

## DO APROVEITAMENTO EM PROCESSO PENAL DAS PROVAS ILCITAMENTE OBTIDAS POR PARTICULARES<sup>1</sup>

*José Neves da Costa*

**ABSTRACT:** *The Portuguese Code of Criminal Procedure does not regulate the use of illicit evidence gathered by individuals when conducting a “private investigation”, thus raising the question of whether or not these individuals should comply with the norms applicable to public authorities. Based on Portuguese case law, the question will be addressed through a critical comparison between the opposed solutions found in the laws of the US and Germany, followed by an analysis of the Portuguese Criminal Procedure Law. Lastly, it is concluded that after assessing the rights and values at stake, illicit evidence obtained by individuals should not be used in Court when it violates rights that are more valuable than the ones they are trying to preserve.*

**SUMÁRIO:** Introdução. I. O caso de estudo; II. Generalidades; 1. Da definição de particular para efeitos de obtenção de prova não comunicável ao Estado; 2. Da admissibilidade processual das “investigações” particulares; III. Direito Comparado; 1. Nos Estados Unidos da América; 1.1. Da evolução jurisprudencial da *exclusionary rule*; 1.2. A aplicabilidade da *exclusionary rule* aos particulares no Texas e a justificação da sua conceção estritamente processual nos EUA; 2. Na Alemanha; 2.1. Da teoria geral das *Beweisverbote*; 2.2. Das *Beweisverbote* expressamente positivadas na legislação processual e a vinculação dos particulares às mesmas; IV. O artigo 126.º do CPP e a vinculação dos particulares; 1. O escopo de proteção e a natureza do artigo 126.º do CPP; V. Aproveitamento das provas ilicitamente obtidas por particulares no Direito Português; 1. Do processo de aproveitamento processual da prova ilicitamente obtida por um particular; 1.1. Do aproveitamento das provas ilícitas pela teoria da ponderação; 1.2. Do complemento da teoria da ponderação pelo escopo de proteção da norma e pelo domínio pessoal da informação; 1.3. Os fatores relevantes e os limites da ponderação a levar a cabo para aproveitamento das provas ilícitas; 2. A letra do artigo 126.º do CPP e o aproveitamento das provas ilicitamente obtidas por particulares em processo; Conclusão.

---

1 O trabalho que ora se apresenta corresponde ao relatório de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo de 2012/2013, no âmbito da disciplina de Direito Processual Penal, sob a regência do Senhor Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

## INTRODUÇÃO

Na atualidade tem-se intensificado o interesse manifestado por indivíduos particulares na investigação penal. Cada vez com mais frequência assistimos à obtenção de provas por particulares para processos penais, agravando-se um problema já amplamente discutido em países como os Estados Unidos da América (doravante, EUA) e a Alemanha, mas pouco discutido em Portugal: o de saber se as provas recolhidas ilicitamente por particulares podem ser usadas em julgamento ou se estes também estão vinculados ao artigo 126.º do Código de Processo Penal (doravante, CPP).

Desde seguranças e detetives particulares a jornalistas de investigação, passando pelo comum cidadão que grava uma conversa ou filma uma agressão, várias são as hipóteses de recolha de provas relevantes para o processo penal por particulares. E, como facilmente se compreende, vários são os casos em que esta obtenção de provas viola direitos fundamentais dos cidadãos visados, reclamando-se uma afirmação dos Princípios do Estado de Direito Democrático e da Dignidade da Pessoa Humana, sob a égide dos quais o Estado português se constituiu, conforme dita a Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP) nos seus artigos 1.º e 2.º.

É ainda impossível prever a evolução deste fenómeno de “privatização da investigação penal”, mas é indubitável que a tendência é para o aumento da participação dos particulares na obtenção de provas. É então sustentável a existência de dois regimes diferenciados de obtenção de prova consoante a recolha seja feita pelas autoridades públicas ou por privados? Este é o problema que nos propomos tratar.

Para tal, tomaremos como referência um caso que recentemente levou esta discussão aos tribunais portugueses e que designaremos por “*Caso BX*”<sup>2</sup>, pelo que num primeiro momento faremos uma exposição do caso na parte que ao nosso estudo releva para, de seguida, expor as soluções configuradas pelas ordens jurídicas Norte-Americana e Alemã, que, como veremos, resolvem o problema de maneiras diferentes.

Por fim, terminaremos a nossa exposição com o estudo da nossa ordem jurídica, procurando determinar se os particulares, quando recolhem provas, estão vinculados ao artigo 126.º do CPP e, em caso afirmativo, se, em casos de prova proibida, há possibilidade de as aproveitar. Comprometemo-nos ainda a

---

2 Optámos, no nosso estudo, por ocultar todos os nomes das pessoas singulares e coletivas envolvidas no caso jurisprudencial em apreço, de modo a evitar o chamado efeito de *name and shame*.

fazer este estudo sempre comparando as nossas conclusões com as dos Tribunais no “*Caso BX*”.

## I. O CASO DE ESTUDO

JB, em finais de 2007, denunciou, simultaneamente, ao Procurador-Geral da República (doravante, PGR), ao Banco de Portugal (doravante, BdP) e à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (doravante, CMVM) “irregularidades” numa instituição de crédito portuguesa, aqui designada por Banco X (doravante, BX), nomeadamente manipulação de mercado, favorecimento a acionistas e recurso a sociedades sediadas em *off-shores*. Na sequência da denúncia apresentada junto do BdP, iniciou-se o processo contraordenacional n.º 24/07/CO, levado a cabo pelo Conselho de Administração do BdP.

De tal processo contraordenacional, que resultou em condenações de três arguidos, coube recurso de impugnação judicial para a 2.ª secção do 1.º juízo do Tribunal de Pequena Instância Criminal da comarca de Lisboa, motivado pelo facto de a denúncia com que JB avançara se basear em documentos e informações abrangidas pelo dever de sigilo bancário, não se encontrando qualquer indício de verificação de uma das exceções que permitiria o conhecimento desses documentos, a saber: “(i) *consentimento dos titulares das contas*; (ii) *pedido da autoridade de supervisão*; ou (iii) *despacho judicial*”. Assim, o processo estaria inquinado logo na sua génese, violando os artigos 32.º, n.º 8, da CRP e 126.º do CPP, aplicável este último *ex vi* do n.º 1 do artigo 41.º do Regime Geral das Contraordenações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro (doravante, RGCO). Entendeu ainda o recorrente que, pelo exposto, todo o processado estava igualmente inquinado, devido ao chamado efeito à distância que impede a valoração das provas derivadas da prova proibida e ao efeito continuado que impede a sanção do vício pela repetição da prova.

O Tribunal de Pequena Instância Criminal<sup>3</sup>, em despacho proferido na audiência de julgamento, entendeu não haver dúvidas de que os documentos que basearam a denúncia estavam sujeitos a sigilo bancário, os quais chegaram a JB por via de alguém, cuja identidade não fora possível identificar, integrante do grupo de agentes sujeitos a tal sigilo nos termos do artigo 195.º do Código Penal (doravante, CP). Entendeu também que não se verificavam as exceções do artigo 79.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras,

---

3 Despacho disponível em <http://www.dn.pt/DNMultimedia/DOCS+PDFS/Acordao.pdf>.

aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro (doravante, RGICSF), pelo que tinha havido efetivamente violação de sigilo bancário<sup>4</sup>.

O Tribunal de Pequena Instância Criminal decidiu que, embora seja possível que o sigilo bancário tenha de ceder perante interesses superiores, tais como o interesse público na efetivação da justiça penal, no caso em apreço o autor da violação do sigilo bancário não procurara realizar um interesse legítimo. Se assim fosse, teria enviado os documentos diretamente ao BdP e nunca anonimamente a JB, uma figura pública com relações privilegiadas com a comunicação social. A remessa dos documentos a JB provavelmente ficara a dever-se a lutas internas de poder dentro da própria administração do banco, motivo que não cabe nos casos justificantes da contração do sigilo bancário, sendo nulas as provas com origem nas informações contidas nas denúncias e não podendo ser usadas em processo contraordenacional por força do n.º 2 do artigo 38.º da CRP e, bem assim, do n.º 3 do artigo 126.º do CPP, aplicável *ex vi* do artigo 41.º, n.º 1, do RGCO.

Deste modo o processo padece de uma malformação genética e, sabendo que é orientação do Tribunal que os particulares são também destinatários das proibições de prova, a decisão final vai no sentido de que, devido ao efeito à distância, e nada havendo que o limite, a invalidade das provas obtidas por JB levam à “*invalidade de todo o processado*” por dependência de provas nulas.

Desta decisão coube recurso do BdP e do Ministério Público (doravante, MP), dando origem ao acórdão de 3 de julho de 2012 do Tribunal da Relação de Lisboa (doravante, TRL), relatado por JORGE GONÇALVES no processo n.º 14538/10.4TFLSB.L1-5<sup>5</sup>. Note-se que estando nós perante um processo contraordenacional, nos termos dos artigos 66.º e 75.º, n.º 1, ambos do RGCO, o TRL opera como tribunal de última instância, só tendo legitimidade para conhecer de matéria de direito.

Na sua decisão, e naquilo que ao nosso estudo releva, entendeu o TRL, em concordância com a primeira instância, que estamos efetivamente perante cópias de documentos sujeitos a sigilo bancário, não se verificando indícios de que tenha ocorrido alguma das exceções previstas no artigo 79.º do RGICSF, tendo-se entendido também em sede de recurso que houve lugar a um crime de violação do dever de sigilo bancário por ser racional e lógica a conclusão de

---

4 Não da parte de JB, como ressalva o Tribunal, mas sim em um momento anterior, quando o titular do dever de sigilo o quebrara, facultando-lhe as informações.

5 Disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

que, independentemente de se conhecer ou não a sua identidade, o possuidor dos documentos passados a JB estava sujeito ao segredo bancário. E não se diga, como era opinião do MP, que a entrega dos documentos ao BdP apagaria a mácula do crime, pois se o anónimo quisesse seguir fins de justiça teria entregado os documentos às autoridades competentes e não a um cidadão.

No entanto, e apesar do que fica exposto, entendeu, por fim, o TRL que as consequências atribuídas em primeira instância à nulidade das provas eram exageradas.

Desde logo, o TRL entendeu que a obtenção de provas ilícitas por um particular não pode ser irrelevante. O TRL sustentou que, em Portugal, “*as proibições de prova também abrangem a obtenção ilícita de prova por particulares*”, mesmo sendo “*sobretudo na direção das instâncias formais de controlo que caberá prevenir os atentados e agressões que os métodos proibidos de prova configuram*”. Não se pode admitir o uso de meios de prova obtidos à custa de direitos fundamentais do arguido.

No entanto, o TRL não viu qualquer violação de segredo bancário da parte de JB, nem a prática de um crime de devassa da vida privada na transmissão das informações ao BdP, pois as informações respeitam, quando muito, à privacidade *stricto sensu* do BX e, no que respeita aos restantes arguidos, as informações indiciavam a existência de ilícitos, pelo que a sua comunicação ao BdP para que este exercesse as suas funções de supervisão foi em cumprimento da alínea a) do n.º 2 do artigo 79.º do RGICSF.

Ainda assim, e diga-se sucintamente, decidiu o TRL que, mesmo que se entendesse que as provas, pela sua génese ilícita, deveriam ser desconsideradas, daí não decorreriam as consequências radicais de invalidação de todo o processado, pois não há lugar ao efeito à distância. Então, decidiu o TRL pela revogação da decisão do Tribunal de Pequena Instância Criminal, determinando a retoma da audiência de julgamento, relegando-se para “*momento oportuno*” a decisão em conformidade com as provas.

Desta decisão do TRL coube ainda recurso para o Tribunal Constitucional (doravante, TC). Naquilo que nos interessa, entendia-se ser inconstitucional o artigo 126.º, n.º 3, do CPP, porque violador do n.º 8 do artigo 32.º da CRP, quando interpretado: 1) no sentido de permitir a valoração de provas obtidas pelo BdP a partir de provas nulas porque obtidas mediante intromissão na vida privada, apenas por aquele ser uma das entidades previstas no artigo 79.º, n.º 2, do RGICSF; e 2) no sentido de que a declaração de nulidade e a consequente

proibição de valoração das provas constantes de processo iniciado com uma prova nula exige uma análise das provas uma a uma.

Pela decisão sumária n.º 154/2013, o TC decidiu não conhecer de tais questões, na medida em que aquelas interpretações não correspondiam à *ratio decidendi* do acórdão recorrido ou, por outras palavras, porque não foram aplicadas pelo Tribunal; e porque, por outro lado, faltava legitimidade aos recorrentes para recorrerem, pois as questões em causa não foram previamente suscitadas perante o Tribunal recorrido.

Esta decisão, ainda que dela tenha havido reclamação para a Conferência, foi confirmada pelo acórdão n.º 319/2013, relatado por FERNANDO VENTURA no processo n.º 52/13<sup>6</sup>. Entendeu-se neste acórdão que, independentemente de o TRL referir os artigos 79.º, n.º 2, do RGICSF e 126.º, n.º 3, do CPP, o critério normativo da decisão não se identifica com o sentido da interpretação posta em causa no recurso.

Os recorrentes pressupõem que o processo se baseia em provas inválidas, que necessariamente contaminam todas as provas carreadas para os autos. No entanto, essa premissa não coincide com a decisão recorrida. O TRL limita-se a questionar a relação entre os documentos entregues ao BdP e outros elementos probatórios obtidos de forma autónoma no âmbito do exercício das funções de supervisão, concluindo que a decisão de arquivamento do processo não podia subsistir e haveria que ordenar o prosseguimento do julgamento e a prolação de sentença. No entanto, o TRL não afirma nem nega qualquer relação entre as provas. Nunca se afirma que o BdP pode fundar uma decisão em provas nulas.

Quanto à segunda nulidade arguida, entende o TC que não é dicotómico afirmar a necessidade de avaliar as relações de dependência ou de produção de efeitos entre a prova inválida e as restantes provas, com a ponderação relacional de todas as provas uma a uma, e muito menos com a verificação da validade de qualquer dos meios de prova oferecidos como suporte da decisão condenatória. Assim, a decisão do TRL é conforme ao entendimento do TC anteriormente manifestado no acórdão n.º 198/2004. Se o Tribunal quer afirmar a nulidade de uma prova por intromissão na vida privada, terá de apreciar tanto o seu conteúdo como a forma de obtenção; tal como, para concluir pela invalidade de outras provas carreadas para os autos, terá de analisar individualmente as relações entre provas e a sua origem processual.

---

6 Disponível in [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/).

O que o TRL entendeu foi que não estava devidamente estabelecida a relação entre as provas, tendo de se apurar individualmente as relações de dependência ou de produção de efeitos entre provas.

## II. GENERALIDADES

Como dissemos na abertura deste estudo, os particulares intervêm cada vez mais na investigação penal, oferecendo provas por si obtidas. *Prima facie* dir-se-ia que esta intervenção é saudável, originando uma maior colaboração entre os Órgãos de Polícia Criminal (doravante, OPC)<sup>7</sup> e os particulares, permitindo uma investigação mais eficiente e uma mais célere reposição da paz social.

No entanto, e ainda que o que fica dito seja verdade, a intervenção dos cidadãos na investigação penal levanta urgentes problemas jurídicos, *maxime* o da necessidade de uma proibição de prova, visto não raras vezes as provas serem obtidas ilicitamente. Com frequência nos deparamos com casos em que particulares, na urgência da aquisição de provas, violam direitos de outros particulares. Veja-se como no “*Caso BX*” é posto em causa o direito à privacidade e à reserva da vida privada dos arguidos por os documentos conterem informações sobre as suas contas bancárias.

