

# A COMUNICABILIDADE DA PROVA OBTIDA EM DIREITO PROCESSUAL PENAL PARA O PROCESSO CONTRAORDENACIONAL

*Ricardo Oliveira Sousa*

*ABSTRACT: This article addresses the admissibility in administrative proceedings of evidence produced in criminal proceedings regarding the same facts, whereas such evidence would be legally inadmissible if they were to be produced exclusively for the purpose of the administrative proceedings. The author will demonstrate that in spite of the different legal framework applicable to each type of proceedings, it is admissible to use in administrative proceedings evidence produced in criminal proceedings, as long as such use does not represent an additional damage to the fundamental rights of any person.*

**SUMÁRIO:** Introdução. I. Breve excursão sobre a natureza das proibições de prova. II. O regime das proibições de prova no direito processual penal e no direito de mera ordenação social. III. Identificação das situações de potencial conflito. IV. Fundamentos da admissibilidade em processo de contraordenação da prova produzida em processo de natureza penal.

## **INTRODUÇÃO**

No nosso ordenamento jurídico coexistem múltiplos ramos do direito, de diversas naturezas, destinados a garantir a prossecução dos diferentes fins que incumbe ao Estado assegurar. Circunscrevendo-nos apenas aos ramos de natureza sancionatória, poderemos distinguir, ao lado do direito penal, pelo menos o direito de mera ordenação social, o direito disciplinar, o regime das responsabilidades financeiras sancionatórias e o regime das multas processuais no âmbito do processo civil.

Admitida que está na doutrina e jurisprudência portuguesas a possibilidade de coexistência de processos que visem sancionar (simultaneamente) crimes e contraordenações, colocar-se-á então a questão de saber em que medida

os elementos probatórios recolhidos no âmbito de um destes processos são suscetíveis de ser comunicados ao outro. Esta relação entre processos, aparentemente desprovida de conflitualidade à luz do princípio de liberdade de prova de que ambos comungam (*vd* art. 125.º do Código de Processo Penal – CPP), ganhará contornos mais controversos quando visto à luz do filtro do regime das proibições de prova. Isto porque, encontrando-se este instituto desenhado como mecanismo de salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos face ao exercício da ação investigatória do Estado, encontra-se estruturado numa lógica de ponderação entre os bens jurídicos em confronto e, nessa medida, ajustado a cada tipo processual consoante a importância dos bens jurídicos que cada um visa tutelar: quanto maior o relevo dos bens jurídicos tutelados, mais sacrifícios é permitido impor aos cidadãos no contexto do exercício dos respetivos poderes de investigação.

Contudo, ao consagrar legislativamente uma diversidade de diligências de prova admissíveis consoante o processo onde tenham lugar, o legislador estabeleceu um regime que causa algumas perplexidades: (i) ou admite a possibilidade de os processos comunicarem livremente entre si, assumindo assim o risco de determinada prova vir a ser adquirida num processo onde ela era inicialmente interdita; ou, ao invés, (ii) limita a comunicabilidade da prova recolhida em cada um dos processos, como forma de salvaguardar o juízo ponderativo que procurou realizar, sacrificando, nesse caso, a descoberta da verdade e criando simultaneamente um risco muito significativo de existência de discrepâncias intoleráveis em decisões proferidas sobre uma mesma realidade da vida.

Um exemplo permitirá ilustrar o que se deixou dito. Imagine-se que, num determinado processo de natureza penal, é apreendida determinada *correspondência* que, de forma inequívoca, permite demonstrar que um determinado arguido praticou um determinado crime (crime que constitui, simultaneamente, contraordenação). Neste caso, a impossibilidade de utilização deste elemento probatório no processo de contraordenação (por constituir prova obtida mediante intromissão na correspondência, proibida nos termos do disposto nos arts. 34.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa – CRP – e 42.º do Regime Geral das Contraordenações – RGCO) terá como consequência muito provável o risco de se obter uma condenação no processo crime e uma absolvição no processo contraordenacional, ainda que os factos a demonstrar sejam exatamente os mesmos. É este o problema que se pretende aqui analisar e solucionar: determinar e delimitar em que medida a prova (legitimamente) obtida em processo penal é suscetível de ser comunicada ao processo contraordenacional.

## I. BREVE EXCURSO SOBRE A NATUREZA DAS PROIBIÇÕES DE PROVA

Chegados a este ponto importará perguntar: para demonstração dos factos simultaneamente contraordenacional e criminalmente relevantes quais as disposições relativas a proibições de prova aplicáveis? As que respeitam à investigação criminal ou as que respeitam à investigação contraordenacional? Ou ambas?

A resposta a estas questões importa, naturalmente, uma aproximação prévia ao instituto das proibições de prova. As proibições de prova constituem verdadeiras limitações à descoberta da verdade, barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objeto do processo em nome da proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Embora não caiba no âmbito do presente artigo uma análise crítica e detalhada sobre os fundamentos das proibições de prova, cumpre ter presente que, ao invés do que sucede nos sistemas de *common law* – em que este instituto se encontra fundamentalmente dirigido ao controle formal dos poderes das autoridades –, as proibições de prova erigem-se nos sistemas continentais<sup>1</sup> – mormente no português – como verdadeiros “*instrumentos de garantia e tutela de valores ou bens jurídicos distintos – e contrapostos – dos representados pela procura da verdade e pela perseguição penal*”<sup>2</sup>. Estão em causa, por um lado, “*o interesse – se bem que, também ele legítimo e relevante do ponto de vista do Estado de Direito – no eficaz funcionamento do sistema da justiça penal*”<sup>3</sup> e, por outro, os respetivos contrapesos: (i) os direitos fundamentais dos cidadãos – arguidos ou não – que funcionarão como limite ou travão à investidura do Estado na sua esfera; e (ii) o perigo de destruição dos valores comunitários e pessoais que o próprio processo penal carrega consigo e que seria colocado em crise se o próprio objetivo de realização da justiça penal – como forma de realização do Estado de Direito – redundasse inevitavelmente no seu contrário: na compressão sistemática dos direitos dos seus cidadãos<sup>4</sup>.

