

A Prova no Processo Penal

A Obtenção de Prova pelo Particular

JOANA FLORÊNCIO *

Sumário: Introdução; 1. Qual a Relevância da Prova Penal; 2. Princípios relevantes do Direito Probatório; 2.1. Princípio da Legalidade; 2.2. Princípio da Livre Apreciação da Prova; 2.2.1. As Limitações ao Princípio da Livre Apreciação da Prova; 3. Proibições de Prova no Código de Processo Penal; 3.1. A Nulidade da Prova como Consequência à obtenção de Prova Proibida; 4. As Investigações Privadas e a Obtenção de Provas por Particulares; 5. A Admissibilidade da “Prova” Obtida por Particulares no Processo Penal; Conclusão; Bibliografia.

Palavras-chave: processo penal, prova, prova proibida, nulidades, obtenção de prova, particulares.

Abreviaturas: Art. – Artigo; CRF. – Conferir; CPP – Código do Processo Penal; CRP – Constituição da República Portuguesa; EOA – Estatuto da Ordem dos Advogados; Ex. – Exemplo; MP – Ministério Público; OPC – Órgãos de Polícia Criminal; STJ – Supremo Tribunal de Justiça; TC – Tribunal Constitucional; TER – Tribunal da Relação de Évora.

Introdução

A obtenção de prova por parte dos particulares é hoje uma realidade da qual não podemos fugir. Os particulares têm tido um papel, cada vez maior e mais preponderante, não apenas nos recursos seguidos para a obtenção de prova, mas também na forma como procuram potenciar essa prova para as autoridades

JURISMAT, Portimão, 2022, n.º 15, pp. 269-289.

* Advogada; Docente no ISMAT e Mestranda na Universidade Lusófona de Lisboa. O presente artigo não segue o novo acordo ortográfico.

responsáveis; designadamente, para as autoridades judiciárias e autoridades policiais.

Considerando a velocidade a que a sociedade evolui, processo evolutivo acompanhado por um mundo tecnológico, cria condições para que os particulares recorrendo cada vez mais a esses meios, consigam obter provas do crime, nomeadamente, no momento da sua concretização, podendo estar em questão a obtenção ilícita de provas.

Com esse desiderato agora reunido, são esses mesmos particulares que se convertem em actores do próprio processo de “investigação autónoma”, funcionando como preciosos auxílios às forças e funções da autoridade pública responsáveis pela investigação criminal.

Toda esta circunstância que atualmente se vive, suscita-nos um conjunto de questões, nomeadamente, qual o papel dos particulares no processo penal? Em que medida os particulares devem estar sindicados às normas do processo penal, como os demais envolvidos? Deverão os particulares estar vinculados ao Estado da mesma forma que se encontram os investigadores criminais? Ou, se por outro lado, a obtenção de prova pelos particulares não deve estar sujeita às proibições de prova do Código do Processo Penal (doravante CPP)?

No entanto, também é imperativo clarificar que se por um lado esse trabalho dos particulares facilita todo um trabalho árduo e penoso de uma investigação penal, também pode incorrer nos limites do que é, e do que pode ser considerado admissível nesse processo, podendo contribuir para ferir direitos fundamentais do indivíduo estatuídos na Constituição da República Portuguesa (doravante CRP), considerados pela lei fundamentais direitos invioláveis.

Para encontrar algumas respostas a estas perguntas que se impõem, não nos podemos esquecer, que o núcleo das proibições de prova no Processo Penal, advém da susceptibilidade de violar direitos fundamentais aquando das diligências de prova, não importa em que contexto ou circunstância tenha o agente praticado o crime, e qual o crime em questão.

É ainda de salientar que a posição dos particulares, perante a obtenção de prova, não consta do leque de proibições do Processo Penal, nem de qualquer outro normativo extravagante, sendo um regime completamente omissivo na legislação vigente, segundo a opinião de PAULO DE SOUSA MENDES, “As Proibições da prova no Processo Penal”, Almedina.

Neste artigo, pretende-se compreender em que medida a obtenção de prova por parte dos particulares é relevante para a investigação no Processo Penal, e até

que ponto existe ou não uma vinculação às proibições da prova por partes destes, não olvidando a concretização dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

1. Qual a Relevância da Prova Penal

Nas palavras de PAULO DE SOUSA MENDES “a confusão da prova com a ciência forense explica, de resto, a desatenção pela prova no ensino do Direito Penal e Processual Penal, como se fosse matéria cometida à competência de não juristas, desde médicos legistas até aos peritos informáticos, e portanto ensinável fora das Faculdades de Direito”.¹

Depois de recebida a notícia de crime pelo Ministério Público (doravante MP) e aberto o inquérito, efectivar-se-ão um conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, qual o seu agente, quais as responsabilidades daquele no crime em causa, descobrir e recolher provas de forma a poder decidir-se por uma acusação que irá ser comprovada ou não em fase de julgamento, se não houver a fase instrutória que é facultativa.

É na fase de julgamento que a prova descoberta é carreada para o processo. É onde a prova vai “brilhar”.

A prova recolhida é produzida e apreciada em sede de julgamento, para que o julgador a possa apreciar no sentido de vir a formar uma convicção da existência ou não existência de um crime, qual ou quais os agentes que o praticaram, e qual a sanção a aplicar aos mesmos. É neste quadro demonstrativo que ganham relevo os meios de obtenção de prova e os meios de prova.

O processo penal está construído de forma a assegurar os direitos do arguido, direitos processuais e direitos fundamentais. Procura a realização da justiça e a procura da verdade material.

Nas palavras de JORGE FIGUEIREDO DIAS “O Processo Penal é uma sequência de actos juridicamente preordenados e praticados por certas pessoas, legitimamente autorizadas em ordem à decisão sobre se foi praticado algum crime e, em caso afirmativo, sobre as suas respectivas consequências jurídicas e sua justa aplicação”.²

¹ Paulo de Sousa Mendes, *As Proibições de Prova em Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 2004

² José Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, (Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 36

O processo penal mantém uma estreita correlação com o direito probatório, pois é este que permite aferir através dos seus meios de prova e de obtenção de prova, se existiu a efectiva concretização de um crime pelo arguido acusado. Neste sentido, o direito probatório não pode ser um parente pobre do direito processual penal.³

No fundo, é muito importante que uma decisão judicial possa resultar, feitas as devidas ponderações, do conjunto das alegações, das provas carreadas para o processo e apresentadas em sede de audiência de julgamento pela defesa, com o fim de chegar à verdade material, tendo o juiz o poder de ordenar produção de prova.⁴

O direito probatório é um conjunto de meios e diligências dirigidos pelas normas que o efectivam, na medida a determinar na orla criminal, quais os factos determinantes a serem avaliados e valorados no processo penal, cujo objectivo final será sempre a procura da verdade material, tendo sempre em conta o respeito pelos direitos fundamentais do arguido.

