processo Penal: Notas à margem de jurisprudência (quase) constante, in AAVV, Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2003

SILVA, Germano Marques Da, Curso de Processo Penal, volume II, Editorial Verbo, 1994

SOUSA, João Henrique Gomes De, Boletim da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Elementos para o Estudo Comparado do Reconhecimento de Pessoas em Processo Penal na Óptica do Juiz de Julgamento, 2007, nº3

SOUSA, João Henrique de, Julgar, O Reconhecimento de Pessoas no Projecto do Código de Processo Penal, nº1, 2007

Jurisprudência

Acórdãos do Tribunal Constitucional:

- Nº 137/2001
- Nº 425/2005

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça proferidos a:

- 14 de Abril de 1994
- 11 de Maio de 2000
- 17 de Fevereiro de 2005
- 16 de Junho de 2005
- 15 de Fevereiro de 2007
- 15 de Março de 2007
- 15 de Julho de 2008
- 3 de Março de 2010
- 15 de Setembro de 2010

Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra proferidos a:

- 5 de Maio de 2010
- 10 de Novembro de 2010
- 16 de Fevereiro de 2011

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora proferido a:

- 11 de Outubro de 2011

Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa proferidos a:

- 12 de maio de 2004

- 5 de julho de 2006

- 30 de Outubro de 2008

- 22 de Junho de 2010

- 16 de Fevereiro de 2011

- 22 de Junho de 2011

- 15 de Novembro de 2011

Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto proferidos a:

- 16 de Janeiro de 2010

- 17 de Março de 2010

- 11 de Maio de 2011

- 21 de Março de 2012

- 16 de Janeiro de 2013