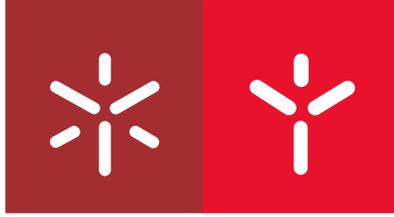




Universidade do Minho
Escola de Direito

Joana Miguel Estanqueiro Reis de Sousa Abreu

**Os limites da admissibilidade da prova
- A prova proibida em processo penal**



Universidade do Minho
Escola de Direito

Joana Miguel Estanqueiro Reis de Sousa Abreu

**Os limites da admissibilidade da prova
- A prova proibida em processo penal**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Judiciário
(Direitos Processuais e Organização Judiciária)

Trabalho efetuado sob a orientação do
Professor Doutor Mário João Ferreira Monte

julho de 2021

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



**Atribuição
CC BY**

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Doutor Mário João Ferreira Monte, deixo o meu sincero agradecimento, por todo o apoio ao longo desta jornada. Muito obrigada pela disponibilidade de ter aceitado este projeto e pelos sábios conselhos que dispensou na orientação da presente dissertação.

Aos meus pais, obrigada por toda a compreensão. Obrigada pelo apoio e incentivo que me deram nos momentos mais difíceis.

Aos meus avós, obrigada pelo carinho e suporte que sempre me deram.

Aos meus padrinhos, deixo o meu sincero agradecimento pelo carinho e apoio.

À minha família de coração, eternamente grata por tudo.

A ti, que me acompanhaste e orientaste, obrigada por tudo.

Ao André e à Mariana, obrigada por caminharem comigo desde o início, pela amizade e por estarem presentes nos momentos importantes da minha vida.

À Helena, Leonor, Mariana, Rita e Rute, um especial obrigada pelo vosso companheirismo e amizade, que sempre se fez sentir ao longo desta caminhada que iniciamos juntas.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração. Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

RESUMO

“Os limites da admissibilidade da prova – A prova proibida em processo penal”.

A presente investigação científica está diretamente relacionada com a prova no processo penal e com as dimensões que lhes são inerentes, nomeadamente, princípios e institutos jurídicos. Contudo, devido à multiplicidade de questões que podem ser abordadas quando se estuda um tema tão abrangente, a escolha do tema principal recaiu nas proibições de prova.

A matéria proibições de prova é problemática desde a sua génese até às considerações posteriores que são realizadas. As questões que surgem não têm uma solução unânime. O próprio conceito é já por si uma temática controversa, pois não existe uma definição conceitual inequívoca e universal. É um tema que procede de um amplo interesse, devido à sua natural complexidade, como também pelos reflexos que faz sentir no sistema jurídico.

No nosso ordenamento jurídico, a prova assume um papel de grande complexidade e de grande importância. Acontece que na tarefa de valoração da prova existe uma dificuldade, a verdade. A verdade não tem um valor absoluto, o que significa que não é possível delimitar uma justificação para todos os atos que sejam executados na subordinação desta finalidade. Tem que existir uma ponderação pelos direitos fundamentais e, por isso, não é viável negligenciar o cuidado e ponderação pelos direitos, liberdades e garantias.

Deste modo, o presente estudo tem como objetivo a análise do alcance da verdade no processo penal e o ponto em que se pode admitir o uso de institutos jurídicos, como o da prova proibida, em prol do alcance da verdade e da justiça. Surge também a reflexão de indagar acerca da justiça que se perpétua no processo se tais admissões forem possíveis de ser aplicadas.

Palavras-chaves: Direito processual penal; Princípios processuais; Prova; Prova proibida; Verdade processual.

ABSTRACT

“The limits of admissibility of evidence – The prohibited evidence in criminal procedures”.

The present scientific research is directly related to the evidence in criminal proceedings and the dimensions inherent to them, namely, legal principles and institutes. However, due to the multiplicity of issues that can be addressed when studying such a comprehensive subject, the choice of the main theme focused on the prohibitions of evidence.

The subject of prohibitions of evidence is problematic from its genesis to the subsequent considerations that are undertaken. The questions that arise do not have a unanimous solution. The concept itself is already a controversial subject, as there is no unequivocal and universal conceptual definition. It is a topic that is of broad interest, due to its natural complexity, as well as, due to the reflexes it has on the legal system.

In our legal system, proof assumes a role of great complexity and importance. It so happens that in the task of evaluating evidence there is a challenge, the truth. Truth does not have an absolute value, which means that it is not possible to delimit a justification for all acts that are carried out in subordination to this purpose. There has to be a weighting for fundamental rights, and therefore it is not feasible to neglect the care and weighting for rights, liberties and guarantees.

Therefore, this study aims to analyze the reach of the truth in the criminal process and the point at which the use of legal institutes, such as the prohibited evidence, can be admitted in favor of reaching the truth and justice. The reflection also arises to inquire about the justice that is perpetuated in the process if such admissions are possible to be applied.

Keywords: Criminal procedural law; Procedural principles; Evidence; Exclusionary rules; Procedural truth.

Índice

INTRODUÇÃO.....	1
1. Pertinência do tema.....	1
2. Questões a abordar	4
CAPÍTULO I: AS PROIBIÇÕES DE PROVA.....	6
1.1. Conceito e natureza jurídica da prova	6
1.1.1. DIREITO À PROVA.....	8
1.2. Importância da prova no processo	9
1.2.1. PRINCÍPIOS INTERLIGADOS À PROVA	9
1.2.2. A PROVA PROIBIDA.....	13
1.2.3. NULIDADES PROCESSUAIS E AUTONOMIA DAS PROIBIÇÕES DE PROVA	18
1.3. Tipo de proibições de prova	23
1.3.1. VIOLAÇÃO DAS PROIBIÇÕES DE PROVA.....	26
1.4. Regime das proibições	27
1.5. Os frutos da árvore envenenada.....	27
CAPÍTULO II: A PROVA PROIBIDA NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS	32
2.1. O Direito Português face aos modelos americano, inglês e germânico.....	32
2.1.1. O SISTEMA PORTUGUÊS E A PROVA PROIBIDA	33
2.1.2. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – <i>CASO HUDSON VS MICHIGAN</i>	34
2.1.2.1. Nota Introdutória.....	34
2.1.2.2. O caso Hudson vs. Michigan.....	35
2.1.2.3. Exceção de erro inócuo: <i>harmless error exception</i>	37
2.1.2.4. Tratamento da ilicitude por derivação	38
2.1.2.4.1. Teoria do nexa causal: <i>Attenuated connection doctrine</i>	39
2.1.2.4.2. Teoria da fonte independente: <i>Independent source doctrine</i>	40
2.1.2.4.3. Exceção da descoberta inevitável: <i>Inevitable discovery exception</i>	41
2.1.2.4.4. Exceção de impugnação: <i>Impeachment exception</i>	42
2.1.2.4.5. Exceção de boa-fé: <i>Good faith exception</i>	43
2.1.2.4.6. Requerimento de exclusão de prova: <i>Standing for motion to suppress</i>	44
2.1.3. INGLATERRA	44
2.1.4. ALEMANHA	45

2.2. Reflexão da análise dos sistemas jurídicos estrangeiros	49
2.3. A prova proibida no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem	50
CAPÍTULO III: TEORIAS ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA PROIBIDA	53
1. Teoria obstativa	53
2. Teoria permissiva	54
3. Teoria da proporcionalidade	55
4. Teoria da admissibilidade da prova proibida <i>pro sociatate</i>	57
5. Teoria da admissibilidade da prova proibida <i>pro reo</i>	58
6. Posição crítica	61
CAPÍTULO IV: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	66
1. O Tribunal Constitucional e a prova proibida	66
2. O Supremo Tribunal de Justiça e a prova proibida.....	69
3. Os Tribunais da Relação e a prova proibida	72
CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	80
DECISÕES JUDICIAIS.....	83

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac.	Acórdão
Al.,Als.	Alínea, alíneas
Art.	Artigo
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BGH	Supremo Tribunal Federal da Alemanha
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
BVerfG	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
Cf.	Conferir ou confrontar
CJ	Coletânea de Jurisprudência
CRP	Constituição da República Portuguesa
DR.	Diário da República
Nº	Número
P. (pp.)	Página, Páginas
P.P	Previsto e Punido
Proc.	Processo
<i>Op. cit.</i>	Obra citada
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo.”

Albert Einstein

INTRODUÇÃO

1. Pertinência do tema

O tema que nos propomos a tratar incide sobre uma matéria bastante problemática no Direito Penal. Aliás, considera-se como uma junção de duas matérias essenciais, o instituto de proibições de prova e a admissibilidade probatória no processo penal. Para além da complexidade inata que o tema encerra no Direito, quer seja na vertente penal como na vertente civil, o tema escolhido que nos propomos a tratar: Os limites da admissibilidade da prova— A prova proibida no processo penal, carrega uma grande dificuldade. Esta dificuldade tanto existe pelo tratamento do tema, proibições de prova, quer pela possibilidade da admissibilidade de provas proibidas no decurso de um processo.

O Direito Processual Penal, como todos nós sabemos, é um importante ramo do Direito. Quer seja num plano de disciplina, quer seja num plano de paz. Embora estejamos a iniciar a presente dissertação com um clichê, nada se afigura mais correto do que aquilo que acabamos de expor. Posto isto, não podemos deixar de citar Jorge de Figueiredo Dias, pois este autor afirma que “O Processo Penal, na perspetiva jurídica (...) surge como uma regulamentação disciplinadora da investigação e esclarecimento de um crime concreto, que permite a aplicação de uma consequência jurídica a quem, com a sua conduta, tenha realizado um crime”¹.

O código de processo penal português que hoje utilizamos é fruto de uma evolução do modelo processual penal utilizado em 1929. Teve que existir uma adequação ao novo direito. Direito esse que surgiu com a revolução do 25 de abril de 1974. Passamos a ter assim, em 1982, um novo código de processo penal. A partir daqui, é imperativo afirmar que o Direito evoluiu. O direito que hoje conhecemos, lemos e utilizamos, não é, nem poderia de tal forma ser, o mesmo direito que anteriormente servia de base ao pensamento jurídico. Assim, o código de processo penal de 1982 retrata um cunho de evolução. Tal como afirma Teresa Bravo: “A entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1987, representou uma profunda reforma no nosso ordenamento jurídico, fruto das conquistas efetuadas por uma sociedade em transformação. Sociedade essa que iniciara a construção de num paradigma democrático (assente no sufrágio eleitoral direto, universal e pluralista) e centrada na defesa do cidadão perante os eventuais “abusos” da autoridade do Estado”².

Embora todas as áreas tenham um papel importante, o processo penal, devido às suas finalidades, tem uma importância acrescida. A primeira finalidade é a de permitir a realização da justiça e a descoberta da verdade como formas necessárias de conferir efetividade à pretensão punitiva do

¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p. 294.

² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *III Congresso de Processo penal*, p. 119 e 120.

Estado; de outra parte a proteção face ao Estado dos direitos fundamentais das pessoas, nomeadamente do arguido, de outra parte ainda, o restabelecimento da paz jurídica comunitária posta em causa pelo crime e a consequente afirmação da paz violada”³.

É precisamente devido a esta dimensão do Direito Processual, ou seja, na efetividade da realização da justiça, que o direito probatório se destaca. Como é que podemos realizar justiça e descobrir a verdade? Isso é realizado mediante as provas no processo. Mas, o que é a prova? Não podemos avançar nas considerações sem definir o que é para nós a prova. Consideramos que a definição utilizada por Germano Marques da Silva é a mais completa. O autor afirma o seguinte: “Prova é o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de facto é justificavelmente aceitável como fundamento da mesma decisão”⁴.

A palavra prova pode adquirir diversos significados, aliás, podemos referir a tríplice da prova, que vamos abordar no capítulo seguinte. Deste modo, conseguimos alcançar a ideia de que a matéria probatória, no direito penal, é uma matéria vasta, mas de extrema importância. Germano Marques da Silva, mais uma vez, ilustra bem esta dimensão do direito penal quando afirma que “A atividade probatória destina-se toda a convencer da existência ou não dos factos que são pressuposto da estatuição da norma”⁵.

Consequentemente, é a demonstração da realidade dos factos que vai permitir que sejam alcançadas as ideias de paz, quer seja pela condenação de um culpado, quer seja pela absolvição de um inocente. Porém, é importante salientar que, embora a procura da verdade material esteja consubstanciada num princípio fundamental não é absoluta, ou seja, existem limites. Subsistem valores e princípios que não podem ser postos em causa, nomeadamente as garantias penais. Quando falamos em garantias penais estamos a referir-nos aos princípios de legalidade, culpabilidade e jurisdição, que são os alicerces basilares do processo penal. Claro que não podemos esquecer o princípio da dignidade da pessoa humana. Estes valores, estes princípios estruturantes, nunca podem ser postos em causa e, deste modo, afirmamos que estes são os limites que se impõe à procura da verdade material. A Verdade não justifica que sejam realizadas todas as ações e que sejam derrubados princípios basilares.

Contudo, embora pareça muito simples esta ideia de limites e que não podem ser ultrapassados, é muito mais complicado na prática existir este controle. Por vezes, a verdade não pode ser restituída porque estaríamos a cometer uma violação de princípios estruturantes que não podem ser transpostos

³ *Vide*, a este propósito, o AC. TRE 416/13, de 22 de outubro de 2019.

⁴ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, p.741.

⁵ *Ibidem*, p.110.

e, se esses limites fossem superados a verdade e, conseqüentemente a “justiça” seriam alcançados. Não é por acaso que a palavra justiça se encontra entres aspas, pois não podemos estar a falar de um verdadeiro conceito de justiça se os limites e o respeito pelos princípios basilares não tiverem sido honrados.

Como sabemos, o direito é aplicado através do processo. E aqui estamos apenas a fazer uma contextualização do âmbito geral. Talvez, nesta fase, já não deve ser questionável o que consideramos ser a aplicação do direito. Porém, devido à resposta ser dominada pela complexidade e imprecisão, consideramos ser melhor configurar uma resposta.

A norma jurídica é caracterizada por ter um determinado conteúdo, mas esse conteúdo é configurado de uma forma hipotética⁶. Isto significa que existe um juízo condicionado. Subsiste uma previsão elaborada pela lei que apenas vai ser aplicada se existir uma concretização da hipótese. Depois desta concretização, vamos ter aquilo a que chamamos de decisão judicial. E a prova, o que pretende comprovar é a existência ou inexistência dos factos que são alegados na estatuição da norma.

Contudo, é inevitável não nos questionarmos se basta existir uma concretização da hipótese para termos uma decisão alicerçada em valores como a verdade e a justiça. A resposta é instantânea e inequívoca, não basta uma concretização da hipótese. É absolutamente imperativo existir algo que admita a aplicação do Direito. É aqui que nasce a importância da prova. Como afirma Manuel Cavaleiro de Ferreira a prova tem como finalidade a “justificação da convicção sobre a existência de factos penalmente relevantes, que constituem pressuposto de aplicação da lei”⁷.

Conseguimos assim entender a importância que a prova assume no processo e essa importância é assinalada quer no Direito Processual Penal, quer no Direito Processual Civil, e alcançamos essa ideia com o art. 341º do CC. Este artigo afirma o seguinte “a prova tem por função e demonstração da verdade dos factos.” Ou seja, a realidade dos factos vai ser alcançada através das provas. Facilmente concluímos que para existir uma condenação é necessário existirem provas.

É importante salientar a necessidade crescente de evolução que deve existir no Direito. Não há um direito que podemos configurar como sendo um direito verdadeiro. O direito que existe é um direito positivado, que foi anteriormente pensado. O Direito, tal como outras áreas, está em constante evolução

⁶ MACHADO Batista afirma o seguinte: “A ordem jurídica decompõe-se em unidades normativas que, ao mesmo tempo que a exprimem e, em certo sentido, a “concretizam”, funcionam como mediadores da “aplicação” do Direito às situações concretas da vida. São as *normas*. No módulo lógico de uma norma jurídica (completa) podemos distinguir um antecedente e um conseqüente, ou seja, uma previsão e uma estatuição. Assim, p. ex., o art. 483º do Código Civil permite-nos formular a seguinte norma: Todo aquele que ilícita e culposamente causar danos a outrem (previsão) fica obrigado a indemnizar (por esses danos) o lesado (estatuição). A partir daqui já vemos como se pode elaborar formalmente o chamado silogismo judiciário: *Premissa maior*: Todo aquele que (...) causar danos a outrem fica obrigado a indemnizar o lesado. *Premissa menor*: Ora A causou danos na viatura de B. *Conclusão*: Logo A acha-se constituído na obrigação de indemnizar os danos causados a B. A premissa maior é representada pela norma, a premissa menor pela situação concreta “subsumível” à previsão ou hipótese da norma e a conclusão pela *consequência jurídica* prescrita na estatuição da norma.” In *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, p. 79 e 80.

⁷ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 2010, p. 47.

e crescimento devido à evolução natural da sociedade, bem como a evolução do próprio pensamento humano, tal como já referimos no início da introdução. Não podem existir problemas em questionar, em reformular. Tal como afirma o professor Manuel Cavaleiro de Ferreira, “A lei não é um limite para o Estado, mas sim um instrumento de governação”⁸. A indagação é que vai permitir que exista uma mudança que implique um desenvolvimento.

Devido a isso, consideramos que é importante questionarmos os limites, é importante existir uma preocupação sobre os temas frágeis do direito. Sabemos perfeitamente que o tema em causa é um pouco complexo e arriscado, mas o direito precisa de ser questionado. Só assim é que é permitido que haja um progresso e sejam derrubadas as barreias do pensamento.

A matéria da prova, talvez, deva ser considerada e enquadrada nas matérias mais complexas do Direito Penal. Estamos seguros desta convicção, na medida em que, a prova é essencial para a reconstituição da verdade histórica e para a descoberta da verdade material. É através do material probatório apresentado, quer seja através de provas documentais, testemunhais, perícias, que os juízes vão formar as suas certezas e, conseqüentemente, fundamentar a sua decisão final. Permite uma demonstração da realidade dos factos, bem como a concretização de um processo justo, que vai ser fundamental para a eliminação do arbítrio. Quando falamos de um processo justo estamos a falar do Direito à Prova, que assiste a ambas as partes.

2. Questões a abordar

No decorrer deste trabalho, pretendemos abordar questões relacionadas com a prova, pois consideramos ser importante referir os aspetos basilares sobre esta matéria. Nomeadamente, consideramos ser pertinente abordar a importância probatória no processo penal, qual o alcance do conceito. Para além disso, consideramos pertinente realizar uma delimitação de alguns conceitos relacionados com a prova, como o conceito de prova proibida e as suas aceções de produção e valoração. A proximidade conceitual pode gerar dúvidas e, como forma de proporcionar um bom entendimento, consideramos que é imperativo elaborar essa delimitação. Pretendemos ainda referir o regime jurídico das proibições de prova. É relevante referir isto porque o instituto das proibições da prova vão ser o cerne da presente dissertação.

Talvez seja ambicioso o tema que escolhemos para elaborar a dissertação, mas devido ao crescente número de casos mediáticos, consideramos que é importante refletir sobre o presente tema.

⁸ *Ibidem*, p. 59.

Esta exposição apresenta-se bastante longa, pois não é possível fazer um trabalho isolado acerca desta matéria. É importante estudar as dimensões que estão à volta deste tema. O tema das proibições de prova, bem como a admissibilidade das mesmas no processo penal, envolvem dinâmicas muito importantes, que até podemos designar como basilares, do nosso Estado de Direito Democrático. Por isso, é imperativo elaborar um capítulo que reflita esta importância. É com uma natureza de proteção dos Direitos que o instituto das proibições de prova foi criado. Pretende-se que subsista uma tutela constitucional, art. 32º, nº 1- 8 da CRP. Esta preocupação existe porque a obtenção da verdade é importante, mas não pode ser considerada como absoluta⁹. E esta ideia tem sempre que estar presente do início ao fim do trabalho que estamos a realizar.

Devido à importância de existir um pensamento e conhecimento vasto, consideramos importante elaborar um capítulo que se referisse ao modo de atuação sobre as proibições de prova nos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Incluir um estudo de Direito Comparado é sempre enriquecedor, quer para o destinatário, ou seja, quem vai receber este conhecimento, quer para quem elabora este projeto. Encararmos o modo de atuação de outros ordenamentos, permite-nos evoluir o pensamento. Por isso, decidimos debruçar o nosso estudo no modelo americano, inglês e germânico.

Em seguida, reservamos um capítulo para abordar as teorias que sustentam a possibilidade de admissibilidade da prova proibida. Vamos fazer uma análise das mais variadas teorias, nomeadamente, sobre a teoria obstativa, remissiva, teoria da admissibilidade da prova proibida *pro reo*, teoria da admissibilidade *pro sociate* e da teoria da proporcionalidade. Após a análise cuidada, tentaremos responder à questão da possibilidade de implementação de alguma destas teorias no ordenamento jurídico português.

Depois de elaborarmos uma exposição mais teórica acerca da matéria, consideramos fundamental produzirmos uma posição crítica, ou seja, expor as conclusões que retiramos. A consagração desta exposição tem como objetivo responder se é ou não possível admitir o uso de provas proibidas no sistema jurídico português.

⁹ COSTA, Catarina Santos afirma o seguinte: “E neste sentido, não constitui a Justiça um valor absoluto, mas antes um constitucional: quando sejam os métodos de obtenção de prova constitucionalmente proibidos, em salvaguarda de valores que resultam maiores daquela ponderação de que acima falávamos, a prova obtida não pode, assim, ter-se, inquinada de vício de inconstitucionalidade. Não se pode admitir que a Justiça, valor constitucional, se possa querer a qualquer custo.” *In As proibições de prova e a prova digital- aproximação aos lugares-comuns de um instituto clássico em face de uma nova realidade.*, Dissertação de Mestrado em Direito judiciário, pela Universidade do Minho, 2017, p. 2.

CAPÍTULO I: AS PROIBIÇÕES DE PROVA

1.1. Conceito e natureza jurídica da prova

Vamos agora iniciar o projeto a que nos propusermos. É nada mais acertado do que iniciarmos esta exposição com a delimitação conceitual de “Prova”. A prova tem como ponto de partida a verdade processual, pois assume-se como principal meio para estabelecer a verdade.

O conceito prova provém do vocábulo latino *probatio* e pode ser entendida como prova, argumento ou razão¹⁰. Deste modo, a prova serve para demonstrar a existência dos factos constitutivos, modificativos ou extintivos. É uma atividade realizada tanto pelas partes como pelos tribunais, de modo a alcançar a demonstração dos factos. Por isso, quando falamos em prova, não podemos ter subjacente a ideia de criar algo novo, mas sim a ideia de confirmar um facto já existente.

A dúvida é o incitamento probatório, pois é esta que sustém a necessidade de se proceder à descoberta da verdade. Como já referimos, a prova serve para demonstrar a existência de factos e, se nesses factos subjaz a dúvida, a incerteza, terá de ser desenvolvido um processo probatório como forma de confirmação. A prova é a fonte da confirmação, da certeza. É tudo o que confirme a verdade de um facto, de uma afirmação. João de Castro Mendes afirma: “A prova é o pressuposto da evocação do Direito”¹¹.

A prova pode ser assumida de dois modos diferentes, em sentido lato e em sentido estrito. A definição em sentido lato expõe a ideia de que a prova é caracterizada como um processo que pretende a demonstração dos factos. Por outro lado, em sentido estrito, surge como a demonstração da realidade.

E, antes de passarmos para a concretização penal da prova e do que está ligado a este conceito no processo penal, talvez seja benéfico expor algumas considerações gerais acerca deste conceito tão complexo. Ainda não fizemos uma concretização do conceito prova e, nada melhor do que definirmos um conceito para depois melhor o trabalharmos. A definição que vamos expor, em nada está conectado com o direito penal/ processual penal. Mas também estamos a definir o conceito nas suas linhas gerais e só depois é que vamos aprofundar a dimensão penal. Então, começamos por expor uma definição com a qual concordamos e achamos que é a melhor forma de definir o que é a prova. João de Castro Mendes afirma o seguinte: “A prova é o pressuposto de decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de facto é justificadamente aceitável como fundamento da mesma decisão”¹².

¹⁰ CARNELUTTI entende que la prueba, no tiene un solo significado; se la prueba, no sólo al objecto que sirve para el conocimiento de un hecho, sino tambien al conocimiento que este objecto proporcion. *In Instituciones Del Nuevo Proceso Civil italiano*, p. 154.

¹¹ MENDES, João de Castro, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, p. 741.

¹² *Ibidem*, p. 741.

O conceito prova assume-se como um conceito polissémico. Falamos até numa vertente tríplice da prova, em que esta pode surgir como um meio de prova, como forma de demonstração da realidade dos factos, ou seja, como atividade probatória ou então como resultado. É a utilização da palavra em contextos específicos que nos vai permitir entender o sentido que adquire. Podemos incluir o raciocínio utilizado por Paulo Sousa Mendes, que permite entender de forma inequívoca as definições de prova, através do seguinte: “A prova, enquanto atividade probatória, é o esforço metódico através do qual são demonstrados os factos relevantes para a existência do crime, a punibilidade do arguido e a determinação da pena ou medida de segurança aplicáveis (art. 124º, nº1)”.

As provas, enquanto meios de prova, são os elementos com base nos quais os factos relevantes podem ser demonstrados.

A prova, enquanto resultado da atividade probatória, é a motivação da convicção da entidade decisora acerca da ocorrência dos factos relevantes, contanto que essa motivação se conforme com os elementos adquiridos representativamente no processo e respeite as regras da experiência, as leis científicas e os princípios da lógica”¹³.

O CPP, no art. 124º, nº1 afirma o seguinte: Constituem objeto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis. Terá existido uma tentativa de definição de prova, bem como uma tentativa de limitação da sua atuação. De acordo com o CPP, a prova adquire o conceito de meio para a demonstração da realidade dos factos. Em contrapartida, não podemos deixar de referir o pensamento do CC, no art. 341º que diz “As provas têm por função a demonstração da realidade dos factos”. É notório que expõe uma visão diferente do CPP, pois, independentemente de a prova ser também considerada como meio, na sua vertente tríplice, não existiu uma limitação na sua atuação.

No plano jurídico, tudo tem que ser demonstrado. Não podemos demandar sem que exista uma demonstração daquilo que estamos a pedir. Deste modo, o direito material é sustentado pela prova. A prova vai funcionar como um pilar. Isto acontece porque o Direito não existe sem a prova. Julgar sem provas é negar a Justiça. José Carlos Vieira de Andrade afirmava: “A partir das provas produzidas, o Tribunal tira as suas conclusões ou convicções. A convicção do Juiz forma-se nas análises dos vários meios de prova. Convicção ou certeza prática que tem como pressupostos valorativos critérios da experiência comum e da lógica do homem médio. Deste modo, juntamente o auxílio das leis e do silogismo judiciário, se vai reconstruindo racionalmente os factos históricos e realizando a justiça. As

¹³ MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de Direito Processual Penal*, p. 173.

provas representam desta feita, os acontecimentos ou os fenómenos do mundo real, demonstrando-os. Essa representação entra no círculo da realização do direito”¹⁴.

1.1.1. DIREITO À PROVA

É necessário fazer uma breve referência a este direito, pois uma vez que estávamos a falar de matérias relacionadas com a prova, é necessário entender como funciona a dinâmica probatória. Só depois de explicarmos a génese, o geral, é que podemos partir para a explicação do concreto.

O direito à prova constitui-se não apenas como uma garantia Constitucional, mas também como um Direito Fundamental.

Como já tivemos oportunidade de referir anteriormente, a prova é um pressuposto, ou seja, é uma garantia que assegura a prossecução da verdade material. Deste modo, qualquer pessoa que sinta que foi ou que está a ser lesada nos seus direitos e ou interesses tem direito de apresentar um algo que seja admitido por lei e que comprove aquilo que afirma e sustente o que pretende alcançar.

Este direito, que é característico dos Estados de Direito, é uma concretização do direito à tutela jurisdicional afetiva, consagrado no art. 20º, nº1 da CRP, que afirma: “A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.” e um corolário do direito de ação. Está também conectado com o princípio do contraditório, bem como com o direito de defesa. O TC, firmou no acórdão do n.º 646/2006, uma ideia muito importante de Miguel Teixeira de Sousa, que é a seguinte: “O direito de acesso à justiça comporta indiscutivelmente o direito à produção de prova”¹⁵.

Concluimos de forma imediata que o direito à prova é um direito muito importante porque permite que sejam resolvidos todos os problemas que surjam na esfera privadas dos sujeitos. Não se pode apenas consagrar que os tribunais estão à disposição dos indivíduos, é necessário consagrar meios que permitam esse mesmo acesso. Um destes meios é, sem margem para dúvidas, o direito à prova.

Não estamos a fazer uma concretização específica deste assunto no direito processual penal, e consideramos não ser necessário, porque estamos perante uma vertente geral do direito, ou seja, comum a qualquer área jurisdicional.

Compreendemos este direito como um direito fundamental, que o indivíduo utiliza para demonstrar a realidade dos factos. Não basta afirmar, é necessário provar aquilo que afirma ou reivindica.

¹⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 47.

¹⁵ *Vide* AC. TC 646/2006, de 28 de novembro de 2006.

1.2. Importância da prova no processo

1.2.1. PRINCÍPIOS INTERLIGADOS À PROVA

O processo penal desde cedo que manifestou uma posição importante no equilíbrio da sociedade. Assumiu-se como ordem assimétrica e instrumento funcionalmente vinculado, desde a notícia do crime, a servir uma decisão judicial, pelo que a instrução monológica de uma entidade imparcial se apresenta como via garantista, expressa na síntese dos objetivos¹⁶. A contextualização acerca da importância da prova no processo não poderia ser feita sem uma explicação e interligação com os princípios que estão lhe estão inerentes.

Como sabemos, existem vários princípios gerais que são aplicáveis a todo o processo penal. Existe sempre uma referência quer direta, quer indireta aos princípios, pois consideram-se como importantes pilares na conceção e explicação das matérias, neste caso, penais. A alusão que é frequentemente feita aos princípios demonstra a importância destes na justificação de várias atuações jurídicas. Encontramos, frequentemente, no direito processual, como em outras áreas, os princípios como garante de várias atuações. Por exemplo, surgem sempre questões básicas como, O que se entende por prova? A quem incumbe provar? Como é que se faz a prova? E até onde deve ser entendida a obrigação de provar? A resposta a estas perguntas não é universal, ou seja, depende da estrutura Constitucional de cada Estado¹⁷. Mas, no nosso ordenamento jurídico, estas questões são respondidas através de princípios gerais, que se encontram positivados na CRP e, conseqüentemente também inseridos no CPP. A questão de como se realiza a prova é respondida através de vários princípios em interligação, como por exemplo, princípio da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da imediação e da contraditoriedade¹⁸.

O princípio que é inevitável enunciar e que vai ser o ponto de partida para esta reflexão principiológica é o princípio da legalidade. Como sabemos, o processo penal está condicionado ao princípio da legalidade, porquanto, tudo tem que estar definido e permitido na lei. No caso da prova, o art. 125º apresenta bem esta realidade pois define o seguinte: “São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei.” Tudo tem que estar legalmente previsto.

Relativamente à prova, em primeiro lugar, podemos enunciar o princípio da investigação/ verdade material. O cerne da questão do princípio da investigação prende-se com a prova.

A ideia de o julgamento ser levado a cabo pela investigação judicial está presente no sistema português desde o século XX. Esta investigação está interligada ao conceito de verdade material. O

¹⁶ MESQUITA, Paulo Dá, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*, p. 237.

¹⁷ PALMA, Maria Fernanda, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, p. 222.

¹⁸ PALMA, Maria Fernanda, *op. cit.*, p. 223.

conceito de verdade material encontra-se em contraposição ao termo verdade formal. Verificamos, frequentemente, o recurso ao conceito verdade material, quer seja num plano doutrinário, quer seja num plano mais prático, mas, independentemente do seu uso recorrente, não é um conceito pleno e de fácil compreensão¹⁹.

O processo penal português é caracterizado por ser um processo de estrutura acusatória, mitigado pelo princípio da investigação. A grande estrela diferenciadora deste modelo é o juiz. Este vai ter um papel diferente daquele que estamos frequentemente habituados a ver, por exemplo, no processo civil. Aqui, o papel do juiz não é passivo, como também não se limita apenas a valorar aquilo que é trazido pelas partes ao processo ou pelos restantes intervenientes processuais, ou seja, não existe uma subordinação aos factos que foram trazidos ao processo. Existe um poder dever de levar a cabo as diligências que considere necessário para o aperfeiçoamento da verdade e, conseqüentemente, da sua convicção. Isto encontra-se consagrado no art. 323º, nº1, a) e b) e no art. 340º, nº1.

Porém, esta atuação dos magistrados enfrenta algumas críticas porque os juizes acabam por ter que realizar um papel em simultâneo de mandatários e acaba assim por existir uma disfunção. Um Autor que podemos referir, que defende a crítica que acabamos de expor é Jeremy Bentham que afirma o seguinte: “serem conduzidos pela descoberta da verdade material à assunção de um papel de advogados”²⁰.

Neste princípio, o juiz fica encarregue pelo impulso da atividade indagatória. É o juiz que, quando considere necessário, vai indagar sobre matérias que considera imperativas para assim alcançar a verdade material. O juiz acarreta esta responsabilidade, em prol dos interesses operativos de descoberta da verdade e da boa decisão da causa, esse magistrado tem de proceder a permanentes operações de valoração evolutiva²¹.

É um princípio muito importante pois, como temos conhecimento, no processo penal, aquilo que se pretende atingir é a verdade, sem que exista uma necessidade de subordinação a uma forma. No processo penal, o juiz pode investigar autonomamente os factos que foram adjudicados ao processo, até ao fim do julgamento. “A verdade material articula-se com o interesse social, imperativos para cujo alcance o juiz deve ver reforçados os poderes indagatórios, a questão da prova é uma questão do juiz em que as partes são instrumentais”²². No processo penal, não existe um ónus da prova. Este princípio não ilustra nenhuma discricionariedade, ao contrário daquilo que possa evidenciar. Existe um limite, que

¹⁹ MESQUITA Paulo Dá afirma: “A referência à verdade material, não é unívoca, podendo compreender o enfoque no contraponto com uma verdade que não é material, ou uma ambiciosa fixação de um referente material da verdade do processo.” In MESQUITA, Paulo Dá, *Op. Cit.*, p. 239.

²⁰ PALMA, Maria Fernanda, *op. cit.*, p. 246.

²¹ *Ibidem*, p. 255.

²² *Ibidem*, p. 242.

consiste em que o juiz não pode, caso pretenda investigar factos que não estão no processo ou que estão de forma incompleta, alargar o objeto do processo. Encontramos aqui, subjacente ao princípio da investigação, o princípio da acusação.

Em seguida, temos de referir o princípio da livre apreciação da prova. Este princípio está interligado com o princípio que acabamos de expor anteriormente. Isto acontece porque a prova que é produzida no processo é uma forma de chegar e justificar a decisão que o julgador considerou ser a mais correta. Assim, a prova não pode ser entendida como um fim, mas sim como um meio.

O julgador, como já referimos, vai ter que chegar a uma conclusão, quer seja positiva, quer seja negativa. Contudo, de que forma é que ele alcança essa conclusão? A decisão do julgador é tomada pelos juízos, pensamentos e raciocínios que este vai formando ao longo do processo. O juiz recebe as informações e depois, tira as suas conclusões. Não existem critérios formais que tenham que ser utilizados para a valoração da prova. Rosa Vieira Neves expôs uma ideia que consideramos interessante que diz o seguinte “A valoração da prova demonstra uma dinâmica axiológica a cargo do próprio julgador, sem que este esteja vinculado a critérios fixados na lei, de cuja conjugação no sistema da prova legal, resultaria do acerto decisório”²³. A valoração está assim dependente das experiências e convicções que o magistrado vai formar, dependendo do caso em concreto. O que vale aqui são as regras de experiência e a convicção²⁴.

Ao expormos assim a génese do princípio da livre apreciação, dá a ideia de que a decisão é arbitrária e discricionária, conforme a vontade do magistrado. Todavia, não é isto que se passa. A decisão tem sempre que ser fundamentada através de critérios objetivos.

No processo penal, não existe um ónus da prova, não existe um princípio formal que determine a atuação neste âmbito, e por isso, tratando-se de um sistema de prova livre, não há um conjunto de critérios pré-estabelecidos que tenham de ser observados para valorizar a prova. O que impera no processo penal é a livre convicção do juiz. Este princípio está consagrado no art. 127º do CPP. Isto acontece no processo penal porque não podem persistir dúvidas no final do processo. O juiz, ao proferir a sentença, de acordo com os factos que chegaram ao processo, tem que estar totalmente convencido de que está a ditar a sentença adequada.

Aqui conseguimos rapidamente tirar uma conclusão– “A decisão penal é, inegavelmente, produto de um ato humano”²⁵. Se isso não se verificar, ou seja, se o juiz não conseguir chegar a uma

²³ NEVES, Rosa Vieira, *A Livre Apreciação da Prova e a Obrigação de Fundamentação da Convicção*, p. 57.

²⁴ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p. 110.

²⁵ NEVES, Rosa Vieira, *op. cit.*, p. 57.

conclusão segura sobre a matéria de facto, terá que se socorrer do princípio *in dubio pro reo*, que passamos a explicar no ponto seguinte.

Ainda acerca do princípio da livre apreciação da prova, faltam tecer algumas considerações. Não é um princípio absoluto, existem limitações para além da fixação ao objeto do processo. Estas limitações que se aplicam também à livre convicção do juiz encontram-se previstas no art. 344^o²⁶–confissão; art. 343^o–direito ao silêncio; art. 129^o–depoimento indireto e, por fim, art. 151^o–prova pericial.

Para terminar esta exposição ligada aos princípios, não podemos deixar de referir o princípio *in dubio pro reo*, que está consagrado no art. 32^o, n^o2 da CRP e que diz o seguinte: “todo o arguido se presume inocente até ao transito em julgado da decisão de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.”

Este princípio, que é considerado como um princípio fundamental na CRP e como um dos mais relevantes institutos jurídicos de defesa da posição do arguido²⁷ está também interligado com o princípio da presunção da inocência. Tomás Vives Antón afirma “Esto sentado, cabe precisar que el núcleo duro del derecho constitucional a la presunción de inocencia se enuncia diciendo que el imputado há de ser tenido por inocente (esto es, tratado como inocente e juzgado inocente) em tanto su culpabilidad no resulte probada más allá de toda duda razonable”²⁸.

Este último princípio mencionado teve a sua origem em França, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. O reconhecimento internacional surge mais tarde na Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 11^o e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 6^o. O objetivo deste princípio alicerça-se apenas numa ideia elementar que passa por evitar abusos.

A ideia que estra intrinsecamente ligada ao princípio *in dubio pro reo* é a de prova inequívoca. Só quando a entidade decisora tiver formado uma convicção segura dos factos é que pode produzir uma sentença acusatória contra o arguido. Caso contrário, a decisão deve ser sempre a favor do arguido. Germano Marques da Silva declara “(...) no sentido de que um *non liquet* na questão da prova tem de ser sempre valorado a favor do arguido”²⁹. O arguido, durante o processo, tem a designada presunção da sua inocência e, como sabemos, no processo penal, a sua posição é praticamente passiva. Isto significa que, não existe um ónus da prova. Até podemos falar mesmo numa abstenção. Jorge de Figueiredo Dias afirma “a não comprovação de qualquer facto relevante para efeito de aplicação de sanção ou a sua demonstração incompleta deve impreterivelmente resolver-se a favor do arguido”³⁰.

²⁶ Os artigos que se encontram sem a denominação específica dizem respeito aos artigos do código de processo penal.

²⁷ OLIVEIRA, Pedro Filipe Valente de, *in* Dissertação de Mestrado, *O princípio da presunção de inocência em sede do processo de mediação penal*, p. 7.

²⁸ PALMA, Maria Fernanda, *op. Cit.*, p. 30.

²⁹ SILVA, Germano Marques da, *op. Cit.*, p.99.

³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p. 122.

1.2.2. A PROVA PROIBIDA

Vamos agora passar para o foco principal deste trabalho, as proibições de prova. Só depois de entendermos o que é este conceito, que dimensões abrange, as suas limitações e a sua atuação, é que estamos aptos para passar à explicação deste instituto jurídico.

As proibições de prova tiveram o seu princípio, em 1987, quando foram positivadas no código de processo penal, a par do seu regime global. A atmosfera que pairava com esta codificação era de ambiguidade.

O impulso da positivação aconteceu pela influência da doutrina americana e da doutrina alemã, que desde cedo, trabalharam esta matéria e muito já sabiam sobre o assunto. Contudo, foi a doutrina alemã que acabou por ter uma maior influência na positivação desta matéria, no ordenamento jurídico português. Independentemente desta ascendência, a doutrina portuguesa assinala algumas particulares originais. Um exemplo disso é o caso da associação do regime das proibições de prova ao regime das nulidades. É importante ter noção que tanto na doutrina portuguesa como na doutrina alemã, este tema, encerra bastantes complicações. É um tema polémico e por isso, não existe unanimidade nas suas matérias. Isso contribui para que não haja um regime sedimentado.

A expressão ‘proibições de prova’, também designada por (*Beweisverbote*) na doutrina alemã, teve início no século XX, na jurisprudência americana com Beling. Em 1961, no caso *Mapp v. Ohio*³¹, surgiu um importante contributo para a doutrina americana, pois ficou adotada como regra a exclusão relativa a buscas e apreensões ilegais³². Foi a primeira consagração escrita que incidia sobre proibições de prova.

Contudo, como nada neste tema é unânime, também a sua designação não podia ser considerada simples. Durante algum tempo, foram surgindo alguns problemas com a designação que era utilizada. Até a própria expressão proibições de prova não era consensual. Não existe um acordo acerca da identificação mais acertada. Um exemplo disso é Karl Heinz Gossel. Este Autor tentou alterar a expressão introduzida por Beling para ‘investigação proibida de factos’, ‘proibição de levar determinados factos ao objeto da sentença’ e ainda ‘consequências processuais da violação daquelas proibições’³³. Podemos ainda assinalar uma outra tentativa protagonizada por Amelung. Este Autor tentou que fosse introduzida a expressão “proibição de produção (aquisição) de informação” e ainda “proibição

³¹ Relativamente a este Acórdão Americano, PAULO DÁ MESQUITA, tem um contributo interessante e igualmente importante. Este autor expõe o seguinte: “Nessa decisão firmou-se que as proibições de prova decorrentes de actos violadores dos direitos fundamentais à privacidade consagrados pela Constituição, até então circunscritos aos tribunais federais, também se aplicavam aos processos dos tribunais estaduais.” MESQUITA, Paulo Dá, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*, p. 209 e 210.

³² MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de Direito Processual Penal*, p. 178.

³³ SOUSA, Tiago André Silva Torres de, *in* Dissertação de Mestrado, *As proibições de prova em processo penal: Autonomia e efeitos à distância*, p. 25.

de valoração de informação” em substituição das expressões de proibição de produção de prova e de valoração de prova, respetivamente³⁴.

Depois de termos entendido como surgiu este tema no nosso ordenamento jurídico e de terem sido tecidas algumas considerações mais gerais, vamos passar agora para uma concretização mais específica. Iniciamos a nossa exposição com um chavão, ou seja, aquela ideia chave, que sustenta todo o tema de que estamos a falar. No ordenamento jurídico português as proibições de prova são entendidas numa dupla vertente, pois funcionam como um limite não apenas de direitos individuais, mas também de tutela das autoridades judiciais, como um limite ético do Estado. Nesta última vertente, verificamos que existe uma necessidade de preservação de determinados interesses públicos, nomeadamente a segurança, a certeza jurídica e a idoneidade do próprio Estado.

Em seguida, podemos expor qual é a ideia dominante no ordenamento jurídico alemão, através da autora Maria de Fátima Mata Mouros, que expõe o seguinte: “Na esteira da doutrina alemã, as proibições de prova representam meios processuais de imposição da tutela de direitos materiais, constituindo limites à descoberta da verdade que têm em si subjacente o fim de tutela de um direito. Nesta perspetiva, as proibições de prova representam ‘meios processuais de imposição do direito material’ que visam prevenir determinadas manifestações de danosidade social e garantem a integridade de bens jurídicos prevalentemente pessoais”³⁵.

Para o professor Manuel da Costa Andrade, “ao regime de proibições de prova está subjacente a crença da existência de limites intransponíveis à prossecução da verdade em processo penal”³⁶. Contudo, para Rogall, o pensamento converge numa outra ideia. Nas palavras do autor “as proibições de prova (...) meros instrumentos de tutela de direitos individuais emergindo do conflito entre interesses individuais e o interesse da perseguição criminal”³⁷. Relativamente a este assunto, podemos ainda apresentar o pensamento de Roxin, que diz o seguinte “as proibições de métodos de prova se dirigem apenas aos órgãos de perseguição penal”³⁸.

Porém, como em todos os temas controversos e que sejam passíveis de gerar uma discussão, existem autores que defendem ideias contrárias aquelas que fomos expondo. Neste caso, podemos falar de Otto. Este autor defende a possibilidade de existir uma valoração dos meios de prova considerados como ilícitos. Independentemente de não ser uma aceitação absoluta, a verdade é que a teoria da admissibilidade das proibições de prova, para este, tem um certo sentido. Para melhor entendermos o

³⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, *As Proibições de Prova*, p. 23.

³⁵ MOUROS, Maria de Fátima Mata, *Juiz das Liberdades- Desconstrução de um mito do Processo Penal*, p. 291.

³⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, *As Proibições... cit.*, p. 177.

³⁷ *Ibidem*, p. 33.

³⁸ *Ibidem*, p. 44.

pensamento, vamos expor as ideias que formulou, com as devidas exceções, à teoria da admissibilidade. Este defende que “O facto de um meio de prova ter sido ilicitamente obtido por um particular não preclui, por via de regra, a sua utilização em Processo Penal. Não existe qualquer princípio segundo o qual quem praticou o crime não haja de ver utilizado contra si um meio de prova que um outro obteve à custa de uma conduta ilícita, mesmo que criminalmente punível. O que a ideia de direito reclama nesta situação é antes, o restabelecimento da paz jurídica através da perseguição dos crimes de todos os agentes”³⁹.

Esta tese, que defendia a utilização de provas proibidas como meio de realizar a justiça foi abandonada. Porém, é importante dar a conhecer tudo o que está envolvido com esta matéria porque assim, facilmente entendemos, a evolução que foi sendo notada. Mas, independentemente de já não falarmos de uma teoria da admissibilidade, há ainda pequenos sinais de presença desta doutrina. Surge assim uma teoria, legitimada pela ponderação de interesses, que considera como válidas as provas proibidas, desde que esteja em causa o combate à criminalidade mais grave. Os meios estão assim justificados através do fim a que se destina. Não vamos desenvolver o tema das teorias sobre a prova proibida neste capítulo, pois no capítulo seguinte vamos concretizar todas as teorias acerca do tema em análise e qual a atuação de alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, nomeadamente, o ordenamento jurídico alemão e inglês.

Este tema sempre carregou alguns problemas, que tentaram ser resolvidos com a intervenção de 2007. Contudo, tal situação não se verificou. Um dos problemas basilares que podemos enunciar é o conflito conceitual dos termos ‘proibições de valoração’ e ‘proibições de produção’.

A intervenção legislativa produzida em 2007 tentou solucionar os problemas que estavam associados a este tema. Porém, consideramos que a intervenção ficou apenas pela tentativa, pois em vez de ter sido protagonizada uma evolução, surgiram ainda novos problemas, que na verdade, alguns, já eram antigos, mas foram assumidos como novos. Pretendia-se que fosse equacionado um sistema que oferecesse um enquadramento e uma segurança possíveis de consolidar um verdadeiro e consistente ordenamento das proibições de prova. A doutrina e a jurisprudência estariam assim dotadas de um sistema de resposta eficiente. Contudo, a solução passou por tentar resolver os novos problemas através da utilização de leis já existentes. Como Manuel da Costa Andrade disse, tentava-se subsumir os factos novos nos comandos legais já existentes⁴⁰.

³⁹ OTTO, *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *As Proibições... cit.*, p. 47.

⁴⁰ ANDRADE, Manuel da Costa, *Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal*, p. 123.

O direito das proibições de prova começou a levantar uma nova questão problemática—a sua extensão. Durante muito anos, apenas existiam litígios nacionais, problemas dentro das fronteiras do nosso país. Com a globalização e a conseqüente evolução da sociedade, o direito das proibições começou a ter o problema da extensão internacional. Os litígios que começaram a surgir, mostravam uma interação marcada pela transnacionalidade. Uma situação que também veio ajudar o problema a crescer foi a União Europeia e a cooperação judiciária. A questão da prova levantou problemas porque as consagrações de permissões e proibições de métodos, meios de valoração probatória variam de ordenamento para ordenamento.

As provas proibidas estão consagradas quer na CRP, quer no CPP, ou seja, nos dois diplomas existem proibições de determinadas provas e estas assentam na dicotomia entre Estado e Indivíduo⁴¹. Existe assim um confronto praticamente direto entre a justiça e a tutela de direitos fundamentais, o respeito pelos Direitos, Liberdades e Garantias. A intervenção penal, tem assim, uma grande responsabilidade, pois de por um lado tem de prosseguir com a descoberta da verdade, por o outro lado, tem de respeitar os Direitos do arguido. Tem que existir uma conciliação entre a realização da justiça e o respeito pelos direitos.

Consideramos interessante e pertinente a ideia defendida por Luhmann acerca dos Direitos Fundamentais. O autor diz o seguinte: “uma dupla natureza dos Direitos Fundamentais (...) emergem hoje, além do mais, também como valores ou fins- instituições- do moderno Estado de Direito. E, enquanto tais, a reclamarem formas autónomas de tutela. (...)embora historicamente tenham sido formulados contra o Estado absoluto e apoiados no direito natural, eles só ganharam a sua verdadeira função na democracia, em que protegem, além da pessoa individual, as outras áreas da sociedade contra o universalismo da política possível”⁴².

A prova proibida, de acordo com Manuel da Costa Andrade, serve para proteger o cidadão contra a ingerências abusivas nos seus direitos. Isto está no art. 32º, nº8 da CRP. Afirmamos assim, de acordo com o nosso entendimento, que a prova proibida é um mecanismo, uma ferramenta ou um instituto jurídico, como preferirmos designar, de proteção de Direitos Fundamentais, pilar basilar do Estado de Direito Democrático. Este mecanismo, ao ter como principal função salvaguardar os direitos dos cidadãos, verifica-se que existe um sacrifício da verdade. Francisco Marcolino explica de forma muito direta e simples o papel que as proibições de prova desempenham no processo. O autor afirma “Ao admitir a existência de limites aos meios de prova, o legislador está a, voluntária e intencionalmente,

⁴¹ ANDRADE, Manuel da Costa, *As Proibições... cit.*, p.57.

⁴² LUHMAN, apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *As Proibições... cit.*, p.69.

limitar o princípio da verdade material, consagrando a regra da superioridade ética do Estado, proibindo que a verdade material seja alcançada a qualquer custo, antes apenas e só por intermédio de meios de prova considerados legais”⁴³.

A verdade é importante, pois permite-nos chegar a uma conclusão e, por isso, satisfazer o principal intuito pela qual as ações são intentadas em tribunal, a dúvida. Contudo, se não existir um limite, a procura da verdade torna-se “cega” e são ultrapassadas barreiras que deveriam ser intransponíveis. A verdade não serve como fundamento para legitimar ações que violem direitos basilares do Estado de Direito Democrático. A prossecução da justiça tem um valor Constitucional, contudo, não pode ser entendida como um valor absoluto. Concluimos, de forma segura, que as proibições de prova têm um efeito dissuasor.

Na fórmula de Kleinknecht “Como bens jurídicos em confronto e interesses a ponderar entre si aparecem: de um lado, o interesse da perseguição criminal encabeçado pela comunidade jurídica ofendida e tendo na devida conta o significado da matéria criminal; e, do outro lado, a ideia de justiça e o imperativo de um processo conforme às exigências da justiça”⁴⁴. Isto é importante porque demonstra a dificuldade que existe neste tema. Há sempre valores a ter em consideração, que condicionam toda a atuação judicial.

Independentemente de ter “nascido” há bastante tempo, este tema não deixa de ser atual e pertinente. Continua, nos dias de hoje, a revelar uma importância cada vez mais acentuada. Isso deve-se também à crescente inovação e crescimento das sociedades. Cada vez se torna mais fácil transgredir as barreiras, por exemplo, aceder a informações pessoais dos cidadãos. Devido à crescente inovação, podemos afirmar que, talvez, mais do que nunca, o tema das proibições de prova é pertinente, importante e atual. Existe cada vez mais uma preocupação crescente na proteção dos direitos dos indivíduos. Nas palavras de Germano Marques da Silva: “(...) mas o tema é agora dos que mais entusiasma a doutrina, não só pelo significado que assume, mas também pelo que representa na proteção autónoma dos Direitos Fundamentais, enquanto valores, fins ou instituições do moderno Estado de Direito”⁴⁵.

Como forma de terminar a exposição desta parte da matéria vamos expor algumas opiniões de autores que fomos citando ao longo desta explanação. Isto vai permitir elaborar uma síntese conclusiva das doutrinas, ideias, teorias que foram defendidas ao longo deste capítulo e, permiti-nos assim, ter uma ideia inequívoca dos ideais que são defendidos. Para começarmos esta síntese referimos Manuel da

⁴³JESUS, Francisco Marcolino de, *Os meios de obtenção da prova em processo penal*, p. 92.

⁴⁴ *Vide*, AC. STJ 886/07, de 03 de março de 2010.

⁴⁵ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, p.142.

Costa Andrade que considera que as proibições de prova funcionam como um verdadeiro limite à violação de Direitos Fundamentais. Nas palavras do autor “(...) mais do que garantias processuais face à agressão e devassa das instâncias da perseguição penal, os direitos ou interesses que emprestam sentido axiológico e racionalidade teleológica às proibições de prova, emergem como Direitos Fundamentais erigidos em autênticos bens jurídicos”⁴⁶. Em seguida, citamos Germano Marques da Silva, que defende o seguinte, “ (...) visam a tutela de valores fundamentais que podem ser atingidos na atividade processual de descoberta da verdade”⁴⁷. Aqui, a ideia que prevalece é dentro das mesmas linhas de pensamento do Professor Costa Andrade. Para Germano Marques da Silva, as proibições de prova funcionam como uma proteção de valores fundamentais. Durante o processo de procura da verdade podem ser atingidos direitos fundamentais. Para evitar isso, lançamos mão das proibições de prova.

A autora que vamos falar agora é a Juíza Desembargadora, Fátima Mata Mouros, que afirma o seguinte “as proibições de prova tutelam Direitos Fundamentais”⁴⁸. Mais uma vez, segue a corrente que tem vindo a ser defendida pelos autores que já descrevemos. O mesmo acontece com Paulo Dá Mesquita. O autor declara que as proibições de prova são consequências implementadas para procedimentos ilícitos “(...) sancionamento dos procedimentos violadores de Direitos Fundamentais”⁴⁹.

Para terminar, falamos da doutrina de Paulo Sousa Mendes, que expõe o seguinte: “(...) visam impedir que o MP e os OPC façam tábua rasa dos direitos de liberdade que se opõem ao interesse na perseguição penal ou abusem dos meios de atuação disponibilizados pela ordem jurídica”⁵⁰. Defende uma ideia um pouco diferente daquela que tem vindo a ser defendida até aqui. Já não temos uma linha em que os Direitos Fundamentais são o fim. Para este doutrinário, as proibições de prova são uma forma de assegurar o bom cumprimento da lei, durante a investigação que é realizada para o apuramento da verdade material. Falamos então, como o próprio Autor indica, em “fins de disciplina”.

1.2.3. NULIDADES PROCESSUAIS E AUTONOMIA DAS PROIBIÇÕES DE PROVA

Interligado com o problema das proibições de prova surge a questão das nulidades. Existe o pensamento de querer saber se as proibições de prova são consideradas e, por isso, inseridas no regime das nulidades ou se, pelo contrário, estão inseridas num regime jurídico autónomo. Para avançarmos nas considerações acerca desta matéria, vamos estabelecer uma linha conceitual.

⁴⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, *As Proibições...* cit., p. 188.

⁴⁷ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, p. 172.

⁴⁸ MOUROS, Maria de Fátima Mata, *op. cit.*, p. 291.

⁴⁹ MESQUITA, Paulo Dá, *op. cit.*, p. 269.

⁵⁰ MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de Direito Processual Penal*, p. 181.

Para começar, retomamos o conceito que já tínhamos exposto anteriormente de prova proibida. A prova proibida é um mecanismo, uma ferramenta ou um instituto jurídico, como preferirmos designar, de proteção de Direitos Fundamentais, pilar basilar do Estado de Direito Democrático. Não é propriamente uma definição, mas sim uma ideia que nos permite entender esta figura jurídica, pois também aqui, como sabemos, não impera a concordância e unanimidade.