³ Tiago André Silva Torres de Sousa, *As Proibições da Prova em Processo Penal: Autonomia e Efeitos à Distância*, Tese apresentada ao departamento de Direito da Universidade Nova de Lisboa, para obtenção do grau de mestre, orientada pelo Professor Doutor Frederico Lacerda da Costa Pinto, 2014

⁴ Sobre esta questão cfr. AC TRE proc. n.º 1123/08-1 de 17/06/2008, relator: Ribeiro Cardoso. “1. Há um momento processual próprio para requerer a produção de prova, mas a prova pode ser requerida para além desse momento se houver uma circunstância especial (a “*superveniência*”) que o justifique.

O tribunal pode ordenar a produção da prova requerida pelo arguido durante a audiência, ao abrigo do disposto no art. 340.º do CPP, se o seu conhecimento se lhe afigurar necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa.

O Código de Processo Penal estabelece alguns dos critérios de admissão da prova no art. 340.º, encontrando-se vários outros critérios dispersos noutros preceitos do mesmo diploma. A lei é, com efeito, prolixa no estabelecimento de critérios de admissibilidade da prova, traduzido nas expressões *essencial*, *indispensável*, *absolutamente indispensável*, *necessário*, *previsivelmente necessário*, *absolutamente necessário*, *útil* (cf. art.328.º n.º1, alin. b), 360.º n.º4, 328.º n.º3, alin. b), 334.º n.º3, 354.º, 356.º n.º3, alin. a), 370.º n.º1, 387.º n.º2, alin. b), 353.º n.º2 e 295.º).” in www.dgsi.pt

2. Princípios relevantes do Direito Probatório

2.1. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade encontra-se em estreita correlação com o princípio da oficialidade, que se traduz nos poderes do MP enquanto representante do Estado em defender os seus interesses no que a lei determinar. Exerce a acção penal, dando cumprimento ao princípio da legalidade e defendendo a legalidade democrática, como dispõe o n.º 1 do art. 219.º CRP.

Ao abrigo do n.º 1 al. c) do art. 3.º do Estatuto do MP, aprovado pela Lei n.º 47/86 de 15 de Outubro e actualizada pela Lei n.º 114/ 2017, de 29 de Dezembro, compete especialmente ao MP, exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade. Quer isto significar que o MP deve, após o auto de notícia, promover o processo penal, levando a cabo a actividade investigatória no decurso do inquérito, de forma a recolher fortes indícios da prática de um crime e das responsabilidades do seu agente. (cfr. n.º 1 do art. 283.º CPP).

O princípio da legalidade na promoção do processo penal funciona desta forma, como segurança jurídica para a sociedade e na promoção da paz social.⁵

O princípio da legalidade nestes termos definidos é corolário lógico do *princípio da legalidade da prova penal*. Este princípio encontra-se também consagrado no art. 125.º CPP onde dispõe que não são admissíveis as provas que não forem estabelecidas por lei.

A própria CRP consagrou no seu n.º 8 do art. 32.º que todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações são proibidas e logo nulas, assim como as que se encontram ainda nos arts. 25.º, 26.º e 34.º do mesmo diploma, salvo os casos previstos no próprio CPP no seus arts. 177.º e 187.º.

Tal como o direito processual penal no geral se reveste de princípios que o acompanham, o mesmo acontece com o direito probatório; nem faria sentido que de outro modo fosse, quando a lei fundamental é a primeira a proteger os cidadãos de meios de obtenção de prova proibida.

⁵ Paula Marques Carvalho, *Manual Prático de Processo Penal*, (11.ª Edição, reimpressão). Almedina. Coimbra. 2018. p. 15.

O Legislador não foi perentório na descrição de prova admitida no art. 125º CPP, contudo, existe o dever de cumprir a norma estabelecida por ele, e que o mesmo quis proteger.⁶

O próprio código de processo penal encontrou uma forma de sancionar quem não cumprisse com as formalidades, intituladas como inválidas. Mas por outro lado, sanciona aquele que apresentar provas consideradas proibidas perante a lei, e que com esse tipo de conduta, acabam por ferir os direitos fundamentais do arguido ou até normas legais, existindo assim o *regime das proibições de provas*, para protecção dos mesmos.

Importa também lembrar o quanto abrangente pode ser este princípio da legalidade, pois ao determinar que são admissíveis no processo todos os meios de prova que não sejam proibidos por lei, não revela taxativamente que meios de prova são admissíveis por lei, havendo uma tentação para, de uma forma ou outra, poder ferir-se a norma de nulidade.

Considera-se hoje que há que evitar a violação da norma disposta no art. 125º CPP, assim como o que a mesma representa, devendo o estipulado no art. 125º CPP ser cumprido de forma escrupulosa, dentro de todos os limites da lei, de forma a não defraudar os direitos fundamentais dos cidadãos. Aliás, o art. 126º CPP e o art. 32º n.º 8 CRP, não obstante o art. 25º, 26º e o art. 34º CRP,⁷ têm

⁶ Sobre esta questão, cfr. AC TRC proc. n.º 25/11.0PCCBR.C1, de 20/06/2012, relator: Jorge Jacob, “- A prova por presunção não é uma prova totalmente livre e absoluta, como, aliás, o não é a livre convicção (sob pena de abandono do patamar de segurança da decisão pressuposto pela condenação penal, em homenagem ao princípio do in dubio pro reo) conhecendo limites que quer a doutrina quer a jurisprudência se têm encarregado de formular: Desde logo, é necessário que haja uma relação directa e segura, claramente perceptível, sem necessidade de elaboradas conjecturas, entre o facto que serve de base à presunção e o facto que por presunção se atinge (sendo inadmissíveis “saltos” lógicos ou premissas indemonstradas para o estabelecimento dessa relação); Por outro lado, há-de exigir-se que a presunção conduza a um facto real, que se desconhece, mas que assim se firma (por exemplo, a autoria – desconhecida – de um facto conhecido, sendo conhecidas também circunstâncias que permitem fazer funcionar a presunção, sem que concomitantemente se verifiquem circunstâncias de facto ou sejam de admitir hipóteses consistentes que permitam pôr em causa o resultado assim atingido); - Por fim, a presunção não poderá colidir com o princípio in dubio pro reo (é esse, aliás, o sentido da restrição referida na parte final do exemplo que antecede)”, in www.dgsi.pt

⁷ Sobre esta questão cfr. AC. STJ, proc. n.º 06P4805A de 31.01.2008, “Proibição de prova em sentido próprio no sistema processual penal português é somente aquela norma probatória proibitiva cuja violação possa redundar na afectação de um dos direitos pertencentes ao núcleo eleito no art. 32.º, n.º 8, da Lei Fundamental, e que o art. 126.º do CPP manteve, sem alargar.

Diferentemente, as regras de produção da prova - cf., v.g., o art. 341.º do CPP - visam apenas disciplinar o procedimento exterior da realização da prova na diversidade dos seus meios e métodos, não determinando a sua violação a reafirmação contrafáctica através da

precisamente a função de garantir essa inviolabilidade, esperando um trato igualitário por parte do Estado.