1 Isto não obstante as proibições de *produção* de prova e, em especial, a proibição de certos métodos de obtenção de provas, se dirigirem *preferencialmente* aos órgãos de perseguição penal, “*a começar pelas autoridades judiciárias e a terminar nos órgãos de polícia criminal (OPC)*” (Sousa Mendes, 2004: 138). Contudo, à luz do nosso direito nem todas as regras de produção de prova são somente aplicáveis aos órgãos de perseguição penal (veja-se, a este respeito, o disposto no art. 167.º do CPP).

2 Cf. Costa Andrade, 2006: 196. No mesmo sentido “[a] questão tem que ver com a hierarquia dos valores que o sistema jurídico adota e em matéria de proibição de métodos de obtenção de prova o que a lei faz – e desde logo expressamente na Constituição – é reafirmar, em coerência com o art. 1.º da Constituição, que a dignidade da pessoa, de qualquer pessoa, está acima da própria perseguição dos criminosos, do combate à criminalidade.” (Marques da Silva, 2006: 41).

3 Figueiredo Dias, 1983: 189-242.

4 Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de julho de 2001, processo n.º 1796/01.

A configuração das proibições de prova como meios processuais de imposição da tutela do direito material não está desprovida de significado prático. Com efeito, ao atribuir ao instituto das proibições de prova um carácter eminentemente substantivo, i.e., consagrando o primado de determinados direitos fundamentais dos cidadãos sobre a atividade investigatória do Estado – afastando-o, portanto, do carácter adjetivo que aquele instituto possui no sistema anglo-saxónico –, o legislador português desloca o problema da avaliação da correção e conformidade formal da conduta investigatória ao direito positivo vigente (típica dos sistemas de *common law*) para a ponderação do dano que aquela concreta violação representa face à necessidade social de justiça penal, à luz do critério do interesse preponderante. Interesse preponderante que, nuns casos, será expressamente assumido pelo legislador (veja-se, por exemplo, o disposto nos arts. 143.º, n.º 4, 174.º, n.º 5 ou 177.º, n.º 2, todos do CPP), e, noutros, será relegado para aferição casuística pelo próprio intérprete (veja-se, por exemplo, o disposto no art. 135.º, n.º 3 do CPP).

Porém, independentemente da consagração (concreta ou abstrata) de critérios de ponderação de admissibilidade e extensão do exercício da ação investigatória, o legislador constitucional impôs ainda ao intérprete a necessidade de avaliar, à luz do princípio da proporcionalidade, da *necessidade, adequação e proporcionalidade* do exercício desse poder, sempre que ele possa representar uma restrição aos direitos fundamentais dos cidadãos. Por outras palavras, a restrição dos direitos fundamentais pelo exercício da ação estadual de realização de justiça será, ou não, admissível, consoante respeite o princípio da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2 da CRP)<sup>5</sup>.

A compreensão do regime das proibições de prova para os efeitos da presente análise obriga ainda a uma última nota adicional relativamente à diferenciação entre proibições de *produção* de prova e proibições de *avaliação* de prova. Seguindo a terminologia adoptada por Sousa Mendes<sup>6</sup>, no contexto

---

5 Particularmente ilustrativo do reconhecimento desta obrigatoriedade é o entendimento celebrado no acórdão do Tribunal Constitucional a respeito da valoração do conteúdo de um diário pessoal licitamente apreendido no decurso de uma busca domiciliária, nos termos do qual não bastará atentar apenas no cumprimento formal das prescrições normativas impostas à obtenção de um determinado meio de prova, haverá também que atender aos princípios da necessidade e da proporcionalidade, averiguando se a intrusão ou compressão de tais direitos (no caso de intromissão na vida privada) se apresenta, no caso concreto, necessária e não desproporcionada (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 607/2003, de 5 de dezembro de 2003, processo 594/2003).

6 Sousa Mendes, 2004: 134. A estrutura classificativa não é totalmente sobreponível na doutrina porquanto diversos autores – seguidos pela generalidade da jurisprudência – parecem autonomizar a categoria dos procedimentos meramente violadores das formalidades relativas à obtenção de provas (ou meras regras de

do instituto das proibições de prova podemos distinguir entre proibições de *produção* de prova e proibições de *valoração* de prova. Dentro das proibições de *produção* de prova incluir-se-ão os (a) temas proibidos de prova; os (b) meios de prova proibidos; e os (c) métodos proibidos de obtenção de prova. Neste último caso<sup>7</sup> deparamo-nos com procedimentos e mecanismos de aquisição de meios de prova que não são permitidos na medida em que violem ou extravasem os limites legais ou constitucionalmente impostos ao processo de recolha de prova. Dentro desta categoria poderemos ainda distinguir os (i) procedimentos contrários aos direitos de liberdade, aqui se incluindo todos aqueles que colidam com os direitos fundamentais dos cidadãos; dos (ii) procedimentos meramente violadores das formalidades relativas à obtenção de provas. Se, no primeiro caso, estaremos perante verdadeiras violações elevadas pela Constituição (art. 32.º da CRP) e pela lei (art. 126.º do CPP), à mais severa categoria de invalidade – nulidade reconduzível ao regime especial das proibições de prova –, no segundo caso estaremos perante meras violações de regras de prova que, das duas uma: (i) ou constituem meras nulidades dependentes de arguição, nos termos do disposto no n.º 1 do art. 120.º do CPP, caso seja essa a sanção expressamente cominada pela sua violação (de que é exemplo o n.º 2 do art. 134.º do CPP), ou (ii) a lei nada estabelece, sendo então reconduzível a uma mera irregularidade (constituindo disso exemplo a violação de normas como o art. 341.º do CPP).