Os direitos fundamentais apresentam atualmente uma *dupla dimensão*. Já não sendo configurados exclusivamente numa perspetiva individual como direitos dos indivíduos, configuram também meios de promoção e tutela do próprio Estado, objetivos a atingir pela comunidade. Então, muitos destes direitos fundamentais dos cidadãos encontram-se na base do processo penal, pelo que uma sua violação no âmbito da investigação criminal representará um sacrifício daquelas bases e uma ofensa ao próprio Estado (Costa Andrade, 1984: 553-554; Vieira de Andrade, 2012: 105 ss.).

E mais se diga. Vivemos numa era de tecnologias avançadas que podem (e devem) estar ao serviço da investigação criminal. Cada vez é mais fácil a captura secreta de imagem e som, ou a reprodução sub-reptícia de documentos. Naturalmente que estas tecnologias são cada vez mais utilizadas pelos OPC como meios de obtenção de prova. No entanto, estes casos foram já regulados na legislação processual penal, encontrando-se positivados os pressupostos e formalidades que têm de estar reunidos para que se possa comprimir o

---

7 Cf. a alínea c) do artigo 1.º do CPP e o artigo 3.º da Lei de Organização da Investigação Criminal, aprovada pela Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto (doravante, LOIC).

direito do particular em nome da investigação penal<sup>8/9</sup>. Veja-se, por exemplo, o artigo 187.º do CPP, que regula a admissibilidade de escutas telefónicas e cuja violação encontra sanção no artigo 126.º, n.º 3, do mesmo diploma.

No entanto, nos casos que consubstanciam o nosso objeto de estudo, estamos perante a obtenção de provas por particulares, fenómeno de escassa regulação legal, não sendo possível ainda detetar regras sobre os casos em que pessoas privadas executam tarefas tipicamente da competência do Estado. Veja-se, a mero título de exemplo, como com a generalização da Internet e o surgimento de cada vez mais e melhores meios de produção e transmissão de dados ao alcance dos indivíduos, se torna tão fácil a violação do direito à imagem ou à privacidade. Com facilidade, hoje em dia, um *hacker* informático se intromete no correio eletrónico de outrem. E mais facilmente ainda qualquer pessoa grava com o telemóvel um vídeo de um crime, uma videoconferência ou uma conversa telefónica, sem que o visado saiba que está a ser gravado.

## **1. Da definição de particular para efeitos de obtenção de prova não comunicável ao Estado**

Fixando o nosso objetivo no estudo das provas obtidas por particulares, importa desde logo e sucintamente fixar quando estamos perante uma prova obtida efetivamente por um particular. Nem sempre que é um indivíduo ou uma empresa particular a obter uma prova estamos perante uma prova obtida por um particular. Isto porque vários são os casos em que a prova obtida é comunicável ao Estado – e é importante que se faça esta delimitação, pois na prática surgem casos difíceis<sup>10</sup>.

Quando haja comunicação da atuação particular ao Estado, tudo acontece como se a prova tivesse sido obtida por uma entidade pública. Falamos dos casos em que o Estado tem uma participação relevante na obtenção da prova, instigando um particular a obter provas por métodos proibidos, apoiando-o no

---

8 As eventuais lacunas de regulação que existam não cabem no objeto do nosso estudo.

9 Winfried Hassemer (2004: 15-25), em conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nas Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, mostrou-se bastante preocupado com esta temática por entender que as garantias processuais penais clássicas e os direitos fundamentais dos cidadãos se encontram ameaçados, particularmente nos países ocidentais.

10 Cf. o caso *Liechtenstein* (LG Bochum, 07/08/2009, disponível in: NSTZ 2010, 351-352) em que dados bancários foram guardados por particulares em DVDs e depois foram vendidos às autoridades alemãs (Ambos, 2010: 111-112). Cf. também o caso do BGH (21/07/1998, disponível in: *NJW* 1998, 3506-3508) em que um particular, enquanto colega de cela do arguido e em cooperação com as autoridades, se fez passar por um vidente com poderes psíquicos para extrair daquele uma confissão (Jahn, 2000, 441 ss.).



seu desígnio ou atribuindo-lhe tal tarefa. A prova será comunicável ao Estado quando haja da parte deste a consciência da natureza da tarefa a levar a cabo pelo particular, sendo suficiente que as autoridades tomem conhecimento e aproveem a atuação do particular. Por seu turno, se a iniciativa for do particular e a intervenção do Estado apenas se der *ex post*, não há comunicação do comportamento que será puramente privado<sup>11</sup>.

Importante é ainda deixar uma nota de esclarecimento terminológico. Por facilidade de expressão, falamos aqui em “obtenção de provas” e em “investigações particulares”. No entanto, tal não é tecnicamente correto, uma vez que a atuação dos particulares não é uma “investigação” em sentido técnico, visto esta ser a atividade pública levada a cabo, nomeadamente, pelos OPC; tal como os resultados obtidos não têm a natureza de provas, visto estas serem o resultado da atividade instrutória.

## 2. Da admissibilidade processual das “investigações” particulares

Do que fica aqui exposto não pode decorrer que não sejam admissíveis as “investigações” particulares (Jäger, 2003: 122). Aliás, no que ao arguido respeita, veja-se que este tem mesmo, nos termos do artigo 1.º da CRP que proíbe a sua redução a mero objeto do processo, um direito fundamental a desenvolver a sua própria “investigação” paralela à do MP. Se ao arguido estivesse reservada uma postura de espetador passivo, não lhe sendo permitido influenciar ativamente a investigação, a sua posição de sujeito processual ficaria posta em causa. Mesmo do próprio CPP, mais precisamente da alínea *g*) do n.º 1 do artigo 61.º, decorre que o arguido pode apresentar provas, sendo possível a conclusão de que pode obter provas procedendo para o efeito a “investigações” próprias. Também a ideia de que há um monopólio estatal da investigação não pode ser um limite à atuação particular do arguido, pois o facto de o MP ter de desenvolver as suas investigações *à charge et à décharge* (artigos 53.º, n.º 1, e 262.º, n.º 1, ambos do CPP) não implica que mais ninguém possa contribuir para o esclarecimento do crime.

Para o assistente, por seu turno, a questão podia colocar-se de forma diferente por não haver perigo de este se tornar objeto do processo. No entanto, na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 69.º do CPP, também para o assistente o legislador previu a possibilidade de oferta de provas em processo.

11 Cf., no respeitante a esta questão da imputação ao Estado da prova obtida, o que fica exposto por Bubany & Cockerell (1981: 612-614), Ambos (2010: 106) ou Kaspar (2013: 213-218).

E diga-se ainda que o processo penal se rege pelos Princípios do *Fair Trial* e da Igualdade de Armas, enquanto expressões do Princípio do Estado de Direito, e estes apenas são cumpridos se os sujeitos processuais não estiverem limitados aos factos apurados pelo MP (Brunhöber, 2010: 572-576; Kaspar, 2013: 208-209)<sup>12</sup>.

Mas mesmo as investigações feitas por terceiros neutros não são ilegais, nem fazem deles sujeitos processuais. O facto de não existir uma norma que preveja e regule estas atuações não lhes pode ser um limite, sob pena de cairmos na sugestão de que o que não está expressamente permitido é proibido ao cidadão. E esta atuação está coberta pelos artigos 1.º, 2.º, 26.º, n.º 1, e 27.º, n.º 1, da CRP, que positivam a liberdade de atuação.

Assim, e à luz do que fica dito, podem os particulares fazer mais do que o que se permite às autoridades públicas? Aquando da reforma<sup>13</sup> de 2007 do CPP, várias eram as áreas que reclamavam intervenção da parte do legislador e uma delas era precisamente o regime das proibições de prova. Ainda assim, o legislador “*não fez [...] o essencial do que devia*” (Costa Andrade, 2009: 119).

Para resolver os novos problemas que se colocam, não basta recorrer aos princípios gerais tradicionais. É imperativa a imposição de novas soluções que conciliem os direitos dos particulares com as necessidades probatórias, tal como se apresentam na modernidade, cabendo ao legislador positivá-las, sob pena de acabarmos com um direito obsoleto e desatualizado que não oferece soluções para muitos problemas emergentes.

### III. DIREITO COMPARADO

#### 1. Nos Estados Unidos da América

As regras de proibições de prova surgiram no direito norte-americano sob a designação de *exclusionary rule* e baseiam-se na *Fourth Amendment*<sup>14</sup>, que,

12 Na medida em que estas ações de obtenção de prova são direitos do arguido e do assistente, conforme demonstrámos, também podem ser levadas a cabo pelos respetivos advogados, visto competir a estes exercer e defender os direitos do seu mandante (cf. artigos 63.º, n.º 1, e 70.º, n.º 3, ambos do CPP, e artigo 92.º, n.º 2, do Estatuto da Ordem dos Advogados).

13 Que não passou na verdade de uma simples revisão legislativa, visto não parecer ter sido intenção do legislador mudar nem o modelo processual penal português de 1987, nem o paradigma do mesmo, condições necessárias à existência de uma verdadeira reforma (Figueiredo Dias, 2008: 367-368).

14 Na Quarta Emenda pode ler-se: “*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*”

inspirando-se na máxima segundo a qual “[e]very man’s house is his castle” (Lieber, 1853: 44), procura opor-se a buscas e apreensões (*searches and seizures*) ilegais, feitas em violação da *Fifth Amendment* que, por seu turno, proíbe a autoincriminação.

### 1.1. Da evolução jurisprudencial da *exclusionary rule*

A *exclusionary rule* norte-americana, fruto de desenvolvimento jurisprudencial como é característico dos ordenamentos anglo-saxónicos, foi pela primeira vez reconhecida num Tribunal norte-americano, em casos penais, em 1914, no caso *Weeks v. United States* (232 U.S. 383)<sup>15</sup>, que reconheceu que não se podia admitir em Tribunal a valoração de provas obtidas em violação de direitos dos arguidos, sob pena de uma completa inutilização da proteção conferida pela *Fourth Amendment*<sup>16</sup>. Entendeu-se que o objetivo da emenda é impor limites aos Tribunais dos EUA e às polícias aquando do exercício das suas funções de autoridade, protegendo “*the people, their persons, houses, papers and effects against all unreasonable searches and seizures.*” Assim, reconhece esta decisão que a busca da verdade não pode prejudicar anos de esforço e sofrimento com vista ao estabelecimento de uma Constituição democrática, pelo que, tendo as apreensões em causa (cartas incriminatórias apreendidas sem mandado) violado direitos constitucionais do arguido (nomeadamente, a privacidade do domicílio e a reserva da vida privada), as cartas deveriam ser restituídas ao proprietário, não podendo ser usadas em julgamento.

De seguida, em 1920, o acórdão do caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (251 U.S. 385) reconheceu a chamada *fruit of the poisonous tree doctrine*. Entendeu o *United States Supreme Court* que, tendo sido recolhidos, sem mandado, vários documentos, e embora o *District Court* tenha ordenado a sua devolução ao arguido reconhecendo a ilicitude, não podia ser admitido o

---

15 Previamente a este caso, já em 1886, no caso não penal *Boyd v. US* (116 US 616), fora formulada a *exclusionary rule*. Estava em causa a cobrança de direitos alfandegários à sociedade E. A. Boyd & Sons. Entendeu-se aqui que obrigar alguém a entregar documentos autoincriminatórios é semelhante a uma *search and seizure*, pelo que proibí-lo está dentro do espírito da *Fourth Amendment*, assim como a entrega de documentos autoincriminatórios será equivalente a obrigar uma pessoa a prestar testemunho contra si, caindo na proibição da *Fifth Amendment*, pelo que a prova é proibida. As emendas protegem os cidadãos de todas as formas de invasão da privacidade e santidade do domicílio perpetradas por entidades oficiais, não sendo apenas “*the breaking of his doors and the rummaging of his drawers that constitutes the essence of the offense*”, mas sim qualquer violação da *personal security, liberty e private property*.

16 Pode ler-se na decisão que “[t]he protection of the Fourth Amendment reaches all alike, whether accused of crime or not”.

estudo fora do Tribunal dos mesmos com vista à descoberta de outros meios de prova a partir dos documentos ilicitamente obtidos e, bem assim, com vista a obtê-los de maneira lícita. A ser assim, reduzir-se-ia a “*Fourth Amendment to a form of words.*” É entendimento do Tribunal que a lei pretende que os documentos não sejam usados de todo<sup>17</sup>.

Assim, no espaço de seis anos a jurisprudência norte-americana sobre meios de prova evoluiu bastante, estabelecendo que não podem ser valoradas em Tribunal provas obtidas em violação dos direitos constitucionais dos arguidos, tal como não podem ser usadas, nem estudadas, de todo, provas que delas decorram. No entanto, e no que ao nosso estudo interessa, em 1921, no caso *Burdeau v. McDowell* (256 U.S. 465), o Tribunal deixou bem claro que estas regras não se aplicavam a particulares quando fossem estes a obter as provas, adotando uma conceção da *exclusionary rule* como norma estritamente processual destinada a regular a atividade da polícia. No referido caso, Burdeau apossou-se de livros e documentos de McDowell, tendo-os entregue às autoridades, pedindo este último a sua devolução. Não se questiona que os documentos foram furtados a McDowell, na sequência de uma invasão do seu escritório particular e de uma violação de cofres privados e gavetas trancadas. A questão coloca-se quanto à utilização em julgamento das provas recolhidas.

Quanto a isso, diz o *United States Supreme Court*, referindo-se à *Fourth Amendment*: “[i]ts origin and history clearly show that it was intended as a restraint upon the activities of sovereign authority, and was not intended to be a limitation upon other than governmental agencies”. Assim, não tendo estado nenhuma força da autoridade envolvida na obtenção dos documentos, não se afirma nenhuma violação da segurança garantida pela *Fourth Amendment*.

Esta jurisprudência mantém-se até hoje, continuando a considerar-se nos EUA que as provas obtidas por particulares não estão sujeitas ao escrutínio da *Fourth Amendment*.

Então, aparentemente são admissíveis provas recolhidas por particulares com base, por exemplo, em fraude, coação, invasão de privacidade ou violação da vida privada, sendo particularmente desejadas provas como fotografias, vídeos, gravações ou diários pessoais, pelo seu elevado valor probatório. Outra consequência desta conceção é precisamente o facto de os seguranças particulares

---

17 Note-se que tal não quer dizer que os factos descobertos a partir destes documentos se tornem sagrados e inacessíveis. Mas só podem ser apreciados se forem descobertos através de uma fonte lícita e autónoma.

(por exemplo, os guarda-costas ou os seguranças de bares e discotecas) não verem a sua atuação limitada pelas exigências que impedem sobre a polícia (*v.g.*, a leitura dos *Miranda Rights*, obrigatória para as forças policiais públicas desde o caso *Miranda v. Arizona*<sup>18</sup>).

Talvez se possa dizer que as consequências deste entendimento da jurisprudência norte-americana foram um pouco mitigadas em 1936 pelo acórdão do caso *Brown et al. v. State of Mississippi* (297 U.S. 278), no qual estava em causa a condenação de três homens afro-americanos que, após o uso de chocante brutalidade pelas forças da autoridade<sup>19</sup>, confessaram o homicídio de Raymond Stewart, pelo qual foram condenados a pena de morte. Tendo sido as confissões coercivamente obtidas as únicas provas capazes de sustentar a acusação, decidiu o Tribunal que, ainda que os vários Estados federados sejam livres de regular a atuação dos seus Tribunais consoante as suas próprias ideias de política, não o podem fazer em ofensa dos Princípios de Justiça já de tal maneira enraizados na consciência popular que são tidos como fundamentais. Mais: diz o Tribunal que o uso de tortura e a valoração da confissão assim obtida levam a que nem sequer se possa chamar de julgamento ao processo por que os arguidos passaram.