“O modelo acusatório no sistema processual português não implica apenas uma igualdade de armas, mas uma verdadeira garantia do respeito pela dignidade dos cidadãos.

Por conseguinte, para se prosseguir a verdade material nem todos os meios e métodos de obtenção de prova são válidos.”⁸

O art. 126º CPP dispõe sobre os métodos proibidos de obtenção de prova, verificando qualquer um deles, a prova obtida será considerada nula.⁹ À sanção da nulidade acresce a não utilização dessas provas em audiência de julgamento para sua valoração, ou seja, quando se determine que o meio de obtenção da prova é proibido, também será proibida a valoração da prova obtida por aquele meio.

2.2. Princípio da Livre Apreciação da Prova

O Princípio da Livre Apreciação da Prova encontra-se consagrado no art. 127º CPP que estatui, “salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente.”

Esta norma, na forma como se encontra formulada, poderá levar-nos a induzir em erro. Pois pode remeter para a aparência que o Juiz pode apreciar a prova segundo as suas regras de experiência, sendo assim, livre para criar a sua convicção em relação aos factos apresentados a julgamento.

proibição de valoração. As regras de produção da prova configuram «meras prescrições ordenativas de produção da prova, cuja violação não poderia acarretar a proibição de valorar como prova (...) mas unicamente a eventual responsabilidade (disciplinar, interna) do seu autor». Uma vez pré-ordenadas à maximização da verdade material (como forma de assegurar a solvabilidade técnico-científica do meio de prova em causa), as regras de produção da prova podem igualmente ser ditadas para obviar ao sacrifício desnecessário e desproporcionado de determinados bens jurídicos.” in www.dgsi.pt,

⁸ Tiago André Silva Torres de Sousa, *As Proibições da Prova em Processo Penal: Autonomia e Efeitos à Distância*, Tese Mestrado, 2014.

⁹ Sobre esta questão cfr. AC. TC nº 155/2007, Processo n.º 695/06, relator: Conselheiro Gil Galvão, onde julgou inconstitucional o nº1 e 2 al. a) e c) e nº3 do art. 126º, por violação ao nº4 do art. 32º CRP, quando interpretada no sentido de ser considerada válida e por conseguinte sujeita mais tarde a uma valoração em julgamento, a prova obtida através da colheita forçada de vestígios biológicos de um arguido, sem que esta tivesse sido previamente autorizada por um juiz, e tendo o arguido demonstrado expressamente a sua recusa. in <http://www.tribunalconstitucional.pt>

É verdade que que o critério mais utilizado pelo julgador para valoração das provas é o da formação da convicção do Juiz que assenta no conceito “as regras de experiência”, que não são mais do que as regras que ditam o que é comum acontecer na maioria das vezes naquela mesma situação ou em casos semelhantes, daí estarmos perante uma situação de probabilidade e não de certeza.

Estas regras de experiência também acabam por corporizar a experiência técnica e de conhecimento do homem médio. Contudo, as regras de experiência devem ser aplicadas de forma crítica, pois experiência pode significar inexperiência, e o julgador deve ter isso em conta, experiência não será verdade absoluta. Assim, o juiz deve abster-se de valorar segundo as regras de experiência, se essas regras estiverem encapuzadas de preconceitos, pré-juízos e argumentos, não foi esse o objectivo do legislador ao elaborar a letra da lei do art. 127º CPP.¹⁰

O que a norma do art. 127º CPP pretende é que o julgador não possa, de forma alguma, valorar a prova carreada para o processo ou de conhecimento oficioso, de forma discricionária ou arbitrária, pois a sua apreciação, deverá sempre ser feita de forma objetivável e motivável.¹¹ A apreciação da prova é submetida ao controlo judiciário, sendo que, todos os actos decisórios do juiz terão que ser fundamentados segundo as regras da ciência, da lógica¹² e da argumentação, como estipulado no nº 5 do art. 97º CPP, assim como na sentença que vier a proferir, segundo o nº 4 do art. 374º CPP.¹³

¹⁰ António Gama, António Latas, João Conde Correia, José Mouraz Lopes, Luís de Lemos Triunfante, Maria do Carmo Silva Dias, *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Tomo II Artigos 124º a 190º*. (2ª Edição). Coimbra. Almedina. 2020. p. 80

¹¹ Sobre esta questão, crf. AC. TC nº 1165/96, processo nº 142/96, relator: Conselheiro Conselheiro Monteiro Diniz. “2- (...) A livre apreciação da prova não pode ser entendida como uma operação puramente subjectiva, emocional e portanto imotivável. Há-de traduzir-se em valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permita ao julgador objectivar a apreciação dos factos, requisito necessário para uma efectiva motivação da decisão.”

¹² Sobre esta questão, crf. AC TRC, proc. nº 1896-03.0PBLRA.C1 de 03/11/2010, relator: Belmiro Andrade, decidiu que o princípio da livre apreciação da prova “conjugado com o dever de fundamentação das decisões dos tribunais, exige uma apreciação motivada, crítica e racional, fundada nas regras da experiência mas também nas da lógica e da ciência.” in www.dgsi.pt

¹³ Sobre esta questão, crf. AC TRC, proc. nº 174/08.2GASPS.C1 de 20/09/2017, relator: Helena Bolieiro. “I - A livre apreciação da prova não está sujeita a regras legais que pré-determinem o valor das provas.II - Daí a relevância da fundamentação (neste caso de facto) que obrigatoriamente deve constar da sentença e que em sede recursória permite ao tribunal superior conhecer o modo e o processo de formulação do juízo lógico contido em tais decisões (os fundamentos), elemento essencial para a avaliação que lhe cumpre efectuar. III - A valoração da prova pela 1.ª instância é resultado da apontada livre apreciação e só deverá ser objecto de censura pelo tribunal de recurso quando ficar demonstrado que

É certo que não existem critérios legais que pré-determinam o valor da prova, mas isso não significa que as entidades legitimadas a o fazer, não o façam com o dever que lhes foi conferido de perseguir a realização da justiça a fim de chegar à verdade material.¹⁴

O princípio da livre apreciação da prova tem limites, não só consagrados na própria CRP, como na lei processual penal.¹⁵

2.2.1. As Limitações ao Princípio da Livre Apreciação da Prova

O princípio da livre apreciação da prova não está livre de limitações,¹⁶ como acabámos de afirmar.

a opção tomada viola as regras da experiência comum consideradas válidas e legítimas dentro de um determinado contexto histórico e jurídico e, portanto, dotadas de razoabilidade. IV - A prova indirecta, cuja admissibilidade em processo penal não se questiona, pressupõe que a factualidade conhecida permite adquirir ou alcançar a realidade de um facto não directamente demonstrado. V - O facto de o agente ter na sua posse um dos objectos furtados não é suficiente como indício seguro e inequívoco, capaz de fundar um juízo de certeza para além de toda a dúvida razoável, e não de mera probabilidade, de que foi ele o autor do furto.”

¹⁴ Maria João Antunes, *Direito Processual Penal*, (3ª Edição). Coimbra. Almedina. 2021. p.190

¹⁵ Sobre esta questão, crf. AC TRC, proc. nº 12/14.7GBRST.C de 03/06/2015, relator: Fernando Chaves, “I - Se a decisão factual do tribunal recorrido se baseia numa livre convicção objectivada numa fundamentação compreensível e naquela optou por uma das soluções permitidas pela razão e pelas regras de experiência comum, a fonte de tal convicção – obtida com o benefício da imediação e da oralidade – apenas pode ser afastada se ficar demonstrado ser inadmissível a sua utilização pelas mesmas regras da lógica e da experiência comum. II - Quando a prova pessoal produzida aponta em dois sentidos ou direcções completamente distintas, o tribunal deve recorrer às regras de experiência e apreciar a prova de forma objectiva e motivada, expondo de forma clara e segura as razões que fundamentam a sua opção, justificando os motivos que levaram a dar credibilidade à versão dos factos constante da acusação e a não dar credibilidade à versão dos factos apresentada pelo arguido, permitindo aos sujeitos processuais e ao tribunal de recurso proceder ao exame do processo lógico ou racional que subjaz à convicção do julgador. III - No que respeita ao erro notório na apreciação da prova, tal vício verifica-se quando um homem médio, perante o teor da decisão recorrida, por si só ou conjugada com o senso comum, facilmente se dá conta que o tribunal violou as regras da experiência ou de que efectuou uma apreciação manifestamente incorrecta, desadequada, baseada em juízos ilógicos, arbitrários ou mesmo contraditórios. IV - O apontado vício é aquele que é evidente, que não escapa ao homem comum, de que um observador médio se apercebe com facilidade, que é patente, só podendo relevar se for ostensivo, inquestionável e perceptível pelo comum dos observadores ou pelas faculdades de apreciação do “homem médio”. V - O princípio *in dubio pro reo* encerra uma imposição dirigida ao juiz no sentido de este se pronunciar de forma favorável ao arguido quando não tiver certeza sobre os factos decisivos para a solução da causa, pelo que a sua violação exige que o juiz tenha ficado na dúvida sobre factos relevantes e, nesse estado de dúvida, tenha decidido contra o arguido.”

No que se refere à *prova testemunhal*, não estamos perante quaisquer limitações, segundo o art. 128º CPP. As declarações prestadas pelas testemunhas são apreciadas segundo as regras de experiência do julgador e a sua livre convicção. O mesmo não acontecerá se estivermos perante um discurso indirecto por parte da testemunha o “ouvi dizer”, as convicções pessoais e a opinião pública também não são valoradas, não contribuindo para a convicção do julgador em qualquer sentido, como bem dispõem os arts. 129º e 130º CPP.¹⁷

No que concerne às *declarações prestadas pelo arguido* sobre os factos que lhe são imputados, e sobre os seus antecedentes criminais, estes devem ser considerados em concreto, assim como o seu comportamento.

Se o arguido decidir negar os factos que lhe são imputáveis, está aqui subjacente a livre apreciação da prova, não existindo qualquer limite à mesma. O mesmo acontecerá caso o arguido confesse os factos dos quais está indiciado, de forma livre, integral e sem reservas, ou os confesse parcialmente.

O princípio da livre apreciação da prova já não valerá caso a confissão do arguido seja livre e integral, e se refira a um crime punível até cinco anos de prisão, porque uma vez feita é aplicado o nº 2 do art. 344º CPP, isto é, há uma renúncia à produção da prova pelos factos dos quais vem acusado, e logo não pode haver uma valoração da mesma a ter em consideração na medida da pena, caso venha a ser julgado por outras razões.

Relativamente ao silêncio do arguido existe uma verdadeira limitação, pois o mesmo não pode prejudicá-lo, nunca o poderá desfavorecer, segundo o nº1 al. d) do art. 61º CPP conjugado com o nº 4 al. a) do art. 141º, nº 1 do art. 343º e nº

¹⁶ Maria João Antunes, *Direito Processual Penal*, (3º Impressão – Reimpressão), Almedina. Coimbra, 2021 p.191 a 193

¹⁷ Sobre esta questão, crf. AC. TRC pro. nº 460/10.JARLA.C1, relator: Paulo Valério, “1. É conhecida a clássica distinção entre *prova directa* e *prova indirecta* ou *indiciária*: aquela incide directamente sobre o facto *probando*, enquanto esta incide sobre factos diversos do tema de prova, mas que permitem, a partir de deduções e induções objectiváveis e com o auxílio de *regras da experiência*, uma ilação da qual se infere o facto a provar. 2. Embora a nossa lei processual não faça qualquer referência a requisitos especiais, em sede de demonstração dos requisitos da prova *indiciária*, a aceitação da sua *credibilidade* está dependente da convicção do julgador que, embora sendo uma convicção pessoal, terá que ser sempre objectivável e motivável. 3. Para que a prova *indirecta, circunstancial ou indiciária* possa ser tomada em consideração exigem-se alguns requisitos: pluralidade de factos-base ou indícios; que tais indícios estejam acreditados por prova de carácter directo; que sejam periféricos do facto a provar ou interrelacionados com esse facto; racionalidade da inferência; expressão, na motivação do tribunal de instância, de como se chegou à inferência; não se admitir que a demonstração do facto indício que é a base da inferência seja também ele feito através de prova *indiciária*.”

1 do art. 345º todos do CPP. Aqui encontramos o direito à não autoincriminação, um direito protegido pela CRP no seu nº 1 e 2 do art. 32º conjugado com o nº 4 al. b) do art. 141º CPP.

Uma outra limitação ao princípio aqui em causa está relacionada com a prova pericial. Segundo o disposto no nº1 do art. 163º CPP, “o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador, o que representa o abandono do entendimento de que o juiz é o perito dos peritos.”¹⁸ O julgador poderá divergir do juízo contido no parecer dos peritos, desde que fundamente a divergência, assim exige o nº 2 do mesmo artigo. Assim, não é colocada em causa o dever jurídico de continuar apto a fazer a sua livre apreciação no que se refere à base dos factos da qual partiu o perito, pondo esta em causa e acabando por a desvalorizar.¹⁹

Por último podemos referir-nos à limitação do princípio da livre apreciação da prova relacionada com os documentos autênticos ou autenticados, uma vez que os mesmos podem ser postos em causa quanto à sua veracidade, desde que seja feita de forma fundamentada, como exige o estipulado no art. 169º CPP, o tribunal pode mesmo considerar um desses documentos falsos, segundo a previsão estatuída no art. 170º CPP.^{20/21}

¹⁸ Maria João Antunes, *Direito Processual Penal*, p.192

¹⁹ Sobre esta questão, crf. AC TRE proc. nº 1236/20.3T8PTG.E1 de 28/10/202, relator: Mário Branco Coelho, “1. Tendo o tribunal solicitado relatório médico sobre a aptidão mental de certa testemunha para prestar depoimento, caso este declare a inaptidão por ela sofrer de diversas patologias neurológicas e encontrar-se em estado de demência vascular, pode o juiz apreciar livremente essa prova pericial, mas, caso pretenda divergir, deverá exercer essa faculdade de forma especialmente prudente e fundamentar os motivos do seu desacordo.

2. Não existindo qualquer despacho justificando a divergência quanto ao juízo pericial de inaptidão mental da testemunha para prestar declarações, não pode o tribunal insistir nessa inquirição.

3. E muito menos pode recorrer ao mecanismo da prestação de depoimento escrito, nos termos do art. 518.º do Código de Processo Civil, por o problema não ser a mera “*impossibilidade ou grave dificuldade de comparência no tribunal*”, mas antes a própria inaptidão mental para prestar depoimento.”

²⁰ Sobre esta questão, crf. AC STJ, proc. nº 048111 de 04/10/1995, relator: Amado Gomes. “I - O Supremo Tribunal de Justiça não aprecia, nem pode alterar matéria de facto; julga apenas sobre a matéria de direito. Apenas nos casos previstos nas alíneas do n. 2 do artigo 410 do Código de Processo Penal, o Supremo Tribunal de Justiça pode apreciar matéria de facto e se, constatar a existência de algum dos vícios aí prescritos, no acórdão recorrido, enviará aquele para novo julgamento.

II - O disposto no artigo 169 do Código de Processo Penal é uma excepção ao princípio da livre apreciação da prova, consignado no artigo 127 do mesmo diploma.

III - Quando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, será sempre aplicado o regime que con-

3. Proibições de Prova no Código de Processo Penal

A nossa CRP tutela o regime da proibição de provas nos seus n.º 1 e n.º 8 do art. 32.º, assim como no seu n.º 1 e n.º 4 do art. 34.º, delimitando os métodos e os recursos usados para obtenção de prova, protegendo assim o sujeito processual, e acabando por preveni-lo da concretização de comportamentos lesivos aos seus direitos fundamentais, praticados por aqueles que buscam a verdade material no processo penal.²²

O instituto das proibições de prova não será mais do que uma salvaguarda dos direitos fundamentais do indivíduo, sujeito à investigação criminal pelas forças de autoridade, havendo aqui uma permeabilidade para que possam existir possíveis lesões aos seus direitos, liberdades e garantias.

Com isso, procurou a CRP defender os direitos invioláveis do cidadão, como a integridade física e moral, a intimidade da vida privada, a autodeterminação, o domicílio, o direito à palavra e à imagem, o direito à correspondência e telecomunicações, concebendo-os como direitos invioláveis, por lesões provocadas pelo direito probatório, quando estamos perante prova proibida.

Existe aqui um *juízo de ponderação perante uma colisão de direitos*; por um lado, a aplicação das normas do direito probatório, com a finalidade da busca da verdade material, onde as autoridades competentes devem usar de todos os meios legais necessários e respectivas diligências na persecução da investigação, por outro lado, impõe-se respeitar todos os direitos fundamentais do indivíduo sujeito à investigação, consagrando que este não seja ele mesmo o meio de prova, mas que a prova em causa seja obtida “sem tortura, coação, ofensas à integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.²³

cretamente se mostre mais favorável ao agente, salvo se este já tiver sido condenado por sentença transitada em julgado.”

²¹ Sobre esta questão, crf. AC TRP, proc. n.º 280/09TAVCD.P1 de 05/01/2011, relator: Joaquim Gomes, “I - O auto de notícia faz fé em juízo da respectiva diligência de prova, mas não tem a força probatória *reforçada* instituída pelo art. 169.º, n.º 1, do CPP. II - A força probatória dos documentos autênticos e autenticados é diferente no processo penal, relativamente ao que se passa no processo civil: no processo penal, tais documentos têm uma força probatória *reforçada* que pode ser inquinada por um juízo fundado de suspeita da sua validade ou exactidão, ao passo que no processo civil os mesmos documentos têm uma força probatória plena que só pode ser ilidida com base na sua falsidade.”

²² Cfr. CRP art. 32.º e 34.º.

²³ Cfr. CRP, art. 32.º n.º 8.

O regime instituído pela CRP sobre a proibição de prova vai efectivar-se com as normas do mesmo instituto no Processo Penal. O que vai obrigar as autoridades competentes pelas investigações a cumprir e a respeitar os direitos dos suspeitos ou dos arguidos.

O art. 126º do CPP estatui o regime de *métodos de proibição de prova*, referindo-se não só à proibição do meio de obtenção de prova, como à proibição da prova em si.

Esse mesmo artigo estatui que “as provas são proibidas quando obtidas por tortura, coação ou, em geral, ofensa à integridade física ou moral das pessoas e as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular”²⁴, limitações previstas na lei; designadamente, no art. 177º do CPP referente às buscas domiciliárias, e o art. 187º CPP referente à admissibilidade das escutas telefónicas.

Toda esta concepção remete ainda, e também, para os pressupostos e limites da produção de prova e da valoração da prova; como por exemplo, a contemplação do testemunho indirecto, o preconizado “ouvi dizer que”, como resulta no estipulado no nº1 do art. 129º CPP.²⁵

3.1. A Nulidade da Prova como Consequência à obtenção de Prova Proibida

As nulidades encontram-se consagradas no art. 118º CPP, com especial atenção para o seu nº 1 e 3. O nº1 do art. 118º CPP visa acautelar a violação ou a inobservância das disposições da lei no processo penal, o seu nº 3 por outro lado visa acautelar o não cumprimento do disposto no art. 126º CPP, acautelando a segurança de todos os cidadãos, pois não é possível chegar à verdade material tendo como base vícios graves ou erros.

O nº 1 do art. 118º CPP só admite um acto como nulo quando a própria lei assim o dispõe. Se assim for, estaremos perante uma inexistência jurídica, uma

²⁴ Maria João Antunes, *Direito Processual Penal*, p. 186

²⁵ Sobre esta questão, crf. AC TRC proc. nº 2721/2001 de 19/12/2001, relator: Oliveira Mendes. “I - Em matéria de invalidade da prova há que distinguir entre regras de produção de prova, proibição de produção de prova e proibição de valoração de prova. II - A prova obtida através de método proibido é insusceptível de valoração pelo tribunal. III - A prova obtida contra legem, mas através de método não proibido, pode ser valorada sempre que susceptível de se obter através de meio ou procedimento conforme à lei, suposto, evidentemente, que a irregularidade do acto de produção de prova não haja sido arguida.

nulidade absoluta ou insanável, caso assim não seja, estaremos perante uma nulidade sanável, o que se entende por uma mera irregularidade.²⁶

Estaremos perante uma inexistência jurídica quando o acto sofre de um vício tal que se encontra inapto a integrar a relação jurídica no processo penal e, logo, a produzir qualquer efeito de natureza processual penal. Ou seja, estaremos perante um não acto por este não cumprir os pressupostos exigidos pela lei processual penal.²⁷