No que respeita às proibições de valoração de prova, podem as mesmas ser definidas como as proibições de utilização de determinados meios de prova (já obtidos, portanto) para efeitos de demonstração de determinados factos. Estas, por seu turno, podem ser subdivididas em proibições de valoração dependentes, de que é exemplo a prova obtida mediante tortura (art. 126.º do CPP), cuja proibição de valoração emerge do facto de essa prova ter sido *produzida* através de um método proibido; ou independentes, cuja impossibilidade de valoração

---

produção de prova, na terminologia mais comumente utilizada) face às proibições de produção de prova (neste sentido *vd* Costa Andrade, 2006: 83-86 e Marques da Silva, 2008: 142), posição que não merece o nosso acompanhamento porquanto, na realidade, estamos ainda a reportar-nos à forma como a prova é obtida e, nessa medida, cremos justificar-se a sua inclusão, ao lado das “provas contrárias aos direitos de liberdade”, dentro de uma categoria mais ampla de regras de proibição de prova.

7 Não serão aqui tidas em consideração nem as *proibições de temas de prova* nem as *proibições de meios de prova* uma vez que, não obedecendo a uma lógica de proporcionalidade como sucede com os métodos de obtenção de prova e com as limitações de valoração de prova, não se manifestam de forma diferente quando aplicadas aos diferentes ramos do direito. Assim, um tema proibido de prova sê-lo-á tanto no direito contraordenacional quanto no direito penal, o mesmo sucedendo, por exemplo, com a validade da prova testemunhal ou da prova documental.

em juízo não emerge de qualquer violação de produção de prova anterior mas em que, ainda assim, a lei limita ou circunscreve a possibilidade da sua valoração em juízo (de que é exemplo a proibição de valoração dos conhecimentos fortuitos previsto no n.º 7 do art. 187.º do CPP)<sup>8</sup>.

## II. O REGIME DAS PROIBIÇÕES DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL E NO DIREITO DE MERA ORDENAÇÃO SOCIAL

Assente que está a compreensão de que o instituto das proibições de prova se erige fundamentalmente em nome da pretensão da tutela material dos direitos dos cidadãos, será então de antever que o mesmo se manifeste de forma diferente consoante os direitos dos cidadãos tenham que ser sacrificados por força de imperativo de justiça penal ou de imperativo de justiça contraordenacional.

A Constituição da República Portuguesa concentra a regulação das proibições de prova no Capítulo I do Título II, preceitos que, por força do disposto no art. 18.º da CRP, gozam de aplicação direta, não carecendo da intermediação da legislação ordinária para obrigar entidades públicas e privadas. Do preceituado neste capítulo (em especial da conjugação do disposto nos arts. 32.º, n.º 8 e 34.º, ambos da CRP), tem a doutrina e a jurisprudência vindo a distinguir dois níveis de proteção: de um lado, um âmbito de proteção *absoluto*, no qual se incluirão “*todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa*” e, do outro, uma proteção *relativa* contra meios que representem uma *abusiva* violação do direito à reserva da intimidade da vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações<sup>9</sup>.

Se as proibições absolutas estão intimamente relacionadas com os direitos que a Constituição consagra como invioláveis (art. 25.º da CRP)<sup>10</sup>, as proibições relativas estão intimamente relacionadas com os direitos que a Constituição

8 Atendo-nos muito brevemente à relação entre as primeiras e as segundas, poderíamos dizer que embora em regra as proibições de produção de prova determinem a proibição da sua valoração (proibições de valoração dependentes), nem sempre assim sucede. Assim, por exemplo, a violação de meras regras de produção de prova pode não determinar a impossibilidade da respetiva valoração (cf. o já mencionado art. 341.º do CPP) caso a respetiva irregularidade (ou nulidade, se estiver especialmente prevista) não seja invocada. Da mesma forma que podem existir situações em que a prova, ainda que lícitamente produzida, é insuscetível de ser valorada (cf. n.º 7 do art. 187.º do CPP).

9 Marques da Silva, 2008:139.

10 Em idêntico sentido, “*even in the most difficult circumstances, such as the fight against organized crime the protection of fundamental rights remains non-negotiable beyond the exceptions and derogations provided by the Convention itself*” (Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 11 de julho de 2006, *Jalloh vs Alemanha*, processo n.º 54810/00).

expressa ou implicitamente reconhece<sup>(11)</sup>, mas que admite que sejam limitados ou restringidos em determinadas circunstâncias. Nuns casos, sujeitá-los-á apenas ao princípio de proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2 da CRP), noutros, exigirá requisitos adicionais, como o sejam as situações atinentes à restrição do (i) direito ao domicílio (art. 34.º n.ºs 1 a 3, da CRP), ou do (ii) sigilo da correspondência, telecomunicações e outros meios de comunicação (art. 34.º n.ºs 1 e 4, da CRP). Cominando com nulidade, em qualquer caso, *todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa* [proteção absoluta], *abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações* [proteção relativa] (art. 32.º, n.º 8 da CRP).