O legislador também não fez uma demarcação conceitual. Os conceitos de proibição de prova e de nulidade parecem andar de “mãos dadas”, pois ao longo do código, o legislador não faz qualquer tipo de distinção entre as nulidades que constam no art. 118º e seguintes e as nulidades de prova que estão previstas no CPP. A insegurança teórico-doutrinal, que é abundante nesta matéria, é comprovada pelas formulações de múltiplas expressões adotadas para referir o efeito das proibições de prova. Verificamos isto no art. 58º, nº5, “A omissão ou violação das formalidades previstas nos números anteriores implica que as declarações prestadas pela pessoa visada não podem ser utilizadas como prova.” Aqui, a expressão utilizada para se referir às proibições de prova foi “não podem ser utilizadas como prova”. Nas palavras de Mário João Ferreira Monte “Na verdade, se é certo que a Constituição não impõe a insanabilidade das nulidades que enumera no art. 32º, nº8, o certo é que o regime processual faz uma distinção entre nulidades relativas e absolutas, aproximando estas últimas do regime das proibições de prova. Bem sabemos que as consequências do regime jurídico de umas e de outras não é exatamente o mesmo. De facto, o art. 126º, ao determinar que as provas proibidas “não podem ser utilizadas”, pode significar entre outras coisas, que jamais alguém poderá manter-se condenado em virtude de provas que tenham sido obtidas ilegalmente, por violação de direitos fundamentais, como seria, por exemplo, o caso da tortura”⁵¹

Podemos dar mais alguns exemplos. No mesmo sentido do artigo anterior temos o art. 103º, nº5 diz “São nulas, não podendo ser utilizadas como prova, as declarações prestadas para além dos limites previstos nos nºs 3 e 4.” Com uma expressão diferente, falamos do art. 129º, nº1 “(...) Se o não fizer, o depoimento produzido não pode, naquela parte, servir como meio de prova, salvo se a inquirição das pessoas indicadas não for possível (...) serem encontradas.” Aqui, o legislador preferiu utilizar “não pode servir como meio de prova”. Para terminar, podemos referir o art. 130º, que no nº1 diz “Não é admissível como depoimento a reprodução de vozes ou rumores públicos.”, que exprime as proibições de prova através da expressão “não é admissível”. No nº 2 “A manifestação de meras convicções pessoais sobre factos ou a sua interpretação só é admissível nos casos seguintes e na estrita medida neles indicada.” Aqui passa a utilizar “só é admissível”.

⁵¹ Monte, Mário João Ferreira Monte, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Henrich Ewald Höster*, p. 1294.

Por isso, a questão de saber se estamos perante uma proibição de prova ou uma nulidade processual, não é fácil. Falamos numa falta de clareza terminológica. Situação essa que não oferece certeza nem segurança no direito.

Todavia, esta distinção parece muito simples na teoria, mas numa vertente mais prática não é assim tão fácil proceder à distinção. Para comprovar melhor aquilo que estamos a dizer, talvez seja melhor citar Susana Aires Sousa, que afirma o seguinte: “No plano teórico a distinção percebe-se com alguma nitidez. Todavia, ao averiguar em concreto se determinada violação normativa configura uma proibição de prova ou uma mera regra de produção da prova, as dificuldades vão aumentando”⁵². O legislador não indica, de forma clara e inequívoca, as situações que se encaixam numa proibição de prova ou quando se encaixam numa nulidade processual.

Existem alguns Autores que se debruçam nesta problemática e estabelecem uma importante intervenção, na medida em que, elaboraram uma explicação acerca dos critérios de distinção. Não vamos abordar agora esta questão, mas retomamos o assunto mais adiante. Agora pretendemos esclarecer o problema entre o conceito de proibição de prova e nulidade. Na verdade, o ponto principal deste problema não é a dimensão conceitual, mas sim a dinâmica onde se inserem as proibições de prova. Serão estas consideradas e inseridas no regime das nulidades?

Esta dúvida aparece após a leitura do art. 32º, nº 8 da CRP que afirma o seguinte: “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.” e do art. 126º, nº 1 que determina: “São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas.” Nitidamente existe uma imbricação. No nosso ponto de vista, todo o foco problemático existe pela utilização do termo “nula”, que transmite a ideia de que estará em causa o regime jurídico das nulidades processuais.

As proibições de prova estão ligadas à ideia de amparo aos Direitos Fundamentais, como já referimos anteriormente diversas vezes. Funcionam como um limite à descoberta da verdade.

As nulidades processuais têm como principal objetivo regular o funcionamento do processo, independentemente de também, talvez não de um modo tão direto, estarem interligadas com os Direitos Fundamentais. Afirmamos assim, de forma segura, que as nulidades processuais são uma resposta para vícios formais. Tal como diz o Juiz de Direito João de Matos-Cruz Praia, “Através da sua previsão o legislador não se propõe assegurar, em primeira linha, a proteção de bens jurídicos fundamentais, antes

⁵² SOUSA, Susana Aires, *Agent provocateur e meios enganosos de prova*, p.1211.

assume um programa mais restrito que é o de ordenar o modo como o processo se desenrola (quem, quando, onde e como devem produzir-se os atos processuais)”⁵³.

Podemos ainda referir a existência das regras processuais probatórias, ou seja, regras de produção de prova, em que o objetivo principal se insere apenas na obrigação do cumprimento de uma determinada formalidade ou então na indicação de como agir para uma correta obtenção de provas. O objetivo destas regras é acautelar o bom procedimento da matéria probatória. O desrespeito por estas regras processuais apenas acarreta uma irregularidade. A admissibilidade da prova não é posta em causa.

É inegável que existe uma sobreposição de conceitos e isso tanto acontece num plano de legislação ordinária, nomeadamente no art. 126º, nº1 e nº3, como num plano constitucional com a consagração do art. 32º, nº8 da CRP. O termo nulidade é muitas vezes utilizado como forma de proibir uma determinada atuação. Contudo, independentemente de verificarmos que existe a imbricação, vamos tentar esclarecer que existe uma nítida separação. Tal como afirma o Professor Costa Andrade “Há uma imbricação íntima entre as proibições de prova e o regime das nulidades”⁵⁴. Com a mesma opinião temos a Juíza Maria de Fátima Mata Mouros que declara o seguinte “A CRP, no seu art. 32º, nº8, considera “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”. Mas, excecionadas aquelas situações mais extremadas de atentados evidentes contra a dignidade da pessoa, não tem sido fácil identificar, na prática, os casos de prova proibida ou sequer diferenciá-los do regime geral das nulidades”⁵⁵.

Um exemplo que podemos utilizar, numa vertente mais prática e não tão dogmática-doutrinal, como forma de exemplificar a dificuldade é o das escutas telefónicas. Verificamos que há uma dificuldade em transpor essa distinção num plano mais prático. Para melhor entendermos esta questão, consideramos ser melhor passar para a citação da Dra. Juíza Maria de Fátima Mata Mouros, mais uma vez. Diz o seguinte: “Nos termos do art. 190º, os requisitos e condições referidos nos artigos 187º, 188º e 189º são estabelecidos sob pena de nulidade. Ou seja, qualquer violação das regras estabelecidas no regime das escutas telefónicas gera nulidade. (...) Para parte significativa da jurisprudência, sendo maior o desvalor ético-jurídico das provas obtidas mediante os processos aludidos no nº1 do art. 126º do que as obtidas mediante as intromissões referidas no nº3 da mesma disposição legal, impunha-se que tal

⁵³ PRAIA, João de Matos-Cruz, “*Proibições de prova em processo penal: algumas particularidades no âmbito da prova por reconhecimento e da reconstituição do facto*”, p. 6.

⁵⁴ MOUROS, Maria de Fátima Mata, Juiz das Liberdades, *op. cit.*, p. 295.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 300.

distinção tivesse reflexo no regime das nulidades cominadas padecendo as provas obtidas mediante tortura, coação ou ofensa à integridade física ou moral das pessoas, de nulidade absoluta, portanto insanável e de conhecimento oficioso, não podendo ser utilizadas, para usar a nomenclatura legal”⁵⁶.

Uma vez que não é possível encontrar na letra da lei uma delimitação inequívoca, teremos que nos socorrer de outros critérios para nos ajudar a alcançar uma melhor compreensão. O primeiro que podemos expor é o critério da ilicitude penal, que estabelece a ideia de que a aquisição da prova está alicerçada num ato ilícito. Paulo Pinto de Albuquerque afirma “Daqui decorre que as proibições de prova se fundam, em princípio, na ilicitude criminal do meio de prova”⁵⁷.

Contudo, este critério não parece ser o mais acertado. Existem proibições de prova consagradas na legislação ordinária, que não podem ser incluídas neste raciocínio de ilicitude. São os casos do art. 355º. Este artigo diz: “Não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência”. Este caso demonstra nitidamente uma impossibilidade de valoração de provas, mas porque não respeitam determinadas regras. No caso em concreto, falamos de provas que não são valoradas por não terem sido apresentadas em audiência. Podemos também utilizar o art. 130º, que consagra “Não é admissível como depoimento a reprodução de vozes ou rumores públicos”. Não consideramos ser preciso apresentar uma explicação do conteúdo, pois a disposição legislativa parece-nos bastante explícita e inequívoca quanto ao seu conteúdo e finalidade. Existem outros exemplos, nomeadamente o art. 129º e 103º, nº4 e nº5, que deixam cair por terra a diferenciação levada a cabo pelo critério da ilicitude criminal. Existem proibições de prova que estão diretamente ligadas à prossecução processual. Salientamos assim a ligação ao princípio da imediação⁵⁸.

É ainda possível referir uma última situação exemplificativa, que demonstra que o critério da ilicitude criminal não é o mais acertado para utilizar, nomeadamente, quando existem situações em que a falta de consentimento do visado invalida uma prova que se transformará como ilícita. Esta situação é suprável através do seu consentimento.

É importante ter em consideração o seguinte, independentemente de existir uma imbricação, isso não significa que deixamos de ter dois “sistemas” autónomos. A autonomia das proibições de prova estão consagrados no art. 118º, nº3, que diz “As disposições do presente título não prejudicam as normas deste Código relativas às proibições de prova.”

⁵⁶ *Ibidem*, p. 301.

⁵⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 325.

⁵⁸ ALBUQUERQUE, Pinto Paulo de, *op. cit.*, p. 326.

O artigo que acabamos de enunciar tem uma grande importância, pois explica e esclarece de forma inequívoca o que é aplicado ao regime de proibições de prova. Este artigo também acaba por explicar, de forma secundária, que o regime das nulidades não é assim aplicado ao regime das proibições de prova. Deste modo, conseguimos alcançar, inequivocamente, que o conceito de prova nula que está estabelecido no art. 126º, nº1 e nº3⁵⁹, apenas se está a referir à prova como inválida e não está a ser usado como forma de aplicarmos, secundariamente, o regime das nulidades. Para esta ideia ficar consolidada é imperativo citarmos, mais uma vez, o Juiz Francisco Marcolino, que declara o seguinte: “Por isso, sempre que estejamos perante prova proibida, devemos afastar-nos dos conceitos próprios da nulidade e usar os conceitos específicos daquela, ou seja, «regras de produção da prova, regras de proibições de prova; proibições de produção, proibições de valoração; proibições de valoração dependentes, proibições de valoração independentes.»”⁶⁰.

1.3. Tipo de proibições de prova

Passamos agora para uma exposição mais dogmática doutrinal. Aqui pretendemos expor a parte mais teórica desta matéria, sem necessidade de existir um ponto crítico. Contudo, devido à complexidade de entendermos o que está associado a esta questão, achamos por bem esquematizar os pontos principais e, depois sim, consideramos estar em condições para elaborar uma explicação um pouco mais detalhada.



Figura 1 – Proibições de prova em processo penal⁶¹

A distinção conceitual que fizemos não acolhe uma aceitação unânime e isso é perfeitamente aceitável, até porque, dentro deste tema, nada é unânime e consensual. Como já tivemos hipótese de verificar predomina a falta de clareza terminológica. Consideramos ainda importante determinar esta situação porque, mais que não seja, permiti-nos fazer uma distinção dos conceitos ao nível da produção e ao nível da valoração, frequentemente confundidos na prática jurisprudencial.

⁵⁹ O art. 126, nº1 diz o seguinte: São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. O nº3 Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respetivo titular.

⁶⁰ JESUS, Francisco Marcolino de, *op. cit.*, p. 97.

⁶¹ Esquema realizado com base nas referências de PRAIA, João de Matos-Cruz, “Proibições de prova em processo penal: algumas particularidades no âmbito da prova por reconhecimento e da reconstituição do facto”, in *Julggar Online*.

A temática ‘proibições de prova’ engloba dois tipos de proibições, as de produção e as de valoração, que se dividem em subtipos. Seguimos a ordem que está representada no diagrama e, por isso, as primeiras proibições que vamos abordar são as proibições de produção, recolha e obtenção.

O primeiro subtipo que vamos mencionar são os temas proibidos. Aqui, não há muito a dizer, pois a própria designação já esclarece inequivocamente o assunto envolvente. Contudo, definimos como assuntos em que não é permitido que exista uma investigação e, por isso, não há a possibilidade de serem objeto de prova. O exemplo disso é o art. 137º, sob a epígrafe –Segredo de Estado. Avançamos para o segundo subtipo, denominado como meios de provas proibidos. O conhecimento jurídico que adquirimos permite-nos concluir *à priori* que estamos perante elementos que vão servir de fundamentação para a formação da convicção. Os meios de prova estão previstos no art. 128º e seguintes do código. Contudo, aqui estamos a falar de meios proibidos e, basta seguir o raciocínio lógico de que serão meios que a lei não vai permitir que sejam valorizados. Francisco Marcolino diz o seguinte “(...) aqueles que a lei não permite se valorizem como meio de prova por lhes faltar um qualquer requisito legal”⁶². O exemplo que podemos enunciar neste caso é o art. 345º, nº4.

Não podemos avançar para a terceira caracterização sem antes abordar uns pontos que consideramos importantes e que foram alertados pelo Juiz João de Matos-Cruz Praia. O CPP determina, no art. 125º o seguinte: São admissíveis as provas que não foram proibidas por lei. Isto tem que ser interpretado num duplo sentido. O primeiro sentido que temos de ter em atenção é o de não existir uma taxatividade de meios. Isto significa que a lei não prevê a necessidade de um tipo específico de meios para a formação da convicção, não existe uma consagração legislativa que obrigue a que determinada prova dos factos seja feita através de um meio específico. Em segundo lugar, podem ser utilizados, no processo, todos meios que não foram proibidos por lei, mesmo que não exista uma específica consagração legal. O que interessa é que não haja uma lei que determine a proibição de um meio, e assim, se não existir, então a validade está determinada.

Para sintetizar, existe uma liberdade na dimensão probatória, pois muita coisa fica permitida indiretamente, desde que não exista uma proibição. Neste ponto, temos de salientar o princípio da legalidade da prova, que estabelece que apenas são aceites como provas aquelas que não são proibidos. Parece um pouco redundante esta afirmação, mas é importante evidenciar este princípio, pois assim temos de deixar claro que, independentemente de existirem tipo de provas proibidas, isso não significa que existam provas taxativas. Não falamos em provas tipificadas na lei, nem tão pouco de tipos de provas

⁶² JESUS, Francisco Marcolino de, *op. cit.*, p. 93.

específicas para provar determinadas ações. Com isto queremos afirmar que, no caso de ter sido cometido um crime de injúria, previsto e punido no art. 181º do CP, não é exigido uma forma específica de prova. O art. 125º estabelece o seguinte “São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei.” e conseguimos assim ter plena noção da liberdade probatória existente no nosso sistema jurídico e da falta de taxatividade nesta matéria. Não se fala em meios probatórios pré-estabelecidos. Não esquecer que a liberdade tem sempre uma conexão com o princípio da legalidade.

Verificamos que existe assim uma liberdade que não é posta em causa pela existência de meios de provas típicos, como por exemplo, art. 129º que tem como epígrafe –Depoimento indireto e o art. 130º que determina –Vozes públicas e convicções pessoais. Esta taxatividade apenas vai criar a necessidade de respeito pelo regime que estiver pré-estabelecido no código. Isto significa que, se estiver a ser utilizado, por exemplo, o meio previsto no art. 129º, as imposições do legislador têm, obrigatoriamente, que ser respeitadas, sob pena de se incorrer numa invalidade. Também não é posta em causa pela existência de em determinados casos estar definido uma determinada diligência probatória. A lei, em casos específicos, determina que para ser possível obter uma determinada prova é necessário utilizar um meio específico e, conseqüentemente, respeitar o seu regime. O caso disso é a prova pericial. Quando estão em causa apreciações especiais, nomeadamente conhecimentos científicos, o meio de prova mais correto a ser utilizado será a prova pericial, prevista no art. 151º. Serve como uma garantia de que aquele meio é o mais idóneo, em comparação com outras possibilidades, para o resultado que pretendemos alcançar. Nestas situações em que o legislador, devido à sua experiência, consegue prever o melhor meio, a flexibilidade e liberdade não seriam benéficos.

Por fim, em terceiro lugar, temos o subtipo meios de obtenção de prova proibidos, ou também designados como métodos proibidos de prova. Estes estão previstos no art. 126º que diz o seguinte: São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. Para não nos alongarmos nas explicações e não correremos o risco de repetir ideias, julgamos que o melhor a fazer será citar o Magistrado, João de Matos-Cruz Praia, que diz o seguinte: “Os meios de obtenção da prova (artigos 171º e ss. do CPP) são os procedimentos utilizados para a aquisição dos meios de prova, não podendo esses procedimentos, salvo nos casos expressamente previstos, conduzir a uma interferência nos direitos fundamentais nem violar formalidades “processuais” que sejam ainda condições constitucionais para a admissibilidade da prova”⁶³. Também aqui o art. 125º –Legalidade da prova, tem aplicabilidade direta, tal como está previsto para o caso que explicamos anteriormente.

⁶³ PRAIA, João de Matos-Cruz, *op.cit.*, p. 12.

Passamos agora para a explicação das proibições de valoração/utilização da prova. A prova existe, foi alcançada, contudo não pode ser utilizada. As proibições de valoração de prova podem ser dependentes e independentes. Quanto às dependentes, como o próprio nome indica, são as provas que foram obtidas de forma ilícita e, por isso, não existe a possibilidade de serem utilizadas. O exemplo que podemos expor, de forma a tentar explicar de forma inequívoca, é o caso da prova que foi obtida mediante tortura. Esta prova não pode ser utilizada, independentemente de até ser a única prova que conduzia à verdade material. Há uma inviabilidade de utilizar o seu resultado porque este está diretamente ligado com a ilicitude da obtenção da prova. As independentes têm uma natureza diferente. Aqui estamos perante uma autonomia probatória, porquanto temos uma prova que foi devidamente obtida e, por isso, poderia ser valorada, mas devido ao seu conteúdo não pode ser utilizado, tanto por ser pouco útil, como por lesar direitos do indivíduo. O exemplo que utilizamos é o art. 179º, n.º3 que afirma “O juiz que tiver autorizado ou ordenado a diligência é a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência apreendida. Se a considerar relevante para a prova, fá-la juntar ao processo; caso contrário, restitui-a a quem de direito, não podendo ela ser utilizada como meio de prova, e fica ligado por dever de segredo relativamente àquilo de que tiver tomado conhecimento e não tiver interesse para a prova.”

1.3.1. VIOLAÇÃO DAS PROIBIÇÕES DE PROVA

Não basta apenas expor o que são proibições de prova e enumerá-las. É necessário também referir qual a consequência processual que é aplicada quando estamos perante uma situação como as que fomos referindo ao longo deste capítulo. A resposta já foi dada ao longo da exposição que fomos realizando, contudo, devido à importância do tema, é necessário reunir a resposta de forma inequívoca.

Precedentemente, teremos que delimitar o conceito de proibição de produção de prova e de proibição de valoração. É importante fazermos esta delimitação terminológica porque uma das grandes confusões que existe na prática jurisprudencial é a utilização destes conceitos. Muitas das vezes, o que acaba por acontecer, é uma confusão e sobreposição conceitual.

As proibições de produção de prova são barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objeto do processo⁶⁴. As proibições de valoração, na perspetiva de Manuel da Costa Andrade “(...) emergem e relevam assim do conflito entre os interesses individuais e o interesse da perseguição penal. Só pode afirmar-se a sua existência quando a consideração da concreta situação de conflito faz

⁶⁴ JESUS, Francisco Marcolino de, *op. cit.*, p. 105.

aparecer a prevalência do interesse individual porque o princípio do Estado de Direito reclama a garantia e efetivação do bem jurídico individual face à atividade de perseguição do Estado”⁶⁵.

Quando estamos perante uma violação da proibição de produção de prova, a consequência que é aplicada ao caso em concreto é simples e lógica: proibição de utilização da prova que foi obtida.

No caso de estarmos perante uma violação da proibição de valoração de prova, a consequência adequada é a da nulidade da prova, pois foi valorada uma prova que estava inquinada por um vício.

1.4. Regime das proibições

Quase a terminar este capítulo, falta ainda elaborar uma síntese daquilo que podemos atribuir a esta matéria ao longo da exposição.

Para começar, as proibições são insanáveis e, por isso, podem ser alvo de recurso de revisão, no âmbito do art. 449º, nº1, c), que diz o seguinte: Os factos que servirem de fundamento à condenação forem inconciliáveis com os dados como provados noutra sentença e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação. Depois, para além desta característica, podemos incluir ainda a característica de serem de conhecimento oficioso. Significa que o Tribunal tem de conhecer, obrigatória e independentemente da alegação, mesmo que a questão não tenha sido abordada. Para além destas duas características, podemos ainda incluir o carácter *erga omnes*, ou seja, é aplicável a todos de forma geral.

Terminamos com a seguinte ideia, as proibições de prova não são taxativas, ou seja, não estão dependentes de uma consagração legislativa, excetuando os casos em que a lei prevê as denominadas “provas típicas”, que já explicamos anteriormente qual é o seu objetivo.

1.5. Os frutos da árvore envenenada

O último ponto, deste capítulo, que nos propomos a tratar é o que diz respeito à teoria dos frutos da árvore envenenada ou também designada, na doutrina americana, como “*Fruit of the poisons tree doctrine*” e “*Fortwirkung*”, na doutrina alemã.

Esta teoria nasceu através da jurisprudência norte americana. O famoso caso que disputou esta teoria foi o Acórdão *Weeks. V. United States*⁶⁶. Contudo, a concretização jurisprudencial foi realizada através do Acórdão *Silverthorne Lumber Co. Vs United States*⁶⁷, em 1920. Foi aqui que se deu a primeira

⁶⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, *As Proibições...* cit., p. 106.

⁶⁶ Decisão *Weeks v. United States*, de 1914.

⁶⁷ Decisão *Silverthorne Lumber Co. Vs United States*, de 1920- O caso, abordou a factualidade de, numa apreensão ilegal, o juiz ordenar a devolução dos documentos apreendidos, mas os agentes de investigação terem assegurado cópias dos mesmos para posterior uso num processo criminal distinto. O Supremo entendeu inadmissível a utilização da prova contida naqueles documentos em outro processo, fazendo disso regra: dava-se o primeiro passo na construção do que viria a ser a doutrina dos frutos da árvore envenenada, não mais se permitindo a utilização de prova fruto de apreensão ilegal em investigação distinta ou posterior.

abordagem a esta matéria, que consiste na proibição de utilização de toda a prova cuja obtenção derive de meio de prova proibido. Depois de ser utilizada no sistema americano, começou a ser alvo de utilização também na Europa. O Magistrado *Frankfurter* foi o responsável pela criação da expressão “*Fruit of the poisons tree doctrine*” no Acórdão *Nardone Vs. United States*⁶⁸.

O efeito à distância ou também designada teoria dos frutos da árvore envenenada na doutrina americana consiste em saber se pelo facto de uma prova não poder ser valorada, por ter sido adquirida para o processo através de um método de obtenção de prova proibido, essa mesma proibição de valoração, que recai sobre a prova primária, se estende à prova obtida por intermédio daquela (prova secundária), de tal forma que também esta seja afetada por aquela proibição de valoração⁶⁹.

No direito português, o efeito à distância foi reconhecido pelo Tribunal Judicial de Oeiras, em março de 1993⁷⁰. Em março de 2004, o TC⁷¹ estabeleceu uma importante decisão, pois questionado ao tribunal mencionado se as provas obtidas através de umas interceções telefónicas consideradas nulas, podiam ser valoradas ou ficava inquinadas pela invalidade das provas originárias. O caso em apreço dizia respeito à confissão do arguido, que ocorreu devido ao conhecimento de existência das escutas telefónicas. A posição do TC relativamente a esta matéria foi defender o efeito à distância, ou seja, para este tribunal a prova secundária foi inquinada pela invalidade da prova primária, e confirmar a validade da confissão. O tribunal considerou que a invalidade originária não afetava a confissão, pois foi realizada de forma livre e independente⁷².

A base legal desta teoria encontra-se consagrada no art. 122º, nº1, que determina a invalidade do ato. Afirma que a nulidade é aplicada ao ato direto sujeito à invalidade e a todos os atos que dependerem do ato original. A autora Helena Morão estabelece que o recurso à norma 122, como forma de sustentar a proibição do efeito à distância, é desnecessária, pois o fundamento constitucional consagrado no art. 32º, nº8 da CRP é suficiente⁷³.

É importante analisar as questões que podem surgir, pois é relevante saber se existe uma projeção do valor negativo da prova proibida nos atos ulteriores ou se apenas é inválida a prova primária. Esta questão é extremamente prática, pois é no plano concreto, nas questões práticas, que as dúvidas surgem. Por exemplo, no caso das escutas telefónicas ou apreensão de equipamentos informáticos, que foram realizadas de forma ilícita, foram descobertas informações relevantes acerca dos factos que iam possibilitar a resolução do caso. Neste caso, subsiste o efeito dominó? A resposta que consideramos ser

⁶⁸ Decisão *Nardone Vs. United States*, de 1939.

⁶⁹ RODRIGUES, Cláudio Lima, *Proibição de prova no âmbito do direito processo penal: escutas telefónicas e da valoração da prova proibida pro reo*, p. 24

⁷⁰ Sentença do 3º Juízo, de 5 de março de 1993, Proc. no 777/91, 2ª Secção.

⁷¹ AC. TC 198/2004, de 24 de março de 2004.

⁷² Crf., no mesmo sentido, Decisão Sumária do TC 13/2008, de 11 de janeiro de 2008.

⁷³ Mendes, Paulo Sousa, *O efeito-à-distância das proibições de prova*, p. 225.

a resposta dada pela maioria da nossa doutrina é afirmativa, sim existe. O destino das provas mediatas é o da invalidade, tal como acontece às provas originárias. Verificamos que a jurisprudência é concordante com esta posição. O acórdão do STJ⁷⁴ determina que as proibições de prova produzem um “efeito à distância” de inadmissibilidade da prova direta e na intolerância da prova mediata. Para Paulo Pinto de Albuquerque é estabelecido que a prova proibida vai contaminar toda a prova se em causa existir um nexo de dependência cronológica, lógica e valorativa entre a prova proibida e a restante prova⁷⁵.

O apuramento deste efeito resulta de uma ponderação do nexo que liga a prova proibida e a prova mediata. A ponderação obedece ao princípio de que o “efeito à distância” é tanto maior quanto mais grave for a proibição da prova violada. O efeito tem um limite intrínseco de fim de proteção da norma processual penal. A ideia estabelecida é de que a proibição tem consequência prática da exclusão desse “efeito à distância” quando o fim de proteção da norma processual, que prescreve a proibição, se concilia com a utilização da prova mediata conseguida por intermédio da prova proibida^{76,77}.

As proibições de prova funcionam como limites à descoberta da verdade. Delimitam um caminho que deve ser seguido, sempre com o respeito pelos Direitos Fundamentais e, obviamente, pelo respeito à própria Dignidade da Pessoa Humana. Deste modo, concluímos que o respeito referido anteriormente, implica a inadmissibilidade das provas que diretamente sejam obtidas através de meios proibidos como também aquelas que dependerem destas. Frederico Costa Pinto afirma “(...) é uma dependência lógica, material e axiológica”⁷⁸.

A jurisprudência espanhola e a jurisprudência norte-americana andam lado a lado no que diz respeito a esta matéria, principalmente porque a doutrina espanhola é extremamente influenciada pela doutrina americana. Tal como no sistema americano, também o sistema espanhol afirma, nesta matéria em específico, que a ilicitude afeta quer a prova direta, quer a prova indireta.

No ordenamento jurídico espanhol, a posição relativamente a esta matéria foi enunciada na decisão 85/1994 de 14 de abril de 1985. Foi mencionado, expressamente, que não surtiam efeitos as provas obtidas direta ou indiretamente que fossem violadoras de direitos ou liberdades fundamentais. A ilicitude da prova é estendida a todas as outras provas que tenham origem na primeira, mesmo que tenham sido obtidas ou praticadas de forma lícita⁷⁹.

Contudo, devido ao fenómeno de globalização e de crescimento que existe nas sociedades de hoje em dia, foi necessário introduzir algumas exceções à proibição do uso de todos os meios de prova

⁷⁴ AC. STJ 596/12, de 20 de setembro de 2017.

⁷⁵ Vide AC. TC 198/2004, de 24 de março de 2004.

⁷⁶ Albuquerque, Pinto Paulo de, *op.cit.*, p. 338.

⁷⁷ Vide, no mesmo sentido, AC. TC 213/94, de 02 de março de 1994 e o AC. STJ 04P08, de 06 de maio de 2004.

⁷⁸ PINTO, Frederico Costa, *Depoimento Indireto Depoimento Indireto, legalidade da prova e direito de defesa*, p. 1071.

⁷⁹ DEU, Teresa Armenta, *A prova Ilícita- Um estudo comparado*, p. 119.

que sejam obtidos com origem em meio de prova proibido. O exemplo que concebeu esta necessidade, nos EUA, foi o fenómeno terrorista protagonizado pelo ataque do 11 de setembro de 2001. Alguns países concordaram com a ideia americana e seguiram o modelo adotado. Mais uma vez, Espanha, que também tem uma forte ligação a situações protagonizadas por grupos terroristas, implementou as exceções. O TC Espanhol defendeu que “(...) a aplicação indiscriminada da teoria reflexa da árvore envenenada acabaria por frustrar o *ius puniendi* do Estado, a cuja aplicação se encontra vinculado o próprio Tribunal Constitucional”⁸⁰.

O sistema espanhol tem consagrado, no seu art. 11º n.º 1 da LOPJ o seguinte: “não produzirão efeito em processo as provas obtidas, direta ou indiretamente, violando os direitos e liberdades fundamentais.” Isto até cria a dúvida, pois Espanha aceita ou não as exceções à doutrina dos frutos envenenados? Sim, aceita e a justificação recai na ideia de que nem todos os Direitos Fundamentais são absolutos e isso permite que sejam restringidos.

O TC Espanhol até introduz um pensamento um pouco extremista pois determina que direitos, sem relevância constitucional, podem ser restringidos⁸¹. Esta ideia abre portas, no nosso entender, a considerações bastante complexas, pois consideramos que até pode surgir a possibilidade de ser ponderada a valoração da prova proibida originária de forma total.

O sistema espanhol também implementou as exceções para a valorização da prova secundária. Para isso acontecer é necessário verificar se existe um nexo total entre a prova derivada e a primária. Para aferir se existe esse nexo, o TC determinou o critério da conexão de antijuricidade. Francisco Marcolino afirma: “Há uma quebra da conexão de antijuricidade quando o nexo causal seja posto em crise. Na verdade, admite-se uma prova derivada de um ato lesivo de direito fundamental quando haja uma quebra objetiva do nexo causal ou da derivação causal”⁸². O que se pretende saber é se e o direito violado na prova primária, contamina e cria a necessidade de proteção do direito que existe na prova secundária. Podemos de forma genérica e simplista completar o raciocínio da conexão antijuricidade e expor quando é que existe uma quebra deste nexo. Para começar, falamos de a prova derivada ser juridicamente independente, em segundo, quando a descoberta é inevitável, em terceiro quando é uma descoberta causal, em quarto quando existe um nexo causal atenuado, em seguida, quando a atuação foi praticada com boa-fé e, por último, quando existe uma confissão voluntária do suspeito.

⁸⁰ GONZÁLEZ, José María Alcaide, apud JESUS, Francisco Marcolino de, *op. cit.*, p. 109.

⁸¹ O TC Espanhol declarou “as fontes de prova obtidas com violação de outros direitos, sem a relevância constitucional de direito fundamental, não podem ser privadas de eficácia probatória. in JESUS, Francisco Marcolino de, *op. cit.*, p. 113.

⁸² *Ibidem*, p. 114.

A Constituição parece também dar uma resposta acerca desta matéria. O art. 32º, nº8 determina: “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.” A jurisprudência portuguesa, nesta matéria, revela-se pouco flexível, na medida em que, a resposta a dar à questão que colocamos no início da exposição vai depender de algumas circunstâncias. Em princípio são nulas, mas podem ser válidas⁸³. Também aqui existem critérios para determinar a validade destas provas. Em primeiro, falamos da teoria da fonte independente, que é aplicada em situações onde a prova deriva da fonte proibida e de uma outra fonte que é independente da primeira prova. Há a impossibilidade de comunicabilidade da proibição, pois a ilegalidade não foi *conditio sine qua non*⁸⁴. A segunda exceção que é aplicada à teoria da árvore envenenada é a descoberta inevitável. Aqui vigora a ideia de que a descoberta desses novos factos é inevitável, ou seja, apesar da proibição, o resultado ia ser exatamente o mesmo. Por último, importa referir a mácula dissipada. A terceira exceção determina que uma prova, independentemente de ter origem numa prova proibida, pode ser aceite quando os meios de obtenção sejam autónomos a esta. É o caso da ilegalidade de uma detenção inicial, que não afeta uma confissão voluntária e esclarecida. É um ato independente e praticado de livre vontade⁸⁵.

O TC português diz o seguinte: “(...) o contexto destas decisões foi o da afirmação da «regra de exclusão» (*exclusionary rule*) segundo a qual a prova obtida pela acusação através da violação dos direitos constitucionais do acusado, não pode ser usada contra este (...). Trata-se, assim, com a doutrina do «fruto da árvore venenosa», de estender a «regra de exclusão» às provas reflexas. Porém, esta projeção de invalidade aparece, desde os primórdios da formulação da doutrina, matizada por uma série de circunstâncias em que a prova derivada (derivada porque de alguma forma relacionada com a prova inválida) pode, não obstante, ser aceite como prova válida”⁸⁶.

A margem de flexibilização que existe nesta matéria, pode ser perigosa. Para sustentarmos esta ideia vamos citar Germano Marques da Silva, que afirma: “(..) pois, de outro modo, fazendo entrar por uma porta o que se proíbe por outra, pode frustrar-se absolutamente o fim que com a proibição de prova se pretende alcançar: desincentivar o recurso a meios proibidos de obtenção de prova, violando os direitos das pessoas”⁸⁷.

⁸³ Cfr. Ver neste sentido, AC. STJ 08P3375, que expõe a seguinte consideração: a doutrina dos frutos da árvore venenosa não teve entre nós o efeito dominó de inquinar todas as provas que em qualquer circunstância apareçam posteriormente a prova proibida e com esta estão relacionadas. Dai que, só caso a caso e perante uma prudente análise dos interesses em jogo é que se pode avaliar a extensão dos efeitos da prova inquinada. Importa apurar o nexo de dependência não só cronológica, como lógica e valorativa entre a prova inquinada e a que lhe seguiu.”

⁸⁴ GONÇALVES, Fernando e ALVES, Manuel João, *A prova do crime*- Meios legais para a sua obtenção, p. 139.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 140.

⁸⁶ *Vide* AC. TC 198/2004, de 24 de março de 2004.

⁸⁷ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, p. 146.

CAPÍTULO II: A PROVA PROIBIDA NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS

2.1. O Direito Português face aos modelos americano, inglês e germânico

A diversidade de países e sistemas existentes configuram um vasto conjunto de perspetivas e ideias, que se consubstanciam em diferentes teorias e modos de atuação. Deste modo, consideramos ser extremamente importante reunir várias doutrinas internacionais, pois o contributo que se adquire é exponencial. Posto isso, devido ao enriquecimento que se adquire, consideramos importante fazer uma abordagem do pensamento doutrinal americano, inglês e germânico. O estudo de Direito Comparado vai nos permitir conquistar conhecimentos mais abrangentes e isso revela-se importante para o conhecimento jurídico mais profundo. Não se deve ter apenas um conhecimento estanque e direcionado para o nosso sistema. É necessário entender como é que outros ordenamentos funcionam e solucionam determinados problemas. Só assim é que se permite que exista uma evolução.

Com o estudo de direito comparado aquilo que pretendemos é indicar os pontos de semelhança entre os ordenamentos, bem como as diferenças. Pretendemos também evidenciar quais são as influências dos ordenamentos jurídicos estudados.

É importante salientar que durante este estudo de direito comparado não vamos adotar um método de definição conceitual. Não é esse o objetivo que pretendemos. Apenas queremos determinar quais os métodos utilizados e as doutrinas que são aplicadas. Se optássemos por enveredar pela parte conceitual, acabaríamos por nos distanciar do nosso principal foco e objetivo.

Antes de passarmos para a análise dos ordenamentos jurídicos que escolhemos, vamos fazer uma pequena contextualização geral, acerca das opções jurídicas utilizadas.

Como forma de introduzir o tema de que vamos falar, podemos referir o modo como os países europeus cuidam determinados temas. No caso da matéria probatória, verificamos que os países europeus têm muita tendência para a conectar com a questão da verdade, tal como acontece na nossa ordem jurídica. O nosso ordenamento jurídico, como já tivemos oportunidade de referir, tem limites bastantes severos e explícitos quanto à prossecução da verdade material. O mesmo acontece nos restantes países europeus. O princípio da legalidade é limite utilizado nas ordens jurídicas europeias.

A prova ilícita tem também uma configuração variável nos ordenamentos jurídicos europeus. O mesmo que acontece em Portugal, acontece nos restantes países. Existe uma configuração variável. Também no contexto europeu não se fala num conceito unitário e inequívoco, pois existem diferentes tipos de provas ilícitas. Podem ser provas proibidas de forma expressa, podem ser provas proibidas por terem sido utilizados determinados meios e métodos de prova. Podemos também falar em proibições de

prova por estar em causa uma violação de direitos fundamentais. Concluímos que existe um variado conjunto de possibilidades e isso, aliado ao facto de ser um tema bastante complexo, explica a ausência de um regime legal específico e uma determinação conceitual. Acontece também na Europa, tal como acontece em Portugal, a necessidade de regular esta matéria. As recentes reformas nos códigos processuais europeus incidem com bastante frequência na reformulação deste tema. É imperativo criar uma regulamentação normativa para esta matéria. Este esforço é comum nos ordenamentos jurídicos europeus.

2.1.1. O SISTEMA PORTUGUÊS E A PROVA PROIBIDA

A tendência do ordenamento jurídico é para a aplicação da teoria obstativa quanto à admissão de provas proibidas. Esta afirmação não é sustentada apenas por consagrações legislativas, como é o caso do art. 126°. Existe fundamentação para tal na doutrina e na jurisprudência.

Manuel Costa Andrade defende uma posição um pouco diferente daquela que é defendida no nosso ordenamento jurídico. Este autor considera a possibilidade de se aplicar o princípio da proporcionalidade quando estejam em causa conflitos de interesses e de garantias. Manuel Costa Andrade admite a possibilidade de admissão da prova, pois defende que a produção ou valoração das provas proibidas constitui um meio idóneo e necessário à produção de valores e interesses⁸⁸. Segundo o autor, as proibições de prova são um meio possível de prevenir uma condenação de um inocente. Deste modo, induz à possibilidade de ser aplicada a teoria de admissibilidade *pro reo*. No ponto de vista de Gössel, as proibições de prova são barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objeto do processo⁸⁹.

A regra nacional é da predominância da teoria obstativa. Podemos citar alguns nomes da doutrina defensores da posição obstativa, tais como, Manuel Guedes Valente, Germano Marques da Silva, Figueiredo Dias. Relativamente às proibições de prova, Germano Marques Silva defende: “Pretende-se com tal proibição (de provas) evitar o sacrifício dos direitos das pessoas por parte das autoridades judiciais por parte dos órgãos de polícia criminal ou dos particulares, privando de eficácia as provas obtidas ou produzidas ilegalmente: as provas proibidas não podem ter efeitos no processo. É manifesto que com a proibição de prova se pode sacrificar a verdade, já que a prova proibida, seja qual for a causa da proibição, pode ser de extrema relevância para a reconstituição do facto histórico, pode mesmo ser a única. Um facto pode ter de ser julgado como não provado simplesmente porque o meio que o provaria

⁸⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, *As Proibições... cit.*, p. 81.

⁸⁹ GÖSSEL, apud ANDRADE, Manuel da Costa, *As Proibições... cit.*, p. 83.

não pode ser utilizado no processo, porque é um meio de prova proibido e, por isso, não admissível para formar a convicção do julgador. Simplesmente, não se propõe a busca da verdade absoluta (...) usando de quaisquer meios, mas tão só através de meios justos, ou seja, de meios legalmente admissíveis. A verdade não pode ser investigada a qualquer preço, mormente quando esse “preço” é o sacrifício de direitos fundamentais das pessoas”⁹⁰.

Podemos ainda referir outros nomes como Fernando Gonçalves e Manuel João Alves. Os autores expõem a seguinte posição: “Com a proibição de prova, pode-se sacrificar, inquestionavelmente, a verdade, já que a prova proibida, seja qual for a causa da proibição, pode ser de extrema relevância para a reconstituição do facto histórico, pode até ser única”⁹¹. Com efeito, asseguram que a proibição de prova tem que ser cumprida, pois, a busca pela verdade não pode ser desmedida.

Para a doutrina portuguesa, a prova proibida é a prova alcançada através da violação de direitos constitucionalmente garantidos. No seguimento deste pensamento, Germano Marques Silva afirma: “Um dos meios de que a lei se serve para proteger os cidadãos contra ingerências abusivas nos seus direitos é a proibição de prova. A proibição de prova assume desde logo grande importância pelo seu efeito dissuasor. Se para obtenção de meios de prova se violam direitos dos cidadãos, as provas que se obtenham através de tal violação não poderão ser atendidas no processo, são proibidas. Pretende-se com tal proibição evitar o sacrifício de direitos das pessoas por parte das autoridades judiciárias, dos órgãos de polícia criminal ou dos particulares, privando de eficácia as provas obtidas ou produzidas ilegalmente: *as provas proibidas não podem efeitos no processo*”⁹².

2.1.2. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – *CASO HUDSON VS MICHIGAN*

2.1.2.1. Nota Introdutória

Quando falamos do tema da admissibilidade, ou melhor, inadmissibilidade de provas proibidas, é perentório referir os Estados Unidos da América. Os EUA são considerados como o berço da teoria obstativa, pois a questão da inadmissibilidade surgiu nos Tribunais dos Estados Unidos, através das designadas *exclusionary rules*.

O acórdão *Mapp v. Ohio*⁹³ deixa uma marca muito importante no sistema jurídico americano, pois determina o início da revolução processual. O acórdão em causa estabeleceu duas situações, a

⁹⁰ SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, p. 138.

⁹¹ GONÇALVES, Fernando e ALVES, Manuel João, *op. cit.*, p. 129.

⁹² SILVA, Germano Marques da, *op. cit.*, p. 138.

⁹³ Decisão *Mapp v. Ohio*, de 1961.

revogação do princípio que estipulava que o método pelo qual a prova é obtida é irrelevante para a exclusão e a violação das regras das buscas e apreensões ditar a exclusão da prova.

O cenário que existia nos Estados Unidos criava a necessidade de uma urgente intervenção. As forças policiais não estavam a cumprir o seu papel de forma correta, pois as denúncias acerca de atuações irregulares eram crescentes. Em causa estavam violações de direitos dos cidadãos, e, deste modo, o Supremo Tribunal teve que intervir. As primeiras regras de exclusão de provas proibidas foram produzidas pelo Supremo Tribunal dos EUA, como forma de dar resposta à situação caótica vivida no território americano.

Nos EUA, a Constituição faz referência a Emendas, e as mais relevantes para esta matéria são a Quarta que determina o direito a não sofrer buscas e apreensões indevidas, a Quinta que estabelece o direito a não declarar contra si próprio⁹⁴, a Sexta direito a ser assistido por um advogado⁹⁵ e a Décima Quarta direito ao devido processo legal⁹⁶. São estas o fundamento constitucional para a criação e aplicação das *exclusionary rules*. O direito processual penal americano é sinónimo de processo criminal constitucional⁹⁷.

Como já tivemos oportunidade de referir anteriormente, a exclusão da prova é sustentada em razões constitucionais. A jurisprudência do Supremo Tribunal norte americano é um importante meio para essa sustentabilidade. O acórdão *Weeks v. United States* foi um marco relevante, pois ficou consagrado a exigência ético-política de integridade judicial e a necessidade de aplicação efetiva da Constituição. Ficou estabelecida a inadmissibilidade probatória de buscas ilegais e confissões forçadas⁹⁸.

Contudo, a realidade atual mostra que existe uma tendência crescente para anulação das regras de exclusão. A evolução da sociedade e as crescentes necessidades fazem com que seja necessário proceder a algumas alterações e, nos EUA, verificamos que têm emergido novas teorias que põem em causa a inadmissibilidade das provas proibidas. A tendência que se verifica no ordenamento jurídico americano é de incerteza quanto ao futuro das regras de exclusão. Isso é confirmado através da decisão *Hudson vs. Michigan*. Consideramos pertinente fazer uma análise da decisão jurisprudencial.

2.1.2.2. O caso *Hudson vs. Michigan*

O caso mediático que acabamos de referir, versa sobre a questão da violação da Quarta Emenda, que prevê o seguinte: “*The United States shall guarantee to every State in this Union a Republican Form*

⁹⁴ Cfr., a este respeito, decisão *Schmerber v. California*, de 1966.

⁹⁵ Cfr., a este respeito, decisão *Escobedo v. Illinois*, de 1964.

⁹⁶ DEU, Teresa Armenta, *A prova ilícita*– Um estudo comparado, p. 33.

⁹⁷ MESQUITA, Paulo Dá, *op. cit.*, p. 208.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 215.

*of Government, and shall protect each of them against Invasion; and on Application of the Legislature, or of the Executive (when the Legislature cannot be convened) against domestic Violence”*⁹⁹.

Em causa está a violação do domicílio do sujeito *Booker T. Hudson* e consequentemente a sua condenação pelo Tribunal Estatal por posse de drogas e armas de fogo. Contudo, a questão aqui não vai recair sobre a legitimidade da polícia ter entrado no domicílio do arguido e até que ponto é que o podia ou não fazer, pois, neste caso em específico, as autoridades estavam munidas da devida autorização judicial para proceder à busca e apreensão de provas. Aquilo que se sucedeu foi a quebra da regra do *knock and announce*. Esta regra, consagrada na Quarta Emenda, determina que as forças policiais têm que esperar, ou melhor devem, cerca de vinte a trinta segundos, após baterem à porta e anunciarem a sua presença, antes de entrarem nos domicílios dos sujeitos. Neste caso em específico, essa regra não foi respeitada.

Devido a este lapso das autoridades policiais, o tribunal de primeira instância, decidiu absolver o acusado, pois as provas que foram encontradas no seu domicílio e que faziam prova dos factos pelos quais estava acusado, não poderiam ser utilizados. Em causa estava a utilização de uma prova ilícita, prova proibida e, como sabemos, nos EUA, vigora a regra da *Exclusionary Rule*, que determina a exclusão total, independentemente dos contornos do caso em concreto, de provas consideradas proibidas.

O *Michigan Court of Appeals* não concordou com a sentença proferida pelo *Trial Judge* e decidiu condenar o arguido. Ao proceder à reforma da sentença, o tribunal estava a rever a possibilidade de aceitar a prova proibida que não foi aceite pelo tribunal da primeira instância. Foi aqui que sucedeu a reviravolta na jurisprudência americana. Até então, a *Exclusionary Rule* não tinha sido afastada. Este caso ficou marcado como a exceção à regra.

A razão pela qual o *Michigan Court of Appeals*, decidiu aceitar a prova, sustenta-se pelo facto de tais provas, inevitavelmente, virem a ser encontradas. Aqui, a atuação das forças policiais não interfere com a apreensão das drogas nem das armas, quer a polícia tivesse esperado os vinte ou trinta segundos antes de entrar, quer não tenha esperado, o desfecho ia ser o mesmo. Assim, o Tribunal do Michigan, considerou que o mais importante era condenar o arguido, pois existiam provas suficientemente incriminadoras para tal se suceder. Estavam dados os primeiros passos para uma mudança do paradigma.

Em seguida, tivemos outra decisão que confirmou esta mudança. É o caso da decisão do caso *Mapp vs Ohio*.

⁹⁹ UNITED STATES OF AMERICA, Constitution of the United States of America, disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm?utm_content=buffer05951#a4.

A necessidade de mudar surge quando existe uma evolução e o pensamento jurídico americano estava a mudar. Se anteriormente as ideias que sustentavam a *Exclusionary Rule* eram dogmáticas, isso alterou-se. Não fazia sentido sustentar a ideia de que os direitos dos cidadãos eram preservados, quando um criminoso é libertado apenas porque o agente policial não respeitou a regras dos vinte ou trinta segundos impostos pela Quarta Emenda.

A partir daqui, foram surgindo novas teorias que refletiam sobre a possibilidade de serem utilizadas no processo as provas proibidas. Passamos agora a expor algumas dessas teorias que fazem parte da ordem jurídica americana.

2.1.2.3. Exceção de erro inócuo: *harmless error exception*

No sistema americano subsiste uma divisão que diz respeito a proibições de prova constitucionais e a proibições de prova não constitucionais. Esta exceção apenas é aplicada a casos em que existe um erro, mas esse erro não tem importância prática suficiente para lesar os direitos e as garantias dos sujeitos. Assim, desde que não exista uma influência na decisão final, o erro pode ser admitido.

O caso mediático em que podemos ver a aplicação desta exceção é no *Chapman v California*¹⁰⁰. Em causa está um homicídio que ocorreu no dia 17 de outubro de 1962. Os dados concretos do caso são de um casal que estava hospedado num motel e que decidiu ir a um bar. Contudo, o casal e o empregado, foram vistos a sair juntos do bar. Um tempo depois, o corpo do empregado, *Billy Dean Adcock*, foi encontrado semienterrado à beira da estrada, com três tiros na cabeça, e a hora da morte foi definida como tendo sido às três da manhã do dia dezoito de outubro.

Os sujeitos foram encontrados e foi concluído que a arma de calibre vinte e dois, que matou *Billy*, era semelhante à arma comprada por *Chapman*, dias antes do assassinato. Contudo, a arma do crime, nunca foi encontrada.

Ruth Elizabeth Chapman and Thomas LeRoy Teale, foram presos e decidiram não prestar qualquer tipo de declarações. Utilizaram o direito constitucional presente na V Emenda que diz o seguinte: “*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be*

¹⁰⁰ Decisão *Chapman v. Califórnia*, de 1966.

a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

Contudo, o Tribunal declarou que o júri podia tirar as conclusões que quisessem pela falta de declarações dos arguidos. Porém, o Direito ao silêncio é um direito que assiste aos cidadãos americanos. O júri proferiu a decisão de culpa pelo homicídio em primeiro grau.

Entretanto, foi proferido também na Califórnia, pelo *The Supreme Court*, a decisão de que a atuação do júri em utilizar o silêncio dos réus contra si mesmos era inconstitucional, pois estava em causa a violação da V, que já foi transcrita anteriormente e da XIV Emenda que diz o seguinte: “*Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*” A decisão foi proferida no caso *Griffin v. State of California*.

No entanto, *The California Supreme Court*, no recurso que foi interposto da decisão, declarou que a prossecução do júri em utilizar o silêncio contra os arguidos se traduz num erro inócuo: *harmless error*. E, por isso, o meio de prova utilizado, era perfeitamente aceitável e válido. Sem dúvida que esta atitude do Tribunal da Califórnia convergiu para a consolidação das exceções à *Exclusionary Rule*.

Como forma de ajudar a aplicar melhor esta exceção, o Supremo Tribunal do EUA distinguiu dois tipos de violações: violações constitucionais que incidem sobre erros estruturais (*structural errors*) e as violações que se consubstanciam em erros processuais (*trial errors*). Os primeiros erros inquinam todo o processo e não permitem que as provas que advenham desse erro sejam utilizadas. Relativamente aos segundos, uma vez que podem ser isolados e também, regra geral, não são erros graves, as provas que estejam inquinadas por um erro deste tipo podem ser admitidas no processo.

2.1.2.4. Tratamento da ilicitude por derivação

O Supremo Tribunal dos EUA, desde bastante cedo que tem vindo a desenvolver a teoria dos frutos da árvore envenenada —*Fruits of poisonous tree doctrine*. Que proíbe a utilização de determinadas provas, quando estas advêm de provas proibidas. Como sabemos, esta doutrina, admite que não existe um raciocínio lógico se proibirmos determinados métodos de prova, mas depois permitirmos que, indiretamente, sejam utilizadas provas que derivem desses métodos. Por isso, como já tivemos oportunidade de afirmar, esta teoria explícita a impossibilidade de utilizar provas que advenham de métodos determinados como proibidos. A analogia utilizada é bastante elucidativa para o entendimento

da teoria. Se uma árvore está envenenada, todos os frutos que cresçam daquela árvore vão estar igualmente contaminados. Ora, esta é a ideia da prova proibida, se o método utilizado para alcançar uma determinada prova tem um vício, a prova que foi obtida também ela está “contaminada”.

Deste modo, o que está a ser teorizado é a impossibilidade de utilizar as provas proibidas. Contudo, numa tentativa de idealizar uma exceção, falamos da teoria donexo causal atenuado. Esta teoria pretende alcançar um raciocínio que consiga explicar a possibilidade de a prova proibida ser utilizada no processo penal. Todavia, não é a única exceção que pode ser utilizada quando esteja em causa uma ilicitude por derivação. Nestes casos, são aplicadas ainda a teoria da fonte independente e a exceção da descoberta inevitável, que passamos a explicar já de seguida.

2.1.2.4.1. Teoria do nexo causal: *Attenuated connection doctrine*

Esta teoria reflete-se como sendo uma exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada. A ideia que é aqui defendida refere-se à possibilidade de se utilizar provas que sejam consequência de outras provas proibidas. Porém, o que se defende é que tal seja permitido quando o vício que estava presente se encontre enfraquecido. O ponto principal desta teoria é o apelo à ponderação entre interesses individuais do arguido e os interesses da comunidade.

Uma situação que podemos referir que apela à utilização desta teoria são os casos em que os *Miranda Warnings*, não são realizados. O sujeito, quando passa a ser considerado um arguido, tem o direito de ser informado quanto aos Direitos que possui enquanto arguido no processo. Os *Miranda Warnings* consistem em advertências dadas pelos órgãos policíacos enquanto o suspeito se encontra sob custódia policial. Se por acaso o acusado confessar algo, mas não lhe tenham dado conhecimento dos *Miranda Warnings*, e dessa confissão resultar a obtenção de determinadas provas, estas não podem ser utilizadas. Estamos perante provas proibidas, pois resultam de forma direta, de direitos constitucionalmente consagrados.

Esta teoria permite olhar para situações idênticas e ponderar se existe um nexo causal acentuado entre a ação que foi cometida e o resultado, neste caso, as provas obtidas pela ação inquinada pelo vício. Se o nexo causal for fraco, então pensa-se que será possível atender ao interesse da comunidade em ver a prossecução da justiça ser alcançada. Se a ação tiver um vínculo enfraquecido do resultado, exclui-se a regra geral da inadmissibilidade da prova proibida.

O caso que podemos referir que demonstra a explicação desta exceção é o caso *Oregon v. Elstad*¹⁰¹. Neste caso, *Michael James Esltand* era suspeito de roubo e acabou por ser preso na sua própria

¹⁰¹ Decisão *Oregon v. Elstad*, de 1984.

casa pelas forças policiais. Todavia, antes de ser informado acerca dos seus Direitos, Michael proferiu uma declaração incriminatória. Apenas mais tarde, quando se encontra na esquadra, é que foi informado acerca dos seus Direitos. Após isso, de forma voluntária, realizou uma confissão por escrito.

Pela regra imposta no ordenamento jurídico americano, a confissão escrita, realizada pelo suspeito, não deveria ser tida em consideração, pois estamos a falar de uma prova que já está inquinada por um vício. O comportamento errado que as forças policiais tiveram no início da sua detenção inquinaram toda a atuação processual. Tudo o que advenha daí está contaminado.

Porém, a reflexão que se impõe é a de saber se tal situação é assim tão relevante ao ponto de permitir que a justiça não possa ser realizada. Será que é preferível atender ao vício que foi executado no início e deixar que a justiça fica por realizar? Devido a estas questões reflexivas é que surgiram teorias que tentam responder a novas necessidades existentes na sociedade. Os interesses da comunidade em geral —*public safety exception* também têm que ser tidos em consideração.

2.1.2.4.2. Teoria da fonte independente: *Independent source doctrine*

Uma outra exceção que podemos enunciar é a teoria da fonte independente. Está previsto nesta teoria a possibilidade de provas que foram alcançadas através de métodos proibidos serem aceites no processo. Considera-se que as provas não estão inquinadas pelo vício porque aqui estão em causa situações de obtenção de provas pela forma ilícita, mas que de qualquer outro modo, legal, também seriam alcançadas.

O caso que ilustra bem esta exceção é o *Murray v. United States*¹⁰². Aqui encontramos a situação de dois sujeitos, *Michael F. Murray and James D. Carter*, serem perseguidos por agentes policiais por suspeitas de atividades ilegais relacionadas com droga. Durante essa perseguição os policiais conseguiram descobrir para onde é que os dois sujeitos se dirigiram e encontraram um depósito, em *South Boston*. Após fazerem esta descoberta, os sujeitos foram presos, os veículos que condiziam e que continham droga foram legalmente apreendidos. Porém, não tinham autorização legal para entrar nos depósitos que encontraram aquando da perseguição e consideraram que deviam forçar a entrada e entrar sem um mandado de busca. Acontece que várias provas foram encontradas, mas não foram apreendidas. Os agentes esperaram para obter a devida autorização e só depois de terem o mandado é que apreenderam o restante material ilícito. Contudo, as provas que surgiram já estavam inquinadas, pois a ilegalidade da entrada no depósito já tinha sido cometida. Estamos perante provas proibidas.