O n.º 3 do art. 118.º CPP dispõe que “as disposições do presente título não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova.” Ora o art. 126.º CPP consagra no seu n.º 1 que “são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas.” Contudo, estas nulidades devem ser arguidas pelas partes, pois define o n.º 1 do art. 120.º CPP que “qualquer nulidade diversa das referidas no artigo anterior deve ser arguida pelos interessados e fica sujeita à disciplina prevista neste artigo e no artigo seguinte.” A verdade é que no texto da lei do art. 126.º CPP sobre os métodos de proibição de prova, não se encontra previsto no aludido art. 120.º CPP, o que nos leva a considerar que existindo no processo penal uma prova obtida por um meio proibido, tal nulidade deve ser arguida pelo MP ou pelo juiz ou pelo defensor. Ao serem consideradas nulas, as provas sofrem uma sanção, que se encontra expressa no art. 122.º CPP.²⁸

²⁶ Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal II*, (4ª Edição Revista e Actualizada) Editorial Verbo. Lisboa/São Paulo. 2008. p. 51

²⁷ Manuel Simas Santos, Manuel Leal Henriques, Borges de Pinho, *Código de Processo Penal Anotado*, (1.º Vol.). Rei dos Livros. Coimbra. 1995, p. 491

²⁸ Sobre esta questão, cfr. AC STJ proc. n.º 07P3236 de 15/11/2007, relator: Santos Carvalho. “I - Há que distinguir as nulidades processuais de que tratam os art.ºs 118.º e segs. dos «meios proibidos de prova», de que trata o art.º 126.º.

II - A «nulidade» cominada pelo art. 126.º, n.º 3, do Código de Processo Penal não pode ser vista como uma «nulidade dos actos processuais» nem lhe cabe o regime processual dos art.ºs 118.º e ss., pois o próprio art.º 118.º sublinha expressamente, no seu n.º 3, que «as disposições do presente título não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova».

III - A «nulidade» dos métodos proibidos importa sempre, quanto à sua «admissibilidade», a «proibição da sua utilização» e, quanto ao seu «valor», a «irrelevância» dos métodos proibidos porventura utilizados».

IV - De acordo com o art.º 355.º do CPP, 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, com ressalva das provas contidas em actos processuais cuja leitura, visualização ou audição em audiência sejam permitidas. E, em princípio e salvo excepções que não vêm aqui ao caso, só podem ser lidos na audiência os autos de inquirição prestados perante o juiz (art.º 356.º). V - Assim, o tribunal recorrido não devia ter mencionado, ainda que para fundamentar a sua convicção, as inquirições prestadas por certas testemunhas em sede de inquérito, como sendo contraditórias com as prestadas na audiência.

Segundo o nº1 do art. 122º CPP a nulidade torna o acto inválido, bem como os actos que dele dependerem e os outros cuja nulidade possa afectar. Já o seu nº 2 prevê que havendo uma declaração de nulidade por parte do juiz, nessa declaração venham contidos os actos a considerar inválidos, e que o juiz possa ordenar a sua repetição sempre que possível, ficando as despesas a cargo da parte que tenha dado lugar á invalidade do acto de forma culposa. Contudo, o nº 3 permite que o juiz possa aproveitar todos os actos que não tenham sido afectados pelo acto nulo. Resumindo, uma prova a ser arguida como nula, por ser nula a forma da sua obtenção, tem como consequência a “invalidade de todos os efeitos substantivos, processuais e materiais do acto nulo.”²⁹ O actos que não foram afectados pela invalidade devem ser aproveitados, assim impõe não só a lei processual penal como a própria CRP no seu nº 2 do art. 32º ao dispor que o julgamento deve ser efectuado no mais curto prazo possível.

4. As Investigações Privadas e a Obtenção de Provas por Particulares

Torna-se relevante para o direito probatório a questão da realização de diligências probatórias por particulares. Mas há que admitir a existência de dois tipos de particulares, os particulares enquanto sujeitos processuais e os particulares desde detectives particulares, seguranças, jornalistas, até o próprio cidadão comum exterior ao processo. Porquê esta divisão? Há que distinguir como é que estes dois grupos se encontram posicionados no quadro da lei processual penal, quer no plano da obtenção da prova, quer no plano da valoração da mesma.

Os particulares sujeitos processuais encontram-se vinculados às regras do processo penal, já os particulares exteriores ao processo, não existe nenhum diploma legal que indique que os mesmos devem encontrar-se vinculados à lei processual penal, o que pode tornar-se num atropelo aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Respeitante aos particulares que atuam no processo como sujeitos processuais, a lei processual penal reconhece-lhes competência para que os mesmos a reque-

VI – Não se podem considerar como “factos” as imputações genéricas, em que não se indica o lugar, nem o tempo, nem a motivação, nem o grau de participação, nem as circunstâncias relevantes, mas um conjunto fáctico não concretizado, pois a aceitação dessas afirmações para efeitos penais inviabiliza o direito de defesa e, assim, constitui uma grave ofensa aos direitos constitucionais previstos no art.º 32.º da Constituição. Por isso, essas imputações genéricas não são “factos” susceptíveis de sustentar uma condenação penal.

²⁹ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem*. Universidade Católica Editora, Unipessoal. Lda. Lisboa. 2007. p. 318

rimento possam carrear provas para o processo, de modo a clarificar os factos que constam do mesmo, de forma célere e atempada, e ao mesmo tempo chegar à verdade material, uma das finalidades do processo penal.

O assistente, o arguido e o defensor, são os sujeitos processuais que, na sua qualidade, podem de alguma forma intervir e contribuir para a boa decisão da causa, apresentando requerimentos de provas que julguem ser essenciais, como provas obtidas pelos próprios. Isto não quer dizer, que as autoridades judiciárias e os OPC tenham que ficar sujeitos aos requerimentos de meios de prova, nem à prova apresentada por aqueles. Tais provas apresentadas pelos sujeitos processuais, estão sujeitas à livre apreciação do julgador, art. 127º CPP, no sentido de serem legalmente admissíveis ou inadmissíveis, indispensáveis ou dispensáveis, tanto à descoberta da verdade e à boa decisão da causa, assim como úteis e relevantes ou não tanto, segundo o estipulado no nº 3 e 4 do art. 340º CPP.³⁰

Quanto aos particulares exteriores ao processo, aqueles que gravam uma conversa, filmam uma agressão, filmam ameaças, são várias as situações que podem ocorrer e que servem de pretexto para a actuação daquele particular, por vezes com a anuência da lei, sem se encontrem vinculados ao Estado, pois não pertencem nem às autoridades judiciárias, nem aos OPC, não se encontrando por isso, sujeitos a qualquer controlo por parte destes. Posto isto, não são raras as vezes em que a obtenção de prova realizada por aqueles particulares viola os direitos fundamentais dos cidadãos, consagrados na CRP, considerados estes como direitos invioláveis.³¹

³⁰ Aquele que requerer a realização de perícia sobre a sua personalidade deverá indicar a razão pela qual entende que esse meio de obtenção de prova pode relevar para a verdade material, fundando assim o seu pedido, quer sobre o desiderato prosseguido com a perícia, quer sobre o alcance que, com ela, visa ajudar o tribunal na sua decisão. A filosofia ínsita no Artº 340.º do CPP e a sua invocação para o pedido de produção de prova realizado no fim da Audiência de Julgamento, radica na necessidade de se proceder à produção de prova cuja existência, não só se desconhecia antes deste momento processual, como nele foi revelado, o que obriga o julgador, pelas exigências de prossecução da verdade material que enformam o nosso direito processual penal, a proceder a todas as diligências com vista à boa decisão da causa. AC.TRE .25.02.2014. in www.dgsi.pt, Proc. nº 560/06.2GDSTB.E1, Relator: Renato Barroso.