Importa, no entanto, evidenciar algumas particularidades deste regime. A primeira diz respeito à proteção conferida contra a *abusiva intromissão na vida privada, na correspondência ou nas telecomunicações*. Com efeito, além do já mencionado art. 32.º, n.º 8 da CRP, a proteção conferida pela Constituição contra este tipo de intromissão encontra-se regulada nos n.ºs 1 e 4 do art. 34.º da CRP, sendo, de acordo com este último número, “*proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*”. Ora, além das situações em que existe consentimento do lesado<sup>12</sup> e da exigência de respeito pelo princípio da proporcionalidade, a ingerência na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação apenas poderá ser realizada se: (i) existir reserva de lei (“*salvos os casos previstos na lei*”)<sup>13</sup>; e (ii) *em matéria de processo penal*.

Uma segunda nota relativamente ao domicílio. Com efeito, além do já mencionado art. 32.º, n.º 8 da CRP, a proteção conferida pela Constituição ao domicílio vem exaustivamente descrita nos n.ºs 1 a 3 do art. 34.º da CRP, dali

11 Como sejam o direito à reserva da vida privada, o direito à palavra, etc. (cfr. arts. 26.º e segs. da CRP). A doutrina e a jurisprudência têm ainda reconhecido dignidade constitucional a outras situações não expressamente previstas nestes preceitos, das quais salientaríamos: (i) a elevação do sigilo profissional à categoria de direitos fundamentais merecedores de tutela constitucional, pelo menos no que respeita ao segredo bancário (sobre esta matéria, cf. Palma, 2010: 189-199 e Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 278/95, de 31 de maio de 1995, processo n.º 510/91, e n.º 42/2007, de 23 de Janeiro de 2007, processo n.º 950/2006); ou o (ii) reconhecimento de dimensão constitucional do princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* enquanto expressão da dignidade da pessoa humana (neste sentido, Figueiredo Dias & Costa Andrade, 2009: 11-61).

12 Sobre a aplicabilidade a estas situações da relevância do consentimento, ainda que omitido do texto constitucional, veja-se, por todos, Correia, 1999: 52-55.

13 Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03 de março de 2010, processo n.º 886/07.8PSLSB. LI.51. Na doutrina, Correia, 1999: 59.

sendo de relevar – para os efeitos que aqui nos trazem – duas circunstâncias. A primeira diz respeito ao facto de a proteção ao domicílio poder ser sacrificada perante os interesses da investigação se (i) existir consentimento do visado (art. 34.º, n.º 2 da CRP); ou, em alternativa, (ii) existir reserva de lei e for ordenada pela autoridade judicial competente<sup>14/15</sup>.

Por seu turno, o legislador ordinário veio corporizar no CPP as orientações dadas pelo legislador constitucional, proibindo determinados métodos de prova e condicionando outros. Assim, consagrou como métodos absolutamente proibidos, sendo nulos e de nenhum efeito (n.ºs 1 e 2 do art. 126.º do CPP), as “*provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas*” considerando-se como tal, entre outras, aquelas que, mesmo com consentimento do visado, sejam obtidas mediante qualquer das formas enunciadas no número dois daquele preceito. Distinguindo-as daquelas que são objeto de mero condicionamento, como sejam as restrições ao direito ao domicílio, a intromissão na correspondência, telecomunicações e demais meios de comunicação. Assim, em proteção do domicílio, o legislador ordinário distinguiu expressamente entre as buscas domiciliárias e as demais buscas (arts. 174.º e 177.º do CPP) exigindo despacho de autoridade judiciária (art. 174.º, n.º 3) para estas últimas e autorização judicial para as primeiras. Da mesma forma, no que concerne à intromissão na correspondência, telecomunicações e demais meios de comunicação, o legislador ordinário distinguiu a apreensão de correspondência das demais apreensões (arts. 178.º e 179.º do CPP), apenas no primeiro caso exigindo intervenção judicial, e sujeitando a intromissão nas telecomunicações a autorização judicial (arts. 187.º e 188.º do CPP). Em qualquer dos casos, fixando legislativamente os respetivos pressupostos (cumprindo

14 Ainda que “no âmbito das buscas domiciliárias, a “reserva de juiz”, prevista no n.º 2 do art. 34.º, deve ser lida cum grano salis à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional e em conjunto com o n.º 3 do mesmo artigo, no sentido de permitir que, em determinadas situações, o Ministério Público ou os órgãos de polícia criminal possam ordenar a realização de buscas domiciliárias.” (Miranda & Medeiros, 2005: 769).

15 Relativamente ao domicílio cumpre ainda deixar uma nota que, não obstante a reduzida relevância dogmática do tema, tenderá a assumir um relevo significativo no contexto da questão que aqui nos traz: contrariamente à tendência que se verifica no contexto da jurisprudência do TEDH (cf., a título meramente exemplificativo, Acórdão Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 16 de julho de 2002, *Société Colas vs. França*, processo n.º 31971/97), a doutrina e jurisprudência portuguesas têm tendido a considerar o direito ao domicílio como objeto de proteção constitucional apenas quando se reportem a pessoas físicas mas já não de pessoas coletivas (Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 593/08, de 10 de dezembro de 2008, processo n.º 397/08, e Acórdão n.º 596/08, de 10 de dezembro de 2008, processo n.º 1170/07; na doutrina, Gomes Canotilho & Vital Moreira, 2007: 540 e 546).

o requisito de reserva de lei que lhe havia sido imposto pela Constituição) e admitindo a relevância do consentimento (art. 126.º, n.º 3, *in fine*).