Assim, à luz desta posição do *Supreme Court* cremos ser defensável que, quando sejam particulares a obter provas pelo uso de tortura ou de qualquer outro meio ofensivo de Princípios de Justiça enraizados na consciência do povo, também àquelas possa ser recusado qualquer valor em Tribunal. Todavia, este nosso entendimento nunca foi testado jurisprudencialmente nos EUA e certo é que na jurisprudência norte-americana a *exclusionary rule* não se dirige aos particulares, mas tão-somente aos órgãos das forças policiais, exceto quando aqueles atuam no interesse e às ordens das instâncias formais de controlo penal. Nestes casos estão sujeitos ao mesmo regime da *exclusionary rule* que as polícias, sendo a prova comunicável ao Estado<sup>20</sup>.

---

18 384 U.S. 436 (1966).

19 Entre outras barbaridades, a polícia pendurou um deles pelo pescoço a uma árvore duas vezes e, vendo que este não confessava, chicoteou-o até confessar, assim como obrigou os outros dois a despirem-se para os chicotear nas costas com um cinto de pele com as fivelas a rasgar-lhes as costas, só parando a tortura quando a confissão estava de acordo com as exigências de pormenor da polícia, tendo os torturados modificado e ajustado a sua confissão várias vezes.

20 Cf. *Stapleton v. Superior Court* (70 Cal.2d 97), de 1968, ou *U.S. v. Henry* (447 U.S. 264), de 1980.

## 1.2. A aplicabilidade da *exclusionary rule* aos particulares no Texas e a justificação da sua conceção estritamente processual nos EUA

Apesar do que fica exposto, houve durante vários anos uma discussão sobre quais os Estados que adotariam ou não a *exclusionary rule*<sup>21</sup>. Todavia, em 1961, a decisão do caso *Mapp v. Ohio* (367 U.S. 643) derrogou a sentença anterior do caso *Wolf v. Colorado* (338 U.S. 25), de 1949, e impôs a *rule* a todos os Estados. Todavia, os moldes da imposição não foram necessariamente uniformes. Isto porque nos EUA há um Estado que tem uma conceção da *exclusionary rule* contrastante com a da jurisprudência do *Supreme Court* e com o entendimento sobre a Constituição Federal.

Na Constituição do Estado do Texas, a secção 9 do artigo primeiro regula as *Searches and Seizures* nos mesmos moldes que a *Fourth Amendment* à Constituição Federal. No entanto, no artigo 38.23 do *Texas Code of Criminal Procedure* pode ler-se que “*no evidence obtained by an officer or other person in violation of any provisions [...], shall be admitted in evidence against the accused on the trial of any criminal case.*” Assim, na lei texana a *exclusionary rule* aplica-se a qualquer pessoa e não apenas às forças policiais<sup>22</sup>.

Em 1995 tentou terminar-se qualquer discussão que pudesse ainda restar na jurisprudência relativamente à *exclusionary rule* com a proposta legislativa do *Exclusionary Rule Reform Act of 1995*<sup>23</sup>. No entanto, tal proposta falhou a aprovação no Senado, ainda que tenha sido aprovada pela *House of Representatives*.

A conceção estritamente processual da *exclusionary rule* que vimos existir nos EUA é justificada, desde logo, por se entender tratar-se de uma exigência do sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, visto a valoração em Tribunal de provas ilicitamente obtidas levar à completa inutilização da *Fourth Amendment*, mais valendo nesse caso retirá-la da Constituição<sup>24</sup>. Assim, é desnecessária a positivação da *exclusionary rule*, pois a própria proteção dos direitos fundamentais exige logicamente esta regra.

21 Cf., a título de exemplo, casos como o *People v. Defore* (150 NE 585), de 1926, no qual o relator *Judge* (posteriormente *Justice*) Cardozo escreve que o *Court of Appeals of New York* não vai adotar a *exclusionary rule* por este não ser o único meio eficaz de reforço da *Fourth Amendment*; ou o *People v. Cahan* (282 P.2d 905), de 1955, que adota na Califórnia a *exclusionary rule*.

22 Sobre a lei texana das proibições de prova, cf. *Bubany & Cockerell* (1981).

23 Disponível online em <http://www.govtrack.us/congress/bills/104/hr666/text>.

24 Cf. *Weeks v. United States* (232 U.S. 383), de 1914, cujo entendimento foi posteriormente reforçado por outras decisões, tais como a proferida em *Mapp v. Ohio* (367 U.S. 643).

De seguida, argumenta-se axiologicamente, dizendo-se que os órgãos públicos ao serviço do Estado têm de cumprir as leis exemplarmente, pois se o Estado quebrar as leis cria no povo desprezo pelas mesmas, propiciando a anarquia<sup>25</sup>. No caso *Elkins v. United States* (1960)<sup>26</sup>, o *Supreme Court* fala mesmo na “*judicial integrity*” que é posta em causa<sup>27</sup>. Como se diz em *Mapp v. Ohio* (1961)<sup>28</sup>, se o criminoso tiver de ser absolvido, será porque a lei assim o entendeu e o Estado tem de cumprir, pois nada destrói um governo tão rapidamente como a sua incapacidade de observar as suas próprias leis.

Entende-se ainda nos EUA que a *exclusionary rule* tem uma função preventiva, funcionando como um travão imposto aos órgãos estaduais nas suas funções de recolha de provas. No fundo, trata-se de um castigo imposto à polícia. Este entendimento, podemos encontrá-lo, por exemplo, no já aqui citado caso *Elkins v. United States*, no qual o *Supreme Court* escreveu que a regra servia para prevenir a violação dos direitos dos cidadãos e não para a reparar, impondo o respeito pelas garantias constitucionais, removendo o instinto pela violação. Tal entendimento foi reafirmado posteriormente em casos como *Linkletter v. Walker* (1965)<sup>29</sup> ou *U. S. v. Calandra* (1974)<sup>30</sup>.

Ao longo dos anos, o *Supreme Court* tem revisto o escopo de proteção da *exclusionary rule*, definindo alguns casos em que tal regra não se aplica<sup>31</sup>. A evolução mais recente nesse sentido deu-se com o caso *Hudson v. Michigan* (2006), relatado pelo *Justice* ANTONIN SCALIA<sup>32</sup>. Neste caso estava em causa uma situação de violação da regra *knock-and-announce*, exigida pela *Fourth Amendment*, nos termos da qual a polícia, antes de entrar num imóvel particular, tem de bater à porta, anunciar a sua presença e esperar um tempo razoável. A polícia de Detroit, chegada à residência de Booker Hudson, em execução

25 Cf. o caso *Olmstead v. United States* (277 U.S. 438), de 1928.

26 364 U.S. 206.

27 Este argumento é também usado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante, TEDH), que entendeu recentemente no caso *Gäfgen v. Germany*, de 1 de junho de 2010, que há um interesse público em assegurar a “*integrity of the judicial process*”, que ficaria posta em causa pela admissão de provas obtidas ilicitamente em violação dos Direitos Humanos.

28 367 U.S. 643.

29 381 U.S. 618.

30 414 U.S. 338.

31 Cf. casos como *United States v. Leon* (468 U.S. 897), de 1984, e *Arizona v. Evans* (514 U.S. 1), de 1995.

32 547 U.S. 586.

de um mandado de busca de armas e estupefacientes, esperou apenas “*three to five seconds*” antes de entrar pela porta da frente destrancada, tendo descoberto grandes quantidades de droga e uma arma carregada.

Decidiu o *U. S. Supreme Court* por maioria (5-4<sup>33</sup>) que uma violação da *knock-and-announce rule* não implica a supressão das provas obtidas na investigação subsequente. Tal supressão tem funcionado como último recurso e não como primeiro impulso, pois a *exclusionary rule* acarreta elevados custos sociais. Aliás, custos que neste caso seriam consideráveis quando ponderados com os potenciais efeitos preventivos, originando um precedente de exclusão de provas incriminatórias e oferecendo um “*get-out-of-jail-free card*”, além de que a polícia ficaria receosa e passaria a esperar mais tempo que o exigido por lei para entrar nas residências. Mais: a exclusão da prova praticamente não tem efeito preventivo, particularmente quando o profissionalismo da polícia tem vindo a crescer e quando existem mecanismos preventivos alternativos.

Assim, a exclusão não pode assentar meramente no facto de a violação da Constituição ter sido a “*but-for*” cause da obtenção da prova. Tal causalidade é necessária para a exclusão, mas não suficiente *per se*. A *knock-and-announce rule* protege a própria polícia da reação de residentes surpreendidos, bem como previne danos em propriedade privada e protege a privacidade e dignidade das pessoas. O objeto de proteção da *knock-and-announce* nunca foram as provas descritas num mandado.

Com este entendimento, o *U. S. Supreme Court* cria um precedente de não exclusão das provas obtidas em violação da *knock-and-announce rule*, quando estejam em causa a obtenção de provas sujeitas a mandado de busca e não haja necessidades de prevenção do comportamento policial. Este entendimento foi recebido na doutrina com reações mistas, sendo aplaudido por autores como Lisa Mattern (2007: 472-274), enquanto recebia críticas de outros como Brian Uholik (2007: 278-293), Benjamin Robinson (2007: 482-485) ou Sharon Davies (2007: 1210-1237). Inclusive foi levado a cabo um estudo empírico que procurava comparar a eficácia da *exclusionary rule* com a de mecanismos preventivos alternativos, tendo-se concluído que a melhor formação da polícia é o fator de prevenção alternativo mais eficaz, seguido da existência de mais polícias bem-educados e, só em terceiro lugar, da efetiva aplicação de medidas

---

33 Os quatro *Justices* em minoria apresentam um voto de vencido em conjunto, enquanto o *Justice Kennedy*, embora em acordo com a maioria, ressalva que se se verificar um padrão comportamental na polícia de desrespeito pela *knock-and-announce rule* reveria a sua posição.



disciplinares internas. Concluiu-se também que, embora os agentes da polícia tenham, na sua maioria, consciência da eficácia destes fatores preventivos, continuam a ser da opinião que a *exclusionary rule* é o meio mais eficaz de prevenção, pelo que se entendeu que o Tribunal deveria repor a *rule* como meio preventivo, sendo de investir ainda mais também nos fatores alternativos (Totten & Cobkit, 2012. 441-443, 448-453).

Por seu turno, na jurisprudência, e ainda que os Tribunais inferiores estejam vinculados ao precedente do *Supreme Court*, têm-no aplicado de forma expansiva, conforme sucedeu no *Fifth Circuit Court of Appeals*<sup>34</sup>, que aplicou o precedente sob lei federal estatutária, ou no *First Circuit Court of Appeals*<sup>35</sup>, que estendeu a regra do *Supreme Court* à violação do *knock-and-announce* no cumprimento de mandados de captura. Também no *Sixth Circuit Court of Appeals* houve uma interpretação extensiva da decisão do *Supreme Court*, tendo a regra sido aplicada a buscas sem mandado<sup>36</sup>.

## 2. Na Alemanha

Ao longo da evolução da *exclusionary rule* norte-americana, alguns dos seus críticos, como o *Chief Justice* BURGER<sup>37</sup> ou o *Judge* Malcolm Wilkey<sup>38</sup>, apontaram-na como exclusiva da jurisprudência norte-americana. No entanto, um país que indubitavelmente aderiu à teoria da *exclusionary rule* foi a Alemanha, onde, se uma prova apresentada violar direitos constitucionalmente consagrados do arguido, deve ser excluída.

As proibições de prova, na Alemanha, são o resultado de uma tarefa conjunta do direito positivado e da jurisprudência, tendo surgido como meios processuais de reforço do direito substantivo e, devido ao importante contributo da doutrina na construção do instituto, emergem menos fragmentárias e mais coerentes do que a *exclusionary rule*. Devido às suas experiências diferentes, a Alemanha e os EUA desenvolveram as respetivas proibições de prova como institutos diferentes (Herrmann, 1985: 1292; Costa Andrade, 2006: 135-136).

<sup>34</sup> *United States v. Bruno*, 2007 (487 F. 3d 304).

<sup>35</sup> *United States v. Pelletier*, 2006 (469 F. 3d 194).

<sup>36</sup> *United States v. Smith*, 2008 (526 F. 3d 306).

<sup>37</sup> Cf. o voto de vencido do *Chief Justice* Burger no caso de 1971 *Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics Agents* (403 U.S. 388), onde se lê que a *exclusionary rule* é “*unique to American jurisprudence.*”

<sup>38</sup> Escreve este autor que a prova de que a *exclusionary rule* é irracional é o facto de não ter sido adotada por mais nenhum país civilizado (Wilkey, 2009: 216).

Não se pode dizer que o *Grundgesetz* (doravante, GG) não estabelece bases sólidas de proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Veja-se, nomeadamente, os artigos 1.º, n.º 1, onde se estipula que a Dignidade Humana é inviolável, sendo dever de todas as autoridades públicas a sua proteção, 2.º, n.º 1, que estipula que todas as pessoas têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, 10.º, n.º 1, que estabelece a inviolabilidade da privacidade da correspondência e telecomunicações e 13.º, n.º 1, onde se lê que o domicílio das pessoas também é inviolável. Veja-se ainda como nos n.ºs 2 tanto do artigo 10.º como do artigo 13.º se prevê que as restrições aos direitos aí assegurados podem existir apenas quando positivadas na lei.

E, como é típico nos países de *civil law*, em concretização da Constituição, na Alemanha encontramos o *Strafprozessordnung* (doravante, StPO) onde estão definidos os procedimentos a seguir em matéria processual penal, incluindo os procedimentos de recolha de prova. Em caso de violação destas normas a prova será proibida. Mas a lei alemã em matéria das *Beweisverbote* é insuficiente, surgindo ao seu lado uma teoria geral das proibições de prova assente no GG (Jahn, 2008: 13).

### 2.1. Da teoria geral das *Beweisverbote*

Por não assentarem na lei positiva, as proibições de prova não escritas exigem uma base material, que pode ser encontrada em dois princípios constitucionais. Desde logo, no *Rechtsstaatsprinzip* (Princípio do Estado de Direito), previsto no artigo 20.º do GG<sup>39</sup>, que procura assegurar a pureza do processo, garantindo que as provas não foram obtidas com recurso ao uso da força bruta ou a meios enganosos. Assim, à partida, esta inconstitucionalidade conduzirá à proibição da prova. No entanto, este entendimento é mitigado pelo facto de nos Tribunais alemães serem apreciadas separadamente as buscas e as apreensões, por se entender que as apreensões são a verdadeira fonte da prova. Então, os Tribunais alemães entendem que, se a busca violar o *Rechtsstaatsprinzip*, não há necessariamente lugar a proibição da prova, sendo necessária uma análise da apreensão. A prova só será excluída se a apreensão também for inconstitucional (Bradley, 1983: 1034, 1039-1041; Ambos, 2010: 40 ss.).

De seguida releva ainda o Princípio da Proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*), que estipula que as provas utilizadas devem ser proporcionais à gravidade do

39 Lê-se neste preceito que a lei está sujeita à ordem constitucional, enquanto os poderes executivo e judicial estão vinculados à lei e à justiça.

crime a perseguir e ao grau da suspeita. Este princípio acarreta ainda uma ideia de recurso ao meio menos gravoso, na medida em que, se bastar o uso de um meio de prova menos invasivo, não se deve recorrer ao mais gravoso (Bradley, 1983: 1034, 1041-1042).

Desta forma, os Tribunais alemães desenvolvem um processo em dois passos: primeiro verificam se a prova foi ou não obtida em violação do Princípio do Estado de Direito. Havendo esta violação a prova deve ser excluída. No entanto, em caso de mera ilegalidade da prova, o Tribunal considera o Princípio da Proporcionalidade, sopesando os valores em causa. Se concluir pela prevalência dos direitos individuais do particular sobre o interesse público na descoberta da verdade material, a prova será excluída.