³¹ Sobre esta questão, cfr. AC STJ proc. nº 047084 de 08/02/1995, relator: Vaz dos Santos. “I - As provas recolhidas através da busca domiciliária levada a cabo sem autorização da competente autoridade judiciária, nem com o consentimento do visado, serão nulas. II - Porém, tal nulidade, porque sanável, fica sujeita à disciplina dos artigos 120 e 121 do C. P. Penal, dependendo, assim, da arguição do interessado. III - O erro na apreciação da prova é notório, quando é de tal forma evidente que não pode passar despercebido ao homem comum, isto é, quando a generalidade das pessoas, facilmente, dele se dá conta.”

Parece-nos existir aqui uma cedência de um direito para que estes particulares, tenham permissão para desenvolver uma “investigação autónoma”, ou seja, uma investigação de natureza privada, fora do vínculo das investigações levadas a cabo pelas autoridades judiciárias e pelos OPC, que se encontram sobre a alçada do MP. Se assim for, resta-nos perguntar se os particulares aqui em causa também se encontram vinculados aos métodos proibidos de obtenção de prova, constantes do art. 126º CPP. (A expressão “investigação autónoma” não será a mais correcta, pois faz parte de um léxico técnico. A investigação é feita pela autoridade judiciária ou por OPC, mas a verdade é que se torna mais fácil a utilização do termo para que seja mais fácil a compreensão do texto).³²

A possibilidade que o próprio processo penal acaba por proporcionar aos particulares - sujeitos processuais, para conduzirem por si “investigações autónomas” sobre os factos que pensam ou entendem ser os mais relevantes para a boa decisão da causa, é de extrema importância para as suas posições processuais, principalmente se estivermos a falar da posição processual do arguido e do seu defensor. Ambos têm condições para criar os seus próprios meios, de forma a realizar as diligências necessárias, com o fim de encontrar as provas que possam demonstrar a inocência do arguido ou de o ilibar dos factos pelos quais vem acusado pelo MP, mas estas provas têm o controlo do poder judiciário.

A prova oferecida ao processo pelo defensor, vai ter que passar pelo crivo do MP e do Juiz, ou seja, o defensor terá que aguardar pela pronúncia do MP sobre o requerimento probatório apresentado, assim como, a pronúncia do juiz sobre a admissibilidade e relevância das mesmas,³³ demonstrando esta situação que o MP e o Juiz não se encontram vinculados aos requerimentos apresentados pelo defensor, ou outros sujeitos processuais que tenham legitimidade para carrear prova para o processo, mas encontram-se vinculados ao disposto no art. 126º CPP quanto à proibição do método de obtenção de prova.

Há que ter em conta que para que seja considerada uma verdadeira “investigação autónoma” realizada por parte dos particulares, a mesma não pode ter a anuência do Estado seja de que modo for, tem que ser uma investigação que parte da vontade do particular e da qual o Estado não tem qualquer conhecimento. Por ex. se as autoridades judiciárias pedirem a um particular que obtenha uma confissão de um crime por parte de um outro particular, por este se encon-

³² Sobre esta questão, cf. AC TRC proc. n° 401/04.5 TAPBL.C1 de 01/07/2009, relator: Brízida Martins. “1. As “exigências de justiça”, designadamente de busca da verdade material, não justificam que se tirem fotografias para se apresentar como prova, sem o consentimento do visado.

2. O direito à imagem não tem de ceder perante o interesse na realização da justiça.”

³³ Código Processo Penal, art. 340º nº1, nº3 e nº4.

trar numa posição mais fácil para a obter, esta situação não colhe uma obtenção de prova por parte de particulares pois existe a interferência do Estado através das suas instâncias judiciais. Mas então, se um cidadão que vai a passar e assiste uma agressão e de sua livre vontade começa a filmar os acontecimentos, então aí é considerada uma prova obtida por um particular? Se apelarmos ao sentido técnico de prova, não estaremos na presença de uma verdadeira prova pois a mesma não foi obtida pelas instâncias judiciais e OPC, mas poderemos dizer que estaremos perante informações privadas, que podem mais tarde vir a ser consideradas provas, caso as mesmas sejam tratadas como tal na fase de instrução do processo penal.^{34/35}

5. A Admissibilidade da “Prova” Obtida por Particulares no Processo Penal

Não existem dúvidas quanto à protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos, mas também parece não ser possível não aceitar como admissível as investigações levadas a cabo pelos particulares, principalmente quando se trata de carrear prova para o processo a favor da defesa do arguido.

A defesa do arguido é um direito constitucionalmente consagrado no n.º 1 do art. 32.º CRP, e que seria violado caso o mesmo fosse impedido. Se assim fosse, o arguido passaria a mero espectador no seu processo, ao mesmo tempo que lhe estava vedado o direito de poder apresentar provas e requerer diligências, direito do arguido que se encontra disposto no n.º 1 al. g) do art. 61.º CPP.

É verdade que a investigação compete ao MP assistido pelos OPC (n.º 1 do art. 53.º e n.º 1 do art. 263.º CPP), contudo, esta noção não pode impedir que outros particulares, nomeadamente o arguido e seu defensor, possam contribuir para a procura da verdade material sobre o crime. Assim como o assistente tem direito a realizar uma investigação particular se assim o entender, este ainda com maior margem de manobra pois não é o assistente que é objecto do processo. Também

³⁴ Paulo de Sousa Mendes, Sílvia Alves, Rui Pereira de Sousa, Sandra Oliveira e Silva, João Gouveia de Caires, Rodrigo da Silva Brandalise, *Prova Penal Teórica e Prática*. In José neves da Costa (Series. Ed.) *Provas Ilicitamente Obtidas por Particulares* (Reimpressão). Almedina. Coimbra. 2020. p. 169 a 171

³⁵ Sobre esta questão, crf. AC TRP proc. n.º 0313418 de 10/03/2004, relator: Manuel Braz.
“I - A prova obtida através de meio enganoso (câmara oculta) é nula e não pode ser utilizada para perseguição criminal pelo eventual crime que visa provar.
II - Pode, todavia, ser utilizada pelo arguido no interesse da sua defesa.
III - O interesse público que há em noticiar casos de dopagem de atletas sobrepõe-se ao interesse lesado com a sua divulgação - a honra e a consideração do ofendido.

o assistente pode segundo o n.º 2 al. a) do art. 69.º CPP intervir no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo as diligências que se afigurarem necessárias, ora se assim é, o assistente é livre de poder prover as suas investigações.