Por seu turno, no que respeita ao enquadramento contraordenacional, em complemento ao regime aplicável por força das disposições constitucionais e legais já mencionadas, consagra o art. 42.º do RGCO:

- A proibição de intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação;
- A proibição de utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional;
- A exigência de consentimento do visado quanto a provas que colidam com a reserva da vida privada; e
- Que os exames corporais e a prova de sangue só são admissíveis com consentimento do visado.

Cumpra, no entanto, realçar que o regime previsto no RGCO é frequentemente derogado por legislação especial atinente a diversos sectores específicos. Assim, por exemplo, (i) o segredo profissional (bancário) *é derogado relativamente ao* “(a) ao Banco de Portugal, no âmbito das suas atribuições; (b) À Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, no âmbito das suas atribuições; (...); (e) À administração tributária, no âmbito das suas atribuições;”<sup>16</sup>, (ii) as buscas são admitidas em diversos regimes legais, em alguns casos mediante autorização de autoridade judiciária<sup>17</sup>, noutros por iniciativa exclusiva da própria autoridade administrativa<sup>18</sup>, sendo inclusivamente (iii) admitidas as buscas domiciliárias, obtida a necessária autorização judicial, em determinados regimes administrativos<sup>19</sup>.

Do que se deixou exposto, podemos agora traçar um quadro hierarquizado quanto às proibições de prova nos diversos ordenamentos. Assim, num *primeiro nível de proibições*, incluir-se-á qualquer método de obtenção de meio de prova que colida com a dignidade da pessoa humana ou com os princípios do Estado Democrático de Direito, as anteriormente identificadas *proibições*

16 Cf. art. 79.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras (RGICSF).

17 Cf. arts. 18.º, n.º 1, al. e) e 18.º, n.º 2 da Lei da Concorrência.

18 Cf. arts. 364.º do Código dos Valores Mobiliários (CdVM), 120.º, n.º 3 do RGICSF ou art. 18.º da Lei Quadro das Contraordenações Ambientais (LQCA).

19 Cf. art. 215.º, n.º 2 do RGICSF.

*absolutas*, cuja produção será irrestritamente proibida à luz do ordenamento jurídico português.

Num *segundo nível de proibições*, incluir-se-á a proibição de utilização de métodos de obtenção de prova que restrinjam direitos fundamentais dos cidadãos tutelados pela Constituição, mas cuja proteção admite derrogação à luz da ponderação do interesse preponderante e, em alguns casos, mediante o preenchimento de determinados pressupostos específicos (como sucederá com a proteção conferida à correspondência, meios de telecomunicações ou ao domicílio, por exemplo).

Por fim, num *terceiro nível de proibições*, deparamo-nos com a panóplia de métodos de obtenção de prova que o legislador ordinário, à luz da ponderação do interesse preponderante, por regra reservou ao processo penal mas pontualmente alargou a processos de natureza administrativa tendo em consideração a especial sensibilidade ou importância do sector em causa (aqueles que são admitidos no âmbito do CPP mas restringidos no âmbito do RGCO).

### III. IDENTIFICAÇÃO DAS SITUAÇÕES DE POTENCIAL CONFLITO

Assim desenhados os contornos das proibições de prova, cumpre agora identificar os potenciais pontos de colisão dentro da linha de raciocínio que vimos problematizando, isto é, com vista a determinar em que medida as diferentes configurações que o instituto das proibições de prova assume em cada um dos tipos processuais pode condicionar a possibilidade de comunicação de elementos de prova entre eles. Ressalve-se, porém, que a análise que aqui se pretende fazer se circunscreve às situações abstratamente consagradas na lei, isto é, não tomando em consideração a aplicação ao caso concreto do princípio da proporcionalidade, nas suas dimensões de necessidade, adequação e proporcionalidade a que já se aludiu anteriormente.

Clarificado este pressuposto, diríamos então que não se suscitarão quaisquer dúvidas quanto a todas as provas obtidas através de *métodos* de obtenção prova inscritos na primeira órbita de proteção porquanto quer a Constituição quer a lei ordinária proíbem, de forma absolutamente incondicionada, a possibilidade de valoração de provas obtidas por qualquer destas vias. Trata-se, nestes casos, de verdadeiras *proibições de produção de prova* cuja validade é inelutavelmente inquinada face à violação dos valores que representam.

Tudo o mais será controverso. Desde logo porque nas situações em que a Constituição prevê expressamente determinados condicionamentos à produção e/ou valoração de prova, como sucede quanto aos meios de prova obtidos

mediante intromissão das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, por exemplo, importará verificar se esses condicionamentos estão previstos apenas para o processo de produção de prova ou também para a sua valoração noutro processo que não o processo onde foram produzidos<sup>20</sup>. Depois porque nas situações – que constituem a larga maioria – em que a Constituição não impõe concretas limitações ou condicionamentos à produção ou à valoração de meios de prova, relega-se para o legislador ordinário a tarefa de definir os respetivos pressupostos de admissibilidade no contexto de cada processo. Tratar-se-á, nestes casos, de aferir em que medida a lei ordinária, designadamente o art. 42.º do RGCO, permite a valoração num determinado processo de prova já *produzida* de acordo com as normas aplicáveis a outro processo.

Podemos, assim, subsumir os potenciais focos de conflito às seguintes hipóteses:

- a) É possível valorar num determinado processo de contraordenação provas obtidas em processo penal que se encontram interditas ao processo de contraordenação à luz do disposto no art. 42.º do RGCO?
- b) É possível aproveitar num determinado processo de contraordenação provas obtidas em processo penal mediante *ingerência na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação*?