¹⁰² Decisão *Murray v. United States*, de 1987.

Os arguidos, como forma de defesa, afirmaram que tais provas foram obtidas através de uma entrada forçada e sem a devida autorização e, por isso, não podiam ser utilizadas. Pela regra normal, a razão estaria do lado dos arguidos, pois aquilo que se aplica é a inadmissibilidade de utilização das provas proibidas no processo.

A teoria da fonte independente vem introduzir uma nova exceção à regra geral, possibilidade de utilizar provas proibidas quando os factos apontam para a possibilidade de as provas serem encontradas quer pela via legal, quer pela via ilegal. Atendendo às factuaisidades descritas, as drogas seriam encontradas quer existisse um mandado de busca e apreensão, quer não existisse qualquer mandado. Aqui vale a ideia de que a fonte da prova é independente e não está alicerçada a nenhum método específico de obtenção.

Quando uma situação destas ocorre, o precedente que vigora é o da exclusão da regra geral da árvore envenenada.

2.1.2.4.3. Exceção da descoberta inevitável: *Inevitable discovery exception*

Falamos agora da última exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada. Aqui é defendido a ideia de que a prova seria encontrada de qualquer forma. Pode parecer um pouco confuso e até uma repetição da teoria enunciada no ponto anterior, mas a realidade é que são dois pontos bastantes distintos. A ideia desta teoria e que a distingue da teoria anterior é que aqui vigora a máxima de que a prova seria encontrada em qualquer circunstância. Em nada está relacionado com a legalidade dos métodos de prova, conforme está consagrado na teoria anterior. Esta teoria apenas se foca nas circunstâncias inevitáveis que contribuem para a descoberta dos factos.

O precedente que é utilizado nesta teoria é o caso *Nix v. Williams*¹⁰³, que relata o caso em que *Williams* foi preso pelo homicídio de uma menina de dez anos cujo corpo foi encontrado numa estrada. Devido aos contornos do caso, as buscas tornaram-se intensivas e a polícia estava num empenho constante para descobrir a verdade acerca do que aconteceu. Durante as buscas, um polícia, questionou *Williams* acerca de uns pormenores, sem a presença de um advogado, e conseguiu assim chegar ao local onde estava o corpo. Os *Miranda Warnings*, apenas foram lidos após a sua detenção.

A questão que se coloca é saber se as provas que foram encontradas, neste caso em concreto, o corpo da criança, devem ou não ser tidas em consideração como fundamento para a condenação do réu. Pela teoria dos frutos da árvore envenenada, não, a prova que foi encontrada não deve ser valorada porque está inquinada por um vício, pois o sujeito deu informações sem a presença do seu advogado e

¹⁰³ Decisão *Nix v. Williams*, de 1983.

isso viola a VI Emenda, que diz o seguinte: “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.*”

Contudo, pela exceção da descoberta inevitável, a prova encontrada pode ser utilizada, pois a sua descoberta iria acontecer quer o sujeito Williams falasse ou não. Quando em causa está uma prova que a sua descoberta seria inevitável, então não há dúvidas de que a sua utilização é válida e, por isso, poderá ser utilizada no processo.

2.1.2.4.4. Exceção de impugnação: *Impeachment exception*

Esta exceção presente no ordenamento jurídico americano versa sobre uma realidade muito específica deste sistema jurídico que é a possibilidade de o sujeito ficar em silêncio durante o seu interrogatório. Porém, se não o fizer e decidir, autonomamente, mentir, estamos perante uma situação de perjúrio. Esta conduta vai acarretar sanções específicas. Uma das consequências que se pode verificar é a de que, caso se consiga comprovar que o réu está a mentir e por isso cometeu perjúrio, as provas que não tinham admissibilidade para serem valoradas no processo passam a ser. Isto acontece como forma de impugnar a credibilidade do arguido. É de salientar o seguinte, o que se pretende fazer com isto “atacar” a credibilidade do arguido e não a sua culpabilidade no caso em apreço.

O precedente que podemos salientar aqui é o *Harris v. New York*¹⁰⁴, que retrata uma situação em que se fez uso da exceção de impugnação. *Harris* foi preso por vender heroína a um polícia disfarçado. Porém, antes de receber os *Miranda Warnings*, o sujeito declarou que realizou a venda porque o agente lhe tinha pedido. Independentemente de ser uma prova útil para o processo, esta declaração de venda de produtos ilícitos não pode ser utilizada porque é uma prova proibida.

Mais tarde, no julgamento, quando chegou o momento de prestar o seu depoimento, o arguido alterou os factos e afirma que afinal não chegou a realizar a primeira venda e na segunda venda não vendeu nenhum produto estupefaciente, mas sim fermento em pó. A parte contrária decidiu utilizar a primeira declaração para atingir a sua credibilidade, pois em algum dos momentos, o arguido cometeu perjúrio.

Deste modo, verificamos, mais uma vez, a possibilidade de utilizar uma prova proibida no âmbito do processo. Esta exceção acaba por funcionar como uma tentativa de promover a funcionalidade do

¹⁰⁴ Decisão *Harris v. New York*, de 1970.

processo penal, pois de uma forma indireta, está se sempre a desencorajar o sujeito de mentir e ocultar a realidade dos factos.

2.1.2.4.5. Exceção de boa-fé: *Good faith exception*

As considerações acerca desta teoria são bastante resumidas e céleres. Existem situações em que os agentes de autoridade, independentemente de estarem a agir contra as leis, acreditam que não estão a violar nenhuma norma e que estão a agir dentro dos parâmetros que lhes são exigidos. Falamos assim de situações em que os agentes policiais agem de boa-fé, pois não se apercebem que a sua conduta está fora dos parâmetros legais. Todas as provas que sejam conseguidas nestas circunstâncias são admitidas.

Parece um pouco contraditório permitir esta exceção, uma vez que a *Exclusionary Rule* existe precisamente para prevenir e dissuadir os órgãos policiais de utilizarem métodos de provas proibidos e provas proibidas para alcançarem os seus objetivos. A razão de ser desta exceção alicerça-se na máxima de que tem que existir uma ideia real e fundamentada de que o polícia agiu na convicção de que estava a atuar de forma válida.

O caso que podemos referir nesta exceção é o *United States v. Leon*¹⁰⁵ que relata a situação de *Leon* estar a ser vigiado por dois agentes policiais, após denúncia anónima. Em consequência dessa vigilância, os polícias decidiram solicitar ao juiz um mandado de busca para a casa de *Leon*. O juiz acedeu ao pedido e emitiu o mandado. Consequentemente, conseguiram apreender grandes quantidades de droga. Concluiu-se que afinal o mandado era insuficiente para proceder à apreensão da droga. Não existia uma causa provável e necessária para emitir o mandato.

Facilmente entendemos o ponto lógico desta exceção no caso em concreto. É notório que os agentes agiram com a ideia de que estavam a realizar tudo conforme a lei previa e que não estavam a incorrer em nenhuma falha. Deste modo, estamos perante uma situação inequívoca de atuação dotada de boa-fé.

Atendendo à regra geral, as provas que foram adquiridas não podem ser utilizadas, mas uma vez que existe esta exceção e os pressupostos que preveem a sua aplicação estão verificadas, as provas proibidas ganham admissibilidade no processo.

¹⁰⁵ Decisão *Leon v. United States*, de 1983.

2.1.2.4.6. Requerimento de exclusão de prova: *Standing for motion to suppress*

A última exceção que vamos falar versa sobre a possibilidade de ser requerida a exclusão da prova- *Exclusionary Rule*, ou seja, a possibilidade de a regra geral deixar de ser aplicada ao caso em concreto. E por muito atípico que nos possa parecer, esta exceção é uma das mais utilizadas pelo Supremo Tribunal dos EUA.

O Requerimento para evitar a aplicação da regra geral versa sobre situações de busca e apreensões. O pressuposto da sua aplicação recai na legitimidade. Quem terá legitimidade para proferir tal pedido? Ora, a legitimidade recai sobre aquele que possui legítimas expectativas de privacidade própria que tenham sido violadas pela busca.

2.1.3. INGLATERRA

Para iniciarmos as considerações acerca desta matéria, convém fazer uma breve referência sobre o funcionamento jurídico do sistema penal em Inglaterra. Isto implica informar que os Tribunais ingleses não desempenham qualquer tipo de função de investigação. A investigação não corresponde à autoridade judicial e, por isso, é imprescindível que exista uma entidade para acusar. Assim, o ónus da prova, recai ao acusador dos factos¹⁰⁶. O exercício da ação penal pertence à ação judicial que é dotada de discricionariedade.

Na *common law* de Inglaterra a teoria que era aplicada, relativamente às proibições de prova, era da admissibilidade de provas proibidas, pois, vigorava neste ordenamento a regra geral de todos os meios de prova devem ser admitidos, independentemente da sua origem¹⁰⁷. Contudo, o sistema inglês sofreu uma mudança, no que diz respeito à questão probatória, com o *Police and Criminal Evidence Act* de 1984- PACE, mais especificamente com o art.º 78, a), que diz o seguinte “In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposed to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it¹⁰⁸.” Referimos ainda a importância do art.º 82, n.º3, que a par com o art.º mencionado anteriormente, determinam que o juiz tem o poder de excluir uma prova quando essa prova se torna injusta no processo. O exemplo que podemos referir sobre uma possível inadmissibilidade são os testemunhos de ouvi dizer- *hearsay*.

¹⁰⁶ DEU, Teresa Armenta, *A prova ilícita*- Um estudo comparado, p. 29.

¹⁰⁷ ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *op. cit.*, p. 191.

¹⁰⁸ Police and Criminal Evidence Act, 1984, artigo 78/a, disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/117594/pace-code-a-2011.pdf

Deste modo, o que se sucede é a inadmissibilidade da prova que comprometa a justiça e equilíbrio do processo, pois a sua admissão teria mais consequências negativas do que positivas. A situação de recusa de utilização de provas, regra geral, é uma exceção.

O que vigora também neste sistema é a admissibilidade praticamente total de qualquer tipo de prova que surja de fonte real. Como fonte real entende-se provas que sejam adquiridas através de procedimentos periciais como também de documentos. Isso acontece devido ao grau de fiabilidade que a prova apresenta, pois considera-se que em situações desse género a exclusão da prova compromete a verdade e justiça do processo. Isto foi estabelecido através do precedente *R v. Cooke*¹⁰⁹, em 1995.

Por fim, foi introduzido no sistema inglês, em 1998, o diploma *Human Rights Act* de 1998¹¹⁰ no sistema inglês, que funcionou como um reforço às normas consagradas no *Police and Criminal Evidence Act*. Este novo diploma deu uma margem de atuação à atividade jurisdicional, pois nos casos em que os juizes britânicos considerarem que os precedentes estão em divergência com os princípios da Convenção dos Direitos Humanos e com os precedentes do TEDH, podem desconsiderá-los.

A vertente permissiva do sistema inglês continua bastante enraizada. Verificamos que a tendência é da admissibilidade. O julgamento *R. v. P*¹¹¹, em 2001, comprova essa tendência, pois foi decidido pelo juiz aceitar a escuta telefónica, mesmo estando em desacordo com a lei por considerar que tal prova não violava o direito a um julgamento justo- *fair trial* e que a sua exclusão podia ser mais prejudicial do que a sua utilização.

A regra que vigora no sistema inglês é de admissão geral de todo o tipo de provas, desde que sejam consideradas como pertinentes para o processo. O mesmo acontece, por exemplo, no Canadá e na Austrália.

2.1.4. ALEMANHA

A escolha deste modelo como forma de comparar dinâmicas sobre a temática em observação deve-se ao facto de ser um dos modelos que mais experiência reúne em relação ao tema. O que também ditou esta escolha foi a influência que o sistema jurídico alemão exerce no direito português.

O objetivo do modelo alemão assenta na proteção de bens jurídicos que sejam considerados como relevantes para a ordem jurídica e, por isso, aquilo que pretendem alcançar é uma construção de uma doutrina sólida. Este tema encontra a sua denominação através da expressão *die Beweisverbote*. A Constituição Federal Alemã não possui previsão expressa proibindo a utilização de provas obtidas por

¹⁰⁹ Decisão *R v. Cooke*, de 1998.

¹¹⁰ *Human Rights Act*, 1998, disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/data.pdf>.

¹¹¹ Decisão *R. v. P.*, de 2000.

meios ilícitos, sendo essas proibições construídas inicialmente na doutrina e posteriormente pela jurisprudência, com base nas disposições da *Strafprozessordnung* StPO (Código de Processo Penal Alemão)¹¹². Porém, independentemente da posição que este sistema defende, já ocorreram alguns casos em que a atividade jurisdicional determinou a inadmissibilidade de uma determinada prova, prosseguindo os critérios de ponderação de interesses. Isso aconteceu devido a violações de princípios básicos do Estado de Direito. Contudo, a posição do ordenamento jurídico alemão é considerada uma das mais práticas e flexíveis sobre esta matéria.

É importante salientar que a doutrina alemã faz uma diferenciação importante entre proibições de prática da prova- *Beweiserhebungsverbote* e as proibições de utilização- *Beweiserwertungsverbote*. No que diz respeito ao primeiro tipo de proibições existe mais quatro subtipos. Falamos assim de proibições de temas probatórios- *die Beweismaterverbote*, proibições de meios de prova- *die Beweismittelverbote*, proibições de métodos probatórios –*die Beweismethodenverbote*; proibições probatórias relativas –*die relativen Beweisverbote*.

Relativamente às proibições de valoração podemos fazer uma divisão entre provas as independentes- *selbständiges*, que se referem às violações, diretas ou indiretas, de provas que não estão previstas especificamente na lei, mas que derivam de preceitos constitucionais e as dependentes – *unselbständige*, que se baseiam nas violações de provas diretamente previstas na lei. Um exemplo que podemos referir de uma proibição dependente é o art. 136º da StPO, que estabelece os métodos de interrogatório proibidos, nomeadamente interrogatórios sem assistência de advogado e sem informações acerca do direito ao silêncio. Mas mesmo assim, a jurisprudência alemã prevê exceções. O Supremo Tribunal Federal –*Bundesgerichtshof*, definiu que a prova que seja obtida durante um interrogatório e tenham sido utilizados métodos proibidos de prova, deve ser admitida se tiver existido assistência do advogado e não existir um pedido de exclusão de prova ou também deve ser admitida se o arguido estivesse ciente já dos seus direitos¹¹³.

Uma situação que temos ainda que mencionar são as soluções díspares que têm sido aplicadas quando se verificam proibições independentes e dependentes. No que diz respeito às independentes, a solução passa pela adoção da teoria de ponderação de interesses. Já para as dependentes, regra geral, a opção passa por uma resolução casuística, ou seja, mais atenta às circunstâncias do caso em concreto, nomeadamente os factos e o tipo de lesão e a sua gravidade.

¹¹² ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *op. cit.*, p. 166.

¹¹³ ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, citado em RIBEIRO, Joana Clara Freire, in Dissertação de Mestrado, *A (in)admissibilidade das provas proibidas em processo penal*, p. 28.

Como já tivemos oportunidade de referir anteriormente, o sistema alemão é um sistema com uma grande flexibilidade. Isso acontece não só por causa da jurisprudência, mas também por causa da legislação. Podemos referir a questão das escutas telefónicas, por exemplo, pois só em casos graves, como a ausência de uma ordem judicial, é que se aplica a inadmissibilidade de tal prova. Outro exemplo é a admissibilidades dos testemunhos de ouvi dizer, que podem ser utilizados como prova, assim como os testemunhos de agentes infiltrados.

Por terminar, a primeira situação que podemos invocar como forma de explicar a flexibilidade deste sistema é a teoria desenvolvida pelo BGH, a teoria das esferas jurídicas –*Rechtskreistheorie*. Esta teoria defende que a valoração de provas vai depender do tipo de lesão nos direitos do acusado. Para Gössel, que é defensor desta teoria, se não existir uma lesão específica nos direitos do acusado, a prova é admitida no processo. Numa posição contraditória temos Roxin que considera a teoria não adequada e denomina-a como reducionista¹¹⁴. A segunda situação que introduzimos de modo a constatar a maleabilidade do ordenamento jurídico alemão é a teoria dos três degraus, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão –*Bundesverfassungsgericht*, também habitualmente designado por BVerfG, que é aplicada segundo critérios de ponderação de interesses e uma aplicação direta do princípio da proporcionalidade. Tal como o próprio nome indica, a teoria em análise, faz a distinção de três esferas da vida privada. O primeiro degrau ou a primeira esfera, conforme consideramos mais pertinente denominar, diz respeito ao círculo mais íntimo, essencial e inviolável da esfera privada do indivíduo e, por isso, seguindo o raciocínio da proporcionalidade, terá de ser afastado da ponderação de interesses. O segundo degrau diz respeito a uma posição mais intermédia que corresponde à área normal de privacidade assegurada também pela Constituição, mas que não se considera como um direito absoluto. Aqui prevê-se a possibilidade de ser sacrificado em prol da prova no processo, quando a gravidade dos factos assim o exigir e mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade. O terceiro degrau diz respeito à privacidade que pode ser lesada, independentemente de ser também protegida pela Lei.

Apesar de ser considerada uma das teorias mais relevantes na jurisprudência alemã, existem algumas críticas que não podem ser ignoradas, nomeadamente, a questão de saber como é que se consegue distinguir onde termina o núcleo essencial do primeiro degrau e começa o núcleo intermédio do segundo degrau e, por isso, onde se inicia a sujeição à ponderação de interesses. A resposta a esta questão é dada pelo BVerfG, que considera que a melhor forma de se resolver qualquer questão que possa surgir sobre esta problemática, é a reflexão casuística. Só a ponderação das circunstâncias específicas de cada caso em concreto é que permite chegar à conclusão em qual degrau se insere. Existe

¹¹⁴ ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *op. cit.*, p. 171.

uma situação relativamente a esta questão que tem se der salvaguardada. Quando está em causa algum crime particularmente grave como é o caso de crimes que sejam verdadeiros atentados civilizacionais, homicídio em série, genocídio, terrorismo, é possível admitir no processo provas que tenham sido conseguidas através da intromissão no primeiro degrau da esfera jurídica.

A questão que também surge quando nos referimos a esta teoria é saber como é que se realiza a ponderação de interesses. De acordo com Weigend, são utilizados três critérios para decidir qual o interesse que deve prevalecer, a importância da prova obtida para a resolução do caso, o relevo do direito violado e, por último, a seriedade da lesão¹¹⁵.

Gössel afirma que o BGH, tem recorrido cada vez mais ao critério da ponderação de interesses, segundo o qual "deve-se ponderar os interesses de uma administração da justiça funcional contra o peso da violação constitucional e sua importância para os interesses individuais do acusado"¹¹⁶. Passa-se assim a ter uma ponderação focada na importância da prova no processo para a resolução específica do caso e não tanto uma consideração apenas da esfera jurídica do acusado.

Para terminar a questão ligada à flexibilidade do sistema alemão, vamos falar sobre as provas obtidas por particulares no decurso da investigação. Quanto isto, para uma explicação inequívoca e esclarecedora, consideramos ser mais pertinente citar diretamente Roxin que diz o seguinte "Dado que as disposições sobre o procedimento da StPO (e ante tudo as proibições de métodos probatórios!) apenas estão dirigidas aos órgãos da persecução penal, esse tipo de provas [obtidas por particulares] são, em princípio, valoráveis; uma exceção deve ser, unicamente, para casos de extrema violação dos direitos humanos [...], por exemplo, quando um particular obtém uma confissão através de torturas insuportáveis [...]"¹¹⁷.

Para concluir este ponto elaboramos umas céleres conclusões. A regra que vigora é da admissibilidade da prova proibida, contudo, em casos que estejam em causa violações graves de Direitos Fundamentais, essa admissibilidade deixa de ser permitida. Para decidir, casuisticamente, acerca da admissibilidade ou não de provas, é utilizada a teoria dos três degraus da esfera jurídica.

Já tivemos a oportunidade de referir que o sistema alemão, no que diz respeito às proibições de prova, é extremamente flexível, dado que, as respostas que surgem interligadas ao tema proibições de prova, são dadas pontualmente, mediante situações concretas e não através da legislação.

¹¹⁵ WEIGEND, citado em ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *op. cit.*, 198.

¹¹⁶ Gössel denomina-a teoria da ponderabilidade (*Abwägungstheorie*).

¹¹⁷ ROXIN, citado em ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *op. cit.*, 173.

2.2. Reflexão da análise dos sistemas jurídicos estrangeiros

Consideramos importante salientar uma pequena reflexão acerca do que foi estudado acerca dos sistemas jurídicos estrangeiros.

O estudo de direito comparado realizado no ponto anterior, permitiu concluir que as *exclusionary rules* e as *beweisverbote* são institutos jurídicos bastante diferentes. Nos EUA, as proibições de prova, tem uma função intrinsecamente processual, pois, como é comum nos sistemas de *common law*, prevê-se uma atuação jurisprudencial para a resolução dos conflitos concretos. O sistema americano pretende assegurar a disciplina das instâncias formais de controlo —máxime da polícia¹¹⁸. No entanto, na Alemanha, o objetivo concentra-se mais na construção de um sistema de proibições de prova que uniformize o instituto jurídico e as incongruências à sua volta, bem como na solução para problemas concretos que estejam interligados a esta temática.

O que foi constatado é a existência de uma aproximação entre os sistemas *de common law e de civil law*, no que diz respeito às provas ilícitas. Contudo, os sistemas do *common law* têm adotado uma estratégia diferente, pois a aposta de atuação tem se concentrado na flexibilidade e discricionariedade dos juizes. Já os sistemas de *civil law* têm optado por uma atuação mais centrada para uma solução legislativa, mas sempre com atenção para a situação casuística dos factos.

A conclusão que se retira da análise dos sistemas é da tendência para abertura de admissibilidade da prova proibida e que, em ambos os sistemas jurídicos, também existe a possibilidade de exclusão de provas quando em causa estiverem situações de necessidade de proteção de Direitos Fundamentais. As regras de exclusão de provas funcionam como uma garantia de proteção contra situações graves de violações de Direitos Fundamentais ou também de atuação policial.

Julgamos pertinente citar Brandley, pois de forma objetiva e inequívoca, concluí o modo de atuação dos sistemas estrangeiros: “Não há dúvidas que a tendência internacional atual é no sentido de utilizar regras de exclusão para determinar a obediência policial às regras processuais. Todavia, com a exceção (universal) de que confissões coagidas devem sempre ser excluídas, a maioria dos países deixa a decisão sobre a exclusão para a descrição do juiz da ação penal”¹¹⁹.

¹¹⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, *As Proibições... cit.*, p. 144.

¹¹⁹ BRADLEY, Craig (ed.), *Criminal procedure: a worldwide study*, citado em ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *op. cit.*, 198.

2.3. A prova proibida no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Devido à importância do Direito Comunitário no panorama quer nacional quer internacional, decidimos abordar a questão da valoração de provas ilícitas no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. As decisões do TEDH têm influência nas decisões dos tribunais superiores europeus.

O TEDH não tem uma regulação específica acerca do tema provas proibidas e admissibilidade e eficácia das provas. Por isso, o que se pode salientar como relevante para esta matéria é o art.º 6 da CEDH¹²⁰. Neste aspeto, o art. 6º, nº 2 da CEDH também é relevante, pois estabelece a presunção da inocência enquanto a culpa não é estabelecida. Deste modo, verificamos que a atuação do TEDH, em matéria de provas, é muito concentrada para o axioma de um processo justo.

Um dos julgamentos mais relevantes acerca do tema provas ilícitas foi o precedente *Schenk v. Switzerland*¹²¹, em 1988. Este caso relata uma situação em que o marido, *Mr. Schenk*, encomendou a morte da sua esposa, *Mrs. Schenk*, a um antigo mercenário, *Mr. Pauty*. As intenções do marido foram informadas à esposa e também às autoridades policiais. Como tentativa de arranjar provas sobre o sucedido, *Mr. Pauty*, decide gravar, clandestinamente, a chamada telefónica do *Mr. Schenk*. Uma vez que na chamada foram revelados pormenores acerca do pedido realizado, a chamada incriminava-o. A gravação foi utilizada como prova contra *Mr. Schenk* por tentativa de homicídio.

Uma vez que o cidadão em causa tinha nacionalidade suíça, o direito que tinha de ser aplicado era o direito do seu país, ou seja, o direito suíço. O art. 179º do Código Penal Suíço, afirma que a realização de uma gravação, sem o conhecimento e consentimento da outra parte é considerado crime. Contudo, os tribunais suíços consideraram a gravação da conversa como prova válida e por isso, admissível no processo, independentemente de ser considerada como prova ilícita. A condenação do tribunal nacional baseou-se nos resultados obtidos através da gravação.

O TEDH, considerou-se incompetente para analisar a questão que lhe foi intentada, pois os recursos internos não foram devidamente esgotados, porém, analisou o processo no seu conjunto. A análise que estava a ser realizada incidia sobre a violação do disposto no art. 6º da CEDH, pois era importante equacionar se a utilização do meio de prova obtida ilicitamente, a gravação da conversa, tornava o processo justo.

¹²⁰ O art.º 6, nº1 da CEDH estabelece o seguinte: Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf.

¹²¹ TEDH, *Schenk v. Switzerland*, 1988.

A decisão foi da aceitação da prova e da não violação da norma do art. 6º da CEDH. O tribunal considerou que a utilização da gravação não tornava o processo injusto. Existiu um voto divergente, o Juiz Loucadies, que considerava impossível aceitar uma prova obtida mediante a violação do direito à vida privada. Aceitar a sua utilização baseada num processo justo não é plausível. O art. 6º e o art. 8º da CEDH são corolários e, por isso, não se pode considerar que um processo é justo quando existe violação à vida privada do sujeito.

Concluimos que a ilicitude probatória está vinculada ao art. 6º da CEDH, não diretamente, mas de forma indireta, pois a Convenção não tem regras específicas acerca da admissibilidade das provas. O que se verifica é a necessidade de culpabilidade. Teresa Armenta Deu explicita a questão da seguinte forma: “A exigência de culpabilidade legalmente estabelecida tem sido considerada para fundar uma teoria da regra de exclusão adaptada, que sancione tanto a utilização das provas proibidas ou obtidas de maneira desleal, como as obtidas direta ou indiretamente mediante procedimentos irregulares”¹²².

A análise acerca da admissibilidade das provas tem que ser feita em conjunto, ou seja, examinar o conjunto do processo e, tentar perceber se, de um modo abstrato, o processo foi equitativo. Só se a conclusão for negativa é que se opta pela exclusão da prova. Esta posição adotada pelo TEDH é explicada de forma inequívoca pela autora Teresa Armenta Deu que afirma o seguinte: “Em diversas decisões, das quais seguidamente se mencionará, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem reiterado a conexão prova ilícita e processo equitativo e a perentoriedade de acudir sempre à valoração conjunta da prova, lícita e ilícita, para fins de alcançar um juízo ponderativo e, a partir dele, atingir o correto processamento sobre eventual vulneração do direito a um processo justo, no qual a condenação do acusado seja fruto de um processo com tais características”¹²³.

A exclusão de provas tem sido reservada para situações extremas. O exemplo disso é o precedente *Teixeira de Castro v. Portugal*, de 1998¹²⁴. Os factos baseiam-se na atuação de dois agentes policiais que provocaram a atuação ilícita do sujeito, Sr. Francisco Teixeira de Castro. Os policiais à paisana, provocaram o sujeito para que ele vendesse heroína. Estamos perante a figura de agentes provocadores. Neste caso, o tribunal considerou a inadmissibilidade das provas obtidas, pois o art. 6º da CEDH estava a ser violado.

Podemos ainda salientar um outro exemplo, o precedente *Allan v. Reino Unido*¹²⁵, de 2002. Também aqui existiu uma provocação, por parte de uma agente infiltrado numa cadeia, para levar um

¹²² DEU, Teresa Armenta, *A prova ilícita*– Um estudo comparado, p. 156.

¹²³ *Ibidem*, p. 151.

¹²⁴ TEDH, *Teixeira de Castro v. Portugal*, de 1998.

¹²⁵ TEDH, *Allan v. Reino Unido*, de 2013.

sujeito a ter uma determinada atuação. Este induziu a que o delinquente confessasse um delito que tinha cometido anteriormente à sua condenação. Uma vez que estamos perante uma autoincriminação, o art. 6º da CEDH foi violado, a prova não pode ser admitida no processo.