Da mesma maneira que cabe ao arguido e ao assistente, carrear novas provas para o processo, e bem assim, intervir em investigações particulares para as conseguir, por maioria de razão também os seus defensores o poderão fazer, pois compete ao defensor o exercício e a defesa dos direitos dos seus mandantes, assim dispõe o n.º 1 do art 63.º e o n.º 3 do art. 70.º CPP, e o n.º 2 do art. 92.º EOA.

E quanto aos particulares sujeitos exteriores ao processo?

Em nosso entender as “investigações autónomas” levadas por estes sujeitos também poderão ser consideradas legítimas, não poderemos contudo, é usar a mesma terminologia sob pena de enganos jurídicos. Estes sujeitos não são sujeitos processuais, quando muito poderão vir a ser participantes no processo.

Apesar de não existir uma norma que regule a sua participação no processo penal, a verdade é que também não existe nenhuma norma que a limite ou que a proíba, isso não significa porém que pode valer tudo em processo penal em matéria de prova quando se trata da actuação destes particulares, sendo imperativo que os valores fundamentais e invioláveis do cidadão se mantenham como tal. É imperioso que os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos não sejam violados.³⁶

³⁶ Sobre esta questão, crf. AC TRL proc. 10210/2008-9, de 28.05.2009, relator: Fátima Mata-Mouros. “1. As proibições de prova representam meios processuais de imposição da tutela de direitos materiais, constituindo limites à descoberta da verdade que têm em si subjacentes o fim de tutela de um direito. Nesta perspectiva as proibições de prova representam, portanto, «meios processuais de imposição do direito material» que visam «prevenir determinadas manifestações de danosidade social» e garantem «a integridade de bens jurídicos prevalentemente pessoais».

2. As regras de proibição de prova constitucionalmente definidas ou concretizadas pelo legislador ordinário na legislação processual penal, mormente o CPP, servindo a tutela dos direitos fundamentais, dirigem-se em primeira mão às instâncias formais de controle, designadamente aos investigadores, ministério público e juiz de instrução.

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

4. No que respeita, por seu lado, a provas obtidas por particulares o legislador remete-nos para a tipificação dos ilícitos penais previstos no Código Penal como tutela do referido direito fundamental à privacidade de que é ilustrativo o normativo inserto no art. 167.º do

Conclusão

A lei processual penal é imperiosa quanto à violação das regras sobre a obtenção de prova, não só a lei processual penal como a lei fundamental, protegem os cidadãos de qualquer violação daquelas regras, colocando a dignidade humana como valor supremo a defender. Contudo, há que apurar responsabilidades quando se afigura a presença de um crime, e a forma de o fazer é através da obtenção da prova criminal.

Por vezes a obtenção de prova é realizada pelos sujeitos processuais que apoiados pelos seus defensores tomam conhecimento sobre as regras a seguir para chegar às boas práticas de obtenção de prova. Mas o mesmo já não se pode dizer quanto aos particulares exteriores ao processo, assim, defende a jurisprudência

CPP ao fazer depender a validade da prova produzida por reproduções mecânicas da sua não ilicitude penal.

5. A diferenciação legalmente assumida no art.º 199ºCP com a incriminação das *gravações ilícitas* quando confrontada com a incriminação das *fotografias ilícitas*, para que este último crime se verifique, não basta o não consentimento do titular do direito, é necessário que a produção das fotografias ou filmagens das imagens ou a sua utilização se faça contra a vontade do titular do direito à imagem.

6. A visualização das imagens recolhidas de forma não penalmente ilícita (já que à vista de toda a gente, e portanto sem surpresa para os filmados, de acordo com o acima explanado) só passou a poder integrar a tipicidade do ilícito previsto no art. 199.º/2b) do CP, e com ela, a anular o respectivo valor probatório para efeitos processuais penais nos termos do art. 167.º do CPP, a partir do momento em que foi instaurado o procedimento criminal contra as pessoas filmadas (ou numa visão que maximalize ao extremo a referida garantia), a partir do momento em que alguém decida usá-las, uso esse que pressupõe a respectiva visualização, pelo menos por uma vez. Antes de ser instaurado aquele procedimento criminal, nada impedia, com efeito, o dono da câmara de visualizar as imagens recolhidas.

7. Por esta via, mesmo no caso de confirmação da invalidade do uso das imagens recolhidas pela câmara de filmar colocada no portão, nada obstará, porém, à consideração do testemunho de quem, através da visualização das filmagens captadas, identificou os autores do dano, prova esta apreciar livremente pelo tribunal nos termos do art.º 127º CPP.

8. O direito à imagem confere aos respectivos titulares a prerrogativa de impedirem a exposição das suas fotos. Não permite, porém, e muito menos impõe, a desconsideração dos depoimentos prestados no inquérito, designadamente por quem visualizou as referidas filmagens antes ainda de apresentada a queixa que deu início aos autos.

9. O uso das imagens captadas pela câmara de vídeo colocada pelo assistente na entrada do seu prédio rústico, desde que limitado à identificação do(s) autor(es) dos danos provocados na propriedade do assistente, e enquanto reportado ao momento da prática dos factos integradores dos referidos estragos, configura um meio necessário e apto a repelir a agressão ilícita da propriedade do assistente.” No mesmo sentido vão os AC.TRP proc. nº 371/06.5GBVNF.P1 de 03/02/2010, relator: Eduarda Lobo; todos disponíveis em www.dgsi.pt e AC TC nº 192/01 de 08/05/2001, proc. nº 517/00 relator: Artur Maurício, disponível em www.tribunalconstitucional.pt

dência que as regras contidas no art. 126º sobre proibições de obtenção de prova não devem ser aplicadas a estes particulares. Quer isto significar que os particulares exteriores ao processo não se encontram vinculados ao disposto no art. 126º CPP sobre as proibições de obtenção de provas. Contudo, se os particulares violarem aquele preceito, essa conduta irá ter repercussões ao nível da valoração da prova, o que no nosso entendimento fará algum sentido. Ora vejamos, os particulares sujeitos exteriores ao processo e meros cidadãos não têm conhecimento da lei processual penal, e não têm que ter pois não se trata de agentes da justiça, assim será mais fácil violar as regras do disposto no art. 126º CPP. Mas ao pretenderem carrear essa informação obtida de forma ilegítima e ilícita para o processo penal, a mesma deve ter um controlo judiciário que cabe aos agentes da justiça, nomeadamente ao MP e ao juiz, estes não devem valorar essa prova, recusando-a fundamentando como não admissível para o processo, e logo nula, o que nos parece o mais correcto para a defesa da própria dignidade da lei processual penal e para o cumprimento da legalidade do processo penal.