#### IV. FUNDAMENTOS DA ADMISSIBILIDADE EM PROCESSO DE CONTRAORDENAÇÃO DA PROVA PRODUZIDA EM PROCESSO PENAL

A resposta à primeira questão, quando colocada relativamente a situações de concurso efetivo resolvidas à luz do art. 38.º do RGCO (portanto, sujeitas ao julgamento por uma só entidade) é, na realidade, um falso problema. Isto porque, a estas situações se refere o n.º 1 do art. 78.º do RGCO que dispõe que “[s]e o mesmo processo versar sobre crimes e contraordenações, havendo infracções que devam apenas considerar-se como contraordenações, aplicam-se, quanto a elas,

20 Uma palavra especial merece o problema do domicílio. Com efeito, neste caso, a Constituição não “reserva” este método “aos casos previstos na lei em matéria de processo criminal”, mas exige tão-somente a intervenção de autoridade judicial que, de resto, tanto pode ser obtida num processo penal como num processo administrativo (cf. art. 215.º n.º 2, do RGICSF). Trata-se, assim, de uma verdadeira regra de produção de prova, cominada com a conseqüente proibição de valoração mas que, se devidamente *produzida*, poderá ser legitimamente valorada em qualquer processo de qualquer natureza. Isto, claro, se o art. 42.º do RGCO for derogado por regra especial porquanto, nos termos do n.º 2 daquele preceito, “[a]s provas que colidam com a reserva da vida privada (...) só serão admissíveis mediante o consentimento de quem de direito”.

*os artigos 42.º(...)*”. Ora, daqui resulta que: (i) relativamente às infrações que constituam apenas contraordenação (e não crime)<sup>21</sup>, serão objeto das limitações a que se refere o art. 42.º do RGCO; e, (ii) *a contrario*, relativamente às infrações que constituam simultaneamente crimes e contraordenações, não será aplicável a mencionada limitação, o que significa que vigorarão, quanto a estas, apenas as limitações aplicáveis à produção ou valoração de prova emergentes da Constituição (aplicável directamente por força do disposto no art. 18.º da CRP) e do CPP (aplicável subsidiariamente por força do disposto no art. 41.º, n.º 1 do RGCO).

Esta solução, com a qual concordamos sem reservas, visa, em nossa opinião, salvaguardar a coerência do sistema impedindo que se criem incongruências intoleráveis na própria decisão como seria o caso se, por exemplo, o mesmo facto fosse dado como provado para a demonstração do crime e como não provado para a demonstração da contraordenação. Acresce que, nesta situação, a valoração do mencionado meio de prova é insuscetível de gerar qualquer dano adicional pois, por um lado, o dano gerado com a *produção de prova* já foi causado no contexto do processo criminal e, por outro, o dano a gerar pela via de valoração<sup>22</sup> ir-se-á gerar de igual forma quando aquele meio de prova for reproduzido em audiência relativa ao julgamento do crime (isto é, na mesma audiência em que se apreciará também a contraordenação).

Contudo, a resposta dada pelo art. 78.º do RGCO, no sentido de ultrapassar as limitações inicialmente impostas ao processo de contraordenação pelo art. 42.º do RGCO não permite, pelo menos directamente, dar resposta ao problema relativamente a todas as relações geradas entre processos de natureza criminal e processos de natureza contraordenacional. Isto porque, no âmbito de diversos sectores de atividade o legislador entendeu ser de autonomizar o processo contraordenacional do processo criminal<sup>23</sup>, originando assim diversas situações em que aqueles factos (naturalisticamente considerados) não são

21 O que poderá suceder, por exemplo, quando esteja em causa a apreciação de um crime e de uma contraordenação, no mesmo processo, mas emergentes de condutas autónomas ou praticadas por diferentes sujeitos.

22 Aquilo que Costa Andrade, acompanhando OTTO, refere quanto às “*gravações, fotografias, filmes, diários e segredos cuja valoração em processo penal reproduzirá normalmente a danosidade social e o atentado aos bens jurídicos tipicamente protegidos, já consumado com a respetiva produção sem ou contra a vontade de quem de direito*” (Costa Andrade, 2006:42).

23 Sem que se pretenda ser exaustivo, vd. arts. 208.º do RGICSF, 420.º do CdVM, 12.º do Regime das Contraordenações Aeronáuticas Civis ou 28.º da LQCA.

objeto de um único processo mas de dois processos distintos e, nessa medida, se suscita a dúvida sobre se é ou não de lhes aplicar o mesmo regime.

Em prol da aplicabilidade daquele preceito também aos processos autónomos parecem abonar dois argumentos. Por um lado, um argumento sistemático: o carácter subsidiário assumido pelo RGCO face aos regimes sancionatórios sectoriais e, nessa medida, na ausência de disposição expressa, o art. 78.º do RGCO seria aplicável também àqueles processos. Por outro, o facto de valer também aqui, *mutatis mutandis*, a justificação que preside à consagração desta derrogação no âmbito dos processos contraordenacionais e criminais julgados em concurso por uma única entidade: o risco de gerar uma discrepância na demonstração dos (mesmos) factos, consoante o processo em que fossem apreciados.