O tribunal de Estrasburgo não se refere de forma explícita à admissibilidade das provas, como já referimos nos parágrafos anteriores. Essa regulação diz respeito ao direito interno. O que se sucede é, à luz das normas europeias, aceitar ou excluir uma prova por colocar em causa a justiça e a equidade do processo. As decisões decorrem da ponderação de interesses individuais com os interesses públicos envolvidos no processo penal, mediante a utilização do princípio da proporcionalidade¹²⁶. Isto está consagrado no precedente *Soering v. United Kingdom*¹²⁷, de 1989, que afirma é inerente à finalidade da Convenção procurar pela ponderação justa entre as exigências do interesse geral da comunidade e a necessidade de proteção dos direitos humanos individuais¹²⁸.

¹²⁶ ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *op. cit.*, p. 165.

¹²⁷ TEDH, *Soering v. United Kingdom*, de 1989.

¹²⁸ Tradução de ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *op. cit.*, p. 165.

CAPÍTULO III: TEORIAS ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA PROIBIDA

1. Teoria obstativa

A teoria que estamos a falar defende, como já referimos, a rejeição de todas as provas que forem obtidas através de uma violação das normas consagradas. E, o que interessa referir acerca desta teoria é que a rejeição que é levada a cabo é realizada independentemente dos direitos que estejam a ser discutidos. Não é permitido que exista uma ponderação de direitos, em que casuisticamente se pondera qual dos direitos deve ou não ser levada em consideração, nem se permite que exista uma ponderação lógica por parte do juiz que está no processo. Aqui vigora a máxima da rejeição, além das circunstâncias.

Considera-se que o mais justo a fazer é não permitir nenhum tipo de valoração porque, se abrissemos mão a uma exceção, muito provavelmente teríamos uma infinidade de casos em que também teria que existir uma exceção. Como forma de prevenir a existência de um precedente, os defensores desta teoria, afirmam a imperatividade da inadmissibilidade das provas proibidas no processo penal. Os doutrinários desta teoria têm noção de que as proibições de prova atuam como obstáculos à descoberta da verdade no processo penal¹²⁹. Contudo, a prossecução da verdade tem que ser equilibrada e não pode ser uma justificação para o desequilíbrio do sistema. Já referimos, frequentemente, ao longo deste trabalho, que em causa não pode estar a busca desenfreada pela verdade.

Todavia, é importante reter a ideia de que a prova proibida tem que ser sempre recusada, não apenas por desprezar o direito positivo, mas também por violar a proteção e defesa dos Direitos, Liberdades e Garantias, consagrados na Constituição. A teoria obstativa, afirma que estas imposições constitucionais são importantes porque permitem uma prossecução e manutenção da paz social, da ordem e bem-estar público a boa condução do processo, então todos os atos processuais que sejam contrários ou que de alguma forma violem estes preceitos devem ser ineficazes¹³⁰.

Ada Pellegrini, defensora da teoria que acabamos de expor, afirma o seguinte: “(...) para sustentar-se a inadmissibilidade de uma prova em juízo, basta o fato de que tenha sido ela obtida ilegalmente, violando-se normas jurídicas de qualquer natureza. Especialmente quando estas normas tenham sido postas para proteger direitos fundamentais, vulnerados através da obtenção, processual ou extra processual, da referida prova¹³¹.” Podemos ainda referir Francisco das Chagas Lima Filho que

¹²⁹ RIBEIRO, Joana Clara Freire, *op. cit.*, p. 3.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 5.

¹³¹ *Ibidem*, p.4.

considera que toda prova proibida tem que ser eliminada, independentemente dos factos que sejam aduzidos no processo¹³².

2. Teoria permissiva

Conseguimos perceber, antes de qualquer outra explicação, o que esta teoria afirma. Tal como o nome indica, permite a utilização de provas proibidas no processo penal. Também esta teoria é extremista, tal como é a teoria obstativa, pois aqui é permitida a valoração de todo o tipo de provas que sejam consideradas como válidas e importantes no processo penal. Não interessa a forma como foi obtida, o que interessa é a verdade que permite repor.

A teoria permissiva defende que a prossecução da justiça e, conseqüentemente, a verdade material, sejam a prioridade do Estado de Direito. Não interessa acautelar os Direitos Fundamentais, aquilo que interessa é alcançar um estado de verdade que permita atingir o objetivo do processo, a realização da justiça. Importa salientar que não pretendemos entrar em considerações conceituais acerca da verdade. Não desejamos clarificar se estamos perante uma verdade material ou uma verdade processual, apenas enquanto essência real daquilo que aconteceu. O objetivo final da verdade são apenas factos e é isso a que nos referimos quando utilizamos o conceito.

Convém ainda salientar um ponto importante quando nos referimos a esta teoria. Para os doutrinários que apoiam a admissibilidade total das provas proibidas consideradas importantes no processo penal, não existe a preocupação da tutela e proteção dos Direitos Fundamentais, pois os Direitos e Garantias devem ser protegidos de outras formas, sem que exista a necessidade de retirar a eficácia ao processo penal, nem impedir o processo de ser um meio para a descoberta da verdade e aplicação da justiça¹³³.

Se a esta teoria fosse efetivamente aplicada nos tribunais, o processo tornar-se-ia como um instrumento implacável no combate à criminalidade, permitia ao juiz ter uma capacidade de conhecimento extremamente completo e assim, as suas decisões seriam sempre tomadas tendo em conta um conhecimento profundo acerca das circunstâncias factuais do caso em concreto. A ideia que impera aqui é a da correta aplicação da justiça.

A opção de aplicabilidade prática desta teoria, num Estado de Direito, como o Estado Português, não acolhe muito apoio. Permitir a sua aplicabilidade era destruir a segurança e o respeito pelos Direitos Fundamentais. Surgem diversos argumentos como tentativa de salvaguardar a sua possível

¹³² *Ibidem*.

¹³³ *Ibidem*, p. 6.

aplicabilidade, nomeadamente a questão da sua validade. Para os defensores desta teoria, o conteúdo da prova é válido e, por isso, deve ser utilizado. O que está inquinado pelo vício de ilicitude não é conteúdo da prova, mas sim o seu conteúdo da prova proibido. Por isso, como são coisas diferentes, não se pode excluir o conteúdo da prova proibida, o seu conteúdo não tem nenhum vício. Um outro argumento é a questão da demonstração da verdade, pois se a prossecução e eficácia da justiça estiverem assegurados, a questão da violação de direitos não deve impedir a consagração.

O juiz deve apenas ter em atenção aos factos e à verdade que consegue alcançar e não ter em consideração a fonte probatória. Tem que existir uma autonomia entre conteúdo e meios. Têm que funcionar como duas realidades distintas.

Devido à sua posição demasiado extremista na vertente da permissão, esta teoria conta com imensas críticas, porém tem os seus apoiantes que defendem que é preferível utilizar uma prova proibida do que permitir que os Direitos, Liberdades e Garantias, sejam um véu para encobrir comportamentos condenáveis penalmente.

O sistema jurídico que mais se aproxima desta teoria é o sistema israelita, pois consideram que quanto maior for o conhecimento dos factos no processo, mais justa será a decisão. O que interessa é alcançar a realização da justiça. Uma aplicabilidade prática que podemos referir desta teoria em Israel, é no caso de terrorismo.

Importa salientar um pormenor acerca da teoria permissiva. Independentemente de existir uma liberdade na questão de admissão de provas proibidas existe também uma limitação. O infrator será sempre penalizado pelo ato ilícito que cometeu para a aquisição do material probatório. Existe sempre a aplicação de uma sanção.

Para terminar, mesmo tendo em conta tudo o que foi dito, nada mais importa a não ser a verdade, que tem de estar acima de qualquer ilicitude. A partir do momento em que a finalidade do processo penal é a busca pela verdade, o que interessa é atingir o nível mais próximo possível da realidade factual. Se a prova proibida for idónea para mostrar ao juiz esta verdade então vai ser utilizada.

3. Teoria da proporcionalidade

Esta teoria nascida na Alemanha, faz parte das teorias que adotou uma posição intermédia e, por isso, não defende posições extremistas, conforme acabamos de enunciar nas duas teorias anteriores. A decisão acerca da admissibilidade da prova proibida não pode nem deve ser decidida de forma categórica, mas sim de acordo com as circunstâncias do caso em concreto e atendendo aos interesses jurídicos que estão em causa.

Os doutrinários que defendem esta teoria, nomeadamente os juristas alemães, Roxin e Gössel, afirmam que as provas proibidas que sejam obtidas mediante a violação de Direitos Fundamentais, não podem ser valoradas nem tão pouco admitidas no processo penal. Regra geral, a tendência desta teoria é a da inadmissibilidade da prova proibida.

Contudo, existem situações excepcionais. em determinados casos, é possível aceitar a admissibilidade da prova proibida. Isso é projetado para situações em que a única forma possível de proteger os Direitos Fundamentais é aceitar uma prova ilícita. Tem que existir uma ponderação de quais os valores e interesses devem ser acautelados. Para esta exceção ser aplicada, é necessário que os valores, interesses e Direitos Fundamentais do caso em concreto, sejam considerados como mais relevantes do que aqueles que estão protegidos pela inadmissibilidade da prova proibida¹³⁴.

O que retiramos desta teoria é que não há imposições categóricas nem para o lado da recusa, nem para o lado da admissibilidade, o que dita a resolução são os factos do caso em concreto. Apela-se à flexibilidade como forma de evitar uma condenação injusta ou uma impunidade grave. Um dos pontos em que difere esta teoria da teoria da admissibilidade da prova proibida *pro reo*, é que a flexibilidade que se fala não é apenas para favorecer o réu. Tanto pode ser para favorecer a parte acusada como para incitar à sua condenação. Está sempre em causa uma proteção e prossecução da justiça. Permitir que um Estado cometa injustiças também descredibiliza a atuação processual penal.

A vida dá sempre origem a situações mais variadas do que aquelas que o direito pode prever. Assim, a prova proibida poderá ser admissível ou não consoante os valores e interesses que mais urge defender e proteger num determinado momento. Portanto, há-que estabelecer a prevalência axiológica de certos bens e interesses jurídicos, uma vez que o princípio e a teoria da proporcionalidade se baseiam na necessidade de sopesar os interesses e bens jurídicos em contenda de acordo com a importância e a relevância atribuídas a um certo bem ou interesse num determinado contexto concreto¹³⁵.

A teoria da proporcionalidade exige que exista uma ponderação de interesses, como já fomos referindo ao longo desta exposição. E, concluímos assim que, duas situações devem ser analisadas a partir desta perspetiva. A primeira questão a ser analisada, para a aplicação desta teoria, é saber qual o Direito mais relevante que foi violado, pois vai ser esse que vai ser protegido. A segunda questão a ser tida em consideração é saber se o Direito que foi considerado como mais relevante pode ou não ser protegido através da admissão das provas proibidas. Tem sempre que existir o jogo de ponderação. Importa ainda salvaguardar que a possibilidade da prova proibida ser empregue no processo não veda a

¹³⁴ *Ibidem*, p. 8.

¹³⁵ SILVA, Bárbara Grayce Carvalho da, *A Admissibilidade Das Provas Ilícitas No Processo Penal*.

condenação do agente pela ilicitude na obtenção da prova. Este será condenado pelo p. e p. no Código Penal.

A tarefa dos juízes, nestas situações de ponderação, não é nada fácil nem tão pouco óbvia. Ter que decidir, circunstancialmente, qual o interesse que deve prevalecer é uma tarefa de risco e complexa e até injusta. As decisões variam de caso para caso. Independentemente da dificuldade que subsiste, para estes teóricos, desprezar a prova também não é uma opção razoável.

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

Quase a terminar, referimos a penúltima teoria, que pertence ao grupo de teorias que assume uma posição intermédia, tal como sucede na teoria anteriormente exposta. Admite-se a possibilidade de provas ilícitas serem admitidas no processo quando essa admissão seja a única forma de salvaguardar interesses da sociedade, ou seja, interesses públicos.

As teorias intermédias pretendem adotar uma posição de flexibilidade, sempre com o intuito de atender às circunstâncias do caso em concreto. Não há imposições categóricas, mas sim ponderações jurídicas com o objetivo de salvaguardar os direitos consagrados constitucionalmente.

Porém, há quem entenda que a proteção dos Direitos e Garantias só é realizada pela segurança e certeza jurídicas de que em qualquer circunstância uma prova proibida nunca poderá ser admitida.

O fundamento base para a aceitação desta teoria é a Constituição, pois o objetivo é proteger as imposições dos Direitos e das Garantias. Contudo, regra geral, é uma teoria bastante rejeitada por se considerar que gera uma abertura de precedentes que poderiam dar origem a que o poder punitivo do Estado ficasse soberano e com tendência para um sistema autoritário. Aquilo que se pretende obter não é um Estado autoritário em que as suas ações fiquem encobertas pelo véu da proteção dos Direitos Fundamentais. Pretende-se que subsista um equilíbrio entre a satisfação do poder punitivo e o respeito das esferas individuais da liberdade.

Por ser uma teoria muito pouco aceite, apenas o Supremo Tribunal Federal do Brasil se pronunciou e considerou três situações em que é possível admitir provas proibidas, com fundamento nesta teoria. A primeira situação são os casos de boa-fé. Conforme acontece na teoria defendida no ordenamento jurídico americano, também aqui se estabelece os casos em que os agentes consideram que estão a agir conforme as situações previstas legalmente. Contudo, tudo o que esteja interligado com a boa-fé é de difícil definição, pois para além de estar em causa um conceito profundamente complexo, identificar quando é que um sujeito age com dolo ou com boa-fé pode ser uma tarefa árdua.

A segunda situação é a questão de conhecimentos fortuitos, ou seja, nos casos em que surgem informações inesperadas relativas à autorização de limitação de um Direito Fundamental. São exemplos disso as interceções telefônicas, buscas, apreensões. Basicamente, quando está em causa uma prova proibida, que foi conseguida de forma acidental, esta pode ser utilizada. Também aqui não está em causa a forma como foi conseguida, mas sim o conteúdo que fornece ao processo.

Para terminar, a terceira situação refere-se a contextos em que existem abusos de garantias constitucionais. A melhor forma de explicar esta situação é através de um simples exemplo: se um jovem é sequestrado e grava uma conversa entre si e o sequestrador e é possível obter a identidade do indivíduo que está a realizar aquelas ações, a gravação deve ser admitida no processo. Se a opção fosse a teoria obstativa, a resposta era categoricamente negativa. Porém, como o interesse é punir o sequestrador por ter posto a vida do jovem e perigo e por tê-lo privado da sua liberdade, pela teoria *pro sociate*, a gravação deverá ser utilizada.

Muitas vezes, devido a garantias constitucionais, os infratores não são condenados pelos atos que praticam. Esta teoria pretende salvaguardar os interesses públicos da sociedade, pretende atuar de uma forma preventiva, ou seja, dissuadir possíveis ações futuras de outros infratores. O desejo é terminar com a impunidade que as garantias constitucionais promovem.

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

Para concluir esta matéria vamos referir a última posição intermédia acerca desta problemática. No caso desta teoria, sustenta-se a ideia da admissão da prova ilícita que se mostra mais favorável às pretensões e interesses do acusado. A corrente que estamos a discutir tem uma aceitação bastante positiva pelos tribunais e pela doutrina. Talvez seja a doutrina que mais aceitação tem, pois existe uma sustentação com base em princípios, nomeadamente *in dubio pro reo* e direito de defesa.

A teoria da admissibilidade da prova proibida *pro reo* está diretamente relacionada com a teoria do direito prevalecente, que afirma a ideia que deve ser protegido o princípio mais importante, dependendo das circunstâncias do caso em concreto. Quando estão em confronto direitos como o direito à vida, direito à liberdade e direitos como o direito ao sigilo de correspondência ou até direito à reserva de intimidade da vida privada, sem dúvida que os primeiros exigem uma proteção muito maior do que os últimos.

Como forma de entender melhor esta situação da preferência que foi mencionada no parágrafo anterior vamos falar da dignidade da pessoa humana, que é considerada como o epicentro da ordem

jurídica¹³⁶. A dignidade humana é o valor mais elevado e, por isso, a prioridade do Estado deve passar pela sua máxima proteção. A questão diretamente ligada à utilização da prova *pro reo* é a dignidade do arguido que se encontra em risco de perder a sua liberdade devido a uma interpretação errada dos factos pelo julgador. Como forma de comprovar a sua inocência, permite-se que sejam admitidos no processo provas proibidas. Isto acontece porque se considera que o arguido/ acusado está num verdadeiro estado de necessidade, o que permite a exclusão da ilicitude.

Assim, são dois os casos em que é possível admitir a utilização de provas ilícitas no processo: na ponderação de proteção de Direitos e no caso de condenações injustas. Aqui, prevalece a ponderação da garantia constitucional de defesa e a situação da exclusão da ilicitude. Podemos citar Scarence Fernandes, defensor desta teoria, que afirma é ampla a aceitação de que ele [o princípio da proporcionalidade] seja aplicado aos casos em que a prova da inocência do réu depende de prova produzida de maneira ilícita¹³⁷.

A doutrina da aceitação *pro reo*, surge como um ponto de interligação entre o direito de defesa e o princípio favor rei, que encontram a sua consagração na Constituição e também no processo penal. Contudo, devido a interesses subjacentes, independentemente de se concluir que uma determinada prova é proibida, permite-se a sua valoração e inclusão no processo penal. Relativamente a esta ideia que acabamos de expor, considera-se pertinente recordar a afirmação da Ada Pellegrini “Os direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de sua convivência, que exige a interpretação harmônica e global das liberdades constitucionais”¹³⁸.

Existe a ideia formada de que esta teoria não é uma aplicação direta e objetiva do princípio da proporcionalidade. Porém, algumas considerações podem vir a afetar essas ideias originais. A partir do momento em que a prova proibida tem como objetivo provar a inocência do acusado —adequação, é a única forma de o fazer —necessidade e existe o respeito pela proporcionalidade do bem lesado com o bem que está protegido —proporcionalidade em sentido estrito, é evidente que há uma aplicação direta do princípio da proporcionalidade¹³⁹. Uma ideia importante que se deve reter é que a existência de um estado de necessidade não afasta o princípio da proporcionalidade.

O princípio que foi enunciado anteriormente, funciona como um legalizador de condutas, na medida em que, existe uma concretização da eliminação da contradição de uma violação do Direito

¹³⁶ ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *op. cit.*, p. 203.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, citada em: SILVA, Bárbara Grayce Carvalho da, *op. cit.*

¹³⁹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *op. cit.*, p. 204.

substantivo. Isto significa que, independentemente de coexistir, em termos formais, uma violação de um direito substantivo, o princípio da proporcionalidade legitima essa conduta.

Evidentemente que, se em causa estiver algum tipo de prova que viole a dignidade da pessoa humana, o princípio da proporcionalidade não permite a sua utilização. Isto porque, mesmo que haja uma adequação —provar a inocência de um acusado e a única forma de provar tal inocência ser esta — necessidade, o bem jurídico violado não permite que exista uma ponderação positiva de bens e valores jurídicos como é exigido pelo princípio da proporcionalidade. Um exemplo que pode ser utilizado de modo a explicar melhor uma circunstância deste tipo é o seguinte: se em causa estiver uma prova que tenha sido obtida através do consumo de estupefacientes, como forma de colocar o indivíduo num estado de vulnerabilidade e assim, confessar a verdade sobre um determinado ilícito, tudo o que foi dito naquele estado nunca poderá ser utilizado. Prevalece um estado de fraqueza que afeta a dignidade da pessoa humana.

Será que existe alguma norma no CPP que legitime a utilização de provas proibidas no processo? Existe uma norma, inscrita no art. 449º, nº1, e) que menciona o seguinte A revisão de sentença transitada em julgado é admissível quando: Se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos nºs 1 a 3 do art. 126.º. Depois da leitura do preceito, podia existir a possibilidade de interpretar a letra da lei de modo a considerar que quando estivesse em causa uma prova proibida que fosse a favor do arguido, esta não pudesse ser alvo de recurso. Contudo, não existe margem na lei para conseguir ser deduzida uma conclusão desse género. A norma do art. 449º está inserida na categoria de uma norma excepcional¹⁴⁰, mas isso não é impedimento para ser desenvolvida uma interpretação extensiva, conforme verificamos no art. 11º do CC¹⁴¹.

Há lugar a uma interpretação extensiva quando se chega à conclusão de que a letra da lei fica aquém do espírito da lei. Como João Batista Machado atesta alarga-se o texto dando-lhe o alcance conforme ao pensamento legislativo, isto é, fazendo corresponder a letra da lei ao espírito da lei¹⁴². Sucede-se uma interpretação extensiva quando a *ratio legis*, aponta para uma situação que, nitidamente, o legislador queria abranger, mas por algum motivo não está consagrado. A esta dimensão extensiva está interligada a dimensão de extensão teológica, em que se prevê a necessidade de se aplicar esta interpretação a casos que estão inclusos pela finalidade da norma.

¹⁴⁰ OLIVEIRA, Ascensão de, *O Direito: Introdução e teoria geral*, p. 423.

¹⁴¹ “As normas excepcionais não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva.”

¹⁴² MACHADO, João Batista, *op. cit.*, p. 185.

Contudo, de acordo com o conteúdo do art. 449º, nº1, e), consideramos que não é possível, uma vez que o legislador foi extremamente inequívoco e explícito na consagração da norma. A *ratio legis* da norma é funcionar como válvula de escape do sistema¹⁴³.

Para concluir, tendo em conta as finalidades desta teoria, não se deve excluir de forma absoluta e radical provas proibidas. Deve existir uma permissão para que estas possam ser utilizadas e valoradas no processo penal. O propósito de provar a inocência do acusado e ser a única forma disponível para o fazer são justificações plausíveis para sustentar esta teoria. A necessidade e a adequação devem ser sempre analisadas na atividade jurisdicional.

6. Posição crítica

Para terminarmos este capítulo é necessário demarcar uma posição acerca do que foi exposto no ponto anterior.

Foram referidas diversas teorias acerca da posição das provas proibidas no ordenamento jurídico português. Uma adotaram uma posição mais extremista, outras adotaram posições intermédias. Contudo, de acordo com a orientação do sistema jurídico português, considera-se mais adequado eliminar, desde já, as teorias que adotem uma posição tanto de aceitação total como de inadmissibilidade categórica.

É necessário ter em atenção as finalidades que se pretende prosseguir. Não se deve optar por posições radicais, pois quando se opta por esse caminho, muitos valores e garantias podem estar a ser postos em causa. Aquilo que se pretende é tentar alcançar uma posição dotada de razoabilidade e clareza.

Deste modo, consideramos que a teoria obstativa e a teoria da admissibilidade não conseguem assegurar uma prossecução corretas das finalidades do processo, nem garantir um respeito pelas garantias constitucionais. É necessário encontrar uma posição que consiga conjugar os valores, interesses e garantias.

A doutrina da admissibilidade da prova *pro sociatate*, independentemente de ter uma intenção claramente positiva, em que o que pretende é salvaguardar interesses públicos e desenvolver uma atuação preventiva, não se considera que seja adequada a sua implementação. A motivação desta teoria é o constante crescimento da criminalidade grave e violenta, bem como a prossecução e eficácia do processo penal.

¹⁴³ RODRIGUES, Cláudio Lima, *op. cit.*, p. 40.

Tal como acontece em determinadas teorias, aqui existe uma interação constante com o princípio da proporcionalidade. Verifica-se que existe uma ponderação entre princípios constitucionais, direitos e interesses que devem ser protegidos.

Porém, existem alguns problemas na vertente que estamos a expor, na medida em que, se se teria que aceitar uma enorme flexibilização das garantias constitucionais. A questão do precedente não é tão relevante como a questão da arbitrariedade que se instalaria. Quando se permite uma atuação do poder punitivo do Estado, de acordo com os interesses que lhe sejam mais favoráveis manter, estaríamos a permitir que a segurança e concretização das liberdades individuais fosse posta em causa. Fernando Capez afirma o seguinte “No que tange ao princípio da proporcionalidade *pro societate*, consistente na admissibilidade das provas ilícitas, quando demonstrada a prevalência do interesse público na persecução penal, a tendência atual da jurisprudência dos Tribunais Superiores é a da sua não adoção. De acordo com esse entendimento, a não admissão de mecanismos de flexibilização das garantias constitucionais tem o objetivo de preservar o núcleo irredutível de direitos individuais inerentes ao devido processo legal, mantendo a atuação do poder público dentro dos limites legais”¹⁴⁴. O arbítrio que se instalaria poder-se-ia tornar um grave e acentuado retrocesso do Estado de Direito.

É necessário continuar a caminhar para uma manutenção e evolução do equilíbrio entre a prossecução da justiça e o respeito pelos direitos individuais.

Relativamente à teoria da admissibilidade *pro reo*, surge o pensamento da necessidade de existir tal teoria, uma vez que, no nosso ordenamento jurídico vigora o princípio do *in dubio pro reo* e, que protege sempre o arguido. Como é do conhecimento geral do direito, sempre que persista uma dúvida em relação a qualquer facto, nunca se poderá decidir contra o arguido¹⁴⁵. Contudo, a questão da admissibilidade *pro reo* surge num plano primário ao princípio do *in dubio pro reo*. A questão da dúvida só vai surgir quando as provas forem apresentadas no processo ou a ausência das mesmas se fizer sentir. Uma consideração importante a ter é a compreensão do facto que só depois de se verificar se a prova proibida que serve como fundamento iliba o arguido das acusações deduzidas contra si é que se pode lançar mão do princípio *in dubio pro reo*. Caso contrário estaria em causa um vício de raciocínio lógico¹⁴⁶.

É necessário acautelar a questão da credibilidade da prova quando se admite a utilização da admissibilidade a favor do réu. Não se pode utilizar uma prova proibida apenas porque é possível demonstrar a inocência do acusado. É absolutamente necessário que exista uma avaliação da prova

¹⁴⁴ CAPEZ, Fernando, citado em LIMA, Saulo Mateus Gomes, *Admissibilidade das provas ilícitas no processo penal*, p. 3.

¹⁴⁵ RODRIGUES, Cláudio Lima, *op. cit.*, p. 37.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

como forma de entender se esta é ou não credível. Essa avaliação tem que ser realizada pelo julgador, mesmo que este tenha que se socorrer do princípio da investigação. Não está em causa a avaliação do seu conteúdo, ou seja, se é ou não benéfica para o arguido. A realidade é que a prova proibida para ser aceite terá de ser favorável¹⁴⁷. A credibilidade que se pretende apreciar é, por exemplo, se foi alcançada através de tortura ou violação de direitos como a integridade física. Não se pretende uma aceitação total da prova por acautelar interesses do arguido. Mesmo nesta perspetiva, tem que existir uma ponderação, de quais os valores e direitos que têm que ser acautelados.

O facto de se permitir uma valoração da prova proibida no ordenamento desvirtua o Direito Processual Penal, que consagra normas com a intenção de evitar possíveis atuações ilegítimas e abusivas por parte de entidades superiores. O problema que surge está ligado às normas da proibição. A possibilidade de se executar a admissão, poderá criar contextos em que a sanção associada perca eficácia. Contudo, é possível realizar um parecer quanto à não utilização de provas deste tipo relativamente à questão da celeridade. Ao impossibilitar a utilização da prova ao processo porque não cumpriu com um determinado requisito, também se põe em causa a celeridade processual. Todavia, ao verificar-se se a prova pode ou não ser adquirida por outros meios que estejam de acordo com as normas, está a dar-se um passo benéfico para a acautelar dos princípios do processo e, eventualmente, eliminar qualquer vício. A investigação realizada pelo aplicador de direito assegura um compromisso e equilíbrio dos Direitos Fundamentais¹⁴⁸.

Para terminar, é necessário ter em consideração que a utilização desta teoria é benéfica para o ordenamento jurídico. Nitidamente, estaríamos a permitir que normas criadas para assegurar a proteção do indivíduo fossem postas em causa porque seriam quebradas. Não se pretende permitir que um crime resolva outro crime, mas pretende-se sim pôr em funcionamento o princípio da proporcionalidade. Permitir que existam direitos absolutos estagna a prossecução da finalidade do processo penal.

Em relação à teoria da proporcionalidade, talvez seja a posição mais neutra e ao mesmo tempo mais consistente. E, por isso, é denominada por alguns Autores como teoria mista ou intermédia. Não se pretende que exista uma satisfação em prol do sujeito ou em prol de um fim específico. Pretende-se alcançar um contexto em que seja possível realizar a justiça, sem interferências de pressupostos.

É defendida a intencionalidade de ponderar as circunstâncias perante o caso em concreto. Nesta teoria, não existe uma valorização de fatores externos, apenas interessa ter em cautela o equilíbrio de

¹⁴⁷ ROSA, Luís Bértolo, citado em RODRIGUES, Cláudio Lima, *op. cit.*, p.36.

¹⁴⁸ RODRIGUES, Cláudio Lima afirma: "Mas se assim é também nos parece que não é menos verdade que a não ser assim poder-se-ia pôr em causa a sanção processual associada à violação de proibições de prova, devendo ter-se em conta que se a prova pode ser adquirida por meio conformes com o Direito assim o deve ser, e não em contravenção dos direitos fundamentais que as enformam. Parece-nos que por via desta solução se consegue um maior compromisso entre todos os direitos fundamentais em jogo." *op. cit.*, p. 42.

valores, direitos e interesses e verificar quais devem ser protegidos. O que se deseja é que haja uma avaliação casuística.