O que aqui fica exposto é bem ilustrado por casos como o que ficou conhecido como o Primeiro Caso do Diário<sup>40</sup>, decidido a 21 de fevereiro de 1964 pelo *Bundesgerichtshof* (doravante, BGH). Estando em julgamento um caso de perjúrio, a esposa do arguido deu à polícia o diário que este guardava em casa. Aplicando o Princípio da Proporcionalidade, o Tribunal reverteu a condenação do arguido, entendendo que o uso do diário violava os seus direitos de privacidade, sendo inadmissível à luz dos artigos 1.º e 2.º do GG. No entanto, o Tribunal frisou que a mera violação dos direitos de privacidade do arguido não excluía imediatamente o uso da prova, sendo a exclusão necessária neste caso porque a gravidade da invasão era substancialmente maior do que a natureza do crime. O Tribunal afirmou ainda que devassas de diário relativamente à prática de crimes não são absolutamente proibidas, pois o interesse público na perseguição penal prevalece sobre os interesses do arguido.

Ficam assim ilustradas algumas diferenças entre a *exclusionary rule* e as *Beweisverbote*. Especialmente, e no que para o nosso estudo releva, fica visível como nos EUA o uso do diário teria sido admitido, uma vez que fora recolhido por um particular, enquanto na Alemanha o diário foi proibido, tendo-se aplicado as *Beweisverbote* a um particular<sup>41</sup>.

---

40 Disponível in: *NJW*, 1964, 24, p. 1143.

41 Veja-se o que o BGH escreve no Primeiro Caso do Diário: “Estando em causa registos íntimos, apenas o reconhecimento da proibição da sua valoração garante uma eficaz proteção da personalidade, independentemente de os mesmos chegarem ao conhecimento das autoridades competentes mediante ato público ou através da atuação de particulares. Em casos destes deve ser sempre evitada a intromissão na esfera da vida privada, sendo juridicamente irrelevante o modo como os escritos chegaram, contra a vontade do autor, ao conhecimento das autoridades.”

Mas, como vimos para a ordem jurídica norte-americana, também na Alemanha a questão da aplicação das proibições de provas particulares não se coloca quando estes atuem ao serviço das forças policiais. Quando assim é, o resultado é comunicável ao Estado, sendo indiscutível que a atuação é feita sob o crivo das *Beweisverbote* (Rogall, 2004: 144, 12; Ambos, 2010: 30). O problema só emerge quando há uma atuação autónoma por parte dos particulares. E aí os Tribunais germânicos têm proibido o uso destas provas, em nome da defesa dos direitos de personalidade e da privacidade dos arguidos, pouco importando como a prova chegou ao conhecimento do Tribunal. O que releva é o efeito que terá o uso dessa prova em juízo. O que é, como vimos, exatamente o oposto do que sucede na jurisprudência norte-americana (Herrmann, 1985: 1304-1305; Costa Andrade, 2006: 154-155).

A jurisprudência do BGH foi clarificada num caso de 31 de janeiro de 1973 do *Bundesverfassungsgericht* (doravante, BVerfG)<sup>42</sup>, em que um casal gravava secretamente uma conversa com um terceiro onde ficava clara uma fraude fiscal, tendo posteriormente entregue a gravação às autoridades. Neste caso, o Tribunal decidiu com recurso à Teoria das Três Esferas (*Dreistufentheorie*), de modo a determinar se a prova deveria ou não ser valorada. Assim, identificou o Tribunal três níveis de proteção constitucional: nos casos da *Kernbereich* em que o uso de provas viole os direitos mais básicos dos indivíduos, a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana prevalece sobre todo e qualquer poder do Estado, devendo as provas ser excluídas; por seu turno, nos casos da *Privatebereich*, as provas podem ser usadas, mas apenas em casos de interesse público preponderante; por fim, uma terceira esfera de proteção diz respeito aos casos em que não se expõe a privacidade dos indivíduos, tendo esta esfera como consequência nunca estas provas poderem ser excluídas pela Proporcionalidade.

O Tribunal entendeu que a gravação em apreço caía na segunda esfera de proteção, não podendo ser apreciada por não haver um interesse público preponderante que se sobrepusesse. No entanto, sublinhou que o resultado poderia ter sido diferente se o arguido estivesse acusado da prática de crimes violentos.

Nos dois casos apresentados *supra*, a jurisprudência germânica demarca-se claramente da jurisprudência norte-americana, proibindo provas obtidas por particulares, não por serem ilícitas, mas por serem demasiado privadas.

---

42 Disponível in: NJW, 1973, 20, 891ss. Similar é o caso do BVerfG de 24 de maio de 1977, referente a uma busca por registos clínicos num centro de reabilitação, disponível in: NJW 1977, 46, 2119 ss.

No entanto, a teoria das três esferas já foi abandonada pelos Tribunais alemães, tendo vindo a ser adotada a chamada *Teoria da Ponderação* (*Abwägungslehre*), que procura ponderar os interesses em causa olhando à gravidade do facto praticado e ao peso da infração processual ocorrida<sup>43</sup>.

Assim, a *exclusionary rule* e as *Beweisverbote* servem propósitos distintos. Desde logo, o objetivo primário das proibições de prova na Alemanha não é a dissuasão dos agentes públicos do recurso a meios ilícitos na obtenção de provas, como vimos ser um dos principais objetivos na América. Tal fica claro se constataremos que o BGH, ao decidir pela exclusão probatória de um diário licitamente apreendido, dizendo apenas que tal diário poderia ser usado em casos de crimes mais graves, poucas ou nenhuma orientações deu à polícia sobre quando devem ou não apreender um diário. Será então uma decisão *ad hoc* do Tribunal de admitir, ou não, as provas. Assim, as proibições de prova na Alemanha preocupam-se mais com a integridade do processo judicial, protegendo os direitos dos indivíduos, sendo a prevenção de ilícitos na procura da verdade e a disciplina dos órgãos das forças policiais objetivos secundários, uma consequência e não o objetivo das proibições de prova (Bradley, 1983: 1035-1036, 1044, 1047; Herrmann, 1985: 1302; Beulke, 2005: 269, 454; Costa Andrade, 2006: 154-155).

É verdade que o sistema alemão oferece menos proteção dos direitos dos cidadãos que o sistema norte-americano. No entanto, na Alemanha – pelo menos sob a alçada do Princípio da Proporcionalidade – dá-se solução a uma questão a que nos EUA não se dá: um crime grave não fica por punir apenas por ter havido um erro da polícia. Por outro lado, a proteção processual contra as atuações de particulares nos EUA é praticamente nula, sendo maior na Alemanha (Bradley, 1983: 1048).

## **2.2. Das *Beweisverbote* expressamente positivadas na legislação processual e a vinculação dos particulares às mesmas**

Como referimos, na ordem jurídica alemã, para além das proibições de prova assentes no GG, há ainda proibições de prova previstas no StPO. A norma mais explícita encontramos-la no §136a, que surgiu em 1950 como resposta às atrocidades cometidas no período nacional-socialista. Assim, mais do que a mera regulação dos métodos ilegais de interrogatório, tal norma representa

43 Cf. decisão do BGH de 27/02/1992, disponível em NJW 1992, pp. 1463, bem como a de 11/11/1998, disponível em NJW 1999, 959.

um importante avanço na proteção explícita da liberdade decisória e volitiva, concretizando processualmente os artigos 1.º e 2.º do GG (Herrmann, 1985: 1295; Rogall, 2004: 140-141, 2).

A propósito desta norma, tem entendido a doutrina maioritária que ela é de prevenção geral da atuação das instâncias formais de controlo, especialmente da Polícia, visto regular o interrogatório na investigação, e que, se não existissem consequências processuais da violação da proibição de prova, não haveria motivos para se cumprir a lei. Entende-se ainda que os particulares não são destinatários do ordenamento processual penal, pelo que não podem estar vinculados às suas normas (Gleß, 2007: 589-591, 10, 12; Ambos, 2009: 79, 2010: 25, 30, 106-107)<sup>44</sup>. O §136a do StPO segue o princípio segundo o qual os interrogatórios (*Vernehmungen*) e os testemunhos (*Aussagen*) que não derivem das autoridades ou a estas não possam ser atribuídos não têm cabimento direto na norma. Mas tal não significa que as provas ilicitamente obtidas por particulares possam ser usadas pelos órgãos judiciais, pois este preceito não regula exaustivamente a matéria das proibições de prova. As provas recolhidas por particulares serão reguladas pelos princípios gerais das *Beweisverbote* materialmente assentes no GG, princípios que, de qualquer modo, estão contidos no §136a, visto ser este o preceito que concretiza a ideia constitucional de que a verdade não pode ser perseguida a qualquer custo.

Assim, na Alemanha têm vindo a ser recusadas provas obtidas por particulares à custa de atentados inadmissíveis à liberdade, à dignidade e à integridade moral das pessoas. Uma prova assim obtida ficará manchada pela chamada “*mácula do atentado contra os direitos humanos*” (Kleinknecht, 1966: 1543).

Mas, no fim de contas, no direito alemão tudo acabará por depender da ponderação a fazer entre o sacrifício do bem jurídico do particular e o interesse público na perseguição penal.

#### IV. O ARTIGO 126.º DO CPP E A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES

O processo probatório que, de forma geral, se desenrola perante os órgãos jurisdicionais, exige que ao oferecimento das provas pelos sujeitos processuais se siga uma decisão do juiz sobre a sua aceitação, funcionando a admissão das

---

44 No sentido contrário, no entanto, cf. Jahn (2008: 15-16), por entender que, embora a inserção sistemática do preceito no StPO fale contra uma sua aplicação direta aos particulares, esta interpretação não corresponde à origem história do preceito, por os particulares terem desempenhado um importante papel na tirania do nacional-socialismo.

provas como um filtro processual que apenas aceita os meios de prova lícitos e admitidos por lei (DIAZ DE LEON, 1988: 486).

O Processo Penal português, de estrutura mista<sup>45</sup>, não pode admitir que se privilegie a descoberta da verdade material a todo o custo. De outro modo, meios desumanos de obtenção de prova seriam admissíveis. O Processo Penal não deve – nem pode – ser encarado como encontrando-se funcionalizado à descoberta da verdade material, mas sim à proteção e efetivação dos direitos dos particulares<sup>46</sup>. Aquele é um objetivo meramente secundário (ainda que de extrema importância, naturalmente) do processo, que se encontra sempre e necessariamente subordinado a este último objetivo principal. Então, todos os meios de prova não proibidos por lei devem ser admitidos (artigo 125.º do CPP), sendo depois livremente apreciados e valorados pelo juiz de acordo com a sua livre convicção (artigo 127.º do CPP), tendo a prova de respeitar os direitos fundamentais de todos. Há então aqui um limite à descoberta da verdade (Sardinha, 1989: 146-147; Gössel, 1991: 677; Asencio Mellado, 2004: 135; Volk, 2005: 271-271, 6; Martins, 2010: 27-28; Silva, 2011: 173-174).

É precisamente neste contexto que surge o artigo 126.º do CPP, que positiva no ordenamento jurídico-processual penal português os métodos proibidos de obtenção de meios de prova, *maxime* enquanto procedimentos contrários a direitos fundamentais. Correspondente ao artigo 149.º do Anteprojeto de Código de Processo Penal de Maia Gonçalves<sup>47</sup>, e ao artigo 126.º do Projeto de Código de Processo Penal<sup>48</sup>, tendo o número 3 sido alterado pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, trata-se do preceito que regula a obtenção de provas, em concretização dos artigos 32.º, n.ºs 1 e 8, e 34.º, n.º 4, ambos da CRP<sup>49</sup>.

---

45 Ou seja, de estrutura essencialmente acusatória, mitigada por um Princípio de Investigação.

46 Este foi, inclusive, o entendimento do ex-Ministro da Justiça José Menéres Pimentel, impulsionador da feitura do atual CPP, que escreveu na Nota Preambular do Anteprojeto do CPP que o Processo Penal deve estar ao serviço da defesa da liberdade e dos direitos humanos, sendo essa uma das principais linhas orientadoras do atual CPP. Cf. BMJ n.º 329 (1983), pp. 9-10. Também neste sentido já decidiram os Tribunais da Relação de Lisboa (cf. ac. de 28/07/2009, processo 10210/2008-9, relatado por Fátima Mata-Mouros) e do Porto (cf. ac. de 03/02/2010, processo 371/06.5GBVNF.P1, relatado por Eduarda Lobo) que, embora advogando que destinatárias das proibições de prova são as instâncias formais de controlo, aquelas são um instituto processual de defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos e, como tal, constituem um verdadeiro limite à descoberta da verdade.

47 Publicado em BMJ, n.º 329 (1983).

48 Publicado como suplemento ao BMJ em 1986.

49 Encontramos aqui representada uma concretização processual de Princípios e Direitos Fundamentais como a Dignidade Humana, a Integridade Física, a Reserva da Vida Privada ou a Intimidade.

## 1. O escopo de proteção e a natureza do artigo 126.º do CPP

Como vimos, nos EUA entende-se que a *exclusionary rule* serve propósitos de dissuasão das atuações ilícitas das forças policiais, enquanto na Alemanha as *Beweisverbote* servem essencialmente objetivos de proteção dos direitos das pessoas. Parece-nos que, em Portugal, o artigo 126.º do CPP serve os objetivos germânicos, tendo andado bem tanto o Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa como o TRL nas suas decisões do “*Caso BX*” ao sufragarem a posição de que também são sujeitos ativos dos métodos proibidos de prova os particulares que obtêm provas em atuações autónomas<sup>50</sup>.

Em nossa opinião, o artigo 126.º do CPP positiva as proibições de prova como meio processual de reforço da proteção substantiva conferida aos direitos dos cidadãos. As proibições de prova preservam regras básicas de processo, garantindo um *fair trial*. É verdade que a disciplina das forças policiais não pode deixar de ser um objetivo das proibições de prova, mas será um objetivo secundário, uma consequência necessária da existência do artigo 126.º. No fundo, a existência de proibições de prova acaba por aflorar no Princípio da Necessidade, estabelecendo-se que, se a prova é proibida, não deve, de todo, ser recolhida. Assim, é nosso entendimento que o artigo 126.º do CPP não pode ser visto como uma mera norma processual de disciplina dos agentes policiais, mas antes como uma verdadeira norma de proteção de direitos fundamentais, concretizando o dever constitucional do Estado de proteção dos direitos dos cidadãos (Beulke, 1991: 664; Costa Andrade, 2006: 188 Jahn, 2008: 14-15; Kühne, 2010: 532-533, 880.1; Kaspar, 2013: 223)<sup>51</sup>.

Esta parece, aliás, ser a perspetiva do legislador, que na exposição introdutória ao CPP escreve, no sétimo parágrafo do quinto considerando, que as proibições de prova são a manifestação mais expressiva da forma como o Estado de Direito olha os direitos fundamentais como os seus próprios valores simbólicos.

50 Contrariando inclusive jurisprudência do TRP, que entendeu, num caso de 3 de fevereiro de 2010, proferido no âmbito do processo n.º 371/06.5GBVNF.P1, que as normas de proibições de provas não se aplicavam aos particulares, pois destinavam-se apenas a disciplinar a atividade e procedimentos das forças policiais. Neste sentido decidira já também o TRL a 28 de maio de 2009, no processo 10210/2008-9, tendo entendido que os particulares estavam também sujeitos a proibições de prova porque, nos termos do artigo 18.º, n.º 1, os direitos fundamentais vinculam também os particulares. No entanto, os particulares apenas estariam vinculados a proibições de prova decorrentes da lei ordinária, sendo que o 126.º do CPP se dirige apenas às instâncias formais de controlo.

51 E não se diga que esta discussão é irrelevante. Antes é da máxima importância, pois se entendermos que as proibições de prova em Portugal servem meros propósitos de regulamentação da atividade policial, então necessariamente terá de se entender que os particulares a elas não estão vinculados, com as consequências que veremos *infra*.