Contra esta posição poder-se-ia defender, no entanto, que, contrariamente ao que sucede quando existe conexão de processos, a mera valoração da prova proibida em sede contraordenacional – na medida em que iria constituir um segundo momento de reprodução, independente do que iria suceder no âmbito criminal – reproduziria o mal já infligido aquando da sua produção. Não cremos, porém, que este argumento seja decisivo. E isto porque, salvo nos meios de prova que colidam diretamente com a reserva da vida privada (a que aludiremos de seguida), não cremos que, atenta a natureza do processo contraordenacional<sup>24</sup>, a simples reprodução da generalidade dos meios de prova possa causar, por si só, um dano ao titular do bem jurídico sacrificado para a obter. Assim, por exemplo, a valoração em sede de procedimento contraordenacional de relatório que ateste a quantidade de gramas de álcool no sangue, resultado de uma colheita de sangue coativamente imposta a um determinado cidadão no âmbito de um processo de natureza penal para demonstração de um crime de condução perigosa, ao abrigo do disposto no art. 172.º do CPP, não é suscetível de, só pela sua simples valoração, causar novo dano a quem a ela foi sujeito.

O que se deixou dito não dispensará, como já foi por diversas vezes sublinhado, uma ponderação casuística à luz do princípio da proporcionalidade, nos termos do disposto no art. 18.º, n.º 2 da CRP, que tenderá a calibrar os pratos da balança em relação à situação em concreto.

---

24 Que implica que, regra geral, não estejam em causa direitos eminentemente pessoais dos cidadãos e, mesmo quando estão em causa direitos eminentemente pessoais, dificilmente estes se situam na sua esfera de intimidade.

Contudo, além das situações em que o legislador ordinário consagra uma proibição de produção ou valoração de determinados meios de prova que o legislador Constitucional não proibiu, outras situações existem em que é o próprio legislador Constitucional que impõe limitações a essa produção ou valoração. Assim, nos termos do disposto no n.º 4 do art. 34.º da CRP, é proibida “*toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*”.

A interpretação do que o legislador constitucional tenha pretendido dizer com a parte final daquele preceito não é despendida para os efeitos que aqui se discutem. Com efeito, se o legislador apenas tivesse pretendido condicionar a *produção* de meios de prova mediante a ingerência na *correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação*, então estaríamos perante *proibições de produção* de prova que, por si só, não determinariam a impossibilidade da sua valoração posterior em sede de processo contraordenacional caso os mencionados meios de prova tivessem sido licitamente obtidos. Se, ao invés, o legislador constitucional tivesse pretendido proibir a valoração de todo e qualquer meio de prova com exceção dos que fossem utilizados no processo penal, então estaríamos perante verdadeiras proibições de valoração de prova que inquinariam inelutavelmente qualquer pretensão de valoração da prova fora daquele estrito âmbito.

Creemos não ser de sustentar esta segunda posição. Desde logo pelo seu argumento literal: se o legislador tivesse pretendido afirmar que aquela prova apenas seria suscetível de valoração em processo penal ter-se-ia exprimido de outro modo, designadamente não se referindo expressamente ao processo de “*ingerência nas*”, que obviamente sugere o *processo de produção*, não o de *valoração*. Aliás, já o art. 42.º do RGCO transmite idêntica e até reforçada percepção pois proíbe “*a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicações*”, formulação que contrasta com a proibição de “*utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional*” previsto no mesmo preceito. Depois porque, da mesma forma que acompanhamos os autores que sustentam que será de comunicar ao pedido de indemnização civil os elementos probatórios obtidos no respectivo processo penal<sup>25</sup>, julgamos que idênticos motivos e fundamentos deverão valer quando esteja em causa a cumulação, no mesmo processo, de responsabilidade criminal e contraordenacional nos termos do

25 Miranda & Medeiros, 2005: 777.

disposto no art. 78.º do RGCO. Aliás, este artigo, aplicável às situações de concurso efetivo de crimes e contraordenações, não derroga (*a contrario*) o n.º 2 ou a parte final do n.º 1 do art. 42.º do RGCO; antes derroga o artigo 42.º RGCO como um todo, incluindo a proibição de intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicações.

É verdade que o Tribunal Constitucional já se pronunciou no sentido de considerar inadmissível a obtenção de prova em compressão do direito à privacidade para efeitos de utilização em processos de natureza não penal<sup>26</sup>, mas pronunciou-se somente sobre a *proibição de obtenção* de tal prova, não sobre a proibição de *valoração* de prova já validamente produzida. Por outro lado, também se poderia argumentar que não podem ser ignorados os sinais restritivos transmitidos pelo legislador quando proíbe a valoração dos conhecimentos fortuitos (portanto, conhecimentos obtidos com uma determinada finalidade mas que se pretende que sejam utilizados com outra), designadamente o regime estabelecido no n.º 7 do art. 187.º do CPP. Sucede, porém, que as restrições impostas aos *conhecimentos fortuitos* visam impedir a utilização daqueles elementos probatórios *noutro* processo, o que pressupõe que estejamos perante factos novos e distintos dos que estão em investigação no processo onde teve origem. É que, como salienta Costa Andrade, uma coisa são conhecimentos fortuitos e outra os chamados conhecimentos de investigação, pertencendo a estes últimos, entre outros, “*os factos que estejam numa relação de concurso ideal e aparente com o crime que motivou e legitimou a investigação (...)*”<sup>27</sup>, como sucederá nas hipóteses (de concurso ideal) que aqui abordamos. Nestas situações, em que meramente se pretende que a prova obtida seja utilizada para demonstração dos *mesmos* factos, não nos parece que subsistam fundamentos para impedir a sua valoração.

Mas o que se deixou dito não significa admitir, sem mais, a comunicabilidade da prova obtida quando esteja em causa o aproveitamento de prova obtida mediante *ingerência na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação* do processo de criminal para o processo de contraordenação. Desde logo porque contrariamente ao que *tendencialmente* sucederá no contexto dos demais meios de prova, a reprodução em juízo de uma determinada

26 No caso tratava-se de um processo de natureza laboral (cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 241/02, de 29 de maio de 2002, processo n.º 444/01).