A utilização desta teoria pode ser ainda fundamentada quando a prova proibida se afigura como único meio de provar um determinado facto. Porém, neste caso, consideramos que existiria uma discricionariedade muito acentuada e isso poderia originar situações de desequilíbrio e arbitrariedade. Talvez isso gerasse uma realidade nova e indesejada no direito, pois poderia fazer com que, no âmbito de aquisição probatória, existisse o descuido no modo de obtenção. Já se pressupunha que, como seria o único meio possível para demonstrar a realidade de um acontecimento, a sua utilização estava assegurada. Alguns autores, nomeadamente, João Paulo Fernandes Remédio Marques, defendem a posição enunciada no início do parágrafo. O autor declara a admissibilidade de provas ilícitas quando se tratar do único meio idóneo para provar os factos, isto é, sempre que a parte que as apresente dificilmente conseguiria demonstrar a realidade dos factos por outra via¹⁴⁹. Contudo, já foi referido anteriormente que o interesse na prossecução da justiça e a verdade não podem ser encarados de forma absoluta, pois isto não pode servir como fundamento para uma utilização despótica da prova ilícita. Daí advém a imperatividade de existir um raciocínio de ponderação e equação de quais os interesses que devem ser resguardados no caso em concreto. Poderão existir situações em que a verdade material seja preterida para salvaguardar um interesse maior, v.g. não se pode permitir a utilização de uma prova obtida por meio de tortura com o argumento de que aquela foi a única forma possível para obter tal prova para se chegar à verdade. O mais sensato é fazer uma ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto para se aferir qual dos interesses deverá sobrepor-se ao outro¹⁵⁰.

A possibilidade de utilização desta teoria passa pela aplicação do princípio da proporcionalidade, desde que a prova seja destinada a provar a inocência do acusado (adequação), sendo a única forma de que este dispõe (necessidade), respeitando a proporcionalidade do bem lesado com o bem a ser protegido (proporcionalidade estrita)¹⁵¹. Por fim, a última ocorrência que vai ser analisada no seguimento da concretização desta teoria é o estado de necessidade. No processo penal é frequente surgir a questão da necessidade quando estão em causa direitos tão importantes, tais como o direito à vida, à liberdade, à integridade física. Contudo, invoca-se o estado de necessidade como forma de excluir a ilicitude. Todavia, a possibilidade de utilizar este fundamento só é possível no caso de se falar em provas defensivas, ou seja, quando estejam em causa provas que beneficiem o acusado.

¹⁴⁹ MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio, *A ação declarativa*, pp. 565–566.

¹⁵⁰ DINIS, Yolanda Evaristo António, *A Prova Ilícita e o Princípio da Proporcionalidade. Análise sobre a sua admissibilidade em Processo Civil*, p. 110.

¹⁵¹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *op. cit.* p. 204.

Assim, tendo em conta a exposição realizada, considera-se mais adequado a adoção da teoria intermédia ou também designada teoria da proporcionalidade porque possibilita-se um equilíbrio mais real entre as necessidades de atuação punitiva, a concretização da justiça e o respeito pelas esferas individuais da liberdade.

CAPÍTULO IV: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

1. O Tribunal Constitucional e a prova proibida

O TC tem revelado uma disposição pautada pela presença da teoria obstativa. O exemplo que podemos referir é o acórdão 695/06¹⁵². Este acórdão diz respeito à situação de um indivíduo que foi forçado a realizar um exame de ADN contra a sua vontade. Isto aconteceu porque estava em causa a investigação de um homicídio qualificado, que resultou na colheita de vestígios biológicos no local do crime. Posto isto, foram identificados suspeitos e era necessário confirmar o seu perfil genético, de modo a perceber se existia ou não uma confirmação acerca dos suspeitos. O consentimento para tal exame ser realizado foi negado “(...) convidados a prestar consentimento para a recolha de zaragatoas bucais com vista à identificação do seu perfil genético [...] e comparação com o dos vestígios biológicos acima referidos”, tendo, todavia, negado tal consentimento¹⁵³. Porém, isso não impediu que tal exame não fosse realizado, pois o MP considerou necessário realizar o exame com a justificação seguinte: “(...) sempre na medida do estritamente necessário, adequado e indispensável à prossecução do fim a que se destinam”¹⁵⁴. O exame foi realizado contra a vontade do suspeito, que independentemente de não ter tido nenhuma atitude violenta para travar o sucedido, sempre afirmou que não dava autorização para que tal exame fosse realizado “(...) Perante esta situação o arguido assinou uma declaração de recusa do ato, tendo, então, sido advertido “que a diligência iria ter lugar, mesmo que para tal fosse necessário o recurso à força.” Face a esta advertência, o arguido, “que continuou a demonstrar que era contrário à diligência”, afirmou, contudo, que “não iria exercer qualquer ato de violência, para quem quer que seja”, pelo que, “de maneira ordeira e abrindo a boca deixou efetivar a recolha de saliva, não sem antes reafirmar que o fazia contra a sua vontade. Desta forma, foi realizado o ato em questão”¹⁵⁵.

O arguido decidiu intentar recurso para o tribunal da Relação do Porto afirmando que a recolha coativa dos vestígios biológicos foi ilegal e até criminalmente ilícita. O objetivo era tentar tornar a prova como prova proibida, pois o arguido considera que a prova deveria ter sido considerada como ilegal.

O TC decide dar razão ao arguido e considera inconstitucional a norma do art. 172.º, n.º1 do CPP, quando a interpretação é realizada no sentido de permitir a colheita coativa de material genético. Nestes termos, o Tribunal decide: “i) julgar inconstitucional, por violação do disposto nos artigos n.ºs 25.º, 26.º e 32.º, n.º 4, da Constituição, a norma constante do artigo 172.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, quando interpretada no sentido de possibilitar, sem autorização do juiz, a colheita coativa de vestígios

¹⁵² AC. TC 646/2006, de 02 de março de 2007.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético, quando este último tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita; ii) consequencialmente, julgar inconstitucional, por violação do disposto no artigo 32.º, n.º 4, da Constituição, a norma constante do artigo 126º, n.ºs 1, 2 alíneas a) e c) e 3, do Código de Processo Penal, quando interpretada em termos de considerar válida e, por conseguinte, suscetível de ulterior utilização e valoração a prova obtida através da colheita realizada nos moldes descritos na alínea anterior¹⁵⁶.

Deste modo, é de salientar a postura obstativa que o TC utilizava nas suas decisões, mesmo nos casos em que os bens jurídicos que se pretendiam tutelar eram essenciais. Talvez, se se adotasse uma posição como o sistema jurídico alemão, o desfecho, numa situação idêntica, seria diferente, na medida em que, devido à ponderação de interesses e ao princípio da proporcionalidade, a decisão seria a da permissão de valoração da prova proibida. Seguindo também a doutrina americana, devido à exceção da teoria da fonte independente —*independent source doctrine*, a prova proibida era admitida no processo.

Uma outra situação que podemos salientar é a do acórdão 298/2019¹⁵⁷. O requerente intenta um recurso de constitucionalidade ao abrigo do art. 70º, n.º1, b) da Lei n.º 28/82, de 15 de novembro¹⁵⁸.

O recorrente foi condenado pelo Tribunal Judicial da Comarca de Braga pela prática de um crime de abuso de confiança fiscal, previsto no art.º 105, n.º1, n.º2 e n.º5 do Regime Geral das Infrações Tributárias. Uma vez que não concordou com a decisão do tribunal, intentou recurso para o Tribunal da Relação de Guimarães, que acabou por confirmar a decisão proferida pelo tribunal de 1ª instância. Em causa está a inconstitucionalidade do art.º 61, n.º1, d) e do art.º 125 do CPP. Citamos a parte do acórdão onde isto está explícito, para ser mais fácil entender a intenção do recorrente “Da interpretação do disposto nos artigos 61.º, n.º 1, alínea d), e 125.º, do Código de Processo Penal, no sentido de que se podem admitir no processo penal como prova, os documentos obtidos por uma inspeção tributária a que se procedeu durante o inquérito, ao abrigo do dever de cooperação imposto nos artigos 9.º, n.º 1, 28.º, n.º 1 e 2, 29.º e 30.º do Decreto-Lei n.º 413/98, de 31 de dezembro, e nos artigos 31.º, n.º 2, 59.º, n.º 4, e 63.º n.º 1 e 3, da LGT, sem o prévio conhecimento ou decisão da autoridade judiciária competente, por violação do disposto nos art.ºs 1º, 18.º n.º 2, 20º n.º 4, 32º n.º 1 e 4, 34º, n.º 1 e 2 e 219º n.º 1 da Constituição.”¹⁵⁹. Consideramos ainda pertinente transcrever a segunda inconstitucionalidade alegada, que diz respeito à interpretação dos artigos do CPP “Da interpretação que se extraiu do disposto no artº

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ AC. TC 298/ 2019 de 15 de maio de 2019.

¹⁵⁸ A referida lei diz respeito à Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, consultada em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=423&tabela=leis.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

61º n.º 1 b), d), e), f) e h), 124º n.º 1, 125º, 126º n.º [2] als. a), d) e e) 3, e 4, 174º e 176º, 178º, 179º e 182º, 267º, 268º, 269º e 270º do Código de Processo Penal no sentido de que podem ser usadas como prova em processo criminal fiscal, documentos cedidos por funcionários de uma empresa ou pelos agentes do crime, seus diretores a uma inspeção tributária, ao abrigo do dever de cooperação previsto nesse diploma legal e nos art.ºs 31º n.º 2 e 59.º n.º 4 da LGT, obtidos a pedido dessa inspeção, quer pessoalmente, quer através da recolha desses documentos nas instalações, sem cumprir o ritualismo previsto no Código de Processo Penal para a apreensão de documento e para uma busca, é inconstitucional por violação do princípio do Estado de Direito, do princípio da legalidade, da igualdade, do direito à integridade moral, à reserva da intimidade da vida privada, o princípio das garantias de defesa, o princípio da tutela jurisdicional dos atos instrutórios e de inquérito, inviolabilidade da correspondência e o princípio do processo equitativo (cfr. art.ºs 2º, 3º, 13º n.º 1, 25.º n.º 1, 26º n.º 1, 32º, n.º 1, 4 e 8 e 34º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa e 6º n.º 1 da CEDH).”¹⁶⁰.

O TC determinou a inconstitucionalidade da norma dos artigos 61.º, n.º 1, alínea d), 125º e 126º, n.º 2, alínea a) e justificou tal decisão pela violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, insito no art. 32º, n.º 1, da CRP: “Julgar inconstitucional, por violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, insito no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição da República portuguesa, a interpretação normativa dos artigos 61.º, n.º 1, alínea d), 125.º e 126.º, n.º 2, alínea a), todos do Código de Processo Penal, segundo a qual os documentos fiscalmente relevantes obtidos ao abrigo do dever de cooperação previsto no artigo 9.º, n.º 1, do Regime Complementar do Procedimento de Inspeção Tributária e Aduaneira e no artigo 59.º, n.º 4, da Lei Geral Tributária por uma inspeção tributária realizada a um contribuinte, durante a fase de inquérito de um processo criminal pela prática de crime fiscal movido contra o contribuinte inspecionado e sem o prévio conhecimento ou decisão da autoridade judiciária competente, podem ser utilizados como prova no mesmo processo”¹⁶¹.

Neste caso que acabamos de expor estamos perante uma prova proibida, pois foram obtidas provas através do dever de cooperação. Não existiu respeito pelo direito ao silêncio e à não autoincriminação, previstos constitucionalmente de forma indireta no art. 32º, n.º1 da CRP.

Possivelmente, se este acórdão fosse analisado à luz do sistema jurídico alemão a solução seria diferente. A análise casuística dos factos, aliados à ponderação de interesses e princípio da proporcionalidade, ditava a admissibilidade da prova no processo penal.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ *Ibidem*.

2. O Supremo Tribunal de Justiça e a prova proibida

Passamos agora para a análise da jurisprudência do Supremo, como forma de tentar perceber qual é a posição que o Supremo Tribunal assume. O acórdão 149/07,¹⁶² foi intentado com a fundamentação de que as penas aplicadas nas instâncias foram excessivas e com a fundamentação do uso de método proibido de prova. Foi alegado também erro de julgamento na matéria de facto, violação do princípio da presunção de inocência, vícios do art. 379º e medida da pena. Antes de avançarmos para a questão da prova proibida, que é o nosso verdadeiro interesse, vamos fazer uma pequena contextualização. Em causa está a condenação de três suspeitos pela prática de crimes de falsificação de documentos e de falsidade de declaração.

Posto isto, passamos para a análise da proibição invocada e a respetiva decisão do tribunal. Os arguidos consideraram que o tribunal de 1ª instância fundamentou a sua decisão através de um meio proibido de prova, a leitura da memória dos telemóveis. Essa leitura foi realizada sem a devida autorização expressa do dono e sem autorização da entidade judiciária e, por isso, pedem a anulação do acórdão da 1ª instância. Em causa estava a perícia ao conteúdo da memória do telemóvel, nomeadamente, contactos, registos de chamadas recebidas, efetuadas e não atendidas, mensagens e qualquer outra informação que estivesse armazenada na memória do telemóvel. Os arguidos pretendiam que fosse aplicado o regime das escutas telefónicas. O Supremo decidiu improceder a nulidade do uso de método proibido de prova.

O tribunal entendeu que o regime das escutas telefónicas não pode ser interligado a esta questão de armazenamento de informação. Afirma o seguinte “Por isso, o regime das escutas telefónicas não é aplicável ao conteúdo da memória do telemóvel ou do cartão deste, e, nessa medida, o acesso a tal conteúdo não carece de ser obtido mediante autorização prévia do juiz de instrução. Nenhuma dúvida se suscitou nos autos ou subsiste sobre a validade da apreensão dos telemóveis (do aparelho e do que nele se contém). Assim, mal se compreenderia que não fosse possível revelar nos autos os dados contidos nesse objeto (o telemóvel) apreendido”¹⁶³. Afirma ainda “Estes dados - mensagens enviadas ou recebidas, a lista telefónica dos contactos, chamadas recebidas e atendidas, chamadas recebidas e não atendidas, chamadas efetuadas ou outros dados que sejam guardados no telemóvel (seja na memória do cartão ou do próprio telemóvel) - devem ser revelados e não se torna necessário que essa revelação seja precedida de autorização do juiz de instrução, já que não se trata aqui de qualquer dado ou

¹⁶² AC. STJ 149/07, de 14 de julho de 2010.

¹⁶³ *Ibidem*.

comunicação em transmissão, mas apenas um certo dado que se encontra guardado num certo suporte: o telemóvel ou o cartão de memória”¹⁶⁴.

Neste caso, a proibição de prova e consequentemente a sua inadmissibilidade não procederam. O tribunal considerou existir a necessidade de revelar o conteúdo da memória dos telemóveis, pois só assim era possível prosseguir a justiça e caminhar para a concretização da justiça material.

Passamos agora para a explicitação do acórdão 110/13¹⁶⁵. Em causa está uma condenação, do arguido AA, pela prática de crime de tráfico de estupefacientes. O arguido em causa interpôs recurso devido a questões que diziam respeito à validade da prova obtida através de imagens de videovigilância no interior da garagem onde era guardado o material estupefaciente: “O recorrente reedita a questão (já levada ao exame do Tribunal da Relação) da invalidade dos registos de voz e imagem recolhidos no interior da garagem coletiva onde (nos termos acusados e adrede comprovados – ponto 1) armazenava o haxixe que (com os coarguidos) transacionava, alegando, no essencial, que, mesmo autorizada por decisão judicial e sob invocação do disposto no artigo 6.º, da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro (Lei 5/2002), a lei não consente tal recolha dentro de espaços vedados ao público, como era o caso da garagem, mas apenas em espaços públicos, e não o consente, como no caso, com a presença dos agentes policiais que operaram os equipamentos técnicos, pretextando tratar-se de prova proibida, nos termos prevenidos no artigo 126.º, do Código de Processo Penal, com violação do disposto nos artigos 18.º, 26.º e 34.º, da Constituição”¹⁶⁶.

O Supremo entendeu que a prova recolhida através da gravação de imagem no interior da garagem não é prova proibida e, por isso, pode ser utilizada no processo penal. Nos termos do art. 6º, nº1¹⁶⁷ da Lei 5/2002, de 11 de janeiro¹⁶⁸, tais provas são admissíveis quando se demonstram necessárias para a investigação. Para além disso, ainda se transcreveu o seguinte do acórdão recorrido, que confirma a possibilidade de serem utilizadas as imagens captadas: “O registo de voz e imagem autorizado à garagem foi determinado na sequência das vigilâncias levadas a cabo pelo órgão de polícia criminal daí resultando fortes indícios de que os aí suspeitos, agora arguidos, DD e AA armazenavam haxixe numa arrecadação que se situava no interior da garagem coletiva (cfr. fls. 941 a 946 e 952). Daí decorreria, desde logo, a necessidade e mesmo a indispensabilidade de confirmar tais indícios de modo a carrear prova da autoria dos factos e *modus operandi*, como na verdade se veio a verificar, tendo sido

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ AC. STJ 110/13, de 18 de fevereiro de 2021.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ O art.º 6, no nº1, consagra o seguinte “É admissível, quando necessário para a investigação de crimes referidos no artigo 1.º, o registo de voz e de imagem, por qualquer meio, sem consentimento do visado.”.

¹⁶⁸ A referida lei diz respeito à Lei de Medidas de Combate à Criminalidade Organizada, consultada em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis.

determinante para o momento oportuno das buscas com vista à apreensão de prova (imagens recolhidas a 01/04/2017 – fls. 975, tendo sido ordenadas as buscas a 04/04/2018 – fls. 994 a 996 que culminaram com a detenção dos arguidos)”¹⁶⁹. É importante referir que a utilização das imagens não lesa a privacidade de outros sujeitos que também frequentem a garagem em causa. Conforme ficou estabelecido no acórdão: “Ora, apesar de o registo de voz e imagem ser numa garagem coletiva tal não afeta a esfera da privacidade de quaisquer outros utilizadores da garagem, desde que, não contactem com os suspeitos pois que quanto a esses não foi determinado o registo estando este devidamente restrito à necessidade do ilícito em investigação e aos então suspeitos. Na verdade, o órgão de polícia criminal não extravasou o âmbito do que foi determinado pelo mencionado despacho judicial tendo sido registadas apenas as imagens referentes aos suspeitos”¹⁷⁰.

Para terminar, citamos o acórdão do Supremo, que estabelece o seguinte: “(i) não constitui prova proibida aquela recolhida, através de gravação de imagem, no interior da garagem em que o arguido acondicionava o produto estupefaciente que destinava à venda a terceiros, autorizada nos termos do disposto no artigo 6.º da Lei n.º 5/2002”¹⁷¹.

A tendência do Supremo é apenas permitir que, em situações inequívocas e onde não existe margem para dúvidas acerca da licitude, a prova seja utilizada. Como podemos constatar, não existiu nenhuma referência a situações em que a dúvida fosse evidente. Apenas foram referidos casos em que o Supremo improcedeu os pedidos de qualificação das provas como proibidas. Porém, no acórdão 047084¹⁷² verifica-se uma recusa de admissibilidade da prova. O acórdão diz respeito a uma situação em que a arguida A foi condenada pela prática de um crime de homicídio qualificado. Contudo, foi interposto recurso da decisão do tribunal coletivo porque a arguida considerou que as provas que serviram de convicção para a formulação da decisão eram nulas. A arguida considerava que as provas obtidas através da busca domiciliária são nulas. Os dois agentes da Polícia Judiciária que realizaram as buscas na residência, apreenderam documentos e uma embalagem em pó com a inscrição “Pulgacem”. Porém, a referida busca e as conseqüentes apreensões não foram autorizadas nem ordenadas por qualquer autoridade judiciária. Apenas foram consentidas pelo filho da vítima, que não residia nessa casa.

A decisão do Supremo foi “No caso *sub júdice*, a busca tem de ser considerada proibida porque tratando-se de uma busca domiciliária foi levada a cabo por agentes policiais sem autorização da

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² AC. STJ 047084, de 08 de fevereiro de 1995.

competente autoridade judiciária e sem que se verificasse qualquer das situações previstas nas várias alíneas do n. 4 do artigo 174 do Código de Processo Penal, designadamente o consentimento do visado”¹⁷³. A justificação baseou-se na irrelevância do consentimento dado pelo filho. Verificamos isso através da seguinte transcrição “A pessoa visada com a diligência era a arguida pelo que só esta poderia dar o consentimento excludente de eventual ilícito (*volenti non fiat injuria*); ela apresentava-se como única titular do direito à inviolabilidade do domicílio. O consentimento dado pelo filho mostra-se irrelevante; não basta para conferir legalidade ao ato. Ele não era a pessoa visada e até, por não residir no prédio onde a busca domiciliária ocorreu, não se vê que tivesse a disponibilidade do lugar”¹⁷⁴.

Possivelmente, se fosse utilizada a teoria da fonte independente—*independent source doctrine*, como é utilizada em alguns ordenamentos jurídicos, a prova seria admitida no processo, pois a descoberta seria inevitável se existisse o consentimento ou o despacho da autoridade judiciária.

3. Os Tribunais da Relação e a prova proibida

O acórdão que vamos analisar, como forma de tentar perceber a posição do TR, é o acórdão 7352/14¹⁷⁵ do TRL. Relata a interposição de recurso por parte do MP, devido à abolição do arguido do processo. O sujeito em causa foi abolido da prática de 20 crimes de pornografia de menores agravada e de 9 crimes de pornografia de menores. Os crimes foram descobertos por um colaborador da Hitachi quando este acedeu, sem o conhecimento e/ou autorização do arguido, ao computador que utilizava na empresa. Aquando da utilização do referido equipamento eletrónico, acedeu à área pessoal, mais concretamente a uma paste pessoal que o arguido tinha e encontrou ficheiros com registos de conversas relacionados com abusos sexuais de crianças. O colaborador não o podia fazer sem a devida autorização, independentemente de a empresa proibir a utilização dos equipamentos para fins pessoais. O acórdão 452/08 do TRP quanto a esta matéria, decidiu o seguinte: ‘O conteúdo das mensagens, de natureza pessoal, enviadas ou recebidas pelo trabalhador, ainda que em computador da empresa, estão abrangidas pelo direito de reserva e confidencialidade consagrado no artigo 21.º do Código do Trabalho (2003) não podendo, em consequência e sem o consentimento do trabalhador, ser utilizado para fins disciplinares, nem produzida prova, designadamente testemunhal, sobre tal conteúdo”¹⁷⁶. Posteriormente, foi realizada a denúncia que gerou buscas e apreensões e, conseqüentemente o acesso ao disco rígido do computador.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ AC. TRL 7352/14, de 08 de outubro de 2020.

¹⁷⁶ AC. TRP 452/08, de 08 de fevereiro de 2010.

O arguido foi absolvido porque o Juízo Local Criminal de Lisboa considerou que a confissão do arguido resultou apenas pela constatação da apreensão proibida do material armazenado no computador do seu local de trabalho. O tribunal *a quo* considerou que o material probatório encontrado era uma prova ilícita, pois foi utilizado um meio ilícito para a sua obtenção. O TRL concordou com tais considerações e afirmou o seguinte: “Expostos estes considerandos, e voltando ao caso concreto, temos que os meios de prova - como seja o depoimento das testemunhas referidas, o relatório de exame preliminar constante do apenso A; a perícia forense constante do apenso B e a confissão do arguido em julgamento - bem como os meios de obtenção de prova que lhe deram origem – como seja a queixa apresentada pela Hitachi Consulting Portugal, S.A., constante de fls. 2 a 6; - Informação de fls. 11; - Termo de recebimento de fls. 22; - RDA e cota de fls. 23, 24 e 29 e 30, - Relatório de Diligência externa constante de fls. 40; - Auto de busca e apreensão constante de fls. 75/78; - Relatórios constantes de fls. 90/92 e 159 a 163 e os Autos de visionamento de fls. 157 a 158 - carreados para o processo, quanto ao concreto material informático detido pelo arguido e respetivo conteúdo (apesar de o mesmo não o ter colocado em causa) ou quanto às motivações inerentes a tal conduta, e bem assim quanto às idades das menores envolvidas –, por terem sido obtidos em violação do disposto no artigo 34.º CRP, configuram prova proibida nos termos do artigo 126.º n.º 3 e 32.º n.º 8 CRP, estando por isso, vedado a este Tribunal deles se servir na fundamentação da presente decisão, razão pela qual se deram tais factos como não provados”¹⁷⁷.

Deste modo, devido à teoria dos frutos da árvore envenenada, considera-se que todas as provas estão contaminadas e, por isso, não podem ser utilizadas no processo penal. Assim, uma vez que a primeira pesquisa realizada pelo colaborador da empresa é ilícita, todas as outras também o são. O Juízo Criminal considerou que a confissão dos factos não pode ser valorada porque é uma consequência direta e influenciada pela ilicitude das provas proibidas. Relativamente a esta questão, o Supremo não concordou e defende que a 1ª instância não podia concluir que tal confissão ocorreu por causa das provas ilícitas.

Para terminar, a parte relevante para análise é a da nulidade das provas. Neste ponto, a opinião dos tribunais é coincidente, pois ambos consideram que estamos perante frutos da árvore proibida. A posição do TRL foi da inadmissibilidade das provas, mas da admissibilidade da sua confissão.

A única forma de combater esta condição seria pela aplicação da teoria da fonte independente ou também pela aplicação da teoria da descoberta inevitável.

¹⁷⁷ AC. TRL 7352/14, de 08 de outubro de 2020.

O último acórdão que nos propomos a analisar é o acórdão 277/25¹⁷⁸, do TRP, em que os factos deste caso baseiam-se na gravação de uma conversa telefónica. O assistente E gravou uma conversa telefónica com o arguido B, pois o assistente estava constantemente a ser alvo de ameaças por parte do arguido e, temendo pela sua vida, decidiu gravar a conversa para servir de prova.

O TR decidiu da seguinte forma: “É simples, a gravação documenta a conversa telefónica, onde o arguido se dirige ao assistente, de forma ilícita, materializando crimes de injúrias e ameaças. Por contraponto a atuação do destinatário exclui a ilicitude da gravação, como forma de se proteger contra a investida criminosa do arguido, num claro exercício de defesa. No caso de gravações telefónicas, mensagens de texto ou filmagens fortuitas há que preservar o direito de autodefesa, tutelando judicialmente a posição da vítima, desde que não se viole o limite imposto pela lei. Como o assistente não comete qualquer crime, longe disso, também não pode ser considerada inválida a prova obtida mediante gravação da comunicação telefónica. A conduta do assistente está devidamente justificada como forma de se proteger da investida criminosa. A questão do reconhecimento de voz nunca esteve em causa, quer o arguido quer o assistente, admitiram a chamada telefónica, como bem refere a sentença na sua motivação. O tribunal não está impedido de valorar esta prova ao abrigo do disposto no artº 127 do CPP”¹⁷⁹.

Consideramos esta admissibilidade uma abertura no sistema devido à tendência que temos vindo a verificar com a análise de jurisprudência.

¹⁷⁸ AC. TRP 277/15, de 27 de junho de 2018.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

CONCLUSÃO

Partimos agora para a elaboração da parte final da presente dissertação, a conclusão. Depois da indagação que foi realizada, consideramos que já se encontram reunidas as condições necessárias para proceder à conclusão acerca do tema que nos propusemos a tratar.

O tema escolhido para a realização da presente dissertação foi a prova proibida. Por todos os motivos que já foram referidos ao longo da presente reflexão, consideramos um tema forte e de elevada complexidade. Porém, a escolha do tema recaiu também no pensamento evolutivo e desafiante que é necessário possuir para permitir preconizar uma evolução jurídica. Só com desafios e pensamentos novos é que se consegue almejar a evolução e alcançar uma mudança.

A estrutura da dissertação caracterizou-se pela vertente mais expositiva da matéria, pois só assim foi possível entender de um modo mais específico, como é que este instituto jurídico atua, quais as suas especificidades e qual a dimensão problemática subjacente. Consideramos, assim, que foi possível desenvolver um estudo capaz de ilustrar os pontos relevantes que estão interligados com o tema em análise. Passamos agora para as notas conclusivas mais específicas acerca do tema em análise.

As provas proibidas são regras específicas, absolutamente necessárias, num Estado de Direito. São prescrições fundamentais que devem ser observadas na aplicação do direito. Sem prejuízo de, desde já, referirmos que se pretende adotar a posição de possível admissibilidade das provas proibidas no processo. *À priori*, pode ser provocador afirmar tal posição, contudo vamos elaborar uma justificação que consideramos pertinente e esclarecedora, do pensamento que vamos adotar. Com isto, não estamos a contradizer a afirmação que expusemos anteriormente, pois o pensamento converge para a posição de necessidade da presença de tais figuras no ordenamento jurídico.

Como sabemos, um Estado de Direito pressupõe, desde logo, o respeito pelos Direitos Fundamentais dos cidadãos, onde persiste uma atuação direcionada para a proteção de garantias e direitos dos indivíduos e, o Estado Português, uma vez que se caracteriza como um Estado de Direito, não permite que a admissibilidade das provas proibidas sejam uma regra normativa admitida na CRP e, conseqüentemente, no CPP. Falamos no CPP, pois é a área de interesse que estamos a trabalhar, embora seja do conhecimento geral que o tema (in)admissibilidade das provas proibidas é transversal a outras áreas do direito, nomeadamente, processo civil e processo laboral.

Quando se propõe a ideia da possível admissão das provas proibidas, a posição que surge é de imediata recusa, pois em causa estão sempre Direitos Fundamentais, que vão ser restringidos. Todavia, a proposta que consideramos adequada, passa pela aceitação de determinados meios de prova, que são considerados proibidos, mas que se demonstrem fundamentais no processo. Isto não significa uma

admissibilidade indiscriminada e geral de todas as provas consideradas como proibidas, pois, isso apenas gerava a arbitrariedade e o caos no direito. As situações que consideramos justificadoras da admissão preveem circunstâncias que estejam em causa grave criminalidade, como casos de crimes contra o Estado, crimes de criminalidade organizada, crimes contra a vida, crimes em que a segurança pública é posta em causa. O caso hipotético que podemos dar como exemplo pressupõe o seguinte: Uma criança menor, com dez anos, é raptada por uma rede de tráfico internacional de crianças. A única forma possível para encontrar o local onde a criança está e deter os criminosos é através do material informático que foi obtido, de forma ilícita, pois no conteúdo informático que está armazenado nos computadores que foram obtidos, são revelados pormenores acerca de localizações que frequentam. À luz do direito, não é possível utilizar as provas que advenham de métodos ilícitos, como seria o caso da utilização do conteúdo revelado pelos técnicos informáticos. Porém, nesta circunstância seria plausível restringir o direito fundamental da reserva à vida privada em prol do direito à vida de uma criança que se encontra em perigo?

Os Direitos Fundamentais são posições jurídicas no Direito Português que têm a intencionalidade de defender valores e interesses das pessoas singulares e coletivas em Portugal. Porém, a definição de Direitos Fundamentais pode ter várias perspetivas de interpretação. Relativamente a esta ideia é relevante citar Vieira de Andrade que afirma o seguinte: “Os direitos fundamentais tanto podem ser vistos enquanto direitos naturais de todos os Homens, independentemente dos tempos e dos lugares—perspetiva filosófica ou jusnaturalista—; como podem ser referidos aos direitos mais importantes das pessoas, num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto ou numa comunidade de estados—perspetiva estadual ou constitucional —; como ainda podem ser considerados direitos essenciais das pessoas num certo tempo, em todos”¹⁸⁰. Todavia, os Direitos Fundamentais não são direitos absolutos e, deste modo, podem sofrer restrições. No caso hipotético que referimos em cima, a posição que defendemos é a da restrição do direito de reserva da vida privada em prol do direito à vida. Deste modo, a esfera jurídica do arguido vai ser afetada, na medida em que, determinados direitos fundamentais vão ser limitados em conveniência da prossecução das finalidades do processo, como a justiça e a verdade. Porém, a limitação que referimos não pode ser indiscriminada nem arbitrária, os factos do caso em concreto têm que ser analisados. É sempre necessário aplicar o princípio da proporcionalidade e verificar os pressupostos da necessidade, proporcionalidade e adequação, que permitem assim estabelecer um equilíbrio entre os direitos constitucionais e o interesse da procura da

¹⁸⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *op. cit.*, p. 15.

verdade e prossecução da justiça. O acórdão do TC n.º 643/93¹⁸¹, refere a dinâmica do princípio da proporcionalidade da seguinte forma: “o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: princípios da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio adequado para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); princípio da justa medida, ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adotar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos)”.

A possibilidade de restringir direitos fundamentais está consagrada no art. 18.º da CRP, porquanto qualquer restrição de direitos, liberdades e garantias que seja realizada, tem que seguir as determinações normativas do artigo mencionado¹⁸². O n.º 2 do art. 18.º da CRP, que consagra o requisito de lei formal estabelece o seguinte: “A lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos.” O n.º 3 desse mesmo artigo estabelece os três requisitos necessários para ser possível admitir a restrição. O primeiro requisito estabelece: “As leis restritivas de direitos liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato; o segundo determina: “não podem ter efeito retroativo” e, por fim, o terceiro afirma: “nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais¹⁸³.”

Relativamente ao caso da necessidade de harmonização de direitos, José Gomes Canotilho afirma o seguinte: “(...) a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro (D1 P D2). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro (D1 P D2 C), ou seja, um direito (D1) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C)”¹⁸⁴.

A direção que propomos seguir é a direção da excecionalidade, na medida em que, apenas será permitido recorrer a provas proibidas em casos limite. A questão que surge imediatamente a seguir é a de saber de que forma é que é possível implementar tal excecionalidade. Consideramos que o primeiro

¹⁸¹ Acórdão TC. 634/93, de 04 de novembro de 1993.

¹⁸² Vide, neste sentido, RODRIGUES, Benjamim Silva, Da Prova Penal – *A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN? Controlo de Velocidade, Álcool e Substâncias Psicotrópicas*, p. 165

¹⁸³ Vide, neste sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, que afirma existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado.”, p. 458.

¹⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito... cit.*, p. 644.

passo é a taxatividade. É imperativo determinar os limites das situações em que se permite a admissão de tais provas, ou seja, balizar os casos em que é possível permitir. Só depois da taxatividade estar implementada é que, caso a caso, tendo sempre em conta as circunstâncias dos casos em concreto, é que se averigua a possibilidade de a prova ser admitida.

Talvez, o ideal fosse utilizar o juiz como mediador. Tal como acontece nas situações das escutas telefónicas, em que para tal ser permitido, é necessária uma autorização judicial ou uma ordem do juiz, aqui seria possível que, mediante o preenchimento do pressuposto da taxatividade o juiz avaliasse, pelas circunstâncias do caso em concreto, a necessidade de proceder à admissão da prova proibida. Consideramos ser adequado e necessário estar em causa uma situação de elevado perigo, serem produzidos elevados danos, estar em causa uma situação de perigo atual e iminente e a prova ser considerada como fundamental. Perante requisitos iguais ou semelhantes, o juiz passava a averiguar o estado de necessidade. Isto funciona como uma exclusão de ilicitude da prova, ou seja, tentar que, de algum modo, devido à sua natureza fundamental e à situação urgente de intervenção, admitir a prova proibida. Manuel Costa Andrade estabelece o seguinte pensamento: “A vida oferece, assim, uma fenomenologia de casos concretos em que a realização da prova em processo penal pode revelar aos mesmo tempo como instância de prevenção de perigos (*Gefahrenabwehr*). Hipóteses que têm levado a doutrina e a jurisprudência a questionar-se sobre a possibilidade de recurso a figuras como a legítima defesa e o direito de necessidade em ordem à justificação de meios ou métodos de prova, em geral, proibidos”¹⁸⁵.

Ao introduzir o juiz como figura mediadora, não se permitia criar um estado de polícia, ou seja, as autoridades judiciais não iam ficar munidas de poderes excessivos, que podiam contribuir para um quadro exagerado e discricionário da atuação policial. Prevê-se assim, a implementação de mais um limite, que ajuda a balizar as circunstâncias de admissibilidade da prova.

O pressuposto que se deseja criar com esta abertura do sistema passa pela prevenção de ilícitos de elevada criminalidade. Talvez seja demasiado ambicioso prever tal situação. Contudo, consideramos que de forma a promover um maior equilíbrio na justiça e na prossecução da verdade, a admissibilidade da prova proibida pode-se revelar um instrumento fundamental para alcançar a segurança (e a continuidade) do Estado de Direito.

Para terminar gostaríamos de consolidar as ideias que foram sendo apresentadas, de modo a ser possível formar um raciocínio mais explícito e inequívoco.

¹⁸⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, *As Proibições... cit.*, p. 82.

No nosso entender, a possibilidade de admissão das provas proibidas passa, num primeiro plano, pela consagração taxativa de quais os tipos de crime em que tal admissão é possível. O sistema normativo deveria ser alterado devido às seguintes situações que passamos a explicitar. Uma vez que estão em causa Direitos Fundamentais, seria imperativo existir uma ponderação de valores e interesses para que fosse possível averiguar, caso a caso, quais os direitos que estão a ser lesados. Para tal, seria necessário recorrer ao art. 18º da CRP, pois esse viria a ser o auxílio necessário para a decisão casuística. O art. 18º da CRP em conjunto com o princípio da proporcionalidade permitiria que fosse realizada uma correta ponderação de valores a salvaguardar. A análise do caso em concreto determinaria a possibilidade de existir uma válida restrição dos direitos do arguido e determinar uma concreta aplicação da disposição normativa em conjunto com o princípio da proporcionalidade. O juiz também desempenharia um papel de elevada importância, na medida em que permitiria uma segunda avaliação casuística. Esta ponderação passaria pela avaliação da necessidade de admissão que deveria ter como base alguns requisitos, nomeadamente qual o tipo de perigo em causa, que tipo de danos vão ser cometidos, atualidade e iminência do perigo. A ideia, como já referimos anteriormente, passa por uma exclusão da ilicitude da prova.

Com a proposta desta ideia, temos em consideração que para tal ser possível é necessário existir uma reformulação legislativa quer no plano processual, quer no plano constitucional. Porém, julgamos que será um pequeno passo para a evolução do direito, tal como já foi alcançado com a possibilidade de utilização de material genético como prova pericial, em que estão em causa restrições de direitos fundamentais como o direito à integridade pessoal, direito à reserva da intimidade da vida privada e o direito à autodeterminação informacional. O passo em direção à evolução foi também dado nas situações em que são permitidas escutas telefónicas, localização GPS e utilização de agentes encobertos.

A complexidade das relações sociais e a sofisticação de práticas criminosas, acarretam a necessidade de uma intervenção urgente e a consequente utilização de boas práticas jurídicas e dos princípios subjacentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011;

AMARAL, Maria Lúcia, *A Forma da República – Uma introdução ao estudo do Direito Constitucional*, 1.ª ed. (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 2012;

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 6ª edição, Almedina, 2018;

ANDRADE, Manuel da Costa, *Bruscamente no Verão Passado*, a reforma do Código de Processo Penal: Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente, Coimbra Editora, 2009;

ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre a Valoração como meio de prova em Processo Penal, das gravações produzidas por particulares*, Coimbra, 1987;

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

ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 2006;

ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *Provas Ilícitas e Proporcionalidade: Uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*, Dissertação de Mestrado em Direito, Estado e Constituição, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2006, disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/33532496.pdf>;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

CANOTILHO, J.J Gomes, *Direito Constitucional*, 6ª Edição, Almedina, Coimbra, 1995;

CARNELUTTI, *Instituciones Del Nuevo Proceso Civil italiano*, Barcelona, 1952;

CARVALHO, Michelle Aurélio de, *Flexibilização da inadmissibilidade das provas ilícitas*, in Revista da Faculdade de Direito de Campos, nº 6, Ano VI, 2005;

COSTA, Carlos Fernando da Cunha, *O Princípio da Proporcionalidade e a Validade das Provas Ilícitas colhidas no Inquérito Policial*, Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 9 outubro de 2007;

COSTA, Catarina Rodrigues Santos, *Prova Ilícita e Prova Digital*, Dissertação de Mestrado em Direito Judiciário, Universidade do Minho, 2017, disponível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/51857/1/Catarina%20Rodrigues%20Santos%20Costa.pdf>;

DEU, Teresa Armenta, *La prueba ilícita*, Madrid, Marcial Pons, 2009;

DEU, Teresa Armenta, *La verdad en el filo de la navaja*, Revista de Derecho Procesal, Madrid, 2007;

DEU, Teresa Armenta, *Nuevas tendencias en materia de prueba ilícita*, en xiii World Congress of Procedural Law, Forense, 2007;

DEU, Teresa Armenta, *Prueba ilícita y reforma del proceso penal*, Revista del Poder Judicial, xix, número especial, 2006;

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Reimpressão 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2004;

DIAS, Jorge de Figueiredo, et al., *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Almedina, 2009;

DINIS, Yolanda Evaristo António, *A Prova Ilícita e o Princípio da Proporcionalidade. Análise sobre a sua admissibilidade em Processo Civil*, Dissertação de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica,

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2019, disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/45840/1/ulfd145218_tese.pdf;

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, 1ª Edição, Volume II, Lisboa, 1956;

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal*, 4ª Edição, Coimbra, Almedina, 2010;

FERREIRA, Marta Dinis, *Prova por Reconhecimento e Proibição de Prova*, Dissertação de Mestrado Forense, Lisboa, Universidade Católica de Lisboa–Faculdade de Direito, 2014, disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17151/1/Dissertação%20Marta%20Ferreira%20-%20Prova%20por%20Reconhecimento%20e%20Proibição%20de%20Prova.pdf>;

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;

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João, *A prova do crime- Meios legais para a sua obtenção*, Coimbra, Almedina, 2009;

JESUS, Francisco Marcolino de, *Os meios de obtenção da prova em processo penal*, 2ª Edição, Almedina, 2015;

JUDICIÁRIOS, Centro de Estudos, *Jornadas de Direito Processual Penal*, O Novo Código de Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1995;

LIMA, Saulo Mateus Gomes, *Admissibilidade das provas ilícitas no processo penal*, Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Universidade Icesp de Brasília;

LÚCIO, Álvaro Laborinho, *O Julgamento*, Uma narrativa crítica da Justiça. 2.ª Edição. Alfragidde, Dom Quixote, 2012;

MACHADO, João Batista, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 16ª Edição, Almedina, 2007;

MAIA GONÇALVES, Manuel, *O Novo Código de Processo Penal*, Jornadas de Direito Processual Penal, (organ. pelo) centro de estudos judiciais, Almedina, Coimbra, 1991;

MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio, *A ação declarativa*, 3ª Edição, Lisboa, 2011.

MEDEIROS, Rui e MIRANDA, Jorge, com a colaboração de Germano Marques da Silva, Henrique Salinas et al., *Constituição Portuguesa Anotada*, 2ª Edição Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010;

MENDES, João de Castro, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Edições Ática, 1ª Edição, 1961;

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, 2018;

MENDES, Paulo da Sousa, *O efeito à distância das proibições de prova*, in Revista do Ministério Público, nº 74, jul. 2013 – dez. 2013, pp. 219-228;

MESQUITA, Paulo Dá, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento- Estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema Norte-Americano*, Coimbra Editora, 1ª Edição, 2011;

MONTE, Mário Ferreira, *Escutas Telefónicas in III Congresso de Processo Penal*, coordenação: Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra, Almedina, 2010;

MONTE, Mário Ferreira, *Direito processual penal aplicado*, 1ª Edição, Braga, AEDUM- Associação de Estudantes Direito da Universidade do Minho, 2017;

Monte, Mário João Ferreira Monte, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Henrich Ewald Höster*, Almedina;

MONTE, Mário Ferreira, *O resultado da análise de saliva colhida através de zaragatoa bucal é prova proibida?* Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de setembro de 2006, Revista do Ministério Público, 108, 239 – 262;

MONTE, Mário Ferreira... [et al.], *Que futuro para o direito processual penal?*, Simpósio em Homenagem Jorge de Figueiredo Dias, por Ocasão dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português, coord.. – Coimbra, Coimbra Editora, 2009;

MOUROS, Maria de Fátima Mata, Juiz das Liberdades- *Desconstrução de um mito do Processo Penal*, Almedina, 2011;

NEVES, Rosa Vieira, *A Livre Apreciação da Prova e a Obrigação de Fundamentação da Convicção*, Coimbra; Coimbra Editora, 2011;

OLIVEIRA, Ascensão de, *O Direito: Introdução e teoria geral*, 13ª Edição, Coimbra, Almedina, 2011;

OLIVEIRA, Pedro Filipe Valente de, *o princípio da presunção de inocência em sede do processo de mediação penal*, Dissertação de Mestrado em Direito Penal, Universidade Católica Portuguesa, 2012, disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9721/1/O%20Princ%C3%ADpio%20da%20Presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20Inoc%C3%AAncia%20em%20sede%20de%20Media%C3%A7%C3%A3o%20Penal.pdf>;

PALMA, Maria Fernanda, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004;

PINTO, Frederico Costa, *Depoimento Indireto, legalidade da prova e direito de defesa*, in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Figueiredo Dias, Volume III, Coimbra Editora, 2010;

PRAIA, João de Matos-Cruz, *Proibições de prova em processo penal: algumas particularidades no âmbito da prova por reconhecimento e da reconstituição do facto*, in *Julgar Online*, 2019, pp. 1- 41;

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

RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da Prova Penal – A Prova Científica: Exames, Análises ou Perícias de ADN? Controlo de Velocidade, Álcool e Substâncias Psicotrópicas*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2009;

RODRIGUES, Cláudio Lima, *Das proibições de prova no âmbito do direito processual penal – o caso específico das proibições de prova no âmbito das escutas telefónicas e da valoração da prova proibida pro reo*, Portal Verbo Jurídico, maio de 2013;

SILVA, Bárbara Grayce Carvalho da, *Admissibilidade das provas ilícitas no processo penal*, Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Universidade Potiguar – UnP, Natal, 2008.

SILVA, Germano Marques, *Curso de Processo Penal*, Volume II, 4ª Edição, Editorial Verbo, 2008;

SILVA, Sandra Oliveira, “Legalidade da Prova e Provas Proibidas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 4, 2011, pp. 545- 591;

SILVA, Sandra Oliveira, *O arguido como meio de prova contra si mesmo –Considerações em torno do princípio Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare*;

SOUSA, Susana Aires, *Agent provocateur e meios enganosos de prova*, in *Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, pp. 1207–1235;

SOUSA, Tiago André Silva Torres de, *As proibições de prova em processo penal: Autonomia e efeitos à distância*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas Forenses, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2014, disponível em https://run.unl.pt/bitstream/10362/17211/1/Sousa_2014.pdf;

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Revistas e Buscas*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2005;

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *III Congresso de Processo Penal –Memórias*, Coimbra, Almedina, 2010;

DECISÕES JUDICIAIS

JURISPRUDÊNCIA DE TRIBUNAIS NACIONAIS

Tribunal Constitucional

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 213/94, de 02 de março de 1994, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940213.html>, consultado em 27 de junho de 2021

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 198/2004, de 24 de março de 2004, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040198.html>, consultado em 27 de junho de 2021

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 565/2004, de 22 de setembro de 2004, disponível em <https://www.direitoemdia.pt/search/show/e69a6a162c9f3d3a732ed62d455e4e6890b7fb34384c1d68b2aef21ffeb1ef5?terms=%22prova%20proibida%22>, consultada em 25 de junho de 2021

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 300/2005, de 08 de junho de 2005, disponível em <https://www.direitoemdia.pt/search/show/4aa1240cf41a539b6f3bcc048a8b609b47a6dab9118d24123e71d4269f445607?terms=%22prova%20proibida%22>, consultado em 25 de junho de 2021

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 646/2006, de 28 de novembro de 2006, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060646.html>, consultado em 27 de junho de 2021

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 155/2007, de 02 de março de 2007, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>, consultado em 25 de junho de 2021

Acórdão do Tribunal Constitucional, processo n.º 1088/2007, de 11 de janeiro de 2008, disponível em <https://www.direitoemdia.pt/search/show/ac3dc22b4941bdc6aa5c678a231613ff3a3e676bc67f2bf46ac63820947d522?terms=%22prova%20proibida%22>, consultado em 25 de junho de 2021

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 298/2019, de 15 de maio de 2019, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190298.html?impressao=1>, consultado em 25 de junho de 2021

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 689/2020, de 26 de novembro de 2020, disponível em <https://www.direitoemdia.pt/search/show/78ef343842dec90204f8c4005d64b158e34692682d61014fab30c60d1762cd7b?terms=%22prova%20proibida%22>, consultado em 25 de junho de 2021

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 568/2020, de 21 de outubro de 2020, disponível em <https://www.direitoemdia.pt/search/show/642d87980c1c290026834407ce9e937144787a01da08a00ecaf07ae0a2a1ddc9?terms=%22prova%20proibida%22>, consultado em 25 de junho de 2021

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 770/2020, de 21 de dezembro de 2020, disponível em <https://www.direitoemdia.pt/search/show/d5acc62c96f05309c29f6863a3644f684fdf92cc4ec9ab4896f3eb9a455fe2b6>, consultado em 25 de junho de 2021

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 283/2021, de 12 de maio de 2021, disponível em <https://www.direitoemdia.pt/search/show/dbe736b5fbb5da227cfcc51d2d16c2204b64b488c8db0015c61311d4ee8622e7?terms=%22prova%20proibida%22>, consultado em 25 de junho de 2021

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 341/2021, de 27 de maio de 2021, disponível em <https://www.direitoemdia.pt/search/show/33e6bf33299be6c563422ebdd0145b595438f3e72ce0a841816d17668ebfb95e?terms=%22prova%20proibida%22>, consultado em 25 de junho de 2021

Acórdão Tribunal Constitucional n.º 634/93, de _____, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930634.html>, consultado em 25 de junho de 2021

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 047084, de 08 de fevereiro de 1995, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/830c71bf7afbde0802568fc003b4517?OpenDocument>, consultado em 26 de junho de 2021

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 08P3375, de 16 de abril de 2009, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1b7c366c3607570c802575a0004e78ee?OpenDocument>, consultado em 26 de junho de 2021

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 886/07, de 03 de março de 2010, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/25061d49157a048c8025770a002ed7d7?OpenDocument>, consultado em 27 de junho de 2021

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 149/07, de 14 de julho de 2010, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/21ac26b56cb6b8d6802577a6003109a4?OpenDocument>, consultado em 26 de junho de 2021

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 223/07, de 12 de setembro de 2012, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c784124a26d3a04e80257ab7003effe7?OpenDocument>, consultado em 26 de junho de 2021

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 124/10, de 08 de janeiro de 2014, disponível em <https://www.direitoemdia.pt/search/show/4929cf9aa5aa2a4f0f04c3df611c13f49be8a56ae09320dd45fb06f3c7bc6637?terms=proibi%C3%A7%C3%A3o%20de%20prova>, consultado em 26 de junho de 2021

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 196/12, de 20 de setembro de 2017, disponível em <https://jurisprudencia.pt/acordao/183573/>, consultado em 26 de junho de 2021

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 1/18, de 04 de novembro de 2020, disponível em <https://www.direitoemdia.pt/search/show/1aac648d1dc1b7fd34c9ba20bf8f4a65ebf3200306e3c1cc323505aed7065fc8?terms=proibi%C3%A7%C3%A3o%20de%20prova>, consultado em 26 de junho de 2021

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 267/06, de 11 de fevereiro de 2021, disponível em <https://www.direitoemdia.pt/search/show/bad6b034630afd07196043e96c5a710befeab94ea3c1580b7585dfa10be9c657?terms=%22prova%20proibidas>, consultado em 26 de junho de 2021

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 110/13, de 18 de fevereiro de 2021, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f4199c812b85ea45802586800040ea39?OpenDocument>, consultado em 26 de junho de 2021

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 1711/16, de 24 de março de 2021, disponível em <https://www.direitoemdia.pt/search/show/6362d09e60f420cdb5cddeee4ac865052553708f89560e563196347b04e0ed9c?terms=proibi%C3%A7%C3%A3o%20de%20prova>, consultado em 26 de junho de 2021

Tribunal da Relação

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 528/07, de 19 de fevereiro de 2014, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/805204801df6667b80257c890034f437?OpenDocument>, consultado em 27 de junho de 2021

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 164/11, de 03 de fevereiro de 2016, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/06da28fd4cb1543b80257f55004c50fb?OpenDocument>, consultado em 27 de junho de 2021

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo n.º 416/13, de 22 de outubro de 2019, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/1a007e0acfaf8d73802584a900400a30?OpenDocument>, consultado em 27 de junho de 2020

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo n.º 670/07, de 31 de maio de 2010, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/a9ecc9cc8fbd72cd8025773c003001ff?OpenDocument>, consultado em 27 de junho de 2021

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo n.º 102/09, de 29 de abril de 2014, disponível em <https://www.direitoemdia.pt/search/show/c779682259de1f58f55bbd7b8576b9579d3a98326bad2e>

[597e8d15f055964be1?terms=proibi%C3%A7%C3%A3o%20de%20prova](#), consultado em 27 de junho de 2021

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n° 34/20, de 29 de julho de 2020, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6462638d700d85ae802585f90033e8ca?OpenDocument>, consultado em 27 de junho de 2021

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n° 7352/14, de 08 de outubro de 2020, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/9f44b0d42d4cb1b38025860100447a41?OpenDocument>, consultado em 27 de junho de 2021

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n° 255/19, de 04 de maio de 2021, disponível em <https://www.direitoemdia.pt/search/show/2e7b938063f02a366e7bf38d670d9cf4b04a50b4c4d14c3505b545ed02f50014?terms=proibi%C3%A7%C3%A3o%20de%20prova>, consultado em 27 de junho de 2021

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo n° 277/15, de 27 de junho de 2018, disponível em <https://www.direitoemdia.pt/search/show/2e1b3c934c5b83f8d140220cda41f95c65786e661bfa2c461befe73d8e432ff3?terms=proibi%C3%A7%C3%A3o%20de%20prova>, consultado em 27 de junho de 2021

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo n° 371/06, de 03 de fevereiro de 2010, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/6d4ef3fcf7284443802576cb004dcf1a?OpenDocument>, consultado em 27 de junho de 2021

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo n° 452/08, de 08 de fevereiro de 2010, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/ab35977ca72a6dce802576d20055243a?OpenDocument>, consultado em 27 de junho de 2021

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo n° 142/17, de 22 de abril de 2020, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/2235acb26e73d58b8025857b0056a6d3?OpenDocument>, consultado em 27 de junho de 2021

JURISPRUDÊNCIA DO TEDH

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, aresto do caso *Soering v. United Kingdom*, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22fulltext%22:%5B%22Soering%22%22itemid%22:%5B%22001-57619%22%7D>, consultado em 28 de maio de 2021

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, aresto do caso *Teixeira de castro v. Portugal*, disponível em <https://www.hr-dp.org/contents/587>, consultado em 28 de maio de 2021

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, aresto do caso *Allan v. Reino Unido*, disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-122859"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{), consultado em 28 de maio de 2021

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, aresto do caso *Schenk v. Switzerland*, disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57572"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), consultado em 28 de maio de 2021

JURISPRUDÊNCIA NORTE- AMERICANA

Acórdão do caso *Weeks v. United States*, de 1914, disponível em <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/232us383>, consultado em 30 de maio de 2021

Acórdão do caso *Silverthorne Lumber Co. Vs United States*, de 1920, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/>, consultado em 29 de maio de 2021

Acórdão do caso *Nardone Vs. United States*, de 1939, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/>, consultado em 29 de maio de 2021

Acórdão do caso *Mapp vs Ohio*, de 1961, disponível em <https://www.oyez.org/cases/1960/236>, consultado em 29 de maio de 2021

Acórdão do caso *Escobedo v. Illinois*, de 1964, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/478/>, consultado em 01 de junho de 2021

Acórdão do caso *Chapman v. California*, de 1966, disponível em <https://www.oyez.org/cases/1966/95>, consultado em 29 de maio de 2021

Acórdão do caso *Schmerber v. California*, de 1966, disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/757/>, consultado em 01 de junho de 2021

Acórdão do caso *Harris v. New York*, de 1970, disponível em <https://www.oyez.org/cases/1970/206>, consultado em 29 de maio de 2021

Acórdão do caso *Leon v. United States*, de 1983, disponível em <https://www.oyez.org/cases/1983/82-1771>, consultado em 29 de maio de 2021

Acórdão do caso *Nix v. Williams*, de 1983, disponível em, <https://www.oyez.org/cases/1983/82-1651>, consultado em 29 de maio de 2021

Acórdão do caso *Oregon v. Elstad*, de 1984, disponível em <https://www.oyez.org/cases/1984/83-773>, consultado em 29 de maio de 2021

Acórdão do caso *Murray v. United States*, de 1987, disponível em disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1987/86-995>, consultado em 29 de maio de 2021

Acórdão do caso *R. v. Cook*, de 1998, disponível em <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1653/index.do>, consultada em 29 de maio de 2021

Acórdão do caso *R. v. P.*, de 2000, disponível em, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b46f1f02c94e0775e7ee6ea>, consultada em 29 de maio de 2021

Acórdão do caso *Hudson v. Michigan*, de 2006, disponível em <https://www.oyez.org/cases/2005/04-1360>, consultado em 29 de maio de 2021