Nem se compreende a defesa da *Disziplinierungstheorie*<sup>52</sup>, na medida em que para tal efeito servem as normas disciplinares que, no limite, podem levar ao afastamento dos agentes do desempenho das suas funções. Não tem sentido que a sanção da recolha ilícita de provas não recaia sobre os agentes, levando muitas vezes à ilibação do arguido. Mais: os agentes de polícia não terão medo das proibições de prova. Antes pelo contrário, sentir-se-ão inclinados para o recurso a métodos ilegais de investigação para conseguirem descobrir novos factos, particularmente nos casos de falta de provas, visto que aqui não terão nada a perder. E, se o objetivo passa pela disciplina, qualquer violação processual conduziria necessariamente à proibição de utilização (Jäger, 2003: 69-71).

Assim, as proibições de prova constituem a exceção ao Princípio Geral de Investigação por que se pauta o Processo Penal (artigos 124.º e 125.º do CPP)<sup>53</sup>. A verdade não é um valor absoluto, pelo que só deve ser buscada por meios lícitos e que sacrifiquem o menos possível os direitos fundamentais e a personalidade dos investigados. Então, insistimos, as proibições de prova são verdadeiros limites à descoberta da verdade, o que leva a que se entenda que conceitos como *verdade material* e *verdade formal* são meramente acessórios, pois não existem duas modalidades de verdade. Existe apenas a verdade, servindo os adjetivos como referência aos limites a que a investigação penal está sujeita. Idealmente, a verdade processual corresponderia à verdade real, mas aquela não é mais que o resultado probatório processualmente válido (Silva, 2011: 160; Moreira, 1998: 9-11).

A investigação em processo penal é tarefa soberana a desenvolver pelos órgãos públicos. É ao Estado que incumbe a tarefa ética de perseguição do crime, que deve ser levada a cabo com limites autoimpostos consubstanciados nas proibições de prova, *maxime* no artigo 126.º do CPP<sup>54</sup>. Assim, se o Estado recolher provas de modo ilícito ver-se-á desautorizado na sua tarefa de proteção dos direitos dos cidadãos. As proibições de prova legitimam moralmente a atuação pública e reforçam a lei, objetificando o mínimo possível os cidadãos (Figueiredo Dias, 2004: 59; Kühne, 2010: 532, 880).

---

52 Defendida entre nós por Paulo de Sousa Mendes (2004: 138-139), que entende que as proibições de produção de prova perseguem fins de disciplina dos órgãos de perseguição penal, desde os OPC ao juiz do julgamento, passando pelo MP e pelo Juiz de Instrução Criminal (doravante, JIC).

53 Cf. a decisão de 18 de abril de 2007 do BGH, disponível in: NJW 2007, 31, 2269-2274.

54 Neste sentido decidiu já o TC, no acórdão n.º 578/98

Difícilmente se encontra uma área na qual o conflito entre os direitos fundamentais individuais de liberdade dos cidadãos e o interesse estatal na investigação seja mais acentuado que no Direito Processual Penal (Beulke, 2008: 653), pelo que se exige da lei a procura de um equilíbrio entre a busca da verdade dos factos e os interesses dos arguidos<sup>55</sup>, sob pena de lhes negarmos a Dignidade e os transformarmos em objeto de prova. Compete ao Estado a feitura de leis que evitem a violação de direitos e princípios fundamentais, tais como a Dignidade da Pessoa Humana. E a busca deste equilíbrio de interesses foi um dos pontos que esteve presente no espírito do legislador aquando da Reforma de 2007 do CPP, conforme se pode ler no segundo considerando da Ata da vigésima quinta reunião do Conselho da Unidade de Missão para a Reforma Penal.

No entanto, a proteção dos direitos não estará completa se não se fizer também contra os particulares. Estes, quando obtêm provas, não podem consubstanciar um caso especial em relação aos OPC. A necessidade de proteção torna-se mais clara quando se percebe que o crime é um fenómeno de relevância social, sendo legítima a sua investigação particular, nomeadamente pelo ofendido ou mesmo pela comunicação social<sup>56</sup>. O Princípio do Estado de Direito e os direitos fundamentais não são só violados quando o Estado emerge como o violador da Dignidade Humana. Há violação também quando o Estado não cumpre as suas obrigações de proteção dos bens jurídicos dos cidadãos, ou se aproveita das violações feitas por particulares para efetivar as suas pretensões punitivas. Esta proteção deve começar na criação de legislação penal substantiva, mas ficará incompleta sem a criação de mecanismos processuais de proteção. Especialmente quando os particulares ao obter provas estão compelidos pelo chamado “estado de emergência probatório” (*Beweisnotstandes*), reduzindo-se substancialmente a sua capacidade de obediência às normas. Assim, devem rejeitar-se as provas ilicitamente obtidas por particulares (Grünwald, 1966: 496-497; Rogall, 1979: 40-41; 2004: 144,

---

55 Preconizava já, em 1974, Figueiredo Dias (2004: 59) que o direito processual penal é uma das áreas onde esta ponderação entre os interesses comunitários e a liberdade de realização da personalidade individual tem de se fazer.

56 Este foi o entendimento do BVerfG no *Lebach-Fall* de 1973 (NJW 1973, Heft 28, 1226-1234), que entendeu que o interesse público na informação se sobrepõe aos direitos de privacidade do arguido. Deve, no entanto, existir sempre respeito, por parte dos particulares, pelos Princípios da Proporcionalidade e da Presunção de Inocência, bem como pelos direitos à ressociação do condenado e ao anonimato. Neste sentido também segue Costa Andrade (2012b: 1053), bem como o Parecer da Procuradoria-Geral da República (PGR) n.º 95/2003.

13; Gössel, 1979: 812; Beleza, 1993: 151; Patronilho 2003: 161-162; Volk, 2005: 271-272, 6; Roxin, 2007: 87; Ambos, 2009: 80-81; 2010: 106-111; Kühne, 2010: 532, 880; Albuquerque, 2011: 335).

A partir do momento em que estamos perante uma proibição do 126.º do CPP, não pode ser relevante a pessoa que obteve a prova<sup>57</sup>. Aliás, é imperativo que a obtenção de provas por particulares seja regulada pela ordem jurídico-processual penal, na medida em que, se existe soberania processual do Estado na investigação penal, não se pode permitir que a obtenção de provas por particulares não seja regulada pelas leis desse mesmo Estado, sob pena de, a longo prazo, este estar a abdicar do seu *ius puniendi*. Os particulares têm de estar também sujeitos aos limites do artigo 126.º do CPP (Gössel, 1977: 192-193; Ambos, 2010: 108-109). A ser de outra forma, estaremos a violar o próprio espírito do preceito 126.º do CPP, frustrando os seus objetivos de proteção dos direitos dos indivíduos. Se o legislador proíbe a investigação pública por parte dos OPC e do próprio juiz, não pode o intérprete permitir a atuação por

---

57 Em sentido contrário, cf. Kleinknecht (1966: 1543), Eisenberg (1996: 164-166), Meyer-Goßner (2004: 519, 2), Ambos (2010: 106-107) ou Kaspar (2013: 212-213). Entre nós, também Paulo de Sousa Mendes (2004: 138-141) e Milene Martins (2010: 27-30), que defendem que a ilicitude na obtenção de provas por particulares consubstancia uma proibição de valoração e não de produção de prova. No entanto, não cremos que assim seja. Desde logo porque a proibição de aproveitamento de provas não exige nenhuma conduta ilícita, mas antes uma violação de uma proibição de obtenção de provas, pelo que é importante identificar no setor particular uma violação da norma reguladora da obtenção de provas (Kaspar, 2013: 210-211). Além do que se entendermos que os particulares não estão vinculados ao 126.º do CPP, fica em falta uma norma processual que nos diga que não podemos valorar tal prova ilicitamente obtida, como sucede nos casos de desrespeito pelo pudor dos revistados (cf. n.º 2 do artigo 175.º do CPP), em que, embora a obtenção da prova seja ilícita, não há sanção para essa ilicitude na legislação processual, para além da mera irregularidade (artigo 123.º do CPP). Veja-se ainda como Martins (2010: 30) defende a proibição de valoração da prova ilicitamente obtida por particulares nos casos em que a obtenção da prova seja cominada com ilicitude material pelo Direito Penal. Entende a autora que o Princípio do Estado de Direito impõe limites à prova válida que se aplicam invariavelmente tanto a particulares como às instâncias formais de controlo e que as decisões jurisdicionais não se podem basear numa dupla moral, fundamentando as suas sentenças em provas ilícitas. No entanto, por ter falta de uma norma processual que o estipule, acaba por recorrer ao n.º 1 do artigo 126.º do CPP para dizer que não será processualmente aceitável que se valorem provas obtidas por particulares mediante tortura. Além disso, a defesa da proibição de valoração das provas obtidas por particulares que violem a lei penal material ignora que a letra, a sistemática e a teleologia das leis penais materiais não sugerem consequências processuais específicas da sua violação. A ser assim, exigir-se-ia que as normas penais materiais tivessem um duplo carácter como regras materiais, mas simultaneamente de relevo processual. É verdade que o Princípio do Estado de Direito, enquanto princípio superior e máximo da Constituição, exige uma proibição de prova, visto que impõe uma vinculação à lei da parte dos órgãos estatais, no entanto, continua sempre a faltar um elemento de ligação entre o Direito Penal material e processual, uma norma processual que atribua relevância neste plano à ilicitude material (Kaspar, 2013: 211). Ambos (2010: 107-109) parece aplicar as proibições de prova positivadas, no entanto não as aplica aos particulares, mas sim ao Estado, entendendo que quando este utiliza provas ilicitamente obtidas por particulares o nexo de imputação da lei que se tinha quebrado restaura-se, tendo-se o Estado tornado encobridor da ilicitude, sendo de aplicar então uma proibição de aproveitamento não pela ilicitude do ato de obtenção particular, mas pela ilicitude estadual no uso da prova.

parte dos particulares. Especialmente quando é claro na lei que o legislador pretendeu permitir mais aos OPC que aos indivíduos particulares. Se não, atente-se nos artigos 187.º e seguintes do CPP que permitem que, reunidos todos os requisitos e cumpridas todas as formalidades, sejam levadas a cabo pelos OPC escutas telefónicas, mas vedam de modo absoluto as escutas realizadas por particulares. Parece assim claro que o legislador quis permitir mais às instâncias formais de controlo que aos particulares (Eisengberg, 1996: 165; Costa Andrade, 2006: 196-197, 213).

Importa nunca perder de vista também que os n.ºs 1 e 8 do artigo 32.º da CRP, preceitos que fundamentam as proibições de prova e concretizados na legislação adjetiva no artigo 126.º do CPP, se encontram sistematicamente integrados no capítulo dos *Direitos, Liberdades e Garantias* fundamentais das pessoas que, nos termos do artigo 18.º, n.º 1, da CRP, “*são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*”. Assim, as proibições de prova, em termos constitucionais e enquanto concretizações de direitos fundamentais dos indivíduos, são suscetíveis de execução imediata, podendo ser diretamente invocadas pelo beneficiário (Canotilho & Moreira, 2007: 382; Alexandrino, 2011: 93).

No que às entidades particulares concerne<sup>58</sup>, na medida em que a CRP não diz em que termos estas estão vinculadas, deve entender-se a expressão como referente ao facto de as normas de direitos, liberdades e garantias se dirigirem às entidades públicas, criando nestas um dever de proteção. Este, por seu turno, é concretizável em deveres de respeito de criação das condições necessárias à sua realização, bem como deveres de proteção das pessoas de ameaças e violações aos direitos. Estes mecanismos de proteção implicam que o Estado organize a ordem jurídica atendendo às relações dos particulares com os organismos públicos, mas também sempre atendendo às relações dos particulares entre si. Os particulares *a se* não são, na ordem jurídica portuguesa, sujeitos passivos dos direitos fundamentais, podendo, no entanto, nomeadamente, exigir que o Estado crie os mecanismos para os proteger (Novais, 2006: 79-116; Alexandrino, 2011: 100-106; Marques, 2011: 228-236; Vieira de Andrade, 2012: 241-254). Assim o artigo 126.º do CPP surge também em cumprimento do dever de proteção exigido pelo artigo 18.º, n.º 1, da CRP,

---

58 A discussão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é extensa e complexa, não cabendo no objeto da nossa dissertação. Remetemos então o debate para a doutrina constitucional, sendo possível ler uma síntese do mesmo em Vieira de Andrade (2012: 230-241). Cf. também Novais (2006: 71-79) e Alexandrino (2011: 100-106).

protegendo os direitos fundamentais dos particulares de ameaças no processo penal, encontrando-se necessariamente vinculadas a tal norma quer as entidades públicas, quer as privadas.

Veja-se ainda como no preceito 167.º do CPP o legislador proíbe como prova reproduções mecânicas obtidas criminosamente por qualquer pessoa. Ora, não se compreenderia, fazendo uma interpretação sistematicamente coerente do artigo 126.º do CPP, que se proibissem as provas obtidas por particulares em violação dos direitos à imagem ou à palavra, mas já se permitissem provas obtidas por particulares em violação de outros bens pessoalíssimos protegidos pelo 126.º do CPP.

Ainda a favor deste entendimento de vinculação dos particulares ao artigo 126.º do CPP abonam um argumento sistemático e um outro literal. Desde logo, veja-se como o artigo 126.º está integrado no Livro III do CPP intitulado “*Da prova*”, onde encontramos, ao lado de artigos apenas aplicáveis às instâncias formais de controlo, artigos também aplicáveis aos particulares e, dentro deste, no Título I dedicado às “*Disposições gerais*”. Assim, não se encontra uma sistemática que indicie uma aplicação exclusiva aos agentes oficiais. O contrário sucede na Alemanha, onde o §136a se insere na restritiva Secção X do StPO, dedicada ao “Interrogatório do arguido” (“*Vernehmung des Beschuldigten*”). Por seu turno, em termos literais, diga-se que o artigo 126.º do CPP não faz qualquer referência às instâncias formais de controlo.

E não se diga, como já vimos suceder no direito norte-americano, que as proibições de prova são meras normas processuais com uma função preventiva da atuação abusiva dos agentes da polícia, e que por isso se dirigem apenas aos órgãos públicos. Não se pode partir do pressuposto (quanto a nós, errado) de que apenas os órgãos públicos (ou particulares ao seu serviço) podem cometer ilícitos na obtenção de prova. Também os particulares podem violar direitos neste contexto, pelo que é importante ver as normas de proibição de prova como também lhes dirigindo um efeito preventivo. É verdade que será mais grave uma violação por parte das instâncias oficiais do que por parte dos particulares, mas tal não implica uma exclusão dos particulares do escopo normativo<sup>59</sup>.

Como vimos, diz ainda o *U. S. Supreme Court*, e aqui, segundo nos parece, caindo numa incongruência ainda maior que a exposta no parágrafo anterior, que a *exclusionary rule* existe porque não se pode permitir que os órgãos ao serviço do Estado violem as leis, sob pena de criarem nos cidadãos sentimentos

59 Neste mesmo sentido, Maximiliano Hairabedián (2001/B: 671).

de desprezo pela normatividade. De facto, não há dúvida que assim é. Mas não é igualmente grave admitir que os cidadãos violem os direitos uns dos outros em busca de provas? Parece-nos que utilizar em juízo provas ilicitamente obtidas por particulares cria nas pessoas uma conceção de que num contexto processual não se tem de observar as normas, generalizando um entendimento de que, para efeitos probatórios, pode-se furtar documentos alheios ou gravar conversas de outras pessoas que tal será valorado em Tribunal. Pode estar a generalizar-se uma espécie de justiça probatória privada, desacreditando-se as autoridades públicas, incongruente e sujeitas a mais burocracias (*v.g.*, mandados de busca). Veja-se ainda que também se corre o risco de as autoridades, “secretamente”, instigarem particulares à obtenção de prova sem os oficializarem como estando ao seu serviço, procurando furtar-se às proibições de prova.

Não pretendemos com isto defender, em caso algum, que os particulares que cometam ilícitos penais com fins probatórios quedarão impunes após a proibição da prova. Naturalmente, uma sanção ser-lhes-á sempre aplicável, num processo penal autónomo tendente à atribuição de uma pena pela violação da lei substantiva. E mesmo que não se aplique a proibição de aproveitamento da prova, entendendo-se que mesmo ilicitamente obtida ela possa ser usada em processo, não haverá nenhuma atuação contraditória do Estado aquando da punição do “investigador” particular, na medida em que a questão da acusação penal é independente da do aproveitamento da prova, pois o aproveitamento das provas no processo é um momento processual objetivo que não se relaciona com o momento prévio da obtenção (Jäger, 2003: 223-224).

Ainda assim, sem a existência de uma norma processual penal que proíba a utilização da prova penal ilicitamente obtida por um particular, esta prova poderá ser utilizada. Não basta a ilicitude na obtenção da prova para que a valoração desta seja proibida. Tem de existir uma norma processual que o afirme, ligando o ordenamento jurídico-penal com o processual penal. E essa norma será o artigo 126.º do CPP.

Permitir que se valorem em Tribunal provas ilicitamente obtidas por particulares é comprimir bastante a esfera de proteção dos direitos dos particulares e alimentar a desconfiança entre as pessoas.

Creemos que só este entendimento é admissível num Estado de Direito Democrático, assente no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1.º da CRP). O limite à eficácia do processo penal encontra-se nos direitos fundamentais dos cidadãos. Precisamente por isso se entende que, comparada com a atividade da doutrina, a atividade investigativa exercida na prática processual

fica a perder porque se encontra limitada na sua atuação, não podendo nunca ser livre e desvinculada (Beling, 2009: 3).

Perante o que aqui fica exposto, note-se ainda que a proibição de utilização não é apenas enquanto prova no julgamento. As informações obtidas não podem também ser usadas em momentos anteriores, não podendo, nomeadamente, ser usadas como denúncia de crime, como sucedeu no “*Caso BX*” aqui em estudo, sob pena de se estar a iniciar um processo inquinado desde a sua origem (questão que apreciaremos mais detalhadamente *infra*) (Jahn, 2008: 15).

## V. APROVEITAMENTO DAS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS POR PARTICULARES NO DIREITO PORTUGUÊS

Como já vimos, as proibições de prova constituem um limite à descoberta da verdade. Mas daqui emergem algumas questões, nomeadamente a questão de saber se é tolerável que em virtude das proibições de prova fique por esclarecer criminalidade grave e perigosa, ou que acabe condenado um inocente.

Não poucas vezes a obtenção de provas colide com os direitos e interesses dos particulares, como seja a integridade física ou a privacidade. Deste modo emerge “*o problema típico do direito*”<sup>60</sup> – o confronto entre o interesse público e um interesse de outra natureza, que é, em geral, um dos problemas mais difíceis de resolver, sendo que, em matéria de direito processual penal da prova, um deles terá necessariamente de ceder, sendo a prevalência de qualquer um deles axiologicamente justificável. Neste caso, confronta-se o interesse público na descoberta da verdade material e na efetivação da justiça penal com o interesse particular (mas igualmente social) de defesa de direitos e garantias fundamentais<sup>61</sup>.

O que deve o juiz fazer? Valorar a verdade provada de modo ilícito ou tutelar os direitos fundamentais rejeitando a valoração da prova? No fundo, e no que aqui importa, é possível aproveitar processualmente provas ilicitamente obtidas por um particular?

60 A expressão é de Beling (2009: 47-48).

61 Nota que tratamos aqui de dois interesses “*également puissants, également sacrés, veulent être à la fois protégés*” (Faustin Hélie, 1845: 4).

### **1. Do processo de aproveitamento processual da prova ilicitamente obtida por um particular**

Apesar da estreita relação existente entre as proibições de prova e a nulidade, tal não significa uma homogeneidade linear. A recolha ilícita de provas não conduz necessariamente a uma proibição de aproveitamento das mesmas. Isto porque cremos que nem todos os ilícitos na recolha de provas resultam na inutilização da prova recolhida. De outro modo, os interesses do Estado na afirmação da lei violada e na punição do agente criminoso seriam excessivamente prejudicados. Deve levar-se a cabo um processo dialético que corrija os princípios relativos aos procedimentos criminais baseado em critérios como a letra da lei, a política criminal, a natureza das coisas e a sistemática processual. Não se pode cair numa proteção unilateral exacerbada dos direitos do arguido, sob pena de se ameaçarem os próprios fundamentos do Estado de Direito, por se desleixar a defesa dos direitos fundamentais dos restantes cidadãos em prol dos do arguido. Surgindo a CRP, historicamente, no conturbado período do pós-25 de abril de 1974, em que estavam ainda bastante presentes os abusos na aplicação da justiça penal cometidos no Estado Novo, compreende-se a consagração de uma proteção forte do arguido. No entanto, estas motivações históricas não podem limitar excessivamente o exercício da ação penal (Gössel, 1979: 808; 2007: 225-226; Figueiredo Dias, 1983: 205-206; Sardinha, 1989: 147; Brunhöber, 2010: 588; Kaspar, 2013: 210)<sup>62</sup>.

Assim sendo, é nosso entendimento que quando os meios probatórios são apresentados ao juiz para que este os aprecie, se tiver existido ilicitude na recolha das provas, deve ser levada a cabo uma ponderação dos interesses em jogo no caso concreto, de modo a determinar-se qual deve predominar: se o interesse público na perseguição do crime; ou o interesse particular – mas igualmente social – na preservação dos direitos violados. Importa equilibrar ambos os interesses, de modo a que nenhum seja excessivamente prejudicado e inutilizado, pois se por um lado é verdade que o Estado não deve beneficiar de ações ilícitas levadas a cabo por particulares devido à sua tarefa constitucional de proteção dos direitos fundamentais, é igualmente verdade que não se pode ignorar o seu dever igualmente constitucional de perseguição penal.

---

62 Este foi já o entendimento do TEDH no Caso Schenk, decidido em 1988, no qual estavam em causa gravações ilícitas de uma conversa telefónica que o Tribunal decidiu aceitar por ter entendido que os “*rights of the defence were not disregarded*” e por ter atribuído valor ao facto de “*the recording of the telephone conversation was not the only evidence on which the conviction was based.*”



Então cremos ser de rejeitar a aplicação de uma teoria dos círculos de direitos, como já rejeitou o BGH<sup>63</sup>. Trata-se de uma teoria demasiado restritiva dos direitos processuais dos arguidos, recusando-lhes o processo justo que merecem, na medida em que se limita a procurar saber se a violação afeta substancialmente o âmbito dos direitos do arguido, ou se foi uma violação de segundo grau e, portanto, pouco relevante, não olhando os dois lados da questão. O arguido tem direito a ver respeitadas as normas processuais especialmente elaboradas para sua proteção, bem como a ver assegurado um processo conforme à lei, merecendo uma ponderação que olhe a todos os aspetos do caso concreto. É ainda uma teoria redundante, na medida em que se uma norma pretende impedir provas de ser usadas no processo, é então uma norma de proteção da esfera do arguido. Mas da conclusão de que uma norma protege o arguido não se retira conclusões quanto às proibições de prova, pelo que temos aqui uma teoria que confunde causa e efeito (Hauf, 1993: 458; Jäger, 2003: 140; Volk, 2005: 273, 9; Beulke, 2005: 272, 459; Ambos, 2009: 101-102; 2010: 41-42)<sup>64</sup>.

### 1.1. Do aproveitamento das provas ilícitas pela teoria da ponderação

Deste modo, em nossa opinião, para determinar a nulidade ou o aproveitamento possível da prova recolhida ilicitamente o ideal será a efetivação da chamada teoria da ponderação, que, aplicando o Princípio da Proporcionalidade, concretiza os interesses a ponderar pesando a gravidade do facto imputado ao agente, o direito do arguido e a gravidade do interesse particular violado no processo<sup>65</sup>. No fundo, está em causa a ponderação entre os interesses da comunidade num sistema judicial eficaz e o direito do arguido a um *fair trial*, procurando-se a justa composição para os direitos em conflito, sendo importante nunca esquecer o estipulado no n.º 2 do artigo 18.º da CRP, que exige que qualquer restrição no domínio dos direitos fundamentais só

63 Também na doutrina esta teoria foi rejeitada por autores como Beulke (2005: 272, 459).

64 No entanto, e de forma incompreensível visto ser um entendimento que, como já vimos, inclusive na Alemanha, foi abandonado, o TC adotou este critério das três esferas no acórdão 607/2003 em que estava em causa a apreciação de diários privados. Mais recentemente reforçou o seu entendimento no acórdão 442/2007. Em contexto diferente, mas também relevante, a PGR adota também a teoria das três esferas. Veja-se, por exemplo, o Parecer do Conselho Consultivo n.º 95/2003.

65 Cf., nomeadamente, ac. TRG de 30/04/2009, proferido no processo n.º 595/07.8TMBRG (Manso Rainho), disponível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), que entende impor-se uma ponderação entre os interesses em jogo aquando da decisão sobre o aproveitamento das provas, uma vez que a proteção concedida a um direito não pode constituir um limite intolerável a outros direitos.

seja legítima quando opere para salvaguardar outro direito fundamental ou interesse constitucionalmente protegido.

Esta é uma doutrina que procura fazer justiça no caso concreto. No entanto, encontra as suas falhas na falta de segurança jurídica, componente substancial do Princípio do Estado de Direito, que exige dos Tribunais regularidade na atividade de recolha probatória. É uma teoria que carece de fundamentação teórica, podendo conduzir a alguma arbitrariedade. Os resultados da ponderação aplicam-se arbitrariamente e os interessados não se podem basear em regras claras, havendo insegurança para o arguido. Mais grave ainda é o facto de nos crimes de especial gravidade a possibilidade de proibir uma prova se reduzir praticamente a zero, sendo necessário proteger o arguido desta ideia de “tudo ou nada” (Figueiredo Dias, 2004: 59; Beulke, 1991: 663-664; Capelo de Sousa, 1995: 348-349; Leal-Henriques & Santos, 2004: 670; Volk, 2005: 274, 11; Arloth, 2006: 260; Ambos, 2009: 105; Jahn, 2008: 14)<sup>66</sup>.

## **1.2. Do complemento da teoria da ponderação pelo escopo de proteção da norma e pelo domínio pessoal da informação**

Não havendo nenhuma teoria infalível por si só, e à luz de todas as falhas por nós apontadas à teoria da ponderação, parece-nos que esta carece de moderação pelo recurso à efetivação simultânea da chamada teoria do fim de proteção da norma (*Lehre vom Schutzzweck der Norm*)<sup>67</sup>, que questiona se o escopo de proteção de uma norma infringida exige que a prova obtida seja

---

66 Com um entendimento mais mitigado, Costa Andrade (1984: 616-617; 2008: 146) abre a janela à ponderação de interesses nos casos em que estejam em causa bens jurídicos pessoais como a vida, a integridade física ou a liberdade (*v.g.*, quando apenas a valoração da gravação particular ilícita ilibe um inocente). Contra a ideia da ponderação de interesses, Adherbal de Barros (1977: 25-26), para quem a prova criminosamente obtida não pode, em caso algum, ser valorada, pois é contrária ao fim do Processo Penal. É entendimento deste autor que o objetivo do processo não é a descoberta da verdade, mas sim a realização do Direito, não se podendo infringir o Direito Penal em Direito Processual Penal. Também contra, entre nós, vai Helena Morão (2002: 35-37).

67 Esta, segundo parece, é a teoria adotada por Jäger (2003: 139-140, 167) dentro de contornos específicos, entendendo o autor que importa atentar ao escopo de proteção da norma (*Schutzbereich der Norm*) referida materialmente ao objeto probatório, isto é, referida estritamente ao objeto das normas de proteção probatória. Estaremos perante uma proibição de prova quando o escopo de proteção da norma de recolha de provas exclui um determinado objeto probatório, não sendo então assim tão importante a própria norma de proibição de prova. A utilização sujeita-se assim ao escopo de proteção da norma em sentido objetivo (*gegenständlichen Schutzzweck der Norm*), sendo referente ao objeto probatório obtido pela produção probatória. Para que haja proibição, exige-se assim identidade do erro, *i.e.*, dupla deficiência no sentido de que o alcance da proibição de utilização secundária deve corresponder à proibição de produção primária. Nestes termos, decisivo não é o âmbito de proteção pessoal da norma de produção, mas sim o seu âmbito de proteção objetivo.

desconsiderada na sua valoração, isto é, se o sentido e o propósito da regra violada reclama uma proibição de valoração. E procura determinar o âmbito de proteção da norma consciente de que o legislador já fez uma ponderação de interesses que incorporou na lei, visto as normas jurídicas serem já respostas a um problema carente de solução, representando a interpretação que o legislador fez da ideia de Direito e de Justiça. Toda a norma jurídica resulta de uma tentativa por parte do legislador de conciliação das necessidades contrapostas de política criminal, pelo que, existindo uma norma de proibições de prova, emerge a questão de saber se a sua razão de ser reside justamente em excluir do conjunto das provas passíveis de utilização as que forem obtidas em violação da proibição. Fica assim mais segura e conforme à legalidade a ponderação a efetuar entre os interesses públicos e os interesses privados (Beulke, 1991: 663-664; Moreira, 1998: 10; Volk, 2005: 273, 10; Arloth, 2006: 260; Ambos, 2009: 102-104; 2010: 42-43)<sup>68</sup>.

Outra doutrina relevante é a da reivindicação do domínio pessoal da informação (*Informationsbeherrschungsanspruch*), que funda a proibição de utilização da prova numa lógica de restituição ao titular da informação obtida pela violação do seu direito fundamental à autodeterminação informativa. No fundo, entende-se que com as proibições de prova se decide se a informação obtida ilicitamente e em violação da liberdade de autodeterminação informativa pode ou não ser usada. No entanto, a mera ilicitude na obtenção da prova não pode retirar ao interessado o domínio sobre a sua informação pessoal. Uma proibição absoluta de utilização, que é independente da sua vontade, intensifica a ingerência no seu direito à autodeterminação. Tomemos o Caso inicialmente exposto como exemplo. Os documentos foram recolhidos ilicitamente por um particular, sem a autorização prévia que sanaria a mácula da ilicitude (artigo 79.º do RGICSF). Mas se os arguidos quisessem que os documentos fossem utilizados como prova, dando o seu consentimento posterior, porque haveria isso de ser ilícito? Esta teoria pode frequentemente ser invocada como complemento nos casos em que se está na presença de uma violação processual da autodeterminação informativa do arguido, sendo de atribuir a este a decisão final sobre a possibilidade ou não de utilização das provas ilicitamente

---

68 Costa Andrade (2006: 201-202) parece rejeitar a ideia da ponderação de ideias que aqui sufragamos por entender que a ponderação já está feita na letra da lei, não se encontrando o intérprete aplicador legitimado a comprometer a ponderação de interesses do legislador. Contra diga-se que na ponderação por nós leva a cabo é tomada em apreço a ponderação feita pelo legislador, procurando-se o escopo de proteção da norma.

obtidas. Uma proibição absoluta e inflexível de utilização destas provas não leva a resultado nenhum conveniente pois pode inclusive ser contrária à vontade do arguido (Volk, 2005: 274-275, 12; Ambos, 2009: 107-108; 2010: 46-47)<sup>69</sup>.

No fundo, pode concluir-se que todas as posições assentam em ponderações entre os interesses públicos e os interesses privados em jogo. Assim, a doutrina da ponderação deveria ser complementada e conjugada com as outras aqui apresentadas de modo a evitar-se a arbitrariedade, numa concretização do Princípio da Proporcionalidade que, para além da efetivação da ponderação aqui por nós defendida, exige igualmente que se recorra sempre ao meio de prova menos gravoso para os direitos do arguido. O que importa não é fazer uma hierarquização abstrata dos bens e interesses jurídicos, mas sim uma ponderação casuística do bem prevalecente no caso concreto.

Não parece que se possa dizer que há uma resposta geralmente correta. Esta deve ser encontrada no caso concreto, mediante apreciação casuística, cabendo ao juiz a apreciação crítica dos interesses conflitantes, ponderando se deve sanar a ilegalidade ou declarar a existência de uma proibição de produção de prova. Não sendo possível encontrar-se uma solução correta em termos gerais e abstratos, acreditamos haver essa possibilidade com a limitação dos direitos fundamentais, mas apenas até um ponto justificável pela essencialidade da proteção de interesses públicos legítimos. Dever-se-á sempre procurar efetivar harmónica e simultaneamente todos os interesses em jogo. Mas importa determinar o interesse superior, sendo permitido o sacrifício parcial do interesse inferior no caso concreto, quando tal não se consiga evitar (Jäger, 2003: 69 ss.; Muñoz Conde, 2007: 55; Jahn, 2008: 15; Silva Dias & Ramos, 2009: 23-24, 36; Ambos, 2009: 109-110; 2010: 48-50, 110; Silva, 2011: 176).

Creemos que muito bem andou a jurisprudência do “*Caso BX*”, aqui em estudo, na medida em que, admitindo que a verdade não pode ser buscada a todo o custo e que o sigilo bancário não é um direito absoluto, podendo ter de ceder perante direitos e interesses de valor igual ou superior, aflora a teoria da ponderação aqui advogada.

---

69 Nos Tribunais portugueses esta doutrina do domínio pessoal da informação tem já vindo a ser afluada. Veja-se nomeadamente como os Tribunais têm entendido que, quando seja o arguido a consciente e voluntariamente dispor de informação pessoal, não há lugar a proibição de prova. É como se houvesse o seu consentimento para uso daquelas provas. Cf. ac. TRP de 17-12-1997, in: CJ XXII, t. 5, pp. 240-241; ac. TRE de 04-12-2001, in: CJ XXVI, t. V, p. 282; TRL de 05/02/2003, disponível in: CJ XXVII, t. 1, p. 134.

### 1.3. Os fatores relevantes e os limites da ponderação a levar a cabo para aproveitamento das provas ilícitas

Importante é que se esclareça, no entanto, que quando falamos aqui em ponderação não pretendemos referir-nos a uma simples ponderação entre a gravidade do crime *sub judice* e o bem jurídico violado com a obtenção da prova. É nosso entendimento que a ponderação deve ser feita entre o interesse com que se obteve a prova e os interesses que se pretendem atingir com a utilização da prova em julgamento. Isto é importante, pois, deste modo, são mais os critérios relevantes para o caso concreto que entram na ponderação. Por exemplo, num caso em que esteja em causa um crime de injúrias, a leitura de diários privados em audiência para incriminar o arguido pode não ser permitida por estar em causa uma grave violação do direito à privacidade em prol da punição por um crime de menor importância. No entanto, se com essa leitura se pretender demonstrar a inocência do arguido, cremos que a ponderação de interesses já abona a favor da limitação do direito à privacidade<sup>70</sup>.

Então, a chave encontram-na na gravidade do crime em julgamento, na norma e bens jurídicos violados e no objetivo processual a atingir com a prova ilicitamente recolhida pelo particular (Roxin, 2000: 153 ss.; Arloth, 2006: 260-261)<sup>71</sup>.

Diga-se ainda que quando falamos em prova ilicitamente obtida não pretendemos referir-nos apenas às provas obtidas na fase da instrução. À semelhança do sucedido no “*Caso BX*”, podem as informações recolhidas ter dado início ao próprio processo. A lógica a aplicar parece-nos ser a mesma. Se fosse de entender – como entendeu a primeira instância, mas já não a Relação – que os documentos usados por JB no ato da denúncia estavam maculados por ilicitude, deveria haver lugar a uma ponderação dos objetivos a atingir com o uso das provas em contraposição aos direitos violados com a sua recolha, atentando no escopo de proteção do artigo 126.º do CPP conjugado com os n.ºs 1 e 8 do artigo 32.º da CRP. Assim, não nos parece que o uso da prova para formação da convicção do julgador ou como *notitia criminis* mereçam tratamento diferente. De outra forma estar-se-á a permitir o início de processos com bases ilícitas.

70 Não queremos com isto dizer que sempre que a prova seja favorável ao arguido ela será admitida. Apenas entendemos que o objetivo do uso da prova é também um critério relevante, nomeadamente quando se pretenda demonstrar a inocência do arguido.

71 Veja-se o caso *Weimar* decidido em 1989 pelo BGH, disponível em NJW 1989, 1741 ss.

Importante é sublinhar ainda que, como foi entendimento do TRL<sup>72</sup>, para que haja uma decisão correta do caso concreto no que respeita às provas proibidas, estas têm de ser apreciadas uma a uma, quer para determinar a sua ilicitude e eventual aproveitamento, quer para determinar da verificação do efeito à distância.

Naturalmente que esta nossa posição sobre a ponderação a levar a cabo pelo juiz no caso concreto tem necessariamente limites, sob pena de acabarmos a permitir que um particular torture um arguido para determinar o paradeiro de uma criança sequestrada em perigo de morte<sup>73</sup> ou para obter informações sobre um ataque bombista que irá certamente matar milhares de pessoas. Assim, as provas ilicitamente obtidas, mesmo que o tenham sido por particulares, não podem, em caso algum, ser valoradas pelos Tribunais nos casos em que estão viciadas pela *mácula do atentado extremo contra os direitos humanos*. Os direitos humanos do arguido prevalecem sobre qualquer nível de gravidade do crime em investigação. Permitir provas obtidas por particulares com tamanha violação dos Direitos Humanos do arguido seria permitir que os Tribunais, órgãos soberanos na defesa da legalidade e da Justiça, atentassem contra a própria ideia de Direito, pondo em causa a sua credibilidade, honestidade e respeitabilidade. Estaria em causa o próprio Estado de Direito Democrático que tem sempre de ser respeitado pela decisão quanto ao aproveitamento das provas obtidas, assim como a ideia de *Fair Trial* (Kleinknecht, 1966: 1543; Figueiredo Dias, 2004: 59; Boujong, 1999: 723; Jäger, 2003: 122; Costa Andrade, 2006: 46; Canotilho & Moreira, 2007: 198-199, VI-VII; 208, IX; 524-525, XV; Ambos, 2010: 107, 110-111).

É importante que se sublinhe este limite numa época em que, numa sociedade ainda marcada pelos eventos de 11 de setembro de 2001, que perturba também o Processo Penal, se tem assistido ao reforço dos interesses estatais na perseguição do crime e do criminoso, em detrimento da dignidade e da liberdade, levando-se a cabo atos de investigação desumanos sob a égide da “eficácia da justiça penal” ou do “estado-de-necessidade-de-investigação”, aligeirando-se vários tabus do processo penal democrático, inclusive a própria proibição da tortura (Costa Andrade, 2008: 148).

---

72 Já anteriormente o TC se tinha pronunciado neste sentido, no acórdão 198/2004, de 24 de março, relatado por Moura Ramos.

73 Como sucedeu no caso Daschner (embora com um agente público e não um particular), decidido a 20 de dezembro de 2004 pelo Tribunal de Frankfurt, no qual Daschner, Vice-Presidente da Polícia de Frankfurt, para descobrir o paradeiro de uma criança sequestrada, deu ordens a um subordinado seu para que este ameaçasse o raptor com a sujeição a dores físicas e, caso este não colaborasse, que cumprisse a ameaça.

## 2. A letra do artigo 126.º do CPP e o aproveitamento das provas ilicitamente obtidas por particulares em processo

Chegados a este ponto, e apreciada a questão de um ponto de vista dogmático, importa não esquecer que estamos sempre vinculados à letra da lei. Emerge então a questão de saber se o artigo 126.º do CPP admite uma ponderação com os contornos aqui delineados. E sobre isto cremos poder adiantar uma resposta afirmativa.

É nosso entendimento que as normas protetoras de bens jurídicos têm um âmbito de proteção, só estando aqueles protegidos dentro desse escopo. Quando haja uma atuação que lhe escapa, que fica fora da baliza de proteção conferida pela norma, não se pode dizer que haja uma violação da norma e uma ofensa ao bem jurídico, porque a norma não o pretende proteger naquela situação. Este raciocínio parece-nos aplicar-se ao artigo 126.º do CPP enquanto protetor dos direitos fundamentais dos particulares. Assim, temos aqui uma norma que também tem um escopo de proteção que importa detetar à luz do caso concreto, através de uma correta interpretação da letra da lei. Deste modo, os pretensos ilícitos verificados na obtenção de provas por parte de indivíduos particulares, quando caíam fora do âmbito de proteção do artigo 126.º do CPP, não consubstanciam violações dos bens jurídicos por ele protegidos. Destarte, não obstante a responsabilidade penal que caberá ao particular pelo crime em que incorreu para obter aquela prova, este critério que defendemos permite que a prova seja usada se pela interpretação normativa se concluir que não é intenção da lei proteger processualmente, à luz do crime *sub judice*, aqueles bens jurídicos contra aquela ofensa específica. Deve então olhar-se à letra do preceito, bem como à sua inserção sistemática, para determinar o âmbito de proteção da norma.

Muito importante neste contexto será também olhar à história do preceito, procurando penetrar o mais possível no espírito do legislador e olhando sempre o sistema como um todo progressivo. Assim como fundamental será levar a cabo uma interpretação teleológica da lei conforme aos seus objetivos fundamentais de proteção, procurando descortinar a sua *ratio* e o seu sentido, atendendo aos factos que nem o legislador pode alterar e que tomou em consideração de modo racional e, por outro lado, atendendo aos princípios ético-jurídicos basilares da ordem jurídica.

Em suma, deve procurar-se o sentido e o escopo de proteção do artigo 126.º do CPP, de modo a determinar, com base na literalidade e na sua inserção sistemática, mas também na sua história e (*maxime*) na sua teleologia, se ele pretende proteger o bem jurídico violado no caso concreto.

Parece-nos então que, ainda que a ordem jurídico-penal e a ordem jurídico-processual penal se complementem, cada uma tem funções específicas com objetivos de proteção dos direitos dos cidadãos diferentes, sendo admissível que um bem jurídico protegido penalmente não encontre o mesmo nível de proteção processual penal no respeitante à matéria de prova<sup>74</sup>. Deste modo, quando um bem jurídico seja violado penalmente na obtenção de uma determinada prova, quem o violou será indubitavelmente sujeito a um processo penal autónomo que vise sancioná-lo por essa violação. No entanto, se se concluir que o artigo 126.º do CPP não pretendeu proteger esse bem jurídico naquele caso concreto, nada obstará ao uso da prova.

Então, a ser assim, quando as provas são apresentadas perante o juiz para que este aprecie da sua validade, deve ser levada a cabo a ponderação aqui já defendida. Se se entender que há uma prevalência dos interesses públicos de defesa da legalidade, prossecução do crime e reafirmação das normas penais violadas, então não haverá violação do escopo de proteção da norma do artigo 126.º do CPP, pelo que os bens jurídicos por si protegidos não terão sido violados, não havendo lugar a proibição de produção de prova. Apenas haverá efetivamente ofensa da integridade física ou moral das pessoas, intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, quando haja prevalência do interesse privado de defesa dos direitos dos particulares sobre o interesse público. Só nestes casos a norma quis proteger o bem jurídico, havendo violação do seu escopo de proteção.

Dir-se-á contra nós que estamos perante uma fórmula vaga, propícia à arbitrariedade, na medida em que a determinação do escopo de proteção das normas será subjetiva, podendo cada julgador encontrar um âmbito de proteção diferente. Naturalmente que não se pode abandonar à arbitrariedade subjetiva os critérios da determinação do escopo da norma. Tal determinação deve ser exigente e cautelosa, partindo de critérios seguros e reconhecidos pela ciência jurídica, nomeadamente, critérios cimentados em princípios jurídicos (Roxin, 2004b: 293-294). Assim, deve recorrer-se, nomeadamente, a Princípios como o da Uniformização de Jurisprudência, devendo o julgador olhar a decisões jurisprudenciais anteriores e determinar o âmbito de proteção da norma em conformidade com o anteriormente decidido em casos similares ao que se encontrar em julgamento, dando assim efetivação também aos Princípios da

---

74 Este parece ser também o entendimento que Maia Gonçalves expressa na exposição de motivos do Anteprojecto de Código de Processo Penal por si elaborado. Cf. BMJ n.º 329 (1983), p. 18.



Confiança e da Segurança Jurídicas. Também o Princípio da Igualdade deverá ser assegurado, competindo ao julgador certificar-se de que casos iguais serão tratados de maneira igual.

Assim, entendemos que a ponderação entre os interesses em jogo surge num momento anterior ao da conclusão pela violação de bens jurídicos, conducente à proibição de prova. Nunca a proteção dos bens jurídicos é absoluta, pelo que a sua tutela apenas será garantida dentro das balizas delineadas pelos fins de proteção das normas. Só quando estes forem violados, serão igualmente violados os bens por elas protegidos.

Então, em jeito de conclusão, diga-se que, tendo em consciência o direito a um *fair trial*, é seguro afirmar que estaremos sempre perante uma proibição de prova quando a infração processual for de particular gravidade, atendendo aos parâmetros do respeito pela Dignidade Humana, uma vez que nenhum método de ponderação pode permitir a sanção de ilicitudes quando direitos básicos do arguido estejam postos em causa. Isto sendo sempre irrelevante que a prova pudesse ter sido obtida por meios lícitos alternativos, visto ser irreversível a lesão dos direitos fundamentais e o procedimento da investigação se tornar impossível de prever de forma fiel (Rogall, 1979: 33; Beulke, 1991: 663; Eisenberg, 1996: 165; Jäger, 2003: 230-231; Ambos, 2009: 109-111).

## CONCLUSÃO

Não cremos existirem dúvidas que, com o avançar do tempo, os particulares começarão a intervir cada vez mais na investigação penal. É atualmente ainda impossível de prever se se criará uma espécie de investigação privada paralela à pública desenvolvida pelas autoridades de controlo formal da criminalidade, se haverá uma cooperação entre estas e os particulares ou se coexistirão ambos os modelos. Certo é que a tendência é para o aumento da obtenção de provas por particulares.

E, uma vez chegados aqui, parece-nos que conseguimos demonstrar que a legislação processual penal portuguesa não está ainda adequada à regulação deste fenómeno, visto subsistirem falhas de regulamentação que urge suprimir. No entanto, à luz da legislação existente, concluímos convictos de que os particulares se encontram vinculados ao artigo 126.º do CPP, devendo os seus comportamentos de obtenção de prova encontrar-se sujeitos aos limites impostos por tal preceito.

Mas, em caso de violação de tal preceito, não terá necessariamente de se impor uma nulidade da prova decorrente de uma proibição de aproveitamento

da mesma, na medida em que é imprescindível que o juiz concretize o Princípio da Proporcionalidade levando a cabo uma ponderação entre os objetivos a atingir com o uso da prova ilícita e os direitos dos particulares violados na recolha probatória ilicitamente desenvolvida, de modo a determinar qual o interesse prevalente: o interesse público na efetivação da justiça ou o interesse particular na defesa dos direitos individuais. Isto sempre moderando tal ponderação com o escopo de proteção da norma e a vontade do indivíduo cujo direito foi violado relativamente ao uso daquele meio probatório em juízo.

Deste modo, e retomando por uma última vez o *Caso BX*, não podemos deixar de entender que andou bem o TRL ao decidir pela admissibilidade dos documentos entregues por JB enquanto denunciante dos crimes e contraordenações dos arguidos. Isto porque não cremos que o artigo 126.º do CPP tenha como objetivo a tutela daquela espécie de situações. Assim, numa ponderação de interesses, deverá prevalecer, atentando à gravidade dos crimes em jogo, o interesse público na efetivação da justiça e no reforço das normas penais violadas, em detrimento do direito à privacidade e à reserva da vida privada dos arguidos.

**BIBLIOGRAFIA**

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

2011 *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.<sup>a</sup> edição, Lisboa, Universidade Católica Editora.

ALEXANDRINO, José Melo

2011 *Direitos Fundamentais, Introdução Geral*, 2.<sup>a</sup> edição, Cascais, Principia.

AMBOS, Kai

2009 “Las Prohibiciones de Utilización de Pruebas en el Proceso Penal Alemán”, in: Beling, Ernst, Ambos, Kai, Julián Guerrero, Óscar, *Las Prohibiciones Probatorias*, Bogotá, Temis.

2010 *Beweisverwertungsverbote, Grundlagen und Kasuistik – internationale Bezüge – ausgewählte Probleme*, Berlin, Duncker & Humblot.

AMELUNG, Knut

2001 “Zum Streit über die Grundlagen der Lehre von den Beweisverwertungsverbote”, in: Schünemann, Bernd, et al. (orgs.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, Walter de Gruyter.

ARLOTH, Frank

2006 “Dogmatik in der Sackgasse – Zur Diskussion um die Beweisverwertungsverbote”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, vol. 153, n.º 5, maio, pp. 258-261.

ASENCIO MELLADO, José María

2004 *Derecho Procesal Penal*, 3.<sup>a</sup> edição, Valencia, Tirant lo Blanch.

BARROS, Adherbal de

1977 “A Investigação Criminosa da Prova”, *Justitia*, n.º 97, pp. 17-26.

BELEZA, Teresa Pizarro,

1993 *Apontamentos de Direito Processual Penal*, vol. II, Lisboa, AAFDL.

BELING, Ernst

2009 “Las Prohibiciones de Prueba como Límite a la Averiguación de la Verdad en el Proceso Penal”, in: Beling, Ernst, Ambos, Kai, Julián Guerrero, Óscar, *Las Prohibiciones Probatorias* Bogotá, Temis.

BEULKE, Werner

1991 “Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungsorganen”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 103, n.º 3, pp. 657-680.

2005 *Strafprozessrecht*, 8.<sup>a</sup> edição, Heidelberg, C. F. Müller.

2008 “Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus”, *Jura*, vol. 30, n.º 9, pp. 653-666.

- BOUJONG, Karlheinz,  
1999 Comentário ao §136a do StPO, in Pfeiffer, Gerd (org.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einföhrungsge-  
setz*, 4.<sup>a</sup> edição, München, C. H. Beck.
- BRADLEY, Craig M.  
1983 “The Exclusionary Rule in Germany”, *Harvard Law Review*, vol. 96, n.º 3-5,  
pp. 1033-1066.
- BRUNHÖBER, Beatrice  
2010 „Privatisierung des Ermittlungsverfahrens im Strafprozess“, *Goltdammer’s  
Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, vol. 157, n.º 10, outubro, pp. 571-588.
- BUBANY, Charles P. & COCKERELL, Perry J.  
1981 “Excluding Criminal Evidence Texas-Style: Can Private Searches Poison  
the Fruit?”, *Texas Tech Law Review*, vol. 12, n.º 3, pp. 611-634.
- CANARIS, Claus-Wilhelm  
1989 *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (trad. por  
António Menezes Cordeiro), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.
- CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital  
2007 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra,  
Coimbra Editora.
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo  
1995 *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora.
- COSTA ANDRADE, Manuel da  
1984 “Sobre a Valoração, como Meio de Prova em Processo Penal, das Gravações  
Produzidas por Particulares”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor  
Eduardo Correia*, vol. I, Número Especial do Boletim da Faculdade de Direito  
da Universidade de Coimbra, Coimbra, Universidade de Coimbra.
- 2006 *Sobre as Proibições de Prova*, 1.<sup>a</sup> edição (reimpressão), Coimbra, Coimbra  
Editora.
- 2008 “Proibições de Prova em Processo Penal (Conceitos e Princípios Funda-  
mentais)”, *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*,  
n.º 13, pp. 143-158.
- 2009 “*Bruscando no Verão passado*”, a reforma do código de processo penal: observações  
críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente, Coimbra, Coimbra  
Editora.
- 2012a “Comentário ao artigo 139.º do Código Penal”, in: Dias, Jorge de Figueiredo  
(org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial, Tomo I,  
Artigos 131.º a 201.º*, 2.<sup>a</sup> edição, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 420-455.

- 2012b “Comentário ao artigo 192.º do Código Penal”, in: DIAS, Jorge de Figueiredo (org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 1039-1067.
- DAVIES, Sharon L.
- 2007 “Some Reflections on the Implications of Hudson v. Michigan for the Law of Confessions”, *Texas Tech Law Review*, vol. 39, n.º 4, pp. 1207-1237.
- DÍAZ DE LEON, Marco Antonio
- 1988 *Tratado Sobre las Pruebas Penales*, 2.ª edição México, Editorial Porrúa.
- DWORKIN, Ronald
- 1986 *A Matter of Principle*, Oxford, Clarendon Press.
- EISENBERG, Ulrich
- 1996 *Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar*, 2.ª edição, München, C. H. Beck.
- ENGISCH, Karl
- 1988 *Introdução ao Pensamento Jurídico* (trad. por J. Baptista Machado), 6.ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.
- European Court of Human Rights,
- 1988 *Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, Schenk case: 1. decision of 25 February 1988; 2. Judgment of 12 July 1988*, Vol. 140, Registry of the Court, Strasbourg, Council of Europe.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de
- 1983 “Para uma Reforma Global do Processo Penal Português, da sua Necessidade e de Algumas Orientações Fundamentais”, in: AA.VV., *Para uma Nova Justiça Penal*, Coimbra, Almedina, pp 189-242.
- 2004 *Direito Processual Penal*, 1.ª edição (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora.
- 2008 “Sobre a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, vol. 18, n.ºs 2 e 3, abril-setembro, pp. 367-385.
- GLEß, Sabine
- 2007 Comentário ao §136a do StPO, ERB, Volker, et al. (orgs.), *Löwe-Rosenberg, StPO, Großkommentar*, vol. 4, 26.ª edição, Berlin, De Gruyter Recht.
- GOMES DE SOUSA, João Henrique
- 2010 “Em Busca da Regra Mágica. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Universalização da Regra de Exclusão da Prova – o Caso Gäfgen v. Alemanha”, *Julgar*, n.º 11, maio-agosto, pp. 21-39.
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia
- 2009 *Código de Processo Penal Anotado – Legislação Complementar*, 17.ª edição, Coimbra, Almedina.

GÖSSEL, Karl Heinz

1977 *Strafverfahrensrecht*, Berlin, Kohlhammer.

1979 “Die Beweisverbote im Strafverfahren”, in: Bemmman, Günter, et al. (orgs.), *Festschrift für Paul Bockelmann Zum 70. Geburtstag*, München, C. H. Beck, pp. 801-817.

1991 “La Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal: Aspectos Jurídico-constitucionales y Político-criminales” (trad. esp. por Miguel Polaino Navarrete), *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 45, pp. 673-694.

2007 “La Prueba Ilícita en em Proceso penal” (trad. esp. por Gabrielle Sander); in: Alberto Donna, Edgardo (org.), *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pp. 169-259.

GRÜNWARD, Gerald

1966 “Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren” in *JuristenZeitung*, vol. 21, n.º 15/16, agosto, pp. 489-501.

HAIKABEDIÁN, Maximiliano

2001 “La Prueba Obtenida Ilicitamente por Particulares”, *Nueva Doctrina Penale*, ano 2001/B, pp. 663-674.

HASSEMER, Winfried

2004 “Processo Penal e Direitos Fundamentais”, in: PALMA, Maria Fernanda (org.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Lisboa, Almedina, pp. 15-25.

HAUF, Claus-Jürgen

1993 “Ist die Rechtskreistheorie noch zu halten? Eine neue Konzeption zur Frage von Verfahrensfehlern und Beweisverwertungsverbotten”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, vol. 13, n.º 10, pp. 457-462.

HÉLIE, Faustin

1845 *Traité de L’Instruction Criminelle, ou Theorie du Code d’Instruction Crimenelle*, Paris, Charles Hingray – Libraire-Éditeur.

HERRMANN, Joachim

1985 “Aufgaben und Grenzen der Beweisverwertungsverbote. Rechtsvergleichende Überlegungen zum deutschen und amerikanischen Recht”, in: Vogler, Theo (org.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, Berlin, Duncker & Humblot, pp. 1291-1310.

JÄGER, Christian

2003 *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*, München, C. H. Beck.

JAHN, Matthias

2000 “Ausforschung einer Beschuldigten durch Wahrsagerin in der Untersuchungshaft – BGHSt 44,129”, *JuS*, vol. 40, n.º 5, pp. 441-445.

2008 “Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus“, *Neue Juristische Wochenschrift, Beilage zu NJW Heft 21/2008*, pp. 13-17.

KAMISAR, Yale

2003 “In Defense of the Search and Seizure Exclusionary Rule”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 26, n.º 1, janeiro 2003, pp. 119-140.

KASPAR, Johannes

2013 “Strafprozessuale Verwertbarkeit nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung – Zugleich ein Beitrag zur Systematisierung der Beweisverbotslehre”, *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, vol. 160, n.º 4, abril, pp. 206-225.

KLEINKNECHT, Theodor

1966 “Die Beweisverbote im Strafprozeß”, *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 19, n.º 34, pp. 1537-1545.

KÜHNE, Hans Heiner

2010 *Strafprozessrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, 8.ª edição, Heidelberg, Hüthig Jehle Rehm.

LARENZ, Karl

2005 *Metodologia da Ciência do Direito* (trad. por José Lamego), 4.ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

LEAL-HENRIQUES, Manuel & SANTOS, Manuel Simas

2004 *Código de Processo Penal Anotado*, I Volume, 2.ª edição, Lisboa, Rei dos Livros.

LIEBER, Francis

1853 *On Civil Liberty and Self-Government*, London, Richard Bentley.

MACHADO, João Baptista

2002 *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 13.ª reimpressão, Coimbra, Almedina.

MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO

2009 *Código de Processo Penal: Comentários e Notas Práticas*, Coimbra, Coimbra Editora.

MARQUES, Francisco Paes

2011 *As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares, Contributo para a sua Compreensão Substantiva*, Lisboa, Almedina.

MARTINS, Milene Viegas

2014 *A Admissibilidade de Valoração de Imagens Captadas por Particulares como Prova no Processo Penal*, Lisboa, AADFL.

MATTERN, Lisa A.

2007 “Constitutional Law: Knock-and-announce Violations and the Purposeful Enforcement of the Exclusionary Rule”, *Florida Law Review*, vol. 59, n.º 2, abril, pp. 465-474.

MENDES, Paulo de Sousa

2004 “As proibições de prova no processo penal”, in: Palma, Maria Fernanda (org.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Lisboa, Almedina, pp. 133-154.

MEYER-GÖßNER, Lutz

2004 *Strafprozessordnung – Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, München, C. H. Beck.

MONTEIRO, Fernando Conde

2009 “O Problema da Verdade em Direito Processual Penal (Considerações Epistemológicas)”, in: Monte, Mário Ferreira (org.), *Que Futuro Para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, Por Ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 321-331.

MORÃO, Helena

2002 *O Efeito-à-Distância das Proibições de Prova no Direito Processual Penal Português*, Relatório de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no âmbito do seminário de Direito Processual Penal no ano letivo 2001/2002, Lisboa.

MOREIRA, José Carlos Barbosa

1998 “A Constituição e as Provas Ilicitamente Obtidas”, *Direito e Cidadania*, vol. I (1997/98), n.º 2, pp. 9-23

MUÑOZ CONDE, Francisco

2000 *La Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Hammurabi.

2007 “Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal”, *Lusíada*, II série, n.ºs 4/5, novembro, pp. 28-76.

2009 “De las Prohibiciones Probatorias al Derecho Procesal Penal del Enemigo”, *Revista Penal*, n.º 23 (janeiro), pp. 73-114.

NEVES, A. Castanheira

2003 *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica, I*, Coimbra, Coimbra Editora.



NOVAIS, Jorge Reis

2006 *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, Coimbra, Coimbra Editora.  
OLIVEIRA, FRANCISCO

1995 *Da Valoração de Provas Ilícitas em Processo Penal*, Relatório de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no âmbito do seminário de Direito Processual Penal no ano letivo 1994/96, Lisboa.

PATRONILHO, Sílvia Raquel Ferreira

2003 *O Regime de Nulidades das Provas em Processo Penal*, Tese discutida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa.

PFEIFFER, Gerd,

1999 *Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 2.<sup>a</sup> edição, München, C. H. Beck

ROBINSON, Benjamin J.

2007 “Constitutional Law: Suppressing the Exclusionary Rule”, *Florida Law Review*, vol. 59, n.º 2, abril, pp. 475-485

ROGALL, Klaus

1979 “Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 91, n.º 1, pp. 1-44

2004 Comentário ao §136a do StPO, in: Rudolphi, Hans-Joachim et al. (orgs.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, München, Luchterhand, pp. 139-185.

ROXIN, Claus

1970 “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht” in Barth, Eberhard, et al. (orgs.), *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, 3. Januar 1970*, Göttingen, Otto Schwartz & Co, pp. 133-150.

1973 “Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten”, in: Lackner, Karl, et al. (orgs.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, Berlin, Walter de Gruyter, pp. 241-259.

2000 *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch.

2004a “Reflexões sobre a Problemática da Imputação em Direito Penal” (trad. por Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz), in: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Lisboa, Vega, pp. 145-168.

2004b “Sobre o Fim de Protecção da Norma nos Crimes Negligentes” (trad. por Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz), in: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Lisboa, Vega, pp. 273-294.

- 2007 “Autoincriminación Involuntaria y Derecho al Ámbito Privado de la Personalidad en las Actuaciones Penales” (trad. esp. Por Óscar Julián Guerrero Peralta), in: *Pasado, Presente y Futuro del Derecho Penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- 2008 *La Prohibición de Autoincriminación y de las Escuchas Domiciliarias*, Buenos Aires, Hammurabi.
- SARDINHA, José Miguel
- 1989 *O Terrorismo e a Restrição dos Direitos Fundamentais em Processo Penal*, Lisboa, Coimbra Editora.
- SILVA, Germano Marques da
- 2007 “Um Olhar Sobre o Projecto e o Acordo Político para a Revisão do Código de Processo Penal”, *Julgar*, n.º 1, janeiro-abril, pp. 137-153.
- 2011 *Curso de Processo Penal, vol. II*, 5.ª edição, Lisboa, Verbo.
- SILVA DIAS, Augusto & RAMOS, Vânia Costa
- 2009 *O Direito à Não Auto-inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) No Processo Penal e Contra-ordenacional*, Lisboa, Coimbra Editora.
- TOTTEN, Christopher & COBKIT, Sutham
- 2012 “Knock-and-Announce Rule and Police Searches after Hudson v. Michigan: Can Alternative Deterrents Effectively Replace Exclusion for Rule Violations”, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, vol. 15, n.º 3 (Summer), pp. 414-457
- UHOLIK, Brian S.
- 2007 “Who Cares if it’s Open?: Hudson v. Michigan and the United States Supreme Court’s Evisceration of the Knock and Announce Rule”, *Penn State Law Review*, vol. 112, n.º 1, Summer, pp. 261-293.
- VIEIRA DE ANDRADE, João Carlos
- 2012 *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina.
- VOLK, Klaus
- 2005 *Grundkurs StPO*, 4.ª edição, München, C. H. Beck.
- WILKEY, Malcolm
- 1979 “The Exclusionary Rule: Why Suppress Valid Evidence?”, *Judicature*, vol. 62, n.º 5, pp. 214-232.