27 Cf. Costa Andrade, 2006: 306. No mesmo sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de outubro de 2002, processo n.º 02P2133.

correspondência ou transcrição de telecomunicação pode representar, por si só, uma reprodução da danosidade já infligida aquando da obtenção desse elemento de prova, facto que, nas situações de autonomia dos processos, pode efetivamente significar uma repressão adicional dos direitos do cidadão. Depois porque perante a pretensão de *valorar* meios de prova que podem restringir (novamente) o direito à intimidade e reserva da vida privada dos cidadãos, cumprirá ter presente que, se se tratar da aferição da responsabilidade contraordenacional em processo autónomo, se estará a restringir aquele direito exclusivamente em nome da tutela de um bem jurídico ao qual não é sequer reconhecida dignidade para ser penalmente tutelado.

### CONCLUSÃO

A responsabilidade penal pode coexistir com a responsabilidade contraordenacional com vista à apreciação dos mesmos factos naturalísticos. À luz do princípio de liberdade de prova consagrado no art. 125.º do CPP, são admissíveis todas as provas que não forem proibidas por lei; porém, em nome da tutela dos direitos dos cidadãos face à repressão inerente à atividade investigatória das autoridades, são erigidas proibições de prova que representam restrições legalmente impostas à descoberta da verdade, que se regem por princípios de materialidade (visam fundamentalmente a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos) e de proporcionalidade (estando tanto mais autorizadas quanto maior for a dignidade dos bens jurídicos a tutelar).

Em nome destes princípios, o legislador constitucional erigiu um conjunto de restrições à liberdade de *produção* de prova no exercício da atividade investigatória, proibindo em absoluto, nuns casos, determinados métodos de obtenção de prova e, noutros, sujeitando outros métodos de obtenção de prova a determinadas finalidades ou condicionalidades.

Em cumprimento da orientação constitucional que lhe foi imposta, o legislador ordinário, por seu turno, proibiu a *produção e valoração* de determinados meios de prova no âmbito do processo penal, indo significativamente mais longe no estabelecimento dessas proibições no âmbito do processo contraordenacional do que o fez no âmbito do processo penal, o que bem se compreende à luz da relevância significativamente menor dos bens jurídicos a tutelar no âmbito do direito de mera ordenação social.

Sucede, porém, que não obstante as diferentes configurações que o instituto das proibições de prova assume consoante o processo a que diz respeito, ele não deve impedir a *valoração* em processo de contraordenação dos meios de prova

*produzidos* no processo penal, quando estejam em causa julgamentos sobre os mesmos factos. Fundamentalmente por dois motivos: por um lado porque, regra geral, será a *produção* dos meios de prova – e já não a sua *avaliação* – que representa a compressão dos direitos fundamentais dos cidadãos; e, por outro, porque mesmo quando o legislador ordinário foi mais longe do que o legislador constitucional, impondo verdadeiras proibições de avaliação de prova no âmbito do direito de mera ordenação social (veja-se, por exemplo, o segredo profissional no âmbito do art. 42.º do RGCO), foi o próprio legislador que sacrificou essa proibição de avaliação em nome da necessidade de coerência e uniformidade das decisões judiciais quando esteja em causa uma situação de concurso de infrações.

O que se deixou dito não prescinde, porém, da necessidade de lançar mão do princípio da proporcionalidade, no sentido de avaliar se a *avaliação* desses meios de prova (produzidos no processo penal em conformidade com as disposições legais vigentes) importa, ou não, novo sacrifício dos direitos dos cidadãos. Sendo certo que, se tal corresponde a uma imposição constitucional aplicável a todas as restrições de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, decorrente da atividade de investigação do Estado, ela será particularmente evidente e relevante quando estejamos perante a avaliação de provas obtidas mediante *ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação* num processo autónomo porquanto a sua reprodução tenderá a constituir, por si só, uma (nova) forma de dano infligido ao visado titular do correspondente direito à reserva da vida privada.

## BIBLIOGRAFIA

- COSTA ANDRADE, Manuel da  
2006 *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora.
- GOMES CANOTILHO, J. J. & VITAL MOREIRA  
2007 *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- CORREIA, João Conde  
1999 “Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência, e nas telecomunicações (art. 32.º, n.º 8, 2.ª parte da C.R.P.)?” *in Revista do Ministério Público*, n.º 79, pp. 45-68.

- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de  
1983 “Para uma reforma global do Processo Penal Português. Da sua necessidade e algumas orientações fundamentais”, *Para uma Nova Justiça Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 189-242.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de & COSTA ANDRADE, Manuel da  
2009 “Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (parecer)”, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra: Almedina, pp. 11-61.
- SOUSA MENDES, Paulo de  
2004 “As proibições de Prova em Processo Penal”, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, pp. 133-154.
- MIRANDA, Jorge & MEDEIROS, Rui de  
2005 *Constituição da República Portuguesa anotada*, t. I, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: WoltersKluwer – Coimbra Editora.
- PALMA, Maria Fernanda  
2010 “Perspectivas constitucionais em matéria de segredo bancário”, *2.º Congresso de Investigação Criminal (ASFIC-PJ e IDPCC-FDUL)*, Coimbra: Almedina, pp. 189-199.
- MARQUES DA SILVA, Germano  
2006 “Produção e Valoração da Prova em Processo Penal”, in *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 4, pp. 37-53.
- 2008 *Curso de Processo Penal*, II, 4.<sup>a</sup> ed., Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo.