



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES ÀS
PROIBIÇÕES DE PROVA**

Alexandra Filipa de Jesus Pereira

MESTRADO EM DIREITO E PRÁTICA JURÍDICA

ESPECIALIDADE EM DIREITO PENAL

2019



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES ÀS PROIBIÇÕES DE PROVA

Alexandra Filipa de Jesus Pereira

*Dissertação orientada pela Professora Doutora Helena Morão,
especialmente elaborada com vista à obtenção do Grau de Mestre em
Direito*

MESTRADO EM DIREITO E PRÁTICA JURÍDICA

ESPECIALIDADE EM DIREITO PENAL

2019

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, ao meu irmão e aos meus avós, sempre presentes e disponíveis apesar da distância, por me apoiarem incondicionalmente nas minhas escolhas e me ajudarem a concretizar os meus objetivos.

Ao Tiago, pelo companheirismo, pela paciência, pela compreensão e incentivo ao longo de todo este percurso que temos percorrido.

Aos meus amigos, aos que trouxe e aos que levo da Faculdade, que caminharam este percurso comigo desde o início, pela amizade nos bons momentos e nos menos bons.

À Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e, em especial, à minha orientadora de dissertação, a Professora Doutora Helena Morão, que ao longo do meu percurso académico sempre foi uma referência, agradeço por toda a atenção e aconselhamento essenciais nesta fase.

RESUMO

No atual contexto processual penal, o papel dos particulares tem vindo a assumir uma expressão notória no respeitante à produção e obtenção de prova, bem como ao respetivo fornecimento às autoridades públicas competentes, nomeadamente às autoridades policiais e judiciárias. A intervenção dos particulares em matéria de prova processual penal deve-se, especialmente, ao incremento e sofisticação dos meios tecnológicos de que dispõem, possibilitando que estes sujeitos conduzam investigações privadas, autónomas da investigação criminal prosseguida pelas autoridades públicas.

Esta questão suscita a necessidade de refletir a relevância que a atuação dos particulares assume ou pode assumir no processo penal, em que medida as atuações de particulares são ou não imputáveis ao Estado e se as respetivas investigações devem ser sujeitas às normas estabelecidas no regime jurídico das proibições de prova e aos respetivos condicionalismos.

Considerando que a *ratio* das proibições de prova se funda em desígnios de tutela de direitos fundamentais com matriz na dignidade da pessoa humana, a sua aplicação deve visar, primordialmente, as situações em que se verifique a ameaça de lesão ou lesão efetiva destes direitos fundamentais no contexto das diligências de prova, independentemente da natureza ou contexto da atuação do agente.

À luz do direito processual penal português, a questão da intervenção de particulares mediante a realização de diligências de prova não é, contudo, objeto de tratamento no âmbito do regime jurídico das proibições de prova, regime que é omissivo relativamente à posição e vinculação dos particulares face ao postulado das proibições de prova.

A presente dissertação aborda a questão da intervenção dos particulares no processo penal e da sua vinculação ao regime jurídico das proibições de prova, centrando o problema na perspetiva da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados por forma a perceber-se em que medida a compreensão dos direitos fundamentais releva para a concretização da eficácia das proibições de prova nas relações entre particulares.

ABSTRACT

In the current criminal procedural context, the role of private individuals has been assuming a notorious expression regarding the production and the obtainment of evidence, regarding as well its provision to public competent authorities, namely to the police and the judicial authorities. The intervention of private individuals in the criminal procedural evidence matter is mainly due to the increase and sophistication of the technological devices available, which allows the private individuals to conduct private investigations, autonomous from the criminal investigations carried out by the public competent authorities.

This issue raises the need to reflect on the relevance that the private individuals' action assume or could assume in criminal procedural law, to what extent the actions of private individuals are imputable to the State and if the respective investigations should be subject to the legal rules set out in the exclusionary rules legal regime and to its respective legal constraints.

Considering that the *ratio* of exclusionary rules relates to the protection of fundamental rights which are based on the dignity of the human being, its application must be primarily concerned with situations where there is a threat or an effective violation of the fundamental rights in the context of evidence procedures, regardless of the nature or context of the agent's action.

Under the Portuguese criminal procedural law, the question of the intervention of the private individuals by conducting evidence procedures is not, however, subject to treatment under the exclusionary rules legal regime, being silent regarding the position and the linkage of private individuals concerning the postulate of exclusionary rules.

The present dissertation addresses the issue of the intervention of the private individuals in the criminal procedural context and the issue of the linkage of the private individuals to exclusionary rules legal regime, focusing the question in the perspective of the effectiveness of fundamental rights regarding the relationships between private individuals in order to realize in what extent the understanding of fundamental rights is relevant to the comprehension of the effectiveness of the exclusionary rules amongst private individuals.

PALAVRAS-CHAVE

Proibições de prova – particulares – investigações privadas – direitos fundamentais – eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

KEY WORDS

Exclusionary rules – private individuals – private investigations – fundamental rights – fundamental rights horizontal effect.

ÍNDICE

NOTAS DE LEITURA.....	8
SIGLAS.....	9
I. INTRODUÇÃO.....	10
II. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA PROVA OBTIDA POR PARTICULARES	14
§1. As proibições de prova no ordenamento jurídico português	14
1.1. Breves considerações acerca do regime vigente	14
1.2. O regime da nulidade da prova obtida em desrespeito das proibições de prova.....	22
1.3. Delimitação dos destinatários das normas de proibições de prova	30
§2. As investigações privadas e a obtenção de prova por particulares	38
2.1. Considerações preliminares.....	38
2.2. A noção de particular	40
2.3. A admissibilidade das investigações prosseguidas por particulares	44
III. PARTICULARES COMO DESTINATÁRIOS DAS NORMAS DE PROIBIÇÕES DE PROVA	51
§3. A eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares.....	51
3.1. As características das normas de direitos fundamentais	51
3.2. Teses da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.....	54
3.3. Oponibilidade direta e imediata dos direitos fundamentais aos particulares assente na eficácia horizontal.....	65

§4. A aplicação das proibições de prova à prova obtida por particulares.....	69
4.1. A premissa da eficácia horizontal dos direitos fundamentais para a vinculação dos particulares às proibições de prova.....	69
4.2. Regime jurídico da prova obtida por particulares	77
4.3. Excurso sobre o corolário da vinculação dos particulares às proibições de prova no plano da valoração da prova obtida por particulares.....	92
IV. CONCLUSÃO	97
V. BIBLIOGRAFIA	100

NOTAS DE LEITURA

A citação inicial das obras será feita com menção completa dos elementos relativos ao(s) autor(es), título da obra, edição, local de publicação, editor, data e páginas, sendo que as citações subsequentes serão feitas com menção aos elementos relativos ao(s) autor(es), com menção abreviada do título da obra, seguida das páginas.

A citação sequencial das obras será feita por ordem cronológica.

A citação de jurisprudência far-se-á com menção ao tribunal, data do acórdão, n.º de processo e, se for o caso, do nome do relator. A jurisprudência portuguesa citada está disponível no endereço eletrónico www.dgsi.pt.

SIGLAS

AAF DL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

MP – Ministério Público

OPC – Órgãos de Polícia Criminal

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

StPO – Strafprozeßordnung (Código de Processo Penal alemão)

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

I. INTRODUÇÃO

§1. ENUNCIADO DO TEMA

A presente dissertação tem como objeto a sujeição dos particulares às proibições de prova, como resultado da respetiva vinculação aos direitos fundamentais, tendo como fundamento a eficácia dos direitos fundamentais na relação entre particulares.

A intervenção de particulares na investigação criminal mediante a contribuição com prova produzida ou obtida em contexto privado e informal tem vindo, no contexto atual da investigação criminal, a assumir uma crescente e relevante expressão à luz de um novo paradigma do processo penal resultante de fenómenos de modernização da sociedade e de evolução tecnológica e, simultaneamente a revelar incompletudes no seu enquadramento e tratamento pela doutrina e jurisprudência.

Os avanços tecnológicos que se têm refletido no advento e incremento de dispositivos eletrónicos, bem como no desenvolvimento e sofisticação das respetivas funcionalidades, têm desencadeado o surgimento de novas realidades no plano do direito processual penal, nomeadamente, no que diz respeito ao domínio da produção de prova.

Deste modo, o progresso tecnológico tem possibilitado não só a introdução de novos meios eletrónicos como relevantes meios de obtenção de prova no contexto da investigação criminal, bem como o incremento de meios eletrónicos à disposição dos sujeitos em geral, o que, facilitando o acesso permanente a conteúdos de informação e a respetiva comunicação e divulgação nas redes informáticas, comporta riscos de acesso ilegítimo e divulgação de dados confidenciais e de natureza privada de terceiros, potenciando a produção e a obtenção de prova em contexto privado e, conseqüentemente, a suscetibilidade de afetação dos mais elementares direitos fundamentais.

Neste sentido, reconhecendo a possibilidade de que as lesões aos direitos fundamentais no contexto probatório provenham do contexto das relações privadas, a questão da vinculação dos particulares às normas que estabelecem as proibições de prova consubstancia uma problemática de essencial relevo no âmbito do respetivo

quadro jurídico, pelo que, se coloca a questão de saber se e em que medida opera a vinculação dos particulares às proibições de prova.

As proibições de prova constituem garantias de defesa dos indivíduos visados em processo, figurando especialmente como garantias da posição do arguido, tradicionalmente concebidas face à ingerência das autoridades públicas nas esferas de liberdade e intimidade privada, gerando deveres corresponsivos de respeito pelos direitos fundamentais, essencialmente o direito à integridade física e moral e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Não obstante, mais do que limites à atuação das autoridades competentes pela investigação criminal, é de salientar a dimensão garantística das proibições de prova no plano da tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos visados nas diligências probatórias, relativamente à qual importa questionar se o respetivo postulado não deverá concretizar-se na aplicação das proibições de prova a quaisquer as provas produzidas, obtidas e carreadas a processo, a fim de aferir da sua conformidade e consequente admissibilidade em processo, independentemente da qualidade ou contexto da atuação do agente responsável pela sua produção ou obtenção.

Daqui releva, desde logo, a necessidade de questionar se caso um particular que atue autonomamente na procura e recolha de factos probatórios relevantes, sem qualquer vínculo com órgãos ou entidades estatais, realizar diligências conducentes à produção de prova e proceder à prática de atos que contendam com a integridade pessoal e intimidade privada de outros indivíduos, não deve ser sujeito à mesma disciplina normativa que as autoridades públicas, as quais, verificando-se o mesmo condicionalismo, veem a prova inquinada e, tendencialmente, insuscetível de utilização em processo.

A problemática em presença, assente no reconhecimento de que também no contexto privado da prática de atos de produção e/ou obtenção de prova se verifica uma potencial ameaça de lesão dos direitos fundamentais, convoca a questão da relação do Estado com os indivíduos e dos indivíduos entre si e, conseqüentemente, da eficácia dos direitos fundamentais no contexto da relação entre particulares no ordenamento jurídico português.

Neste sentido, a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares à luz do direito português é da maior importância neste contexto, importando compreender em que medida a compreensão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais releva para a questão da vinculação dos particulares às proibições de prova.

Ao longo da dissertação procederemos, quando pertinente, ao enquadramento e análise do direito comparado, nomeadamente do direito norte-americano e alemão.

§2. SEQUÊNCIA

Na presente dissertação, numa primeira abordagem, procede-se ao enquadramento dos aspetos de maior relevo do regime jurídico das proibições de prova, nomeadamente, as categorias de proibições de prova consagradas no ordenamento jurídico português, o regime de nulidade decorrente do disposto no n.º3 do artigo 118.º do CPP, procedendo-se neste âmbito à delimitação dos destinatários típicos das proibições de prova e das respetivas competências no contexto da investigação processual penal, especialmente, no que diz respeito ao papel desempenhado pelas autoridades públicas no exercício de diligências probatórias.

Seguidamente desenvolve-se a noção de particular, procurando-se delimitar critérios de definição da atuação de particulares, nomeadamente através da análise da relevância das finalidades da atuação dos particulares e da diferenciação das situações em que um sujeito particular atua ou não no exercício de funções públicas e das consequências que lhe inerem, com efeito, no que se refere à imputação ou não dessa atuação ao Estado.

Partindo-se de uma conceção de particular assente num critério de autonomia e independência de vínculos com as autoridades públicas e com a investigação criminal por estas prosseguida, procede-se à análise da posição exercida pelos sujeitos particulares processuais, visando compreender em que medida a posição processual que lhes é atribuída contempla direitos ou deveres processuais relacionados com a produção e carreamento de prova para o processo e se se prevê a possibilidade de estes desenvolverem investigações privadas. No que respeita aos sujeitos particulares que figuram como terceiros em relação ao processo, procura-se compreender que papel

podem estes sujeitos desempenhar no domínio da produção de prova, nomeadamente, se as proibições de prova lhes são aplicáveis e vinculam a sua atuação.

Num segundo plano, desenvolve-se o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, sintetizando-se num primeiro momento as características das normas de direitos fundamentais e, pressupondo as especificidades que estas normas comportam, analisam-se criticamente as teses tradicionalmente concebidas a respeito da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, sem que, contudo, a esta análise presida uma pretensão de teorização da problemática da eficácia dos direitos, liberdades e garantias nas relações entre particulares.

Por fim, concretiza-se a relevância da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares no regime das proibições de prova como um regime preordenado à garantia dos direitos fundamentais no contexto da produção e valoração de prova e analisam-se as relevantes posições sufragadas na doutrina e jurisprudência portuguesas face à resposta tendencialmente dada à problemática da vinculação dos particulares às proibições de prova à luz do direito processual penal português.

Desenvolvem-se no último capítulo as principais conclusões a respeito das questões suscitadas em torno do objeto da dissertação, nomeadamente se os particulares são destinatários de proibições de produção e valoração de prova, qual a relevância da solução jurídica consagrada no artigo 167.º do CPP para a compreensão dos contornos da vinculação dos particulares às proibições de prova e qual a influência desta questão no plano da valoração probatória.

II. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA PROVA OBTIDA POR PARTICULARES

§1. AS PROIBIÇÕES DE PROVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

1.1. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO REGIME VIGENTE

A concretização dos desígnios constitucionais no respeitante às garantias de defesa dos sujeitos no contexto processual penal, conforme plasmados nos n.ºs 1 e 8 do artigo 32.º e dos n.ºs 1 e 4 do artigo 34.º da CRP¹, tem expressão na consagração de normas que veiculam a proibição de condutas lesivas de direitos fundamentais, praticadas no âmbito da prossecução das finalidades do processo penal², mediante a delimitação das diligências e métodos de produção de prova processualmente inadmissíveis.

O regime das proibições de prova consubstancia um instituto de salvaguarda dos direitos fundamentais dos indivíduos visados pelas diligências probatórias, estabelecendo restrições à respetiva atividade probatória e, assim, à investigação criminal³, atenta a potencialidade lesiva face aos direitos, liberdades e garantias dos sujeitos, designadamente, a inviolabilidade da vida humana, a integridade física e moral, a intimidade privada, a autodeterminação, a inviolabilidade do domicílio, da correspondência e das telecomunicações, assim como o direito à palavra e à imagem.

Estas limitações concretizadas pelas proibições de prova têm subjacente um juízo de ponderação face à situação de conflito em presença respeitante às normas aplicáveis à realização de diligências probatórias no contexto do processo penal, porquanto a sua realização consubstancia, por um lado, a prossecução da ação penal segundo a qual as autoridades competentes devem recorrer a todos os meios e diligências necessários para

¹ Cfr. HELENA MORÃO, *O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português*, in: RPCC, A. 16, n.º 4, outubro-dezembro, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 588-591, salientando a especificidade do sistema processual penal português ao assentar as proibições de prova em norma constitucional. Também neste sentido, TERESA ARMENTA DEU, *La Prueba Ilícita: Un estudio comparado*, 2.ª edição, Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 35-36, procedendo a um enquadramento comparatístico.

² Nomeadamente a descoberta da verdade material, quanto à realização ou não de determinado crime, a determinação dos respetivos agentes e apuramento da responsabilidade jurídico-penal, bem como a tutela de bens jurídicos mediante a repressão da violação da legalidade democrática, estabilização das normas e paz jurídica dos cidadãos. Cfr. considerando 8 do Preâmbulo do CPP.

³ A que subjaz a conceção das proibições de prova como “*límites à prossecução da verdade material no processo penal*”, postulado de que foi pioneiro ERNST BELING, *Las Prohibiciones de Prueba como Limite a la Averiguación de la Verdad en el Proceso Penal*, in: *Las Prohibiciones Probatorias*, Bogotá: Temis, 2009, pp. 1-56.

prosseguir com as finalidades de investigação em causa e, por outro lado, erguem-se os direitos fundamentais dos indivíduos visados pelas mesmas diligências que impõem que os sujeitos não sejam perspetivados como um meio de prova, obstando a que a prova seja obtida ou valorada em sacrifício dos direitos mais basilares da existência humana⁴, sendo que, como se constata, os efeitos destes conflitos são parcialmente contraditórios.⁵

O equilíbrio entre os bens tutelados é, num primeiro plano, alcançado pelo legislador constituinte, ao determinar, no n.º8 do artigo 32.º da CRP, a prevalência das normas que tutelam os direitos fundamentais⁶ mediante a cominação com nulidade das provas obtidas ou valoradas em desrespeito daqueles direitos e, num segundo plano, pelo legislador ordinário, ao regular os procedimentos de obtenção e produção de prova, particularmente expressiva quanto à atividade de investigação de criminalidade grave e violenta.⁷

As posições jurídicas conferidas pelas normas de direitos fundamentais, cuja tutela é reforçada pelo regime das proibições de prova, repercutem-se em corresponsivos deveres de respeito a observar por parte das entidades e sujeitos com competência no âmbito da investigação criminal e, conseqüentemente, na restrição das respetivas

⁴ Sobre as realidades em conflito no âmbito das proibições de prova ver KARL HEINZ GÖSSEL, *El derecho procesal penal en el Estado de Derecho*, Santa Fé: Rubinzal Culzoni Editores, 2007, pp. 144-148, ERNST BELING, *Las Prohibiciones de Prueba*, pp. 47-53 e KAI AMBOS, *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán*, in: *Las Prohibiciones Probatorias*, Bogotá: Temis, 2009, pp. 61-62 e 69-70.

⁵ A incompatibilidade parcial-parcial em presença verifica-se quanto à atuação da autoridade competente na prática de atos probatórios, sendo a perseguição penal parcialmente incompatível com a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos na medida da realização de atos que contendam, a título de exemplo, com o direito à integridade física e moral, mediante o emprego de tortura com vista à obtenção de prova, sendo, todavia, parcialmente compatível relativamente à prova obtida mediante a prática de atos processualmente admissíveis. Sobre a incompatibilidade de normas ver PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016, pp. 255-262. Em geral quanto a conflitos normativos cfr. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa: A Teoria da Norma e a Criação de Normas de Decisão de Discricionariedade Instrutória*, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 237-295, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, pp. 228-248 e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 262-263.

⁶ Neste sentido JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Para uma Reforma Global do Processo Penal Português*, in: *Para uma Nova Justiça Penal*, Coimbra: Almedina, 1983, pp. 205-207, pugnando no sentido de que, quando esteja em causa a garantia da dignidade da pessoa humana, do arguido ou de outra pessoa, não é possível qualquer transação, devendo dar-se prevalência à finalidade do processo penal que dê total cumprimento àquela garantia constitucional. Em especial quanto à norma de reserva da intimidade privada cfr. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 375.

⁷ Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1.ª edição (Reimp.), Coimbra: Almedina, 2013, pp. 201-202.

atribuições, no que concerne à prática de atos processuais de obtenção e valoração de prova, assegurando-se que o suspeito ou o arguido exercem um papel ativo enquanto sujeitos processuais, dispondo dos meios necessários ao exercício da sua defesa e, nomeadamente, do direito a não facultar de meios de prova a que possam contribuir para a própria condenação. A compreensão do arguido como fonte e objeto de prova, subjugado às finalidades do processo penal, na medida em que se trata de uma perspetiva não consentânea com a conceção de dignidade da pessoa humana⁸, é precisamente a conceção que se pretende superar ao erigir os direitos fundamentais a limites à ingerência das autoridades competentes na esfera dos indivíduos visados.

O regime jurídico das proibições de prova consagrado no artigo 126.º do CPP compreende proibições referentes à produção de prova e à valoração de prova⁹. No que concerne às proibições de produção de prova, a obtenção de prova pode ser restringida em função do (i) meio de prova em questão, como sucede, a título de exemplo, relativamente ao depoimento indireto nas condições previstas nos n.ºs 1 e 3 do artigo 129.º do CPP, em virtude das quais, o depoimento indireto pode ser insuscetível de valer como meio de prova.

Relativamente ao (ii) método utilizado, condiciona-se a obtenção de prova à realização de procedimentos processuais como exames, revistas, buscas, apreensões ou escutas telefónicas, mediante a observância das exigências estabelecidas pelos artigos 171.º a 190.º do CPP¹⁰, vedando-se a título absoluto o recurso a tortura, maus tratos, coação, ofensas corporais, intromissão abusiva na vida privada, domicílio, correspondência ou telecomunicações.

Do ponto de vista da repercussão das proibições de métodos de obtenção de prova no plano da admissibilidade processual das provas e consequente utilização, cumpre

⁸ Conforme sustentado em JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana: Dignidade e Direitos Fundamentais*, Vol. I, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 61-69, a elevação da dignidade da pessoa humana, enquanto “*alicerce fundamental do Estado de Direito*” a princípio constitucional conforma decisaivamente a relação do Estado com os indivíduos, mediante o reconhecimento da “*primazia da pessoa*”, ou seja, da pessoa como fim em si mesma, repudiando-se qualquer instrumentalização a favor do Estado ou a outros que a degradem na sua essência e no seu valor próprio e supremo de pessoa.

⁹ Quanto à classificação de proibições de prova, v. PAULO SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, 1.ª edição (Reimp.), Coimbra: Almedina, 2018, pp. 178-186, no qual o Autor reitera os entendimentos defendidos na sua obra *As proibições de prova no processo penal*, in: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 133-154. No mesmo sentido KAI AMBOS, *Las prohibiciones*, pp. 65-66.

¹⁰ Sobre estes meios de obtenção de prova, v. MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 115-125.

assinalar a dicotomia tradicionalmente traçada entre proibições de prova absolutas e proibições de prova relativas.¹¹

As proibições de prova absolutas determinam a insuscetibilidade de produção e recolha de prova conquanto a realização das respetivas diligências probatórias constitua uma violação grave de direitos fundamentais como a integridade física ou moral, a autodeterminação e a intimidade privada, independentemente de o respetivo titular ter consentido na sua realização¹² nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 126.º do CPP, conjugado com o n.º8 do artigo 32.º da CRP. Abrangidos pela mesma proibição estão, igualmente, os procedimentos de produção de prova que consistam numa abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, com a particularidade de que tal somente se verifica nas situações em que o respetivo titular não concede o seu consentimento para a realização destes procedimentos.

Neste sentido, quanto aos bens jurídicos tutelados nos termos dos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 34.º da CRP, o regime explanado é excetuado pelo estabelecimento de proibições de prova relativas, relativamente às quais o consentimento ou acordo dos indivíduos visados pelas diligências de prova releva para efeitos do afastamento da proibição de utilização da prova em causa e consequente cominação de nulidade, conforme resulta do disposto no n.º3 do artigo 126.º CPP.¹³

¹¹ Cfr. PAULO SOUSA MENDES, *Lições*, pp. 179-180.

¹² Sobre a relevância do consentimento v. JOÃO CONDE CORREIA, *A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial*, in: Revista do CEJ, Número especial, n.º 4, 1.º Semestre, 2006, pp. 181-182.

¹³ Na verdade, o critério tradicionalmente sustentado na destrição das proibições de prova absolutas e relativas desatende, no nosso entender, a considerações da estrutura normativa, cujas consequências são da maior relevância na concretização do regime das proibições de prova. Ora as normas de proibições de prova, quer de proibições absolutas, quer de proibições relativas, enquanto normas sistematicamente inseridas num ordenamento normativo, são normas necessariamente sensíveis ao contexto fáctico e normativo em que se inserem, sendo, por conseguinte, derrotáveis, i.e., suscetíveis de derrota perante outras normas que prevejam um conjunto de condições de relevo, prevaletentes no caso concreto. Assim, no que respeita às consequências no plano da admissibilidade processual das proibições de prova absoluta, entendemos que a sua classificação como absoluta não possa significar a insuscetibilidade de ponderação e apreciação pelo julgador, ou seja, o carácter absoluto destas proibições de prova não é, nem pode ser, assimilável a uma prevalência absoluta e definitiva da proibição de prova sobre quaisquer circunstâncias fácticas excecionais que ocorram, mas sim a uma prevalência tendencial. Termos em que, neste contexto, a distinção entre proibições de prova absolutas e relativas pode assentar somente num grau ou frequência da prevalência das proibições sobre os demais interesses em presença que com aquelas conflituem, o que resultará do processo de ponderação, questão a que voltaremos *infra*.

Neste sentido, FRANCISCO AGUILAR, *A Destrição Tipológica entre Prova Defensiva e Prova Ofensiva em Sede de Proibições de Prova em Processo Penal*, in: RPCC, A. 28, n.º 2, maio-agosto, 2018, Coimbra: IDPEE, pp. 282 e 297-300, referindo o Autor que, numa aceção legítima da distinção entre proibições de prova, todas as proibições de prova constituem proibições de prova relativas.

Quanto ao (iii) tema ou conteúdo dos factos sobre os quais a prova recai, facultase a possibilidade dos visados se escusarem a depor quando inquiridos sobre questões abrangidas por segredo profissional, de funcionário ou de Estado, segundo dispõem os artigos 135.º, 136.º e 137.º do CPP, prevendo-se a possibilidade de o tribunal decidir da prestação de testemunho com quebra de segredo mediante a verificação de interesse preponderante, considerando a “*imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade, a gravidade do crime e a necessidade de proteção de bens jurídicos*”.¹⁴

No respeitante às proibições de valoração de prova, a proibição recai, como se intui, sobre a análise e apreciação de prova produzida¹⁵, e já não sobre a sua obtenção. Quanto a esta vertente das proibições de prova, é de assinalar os casos em que a apreciação probatória em juízo se encontra vedada em virtude da precedência de obtenção proibida de prova, estabelecendo-se, quanto a determinadas constelações de casos, uma relação de dependência da proibição de valoração de provas em face de anterior produção proibida de prova – proibições de valoração de prova dependentes-, o que se verifica quanto ao disposto no n.ºs 1 e 3 do artigo 126.º do CPP, segundo o qual, não podem ser utilizadas em processo provas consideradas proibidas em consequência da obtenção mediante “*tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas*” ou “*abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*”.¹⁶

Não obstante, cumpre salientar que as proibições de valoração da prova não assentam necessariamente sobre prova proibida, estabelecendo-se proibições de valoração relativamente a prova obtida mediante meio ou método permitido – proibições de valoração de prova independentes¹⁷-, cuja regulação normativa é traçada

Sobre a derrotabilidade normativa v. o contributo assinalável sobre a questão na doutrina portuguesa de PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, pp. 160-227.

¹⁴ Cfr. n.º 3 do artigo 135.º, conjugado com o disposto no n.º2 do artigo 136.º, ambos do CPP.

¹⁵ Cfr. KARL HEINZ GÖSSEL, *El derecho*, pp. 259-274 e PAULO SOUSA MENDES, *Lições*, pp. 182-186.

¹⁶ Relativamente à conceção das proibições de valoração expressamente previstas na lei como “proibições de valoração absolutas” entende KARL HEINZ GÖSSEL, *El derecho*, p. 250, que a apreciação dos factos em causa se encontra totalmente subtraída ao julgamento pelas entidades competentes.

¹⁷ Contrariamente ao que se constata da análise ao regime da prova do ordenamento jurídico italiano, não se prevê a figura das proibições de prova independentes, conforme assinalado por KAI AMBOS, *Las prohibiciones*, p. 67.

em “permanente referência ao caso concreto”¹⁸, sobre a qual nos debruçaremos brevemente *infra*¹⁹.

A configuração das proibições de prova pode resultar também, em determinados casos, da concreta configuração de juízos de ilicitude material. A título de exemplo, conforme decorre do disposto no artigo 167.º do CPP, estabelece-se a proibição de utilização de prova relativamente a reproduções fotográficas, cinematográficas, fonográficas, por meio de processos eletrónicos ou de modo geral, reproduções mecânicas, cuja obtenção ou valoração consubstancie a prática de ilícitos penais, o que nos remete, desde logo, para as disposições da lei penal substantiva, excetuando-se, nos termos do n.º2 do mesmo artigo, a ilicitude das reproduções mecânicas mediante a observância dos requisitos estabelecidos no Título III do Livro III do CPP, referente aos artigos 171.º a 190.º.

Assim, a admissibilidade processual das provas realizadas em suporte fonográfico, fotográfico, cinematográfico ou por meio de processo eletrónico, assenta em valorações respeitantes à relevância criminal dos factos, por referência ao disposto no artigo 199.º do CP²⁰, que incrimina os factos consubstanciados em gravações ilícitas ou fotografias ilícitas.

Numa breve referência, importa atender às incriminações que estão na base desta disposição e em que assentam as correspondentes proibições de prova. Em primeiro lugar visa-se tutelar, a título autónomo²¹, os bens jurídicos do direito à palavra e do direito à imagem, ao punir as condutas que, sem o consentimento do visado, consistam (i) na gravação de palavras proferidas por outra pessoa, não destinadas ao público ou (ii) na utilização ou permissão que se utilizem as gravações realizadas, mesmo que

¹⁸ Neste sentido, assinalando a “tensão centrífuga para o caso concreto” para lograr alcançar o sentido das proibições de valoração de prova, assim como o das proibições de produção v. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 114-116.

¹⁹ V. ponto 4.3.

²⁰ Sobre o regime jurídico das gravações e fotografias ilícitas v. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 237-272, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Artigo 199.º (Gravações e Fotografias Ilícitas)*, in: Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial (org. Jorge Figueiredo Dias), Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 817-845, também PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição, Lisboa: Universidade Católica, 2015, pp. 776-781.

²¹ Sobre o direito à palavra e direito à imagem como bens jurídicos autónomos v. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Artigo 199.º*, pp. 818 e 821-824, reiterando no que ao direito à palavra concerne, o entendimento expresso em *Sobre a valorização, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares*, in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, BFDUC, Vol. I, Coimbra, 1984, pp. 593-612.

licitamente produzidas, sendo que, no que se reporta às fotografias ilícitas, incriminam-se os atos consubstanciados em (i) fotografar ou filmar outra pessoa, contra vontade, mesmo em eventos em que legitimamente se participe ou em (ii) utilizar ou permitir que se utilize fotografias ou filmes, contra a vontade do visado, ainda que tenham sido licitamente realizados.

Como se constata, é consagrada uma dualidade de condutas típicas que tem expressão na criminalização da captação e registo de som consubstanciada na realização de gravação, assim como na incriminação da utilização da gravação através da reprodução dos conteúdos em causa, independente de um prévio juízo de ilicitude sobre a conduta em causa, ou seja, pune-se a reprodução não consentida da palavra, ainda que originariamente o seu registo não seja ilícito. O mesmo sucede quanto à incriminação das fotografias ilícitas, prevendo-se a criminalização da reprodução de imagens captadas através de fotografia ou filme mediante a visualização dos conteúdos capturados contra a vontade do visado, sem embargo de aquelas fotografias ou filmes terem sido licitamente obtidos.²²

A conceção de soluções dualistas quanto aos ilícitos típicos em causa prende-se com o reconhecimento de que a reprodução de determinado conteúdo é suscetível de comportar, *per se*, uma lesão de relevo para os direitos fundamentais²³, do que se conclui, relativamente às proibições de prova consagradas, que são estabelecidas proibições de valoração dependentes da ilicitude da obtenção de prova e proibições de valoração independentes da ilicitude da obtenção, focadas somente no momento da reprodução dos conteúdos obtidos, por constituir uma lesão autónoma do bem jurídico tutelado.

Estabelece-se, nestes termos, uma relação entre o regime penal substantivo e processual na medida da sua convergência na conformação do direito das proibições de prova²⁴, cuja compreensão passa, no essencial, por conceber que nem todas as

²² Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Artigo 199.º*, pp. 819 e 830-831.

²³ Neste sentido, v. *Idem, ibidem*, p. 830, referindo-se o Autor a uma “*renovação da danosidade social típica*”.

²⁴ Na linha de que os juízos e valorações do direito penal configuram “um dos tópicos nucleares do «círculo hermenêutico» em sede de proibições de prova” v. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, p. 15.

proibições de prova corporizam um ilícito penal²⁵, termos em que o desvalor jurídico conduzirá apenas à inadmissibilidade de utilização das provas, como sucede na generalidade das proibições de prova, assim como o inverso, no atinente aos casos em que a prova ilícita não corresponde necessariamente a uma prova proibida, de valoração inadmissível em processo.

A clarificação destas linhas de contacto que, a nosso ver, caracterizam a influência do direito penal e processual penal na configuração das proibições de prova, decorre da ampla discussão doutrinária entre diferentes correntes, de que avultam as teses da *inadmissibilidade dos meios de prova que corporizem um ilícito material substantivo*, a que corresponde, em linhas gerais, o entendimento contemplado no referido artigo 167.º, no sentido de que o valor probatório depende da licitude dos factos praticados na respetiva obtenção ou valoração e, num sentido contrário, da *admissibilidade dos meios de prova que corporizem um ilícito material substantivo*, com base na atipicidade ou justificação das condutas²⁶, na esteira da qual se suscita a relevância da questão do enquadramento das provas ilicitamente obtidas e fornecidas por particulares.

Neste sentido, tem-se admitido, de forma generalizada, a prova carreada para processo por particulares, contanto que as proibições de prova vinculam primordialmente os órgãos de investigação criminal, não se logrando atingir com proibições de valoração a prova obtida por particulares nos termos em que sobre aqueles não impendem quaisquer deveres de atuação no respeitante a atos de investigação criminal. A mesma solução já não figuraria, assim, a respeito das condutas levadas a cabo pelas autoridades judiciárias e pelos OPC encarregues da investigação, bem como por particulares que atuem sob a sua ordem e orientação, atenta a direta vinculação às proibições de prova concebidas enquanto comandos de disciplina e controlo da atuação destas entidades.²⁷

²⁵ Quanto a esta questão v. JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, in: *Stvdia Ivridica*, n.º 44, BFDUC, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 95, nota de rodapé 191, frisando o Autor que nestes casos se estará perante a ilegalidade de atos processuais, os quais são, pelo menos, processualmente ilícitos, atenta a violação da lei e MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 40-42.

²⁶ Desenvolvidamente sobre as teses em confronto cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 43-55.

²⁷ Não obstante, esta problemática da obtenção de prova por particulares comporta questões de resolução muito complexa, como se verá adiante.

Por último, a realização de diligências probatórias rege-se ainda por um conjunto de normas que estabelece pressupostos de natureza procedimental, i.e., formalidades preordenadas à condução regular e eficaz dos atos de produção e valoração de prova.²⁸ A inobservância destas formalidades dita a destrinça face ao regime jurídico das proibições de prova, porquanto, pese embora estas pautem a prática de atos probatórios, a sua violação não afeta *per se* a validade da prova e a possibilidade da sua utilização em processo.²⁹

1.2. O REGIME DA NULIDADE DA PROVA OBTIDA EM DESRESPEITO DAS PROIBIÇÕES DE PROVA

A norma que determina a nulidade das proibições de prova e que tem a sua expressa consagração no plano constitucional³⁰, conformou normativamente o regime processual das proibições de prova conforme disposto no artigo 126.º do CPP³¹, concretizando, no essencial, o desvalor da nulidade em restrições respeitantes à utilização de provas produzidas em violação das exigências que disciplinam a obtenção de prova de cuja valoração decorreria o desrespeito pelos bens jurídicos tutelados pelas proibições de prova.

Neste sentido, a inobservância das exigências de realização de diligências probatórias estabelecidas no artigo 126.º do CPP mediante a utilização de determinados métodos de produção da prova, determina a insuscetibilidade de averiguar e conhecer os factos com relevância probatória deles decorrentes e, eventualmente, em consequência

²⁸ Sobre a delimitação das proibições de prova face às regras de produção de prova cfr. JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo*, pp. 109-112 e no mesmo sentido em *A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial*, pp. 184-185, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, 5.ª edição, Lisboa: Verbo, 2011, p. 170, referindo-se o Autor às proibições de prova como o “*an*” da prova e às regras de produção como o “*quomodo*”. V. também MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 84-86 e PAULO SOUSA MENDES, *Lições*, pp. 179 e 182.

²⁹ Cfr. Acórdão do STJ de 02/04/2008, Processo n.º 08P578, Relator José A. H. Santos Cabral, postulando que “*as regras de produção da prova (...) visam apenas disciplinar o procedimento exterior da realização da prova na diversidade dos seus meios e métodos, não determinando a sua violação a reafirmação contrafática através da proibição de valoração. (...) Umhas vezes preordenadas à maximização da verdade material (como forma de assegurar a solvabilidade técnico-científica do meio de prova em causa), as regras de produção da prova podem igualmente ser ditadas para obviar ao sacrifício desnecessário e desproporcionado de determinados bens jurídicos.*”

³⁰ Nos termos do n.º 8 do artigo 32.º da CRP “*são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*”.

³¹ Cfr. HELENA MORÃO, *O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português*, pp. 575-620 e MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 12-13.

de produção proibida de prova ou ainda quanto a prova legalmente produzida, a impossibilidade de carrear a prova para efeitos da respetiva apreciação em processo e, designadamente, de nela assentar a convicção do tribunal e a fundamentação da sentença.³²

O regime geral das nulidades processuais penais, conforme disposto nos artigos 118.º a 123.º do CPP, procede à consagração de normas de nulidades sanáveis e insanáveis, regulando as condições da respetiva sanção e determinando ainda as nulidades dependentes de arguição e os efeitos decorrentes da declaração de nulidade.³³ No respeitante às proibições de prova, contudo, o n.º 3 do artigo 118.º do CPP ressalva que as disposições relativas às nulidades processuais “*não prejudicam as normas relativas às proibições de prova*”, assinalando a inequívoca autonomia deste instituto face ao regime das nulidades processuais penais.³⁴

Pese embora a relação de independência entre o regime das nulidades processuais penais e o regime de nulidade das proibições de prova seja traçada com aparente clareza, a determinação do sentido e alcance desta independência não tem logrado alcançar soluções consensuais.

A autonomia entre o regime das nulidades processuais penais e as proibições de prova, assente na configuração de uma relação estreita das proibições de prova com o regime geral das nulidades processuais penais em geral³⁵, é preconizada por uma corrente doutrinária, que, contudo, não logra demonstrar de que modo o regime das

³² No sentido de não se lhe reconhecer qualquer fim processual, como se a prova não existisse. Neste sentido, v. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, p. 178.

³³ Acerca do regime geral de nulidade do CPP cfr. JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo*, pp. 164-175, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, pp. 118-135 e PAULO SOUSA MENDES, *Lições*, pp. 186-187.

³⁴ Referindo-se à “*pluralidade de tratamentos (a que os atos processuais inválidos dão origem) que variam em função da gravidade e da natureza da violação*” assim como das “*necessidades ditadas pela sua política criminal*” v. JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo*, pp. 102-103. Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, p. 118.

³⁵ Neste sentido MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 192-196, demonstrando que se trata de uma relação de “*interpenetração*”, ressaltando que a disciplina das proibições de prova transcende a das nulidades processuais, sob pena de uma desconsideração inadmissível do disposto no n.º3 do artigo 118.º do CPP.

nulidades processuais penais se concilia com as proibições de provas e se concretiza no plano da prática jurídica.^{36/37}

De acordo com a orientação doutrinária contraposta, o regime da invalidade das proibições de prova é postulado da conceção das proibições de prova como um regime autónomo, e assim, independente face às nulidades processuais penais, nos termos em que não encontra correspondência no respetivo regime.^{38/39} Embora se determine a cominação da violação das disposições normativas com nulidade, a compreensão de tal invalidade deve basear-se no entendimento de que a infração implica a inutilização da prova e não num entendimento técnico de nulidade.⁴⁰

O regime de invalidade das proibições de prova assenta, nestes termos, em especificidades técnicas e dogmáticas, radicando na proteção de direitos fundamentais intransponíveis à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e, fundando-se, por conseguinte, em premissas substancialmente distintas daquelas em que se baseiam as normas que regulam questões de índole processual, v.g. a composição e competência do tribunal, a comparência do arguido ou do defensor, a forma de processo utilizada.

³⁶ Cfr. HELENA MORÃO, *O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português*, p. 594 e LUÍS PEDRO MARTINS DE OLIVEIRA, *Da Autonomia do Regime das Proibições de Prova*, in: Prova Criminal e Direito de Defesa, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 260-261.

³⁷ Diferentemente em PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a edição, Lisboa: Universidade Católica, 2011, pp. 335-336, que, a despeito de afirmar que a autonomia das proibições de prova se reflete na adoção de um regime de nulidade distinto do regime das nulidades processuais, procede à descrição do regime de invalidade das proibições de prova à luz do regime das nulidades processuais, mediante a total correspondência com os efeitos das nulidades processuais: “ (...) a nulidade da prova proibida que atinge o **direito à integridade física e moral** (...) é **insanável**; a nulidade da prova proibida que atinge os **direitos à privacidade** (...) é **sanável pelo consentimento do titular do direito**”.

³⁸ Por referência à ideia de autonomia dogmática e jurídica explanada em LUÍS PEDRO MARTINS DE OLIVEIRA, *Da Autonomia*, pp. 261-262.

³⁹ Cfr. HELENA MORÃO, *O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português*, p. 596, referindo-se a Autora ao estabelecimento de um regime implícito da invalidade das proibições de prova, no sentido em que a ausência de consagração expressa de aspetos relacionados com o conhecimento da nulidade, a arguição ou a possibilidade de sanção, entre outros, decorre de uma opção legislativa e não de uma omissão, a cujo suprimimento se procederia através da aplicação supletiva das nulidades processuais penais. No mesmo sentido GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, p. 177.

⁴⁰ Cfr. JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo*, p. 159, nota de rodapé 362, também na sua obra *A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial*, pp. 191-202 e LUÍS PEDRO MARTINS DE OLIVEIRA, *Da Autonomia*, pp. 264-267, aduzindo argumentos que sustentam o sentido não técnico subjacente ao uso da palavra “nulidade” no n.º8 do artigo 32.º da CRP e no artigo 126.º do CPP.

Ora é justamente em torno das considerações respeitantes à natureza dos bens jurídicos tutelados e à gravidade da respetiva violação que reside a autonomia, a título absoluto, do regime das proibições de prova, nomeadamente à luz de exigências de tutela não conciliáveis com a estrutura e características das nulidades processuais penais, no que se refere à sujeição a poderes de conformação dos sujeitos processuais, ao modo de conhecimento, à arguição das nulidades e, sobretudo, no que se prende com as possibilidades de convalidação dos atos viciados e subsequente aproveitamento em processo.

A invalidade das diligências probatórias consubstanciadas em proibições de prova rege-se, por conseguinte, por um regime próprio^{41/42}, podendo gerar duas categorias de nulidade, a nulidade absoluta e a nulidade relativa, decorrentes da dicotomia entre proibições de prova absolutas e relativas, consoante a renúncia à tutela dos direitos fundamentais esteja ou não na disponibilidade do respetivo titular, sendo que as nulidades relativas se diferenciam pela possibilidade de afastamento do respetivo efeito de inutilização da prova em razão do consentimento do titular dos direitos fundamentais em apreço.

Os efeitos decorrentes das nulidades das proibições de prova, i.e., a não produção de efeitos jurídicos da prova proibida e conseqüente inadmissibilidade valorativa⁴³, resultam diretamente da lei, não estando dependentes de declaração da nulidade. A respetiva arguição não é, igualmente, limitada a poderes de conformação de determinados sujeitos processuais, sendo de conhecimento oficioso, conhecimento este que não se circunscreve a qualquer fase procedimental e, de que é corolário o facto de o trânsito em julgado não consolidar o desvalor da prova em causa, sendo que a sua verificação constitui fundamento de revisão extraordinária de sentença transitada em

⁴¹ Neste sentido JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo*, pp. 156-161, HELENA MORÃO, *O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português*, pp. 591-596, LUÍS PEDRO MARTINS DE OLIVEIRA, *Da Autonomia*, pp. 259-286 e PAULO SOUSA MENDES, *Lições*, pp. 187-190.

⁴² Assinalando a necessidade de distinção entre as nulidades processuais e as nulidades das proibições de prova cfr. Acórdão do STJ de 18/05/2006, Processo n.º 06P1394, Relator Santos Carvalho e, no mesmo sentido, Acórdão do STJ de 15/11/2007, Processo n.º 07P3236, Relator Santos Carvalho.

⁴³ Sobre a consequência da inadmissibilidade que subjaz às proibições de prova cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, pp. 116-118 e LUÍS PEDRO MARTINS DE OLIVEIRA, *Da Autonomia*, pp. 269 e 284-286, reputando a insuscetibilidade de utilização e valoração da prova proibida ao desvalor da inexistência, num sentido idêntico à “inutilizabilidade” da prova conforme vigente no direito processual penal italiano.

julgado⁴⁴, não se prevendo qualquer fator suscetível de conduzir à respetiva sanção e aproveitamento em processo.⁴⁵

Admitir-se a convalidação de prova proibida e a conseqüente utilização pelo Estado, afetando a mesma prova aos fins de prossecução penal é inconcebível, ainda que se trate de prova não resultante da ação estatal de investigação penal, v. g. atos carreados a processo pelo assistente. O respetivo aproveitamento significaria a conivência com a prática de atos lesivos dos direitos fundamentais dos indivíduos visados pelo próprio Estado, e, quanto às proibições de prova assentes em ilicitude material, ditaria a condução de atos criminosos pelo Estado com o propósito de averiguar e esclarecer a prática criminosa de outrem, frustrando em absoluto a teleologia subjacente ao regime das proibições de prova.⁴⁶

No que concerne à violação das formalidades subjacentes a determinadas diligências probatórias, na sequência do preconizado anteriormente e, uma vez que o seu desrespeito não consubstancia a prática de uma proibição de prova, não comportando as conseqüências que lhe estão associadas, o regime de nulidade das formalidades dos atos de prova rege-se nos termos do regime geral das nulidades processuais penais⁴⁷. A inobservância destas formalidades determina assim a irregularidade⁴⁸ dos respetivos atos na maioria dos casos, o que sucede quanto às formalidades a observar na execução de atos de revista e busca, nos termos do n.º 1 do artigo 175.º e do n.º1 do artigo 176.º, ambos do CPP, embora possa ser cominada com

⁴⁴ Cfr. n.º 3 do artigo 410.º do CPP, conjugado com a alínea e) do n.º1 do artigo 449.º do mesmo diploma.

⁴⁵ Cfr., por todos, LUÍS PEDRO MARTINS DE OLIVEIRA, *Da Autonomia*, pp. 280-281 e PAULO SOUSA MENDES, *Lições*, pp. 189-190.

⁴⁶ Admitir-se a convalidação da prova para efeitos do seu conhecimento e apreciação em processo consubstanciaria o Estado na prática dos factos que o próprio repudia, o que é especialmente gravoso quando as proibições de prova se fundam em juízos de ilicitude penal, comprometendo a sua legitimidade, conforme se conclui em MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 14-15. Cfr. quanto a este ponto JOÃO CONDE CORREIA nas suas obras *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, pp. 158-159 e *A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial*, p. 177, alertando o Autor para a necessidade de o Estado revelar superioridade ética, no sentido em que “*não pode combater o crime, por mais grave que ele seja, cometendo, ele próprio, outros crimes*”.

⁴⁷ Cfr. JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo*, pp. 108-110, 156, nota de rodapé 353 e p. 100, assinalando a progressividade verificada entre a irregularidade decorrente da violação das formalidades e a invalidade própria das proibições de prova: “*Desde as meras irregularidades, que não afetam o normal decurso do processo, até aos atos juridicamente inexistentes (entenda-se atos que consubstanciem proibições de prova), que não devam produzir qualquer efeito jurídico e sobrevivem ao trânsito em julgado da sentença, vai um leque de situações, cada vez mais graves e com efeitos mais drásticos*”, (parênteses nossos), demonstrando que se trata de regimes com efeitos diametralmente opostos.

⁴⁸ Cfr. n.º 2 do artigo 118.º do CPP, conjugado com o disposto no artigo 123.º. Neste sentido, PAULO SOUSA MENDES, *Lições*, p. 191.

inexistência ou nulidade⁴⁹ em função da concreta violação, conforme prescrito pelo legislador.

Uma das problemáticas mais relevantes em sede da discussão do desvalor jurídico associado às proibições de prova prende-se com o efeito à distância⁵⁰, i.e., a comunicação da proibição de utilização de prova proibida, obtida a título primário, em relação à prova obtida por intermédio da obtenção daquela, tributária da doutrina norte-americana “*fruit of the poisonous tree*”⁵¹. Trata-se, neste contexto, de indagar do alcance do vício que inquina a prova proibida, por exemplo, quanto à admissibilidade dos conhecimentos relativos aos instrumentos utilizados na prática de crime de homicídio possibilitados pela confissão obtida mediante submissão do suspeito ou arguido a atos de tortura ou coação.⁵²

A inadmissibilidade de utilização de prova indiretamente obtida mediante produção e/ou valoração de prova proibida⁵³ é uma consequência necessária do regime das proibições de prova, que decorre, desde logo, da respetiva sede constitucional⁵⁴. De facto, ao estabelecer a nulidade das provas obtidas em desrespeito dos trâmites e condicionalismos legalmente fixados, o n.º 8 do artigo 32.º da CRP não empreende qualquer desrinça em função do modo de obtenção da prova, ou seja, não exclui do seu

⁴⁹ No sentido de que a violação do disposto no n.º 4 do artigo 188.º do CPP, no que se refere a comunicação ao juiz no prazo de quarenta e oito horas, constitui nulidade sanável, dependente de arguição nos termos dos n.ºs 1 e 3 do artigo 120.º do CPP, v. Acórdão do STJ de fixação de jurisprudência n.º 1/2018, Processo n.º 123/13, do Relator Souto de Moura. Cfr. JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo*, p. 156.

⁵⁰ Sobre o efeito à distância v. JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo*, pp. 137-138, HELENA MORÃO, *O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português*, pp. 577-583 e 596-620, HELENA MORÃO, *Efeito-à-distância das proibições de prova e declarações confessoriais – o acórdão n.º 198/2004 do Tribunal Constitucional e o argumento “the cat is out of the bag”*, in: RPCC, A. 22, n.º 4, outubro-dezembro, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 708-719, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 61-63, 169-187 e 312-318, LUÍS PEDRO MARTINS DE OLIVEIRA, *Da Autonomia*, pp. 280-281 e PAULO SOUSA MENDES, *Lições*, pp. 191-197.

⁵¹ Em linhas gerais sobre a experiência americana cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 170-172.

⁵² Cfr. quanto a esta e mais hipóteses típicas discutidas no âmbito da temática do efeito à distância MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 61-62.

⁵³ Consubstanciada “*num retorno do processo ao ponto onde foi praticado o ato imperfeito*”, conforme se afirma em JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo*, p. 137.

⁵⁴ No sentido de que a sede legal do efeito à distância consiste, desde logo, no n.º 8 do artigo 32.º da CRP, assim como decorre essencialmente a ideia de autonomia e completude do regime das proibições de prova cfr. HELENA MORÃO, *O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português*, pp. 596-601, entendimento que a Autora reitera em *Efeito-à-distância das proibições de prova e declarações confessoriais*, pp. 714-715. Em sentido concordante v. também LUÍS PEDRO MARTINS DE OLIVEIRA, *Da Autonomia*, pp. 286-288 e PAULO SOUSA MENDES, *Lições*, pp. 196-197.

âmbito de aplicação as situações em que à prova obtida precede a produção de prova vedada pelo ordenamento jurídico.⁵⁵

De outro modo, assentar o enquadramento legal do efeito à distância na norma consagrada no n.º1 do artigo 122.º da CPP⁵⁶, segundo a qual a nulidade afeta não só o ato primeiramente atingido com o desvalor da nulidade, como também aqueles que o procedam e que dele dependam, seria incompatível com a ideia de autonomia absoluta das proibições de prova. Aliás, a sua aplicabilidade à questão do efeito à distância estaria preliminarmente afastada considerando que o artigo 122.º regula os efeitos da declaração de nulidade, que de resto, como se verificou *supra*, não tem cabimento quanto ao regime das proibições de prova.⁵⁷

A concretização do efeito à distância na inutilização das provas indiretas consubstancia uma realização indispensável do postulado das proibições de prova⁵⁸, fundada essencialmente numa lógica preventiva, de obstar a que as autoridades responsáveis pela investigação penal e que os sujeitos que desta se encarreguem “cedam à tentação” de sacrificar de modo intolerável os direitos fundamentais dos indivíduos visados pelas diligências probatórias, com o intuito de prosseguir os fins de investigação criminal e avançar agilmente na averiguação da verdade de factos de relevância probatória cujo conhecimento seria inalcançável ou, pelo menos, dificultado por via da adoção dos meios de obtenção e meios de prova admissíveis.

Contudo, avultam neste âmbito um conjunto de circunstâncias excepcionais cuja observância gera a suscetibilidade de atenuação ou restrição do efeito à distância sobre as provas em questão, mediante a demonstração de que o nexo de causalidade ou dependência estabelecido entre a prova imediata e a prova mediatamente produzida não é suficiente para sustentar a comunicação do efeito de inadmissibilidade da prova proibida, possibilitando a respetiva legitimação e admissibilidade processuais.

⁵⁵ Cfr. HELENA MORÃO, *O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português*, p. 597.

⁵⁶ Neste sentido, MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal: Anotado e Legislação Complementar*, 17.ª edição, Coimbra: Almedina, 2009, p. 329, referindo que o artigo 122.º do CPP consagra o efeito à distância.

⁵⁷ Cfr. LUÍS PEDRO MARTINS DE OLIVEIRA, *Da Autonomia*, p. 268, nota de rodapé 28 e p. 288 acerca da possibilidade de ordenar a repetição de atos viciados de nulidade determinada nos termos do n.º2 do artigo 122.º do CPP e a sua inadequação à luz do regime das proibições de prova. Sendo que, não obstante a apreciação crítica do Autor quanto ao enquadramento do efeito à distância no âmbito do artigo 122.º, reconhece-se a utilidade da norma na fixação de critérios para a delimitação do respetivo instituto.

⁵⁸ Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 314-315.

As limitações ao efeito à distância assentam em diversos fatores que convergem, no entanto, no sentido de que a produção ou valoração de prova proibida, em razão da violação das normas que disciplinam a produção e valoração de prova, não foram determinantes para a produção ou descoberta da prova mediata ou que esta poderia ter sido adquirida independentemente da prova proibida.

Neste contexto, uma das exceções mais significativas consiste, designadamente, na conceção da ideia de “descoberta inevitável” da prova, segundo a qual a prova mediata obtida seria de provável e iminente descoberta no seguimento regular da atividade de investigação criminal prosseguida, alicerçada na suposição de que se procederia certamente a um percurso investigatório hipotético⁵⁹, independente daquele levou à produção de prova proibida e que conduziria à descoberta do mesmo resultado probatório. A que acrescem as exceções da “fonte independente”, de acordo com a qual os conhecimentos adquiridos mediatamente resultariam de posterior ato investigatório, mediante a aplicação de método de obtenção legal e autónomo face ao da prova primária atingida com o desvalor da nulidade, legitimando a respetiva apreciação em tribunal para efeitos de formação da convicção do juiz e, também a da “mácula dissipada”, relativamente à qual se atende a que a conexão da prova secundária com a prova primária proibida se dissipou ao ponto de o facto de aquela derivar originariamente de prova nula não ser fundamento bastante para sustentar a comunicação do respetivo desvalor.⁶⁰

Ora a compreensão do efeito à distância reside, no essencial, na relevância de que a prova secundária se encontre numa efetiva relação de conexão de ilicitude ou de causalidade com a proibição de prova que impende sobre a prova primária⁶¹. Assim, no respeitante ao âmbito deste efeito e face ao exposto, parece poder concluir-se que, como refere HELENA MORÃO, “*nada obsta (...) a que as provas mediatas possam ser valoradas, quando provenham de um processo de conhecimento independente e efetivo,*

⁵⁹ O que denota, desde logo, dificuldades no plano da aferição do grau de probabilidade exigido. Cfr. quanto aos principais critérios traçados pela doutrina cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 172 e 306 e PAULO SOUSA MENDES, *Lições*, p. 193. V. também HELENA MORÃO, *O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português*, pp. 609-612, numa linha crítica da doutrina dos percursos hipotéticos de investigação.

⁶⁰ Cfr., por todos, HELENA MORÃO, *O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português*, pp. 613-618 e JOSÉ A. H. SANTOS CABRAL, *Artigo 126.º (Métodos proibidos de prova)*, in: *Código de Processo Penal Comentado*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 409-413.

⁶¹ Cfr. JOSÉ A. H. SANTOS CABRAL, *Artigo 126.º (Métodos proibidos de prova)*, p. 413.

*uma vez que não há nestas situações qualquer relação de causalidade entre o comportamento ilícito inicial e a prova mediatamente obtida”.*⁶²

Neste contexto, cumpre ainda referir que se tem observado a propensão de alguma doutrina e jurisprudência para a adoção de soluções mistas e conciliatórias, mediante a determinação casuística de critérios de resolução das situações em que se suscite a problemática do efeito à distância, com base em juízos de ponderação dos interesses conflitantes em questão ou ainda mediante o estabelecimento de orientações alicerçadas na conceção de imputação objetiva, especialmente, por referência ao fim de proteção da norma.⁶³

1.3. DELIMITAÇÃO DOS DESTINATÁRIOS DAS NORMAS DE PROIBIÇÕES DE PROVA

A prossecução de diligências probatórias no âmbito de uma investigação criminal, consubstanciada na prática de atos de produção e valoração de prova, cabe, por excelência, às autoridades públicas, nomeadamente às autoridades judiciais e aos OPC, sob a direção e na dependência funcional daquelas.⁶⁴

As proibições de prova, designadamente as proibições de métodos de obtenção de prova, destinam-se fundamentalmente a disciplinar a atuação do MP, enquanto responsável pela direção do inquérito⁶⁵, do Juiz de Instrução, quanto à prática de determinados atos⁶⁶, dos OPC, que assistem e coadjuvam o MP, atuando sob a sua direta orientação e na sua dependência funcional⁶⁷, bem como a atuação de terceiros que atuem sob a orientação das autoridades, considerando o predomínio das atuações destes

⁶² Cfr. HELENA MORÃO, *O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português*, p. 614. Discutindo a autonomia probatória de declarações confessórias prestadas pelo arguido posteriormente à realização de escutas telefónicas proibidas, v. HELENA MORÃO, *Efeito-à-distância das proibições de prova e declarações confessórias*, pp. 719-726.

⁶³ Para uma apreciação crítica cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 20-21 e 176-182, destacando o Autor, a este propósito, que as proibições de prova têm vindo a revelar-se como um campo privilegiado de aplicação e confirmação de construções nucleares da dogmática penal substantiva, HELENA MORÃO, *O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português*, pp. 601-608 e PAULO SOUSA MENDES, *Lições*, pp. 191-196.

⁶⁴ Cfr. KAI AMBOS, *Las prohibiciones*, pp. 79-80, referindo-se aos destinatários da norma §136a do StPO, que consagra as proibições de prova no ordenamento jurídico alemão e também PAULO SOUSA MENDES, *Lições*, pp. 180-182, afirmando perentoriamente que as normas de proibições de produção de prova se dirigem unicamente às instâncias formais de controlo e os demais sujeitos processuais.

⁶⁵ Cfr. artigos 263.º e 267.º do CPP.

⁶⁶ Cfr. artigos 268.º, 269.º, 270.º, 288.º e 289.º do CPP.

⁶⁷ Cfr. artigos 55.º e n.º2 do artigo 263.º do CPP.

órgãos e autoridades nesta fase processual, no âmbito da qual se realizam a maioria das diligências conducentes à produção e recolha de prova.

No que concerne aos intervenientes que atuam sob a orientação das autoridades, deve considerar-se a atuação dos agentes no âmbito de ações encobertas, designadamente dos “*funcionários de investigação criminal ou de terceiros que atuam sob o controlo da Polícia Judiciária (...) com ocultação da sua qualidade e identidade*”⁶⁸, que integram o contexto da prática criminosa com vista à obtenção de informações e factos com relevância probatória para a incriminação dos suspeitos, mediante o convívio e acompanhamento dos indivíduos e dos atos praticados por estes.⁶⁹ Estes agentes encontram-se igualmente adstritos a deveres de respeito dos direitos fundamentais dos indivíduos, devendo prosseguir a investigação de acordo com as exigências legalmente estabelecidas, e, assim, limitando a sua ingerência ao estritamente necessário em função das finalidades da sua atuação, sendo a responsabilidade pelos seus atos imputada às autoridades que ordenam e coordenam a sua atuação.⁷⁰

Tal não se verifica, no entanto, quanto aos casos em que a ação de um agente encoberto finalisticamente orientada à descoberta e recolha de prova é conduzida mediante a participação do mesmo agente na realização dos factos com relevância probatória e índole incriminatória, nomeadamente através de instigação e determinação de outrem à prática criminosa, com o intuito de submeter esse outrem a um processo penal e não o de realizar efetivamente o crime.⁷¹

Na medida em que a atuação do agente provocador é constitutiva de um crime⁷² esta ultrapassa significativamente o escopo das atribuições que cabem a um agente infiltrado ou encoberto⁷³, que se prendem, em termos gerais, com a introdução do

⁶⁸ Cfr. n.º2 do artigo 1.º da Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, na sua atual redação, que estabelece e regula o regime jurídico das ações encobertas.

⁶⁹ Neste sentido MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 1999, pp. 163-164.

⁷⁰ V. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 154 e 158-159, referindo que, nos casos em que os particulares desenvolvam ações encobertas, estes encontram-se sujeitos ao mesmo regime de provas que os OPC. V. também KAI AMBOS, *Las prohibiciones*, pp. 81-82.

⁷¹ Neste sentido MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O Regime das Provas*, pp. 155-156.

⁷² Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, p. 234.

⁷³ A diferenciação entre os âmbitos de atuação do agente provocador, do agente infiltrado e do agente encoberto assenta fundamentalmente no critério do grau de ingerência dos agentes na esfera jurídica dos particulares e nos respetivos direitos, liberdades e garantias fundamentais, a qual tem expressão num

agente em determinado contexto com vista à descoberta de material probatório, a que não é conforme uma atuação que se inscreva no plano da provocação de ações que gerem essas mesmas informações.

Ora não sendo a respetiva atuação abrangida pelo regime das ações encobertas, especialmente no que diz respeito à isenção de responsabilidade consagrada nos termos do artigo 6.º da Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, a mesma não é suscetível de se reconduzir e imputar à Polícia Judiciária, na qualidade de órgão encarregue de controlo destas intervenções. A prossecução de finalidades de investigação e, em especial, a obtenção de prova mediante a perturbação da liberdade de formação de vontade e decisão através de provocação à prática de crimes consubstancia um método de obtenção de prova proibido, entendendo-se como um meio enganoso nos termos da alínea a) do n.º2 do artigo 126.º do CPP.⁷⁴

Assim, em geral, as proibições de prova projetam-se sobre a atuação de todos os sujeitos processuais^{75/76}, abrangendo, além dos sujeitos referidos *supra*, os assistentes e os defensores, conquanto lhes caiba uma posição processual própria e, aos quais é reconhecido um conjunto de deveres e direitos no âmbito do processo penal, de que

tratamento jurídico substantivo e processual substancialmente distinto, como refere MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O Regime das Provas*, pp. 162-163.

⁷⁴ Sobre o enquadramento da provocação na categoria de meio enganoso das proibições de prova v. MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O Regime das Provas*, pp. 159-160 e 202-220.

⁷⁵ Sendo certo que, no que respeita aos meros participantes processuais como a vítima, atribui-se o direito a colaborar com as autoridades através da prestação de informações e fornecimento de prova, segundo disposto no n.º5 do artigo 67.º-A, o que se verifica igualmente quanto à parte civil, nos termos do n.º3 do artigo 74.º conjugado com o n.º1 do artigo 79.º do CPP. Para a delimitação concetual de sujeitos processuais em contraposição com a categoria de participantes processuais cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, 6.ª edição, Lisboa: Verbo, 2010, p. 162.

⁷⁶ Note-se que, o universo de sujeitos destinatários das proibições de prova a que aqui nos reportamos, no qual estão compreendidos os sujeitos vinculados ao respeito do respetivo regime, em função da suscetibilidade de desenvolvimento de diligências probatórias no contexto processual (sujeitos ativos), se diferencia estruturalmente do âmbito de sujeitos destinatários de benefícios advenientes das proibições de prova (sujeitos passivos), ou seja, de sujeitos que possam ver a sua situação favorecida em função da prática de uma proibição de prova excecionalmente admitida em processo. Note-se que, não obstante, um sujeito que está vinculado às proibições de prova pode vir a beneficiar, sob determinadas circunstâncias, de uma proibição de prova por si produzida ou obtida por um terceiro, v.g. quando uma prova obtida nos termos do artigo 126.º do CPP constitua a única prova suscetível de demonstrar um facto relevante como a inocência do arguido.

Quanto a esta diferenciação, v. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 212-213, TERESA ARMENTA DEU, *La Prueba Ilícita*, pp. 81-83 e também PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE *Comentário do Código de Processo Penal*, p. 335.

avulta a prerrogativa de intervirem nas fases de inquérito e de instrução por via da oferta ou fornecimento de prova.⁷⁷

Posto isto, também o arguido é destinatário do regime das proibições de prova, na medida do direito processual a produzir e apresentar prova que lhe é conferido como corolário do direito a todas as garantias de defesa, prevendo-se a possibilidade da respetiva intervenção no inquérito e na instrução para o efeito, sendo certo que também o poderá fazer na fase de julgamento.^{78/79}

Em causa está o direito à prova, por referência à faculdade concedida aos sujeitos processuais de oferecer prova, mediante a solicitação da sua admissão em processo ou mesmo através da própria participação na respetiva produção.⁸⁰

Em suma, o postulado das proibições de prova tem aqui expressão na vinculação de qualquer sujeito processual que intervenha ou possa intervir no processo penal fornecendo prova de relevo a deveres de respeito face ao núcleo de direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana. Estes deveres de respeito têm concretização na delimitação de restrições a nível da produção de prova, segundo uma perspetiva preventiva face às infrações praticadas no âmbito de diligências de produção de prova, assim como na delimitação de restrições a respeito da utilização e valoração da prova, sendo, em princípio, vedada a respetiva apreciação quando sobre esta recaia determinada proibição de valoração.

⁷⁷ Cfr. alínea a) do n.º2 do artigo 69.º do CPP e o no n.º1 do artigo 63.º, conjugado com o n.º3 do artigo 70.º do mesmo diploma.

⁷⁸ Cfr. alínea g) do n.º1 do artigo 61.º do CPP. Cfr. JOSÉ NEVES DA COSTA, *Do Aproveitamento em Processo Penal das Provas Ilicitamente Obtidas por Particulares*, in: Revista de Concorrência e Regulação, A. 4, n.º 16, (outubro-dezembro), 2013, p. 303.

⁷⁹ Figurando o arguido como destinatário do regime das proibições de prova nos termos anteriormente descritos, refere MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 212-213, que a vinculação do arguido às proibições de prova subsiste na sua plenitude ainda que se trate de meio de prova que o favoreça, à luz da salvaguarda da integridade da liberdade de declaração.

Num sentido contraposto, centrando a tónica da discussão na contraposição entre prova defensiva e prova ofensiva, FRANCISCO AGUILAR sustenta que, no plano da admissibilidade de prova proibida, a prova defensiva – cujo conteúdo é favorável ao arguido, no sentido em que suscita dúvidas quanto à culpabilidade do agente ou demonstra efetivamente a sua inocência –, tenderá a ser processualmente aceite como corolário dos princípios da *insuportabilidade da condenação de um inocente* e da *insuportabilidade da condenação para além da culpa*, não relevando quem obteve a prova ou quem a requereu, nomeadamente se foi o arguido a obter ou recolher a prova. Cfr. FRANCISCO AGUILAR, *A Destrinça*, pp. 279-318.

⁸⁰ Assim, cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, pp. 164-167, sendo o direito à prova um traço identitário da estrutura acusatória do processo penal português. Para uma evolução do modelo de investigação em Portugal cfr. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Regime Jurídico da Investigação Criminal: comentado e anotado*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 17-27.

Deste modo, é destacada a relevância que as proibições de prova assumem, desde logo, do prisma da disciplina e controlo da atuação das autoridades judiciárias, órgãos policiais e, em geral, nos intervenientes no processo, operando no sentido da respetiva dissuasão⁸¹ da prática de infrações processuais no domínio da prova, sendo que, no que se refere à atuação dos demais sujeitos processuais, esta seja menos expressiva no decurso do processo penal em relação à das instâncias públicas.

Contudo, o entendimento de que as proibições de prova são concebidas como um instituto finalisticamente orientado à direção e controlo de condutas praticadas no domínio do processo penal, i.e., às intervenções processuais e diligências de prova conduzidas pelos sujeitos processuais, corolário de uma conceção processual das proibições de prova⁸², afigura-se, no nosso entender, desconforme com a vocação das normas de proibições de prova para a tutela de um núcleo de direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, compreendemos que a salvaguarda das garantias processuais e dos direitos fundamentais dos indivíduos não possa restringir-se à vinculação dos sujeitos processuais, nomeadamente das instâncias formais de controlo, porquanto estar-se-ia a restringir o âmbito das proibições de prova a um contexto que não esgota as suas potencialidades de aplicação e de proteção, nos termos para que foram concebidas.

Ora, em primeira análise, as proibições de prova consubstanciam um regime jurídico que determina que a justiça penal seja prosseguida em estrita conformidade com os direitos fundamentais dos indivíduos visados em processo, nomeadamente no tocante à realização de diligências processuais de prova, vedando as atuações que constituam uma ingerência inadmissível na integridade pessoal, na autodeterminação e no espaço de intimidade privada dos sujeitos.

⁸¹ Cfr. TERESA ARMENTA DEU, *La Prueba Ilícita*, pp. 30 e 33, reportando-se ao regime de proibições de prova norte-americano, no que se refere à necessidade de preservação da credibilidade e integridade judicial subjacente. V. KAI AMBOS, *Las prohibiciones*, pp. 62-63.

⁸² Tratando-se de uma conceção orientada para as consequências decorrentes do regime das proibições de prova. Enunciando as diferentes doutrinas discutidas, traçando a fronteira entre as teorias materiais e as formais, cfr. KARL HEINZ GÖSSEL, *El derecho*, pp. 151-155 e, mais especificamente sobre as doutrinas materiais das proibições de prova v. KARL HEINZ GÖSSEL, *As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha*, in: RPCC, A. 2, n.º 3, julho-setembro, Lisboa: Editorial Notícias, 1992, pp. 400-402.

Assim, as restrições de atuação no domínio processual penal, veiculadas pelas proibições de prova, repercutem-se invariavelmente sobre o âmbito de atuação das autoridades judiciárias, órgãos policiais e outros sujeitos processuais, enquanto intervenientes processuais incumbidos do exercício de diligências probatórias ou que para ele contribuam, atenta a especial suscetibilidade de afetação e lesão de bens jurídicos essenciais aquando da prossecução da investigação penal.⁸³

Contudo, estas considerações não são concludentes quanto à conceção das instâncias formais de controlo como os destinatários exclusivos do regime das proibições de prova, porquanto, deste modo, excluir-se-ia do seu âmbito uma multiplicidade de situações que comportam uma potencialidade de lesão ou conduzam à efetiva violação dos direitos em apreço e que reclamam as mesmas exigências de tutela à luz do disposto na CRP, nos termos do n.º1 do artigo 18.º e dos n.ºs 1 e 8 do artigo 32.º, como aliás, se depreende da análise do regime processual norte-americano.

A compreensão tendencialmente prevalecente no ordenamento jurídico norte-americano privilegia a vertente processual das proibições de prova, dirigindo o respetivo regime, das designadas *exclusionary rules*⁸⁴, à atividade de investigação processual prosseguida pelas autoridades judiciárias e policiais, com o propósito de assim exercer controlo sobre a sua atuação e prevenir ingerências abusivas.⁸⁵

As proibições de prova são, nestes termos, erigidas a garantias dos indivíduos face à concreta atuação dos órgãos de perseguição penal, relegando-se para segundo plano a dimensão material por referência às garantias de defesa e tutela dos direitos fundamentais, a qual assume, no presente contexto, um relevo meramente complementar.⁸⁶

⁸³ Para uma concretização desta ideia cfr. MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O Regime das Provas*, p. 165, referindo o Autor que “*é patente o risco de aquele ramo de direito (direito processual penal), - pelo seu objeto, pelo seu móbil e pelo conjunto de medidas e expedientes de que alguns sujeitos processuais podem lançar mão - poder acarretar uma violação ou séria colocação em perigo de direitos fundamentais da pessoa humana.*” (parênteses nossos).

⁸⁴ Sobre as proibições de prova no ordenamento jurídico norte-americano v. MARK E. CAMMACK, *The United States: The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule*, in: *Exclusionary Rules in Comparative Law* (org. Stephen C. Thaman), Ius Gentium – Comparative Perspectives on Law and Justice, Vol. XX, Springer, 2013, pp. 3-32.

⁸⁵ Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 143-146 e JOSÉ NEVES DA COSTA, *Do Aproveitamento*, pp. 304-307.

⁸⁶ Cfr. TERESA ARMENTA DEU, *La Prueba Ilícita*, p. 30, “*El fundamento inicial es contitucional, de tutela de los derechos contenidos en diversas Enmiendas, concretamente: la Cuarta (derecho a no sufrir*

Consequentemente, a perspectiva de que o regime das proibições de prova se funda essencialmente no desígnio de disciplina da atividade processual dos órgãos de perseguição penal, em função do que apenas estes órgãos se encontram vinculados à sua observância, de que é demonstrativo o facto de a condição de funcionário policial ou membro de órgãos de investigação criminal ser determinante para acionar a aplicação das *exclusionary rules*⁸⁷, deixa antever que, no respeitante a outros sujeitos que não integrem as entidades e órgãos de controlo e que ainda assim intervenham processualmente, nomeadamente através do fornecimento de prova, as proibições de prova não constituam um obstáculo prévio à sua obtenção e, por conseguinte, à sua admissibilidade. Assim, conquanto estes sujeitos não sejam considerados destinatários das normas que consagram as *exclusionary rules*, não se verificando uma projeção dos seus efeitos em exigências e deveres de respeito pelas disposições que regem a obtenção e valoração de prova a observar pelos particulares, a sua violação não merece censura, nem obsta à sua valoração processual.

Assim, à luz da conceção processual das proibições de prova vigente no direito norte-americano, em geral, a realização de diligências de obtenção de prova por particulares mediante tortura, coação, ofensa à integridade física e moral, devassa da vida privada, intromissão no domicílio, correspondência ou telecomunicações não acarreta consequências ao nível da inadmissibilidade processual e consequente valoração, não precludindo o respetivo uso. Pelo contrário, o material probatório de responsabilidade de particulares tende a ser aceite sem reservas, sendo as provas “*saudadas pelo seu qualificado valor probatório*”.⁸⁸

Não se trata, no entanto, de um entendimento incontroverso, sendo certo que a conceção das *exclusionary rules* não assume a mesma configuração em todos os Estados norte-americanos⁸⁹, nomeadamente e no respeitante à questão em presença, as

registros y confiscaciones irrazonables); la Quinta (*derecho a no declarar contra sí mismo*); la Sexta (*derecho a estar assistido de letrado*) y la Decimocuarta (*derecho al debido proceso*). Sin embargo, la protección de tales derechos se convierte en restricciones a la autoridad de los agentes públicos sobre los ciudadanos, más que en derechos individuales (*deterrent effect*).”. Sobre este aspeto v. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 136 e 144.

⁸⁷ Sobre este aspeto TERESA ARMENTA DEU, *La Prueba Ilícita*, pp. 75-76, tecendo considerações idênticas a respeito do direito das proibições de prova vigente no Uruguai, relativamente à exigência de que o agente atue na qualidade de autoridade pública como pressuposto da aplicação das proibições de prova.

⁸⁸ Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, p. 153, reportando-se à posição perfilhada na decisão jurisprudencial *United States v. Jannotte*, datada de 1982.

⁸⁹ Condicente com o carácter fragmentário do direito das *exclusionary rules* norte-americano, como salienta MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, p. 135.

normas processuais referentes às *exclusionary rules* consagradas no ordenamento jurídico do Estado do Texas não circunscrevem o âmbito das proibições de prova à finalidade de disciplina das condutas dos órgãos de persecução criminal, determinando expressamente⁹⁰ a sua aplicação, com efeito, à condução de diligências probatórias quer por autoridades públicas, quer por qualquer outro sujeito.⁹¹

De facto, a abordagem da natureza processual ou material das proibições de prova é da maior importância para a compreensão do respetivo regime pois, como se verificou, dela depende a configuração de aspetos estruturais, desde logo e no que ao objeto da presente dissertação respeita, do ponto de vista da determinação do universo de destinatários das normas de proibições de prova.

⁹⁰ Cfr. Artigo 38.32 do *Texas Code of Criminal Procedure*, segundo o qual “***No evidence obtained by an officer or other person in violation of any provisions of the Constitution or laws of the State of Texas, or of the Constitution or laws of the United States of America, shall be admitted in evidence against the accused on the trial of any criminal case.***” (negrito nosso).

⁹¹ Sobre as *exclusionary rules* no Estado do Texas v. CHARLES P. BUBANY e PERRY J. COCKERELL, *Excluding Criminal Evidence Texas-Style: Can private searches poison the fruit?*, in: *Texas Tech Law Review*, Vol. 12, n.º3, pp. 611-634 e entre nós, JOSÉ NEVES DA COSTA, *Do Aproveitamento*, pp. 308-309.

§2. AS INVESTIGAÇÕES PRIVADAS E A OBTENÇÃO DE PROVA POR PARTICULARES

2.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Contanto que o CPP não se pronuncia expressamente sobre a prossecução de atividades de investigação informais por sujeitos particulares, não empreendendo qualquer distinção respeitante aos agentes que integram o âmbito de destinatários das proibições de prova, importa indagar acerca da possibilidade de produção e de obtenção de prova por particulares, da respetiva possibilidade de intervenção processual, nomeadamente através da apresentação de prova e, conseqüentemente, sobre a vinculação destes particulares à observância do regime das proibições de provas, quer no respeitante aos sujeitos particulares que exercem uma posição processual, quer no respeitante aos sujeitos particulares que não exercem qualquer posição processual i.e., aqueles que são considerados terceiros neutros⁹² relativamente ao processo.

Ora, a intervenção de particulares na investigação processual penal, mediante a realização de diligências de obtenção de prova e respetiva comunicação e divulgação às autoridades, tem observado um crescimento notável no contexto do atual quadro da investigação criminal⁹³, sobretudo relacionada com o progresso tecnológico, que se tem refletido num maior número de meios eletrónicos na disponibilidade dos particulares, v.g. computadores, câmaras fotográficas, câmaras de vídeo, aparelhos de videovigilância e aparelhos de gravação de som, cujas funcionalidades podem, atualmente, reunir-se num só dispositivo, facilitando e potenciando o fluxo constante de conteúdos informacionais e o acesso ilegítimo, interceção, registo e conservação, nos mais diversos suportes, de dados confidenciais ou de índole íntima de relevo probatório, próprios ou de terceiros.

Posto isto, note-se que o avanço tecnológico não se refletiu somente num aumento dos meios eletrónicos, tendo sido também acompanhado por um incremento da criminalidade no contexto informático, o designado *cibercrime*, atenta a sofisticação dos sistemas informáticos e das redes que suportam a comunicação entre eles, pelas suas

⁹² Expressão de JOSÉ NEVES DA COSTA, *Do Aproveitamento*, p. 304.

⁹³ Sobre a ideia de *privatização da investigação*, cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Bruscamente 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, 2009, pp. 127-128.

potencialidades de processamento e transmissão de dados informáticos, gerando-se, por conseguinte, no âmbito das investigações criminais relativas à criminalidade informática, um novo paradigma de prova, nomeadamente a prova de suporte digital⁹⁴, no qual assume especial relevo o desenvolvimento de métodos de investigação ocultos.⁹⁵

Deste modo, o avanço tecnológico tem possibilitado um incremento de meios tecnológicos de investigação à disposição, não só dos órgãos de perseguição penal, como também dos sujeitos em geral, consubstanciando autênticos e idóneos instrumentos de obtenção de prova^{96/97}, a que inere o correspondente risco potencial que a sua utilização comporta para a integridade dos direitos fundamentais dos indivíduos.⁹⁸

Neste sentido, considerando que, no domínio atual da obtenção de prova processual penal, os sujeitos particulares dispõem cada vez mais de meios que possibilitam que estes produzam e recolham prova relevante, tal conduz a que, no nosso entender, se não possa atender ao vínculo normalmente estabelecido entre o uso de determinados métodos de obtenção de prova e a qualidade pública da atuação do agente⁹⁹, nomeadamente no sentido de que determinadas proibições de prova só seriam suscetíveis de recair sobre diligências probatórias realizadas pelas instâncias formais de controlo no âmbito da prossecução da investigação criminal.

A que acresce que, segundo dispõe o n.º8 do artigo 32.º da CRP e o artigo 126.º do CPP, a cominação de nulidade às provas depende de estas terem sido obtidas mediante a

⁹⁴ No essencial sobre a evolução da prova digital v. JOSÉ MOURAZ LOPES e CARLOS ANTÃO CABREIRO, *A emergência da prova digital na investigação da criminalidade informática*, in: *Sub judice: Internet, Direito e Tribunais*, Coimbra, n.º 35, (abril-junho), 2006, pp. 71-79.

⁹⁵ V. BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Da prova penal: Bruscamente...A(s) Face(s) Oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*, Tomo II, 1.ª edição, Lisboa: Rei dos Livros, 2010 e DAVID SILVA RAMALHO, *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*, Coimbra: Almedina, 2017.

⁹⁶ Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, p. 277, versando sobre a admissibilidade de meios tecnológicos de obtenção de prova atípicos e dos meios de prova deles decorrentes.

⁹⁷ Salientado a este propósito o “carácter movediço da própria realidade” que convoca novas soluções normativas e dogmáticas pelo direito das proibições de prova, v. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 79-80.

⁹⁸ Cfr. WINFRIED HASSEMER, *Processo penal e direitos fundamentais*, in: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 15, referindo o Autor que a modernização e a globalização nos países ocidentais e generalizadamente em todo o mundo se refletem na ameaça das garantias clássicas do processo penal e da Constituição.

⁹⁹ Neste sentido, v. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, p. 213, defendendo o Autor que as possibilidades de obtenção de prova pelos particulares centram-se em maior medida na produção de prova mediante promessas ou ameaças, asserção com a qual, face ao exposto, não estamos inteiramente de acordo.

prática de atos atentatórios de direitos fundamentais, não estando o seu postulado vinculado à lesão destes direitos no âmbito exclusivo da utilização dos métodos de obtenção de prova previstos no Título III do Livro III do CPP, i.e. no contexto de um investigação, no qual, naturalmente, não são considerados os sujeitos particulares e os múltiplos métodos de obtenção de prova suscetíveis de realização num âmbito privado e não processual ou mesmo de métodos de obtenção de prova atípicos a que os sujeitos particulares possam recorrer.

Face ao exposto, importa proceder ao enquadramento jurídico-processual a respeito das situações em que particulares recorrem a estes meios de obtenção de prova, porquanto quer a produção e obtenção, quer a valoração de prova obtida por particulares é suscetível de comprometer o postulado das proibições de prova, tratando-se, todavia, de uma questão que suscita várias reservas na doutrina e jurisprudência em razão do silêncio do CPP.

2.2. A NOÇÃO DE PARTICULAR

Numa primeira aproximação à problemática da vinculação dos particulares às proibições de prova, cabe indagar sobre a noção de particular a ter aqui em consideração.

Em primeiro lugar, serão suscetíveis de imputação aos particulares as diligências de prova procedentes de atuação de particular quando a sua obtenção for conduzida de forma autónoma e independente do conhecimento e de que quaisquer vínculos com a atividade exercida pelos órgãos de prossecução do processo criminal¹⁰⁰, ou mesmo até contra as indicações destes¹⁰¹, podendo equacionar-se, neste âmbito, o enquadramento das situações em que terceiros atuam na qualidade de agentes provocadores, no contexto de uma ação encoberta.

No mesmo sentido, no que concerne aos sujeitos, como o arguido, o defensor e o assistente, aos quais é reconhecida a qualidade de sujeito processual, a que subjaz a

¹⁰⁰ O que se verifica quando um sujeito que desempenhe profissionalmente as funções de polícia criminal atue fora das horas de serviço motivado por assuntos pessoais e privados. Cfr. WAYNE R. LAFAVE e JEROLD H. ISRAEL, *Criminal Procedure*, 2.ª edição, Hornbook Series, St. Paul, Minnesota: West Publishing Company, 1992, p. 119.

¹⁰¹ Quanto à enunciação dos casos em que se não verifica que a investigação seja conduzida por um particular v. WAYNE R. LAFAVE e JEROLD H. ISRAEL, *Criminal Procedure*, p. 118.

atribuição de determinados direitos e deveres subjacentes à posição exercida e quanto aos indivíduos que desempenhem profissionalmente a atividade de segurança privada, no contexto de ações de vigilância e prevenção de atos de prevaricação¹⁰² ou que sejam investigadores privados¹⁰³, na medida em que estes não desempenham funções de autoridade pública, a sua atuação, no respeitante à obtenção de prova, não vincula nem é imputável ao Estado.

Com efeito, proceder à delimitação da prova obtida por particulares implica, desde logo, diferenciar os casos em que a obtenção de prova por um particular é ou não imputável ao Estado, não bastando que se trate de um ato ou diligência efetivamente praticado por um particular¹⁰⁴, termos em que, se um particular integrar as instâncias formais de controlo, designadamente as autoridades judiciárias e os OPC, ou atuar sob a sua direção e controlo no exercício de ações de investigação criminal¹⁰⁵, em coordenação com as autoridades estatais, exercendo determinadas competências de investigação cometidas ou consentidas e acompanhadas por aquelas, a sua atuação será imputada ou suscetível de imputação ao Estado, porque o particular atua sob alçada e no âmbito de competências públicas.^{106/107}

A este propósito discute-se ainda se as mencionadas competências públicas em causa se reportam, para o efeito e, para além das competências desempenhadas pelos órgãos de perseguição criminal, a outras funções públicas não relacionadas com a

¹⁰² Cujo exercício é regulado nos termos da Lei n.º 34/2013, de 16 de maio, que estabelece o Regime Jurídico do Exercício da Atividade de Segurança Privada. Sobre a seguridade privada cfr. PEDRO JOSÉ LOPES CLEMENTE, *O Paradigma da Polícia Privada*, in: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 357-359, referindo que a indústria da segurança privada é especialmente vocacionada para a vigilância especial, como, a título de exemplo, a vigilância de clientes em estabelecimentos comerciais ou hoteleiros ou a proteção pessoal, notando que o exercício das atividades de vigilância não pode sobrepor-se ao exercício das competências próprias das autoridades policiais públicas.

¹⁰³ Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, p. 154.

¹⁰⁴ Assinalando esta questão cfr. WAYNE R. LAFAVE e JEROLD H. ISRAEL, *Criminal Procedure*, p. 118. No mesmo sentido JOSÉ NEVES DA COSTA, *Do Aproveitamento*, pp. 302-303.

¹⁰⁵ Neste sentido, perfilhando a não vinculação dos particulares às proibições de produção de prova em razão da inexistência de um vínculo com as instâncias formais de controlo, às quais as normas processuais penais se dirigem em exclusivo, cfr. PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições*, p. 181.

¹⁰⁶ O que implica a desconsideração do “estatuto de particular” para efeitos do enquadramento dos atos de prova por este realizados. Cfr. LIVINGSTON HALL, YALE KAMISAR, WAYNE R. LAFAVE, JEROLD H. ISRAEL, *Modern criminal procedure: cases, comments and questions*, 3.ª edição, St. Paul: West Publishing Company, 1969, p. 217. V. também FRANCISCO AGUILAR, *A Destrinça*, pp. 280-281, nota de rodapé 3.

¹⁰⁷ Cfr. WAYNE R. LAFAVE e JEROLD H. ISRAEL, *Criminal Procedure*, p. 118, reportando-se à decisão jurisprudencial *Marsh v. Alabama*, datada de 1946, na qual se discutiu se os indivíduos que exercem profissionalmente segurança privada operassem em espaços públicos como polícia pública não desempenhavam efetivamente uma função de autoridade pública, para efeitos da aplicação das restrições veiculadas pelas *exclusionary rules*.

investigação criminal, por exemplo a função desempenhada por funcionários com autoridade no contexto escolar, v.g. um professor¹⁰⁸, no âmbito da qual se proceda à produção ou recolha de prova, o que suscita a necessária reflexão sobre as especificidades das atribuições que conformam a atividade ou função pública em causa e as circunstâncias da atuação dos sujeitos no exercício da respetiva função, devendo considerar-se em que medida os atos em causa se podem reconduzir a atos de investigação equiparáveis à atuação de autoridades estaduais de perseguição criminal e se existe envolvimento estatal que justifique essa recondução e imputação de responsabilidade ao Estado.

Importa ainda que nos detenhamos, para efeitos da delimitação das atividades prosseguidas e imputáveis aos particulares, com a finalidade que motiva a ação prosseguida pelo particular, nomeadamente, se este atua orientado por finalidades de realização da justiça penal, visando contribuir para o processo com prova relevante para a averiguação dos factos e alcance da verdade material (ex: um indivíduo observa a ocorrência de um furto e regista a ocorrência em suporte de vídeo com vista a documentar a prática do crime) ou se, diferentemente, o indivíduo atua motivado por finalidades estranhas ao processo (ex: um indivíduo que capta normalmente imagens dos vizinhos regista inadvertidamente a prática de crime de violação).¹⁰⁹

De facto, numa primeira análise, poder-se-ia pensar que a atuação de um particular que visa o apuramento da verdade com vista a subsequente decisão judicial, na medida em que se pauta por finalidades total ou parcialmente correspondentes às que são as finalidades prosseguidas pelas autoridades públicas no desempenho das suas funções públicas, o equipararia a um agente estadual, no sentido de reconduzir e imputar a responsabilidade da sua atuação às autoridades públicas e ao Estado.¹¹⁰

¹⁰⁸ Cfr. CHARLES P. BUBANY e PERRY J. COCKERELL, *Excluding Criminal Evidence Texas-Style: Can private searches poison the fruit?*, pp. 623-624 e WAYNE R. LAFAVE e JEROLD H. ISRAEL, *Criminal Procedure*, pp. 118-119 e nota de rodapé 58, no sentido de que nestes casos se tende a considerar que a ação de um professor no exercício das suas funções não é praticada por um particular, mas sim por uma autoridade civil, enquanto representante do Estado.

¹⁰⁹ Cfr. v. TIAGO CAIADO MILHEIRO, *Artigo 167.º*, pp. 536-537, exemplificando cenários de produção de prova, nomeadamente de reproduções mecânicas, por particulares.

¹¹⁰ V. WAYNE R. LAFAVE e JEROLD H. ISRAEL, *Criminal Procedure*, pp.117-118, referindo a propósito a posição defendida na decisão jurisprudencial *Burdeau v. McDowell*, datada de 1921, com base na qual a aferição dos casos em que se trata da atuação de um particular relativamente à qual se suscita a necessidade de aplicação do efeito dissuasor das proibições de prova depende do interesse prosseguido

Este entendimento é sobretudo perfilhado em consequência da perspectiva de que as proibições de provas se destinam especialmente a dissuadir a prática de infrações pelos órgãos de perseguição criminal aquando do exercício de diligências probatórias. Contudo, se a pretensão subjacente às atuações dos particulares nesta matéria se prende com o mesmo fim de carrear prova para o processo, justifica-se que também quanto a estes se imponha o respeito das proibições de prova como limites à realização de atos de prova suscetíveis de comprometer o núcleo de direitos fundamentais dos indivíduos visados.

Não cremos que as razões que motivam o particular na prática de atos de produção ou recolha de prova, ainda que coincidam com os fins do processo penal, constituam fundamentos razoáveis e fiáveis para efeitos da comunicação do ato particular à atividade estadual de administração da justiça penal. Como é bem salientado por WAYNE R. LAFAVE e JEROLD H. ISRAEL relativamente a uma teoria assente na intenção do agente, adotada pelo tribunal na decisão jurisprudencial *Knoll Associates, Inc. v. Federal Trade Commission*, “*the theory is in error because it wrongly assumes that the Government has some control over the taker’s intent*”.¹¹¹

Independentemente da motivação que oriente a sua atuação está-se perante a realização de condutas de um particular sem legitimidade previamente conferida para o efeito, ou seja, para a prática de atos de ostensiva potencialidade lesiva de direitos fundamentais, a qual é excecionalmente admitida às autoridades públicas quando concretos interesses processuais de prossecução da verdade material se elevem e o exijam. A que acresce que, em todo o caso, a aceitação pelas autoridades da prova ilicitamente obtida por um particular deve constituir, só por si, razão bastante para a respetiva insuscetibilidade de aproveitamento judicial.¹¹²

Face ao exposto, o critério fundamental para a delimitação dos casos em que a atividade probatória de um particular não é imputável ao Estado reside, pois, no vínculo que o particular estabelece com as autoridades públicas e com a atividade prosseguida por estas, especialmente as autoridades judiciárias e policiais e, na qualidade em que

por aquele ou ainda da regularidade com que pratica atos de investigação ou procura alcançar a verdade de factos sob investigação judicial.

¹¹¹ Cfr. WAYNE R. LAFAVE e JEROLD H. ISRAEL, *Criminal Procedure*, p. 119.

¹¹² Cfr. *Idem, ibidem*.

pratica as diligências de investigação, nomeadamente as diligências probatórias¹¹³, sendo certo que se estará perante a atuação exclusivamente imputável ao particular quer este atue com o propósito de recolha de prova para carrear para o processo e contribuir para o alcance da verdade material, quer este atue motivado por interesses estranhos à respetiva utilização em tribunal e à prossecução das finalidades do processo.¹¹⁴

2.3. A ADMISSIBILIDADE DAS INVESTIGAÇÕES PROSEGUIDAS POR PARTICULARES

O enquadramento da questão da realização de diligências probatórias por sujeitos particulares que não integrem as estruturas das autoridades judiciárias e dos OPC ou não atuem sob a respetiva direção e controlo tem expressão, em primeira análise, na concessão do direito à prova aos sujeitos particulares que atuam no contexto processual, no exercício da posição processual que lhes é atribuída, sendo-lhes reconhecida a faculdade de contribuírem com o fornecimento de prova para o esclarecimento dos factos e, conseqüentemente, para a descoberta da verdade.

Assim é, desde logo, no respeitante ao assistente e, especialmente, quanto ao arguido e ao defensor, assegurando-se que estes, na qualidade de sujeitos processuais, dispõem da possibilidade de intervir e contribuir ativamente para o processo e para a decisão da causa mediante o requerimento de prova que se julgue relevante ou a apresentação de prova produzida pelos próprios. Tal não significa, todavia, que as autoridades judiciárias fiquem vinculadas aos requerimentos de realização de prova, assim como à prova apresentada, pois também estes atos processuais se encontram sujeitos a juízos de livre apreciação do juiz, no sentido da aferição da sua admissibilidade legal, assim como da sua relevância, adequação e da eventual natureza dilatória, nos termos dos n.ºs 3 e 4 do artigo 340.º do CPP.¹¹⁵

¹¹³ Neste sentido CHARLES P. BUBANY e PERRY J. COCKERELL, *Excluding Criminal Evidence Texas-Style: Can private searches poison the fruit?*, pp. 612-614.

¹¹⁴ Em suma, segundo a classificação estabelecida em CHARLES P. BUBANY e PERRY J. COCKERELL, *Excluding Criminal Evidence Texas-Style: Can private searches poison the fruit?*, p. 623, estão especialmente em causa duas categorias de casos: “(2) *persons acting independently of the police but for the purpose of gathering evidence leading to a criminal conviction*; (3) *persons obtaining evidence for purposes other than use in a criminal prosecution*.”.

¹¹⁵ No sentido preconizado no Acórdão do TRC de 16/11/2016, Processo n.º 204/14, Relatora Maria Pilar de Oliveira, por referência ao citado artigo, “*Sendo certo que a mencionada disposição legal se encontra inserida nas disposições da audiência de julgamento, não deixa de ser aplicável a toda a prova que pela primeira vez vai ser produzida e que não se encontra subtraída expressamente a esse regime*.”.

O reconhecimento deste direito à prova nas duas vertentes aludidas parece-nos pressupor a concessão de um direito a que aqueles sujeitos desenvolvam investigações autónomas¹¹⁶, de natureza privada, por contraposição às investigações públicas conduzidas no seio do processo penal pelas autoridades judiciárias e pelos OPC no exercício das correspondentes tarefas que lhes cabem neste âmbito.

Neste sentido, os atos realizados no contexto de investigações privadas por sujeitos particulares, sem embargo do seu estatuto de sujeito processual, configuram atos de natureza privada, estranhos à prossecução regular do processo e, nessa medida, sem a valia processual verificada a respeito dos atos praticados pelos órgãos de perseguição criminal¹¹⁷, o que não implica necessariamente que os mesmos não venham a ser objeto de valoração em tribunal ou que não sejam sujeitos ao mesmo regime jurídico, na medida da respetiva compatibilidade.

Efetivamente, a possibilidade de os sujeitos particulares conduzirem investigações por si próprios acerca dos factos relevantes para o processo, que figura, na nossa perspetiva, subjacente ao direito à prova destes sujeitos enquanto sujeitos processuais¹¹⁸, é de notória importância do ponto de vista do exercício da respetiva posição processual, sobretudo do prisma do exercício da atividade de defesa pelos arguido e defensor, no sentido de se reconhecer o direito a procederem à realização de diligências de investigação que visam a demonstração da inocência do arguido na prática dos factos que lhe são imputados ou, pelo menos e, fundamentalmente, o favorecimento da sua posição.^{119/120}

¹¹⁶ No sentido de que nestes casos se está perante investigações em sentido não técnico cfr. JOSÉ NEVES DA COSTA, *Do Aproveitamento*, p. 303.

¹¹⁷ Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar*, Lisboa: Minerva, 1990, pp. 154-155. O facto de um ato ser praticado fora do processo, i.e., sem a direção das entidades competentes para o inquérito ou a instrução, determina que estes atos se não considerem parte do processo, não se reconhecendo a respetiva valia processual. Apesar de a posição perfilhada pelo Autor aqui expandida se reportar às medidas cautelares e de polícia, de modo a demonstrar que mesmo atos praticados por OPC em determinadas condições não são considerados atos processuais, cremos poder extrair o mesmo critério para diferenciar os atos que embora praticados por agentes distintos são considerados “processuais” e “não processuais” e, por consequência, categorizar os atos praticados por particulares, ainda que sejam sujeitos processuais, como atos não processuais.

¹¹⁸ Neste sentido, PAOLO TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, 15.^a edição, Milão: Giuffrè Editore, 2014, p. 643.

¹¹⁹ Cfr. PAOLO TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, pp. 339-340, sustentando o Autor que é no critério do favorecimento do arguido que reside a essência da distinção entre investigações públicas e privadas, em razão do que, a colaboração do defensor com as autoridades públicas para a descoberta da verdade se circunscreve às provas que beneficiem a posição do arguido.

Com efeito, o desenvolvimento de uma investigação autónoma e livre por parte do defensor, que atua na qualidade de mandatário do arguido e responsável pelo exercício dos seus direitos e interesses jurídicos em processo, não só é essencial a uma plena concretização do respetivo direito de defesa e do exercício da função defensiva¹²¹, possibilitando o esclarecimento dos factos relevantes conducentes ao favorecimento ou à total desresponsabilização do arguido, na medida em que sejam conferidas as condições e meios para a realização das diligências de averiguação necessárias¹²², como constitui um corolário fundamental da estrutura acusatória do processo penal¹²³, em função do que, relativamente às diligências probatórias, a investigação não pode e não deve depender exclusivamente da atividade das autoridades públicas.

Ora, o exercício do direito a intervir no processo através da oferta de prova e requerimento de diligências probatórias compreende o direito a propor determinada prova, produzida ou a produzir pelas autoridades competentes, o direito a obter a pronúncia do MP ou do tribunal acerca da respetiva admissibilidade ou

¹²⁰ Concretizando o direito à defesa no seio do processo penal, o que nos remete para a conceção de direito de defesa de GIULIANO VASSALLI, designadamente o “*diritto a difendersi provando*”, no sentido de que, que também ao arguido e demais sujeitos particulares no seio do processo penal é atribuído o direito à prova, insindivível do direito à defesa. Cfr. GIULIANO VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Anno XI, Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1968, pp. 11-12.

¹²¹ Em geral, sobre a atividade de defesa desenvolvida pelo defensor cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, pp. 325-329 e MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito*, p. 47.

¹²² Discute-se a este propósito a necessidade de uma parificação da posição jurídica da defesa à luz da posição da acusação, exercida pelas instâncias formais de controlo e de uma tendencial igualdade de armas na relação entre a defesa e a acusação, no tocante à concessão de idênticas condições e meios de investigação e intervenção no contexto do processo penal. Sobre o princípio da igualdade de armas no contexto processual penal, v. JOSÉ N. DA CUNHA RODRIGUES, *Sobre o Princípio da Igualdade de Armas*, in: RPCC, A. 1, n.º 1, janeiro-março, Lisboa: Editorial Notícias, 1991, pp. 82-83 e 88-91, perfilhando o entendimento de que a concretização da igualdade de armas, atenta a estrutura do processo e a posição processual dos sujeitos em causa, se repercute no essencial sobre a realização efetiva dos direitos conferidos aos sujeitos, seja da defesa, seja da acusação, através da concessão de meios jurídicos “igualmente eficazes”, demarcando-se da conceção de que a aplicação de igualdade de armas implica a atribuição do direito a utilizar os mesmos meios, o que, desde logo, não resulta das correspondentes disposições legais. Também sobre a igualdade de armas v. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, pp. 166-167.

Creemos que uma primeira resposta à questão do reconhecimento do direito do defensor a desenvolver investigações autónomas não fica comprometida pela posição defendida pelo Autor: o que efetivamente se pretende concretizar é a possibilidade de que o direito à prova atribuído ao arguido, suscetível de exercício pelo defensor em nome daquele, seja potenciado e eficaz ao longo de todo o processo e não apenas numa fase posterior à acusação, o que não equivale a sustentar que a defesa deve dispor das mesmas armas que a acusação, que seria à partida inoportuno, considerando que a acusação é prevalentemente desenvolvida pelo aparelho estadual e que os sujeitos processuais têm posições processuais qualitativamente distintas.

¹²³ Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, pp. 345-346, nota de rodapé 4.

inadmissibilidade processual, assim como, o direito a que a prova considerada admissível seja concretizada.¹²⁴

Não se trata, assim, de um direito sem reservas, o que se constata desde logo em função da necessária apreciação da pertinência e utilidade dos requerimentos de prova pelas autoridades que exerçam a correspondente competência, pois conforme referido *supra*, os mencionados requerimentos não vinculam o MP ou o Juiz à respetiva realização.

Posto isto, acresce o facto de a concessão do direito não ser acompanhada da concessão das condições necessárias ao seu exercício, no sentido em que ao defensor não são atribuídos poderes coercitivos e não é assegurada a disponibilidade sobre os meios e expedientes convenientes à preparação e sustentação da defesa e, por conseguinte, a concreta efetividade do direito à prova, ao contrário do que sucede relativamente aos órgãos de perseguição criminal, os quais dispõem dos meios necessários à realização de diligências de investigação ao longo de todo o processo e com o mesmo grau de eficácia.

A título de exemplo, identicamente ao que sucede relativamente à maioria dos atos praticados na fase de inquérito¹²⁵, no que concerne à aplicação de medidas de coação pelo MP, a posição de desigualdade face ao arguido e defensor pode ser significativa da perspetiva do acesso e consulta dos elementos dos autos e da eficácia do direito da defesa à prova, prejudicando o conhecimento dos factos e provas em que assenta a respetiva decisão de aplicação de medida de coação e, conseqüentemente, os meios para poder reagir perante tal atuação.¹²⁶

Na verdade, com JOSÉ N. DA CUNHA RODRIGUES¹²⁷, compreende-se que a defesa não participa ou não participa em termos de contraditório na função pré-processual

¹²⁴ Cfr. TERESA ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 1.ª edição, Madrid: Marcial Pons, 2003, pp. 54-55, referindo-se ao conteúdo básico do direito de defesa do arguido.

¹²⁵ O que se agrava quando se determine o processo seja sujeito a segredo de justiça, conforme disposto no n.º1 do artigo 89.º do CPP, conjugado com o artigo 86.º.

¹²⁶ Neste sentido GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, pp. 166-167 e também JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, 1.ª edição (Reimp.), Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 488.

¹²⁷ Cfr. JOSÉ N. DA CUNHA RODRIGUES, *Sobre o Princípio*, pp. 89-90, acrescentando o Autor que o reconhecimento ao defensor de um direito a investigar autonomamente na fase pré-acusatória é incompatível com a prossecução das finalidades do processo. Diferentemente, consideramos, com GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, p. 167 que a atividade do defensor,

exercida pela acusação, no âmbito da atividade desempenhada pelo MP ou pelos OPC, tratando-se, assim, de um direito com eficácia gradativa ao longo do processo.

Todavia, a fim de que o defensor possa estabelecer e conduzir determinada estratégia de defesa adequada e eficaz face ao caso concreto, este carece de condições que se prendem no essencial com a exigência de um conhecimento atualizado dos factos de que as autoridades dispõem, com assento nos quais desencadeiam e realizam o inquérito e, complementarmente, com a possibilidade de proceder autonomamente à procura e recolha de factos relevantes para a sua defesa, que possa carrear para o processo.

Assim é sob pena de a limitação da eficácia dos meios deferidos ao arguido e ao defensor, assim como o confinamento aos elementos obtidos pelas autoridades, que, pese embora prossigam os fins de investigação com imparcialidade e estrito respeito pela objetividade, possam conduzir uma investigação insuficiente ou deficiente e de uma perspetiva menos interessada, atenta e diligente daquela que o defensor imprime na sua atuação¹²⁸, suscetível de prejudicar as possibilidades de defesa e, desse modo, comprometer seriamente a posição processual do arguido.

À luz do ordenamento jurídico português, a possibilidade de o defensor prosseguir livremente investigações autónomas não lhe é efetivamente vedada, na medida em que o CPP não empreende qualquer distinção entre as investigações privadas e as investigações públicas conduzidas pelas autoridades judiciárias e pelos OPC, não se tendo o legislador português pronunciado com clareza sobre esta questão ou enquadrado

embora focada no favorecimento da posição do arguido, contribui igualmente para o apuramento e esclarecimento de factos com relevância probatória, visando o alcance da verdade material e a realização da justiça do caso concreto, pelo que, não só se entende que o direito da defesa a desenvolver investigações autónomas não contende com as finalidades do processo, como aliás se afigura relevante para concretização das mesmas, tratando-se o defensor, com JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, de “(...) *um órgão autónomo de administração da justiça, como tal lhe pertencendo basicamente colaborar com o tribunal (na sua maneira diferenciada) (...)*”. Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, p. 471, bem como VINCENZO MANZINI, *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*, Vol. II, 6.^a edição, Turim: Utet, 1968 p. 553, “(...) *elementi tutti che, posti in luce dall'appassionata, accorta e diligente attività del difensore, giovano alla scoperta della verità, e non soltanto alla difesa, e che devono considerarsi come complementari all'istruzione giudiziaria e non con essa incompatibili.*”.

No que respeita à reduzida intervenção da defesa em processo na fase prévia à acusação, no âmbito da qual se procede à maioria das diligências de investigação dirigidas pelo MP, entendemos que tal evidência não a incompatibilidade da condução de diligências de investigação autónomas, mas sim a indispensabilidade da disciplina legal desta atividade complementar do defensor, de modo a que a mesma não interfira ou inviabilize as ações levadas a cabo e dirigidas pelo MP.

¹²⁸ Cfr. VINCENZO MANZINI, *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*, p. 553.

legalmente o seu regime jurídico¹²⁹, em paralelo à norma do CPP italiano, consagrada no n.º1 do artigo 327-*bis*.¹³⁰

Com efeito, não se determina que o defensor, em função do papel fundamental que exerce no processo, assuma uma posição processual privilegiada face aos demais sujeitos processuais particulares no que à prossecução de investigações autónomas diz respeito, atribuindo-se somente o direito de este, no âmbito do exercício da sua função defensiva, recorrer aos expedientes processuais legalmente previstos e proceder à prática de diligências probatórias que considere fundamentais à descoberta da verdade, na esteira da respetiva admissibilidade legal.

Note-se que, na medida em que a realização de investigações autónomas por sujeitos processuais particulares, inclusive pelos sujeitos processuais que exercem a posição de defesa, não seja objeto de disciplina normativa, as considerações aqui expendidas acerca da condução de diligências de prova autónomas ao processo penal, abrangem sob os mesmos termos a atuação de quaisquer sujeitos processuais particulares¹³¹, bem como a atuação de sujeitos particulares estranhos ao processo que se empenhem na procura de factos relevantes através de meios informais de produção e recolha de prova.

Em conformidade com o paradigma do processo penal português, no que às investigações privadas diz respeito, o exercício de diligências de prova autónomas

¹²⁹ Nos mesmos termos, por referência ao sistema processual penal italiano vigente em 1990, cfr. PAOLO TONINI, *L'Attività di Investigazione Privata nel Nuovo Processo Penale*, in: *L'Investigazione Privata Nel Nuovo Processo Penale*, Pádua: Cedam, 1990, pp. 261-263, destacando que, não obstante a atividade de investigação privada não se encontrar legalmente prevista e regulada, tal tem repercussões na relevante ausência de obstáculos legais ao exercício da mesma atividade. Atualmente, o CPP italiano disciplina no Livro V, Título VI-*bis*, a atividade de investigação defensiva por parte do defensor ou em caso de substituição, de investigadores privados autorizados e consultores técnicos, conferindo-se-lhes o direito a realizar entrevistas ou solicitar declarações a determinadas pessoas, inclusive a coarguidos, bem como o direito a solicitar documentação no poder das autoridades públicas, a aceder a locais específicos e a utilizar em processo os documentos obtidos em resultado da investigação, mediante a observância das condições legalmente fixadas. Para uma análise pormenorizada do respetivo regime jurídico cfr. PAOLO TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, pp. 644-661.

¹³⁰ “*Fin dal momento dell'incarico professionale, risultante da atto scritto, il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI-bis del presente libro (investigação defensiva)*”, parênteses nossos.

¹³¹ Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar*, pp. 164-165, referindo que, de facto, “*nada impede (...) que os participantes processuais (...) procedam a investigações para a descoberta e recolha de elementos de prova pertinentes ao objeto do processo, desde que o façam com respeito da lei. (...) os assistentes podem «intervir (...) oferecendo provas». Essas provas, enquanto obtidas por meios legais devem ser admitidas no processo; se obtidas por forma ilegal não podem sequer ser admitidas.*”.

encetadas por sujeitos privados consistirá no desenvolvimento de investigações atípicas, de cunho informal.

Assim, deve ter-se em conta que os sujeitos particulares que procedem à realização de averiguações informais ou privadas de informações relevantes, independentemente de figurarem como sujeitos ou participantes processuais, se movem no âmbito do exercício do direito geral de liberdade¹³² através da prática quaisquer comportamentos conducentes à produção ou recolha de prova, por exemplo através de observação e registo de som e imagem em contexto informal e, mediante ulterior comunicação ou fornecimento às autoridades responsáveis por determinada investigação criminal.

Destas asserções sobreleva a necessidade de regulação desta atividade de investigação autónoma, que é recorrentemente praticada por sujeitos particulares e relativamente à qual, pela ampla margem em que os agentes atuam no delicado plano da obtenção de prova, se suscita a necessidade da sua regulação legal e cautela no seu tratamento jurídico, sob pena de se permitir que estes sujeitos transponham os limites legalmente fixados à atividade de investigação prosseguida pelas autoridades públicas, as quais se encontram legitimadas para o efeito¹³³, o que configuraria uma aceção inoportável face à teleologia das proibições de prova e à legítima prossecução da justiça penal.

Neste sentido, a problemática da vinculação dos sujeitos particulares ao direito das proibições de prova convoca a apreciação de um pressuposto fundamental que se prende, desde logo, com a questão da eficácia dos direitos fundamentais tutelados à luz do regime jurídico das proibições de prova nas relações entre particulares, sobre o que nos pronunciaremos *infra*.

¹³² Cfr. PAOLO TONINI, *L'Attività di Investigazione Privata nel Nuovo Processo Penale*, p. 249. Entre nós, conforme sufragado por JOSÉ NEVES DA COSTA, *Do Aproveitamento*, p. 304, “o facto de não existir uma norma que preveja e regule estas atuações não lhes pode ser um limite (...) esta atuação está coberta pelos artigos 1.º, 2.º, 26.º, n.º1 e 27.º, n.º1 da CRP, que positivam a liberdade de atuação.”. Sobre a norma do direito geral de liberdade, cfr. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade*, pp. 761-771.

¹³³ Enfatizando esta questão v. PAOLO TONINI, *Manuale di Procedura Penale*, p. 643 e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, p. 167.

III. PARTICULARES COMO DESTINATÁRIOS DAS NORMAS DE PROIBIÇÕES DE PROVA

§3. A EFICÁCIA DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

3.1. AS CARACTERÍSTICAS DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

As normas de direitos fundamentais, enquanto normas que consagram direitos fundamentais consubstanciados em posições de vantagem juridicamente tuteladas, conferidas a todos os sujeitos integrados numa determinada comunidade, comportam um conjunto de traços identitários que determinam a sua pertença a uma categoria específica de normas no ordenamento jurídico.¹³⁴

A especificidade das normas de direitos fundamentais resulta, em primeira análise, da respetiva consagração constitucional. A dimensão constitucional destas normas confere-lhes uma posição de hierarquia superior face às normas decorrentes das demais fontes de direito do ordenamento jurídico e, no que respeita às normas de direitos fundamentais, determina que estas prevaleçam relativamente a normas consagradas em fontes de direito inferiores, no contexto de conflito normativo resolúvel com a norma de prevalência *lex superior*.¹³⁵

As normas de direitos fundamentais constituem normas de conduta¹³⁶, contanto que regulam e prescrevem a realização de específicos comportamentos¹³⁷ que se relacionam com a dignidade da pessoa humana, cuja realização traduz o exercício da posição de vantagem em que se consubstancia o direito fundamental ou o exercício de

¹³⁴ Cfr. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade*, pp. 729-735.

¹³⁵ Neste sentido, DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade*, pp. 729-730. Sobre as relações de hierarquia das fontes de direito v. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução*, pp. 183-184 e, especificamente sobre a norma *lex superior*, v. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade*, pp. 270-271 e PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, pp. 278-282.

¹³⁶ Em virtude do que, na aceção de HERBERT L. A. HART, são classificadas como normas primárias, por contraposição às normas secundárias, que são normas sobre normas, i.e., regulam a aplicação de outras normas do ordenamento jurídico. Cfr. HERBERT L.A. HART, *O Conceito de Direito*, 5.^a edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, pp. 91-109.

Sobre a distinção entre normas primárias e secundárias v. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução*, pp. 223-224, DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade*, pp. 99-108 e PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, pp. 45-50.

¹³⁷ Cfr. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade*, p. 732.

um comportamento, a título ativo ou omissivo, que viabilize ou garanta as condições de exercício do espaço de liberdade conferido pelos direitos fundamentais em questão.

Do exposto, é possível concluir-se relativamente aos destinatários das normas de direitos fundamentais que as normas de direitos fundamentais, na qualidade de normas de conduta, na medida em que visam disciplinar a atuação dos sujeitos que realizam as condutas objeto de regulação num determinado sentido, são acionadas perante quaisquer situações em que um sujeito prossiga e realize efetivamente a conduta prevista no respetivo âmbito regulativo¹³⁸, independentemente do sentido deôntico que as normas assumam, termos em que a conduta prevista pela norma de direitos fundamentais pode ser permitida, imposta ou proibida.

Nestes termos, quando de uma norma de direito fundamental resulta a permissão de determinada conduta, tal traduz a possibilidade de o titular do direito em apreço exercer o direito fundamental na medida da posição de vantagem que lhe é atribuída.¹³⁹

Relativamente a normas de direitos fundamentais impositivas, verifica-se que a realização do comportamento sobre o qual incide uma imposição conduzirá a um conjunto de condições que viabilizarão o exercício da posição de vantagem atribuída pela norma em questão, não correspondendo, nestes termos, ao efetivo exercício do direito fundamental conferido.¹⁴⁰

Assim, no que concerne a normas de direitos fundamentais proibitivas, estas acautelam e garantem o exercício do direito fundamental veiculando a proibição da prática de determinada conduta que represente ou possa vir a representar a restrição do âmbito daquele e da posição de vantagem conferida ao seu titular, que lhe subjaz.¹⁴¹

Ora, relativamente a estas normas, em função das condutas reguladas e dos respetivos modos deônticos, que podem consubstanciar a permissão de exercício do

¹³⁸ Quanto aos destinatários de normas de conduta cfr. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade*, p. 738 e também, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, p. 42.

¹³⁹ Cfr. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade*, pp. 736 e 740, referindo-se o Autor às normas permissivas como as normas de conduta identificativas de categoria dos direitos, liberdades e garantias, as quais, de uma forma ou outra, estão sempre relacionadas com uma permissão, esclarecendo que “A existência de normas com o modo de imposição (ou de proibição) na categoria de normas direitos, liberdades e garantias é, por isso, meramente lateral para a definição desta categoria, (...) apenas cumprem a função de estabelecer recortes negativos de um espaço de permissão normativamente conferido (...)”.

¹⁴⁰ Cfr. *Idem, ibidem*, p. 736 e 740.

¹⁴¹ Cfr. *Idem, ibidem*, p. 737.

direito fundamental ou a imposição ou proibição de condutas no sentido da viabilização desse mesmo exercício, constata-se que, das mesmas resultam deveres correlativos de respeito relativamente a quaisquer sujeitos na medida da suscetibilidade de estes ingerirem na esfera jurídica dos titulares dos direitos em causa e inviabilizarem o exercício do espaço de liberdade concedido¹⁴². Isto é, não obstante o titular do direito fundamental figure como o destinatário da posição de vantagem atribuída pelas normas de direitos fundamentais, estas mesmas normas geram deveres de respeito¹⁴³, que, face ao modo deôntico em causa, se concretizarão em comportamentos de outros sujeitos ou entidades, públicos ou privados, de abstenção ou viabilização face o exercício dos direitos fundamentais em causa.

Neste sentido, ROBERT ALEXY demonstra que este dever se configura nos seguintes termos: “(...) *se x tem, em face do Estado (s), um direito a G, então s tem, em face a x um dever de relação a G*”, sendo que “*o objeto desse dever de G, é exatamente o mesmo objeto do direito do qual se partiu (...)*”.¹⁴⁴

Contudo, esta consideração vale também perante os particulares, configurando-se a possibilidade de que os deveres de respeito correlativos ou corresponsivos aos direitos fundamentais sejam oponíveis nas relações entre sujeitos particulares, pois conforme refere MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA: “*O direito de S1 é correlativo do dever de S2, isto é, S1 tem um direito perante S2 se este tiver um dever perante S1,*”.¹⁴⁵

¹⁴² No que concerne às normas de direitos fundamentais permissivas, estas estabelecem, segundo a classificação de PEDRO MONIZ LOPES, “(...) *the appellant’s mind and her forceful clarity «is all that Marie has left»*”. *Sobre a dignidade, a autonomia e a moral a propósito do caso Fleming v Ireland*, in: *Estudos de Teoria do Direito*, Vol. I, Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 217-218, uma permissão forte respeitante ao exercício do direito pelo respetivo titular, a que subjaz um *perímetro de proteção da permissão* consubstanciado, com efeito, em proibições de interferência na realização da conduta relativamente aos demais sujeitos. Por sua vez, acerca das normas de direitos fundamentais impositivas, estas consagram direitos que se refletem em obrigações correlativas de terceiros relativamente à realização de determinada conduta, i.e., em direitos-pretensões de prestação ou não interferência oponíveis a outros sujeitos. Diferentemente, no que respeita às normas de direitos fundamentais cujo direito corresponde à não proibição do exercício de determinada conduta, estamos perante uma liberdade de ação e, por conseguinte, uma permissão fraca na aceção do Autor, que não gera, por sua vez, deveres correlativos de respeito ou não interferência relativamente a terceiros.

¹⁴³ A situação subjetiva constituída consiste num dever de omissão por parte de quaisquer sujeitos, no sentido de que estes se abstenham de prosseguir comportamentos que sejam passíveis de comprometer os direitos fundamentais em questão. Neste sentido MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução*, pp. 267-268.

¹⁴⁴ Cfr. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais* (trad. da 5ª edição da obra *Theorie der Grundrechte* por Virgílio Afonso da Silva), São Paulo: Malheiros, 2006, p. 526.

¹⁴⁵ Cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução*, p. 268, na esteira das *fundamental legal positions* desenvolvidas por WESLEY NEWCOMB HOHFELD, na obra *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in: *The Yale Law Journal*, Vol. 23, n.º 1, 1913, pp. 16-59.

Assim, recorrendo ao direito fundamental à liberdade de expressão como exemplo, compreende-se que a atribuição desta liberdade gera uma correlativa obrigação quer ao Estado – por exemplo, a obrigação de não censurar - quer aos sujeitos privados – por exemplo, a obrigação de não impedir outrem de expressar a sua opinião.

Nestes termos, a definição do universo de destinatários das normas de direitos fundamentais sempre assentará na concreta configuração da norma em questão, designadamente em função dos agentes representados na norma, sendo certo que, nem todas as condutas serão suscetíveis de concretização por sujeitos privados ou no contexto das relações jurídico-privadas.

Face ao exposto, concluímos, com DAVID DUARTE¹⁴⁶ que: “(...) *as normas de direitos fundamentais não se reportam apenas ao exercício de posições de vantagem contra o poder público, nem são, menos ainda, normas que impliquem sempre uma ação passiva ou ativa por parte do Estado: dentro da sua variedade e das múltiplas condutas nelas reguladas, detetam-se inúmeros casos de ações realizáveis por parte de sujeitos privados relativamente a outros sem que o Estado realize qualquer papel (remuneração do trabalho ou liberdade de escolha de profissão), o que se afirma sem ter em conta, sequer, a eficácia horizontal destas normas.*”.

3.2. TESES DA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, nomeadamente a concreta configuração da vinculação dos particulares às normas de direitos fundamentais, consubstancia uma questão de ampla controvérsia, sendo objeto de construções doutrinárias cuja compreensão é da maior relevância no presente contexto, atendendo a que, na presente dissertação, procuramos perceber em que medida a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais releva para a compreensão da vinculação dos particulares ao regime das proibições de prova.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Cfr. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade*, p. 738, nota de rodapé 18.

¹⁴⁷ Sobre a problemática em causa, destacamos para uma análise crítica mais detalhada na doutrina JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A vinculação das entidades privadas aos Direitos Fundamentais*, Lisboa: AAFDL, 1990, pp. 33-113, WILSON STEINMETZ, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 135-185, DANIEL SARMENTO, *Direitos Fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, pp. 223-329, BENEDITA FERREIRA DA SILVA MAC CROIRE, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 20-41 e 61-107, VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *A constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas*

Ora, em primeiro lugar, antes de procedermos a uma breve análise de cada uma das teses em presença, cumpre notar que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais no plano das relações jurídico-privadas, está dependente do universo de destinatários representados nas normas como sujeitos vinculados ao dever correlativo que das mesmas decorre ou como sujeitos vinculados a determinada obrigação ou imposição.

Deste modo, a aplicabilidade de direitos fundamentais aos sujeitos particulares só não se verificará quando tal resultar expressamente de disposição normativa ou no respeitante a direitos fundamentais que, pela sua natureza, definição ou configuração constitucional se dirigem somente ao Estado e apenas são suscetíveis de realização no plano das relações entre sujeito-Estado, ou seja, que apenas representem o Estado como sujeito passivo.¹⁴⁸

Não obstante, a discussão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais deve resolver-se relativamente a todos de direitos fundamentais, independentemente de em concreto, como vimos, se apurar que, em razão da natureza ou definição constitucional, determinado direito fundamental é exclusivamente oponível ao Estado ou, por outro lado, que o direito é inequivocamente aplicável nas relações entre particulares.¹⁴⁹

relações entre particulares, São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 66-106, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais – Trunfos contra a Maioria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 69-79 e 89-95, ROBERT ALEXY, *Teoria*, pp. 523-542, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 384-387, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Tomo IV, pp. 331-341, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*, in: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (org. Ingo Wolfgang Sarlet), 3.^a edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, pp. 241-261, INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 11.^a edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pp. 257-392, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a edição, Coimbra: Almedina, 2017, pp. 229-258, JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais, Introdução Geral*, 2.^a edição (2.^a Reimp), Cascais: Principia, 2018, pp. 93-106, JORGE MIRANDA *Direitos Fundamentais*, 2.^a edição (Reimp.), Coimbra: Almedina, 2018, pp. 362-373, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de proteção à proibição do défice*, Coimbra: Almedina, 2018.

¹⁴⁸ Cfr. JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A vinculação*, pp. 29-32, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição*, p. 386 e também neste sentido v. JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, in: *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado* (org. António Pinto Monteiro, Jörg Neuner e Ingo Sarlet), Coimbra: Almedina, 2007, pp. 180-181.

¹⁴⁹ Como nota BENEDITA FERREIRA DA SILVA MAC CRORIE, *A vinculação*, p. 12 e JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais – Trunfos*, pp. 70-71.

Neste âmbito, releva especialmente a consagração da norma constitucional, nos termos do disposto no n.º1 do artigo 18.º da CRP, que confere expressamente eficácia direta e imediata aos preceitos de direitos, liberdades e garantias nas relações de entidades públicas, entre entidades públicas e entidades privadas e de entidades privadas entre si, determinando, para o efeito, uma equiparação entre sujeitos públicos e sujeitos particulares.¹⁵⁰

Atendendo a que esta norma procede, a respeito do âmbito de eficácia jurídica das normas de direitos fundamentais, a uma equiparação entre as entidades públicas e as entidades privadas, parece poder concluir-se, desde logo, que a eficácia dos direitos fundamentais no contexto das relações entre particulares é inquestionável e, que a vinculação opera a título direto e imediato¹⁵¹, face ao que entendemos, desde logo, não ser equacionável sustentar-se uma tese que negue a eficácia dos direitos fundamentais neste âmbito.¹⁵²

Não obstante, uma vez que a mencionada norma não determina criteriosamente o sentido e alcance desta vinculação emergem, no essencial, três teses de relevo, uma tese que preconiza a eficácia a título mediato ou indireto, uma tese que defende que os direitos fundamentais geram deveres de proteção e uma tese que assenta na eficácia horizontal a título direto e imediato.

Neste sentido, duas das correntes doutrinárias, a que defende a designada tese da eficácia mediata e a que defende a tese dos deveres de proteção, convergem no entendimento de que com base na norma constitucional em apreço não é possível

¹⁵⁰ Ressalve-se que a equiparação entre relações públicas e privadas no presente contexto a que nos reportamos não assenta, no entanto, no pressuposto de que estas relações assumem idêntica natureza e configuração, designadamente no que concerne ao conteúdo dos direitos oponíveis e dos deveres correlativos. Sobre este aspeto, cfr. JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A vinculação*, pp. 94-101 e WILSON STEINMETZ, *A vinculação*, p. 172.

¹⁵¹ Na esteira do defendido por J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição*, pp. 385-386, assinalando que outro não pode ser o entendimento adotado, sobretudo atendendo ao facto de, ao consagrar a aplicabilidade direta e a vinculação dos particulares aos direitos, liberdades e garantias, o texto da Constituição não fazer qualquer restrição à eficácia imediata. Também neste sentido v. JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A vinculação*, p. 100 e, no respeitante à Constituição Federal do Brasil, v. WILSON STEINMETZ, *A vinculação*, pp. 121-123 e 272-273.

¹⁵² Neste sentido, sobre esta tese BENEDITA FERREIRA DA SILVA MAC CRORIE, *A vinculação*, p. 21, PAULO MOTA PINTO, *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português*, in: *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado* (org. António Pinto Monteiro, Jörg Neuner e Ingo Sarlet), Coimbra: Almedina, 2007, p. 153 e JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?*, in: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (org. Ingo Wolfgang Sarlet), 3.ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 270.

sustentar uma eficácia direta e imediata no plano das relações entre os sujeitos particulares, quer coletivos, quer privados, concebendo a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares a título indireto ou reflexo face aos deveres que recaem sobre o Estado.¹⁵³

No que concerne à tese da eficácia mediata ou indireta¹⁵⁴, esta assenta no entendimento de que a eficácia dos direitos fundamentais opera no âmbito das relações jurídico-privadas mediante a concretização dos direitos fundamentais na consagração de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados e no essencial, no plano da interpretação das normas de direito privado conforme às normas de direitos fundamentais, enquanto ordem de valores objetiva, assegurando deste modo uma regulação específica e consequentemente mais adequada à natureza das relações em causa, pelas especificidades que se colocam.

Sustenta-se com base nesta tese que apenas através da mediação do legislador ordinário na concretização dos comandos constitucionais se salvaguarda a liberdade e autonomia privada dos indivíduos, configurando a autonomia privada um princípio fundamental do direito privado, que de outra forma resultaria comprometido, bem como resultaria prejudicada a dinâmica própria das relações entre privados.

Por outro lado, surge a tese dos deveres de proteção do Estado¹⁵⁵, que, reconhecendo uma dimensão objetiva aos direitos fundamentais, se demarca da tese da eficácia mediata na medida em que pugna pela irradiação generalizada dos efeitos dos direitos fundamentais e pela assunção de uma posição garantística de proteção a desempenhar pelo Estado no contexto das relações jurídico-privadas, através da vinculação do Estado e dos respetivos órgãos e entidades públicos a deveres de proteção no exercício das suas funções perante eventuais lesões perpetradas por terceiros,

¹⁵³ Cfr. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, *A constitucionalização*, pp. 57-58 e 126-127, defendendo o Autor que, sem embargo de o texto constitucional prever expressamente a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais aos particulares, as respetivas disposições normativas têm um valor meramente declaratório, não fornecendo uma resposta à questão do modo da vinculação dos particulares. Contudo, adianta o Autor que estas normas exercem uma *função de bloqueio*, consubstanciada na impossibilidade de negar essa vinculação. Neste sentido, v. também JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais – Trunfos*, p. 76.

¹⁵⁴ Cfr. JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A vinculação*, pp. 37-39, BENEDITA FERREIRA DA SILVA MAC CRORIE, *A vinculação*, pp. 24-28 e WILSON STEINMETZ, *A vinculação*, pp. 136-141.

¹⁵⁵ Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais – Trunfos*, pp. 73-75 e BENEDITA FERREIRA DA SILVA MAC CRORIE, *A vinculação*, pp. 28-36.

realçando o papel de relevo a exercer pelo legislador, bem com a vinculação do poder executivo e do poder judicial.

Um dos principais argumentos aduzidos pelos autores que sufragam a tese da eficácia mediata e a tese dos deveres de proteção contra o reconhecimento da eficácia imediata dos direitos fundamentais prende-se, essencialmente, com a dificuldade que subjaz à tarefa de conciliação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais com a autonomia privada, nomeadamente, por se entender que a conformação direta das relações estabelecidas no seio do direito privado por influência dos direitos fundamentais degradaria o princípio da autonomia privada e conduziria a uma “excessiva rigidez e irrealismo”¹⁵⁶. Face ao que, um modo de compatibilizar os diferentes domínios em presença residiria na concretização dos comandos constitucionais respeitantes aos direitos fundamentais na legislação e no plano da interpretação das normas de direito privado à luz das normas constitucionais de direitos fundamentais.

Assinala-se ainda que a origem e contexto factual-histórico em que os direitos fundamentais emergiram e foram primordialmente reconhecidos e consagrados na ordem jurídica dos Estados, sustentam o entendimento de que estes direitos constituem garantias de proteção dos indivíduos e entidades públicas ou privadas contra a ingerência da autoridade estatal, com projeção exclusiva de deveres na esfera jurídica do Estado e dos órgãos estatais.

Diversamente, segundo a tese da eficácia imediata ou direta¹⁵⁷, os direitos fundamentais são eficazes na qualidade de direitos subjetivos ou normas de valor da comunidade, quer nas relações Estado-indivíduo, quer nas relações indivíduo-indivíduo, defendendo-se a suscetibilidade de um particular opor um direito fundamental de que seja titular e que considere estar a ser afetado pela conduta de outro particular, sem que

¹⁵⁶ Neste sentido, PAULO MOTA PINTO, *A influência*, pp. 151-152. Enunciando a questão do potencial conflito entre o direito fundamental da autonomia privada e os direitos fundamentais dos particulares quando se esteja no âmbito da relação entre particulares cfr. JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, *La eficacia*, p. 183.

¹⁵⁷ Cfr. JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A vinculação*, pp. 35-37, BENEDITA FERREIRA DA SILVA MAC CRORIE, *A vinculação*, pp. 21-23 e WILSON STEINMETZ, *A vinculação*, pp. 164-175.

a suscetibilidade de oponibilidade careça de concretização por via de regulação jurídica¹⁵⁸, ou de qualquer atuação estatal ou dos poderes públicos.

Em abono desta conceção dos direitos fundamentais, sustenta-se, desde logo, a hierarquia das normas de direitos fundamentais resultante da respetiva consagração em sede constitucional, ou seja, no patamar hierárquico superior do ordenamento jurídico. O posicionamento destas normas comporta as inerentes consequências de prevalência na resolução de conflitos normativos relativamente a normas consagradas num plano hierarquicamente inferior e de que a realização do Direito mediante a produção normativa deva resultar de um processo de interpretação conforme à Constituição¹⁵⁹, enquanto corolário da concretização da interpretação da lei conforme à norma hierarquicamente superior.¹⁶⁰

Neste sentido, o posicionamento hierárquico levará a que uma interpretação conforme à Constituição contemple necessariamente a força jurídica atribuída às disposições normativas que consagram direitos fundamentais, nomeadamente no sentido da respetiva aplicabilidade direta e imediata às relações das entidades públicas e das entidades privadas.¹⁶¹

Neste âmbito, também a caracterização das normas de direitos fundamentais como normas de conduta é da maior importância, porquanto, pondo em relevo que a aplicação das normas de direitos fundamentais assenta na efetiva realização da conduta prevista pelas mesmas, enquanto critério essencial da sua aplicação, demonstra que se a conduta em causa for realizável por um particular, a norma em questão é-lhe necessariamente aplicável. Neste contexto, as considerações respeitantes ao respetivo agente ou à qualidade ou plano em que o agente atua não relevam, nomeadamente, para efeitos da diferenciação entre a atuação dos sujeitos no plano das relações públicos ou privadas,

¹⁵⁸ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição*, pp. 381-383 e, também neste sentido, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição (Reimp.), Coimbra: Almedina, 2018, pp. 1178-1179.

¹⁵⁹ Sobre o processo de determinação das normas assente no processo de interpretação da fonte de direito, cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução*, pp. 197-199.

¹⁶⁰ V. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade*, p. 226, nota de rodapé 41, reportando-se ao critério hierárquico como um dos critérios a atender na determinação semântica dos conteúdos normativos, termos em que, face a uma situação de incerteza linguística normativa, se a norma constar de plano hierárquico inferior, o significado adotado deve ser compatível com o conteúdo da norma hierarquicamente superior.

¹⁶¹ Cfr. WILSON STEINMETZ, *A vinculação*, pp. 103-104, reportando-se à supremacia da Constituição da perspetiva da sua “força dogmática”.

relevando apurar face a determinada norma de direitos fundamentais individualmente considerada e em função do seu conteúdo, qual ou quais os destinatários visados.

Neste sentido, atendendo a que as normas de conduta parametrizam comportamentos específicos, se as mesmas não empreenderem qualquer delimitação no que concerne ao respetivo universo de destinatários, entende-se que as mesmas serão aplicáveis ao agente relativamente ao qual se perspetive a possibilidade de realizar as condutas, seja o Estado¹⁶² ou um particular, sendo que, neste caso, tal conduz a que lhes seja reconhecida a potencialidade de influenciar e conformar direta e decisivamente as condutas dos sujeitos particulares entre si.¹⁶³

Ora, relativamente às posições que apenas concebem a oponibilidade direta de direitos fundamentais contra o Estado e assim, que a respetiva aplicabilidade nas relações entre particulares opera a título indireto, a intervenção em relações jurídico-privadas consistirá essencialmente numa atuação restringida ao plano normativo. Assim, a influência do conteúdo dos direitos fundamentais resultará da consagração de normas de direito privado, bem como de cláusulas gerais e conceitos indeterminados à luz destes direitos, com vista à conformação de condutas dos sujeitos particulares num determinado sentido.¹⁶⁴

¹⁶² Note-se que, conforme defende INGO WOLFGANG SARLET, *A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro*, in: *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado* (org. António Pinto Monteiro, Jörg Neuner e Ingo Sarlet), Coimbra: Almedina, 2007, pp. 126-127, também no âmbito da tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais a efetividade dos direitos fundamentais resultará, em última análise, da atuação de um órgão estatal, designadamente dos órgãos jurisprudenciais que imprimem na sua atuação o desígnio da proteção dos direitos fundamentais.

Este apontamento é de resto assinalado por BENEDITA FERREIRA DA SILVA MAC CRORIE, *A vinculação*, p. 67, relativamente à conceção dos deveres de proteção, no sentido de que afirmar a vinculação dos juízes a direitos fundamentais implica afirmar a vinculação dos particulares à eficácia desses direitos, face ao que, será mais coerente reconhecer, desde logo, que os direitos fundamentais vinculam os particulares a título direto e imediato.

¹⁶³ No sentido em que as normas de direitos, liberdades e garantias constituem normas de decisão, que vinculam e parametrizam a ação do Estado, nomeadamente no âmbito do exercício do poder legislativo e do poder judicial, constituindo fundamentos diretos das decisões. Cfr. JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, *La eficacia*, pp. 190-191 e referindo-se ainda o Autor às normas de direitos fundamentais como autênticas normas de comportamento, cfr. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?*, pp. 276-277. Também neste sentido v. HELENA MORÃO, *O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português*, pp. 599-600, reportando-se a Autora ao corolário do fundamento constitucional do efeito-à-distância, na esteira da posição defendida por J. J. GOMES CANOTILHO, *Anotação ao Acórdão n.º 70/90 do tribunal Constitucional*, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 123, N.º 3792, julho, Coimbra, 1990, pp. 95-96.

¹⁶⁴ Conforme realça JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A vinculação*, p. 99, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais pode não ser plenamente contemplado nas cláusulas gerais ou conceitos indeterminados de direito privado, podendo a garantia mínima da integridade destes direitos não ser suficientemente lograda. Neste sentido, não se compreende a objeção apontada à eficácia direta e imediata nas relações entre

Neste sentido, ao assumirem a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais a título reflexo enquanto corolário da concretização destes direitos nas normas de direito civil, estas teses limitam-se a afirmar o respeito pelo princípio da interpretação conforme à Constituição no específico domínio da produção normativa ou atuação no plano do direito civil.¹⁶⁵

Este entendimento não só parece revelar-se insuficiente da perspetiva da tutela plena dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, não acautelando devidamente a intensidade de ameaças provenientes das relações privadas, como desconforme com as disposições constitucionais a este respeito¹⁶⁶, tanto mais quando se tem em conta que no domínio privado coexistem relações de particulares em tendencial posição de igualdade e relações de autoridade em que estão envolvidos sujeitos com poder económico e social.^{167/168}

A que acresce, este entendimento comporta o risco de que a exigência de mediação do legislador possa conduzir, na falta de intervenção legislativa ou perante uma intervenção insuficiente, à desconsideração do conteúdo essencial das normas de direitos fundamentais¹⁶⁹, sobretudo na medida em que estas posições defendem, à luz do

particulares no sentido de que esta pudesse comprometer o respeito pelo princípio da segurança jurídica em função do carácter vago e fragmentário das normas de direitos fundamentais, desde logo, considerando que os enunciados das cláusulas gerais ou de conceitos indeterminados podem igualmente comportar incertezas linguísticas e carecem, como qualquer enunciado normativo, de interpretação e concretização face ao caso concreto. Expondo e criticando esta objeção, v. WILSON STEINMETZ, *A vinculação*, pp. 162-164 e 173 e BENEDITA FERREIRA DA SILVA MAC CRORIE, *A vinculação*, pp. 71-73.

¹⁶⁵ Cfr. BENEDITA FERREIRA DA SILVA MAC CRORIE, *A vinculação*, p. 63.

¹⁶⁶ V. JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A vinculação*, pp. 30-31 e 98.

¹⁶⁷ No âmbito de relações privadas de desigualdade, dependendo da relação de poder em causa, o exercício da autonomia privada dos sujeitos envolvidos pode ser comprometido pela assunção de uma posição dominante de uma entidade privada sobre outras entidades ou sujeitos privados, sem concessão de quaisquer condições de exercício dos seus direitos fundamentais, nomeadamente quando se trate de relações laborais. Neste sentido, JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A vinculação*, pp. 25-26 e JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, *La eficacia*, pp. 167-168 e 207-208, salientando o Autor que, perante estas situações, se observa uma aproximação substancial entre as relações públicas e privadas de domínio. V. também, INGO WOLFGANG SARLET, *A influência*, pp. 121-122.

¹⁶⁸ Neste sentido têm vindo a surgir posições mitigadas de defesa da eficácia dos direitos fundamentais perante relações privadas, v. PAULO MOTA PINTO, *A influência*, pp. 153-157, entendendo que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais apenas se verifica relativamente a um núcleo de direitos fundamentais relacionados com a dignidade da pessoa humana, diferentemente JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pp. 245-254, sendo que o Autor assenta a vinculação dos particulares a direitos, liberdades e garantias em critérios respeitantes à natureza da pessoa e do poder que estes sujeitos exerçam na relação em questão, no sentido de que, para além dos casos expressamente previstos na CRP, apenas as pessoas privadas inseridas numa relação privada de poder ou dependência sobre outros sujeitos particulares figuram como sujeitos passivos dos direitos fundamentais. Na mesma linha, referindo-se a *relações privadas caracterizadas pela situação desigualitária* cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 1293.

¹⁶⁹ Cfr. JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A vinculação*, p. 99.

princípio da separação de poderes, que a intervenção do juiz na resolução das situações de conflito deve limitar-se à realização do Direito nos termos de prévia conformação das relações entre privados pelo legislador, sob pena de se admitir que o papel do juiz se sobreponha às tarefas do legislador no domínio da concretização da eficácia dos direitos fundamentais e da conformação jurídica das relações entre particulares.^{170/171}

No que concerne à harmonização com o direito civil, partimos da perspectiva de que afirmar a eficácia horizontal não corresponde, nem pode corresponder, a uma pretensão de “substituição do direito civil”¹⁷² pelo estatuído na Constituição, que as normas de direitos fundamentais e a respetiva dogmática devam transpor-se automaticamente para o domínio do direito civil¹⁷³ ou que em caso de conflito das normas e interesses em causa, se deva impor o conteúdo do direito fundamental a título absoluto, comportando a suscetibilidade de conduzir a compressões ou limitações das liberdades individuais.¹⁷⁴

Do que se trata em presença, é compreender que a eficácia dos direitos fundamentais quer nas relações públicas, quer nas relações privadas, deverá atender às especificidades da concreta situação jurídica e à configuração constitucional do direito fundamental em causa, sendo que, no respeitante à concreta conformação do direito

¹⁷⁰ Sobre este aspeto, sendo esta aliás uma das críticas apontadas à tese da eficácia imediata, v. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais – Trunfos*, pp. 103-109.

Contestando este argumento, concordamos com BENEDITA FERREIRA DA SILVA MAC CRORIE, *A vinculação*, p. 76, ao salientar o facto da justeza da decisão poder justificar *uma compartimentação de funções não coincidente com uma rígida separação* orgânica, na medida do respeito pelo núcleo essencial das competências que cabem ao legislador e ao juiz. Criticando este argumento surge também WILSON STEINMETZ, *A vinculação*, p. 174, quando afirma que se a divergência na conceção da eficácia dos direitos fundamentais se suscita apenas perante situações em que o legislador não conformou a situação jurídica em causa e, se se rejeita que o juiz assuma a conformação destas situações através da aplicação direta das normas de direitos fundamentais, as vias de solução possíveis consistem ou na negação da eficácia ou na assunção da eficácia direta, mediante a aplicação direta e imediata das normas, sendo que, a adoção de qualquer das soluções consistia numa contradição perante as premissas em que as teses da eficácia mediata e a dos deveres de proteção assentam, revelando a natureza dissimulada do pretensão reconhecimento de eficácia nas relações entre particulares.

¹⁷¹ Não obstante, veja-se que mesmo relativamente a situações jurídicas objeto de conformação legislativa, tal conformação pode não contemplar a complexidade e riqueza das situações jurídicas concretamente consideradas, o que conduz a que no momento da decisão jurisprudencial, o juiz necessite de proceder à conformação da eficácia dos direitos fundamentais à luz das concretas circunstâncias apuradas, com vista a estabelecer a norma de decisão mais adequada ao caso. Cfr. BENEDITA FERREIRA DA SILVA MAC CRORIE, *A vinculação*, p. 73.

¹⁷² Cfr. PAULO MOTA PINTO, *A influência*, pp. 155-157.

¹⁷³ V. JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A vinculação*, pp. 100-102.

¹⁷⁴ Sobre estas questões, v. JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, *La eficacia*, pp. 207-212 e WILSON STEINMETZ, *A vinculação*, pp. 153-155. Com JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A vinculação*, pp. 96-97, cremos que é precisamente na harmonização do direito civil com as normas constitucionais de direitos fundamentais que se alcança e garante uma liberdade efetiva no domínio do tráfego jurídico privado.

privado pelos direitos fundamentais, a influência exercida deve obedecer a uma concretização casuística, adequada aos institutos e regimes jurídicos em causa, bem como às específicas valorações que lhes subjazem, na medida da conformidade com o consignado na Constituição¹⁷⁵, devendo o conteúdo essencial dos direitos fundamentais constituir um conteúdo indisponível de respeito incontornável para o legislador, como se infere do disposto no n.º3 do artigo 18.º da CRP.¹⁷⁶

No que concerne às posições que relevam de uma conceção liberal dos direitos fundamentais como direitos historicamente concebidos contra o poder e autoridade do Estado, entendimento em razão do qual assumem a eficácia destes direitos no domínio estrito das relações entre Estado e particulares, parece-nos que estas conferem uma relevância histórica aos direitos fundamentais a que está subjacente uma “carga emotiva”¹⁷⁷ que influencia e obnubila o que verdadeiramente está em causa.

Ora, a compreensão tradicional dos direitos fundamentais que é sufragada não só não assento normativo¹⁷⁸, bem como não tem reflexo no atual contexto sociopolítico e na ideia de Estado de Direito Democrático, desatendendo ao reconhecimento de que relevantes expressões de danosidade social podem provir igualmente das relações entre sujeitos particulares.¹⁷⁹

A que acresce que as orientações que realizam o conteúdo dos direitos fundamentais à luz do legado histórico que lhes está subjacente, podem conduzir a resultados interpretativos do conteúdo das respetivas normas que não obedecem ao caráter normativo das normas constitucionais, porquanto, partindo não de uma posição

¹⁷⁵ Cfr. JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A vinculação*, pp. 94-95 e 105, BENEDITA FERREIRA DA SILVA MAC CRORIE, *A vinculação*, p. 63, referindo-se a uma necessidade de articulação dos direitos fundamentais com outros bens ou valores constitucionalmente protegidos e também neste sentido, cfr. INGO WOLFGANG SARLET, *A influência*, p. 133.

¹⁷⁶ Neste sentido JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A vinculação*, p. 97 e JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, *La eficacia*, pp. 181 e 189.

¹⁷⁷ Expressão de DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade*, pp. 727-729, identificando o Autor este afastamento como uma “necessidade científica básica”, que se prende com a simplificação na apreensão do conteúdo objetivo das normas.

¹⁷⁸ Cfr. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade*, p. 728, nota de rodapé 2.

¹⁷⁹ Procedendo ao enquadramento histórico da questão em presença e assinalando a evolução dos direitos fundamentais neste sentido, cfr. JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A vinculação*, pp. 15-23 e BENEDITA FERREIRA DA SILVA MAC CRORIE, *A vinculação*, pp. 13-19. V. também JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, *La eficacia*, pp. 165-167, realçando o Autor que a natureza permeável e variável dos direitos fundamentais não é compatível com uma conceção histórica imutável desta categoria de direitos, que se afigura atualmente anacrónica. Aliás, como bem ressalva WILSON STEINMETZ, *A vinculação*, p. 102, os argumentos históricos a referir neste âmbito prendem-se precisamente com o assinalar da tendência de expansão do âmbito de aplicação destes direitos às relações entre privados.

de neutralidade científica mas de uma pré-compreensão política ou ideológica do conteúdo das normas constitucionais de direitos fundamentais, não percebem e analisam o seu conteúdo como normas iguais às normas consagradas no ordenamento jurídico, o que se reflete no plano da efetividade dos direitos fundamentais em causa¹⁸⁰, nomeadamente no que se refere à determinação dos destinatários das normas.

Neste sentido, reconhece-se que o exercício dos direitos fundamentais impõe limitações em face da atuação dos demais sujeitos particulares, quer em referência ao plano das relações jurídico-privadas, quer no plano das relações jurídico-públicas, pelo que, a nosso ver, no ordenamento jurídico português, é a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais que, segundo a nossa opinião, deve merecer colhimento na interpretação do preceito do n.º1 do artigo 18.º da CRP¹⁸¹, por ser perfeitamente adequada ao conteúdo dos direitos fundamentais, ou seja, face ao esquema das obrigações correlativas que estes geram.

A este entendimento não constitui óbice o argumento de que a aplicação dos direitos fundamentais a título direto e imediato nas relações entre particulares poder comportar a fragilização dessa mesma eficácia, nomeadamente, no que concerne à proteção conferida aos bens jurídicos em causa, dada a suscetibilidade de os sujeitos oporem reciprocamente um mesmo direito ou um direito com o mesmo peso, de que resultaria uma atenuação da eficácia dos direitos invocados, diferentemente do que sucederia nas relações entre particulares e o Estado.¹⁸²

Na nossa perspetiva, tal argumento improcede, desde logo, por não obedecer à lógica normativa. Ora partindo da compreensão de que as normas jurídicas são derrotáveis perante outras normas, ou seja, de que as suas condições de aplicação são sensíveis ao contexto em que se inserem e são suscetíveis a cedência perante condições de aplicação de outras normas prevalecentes no caso concreto, apenas se pode afirmar uma aplicabilidade *prima facie* a determinada situação, pelo que, o peso de determinado direito ou situação jurídica é aferido à luz de específicos critérios e perante a factualidade concretamente apurada, sem que tal seja suscetível de comprometer a sua

¹⁸⁰ Neste sentido, DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade*, pp. 728-729, JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, *La eficacia*, p. 190 e num sentido próximo, v. BENEDITA FERREIRA DA SILVA MAC CROIRIE, *A vinculação*, p. 22, assinalando a posição defendida por HANS CARL NIPPERDEY, *Grundrechte und Privatrecht*, in: *Festschrift für E. Molitor zum 75. Geburtstag*, Verlag C. H. Beck, München, 1962, p. 25.

¹⁸¹ Concluindo no mesmo sentido, v. JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A vinculação*, p. 99.

¹⁸² Cfr. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais – Trunfos*, pp. 91-93.

força normativa, a natureza dos direitos fundamentais enquanto tal ou o seu desígnio de proteção, o que se verifica quer se trate de uma situação de conflito de um particular perante o Estado ou face a outro particular.¹⁸³

3.3. O PONIBILIDADE DIRETA E IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AOS PARTICULARES ASSENTE NA EFICÁCIA HORIZONTAL

Em primeira análise, deve ter-se em conta que não existe qualquer obstáculo fáctico a que os sujeitos particulares sejam destinatários dos deveres correlativos aos direitos fundamentais, pelo que, a existência ou não de eficácia horizontal depende do que vem consagrado na CRP e, assim, do específico conteúdo dos preceitos que consagram direitos fundamentais.

Neste sentido, os direitos fundamentais só não serão oponíveis contra particulares se se verificar a existência de preceitos constitucionais que expressamente os excluam ou restrinjam o universo de destinatários correlativos dos direitos fundamentais a determinados sujeitos ou entidades públicas.

Ora se *a* tem um direito *G*, este direito será oponível face a *todos* quantos estejam numa situação em que possam afetar esse exercício, sendo que o universo de *todos* deve ser definido pelas específicas características da situação jurídica de vantagem atribuída, ou seja, se *a* tem um direito à palavra (*G*) este direito é oponível a todos os sujeitos que possam impedir faticamente as condutas de exercício da palavra, nomeadamente através da gravação e reprodução da gravação da palavra falada não consentidas, no sentido de que as ações de exercício da palavra são *naturalmente* praticadas em contextos de relações privadas.

Posto isto, percebe-se que, não havendo qualquer norma constitucional que determine expressamente a exclusão dos sujeitos particulares do universo dos destinatários das obrigações correlativas aos direitos fundamentais, os direitos

¹⁸³ Cfr. WILSON STEINMETZ, *A vinculação*, p. 155, sustentando o Autor que em qualquer dos casos se verifica uma colisão de direitos fundamentais e que a eficácia dos direitos fundamentais não poderá valer a título absoluto ou incondicional, independentemente de o particular opor o direito a outro particular ou ao Estado. Em sentido contrário, cfr., por todos, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais – Trunfos*, pp. 91-95.

fundamentais são eficazes entre particulares pela simples circunstância de o conteúdo dos direitos ser *naturalmente* realizado no contexto das relações privadas.¹⁸⁴

Ora, o princípio da universalidade, constitucionalmente consagrado no n.º1 do artigo 12.º da CRP, constitui um dos princípios gerais do regime dos direitos, liberdades e garantias, de relevo no presente contexto, tendo em conta que do mesmo deriva a delimitação do âmbito da titularidade dos respetivos direitos fundamentais em função do vínculo de cidadania.¹⁸⁵

A norma da universalidade determina, assim, que todos os *cidadãos*, i.e., todos os indivíduos integrados na comunidade política, são titulares dos direitos e sujeitos aos deveres que regem e modelam a comunidade, nos termos que decorrem da respetiva consagração constitucional, nomeadamente, em função da situação concreta¹⁸⁶, da posição jurídica conferida pelo direito fundamental ou da categoria de direitos em questão.¹⁸⁷

Ora se todos os *cidadãos* estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição e se todos os direitos fundamentais geram deveres correlativos de respeito, então, todos os sujeitos privados estão sujeitos a esses deveres, ou seja, estão vinculados ao respeito dos direitos fundamentais.

Em segundo lugar, abona a favor da tese da eficácia imediata o disposto no n.º1 do artigo 18.º da CRP, na medida em que, conferindo expressamente eficácia direta e imediata aos preceitos de direitos, liberdades e garantias nas relações entre particulares, comporta assim o corolário essencial de que os direitos, liberdades e garantias geram

¹⁸⁴ Neste sentido, WILSON STEINMETZ, *A vinculação*, p. 101, argumentando que, pelo menos, alguns dos direitos fundamentais se dirigem e obrigam os particulares, o que é evidenciado nos termos de uma análise estrutural – que tem por objetivo identificar o sujeito titular, o sujeito destinatário e o âmbito de proteção da norma de direito fundamental –, bem como do ponto de vista das razões e finalidades sociais que justificam a positivação desses direitos, elencando para o efeito, o direito à vida, o direito de liberdade, os direitos de personalidade, o direito à inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas.

¹⁸⁵ Sobre o princípio da universalidade ver DAVID DUARTE, *A norma da universalidade de direitos e deveres fundamentais: esboço de uma anotação*, in: BFDUC, n.º 76, Vol. LXXVI, Coimbra, 2000, pp. 413-431, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição*, pp. 328-332, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Tomo IV, 1.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 257-261 e J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 416-420.

¹⁸⁶ No sentido de que o âmbito de titularidade de direitos varia em função da natureza da situação ou do concreto contexto e das específicas características e pressupostos, o que se observa, por exemplo, relativamente aos direitos inerentes ao exercício de determinada posição do processual penal. Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Tomo IV, p. 259.

¹⁸⁷ Neste sentido DAVID DUARTE, *A norma da universalidade*, pp. 413-417.

deveres correlativos de respeito quer nas relações entre os particulares e o Estado, quer nas relações de particulares entre si, de que são destinatários todos os terceiros, públicos ou privados, face ao titular do direito fundamental, sendo que, esses deveres correlativos de respeito têm expressão, em função dos casos, em deveres de abstenção de ingerência no exercício de determinado direito fundamental ou de deveres de prestar ou prover ativamente pela sua plena realização.

No nosso entender, esta é a posição que mais plenamente confere realização aos direitos fundamentais dos indivíduos e à dignidade da pessoa humana¹⁸⁸, porquanto, só concebendo uma eficácia *erga omnes* aos direitos fundamentais, i.e., face a todos os indivíduos ou entidades membros da comunidade, independentemente da qualidade pública ou privada em que atuem, é possível conferir tutela perante todas as situações de potencial afetação destes direitos.¹⁸⁹

Assim, assente que o Estado não só é destinatário de deveres de respeito dos direitos, liberdades e garantias, bem como, de deveres de proteção, não só perante a própria atuação, mas também perante a atuação de terceiros e nomeadamente de sujeitos privados, o mesmo deve prover pela criação e manutenção de condições de pleno exercício de determinados direitos, liberdades e garantias pelos respetivos titulares.¹⁹⁰ Não obstante, a eficácia dos direitos fundamentais no plano das relações particulares-Estado deve ser complementada e reforçada com a assunção da eficácia horizontal, porquanto, erigir exigências de respeito aos sujeitos particulares possibilitará assegurar a efetividade do exercício dos direitos fundamentais em contextos que os sujeitos particulares se encontram vulneráveis a lesões perpetradas por sujeitos particulares.¹⁹¹

¹⁸⁸ Assim, JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A vinculação*, pp. 97-98, referindo que, “*O critério, apontado ao legislador, pelo n.º3 do artigo 18.º tem carácter geral, vale também como critério para definir até que ponto os direitos fundamentais podem ser limitados ou comprimidos pela atuação jurídica dos particulares.*”, acentuando, deste modo, que o desiderato de salvaguarda do conteúdo essencial e intangível dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, que subjaz ao disposto no artigo 18.º da CRP, essencialmente no n.º3 do mesmo artigo, só logra alcançar-se mediante a respetiva garantia face a quaisquer situações e quaisquer sujeitos, públicos ou privados, na medida em que se verifique a suscetibilidade de afetação da integridade destes direitos e, designadamente, de comprometer o respetivo conteúdo essencial. Neste sentido, erigindo o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da eficácia direta e imediata, v. WILSON STEINMETZ, *A vinculação*, pp. 112-117.

¹⁸⁹ Seja entre sujeitos particulares numa relação de igualdade, seja numa relação de poder ou de dependência, o que não corresponde à assunção de que a natureza e estrutura das relações são assimiláveis. Neste sentido, cfr. JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A vinculação*, p. 100.

¹⁹⁰ Cfr. JOSÉ JOÃO NUNES ABRANTES, *A vinculação*, p. 29.

¹⁹¹ Neste sentido, v. ROBERT ALEXY, *Teoria*, pp. 533-542, defendendo um modelo de solução com três níveis de eficácia dos direitos fundamentais que consiste no reconhecimento de deveres de proteção

Em jeito de conclusão, entendemos que as premissas essenciais em que assentam as teses que se contrapõem à tese da eficácia direta e imediata são com esta conciliáveis e que as respetivas potencialidades apenas são suscetíveis de lograr uma concretização plena da perspectiva da tutela e da efetividade dos direitos fundamentais quando conjugadas e articuladas com o postulado da eficácia dos direitos fundamentais a título imediato nas relações entre particulares.¹⁹²

estatais, de direitos em face do Estado e de direitos nas relações entre particulares, sendo que entre estes níveis é estabelecida uma relação de implicação recíproca. Na esteira desta posição, v., entre nós, BENEDITA FERREIRA DA SILVA MAC CRORIE, *A vinculação*, pp. 91-107.

¹⁹² Cfr. INGO WOLFGANG SARLET, *A influência*, pp. 128-133, no sentido de que sustentar a tese da eficácia indireta ou dos deveres de proteção não exclui a possibilidade de se defender a vinculação dos particulares a deveres de respeito dos direitos fundamentais, a título direto. V. também JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?*, p. 277.

§4. A APLICAÇÃO DAS PROIBIÇÕES DE PROVA À PROVA OBTIDA POR PARTICULARES

4.1. A PREMISSE DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES ÀS PROIBIÇÕES DE PROVA

Em linhas gerais, a concretização no plano do direito processual penal da premissa segundo a qual os direitos fundamentais vinculam, a título direto e imediato, os sujeitos particulares a correspondentes deveres de respeito, atenta a concreta suscetibilidade de estes afetarem ou inviabilizarem o exercício das posições de vantagem conferidas pelas normas de direitos fundamentais, conduz-nos à conclusão de que as proibições de prova são suscetíveis de aplicação e oponibilidade aos particulares.

Ora, se os sujeitos particulares podem obter prova autonomamente mediante a realização de diligências de carácter intrusivo e carregá-la para o processo com vista à sua valoração em tribunal, a sua atuação deve ser sujeita ao postulado das proibições de prova, atendendo à potencialidade lesiva que a mesma representa para a integridade dos direitos fundamentais dos sujeitos visados.¹⁹³

A consagração constitucional do direito das proibições de prova, enquanto garantia fundamental de defesa no contexto processual penal¹⁹⁴, no quadro da categoria dos direitos, liberdades e garantias tem uma expressão de inteiro relevo na questão da eficácia das proibições de prova entre particulares, desde logo, conferindo-lhe o regime material dos direitos, liberdades e garantias nos termos dos artigos 17.º e 18.º da CRP.¹⁹⁵

¹⁹³ Neste sentido, JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, *La eficacia*, p. 197, referindo que o reconhecimento da suscetibilidade de um particular afetar direitos fundamentais é assumido em diversas decisões judiciais, conforme sucedeu, a título de exemplo, relativamente à sentença n.º 114/1984, de 29 de novembro, relativamente a produção de prova ilícita por particulares.

¹⁹⁴ Sobre as proibições de prova enquanto garantias de defesa do processo penal cfr. MANUEL AUGUSTO ALVES MEIREIS, *O Regime das Provas*, pp. 201-203, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição*, pp. 515-516 e 524-525 e JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Tomo IV, p. 130.

¹⁹⁵ A conformação constitucional das garantias de defesa de processual penal preordenada à salvaguarda e aplicação dos direitos fundamentais no contexto da defesa do arguido e dos indivíduos visados no processo penal, revela-se decisiva na concreta configuração no plano do direito processual penal do regime das proibições de prova, traduzindo a formulação de H. HENKEL no sentido de que o direito processual penal constitui *direito constitucional aplicado*. Neste sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, p. 12 e MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal – “Direito Constitucional*

Ademais, estando as proibições de prova alicerçadas num fundamento de salvaguarda de um núcleo de direitos fundamentais assentes na dignidade da pessoa humana, o respetivo regime deve pautar-se pelo regime constitucional atribuído aos direitos fundamentais tutelados¹⁹⁶, o que, no respeitante à força jurídica das normas constitucionais relativas à prova processual penal, se reflete na aplicabilidade do disposto no n.º1 do artigo 18.º da CRP¹⁹⁷, ou seja, na nossa perspetiva, na aplicabilidade a título direto e imediato, dos direitos fundamentais tutelados pelo regime de proibições de prova aos sujeitos particulares.

Neste seguimento, cremos que à natureza jurídica das proibições de prova como garantias jurídicas não deve estar subjacente um entendimento estrito e exclusivo das proibições de prova como garantias geradoras de direitos a exigir e opor ao Estado a proteção dos direitos fundamentais em causa¹⁹⁸, sendo certo que, com assento na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, conceder a possibilidade de os particulares oporem os direitos fundamentais, em que assentam as proibições de prova, não só perante o Estado mas face a outros particulares, perspetivando-os igualmente como sujeitos passivos dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, como destinatários diretos de deveres de respeito, parece poder resultar uma tutela mais eficaz da integridade desses direitos.

Assim, conforme se referiu *supra* a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, no que concerne às proibições de prova consignadas nos termos do n.º8 do artigo 32.º da CRP, a definição do universo de destinatários da norma em questão corresponderá ao universo de sujeitos representados na sua previsão normativa como os

Aplicado”, in: Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 745-754.

¹⁹⁶ Neste sentido v. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Tomo IV, pp. 129-131, frisando o Autor que as garantias se projetam nas esferas jurídicas das pessoas pelo nexó estabelecido com os direitos e também JOSÉ MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais, Introdução Geral*, pp. 38-39. Num sentido próximo v. JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, *La eficacia*, p. 170, firmando que a coerência e eficácia do sistema de garantias dos direitos fundamentais assenta na defesa da sua polivalência e irradiação em todas as direções, incluindo, naturalmente, as relações entre particulares.

Conceção que se nos afigura inconsistente com a assunção de que as garantias de processo criminal só valem perante o Estado, conforme preconiza JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pp. 197-198, BENEDITA FERREIRA DA SILVA MAC CRORIE, *A vinculação*, p. 9 e JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Tomo IV, pp. 332-333.

¹⁹⁷ Cfr. PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, *Artigo 126.º (Métodos proibidos de prova)*, in: Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Tomo II, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 39-40.

¹⁹⁸ Sobre as garantias jurídicas constitucionalmente consagradas, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição*, p. 311.

sujeitos vinculados às obrigações correlativas dos direitos fundamentais tutelados pelo respetivo regime.

Analisando o disposto no n.º8 do artigo 32.º da CRP, constata-se que a norma consagrada não empreende qualquer delimitação ou restrição ao âmbito de sujeitos vinculados ao seu postulado, prevendo somente a consequência jurídica da nulidade de todas as provas obtidas mediante tortura, coação ou violação dos direitos fundamentais elencados.

Pelo que, existindo uma norma constitucional que estabelece a aplicabilidade a título direto e imediato dos direitos fundamentais entre particulares e, atendendo a que a norma que consagra constitucionalmente as proibições de prova não procede à delimitação dos respetivos destinatários e que não se prevê uma regra que exceção o regime dela decorrente¹⁹⁹, quer no sentido da restrição do seu âmbito de aplicação à atuação das autoridades públicas²⁰⁰, quer no sentido da exclusão dos sujeitos particulares do seu âmbito, pode concluir-se que as proibições de prova vinculam efetivamente os sujeitos particulares no contexto das relações jurídico-privadas.²⁰¹

Nestes termos, a vinculação dos particulares ao direito das proibições de prova resulta da conjugação do disposto no n.º1 do artigo 18.º com os n.ºs 1 e 8 do artigo 32.º da CRP e, concretiza-se no plano do direito processual penal nos termos do artigo 126.º do CPP pois, uma vez que o regime das proibições de prova consubstancia uma garantia

¹⁹⁹ Sobre a distinção entre regras especiais e excecionais v. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução*, pp. 224-227.

²⁰⁰ Não obstante, atendendo ao disposto no n.º4 do artigo 34.º da CRP poder-se-ia entender que a norma procede à exclusão dos particulares do respetivo âmbito de aplicação, contudo, como desenvolveremos *infra*, a norma em questão procede à consagração de uma norma especial e não de uma norma exceção, ou seja, procede somente à concretização do sentido decorrente do n.º8 do artigo 32.º da CRP no respeitante à atuação das autoridades públicas face aos direitos fundamentais regulados nos termos do artigo 34.º. Face ao exposto, da norma em análise não se pode concluir no sentido da exclusão dos sujeitos particulares do respetivo âmbito de aplicação.

²⁰¹ É esta a leitura de MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, p. 14, sustentando que o regime constitucional dos direitos liberdades e garantias é aplicado aos bens jurídicos fundamentais que presidem à problemática das proibições de prova, relevando especialmente a força jurídica nos termos do artigo 18.º da CRP, assinalando o Autor que a sua eficácia direta se aplicará nos diversos planos, vinculando o poder legislativo e jurisprudencial e, dirigindo quer as instâncias públicas/formais, quer as informais/privadas. Em sentido convergente, cfr., TERESA PIZARRO BELEZA, “*Tão amigos que nós éramos*”: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal Português, in: Revista do Ministério Público, n.º 74, Ano 19, abril/junho, 1998, p. 44, nota de rodapé 6 e HELENA MORÃO, *O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português*, p. 600.

Por outro lado, v. PAULO SOUSA MENDES, *Lições*, pp. 179-181, que, pese embora, releve o significado da elevação dos direitos fundamentais salvaguardados pelas proibições de prova à constelação de direitos, liberdades e garantias, não extrai daí quaisquer conclusões acerca da força jurídica das normas que consagram as proibições de prova e nomeadamente, da respetiva eficácia nas relações entre particulares.

de defesa e proteção dos direitos fundamentais no contexto da produção de prova, a eficácia direta e imediata dos direitos, liberdades e garantias aplicar-se-á naturalmente no plano da prova quer realizada por sujeitos particulares²⁰², quer realizada por sujeitos ou entidades públicas.²⁰³

Na medida em que os sujeitos particulares se encontram vinculados a deveres de respeito correlativos aos direitos fundamentais, assim, por inerência, aos direitos fundamentais em cuja tutela assenta o regime das proibições de prova, se particulares prosseguirem diligências de prova proibidas que configurem a prática de atos atentatórios e de lesão ostensiva de direitos fundamentais, os mesmos direitos são-lhes diretamente acionáveis e oponíveis²⁰⁴, sendo-lhes diretamente aplicável o regime de proibições de prova, nos termos do artigo 126.º do CPP.

²⁰² No sentido de que dos direitos, liberdades e garantias processuais do arguido decorrem não só a vinculação de entidades públicas a deveres de proteção como também de sujeitos particulares, v. FRANCISCO AGUILAR, *A Destrição*, pp. 306-307.

Numa perspetiva de fundamento ético-jurídico, FRANCISCO AGUILAR sustenta ainda a existência de um *onus universal de apresentação de prova* demonstradora da inocência do arguido, com expressão na projeção do núcleo de direitos fundamentais como deveres contrapostos ou correlativos não só sobre os órgãos de perseguição criminal e demais sujeitos processuais, mas, em geral, sobre todos e quaisquer sujeitos, em função do vínculo de pertença à espécie humana e, independentemente de uma ligação ao processo, enquanto, corolário do princípio da *insuportabilidade da condenação de um inocente*. Cfr. FRANCISCO AGUILAR, *A Destrição*, pp. 289-291.

²⁰³ Termos em que não acompanhamos a perspetiva sustentada por J. F. SALAZAR CASANOVA ABRANTES na sua obra *Provas Ilícitas em Processo Civil. Sobre a Admissibilidade e Valoração de Meios de Prova Obtidos pelo Particulares*, in: *Direito e Justiça*, Ano XVIII, Tomo I, Lisboa: Universidade Católica de Lisboa, 2004, pp. 101 e 118, que, abordando a problemática da prova processual penal ilícita produzida por particulares e, pese embora se refira à aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais que consagram direitos fundamentais às entidades públicas e privadas, considera que a vinculação dos particulares às proibições de prova processuais penais é fruto da interpretação extensiva do disposto no n.º8 do artigo 32.º da CRP. Num sentido diverso, entendemos que esta compreensão não decorre de qualquer processo de interpretação que consista, como tradicionalmente se entende, na conceção de que a norma regula casos a que a letra da lei não reconduz o seu âmbito de aplicação, importando reter, em primeiro lugar, que a norma mencionada não comporta qualquer incerteza ou indeterminação respeitante às condições subjetivas de aplicação que convoque a aplicação deste processo de interpretação; em segundo lugar que, no sentido preconizado por DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade*, pp. 232-233, a interpretação extensiva é um processo interpretativo sem qualquer justificação linguística ou permissão normativa suscetível de sustentar a ampliação ou a redução do âmbito de aplicação até de normas sem incertezas de linguagem; e, em terceiro lugar, note-se que uma vez que as proibições de prova constituem garantias do processo penal de valência constitucional, às quais é aplicável o regime normativo dos direitos, liberdades e garantias, nomeadamente no que respeita à força jurídica que é conferida nos termos do n.º1 do artigo 18.º, a conclusão de que as proibições de prova previstas nos termos do n.º8 do artigo 32.º da CRP são aplicáveis à prova produzida por particulares decorre, em função do seu contexto normativo, do processo de interpretação e simples concretização do regime dos direitos, liberdades e garantias nos termos do n.º1 do artigo 18.º da CRP.

²⁰⁴ Diversamente, v. JOSÉ NEVES DA COSTA, *Do Aproveitamento*, pp. 322-323, que embora reconhecendo a vinculação dos sujeitos privados aos direitos, liberdades e garantias nos termos do disposto no n.º1 do artigo 18.º da CRP, o Autor não considera que os particulares sejam sujeitos passivos dos direitos fundamentais, na esfera jurídica dos quais se projetem deveres correlativos dos direitos fundamentais e, assim, que os direitos fundamentais lhes sejam direta e imediatamente oponíveis. Segundo o seu

Este entendimento vem tendo expressão na jurisprudência do TRL, que relativamente a uma situação de abusiva intromissão nas telecomunicações se pronunciou no seguinte sentido: “(...) a CRP ao prescrever a nulidade das provas obtidas mediante abusiva intromissão nas telecomunicações, limita-se a determinar a correspondente sanção processual e a reafirmar princípios gerais, resultantes do regime dos direitos, liberdades e garantias (...) se o processo penal, conforme se usa reconhecer, é direito constitucional aplicado...fará sentido fazer valer...o disposto no art.º 18º/1, da CRP, considerando que a matéria em causa (gravações ilícitas)...recai, inequivocamente, no âmbito da legalidade da obtenção dos meios de prova, à qual, também, os particulares estão subordinados (...).”²⁰⁵

Não obstante, ainda que a questão da vinculação dos sujeitos particulares ao postulado dos direitos, liberdades e garantias com assento no n.º1 do artigo 18.º da CRP seja uma questão de relativo consenso no seio da doutrina e jurisprudência portuguesa, é na concretização da aplicabilidade dos direitos fundamentais aos particulares que reside a maior divergência nas orientações sufragadas, conforme demonstrámos anteriormente, nomeadamente e, no que aqui releva, alicerçada na conceção de que as normas constitucionais que consagram as proibições de prova enquanto garantias criminais não são diretamente oponíveis a particulares.

Ilustrativa desta afirmação é a argumentação aduzida por parte de alguma jurisprudência portuguesa, a qual assenta, essencialmente, na conceção de que nem todas as normas constitucionais que consagram direitos, liberdades e garantias são normas exequíveis por si mesmas, nomeadamente, a norma consagrada no n.º2 do artigo 26.º da CRP que respeita às garantias contra a obtenção e utilização abusivas de informações, pelo que e, relativamente à questão da vinculação dos particulares às normas de direitos, liberdades e garantias, é assinalada a necessidade frequente de ter de

entendimento, são as entidades públicas as destinatárias das normas de direitos, liberdades e garantias, sobre as quais recaem deveres de proteção, de criação de condições e mecanismos de proteção dos particulares contra as ações suscetíveis de lesar o exercício dos seus direitos fundamentais. A posição do Autor é tributária da *teoria dos deveres de proteção*, nos termos da qual sustenta a assunção de uma posição garantística do Estado, através de mediação, concretizada no disposto no artigo 126.º do CPP, da qual decorre que pese embora os particulares se encontrem sujeitos ao seu sentido e alcance, somente podem opor e exigir a proteção contra as lesões perpetradas por atos violadores de proibições de prova do Estado.

²⁰⁵ V. Acórdão do TRL de 16/12/2008, Processo n.º 3868/2008-5, Relator Simões de Carvalho.

se recorrer às soluções concretizadoras das normas constitucionais de direitos fundamentais na legislação ordinária.²⁰⁶

Nesta linha e, não obstante se reconheça a vinculação dos particulares a deveres de respeito, no que se refere às proibições de prova, *enquanto garantias de direito e de processo penal*, relativamente às quais se afirma que *apenas podem ter como sujeito passivo o Estado*²⁰⁷ é sustentado que estes deveres que vinculam os particulares decorrem não das normas constitucionais em apreço ou de normas processuais penais mas da legislação ordinária, designadamente do disposto no direito penal substantivo.²⁰⁸

Ora, este entendimento, não pode, quanto a nós, merecer total acolhimento. Em primeiro lugar, há que considerar que os sujeitos particulares dispõem de instrumentos e meios idóneos à produção e recolha de prova, podendo, com efeito, encetar autênticas diligências de prova a que inere o risco de ingerência abusiva na esfera dos direitos fundamentais dos sujeitos alvo.

A suscetibilidade de estes sujeitos realizarem diligências de prova, não obstante o facto de não atuarem no exercício de prerrogativas ou competências públicas ou no âmbito de uma investigação criminal, não só revela a necessidade de incidência destas

²⁰⁶ Cfr. Acórdão do TRL de 28/05/2009, Processo n.º 10210/2008-9, Relatora Fátima Mata-Mouros, “*Simplemente, os seus deveres de respeito pelos referidos direitos pessoais constitucionalmente consagrados (26.º da CRP) encontram-se concretizados na legislação ordinária, não decorrendo de nenhuma norma processual penal em particular. Estas visam disciplinar a investigação e o procedimento penal, indicando aos agentes de investigação e às autoridades judiciais, bem como aos sujeitos processuais, os instrumentos de que se podem valer e os procedimentos que devem respeitar para sustentar a sua posição nos autos. Não regulam os direitos e deveres dos particulares.*”. Aduzindo a mesma argumentação, v. Acórdão do TRC de 26/01/2011, Processo n.º 68/10, Relatora Brízida Martins, Acórdão do TRP de 03/02/2010, Processo n.º 371/06, Relatora Eduarda Lobo, Acórdão do TRE de 28/06/2011, Processo n.º 2499/08, Relator José Maria Martins Simão e Acórdão do STJ de 28/09/2011, Processo n.º 22/09, Relator Santos Cabral.

²⁰⁷ Na esteira da posição defendida por JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Tomo IV, pp. 332-333, da qual o Autor exceciona somente a garantia da presunção de inocência do arguido, conforme consagrada no n.º2 do artigo 32.º da CRP, não fornecendo, no entanto, qualquer critério de distinção face às demais garantias criminais.

²⁰⁸ Sendo no patamar da legislação ordinária que esta posição alicerça a solução da vinculação dos particulares às proibições de prova e da inerente problemática da admissibilidade das provas ilicitamente obtidas por particulares, que como veremos, atende sobretudo ao preceituado no artigo 167.º do CPP, no sentido de fazer depender a questão da admissibilidade das provas da incriminação penal dos atos de produção ou valoração de prova proibida. Tributária deste entendimento é MILENE VIEGAS MARTINS, na sua obra *A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal*, Lisboa: AAFDL, 2014, pp. 41-43, sustentando a uma posição orientada para as soluções conferidas pelo direito penal material e direito processual penal. Pese embora a Autora aflore inicialmente a questão da vinculação dos sujeitos particulares aos direitos, liberdades e garantias, a mesma remete a resposta da sujeição dos particulares ao regime das proibições de prova para o plano da relação entre o direito penal material e direito processual penal, designadamente para o crivo normativo previsto no artigo 167.º do CPP.

garantias no plano das relações privadas, como deve constituir um dos fundamentos desta incidência, i.e., como fundamento da vinculação dos particulares às proibições de prova.

Ademais, tendo em conta que a exequibilidade das normas se afere em função da representação completa e precisa das condições objetivas e subjetivas de aplicação na previsão normativa²⁰⁹, perante o disposto na norma prevista no n.º8 do artigo 32.º da CRP, atendendo a que a mesma define os bens jurídicos sobre os quais incide a tutela no contexto processual penal, bem como a consequência jurídica decorrente da realização de diligências probatórias lesivas desses bens, sendo que, quanto ao respetivo âmbito subjetivo vale o disposto no n.º1 do artigo 18.º, é, para nós claro que a norma constitucional das proibições de prova é uma norma constitucional exequível, de aplicação direta e imediata sujeitos públicos e particulares, que tem nas normas processuais penais consagradas no artigo 126.º do CPP a mera regulação dos aspetos definidos no plano constitucional.²¹⁰

Assim, relativamente à questão suscitada na jurisprudência mencionada quanto à vinculação de particulares ao direito à imagem e aos demais direitos fundamentais consagrados no artigo 26.º da CRP, ainda que se considere que a norma consagrada no n.º2 do artigo 26.º da CRP não é exequível em função da remissão que opera para o disposto ou a dispor na lei, entendemos que, no que respeita à obtenção e utilização abusivas ou contrárias à dignidade humana de informações relativas às pessoas e famílias no contexto da realização de diligências probatórias, essa garantia está já

²⁰⁹ Neste sentido, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. I, Tomo II, 1.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 302-304 e CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo II, 3.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, pp. 532-541. V. também PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, pp. 614-615 e J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 1181, que, reconduzindo a questão da exequibilidade das normas constitucionais ao aspeto da densidade e determinabilidade das normas, centra a discussão na maior ou menor liberdade de conformação ou discricionariedade em função da determinabilidade e densidade das normas.

²¹⁰ Nomeadamente, mediante o estabelecimento de que a nulidade das provas em causa corresponde à respetiva impossibilidade de utilização, mediante a especificação das condutas consideradas ofensivas da integridade física ou moral, bem como ao introduzir uma exceção face à impossibilidade de utilização das provas perante os agentes responsáveis pela produção de prova quando as diligências consubstanciam a prática de crime. A que parece ter total cabimento o afirmado por JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Tomo IV, p. 322, quando se refere à regulamentação legislativa de normas constitucionais exequíveis por si mesmas. Diferentemente, assinalando a necessidade regulamentação da generalidade dos direitos e garantias, v. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 197.

salvaguardada pela norma constitucional que consagra as proibições de prova e vincula os particulares com fundamento nos termos anteriormente expostos.

Em primeira análise, no sentido que vimos expondo, as normas de direitos, liberdades e garantias têm uma aplicabilidade direta e imediata, vinculando as entidades públicas nas relações com sujeitos particulares e entidades privadas, bem como as relações das entidades públicas entre si, vinculando identicamente os sujeitos particulares e entidades privadas nas relações que estabelecem entre si.

As proibições de prova, consubstanciando garantias fundamentais do processo penal, estão, com efeito, sujeitas ao regime constitucional material geral dos direitos, liberdades e garantias, logo, no que concerne à respetiva eficácia, tem aplicação o disposto no n.º1 do artigo 18.º da CRP. Não obstante, sempre se entenderia que as normas de proibições de prova se regeriam pelo regime dos direitos fundamentais, dado que, constituindo estas garantias de defesa de direitos fundamentais, o nexos estabelecido com estes direitos, imporia logicamente que o regime das proibições de prova acompanhasse o regime dos direitos, liberdades e garantias e assim, no que concerne à força jurídica das normas, que se aplicasse igualmente às relações privadas.

Se os direitos fundamentais são *naturalmente* realizados no contexto das relações de particulares entre si, devem valer também neste contexto as garantias de tutela, com a força jurídica que lhe é conferida nos termos do n.º1 do artigo 18.º da CRP, sendo oponíveis também contra particulares.

Do exposto, se conclui que (i) os preceitos constitucionais não delimitam o universo de destinatários da norma consagrada no n.º8 do artigo 32.º da CRP, (ii) a vinculação dos particulares aos direitos, liberdades e garantias decorre da norma constitucional consagrada no n.º1 do artigo 18.º da CRP, (iii) as proibições de prova consubstanciam um instituto de garantia de tutela de direitos fundamentais, integrando a categoria constitucional de direitos, liberdades e garantias consagrada no Capítulo I, do Título II da CRP, no qual estão sistematicamente inseridas, (iv) as proibições de prova regem-se pelo regime geral dos direitos, liberdades e garantias, (v) a norma constitucional que consagra as proibições de prova não introduz qualquer especificidade ou estabelece um regime excecional no respeitante ao universo de sujeitos destinatários do seu postulado, (vi) os particulares encontram-se vinculados às proibições de prova.

4.2. REGIME JURÍDICO DA PROVA OBTIDA POR PARTICULARES

Deste modo, pressupondo o entendimento de que os particulares são sujeitos passivos dos direitos fundamentais que protegem os bens jurídicos tutelados no âmbito do regime das proibições de prova e, em decorrência, sujeitos passivos das proibições de prova, cumpre concretizar os termos da sujeição dos particulares às normas que regulam a produção e valoração de prova consagradas no ordenamento jurídico português, nomeadamente, face ao disposto no artigo 126.º do CPP.

A título preliminar, dir-se-á que a aplicação do regime das proibições de prova não abrange os atos prosseguidos por particulares considerando que as normas de processo penal visam essencialmente a regulação da atuação dos órgãos de perseguição criminal ou quaisquer sujeitos que atuem sob a sua direção, no exercício da atividade probatória.

Conforme mencionámos *supra*²¹¹, a conceção das proibições de prova enquanto instituto jurídico de disciplina e controlo dos atos de polícia criminal e das autoridades judiciárias, no sentido de obstar a que a descoberta da verdade seja prosseguida e alcançada em detrimento dos valores mais fundamentais inerentes à dignidade humana dos indivíduos visados pelas diligências de investigação, assenta numa compreensão processual do respetivo regime, da qual decorre uma importante consequência prática concernente ao universo de destinatários ou sujeito ativos.

Neste sentido, os sujeitos particulares, conquanto não exerçam qualquer posição processual e sejam neutros em relação ao processo, não são sujeitos processuais aos quais seja conferida a faculdade de atuação no contexto processual e, por inerência, relativamente aos quais não se estabelecem exigências e limites à respetiva atuação, contrariamente ao que se verifica no tocante às instâncias formais de controlo, enquanto autoridades ou entidades responsáveis pela condução dos atos e diligências de investigação processual.²¹²

Ora, esta conceção assenta no entendimento de que os particulares, na medida em que não são sujeitos de processo e a prova por si produzida e fornecida às autoridades

²¹¹ Cfr. ponto 1.3.

²¹² Neste sentido, expondo o argumento de índole formal em que assenta a posição, v. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 44-45.

não é comunicável ao Estado, não estão vinculados às normas de proibições de prova e, por conseguinte, podem prosseguir livremente investigações informais por vontade própria e mediante meios próprios e produzir prova relevante para o processo, não se vislumbrando razões para configurá-la como inadmissível e determinar a preclusão do respetivo aproveitamento no processo.^{213/214}

Porém, a não sujeição dos particulares às normas de proibições de prova nestes termos, é suscetível de conduzir a efeitos de relevo prático inoportáveis com os ideais de justiça penal ínsitos no ordenamento jurídico português enquanto Estado de Direito Democrático.

Conforme se constata da análise do regime das *exclusionary rules*²¹⁵, quando as diligências de prova sejam realizadas por particulares em sacrifício das proibições de prova, tal não se reflete na inadmissibilidade processual da prova e na consequente insuscetibilidade de valoração em juízo, admitindo-se que as autoridades retirem proveito da prova obtida mediante desrespeito da integridade física e moral ou da reserva da intimidade da vida privada por emprego de meio de prova proibido, permitindo que esta seja carregada para o processo e contribua para a decisão da causa.^{216/217}

²¹³ Como bem realça KAI AMBOS, *Las prohibiciones*, p. 81, se uma prova obtida por um particular sem qualquernexo de imputação ao Estado for admitida em processo por se considerar que os particulares não são sujeitos das proibições de prova e que, por conseguinte, a prova não se encontra inquinada, tal afigura-se razão bastante para um posterior estabelecimento do nexode imputação referido.

²¹⁴ Note-se que, perante este entendimento, o facto de os sujeitos particulares não figurarem como sujeitos ativos das proibições de prova, sendo o regime jurídico totalmente omissivo relativamente à sua atuação no contexto da produção de prova, conduz não à consideração de que se trata de sujeitos aos quais foram denegadas as possibilidades de participar através da oferta de prova por si produzida ou recolhida, traduzindo, pelo contrário, um privilegiamento destes sujeitos no seio da problemática das proibições de prova. Neste sentido, JOSÉ NEVES DA COSTA, *Do Aproveitamento*, p. 320, mencionando que os particulares “(...) quando obtêm provas, não podem consubstanciar um caso especial em relação aos OPC.”

²¹⁵ Com a exceção do ordenamento jurídico do Estado do Texas, que, conforme se analisou, estabelece um regime de proibições de prova cujo âmbito subjetivo abrange não somente as autoridades públicas, mas também sujeitos particulares, o que se repercute em consequências de relevo distintas das referidas.

²¹⁶ Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 153-154.

²¹⁷ Atente-se que a conceção processual das proibições de prova vigente no direito norte-americano, no sentido em que as proibições de prova consubstanciam limites à ingerência dos órgãos e entidades públicas com vista à obtenção de prova, parece refletir a compreensão prevalecente da eficácia dos direitos fundamentais no direito norte-americano, segundo a qual os direitos fundamentais consubstanciam garantias exclusivas contra a atuação do Estado e dos órgãos e entidades públicas, demonstrando a influência que a compreensão dos direitos fundamentais exerce sobre a compreensão do regime das proibições de prova e, consequentemente, na delimitação do respetivo universo de destinatários. Sobre a conceção norte-americana da eficácia dos direitos fundamentais, v. JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS, *La*

Com efeito, compreende-se que as normas de processo penal não se dirijam primordialmente à atuação dos sujeitos particulares e que estes não figurem como destinatários primários das normas de proibições de prova, na medida em que as disposições normativas de processual penal visam, no que à prova diz respeito, a regulação de questões atinentes aos procedimentos de obtenção e valoração, nomeadamente dos métodos de obtenção e meios de prova, atinentes à competência dos sujeitos processuais que intervêm, nomeadamente dos sujeitos processuais responsáveis pelo desenvolvimento da atividade probatória no âmbito da prossecução das finalidades da investigação penal, entre outros aspetos de índole estritamente processual, no âmbito da qual não enquadra a intervenção ou participação de indivíduos terceiros, sem ligação ao processo.

Não obstante, considerando a conceção dos direitos fundamentais que perfilhamos e, atendendo à possibilidade de os particulares empreenderem atos de prova autónomos e de carregarem a prova por si obtida para o processo, suscitam-se as mesmas exigências de respeito pelos direitos fundamentais dos indivíduos visados, sendo certo que, tratando-se de atos praticados à margem da disciplina legal das diligências probatórias, estes agentes devem ser submetidos às mesmas imposições legais previstas para os órgãos de perseguição criminal.

As normas de proibições de prova veiculam assim a proibição de prosseguir os fins da investigação penal através da realização de condutas consubstanciadas em atos atentatórios do núcleo fundamental de direitos fundamentais dos indivíduos por referência à dignidade da pessoa humana, visando essencialmente a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos visados, nomeadamente do arguido, ainda que para tal se renuncie à plena satisfação desses fins de investigação como a descoberta da verdade material quando o conhecimento de factos de relevo se alcance mediante a utilização de métodos de obtenção de prova inadmissíveis.²¹⁸

Assim, o direito das proibições da prova visa assegurar em primeiro plano a salvaguarda dos direitos fundamentais, gerando deveres de respeito corresponsivos na

eficacia, pp. 183-184 e mais desenvolvidamente, na sua obra *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?*, pp. 277-279.

²¹⁸ V. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. I, pp. 33 e 40.

esfera das autoridades públicas competentes pela atividade da investigação penal²¹⁹, ditando que estas exerçam diligências de prova na esteira do respeito da integridade física, moral, autodeterminação e reserva da intimidade privada dos indivíduos.

Contudo, há que notar que a limitação e conseqüente controlo da atuação das autoridades não é o fim último das proibições de prova, mas sim, como se tem vindo a frisar, uma decorrência necessária do seu postulado, porquanto estes se afigurem, na primeira linha, os agentes que com maior probabilidade e frequência exercerão atos com potencialidade lesiva face aos direitos fundamentais, a que não é indiferente a inerente facilidade de obtenção de prova relevante e celeridade no alcance da descoberta material e no avanço do processo em causa, avultando assim as respetivas exigências de prevenção.

A perspetiva das proibições de prova na dimensão de tutela de direitos fundamentais denota a relevância de uma compreensão material do direito das proibições de prova, a qual é prevaiente no sistema processual alemão²²⁰, sob a designação de *Beweisverbote*, a qual, colocando em relevo a garantia dos direitos processuais dos indivíduos e o respeito estrito dos seus direitos e liberdades fundamentais, prima pela limitação de quaisquer atuações que comportem uma lesão à integridade dos mesmos direitos, com maior expressão nos atos que atentem contra o livre desenvolvimento da personalidade e a reserva da intimidade privada.²²¹

Esta conceção material demarca-se qualitativa e estruturalmente da compreensão processual das proibições de prova, assentando o seu postulado na vertente de tutela das garantias fundamentais constitucionalmente protegidas que, embora correlacionada com a vertente da disciplina dos órgãos de perseguição criminal, se diferencia e se repercute numa dogmática processual distinta, decisiva no respeitante à delimitação do âmbito de

²¹⁹ Salientando esta questão cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, p. 197.

²²⁰ Conforme evidencia MANUEL DA COSTA ANDRADE na sua obra *Sobre as proibições*, p. 133, a análise de outros ordenamentos jurídico de uma perspetiva de direito comparado é assaz relevante para a compreensão da problemática em presença e do respetivo enquadramento no direito processual português, sobretudo no respeitante ao direito alemão e ao direito norte-americano em função da vincada influência e projeção das respetivas experiências no regime processual penal português das proibições de prova.

²²¹ Sobre o primado da vertente substantiva do direito das proibições de prova no direito alemão em confronto com as *exclusionary rules* do sistema processual americano cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 133-146 e 182-187. Também sobre as *Beweisverbote* cfr. JOSÉ NEVES DA COSTA, *Do Aproveitamento*, pp. 311-316.

destinatários do regime das proibições de prova, designadamente quanto à sujeição dos particulares às normas de proibições de prova.²²²

De facto, se o regime jurídico das proibições de prova se destina a garantir a proteção efetiva dos direitos fundamentais face a quaisquer ingerências perpetradas na esfera dos indivíduos visados pelas diligências de prova, a sua aplicabilidade aferir-se-á em razão da identificação de uma situação de ingerência e, se da mesma resultou e com que alcance uma lesão dos direitos fundamentais dos indivíduos visados, independentemente da fonte/origem.

Neste sentido, a compreensão de que as normas de um regime de proibições de prova preordenado à tutela dos direitos fundamentais são acionadas perante uma situação concreta de lesão dos mesmos direitos e, atendendo à suscetibilidade de um sujeito particular conduzir investigações autónomas – sendo que tais investigações que comportam uma potencialidade de violação da integridade física e moral de outros indivíduos com vista à extorsão de uma confissão, de desrespeito da intimidade da vida privada e do direito à palavra ao registar o som de uma chamada realizada em contexto público ou o direito à imagem ao captar em registo fotográfico um determinado episódio da vida familiar de um indivíduo –, conduz ao entendimento de que este regime deverá ser tendencialmente aplicável a qualquer agente que desrespeite o seu postulado²²³, independentemente da qualidade em que atue, ou seja, quer atue

²²² A discrepância é notória no domínio das decisões jurisprudenciais do direito americano e do direito alemão respeitante, a título de exemplo, à obtenção de diários como meios de prova, pois, conforme explana MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 141 e 146-147, referindo-se à decisão jurisprudencial *Morrison v. United States*, datada de 1958, releva para efeitos da admissibilidade de valoração do diário que as autoridades policiais tenham observado as formalidades legais impostas ao proceder à obtenção do diário, i.e., a licitude ou ilicitude do acesso ao diário. Diferentemente, por referência à decisão do BGH (*Bundesgerichtshof*, Tribunal de Justiça Federal da Alemanha), acerca do paradigmático primeiro caso do diário, datada de 1964, importa que se atente ao conteúdo concreto do diário e a se a respetiva valoração em processo penal consubstanciará um atentado autónomo ao bem jurídico, não se conferindo qualquer relevo ao modo como o diário chegou ao conhecimento das autoridades, ainda que o mesmo tenha sido fornecido por um sujeito particular. Não obstante, no que concerne ao direito das proibições de prova alemão, a posição expendida não se afigura linear quanto às demais constelações de casos respeitantes à obtenção de prova.

Nota MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 157-158 e 185-186, que, no contexto de obtenção de prova que não contenda com os bens jurídicos da reserva da intimidade privada ou segredo, a doutrina e jurisprudência alemã tende a considerar que, na linha do direito americano, nesses casos não há obstáculos à valoração de prova ilícita, adotando posições intermédias que limitam a valoração sempre que se observe uma violação intolerável dos direitos fundamentais.

²²³ Neste sentido assevera LUIS PEDRO MARTINS DE OLIVEIRA, *Da Autonomia*, pp. 266 e 270 que, em virtude de o regime jurídico das proibições de prova assentar no referente constitucional que é o princípio da dignidade da pessoa humana, este assume uma configuração geral e utiliza conceitos indeterminados por forma a que possa abranger a todas as situações que visa proteger. Cfr. no mesmo sentido, KARL HEINZ GÖSSEL, *Strafverfahrensrecht*, pp. 192-193, que, reportando-se aos destinatários da norma

espontaneamente, motivado por uma vontade própria e autónoma, quer atue no exercício de competências respeitantes ao desenvolvimento da investigação públicas.²²⁴

Em suma, releva pois atender à concreta situação de ofensa aos direitos fundamentais e, assim ao postulado das proibições de prova, e não ao sujeito e à qualidade em que este tenha atuado.

Com efeito, no contexto do ordenamento jurídico português, o regime processual das proibições de prova concretiza esta compreensão material das proibições de prova, numa clara linha de contacto com o direito processual penal alemão, que se caracteriza no essencial por uma *fundamentação axiológico-teleológica*²²⁵ assente na vocação veiculada pelo direito das proibições de prova para a tutela dos direitos fundamentais de estreita ligação com a dignidade da pessoa humana, que se elevam e impõem face à prossecução da atividade probatória.²²⁶

Neste seguimento, as proibições de prova são erigidas e figuram como autênticos limites à prossecução das finalidades de alcance da verdade material, contanto que a atividade probatória seja prosseguida mediante o emprego de condutas consubstanciadas na ingerência abusiva dos direitos dos indivíduos, obstando a que se retire vantagens de prova proibida e processualmente inadmissível.

Assim, atendendo-se especialmente às repercussões das diligências probatórias na esfera jurídica dos indivíduos visados, o âmbito objetivo dos direitos das proibições de prova compreenderá qualquer situação de violação dos direitos fundamentais no contexto de obtenção ou valoração de elementos probatórios com vista à obtenção de

consagrada no artigo §136a do StPO, defende que, conquanto a atividade prosseguida pelos particulares se subsuma ao regime das proibições de prova, também esta deve sujeitar-se, em princípio, às correspondentes exigências e restrições conforme decorrentes do §136a.

²²⁴ Neste sentido MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 156-155 e 196, relevando para o efeito o concreto alcance da devassa e danosidade social e o reflexo esbatimento do significado do estatuto público ou privado do agente como uma das implicações claras da compreensão material-substantiva das proibições de prova. Pugnando o mesmo entendimento v. KAI AMBOS, *Las prohibiciones*, pp. 80-81.

²²⁵ Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 188-189 e 196-198, traçando a comunicabilidade entre os regimes de processo penal português e alemão.

²²⁶ V. JOSÉ NEVES DA COSTA, *Do Aproveitamento*, pp. 318-319.

vantagens processuais, quer estas sejam conduzidas pelas autoridades judiciárias, pelos OPC ou pelos particulares.²²⁷

Assim, da compreensão material das proibições de prova e do respetivo desígnio de proteção de direitos, liberdades e garantias que lhe subjaz parece poder deduzir-se, desde logo, que os sujeitos particulares estão vinculados não só às normas que determinam as proibições de valoração de prova, como também às normas que consagram as proibições de produção de prova.

Ora, a questão da aplicação do regime das proibições de prova aos sujeitos particulares, para efeitos da sujeição ao mesmo condicionalismo legal que vincula os órgãos de perseguição criminal no que à produção e valoração de diligências probatórias diz respeito, não está, desde logo, vertida na lei processual penal.

O artigo 126.º do CPP, que concretiza no plano processual o disposto na norma constitucional que consagra as proibições de prova, não empreende qualquer delimitação respeitante aos agentes destinatários do regime das proibições de prova, do qual não é possível depreender que o mesmo se dirija em exclusivo aos OPC e às autoridades judiciárias e, pese embora, não excetue do seu âmbito de aplicação a atuação de sujeitos particulares, não esclarece em que termos opera a vinculação destes sujeitos.²²⁸

Entre nós, a questão da aplicação das proibições de prova aos particulares, ou noutros termos, a questão da admissibilidade processual da prova obtida por particulares, tem sido, primordialmente, remetida para o disposto no direito penal substantivo, por via do artigo 167.º do CPP, sustentando-se que o regime processual, conforme disposto no artigo 126.º do CPP, se dirige primariamente às instâncias formais de controlo e, que a aferição da admissibilidade processual das provas da

²²⁷ Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, p. 173. Também neste sentido, admitindo a vinculação dos particulares ao disposto no artigo 126.º do CPP e, por conseguinte, ao postulado das proibições de prova cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, p. 335, TERESA PIZARRO BELEZA, “*Tão amigos que nós éramos*”: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal Português, p. 44, LUÍS PEDRO MARTINS DE OLIVEIRA, *Da Autonomia*, p. 266, admitindo a aplicação do artigo 126.º não apenas ao Estado mas a qualquer pessoa, bem como JOSÉ NEVES DA COSTA, *Do Aproveitamento*, pp. 316-325 e essencialmente, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 197-198.

²²⁸ Este é, de resto, um dos argumentos a que se apela em abono da tese de que os particulares são destinatários das normas de proibições de prova. Neste sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, p. 197.

responsabilidade de particulares passa pela configuração do facto *in concreto* como um ilícito penal, nomeadamente quando os factos configuram a prática do crime de gravações ou fotografias ilícitas nos termos do artigo 199.º do CP.²²⁹

Em primeiro lugar, no que concerne ao argumento de que as proibições de prova se dirigem *em primeira mão* aos órgãos dos poderes públicos e às autoridades policiais e judiciárias, sustentado, a título de exemplo, a propósito do disposto no n.º4 do artigo 34.º da CRP e dos artigos 187.º e 188.º da CPP, cumpre referir que o facto de estas normas procederem à regulação de um âmbito específico da atuação das autoridades públicas não é constitutivo de qualquer restrição do universo de destinatários do regime das proibições de prova, nem é ilustrativo de um entendimento restritivo neste sentido, desde logo, uma vez que (i) no primeiro caso, é reafirmada a proibição de ingerência das autoridades públicas no domínio dos direitos à inviolabilidade da correspondência, das telecomunicações e dos demais meios de comunicação, prevendo-se que no plano processual penal se possa estabelecer um regime excepcional que admita a ingerência das autoridades públicas e, (ii) no segundo caso, regula-se a atuação das autoridades públicas no contexto da investigação criminal, nomeadamente no âmbito da realização de escutas telefónicas, onde somente são consideradas as autoridades policiais ou judiciárias, na medida das suas atribuições de investigação criminal.

Ademais, a menção à proibição de ingerência das autoridades públicas face aos direitos consagrados no n.º4 do artigo 34.º da CRP constitui somente uma concretização da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera das entidades públicas, nos termos do n.º1 do artigo 18.º da CRP, a que não está subjacente a exclusão ou afastamento da vinculação dos particulares a um dever de respeito quer da inviolabilidade da correspondência, das telecomunicações e dos demais meios de comunicação, quer dos demais direitos, liberdades e garantias.

Ora, a conceção de que, no atinente à vinculação dos particulares ao postulado das proibições de prova, o legislador remete as soluções para o patamar da legislação ordinária, designadamente no disposto no direito penal substantivo, segundo a qual é

²²⁹ Cfr. JOSÉ A. H. SANTOS CABRAL, *Artigo 167.º (Valor probatório das reproduções mecânicas)*, in: Código de Processo Penal Comentado, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2016, p. 648 e TIAGO CAIADO MILHEIRO, *Artigo 167.º (Valor probatório das reproduções mecânicas)*, in: Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Tomo II, Coimbra: Almedina, 2018, p. 536. V. também PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, pp. 335-336 e MILENE VIEGAS MARTINS, *A admissibilidade de valoração*, pp. 44-45.

exemplo a norma consagrada no artigo 167.º do CPP, conjugada com o disposto no artigo 199.º do CP e, de que é perscrutadora a maioria da jurisprudência portuguesa que se pronuncia sobre o problema²³⁰, reconhece, assim, a vinculação dos particulares a deveres de respeito pelos direitos fundamentais, cuja tutela é garantida pela tipificação dos factos como ilícitos penais, como sucede com o direito fundamental à privacidade e a tipificação dos crimes de gravações e fotografias ilícitas.²³¹

De facto, é indiscutível que a produção ou obtenção de prova por particulares que contenda com o direito à palavra ou com o direito à imagem conforme disposto no artigo 199.º do CP e que constitui o indivíduo na prática do crime de gravação ou fotografia ilícita, se repercute, tendencialmente, na respetiva admissibilidade processual mediante a preclusão do seu aproveitamento em tribunal.²³²

Não obstante, não cremos que do sentido e alcance desta disposição processual se possa estabelecer e fundamentar uma solução de aplicação generalizada às demais situações de lesão dos direitos fundamentais perpetrada no âmbito da realização de métodos proibidos de prova por sujeitos particulares, na qual se possa legitimamente assentar a pretensão de ver respondidos os problemas suscitados pela aplicação das proibições de prova aos particulares.

Desde logo, este entendimento parece desatende em absoluto à sede constitucional da vinculação dos particulares nos termos do n.º1 do artigo 18.º da CRP, conjugado com o disposto no n.º8 do artigo 32.º da CRP, a que acresce que, o mesmo não tem sustentação literal, pois conforme referido *supra*, o artigo 167.º do CPP regula o regime de prova das reproduções mecânicas, determinando que o respetivo valor de prova assente na condição de que a utilização dos métodos empregues na produção ou recolha não configurem a prática de crime nos termos na lei penal substantiva e o artigo 126.º do CPP tem um âmbito de aplicação que vai muito além do que decorre do disposto no

²³⁰ Cfr. Acórdão do TRL de 28/05/2009, Processo n.º 10210/2008-9, Relatora Fátima Mata-Mouros, no qual se argumenta que, não obstante o reconhecimento da vinculação dos particulares a deveres de respeito, estes decorrem da legislação ordinária. V. *supra*, p. 74, nota de rodapé 206.

²³¹ Sendo certo que estes ilícitos penais tutelam o direito fundamental à privacidade mediante a tutela primária de bens autónomos mas derivados do direito fundamental à privacidade, como o direito fundamental à palavra falada e à imagem.

²³² Conquanto a obtenção ou produção de prova proibida constitua a prática de crime, os respetivos agentes podem ser responsabilizados nos termos do disposto no n.º4 do artigo 126.º do CPP, admitindo-se o uso processual da prova proibida contra os agentes responsáveis pela sua obtenção ou produção.

artigo 167.º, abrangendo situações não visadas pelo regime consagrado no artigo 167.º do CPP.

Do exposto apenas se pode concluir que (i) se a obtenção das reproduções mecânicas acarretar a prática do crime de gravação ou fotografia ilícita, as mesmas reproduções mecânicas não valem como prova, logo, (ii) se a obtenção das reproduções mecânicas por órgãos de perseguição criminal ou sujeitos particulares constituir os agentes na prática dos crimes de gravação ou fotografia ilícita, a prova dos factos reproduzidos é insuscetível de valoração processual.

Estas conclusões não conduzem, na nossa perspetiva, à tese de que o artigo 167.º do CPP consagra um entendimento ilustrativo da tese consagrada no direito português de que a aplicação das proibições de prova aos particulares assenta na configuração da concreta ação como ilícito penal, i.e., que a respetiva vinculação às proibições de prova se funda unicamente e, sem mais, na suscetibilidade de responsabilidade criminal destes sujeitos particulares.²³³

Neste sentido, entendemos que a norma estatuída no artigo 167.º do CPP constitui uma relevante concretização do regime das proibições de prova no respeitante às reproduções mecânicas e, bem assim, como da conceção de que os sujeitos particulares são considerados sujeitos ativos das proibições de prova, aos quais são dirigidas proibições de produção e proibições de valoração de prova, neste caso, as designadas proibições de valoração dependentes, no sentido em que, caso estes procedam à obtenção de reproduções mecânicas ilícitas, ou seja, em desrespeito da incriminação consagrada no artigo 199.º do CP, as mesmas reproduções mecânicas são processualmente inadmissíveis e insuscetíveis de valoração em tribunal, sem que, todavia, se possa adscrever a mesma solução às demais situações de lesão dos direitos fundamentais tutelados pelas proibições de prova reguladas nos termos do artigo 126.º do CPP.

Esta é aliás uma das críticas que se pode fazer ao regime das proibições de prova vigente no ordenamento jurídico português. Com MANUEL DA COSTA ANDRADE²³⁴, em favor da vinculação dos sujeitos particulares às proibições de prova, com base num

²³³ Criticando a linha defendida pela jurisprudência em apreço, cfr. MILENE VIEGAS MARTINS, *A admissibilidade*, p. 44.

²³⁴ Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 197-198.

argumento de índole racional-teleológico, entende-se que “(...) *mal se compreenderia que, por um lado, o legislador português precludesse sem mais a valoração de meios de prova (gravações e fotografias) obtidas por particulares através de atentado ao direito à palavra ou à imagem (art.º 167.º); e por outro lado e ao mesmo tempo, admitisse as provas logradas por particulares à custa de atentados tão intoleráveis a eminentes bens jurídicos pessoais como os previstos no artigo 126.º do CPP.*”.

No sentido preconizado por MILENE VIEGAS MARTINS, as proibições de produção de prova vinculam as autoridades policiais e judiciárias, bem como os sujeitos particulares, porém, a sua concretização opera em planos diferenciados consoante a qualidade em que o agente em apreço atue. No atinente aos órgãos de perseguição criminal (OPC e autoridades judiciárias) a respetiva sujeição às normas de proibição de prova decorre do disposto no artigo 126.º do CPP, atendendo a que, na medida da sua responsabilidade pela prossecução da investigação criminal, são estes os principais visados pelo regime jurídico traçado.

Diferentemente, no respeitante aos sujeitos particulares que intervenham no processo penal, a sua vinculação às proibições de prova ocorre a título indireto, assente na conjugação do direito penal material com o direito processual penal, mediante a aferição da ilicitude da prova obtida e da consequente responsabilidade criminal do agente pela realização de métodos de obtenção de prova proibidos consubstanciada na prática dos factos que corporizem o facto ilícito típico, v.g. crime de tortura²³⁵, crime de coação²³⁶, crimes de ofensa à integridade física²³⁷, crimes contra a reserva da vida privada²³⁸, entre outros, conforme preconizado no disposto no artigo 167.º do CPP relativamente aos crimes de fotografias e gravações ilícitas.

Neste âmbito, no que concerne às proibições de produção de prova, o regime aplicável aos órgãos de perseguição criminal e aos particulares compreende uma dualidade de soluções, nos termos anteriormente explanados, por contraposição ao que se verifica quanto às proibições de valoração de prova. Este, por sua vez, segue um regime unidimensional, no sentido da preclusão da valoração da prova obtida ilicitamente, quer se trate de prova produzida e carreada por autoridades policiais ou

²³⁵ Cfr. artigo 244.º do CP.

²³⁶ Cfr. artigo 154.º do CP.

²³⁷ Cfr. artigos 143.º a 152.º-B do CP.

²³⁸ Cfr. artigos 190.º a 197.º do CP.

judiciárias ou por sujeitos particulares, enquanto expressão da corrente que pugna pela inadmissibilidade processual da prova ilicitamente obtida.²³⁹

Num sentido próximo, PAULO SOUSA MENDES²⁴⁰ sufraga que, no que concerne às proibições de produção de prova, os sujeitos particulares não figuram como sujeitos ativos, não estando vinculados ao correspondente regime legal. Contudo, no respeitante às proibições de valoração de prova, a questão reside na concreta incriminação das condutas concretizadas na produção de prova proibida e na eventual consequente insuscetibilidade de utilização e valoração processuais da prova.

Face ao exposto, não cremos que se possa sustentar sem mais e, com o devido respeito, que as proibições de produção de prova vinculam somente as autoridades policiais e judiciárias e que se deduza com base no silêncio da lei processual penal que os particulares não são sujeitos das proibições de produção de prova, mas somente das proibições de valoração²⁴¹, remetendo-se o problema da vinculação destes sujeitos, a título exclusivo, ao corolário da prova proibida no plano da valoração de prova e assumindo-se que o desrespeito das proibições de prova apenas é suscetível de desencadear proibições de valoração.²⁴²

Como temos vindo a referir, o facto de a lei, nos termos do disposto no n.º8 do artigo 32.º da CRP e do artigo 126.º do CPP, não empreender qualquer distinção relativamente aos sujeitos a que o regime das proibições de prova se dirige, não é concludente no sentido de um afastamento preliminar dos sujeitos particulares do âmbito de destinatários do direito das proibições de prova. Neste sentido, não se prevendo um regime excepcional respeitante ao universo de destinatários, importa compreender o sentido decorrente do regime geral, que, no que aqui releva, nos remete para o disposto no n.º1 do artigo 18.º da CRP.

²³⁹ Cfr. MILENE VIEGAS MARTINS, *A admissibilidade*, pp. 42-45.

²⁴⁰ V. PAULO SOUSA MENDES, *Lições*, pp. 181-182.

²⁴¹ Cfr. FRANCISCO AGUILAR, *A Destrinça*, pp. 305-306, referindo o Autor que a ideia de que as proibições de produção de prova se destinam somente aos órgãos de investigação criminal é uma das consequências juridicamente contraproducentes da tradicional destrinça entre proibições de produção e de valoração de prova, sendo que o problema da prova, centrando-se em maior medida na legitimidade da admissibilidade de valoração da prova, não pode respeitar a quem a obteve, ainda que lícitamente.

²⁴² Nesta linha v. JOSÉ NEVES DA COSTA, *Do Aproveitamento*, p. 321, nota de rodapé 57, demarcando-se, conforme assinala o Autor, do preconizado por MILENE VIEGAS MARTINS, *A admissibilidade*, pp. 27-30 e PAULO SOUSA MENDES, *Lições*, pp. 181-182. Concluindo no mesmo sentido que estes Autores, v. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre a valorização*, p. 613.

Destes entendimentos releva, no essencial, a compreensão de que a relação de articulação e complementaridade entre o direito penal substantivo e processual é fundamental para a concreta conformação do direito das proibições de prova, conquanto a incriminação de condutas que possam ser realizadas com vista à obtenção de prova se afigure decisiva para delimitar determinadas ações que, em virtude de constituírem uma “expressão qualificada de ilicitude”²⁴³ face às quais se suscitam elevadas exigências de tutela penal, são inadmissíveis à luz da dignidade da pessoa humana e que, no plano processual, se refletem na inadmissibilidade de valoração de prova produzida em resultado dessas ações.

Esta relação releva para a delimitação do âmbito objetivo do regime das proibições de prova, no sentido de obstar a que diligências de prova concretizadas em práticas inadmissíveis por ofensivas aos direitos fundamentais das pessoas, sobretudo do arguido, como coação, ofensa grave à integridade física, emprego de meios ou métodos de tortura, designadamente espancamentos, eletrochoques, simulacros de execução ou substâncias alucinatórias, possam ser objeto de conhecimento e valoração em processo, com vista ao apuramento da verdade material e ao fundamento da decisão sobre a responsabilidade criminal.²⁴⁴

Não obstante, reconhecendo a inestimável relevância da complementaridade entre o direito penal substantivo e processual para efeitos da concretização da vinculação dos particulares, não concordamos, contudo, que a vinculação dos particulares a proibições de produção de prova opere exclusivamente na esteira desta relação por referência às consabidas teses doutrinárias que discutem a admissibilidade ou inadmissibilidade de

²⁴³ Formulação de JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo*, p. 95.

²⁴⁴ Relevando aqui a ideia de que a salvaguarda do princípio da defesa da liberdade e a proteção dos direitos fundamentais por referência à dignidade da pessoa humana, enquanto funções do processo penal, são prosseguidas pelo Estado mesmo perante os indivíduos que os lesem, nomeadamente pela perpetração de ofensas graves aos direitos fundamentais de outros indivíduos. É esta a única conceção conforme ao desígnio que preside ao regime de proibições de prova e à ideia de Estado de Direito, no âmbito do qual os fins de investigação não podem obter-se a todo o custo, em detrimento dos direitos basilares dos indivíduos visados e sobretudo do arguido, ainda que ao mesmo seja imputada a prática de um crime grave, atendendo a que a concretização da justiça penal corresponde à conciliação da efetivação dos direitos fundamentais e das garantias de defesa processuais do arguido, com a prossecução dos fins da investigação penal, pautando-se pela não ingerência das autoridades, direta ou indiretamente, na esfera jurídica dos indivíduos, arguido ou outros sujeitos processuais.

Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Para uma Reforma Global do Processo Penal Português*, pp. 205-207 e, no mesmo sentido, v. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 44-46 e também MILENE VIEGAS MARTINS, *A admissibilidade*, pp. 46-47.

valoração da prova ilícita ou que a vinculação dos particulares a proibições de prova assente exclusivamente na vinculação a proibições de valoração de prova.

Aliás, no respeitante a estas posições que reportam a admissibilidade de valoração da prova ao estatuído no direito penal substantivo, entendemos que o reconhecimento de que a sujeição dos particulares à generalidade das proibições respeitantes ao método utilizado na produção de prova decorre, a título primário, das normas de direito penal substantivo que estabelecem a incriminação de condutas consubstanciadas na utilização de métodos de prova proibidos, é suscetível de fundamentar a compreensão de que os particulares são sujeitos ativos das proibições de prova e de que se encontram igualmente vinculados à proibição de empreender diligências probatórias mediante a utilização de métodos proibidos, ou seja, às proibições de produção, ainda que como corolário exclusivo da vinculação ao disposto no direito penal substantivo, a que inerem as correspondentes consequências, quer no plano penal, desde logo, nos termos do disposto no n.º4 do artigo 126.º do CPP, quer eventualmente no plano da valoração da prova produzida.

Ora, importa, desde logo, precisar que na esteira destas posições se procede a uma delimitação da questão da vinculação dos particulares a uma vertente de análise do problema de incidência bastante restrita, que se prende com o facto de apenas proporem uma solução para as situações jurídicas em que a realização dos métodos de produção ou em que a reprodução ou valoração das provas em causa consubstancie a prática de conduta ilícita por ser objeto de incriminação penal e, aqui têm-se em conta dois cenários, quer de condutas que se constituem a prática de proibições de produção ilícita, quer de condutas que se subsumem a proibições de valoração ilícita.

Realce-se que no domínio das proibições de prova nem todas as diligências que consubstanciam a prática de uma proibição de produção de prova são objeto de incriminação penal, constituindo somente a violação de uma proibição de obtenção de prova e que as eventuais consequências apuradas ao nível da responsabilização criminal não são comunicáveis e suscetíveis de conduzir a consequências no plano processual da valoração de prova, nomeadamente, para efeitos da preclusão da valoração.²⁴⁵

²⁴⁵ Com esta leitura, cfr. JOSÉ NEVES DA COSTA, *Do Aproveitamento*, p. 321, nota de rodapé 57.

É de assinalar, neste âmbito, a pertinência do tópico da vinculação dos particulares às proibições de prova mesmo perante prova licitamente obtida²⁴⁶, termos em que se concebe a possibilidade de que a valoração probatória de prova licitamente obtida seja vedada em virtude de o ato de valoração constituir *per se* uma conduta ilícita e inadmissível no contexto processual penal, como aliás se constata da análise do disposto no artigo 199.º do CP, conjugado com o artigo 167.º do CPP.

Ademais, atendendo à autonomia da categoria de proibições de produção de prova face à categoria de proibições de valoração de prova e aos corolários dessa autonomia, compreende-se que não é possível estabelecer uma relação de comunicação ou continuidade entre estas categorias de proibições de prova, nomeadamente, no que concerne à licitude/ilicitude da produção e da valoração²⁴⁷, o que demonstra a relevância de proceder a juízos próprios relativamente a cada categoria, de relevância autónoma, cuja identificação e conhecimento não se pode descurar e assentar em remissões “vagas” para o plano da valoração de prova, porquanto a sua relevância é destacável e decorre do regime jurídico.

Assim, considerando o facto de a licitude de produção de uma prova poder não significar a licitude da valoração e determinar a respetiva admissibilidade processual, o facto de a prova ser ilicitamente obtida poder não conduzir à preclusão da valoração da prova e o de uma proibição de valoração de prova poder decorrer de prova licitamente obtida, tal é demonstrativo e põe em relevo que a comunicabilidade entre estas categorias não opera necessariamente e que a ambas categorias devem presidir juízos autónomos.

²⁴⁶ Sobre a questão da prova licitamente obtida cfr. JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo*, p. 158, nota de rodapé 359, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 42-43 e 48-52, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, p. 335 e especificamente quanto à prova licitamente obtida por particulares cfr. MILENE VIEGAS MARTINS, *A admissibilidade*, pp. 49-50.

Neste sentido, v. a argumentação sustentada no Acórdão do TC n.º 607/2003, Processo n.º 594/03, 2.ª Secção, Conselheiro Benjamim Rodrigues a propósito da inadmissibilidade de valoração de diários licitamente obtidos: “(...) há de concluir-se que a interpretação (...) segundo a qual, uma vez salvaguardada a legalidade da obtenção dos diários, o tribunal poderá valorar, em sede probatória, sem sujeição a quaisquer limites, todo o seu conteúdo, independentemente da sua diversa natureza, não está conforme com o âmbito de tutela conferido constitucionalmente ao direito à reserva da intimidade da vida privada.”.

²⁴⁷ Neste sentido, v. FRANCISCO AGUILAR, *A Destriça*, p. 307, que não há uma linha de continuidade entre os juízos de legitimidade da produção de prova e da valoração de prova, devendo ambos constituir crivos autónomos e cumulativos relativamente a determinada prova. Embora o Autor se pronuncie nestes termos relativamente à “prova ofensiva”, ou seja, a prova contra o arguido, cremos poder deduzir a mesma argumentação na diferenciação entre a admissibilidade de produção e admissibilidade de valoração, independentemente da adesão à destriça tipológica que o Autor defende na sua obra.

Assim, do facto de as provas serem obtidas mediante o emprego ou o recurso a métodos de obtenção de prova proibidos, que se enquadrem e subsumam ao disposto no artigo 126.º do CPP, deve deduzir-se que as mesmas consubstanciem provas proibidas, independentemente do agente responsável pela obtenção de prova.

Neste sentido, os particulares devem figurar como sujeitos vinculados ao artigo 126.º do CPP, quer no respeitante às proibições de produção, quer no respeitante às proibições de valoração, desde logo, com base na elementar possibilidade de estes encetarem ações de investigação autónomas e de a sua atuação poder comprometer o postulado das proibições de prova.

4.3. EXCURSO SOBRE O COROLÁRIO DA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES ÀS PROIBIÇÕES DE PROVA NO PLANO DA VALORAÇÃO DA PROVA OBTIDA POR PARTICULARES

Face ao exposto, a ilicitude penal dos atos consubstanciados em diligências de prova determina, em regra, a inadmissibilidade da respetiva valoração em processo, entendimento que tem expressão no artigo 167.º do CPP, vedando ao julgador que baseie a sua convicção acerca da existência de crime e conseqüente punibilidade do arguido em provas ilicitamente obtidas por outrem.

Não obstante, esta solução não configura a tese generalizadamente acolhida e aplicada pela doutrina, preconizando-se, em regra, a valoração de provas ilicitamente obtidas em função de determinados critérios vocacionados para a averiguação casuística dos limites de utilização de determinadas provas e da concreta factualidade apurada *in casu*²⁴⁸, atendendo, sobretudo, à aplicação do princípio da proporcionalidade, de que avultam as teorias *da esfera jurídica, dos três graus, da ponderação e da prioridade da renovação da prova*, em que se assumiu decisivo o labor pioneiro da doutrina e jurisprudência alemãs.²⁴⁹

²⁴⁸ Neste sentido, MILENE VIEGAS MARTINS, *A admissibilidade*, pp. 66-95, especificamente quanto à admissibilidade valorativa de fotografias e gravações ilicitamente obtidas por particulares e JOSÉ NEVES DA COSTA, *Do Aproveitamento*, pp. 325-333.

²⁴⁹ Cujá análise, não sendo possível aprofundar no presente contexto, remetemos para MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições*, pp. 91-113 e 183-185 e JOSÉ NEVES DA COSTA, *Do Aproveitamento*, pp. 312-315.

Ora, em princípio, dir-se-á que o emprego de um método proibido na obtenção de prova, que consubstancie a prática de um ilícito penal, gera a inadmissibilidade de valoração probatória, sob pena de se permitir que o juiz seja conivente com a realização de um crime, visando justamente averiguar a responsabilidade do arguido pela prática de um facto objeto de incriminação penal.²⁵⁰

Não obstante, é nosso entendimento que a admissibilidade de valoração de determinada prova lícita ou ilícita, suscita, desde logo, a necessidade de analisar as soluções consagradas no ordenamento jurídico no sentido de indagar da existência de normas de resolução do conflito normativo em apreço, nomeadamente, se, em concreto, se está perante uma situação subsumível a uma norma que consagre uma causa de exclusão da ilicitude²⁵¹, quer face à produção, quer face à valoração da prova ou se, perante a inexistência de norma que solucione a situação de conflito, é necessário recorrer a uma via alternativa de resolução de conflitos, nomeadamente por via da ponderação²⁵² dos interesses em presença, para determinar o direito aplicável ao caso concreto.²⁵³

Neste âmbito, ressalve-se que este processo se reportará a quaisquer conflitos normativos, independentemente de a norma de proibições de prova em causa se reportar a uma proibição absoluta ou relativa.

²⁵⁰ Cfr. MILENE VIEGAS MARTINS, *A admissibilidade*, p. 45.

²⁵¹ A título de exemplo, face a situações em que a obtenção de prova vise documentar e afastar a prática de infrações, v. Acórdãos do TRE de 28-06-2011, Processo n.º 2499/08, Relator José Maria Martins Simão e do TRP de 23-10-2013, Processo n.º 585/11, Relator Maria do Carmo Silva Dias.

²⁵² Sobre o processo de ponderação no direito processual penal v. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal (também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)*, in: Revista de Legislação e Jurisprudência, setembro-outubro, n.º 4000, A. 146.º, Coimbra, 2016, pp. 9-14.

Sobre o processo de ponderação v. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução*, pp. 274-276, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, pp. 313-334, e, quanto à regulação da ponderação de normas de direitos fundamentais pelo princípio da proporcionalidade, cfr. TIAGO ROLO MARTINS, *A configuração do princípio da proporcionalidade e a sua aplicação na ponderação de normas de direitos fundamentais: a fórmula da proporcionalidade*, in: Revista Jurídica da AAFDL, n.º 30, Lisboa: AAFDL, 2016, pp. 439-448.

²⁵³ Neste sentido, no respeitante à valoração processual de um diário como meio de prova, pronunciou-se o Tribunal Constitucional sobre a exigência de o processo de ponderação relativamente à respetiva admissibilidade ser efetuado à luz dos princípios da necessidade e da proporcionalidade, v. o Acórdão do TC n.º 607/2003, Processo n.º 594/03, 2.ª Secção, Conselheiro Benjamim Rodrigues. Neste sentido, cfr. MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal – “Direito Constitucional Aplicado”*, p. 753. A que acresce que, se têm verificado decisões jurisprudenciais no sentido da admissibilidade processual de provas ilicitamente produzidas ou de provas de valoração ilícita em razão de fatores preponderantes, como, por exemplo, o facto de a prova proibida ser a única prova produzida sobre determinado facto, v. o Acórdão do TRC, de 27-11-2013, Processo n.º 319/06, Relatora Maria Pilar de Oliveira. Sobre esta questão v. KARL HEINZ GÖSSEL, *As proibições de prova*, pp. 416-417 e TERESA ARMENTA DEU, *La Prueba Ilícita*, pp. 81-83.

Face ao exposto *supra*²⁵⁴, a classificação de proibições de prova como absolutas assente na natureza incomprimível e irrenunciável dos direitos fundamentais tutelados, concretizada na expressa proibição de empregar maus tratos, ofensas corporais ou utilizar força, meios cruéis ou métodos de tortura com vista à produção e obtenção de prova, não é, neste contexto, assimilável a uma prevalência absoluta perante circunstâncias fácticas excepcionais e outras normas cujos efeitos jurídicos sejam conflitantes, mas sim a uma prevalência tendencial²⁵⁵ perante interesses conflitantes, como corolário da derrotabilidade enquanto propriedade disposicional das normas.²⁵⁶

Contudo, pese embora a inadmissibilidade da produção de prova e valoração processual de provas obtidas mediante o emprego dos métodos mencionados seja suscetível de ponderação e cedência perante uma situação de conflito de interesses²⁵⁷, não se têm verificado, nem se vislumbra a possibilidade de se verificarem situações concretas em que os interesses contraditórios prevaleçam e resultem na derrota das normas em apreço²⁵⁸, ora relativos à eficácia na prossecução da investigação penal, ora face a eventuais condições que, em primeira análise, se perspetivariam como excludentes da ilicitude do facto e potencialmente conducentes à admissibilidade da valoração da prova.

²⁵⁴ Cfr. *supra* pp. 17-18, nota de rodapé 13.

²⁵⁵ Neste sentido, v. FRANCISCO AGUILAR, *A Destrinça*, pp. 297-301. A este respeito, assinala JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Revisitação*, pp. 11-14, que o exercício de ponderação em matéria de proibições de prova conduzirá a uma “consideração diferenciada” da teoria processual penal das proibições de prova porquanto, na medida em que pondo em relevo as circunstâncias concretas da situação jurídica e visa a concordância prática e efetividade dos valores conflitantes em causa, considera a natureza relativa das proibições de prova ao invés do pretense carácter absoluto que geralmente determina a prevalência destas proibições sobre os valores conflitantes.

²⁵⁶ Neste sentido, PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, p. 226.

²⁵⁷ Cfr. FRANCISCO AGUILAR, *A Destrinça*, p. 282.

²⁵⁸ Note-se que, na aceção de PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, pp. 226-227, com a qual concordamos, pese embora nem todas as normas jurídicas sejam derrotadas, como sucede com a regra constitucional da proibição da pena de morte, a respetiva inserção sistemática numa ordem normativa acarreta uma *sensibilidade ao contexto normativo* e a suscetibilidade de derrota mediante a verificação de condições fácticas e normativas relevantes do caso concreto.

Firmando o entendimento exposto, o Autor, afirma na sua obra *Derrotabilidade normativa e jurisdição constitucional*, in: Estudos de Teoria do Direito, Vol. I, Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 276-278, que a definição a título definitivo das condições de aplicabilidade das normas depende do contexto fáctico da situação concreta e do preceituado em normas terceiras, designadamente de estas preverem um conjunto de condições relevantes para o caso em concreto, assinalando que, contudo “(...) *pode suceder que tal nem venha a acontecer no mundo real – i.e., que o leque de factos e normas necessário para derrotar uma norma de partida seja atualmente inimaginável. Mas no plano teórico parece incontornável que assim é (...)*”. Com efeito, o Autor estabelece um paralelismo por referência às ciências naturais, com a propriedade da solubilidade do açúcar, no sentido em que, sendo o açúcar solúvel, tal propriedade só se efetiva em determinadas circunstâncias, não se verificando em concreto em água saturada com açúcar ou outros químicos.

Aliás, relativamente às normas que consagram, a título de exemplo, a proibição de tortura²⁵⁹, de tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos não se tem verificado e não é suscetível de se configurar, à luz do ordenamento jurídico português e dos fundamentos de Estado de Direito Democrático, qualquer conjunto de condições fácticas e normativas com aptidão para conduzir à efetiva derrotabilidade destas normas.

Face ao exposto, cremos que a presente análise e compreensão da questão da vinculação dos particulares às proibições de prova não confere, nem é suscetível de definir *a priori* critérios respeitantes à valoração da prova ou de delimitar um conjunto de situações em que a valoração da prova produzida por particulares deve ou não proceder. No entanto, cremos que logra demonstrar que a assunção da vinculação dos particulares às proibições de prova não pode constituir *per se* um fundamento para que a valoração da prova obtida por particulares se considere, *a priori*, vedada.

No essencial, entendemos que todas as provas processuais penais, sendo irrelevante a que título ou o estatuto do agente que a obteve e carreou para o processo, devem ser sujeitas ao regime jurídico das proibições de prova, ressalvando-se que, a sujeição a proibições de produção de prova não imporá que determinada prova deva ou não ser valorada, não sendo suscetível de se repercutir, numa vertente mais prática do problema, em resultados automáticos e lineares no plano da valoração.²⁶⁰

²⁵⁹ Com JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana: Dignidade e Direitos Fundamentais*, pp. 180-181, “Quando (...) o legislador constituinte especifica a proibição absoluta de qualquer forma de tortura (artigo 25.º, n.º2), deixa claro o seu entendimento segundo o qual qualquer cedência posterior desta garantia, independentemente de circunstâncias do caso concreto, tratando-se ou não de tortura para fins altruístas – como a chamada tortura para salvamento de vidas humanas em casos extremos –, produziria nas garantias jusfundamentais uma erosão e uma corrupção que se consideram inadmissíveis à luz da estruturação de um processo penal de Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana.”. Para um maior desenvolvimento desta questão, cfr. JORGE REIS NOVAIS, *A dignidade da pessoa humana: Dignidade e Inconstitucionalidade*, Vol. II, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 219-260.

Também sobre a proibição de tortura v. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução*, p. 277 e FRANCISCO AGUILAR, *A Destriça*, pp. 300-304 e, especialmente as notas de rodapé 71 e 72.

²⁶⁰ Admitindo-se que mesmo relativamente às proibições de valoração de prova dependentes das proibições de produção de prova, por exemplo quanto aos casos plasmados nos n.ºs 1 e 2 do artigo 126.º do CPP, esta dependência possa não significar, à semelhança do aferido relativamente à diferenciação entre proibições de prova absolutas e relativas, uma subtração absoluta das provas e das questões em causa à valoração, pese embora, tendencialmente, tal não se verifique. Com FRANCISCO AGUILAR cremos que no respeitante aos problemas suscitados no domínio das proibições de prova, nomeadamente nas questões de valoração ou não valoração, do que se trata é de uma resposta tendencial e não de uma consequência direta e automática, pois conforme refere o Autor em *A Destriça*, p. 294, no plano da axiológica legitimidade do Direito, não há respostas abstratas predadas, mas somente situações jurídicas realizáveis em definitivo mediante o processo de interpretação que o Direito realiza.

Em sede de valoração, assinalando-se a devida autonomia face à categoria de proibições de produção de prova, confluem valorações e interesses de relevo que não dispensam o processo de interpretação e de ponderação, com vista à determinação das condições que, casuisticamente, devem prevalecer no caso concreto e, conseqüentemente, conduzir ao estabelecimento da norma de decisão aplicável²⁶¹, independentemente de esquemas teóricos previamente traçados a propósito do regime jurídico das proibições de prova, relevando, somente, o resultado do apuramento casuístico das questões em presença.

²⁶¹ Cfr. JOSÉ NEVES DA COSTA, *Do Aproveitamento*, pp. 335-336.

IV. CONCLUSÃO

No atual contexto do processo penal, a intervenção dos particulares mediante a contribuição com prova produzida ou obtida no âmbito da realização de diligências de prova privadas tem assumido uma expressão crescente, que tem desafiado o direito processual penal e especialmente, o direito das proibições de prova. Contanto que a atuação de particulares põe em relevo a ameaça que esta intervenção comporta para a integridade aos direitos fundamentais no contexto probatório, reconhecendo-se a importância de refletir o regime de garantia das proibições de prova como um regime material assente na salvaguarda dos direitos fundamentais e não, somente, como um regime processual de disciplina da atuação das autoridades policiais e judiciárias.

As expressões relevantes da intervenção dos particulares compreendem assim a atuação dos sujeitos particulares que não integrem as estruturas das autoridades públicas ou não atuem em coordenação com estas, tratando-se de uma atuação autónoma e independente do conhecimento e de um vínculo relacional com as autoridades policiais e judiciárias, enquanto autoridades públicas prossecutoras do processo penal, independentemente de a finalidade que motiva o sujeito se prender com interesses de realização da justiça penal ou interesses estranhos ao processo.

À luz do atual direito processual penal, o desenvolvimento de investigações privadas, independentemente do estatuto processual dos sujeitos particulares, não é estabelecida e regulada, sendo que, a questão da atuação de sujeitos particulares apenas tem expressão relativamente aos sujeitos particulares processuais aos quais é conferido o direito a intervir através da oferta de prova e de requerimento de realização de diligências probatórias ao longo do processo. Na medida em que estes atos são desenvolvidos no âmbito da prossecução normal do processo penal e no exercício da posição processual que cabe a cada um dos sujeitos, a respetiva vinculação ao postulado das proibições de prova decorre do próprio contexto processual de realização dos atos.

Contudo, no que concerne aos sujeitos particulares não processuais, o CPP não empreende qualquer menção relativamente à possibilidade de estes sujeitos contribuírem com prova pelos próprios produzida ou obtida e não prevê qualquer distinção face às autoridades públicas no respeitante à vinculação ao regime jurídico das proibições de prova.

Neste sentido, como assinalámos, à luz da *ratio* das proibições de prova enquanto regime jurídico que veicula a salvaguarda dos direitos fundamentais, a resposta à questão da vinculação dos particulares às proibições de prova comporta a análise da questão da perspectiva da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Neste sentido, no ordenamento jurídico português, é o entendimento de que os direitos fundamentais vinculam, a título direto e imediato, os sujeitos particulares nas relações entre si a deveres de respeito que se afigura mais adequado à luz do disposto no n.º1 do artigo 18.º da CRP, da perspectiva da salvaguarda do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

A concretização de uma eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais visados no regime das proibições de prova na perspectiva da delimitação dos respetivos destinatários conduz à compreensão de que as normas que estabelecem o regime jurídico das proibições de prova são igualmente vinculativas no contexto das relações entre particulares, porquanto, consubstanciando um regime de sede constitucional de garantia dos direitos fundamentais, o regime de proibições de prova deve acompanhar o regime constitucional aplicável aos direitos fundamentais que tutela, o que implica reconhecer a sua eficácia quer perante entidades públicas, quer perante entidades privadas.

Assim, a assunção da aplicabilidade dos direitos fundamentais aos particulares, a título imediato ou direto, conduz à conclusão de que os particulares são sujeitos passivos do regime jurídico das proibições de prova e estão vinculados ao seu postulado com assento em três principais razões: em primeiro lugar, os particulares são simultaneamente sujeitos ativos e passivos das normas de direitos fundamentais; em segundo lugar, atendendo a que o regime jurídico das proibições de prova é acionado perante uma situação concreta de lesão de direitos fundamentais no contexto de uma investigação criminal; por último, em função da verificada suscetibilidade de que a situação de lesão seja provocada ou desencadeada por uma conduta de um particular, pelo que, o mesmo deve ser sujeito às consequências resultantes do desrespeito do regime das proibições de prova, apurando-se, no plano da valoração, as devidas conclusões.

Neste sentido, a compreensão de que os particulares estão vinculados ao postulado das proibições de prova não determina em abstrato as situações em que a valoração deve ou não proceder, não conduzindo a resultados lineares no plano da valoração.

Em suma, o entendimento a que chegamos quanto à vinculação dos sujeitos particulares, que produzam e carregem prova para o processo, ao regime jurídico das proibições de prova decorre da concretização de um papel de garantia da integridade dos direitos fundamentais que o regime assume e desempenha no contexto processual penal, que, naturalmente, apenas se logra alcançar quando o seu postulado se aplique a quaisquer condutas de possível afetação dos direitos fundamentais, não relevando para o efeito o agente que leva a ação a cabo e a qualidade em que este atua.

V. BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, José João Nunes, *A vinculação das entidades privadas aos Direitos Fundamentais*, Lisboa: AAFDL, 1990;

ABRANTES, José Fernando Salazar Casanova, *Provas Ilícitas em Processo Civil. Sobre a Admissibilidade e Valoração de Meios de Prova Obtidos pelo Particulares*, in: *Direito e Justiça*, Ano XVIII, Tomo I, Lisboa: Universidade Católica de Lisboa, 2004, pp. 93-130;

AGUILAR, Francisco, *A Destrição Tipológica entre Prova Defensiva e Prova Ofensiva em Sede de Proibições de Prova em Processo Penal*, in: *RPCC*, A. 28, n.º 2, maio-agosto, Coimbra: Instituto de Direito Penal Europeu e Económico, 2018, pp. 279-318;

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

- *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a edição, Lisboa: Universidade Católica, 2015;

ALEXANDRINO, José Melo, *Direitos Fundamentais, Introdução Geral*, 2.^a edição (2.^a Reimp.), Cascais: Principia, 2018;

ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais* (trad. da 5.^a edição da obra *Theorie der Grundrechte* por Virgílio Afonso da Silva), São Paulo: Malheiros, 2006;

ALBERGARIA, Pedro Soares de, *Artigo 126.º (Métodos proibidos de prova)*, in: *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo II, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 37-76;

AMBOS, Kai, *Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán*, in: *Las Prohibiciones Probatorias*, Bogotá: Temis, 2009, pp. 57-149;

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*, in: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado (org. Ingo Wolfgang Sarlet), 3.^a edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, pp. 241-261;

- *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a edição, Coimbra: Almedina, 2017;

ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre a valorização, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares*, in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, BFDUC, Vol. I, Coimbra, 1984, pp. 545-622;

- “*Bruscamente 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, 2009;

- *Artigo 199.º (Gravações e Fotografias Ilícitas)*, in: Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial (org. Jorge Figueiredo Dias), Tomo I, 2.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 817-845;

- *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1.^a edição (Reimp.), Coimbra: Almedina, 2013;

ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal – “Direito Constitucional Aplicado”*, in: Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 745-754;

- *Direito Processual Penal*, 2.^a edição, Coimbra: Almedina, 2018;

BELEZA, Teresa Pizarro, “*Tão amigos que nós éramos*”: *o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal Português*, in: Revista do Ministério Público, n.º 74, Ano 19, abril/junho, 1998, pp. 39-60;

BELING, Ernst, *Las Prohibiciones de Prueba como Limite a la Averiguación de la Verdad en el Proceso Penal*, in: Las Prohibiciones Probatorias, Bogotá: Temis, 2009, pp. 1-56;

BUBANY, Charles P. e COCKERELL, Perry J., *Excluding Criminal Evidence Texas-Style: Can private searches poison the fruit?*, in: Texas Tech Law Review, Vol. 12, n.º3, pp. 611-634 (disponível no endereço eletrónico <https://ttu-ir.tdl.org/ttu-ir/bitstream/handle/10601/1554/12TexTechLRev611.pdf>, consultado a 10-01-2019);

CABRAL, José António Henriques dos Santos, *Artigo 126.º (Métodos proibidos de prova)*, in: Código de Processo Penal Comentado, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 398-426;

- *Artigo 167.º (Valor probatório das reproduções mecânicas)*, in: Código de Processo Penal Comentado, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2016, pp. 648-661;

CAMMACK, Mark E., *The United States: The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule*, in: Exclusionary Rules in Comparative Law (org. Stephen C. Thaman), Ius Gentium – Comparative Perspectives on Law and Justice, Vol. XX, Springer, 2013, pp. 3-32;

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Anotação ao Acórdão n.º 70/90 do tribunal Constitucional*, in: Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 123, N.º 3792, julho, Coimbra, 1990, pp. 89-96;

- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição (Reimp.), Coimbra: Almedina, 2018;

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007;

CLEMENTE, Pedro José Lopes, *O Paradigma da Polícia Privada*, in: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 341- 367;

CORREIA, João Conde, *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, in: Stvdia Ivridica, n.º 44, BFDUC, Coimbra: Coimbra Editora, 1999;

- *A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspetiva essencialmente jurisprudencial*, in: Revista do Centro de Estudos Judiciários, Número especial, n.º 4, 1.º Semestre, 2006, pp. 176-202;

COSTA, José Neves da, *Do Aproveitamento em Processo Penal das Provas Ilícitamente Obtidas por Particulares*, in: Revista de Concorrência e Regulação, A. 4, n.º 16, (outubro-dezembro), 2013, pp. 295-344;

CRORIE, Benedita Ferreira da Silva Mac, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2005;

DEU, Teresa Armenta, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 1.ª edição, Madrid: Marcial Pons, 2003;

- *La Prueba Ilícita: Un estudio comparado*, 2.ª edição, Madrid: Marcial Pons, 2011;

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Para uma Reforma Global do Processo Penal Português: Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais*, in: Para uma Nova Justiça Penal, Coimbra: Almedina, 1983, pp. 189-242;

- *Direito processual penal*, 1.ª edição (Reimp.), Coimbra: Coimbra Editora, 2004;

- *Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal (também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)*, in: Revista de Legislação e Jurisprudência, setembro-outubro, n.º 4000, A. 146.º, Coimbra, 2016, pp. 3-16;

DUARTE, David, *A norma da universalidade de direitos e deveres fundamentais: esboço de uma anotação*, in: BFDUC, n.º 76, Vol. LXXVI, Coimbra, 2000, pp. 413-431;

- *Norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão de discricionariedade instrutória*, Coimbra: Almedina, 2006;

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código de Processo Penal: Anotado e Legislação Complementar*, 17.^a edição, Coimbra: Almedina, 2009;

GÖSSEL, Karl Heinz, *Strafverfahrensrecht*, Estugarda: Kohlhammer Studienbücher 1977;

- *As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha*, in: RPCC, A. 2, n.º 3, julho-setembro, Lisboa: Editorial Notícias, 1992, pp. 397-441;

- *El derecho procesal penal en el Estado de Derecho*, Santa Fé: Rubinzal Culzoni Editores, 2007;

HALL, Livingston, KAMISAR, Yale, LAFAVE, Wayne R., ISRAEL, Jerold H., *Modern criminal procedure: cases, comments and questions*, 3.^a edição, St. Paul: West Publishing Company, 1969;

HART, Herbert L.A., *O Conceito de Direito*, 5.^a edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007;

HASSEMER, Winfried, *Processo penal e direitos fundamentais*, in: Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 15-25;

HOHFELD, Wesley Newcomb, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in: The Yale Law Journal, Vol. 23, n.º 1, 1913, pp. 16-59 (disponível em endereço eletrónico https://www.jstor.org/stable/785533?seq=1#metadata_info_tab_contents, consultado a 10-01-2019);

LAFAVE, Wayne R. e ISRAEL, Jerold H., *Criminal Procedure*, 2.^a edição, Hornbook Series, St. Paul, Minnesota: West Publishing Company, 1992;

LOPES, José Mouraz e CABREIRO, Carlos Antão, *A emergência da prova digital na investigação da criminalidade informática*, in: Sub judice: Internet, Direito e Tribunais, Coimbra, n.º 35, (abril-junho), 2006, pp. 71-79;

LOPES, Pedro Moniz, *Derrotabilidade normativa e normas administrativas*, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016;

- “(...) *the appellant’s mind and her forceful clarity «is all that Marie has left»*”. *Sobre a dignidade, a autonomia e a moral a propósito do caso Fleming v Ireland*, in: *Estudos de Teoria do Direito*, Vol. I, Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 209-250;

- *Derrotabilidade normativa e jurisdição constitucional*, in: *Estudos de Teoria do Direito*, Vol. I, Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 275-286;

MARTINS, Milene Viegas, *A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal*, Lisboa: AAFDL, 2014;

MARTINS, Tiago Rolo, *A configuração do princípio da proporcionalidade e a sua aplicação na ponderação de normas de direitos fundamentais: a fórmula da proporcionalidade*, in: *Revista Jurídica da AAFDL*, n.º 30, Lisboa: AAFDL, 2016, pp. 433-475;

MANZINI, Vincenzo, *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*, Vol. II, 6.^a edição, Turim: Utet, 1968;

MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 1999;

MENDES, Paulo de Sousa, *As proibições de prova no processo penal*, in: *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 133-154;

- *Lições de Direito Processual Penal*, 1.^a edição (Reimp.), Coimbra: Almedina, 2018;

MILHEIRO, Tiago Caiado, *Artigo 167.º (Valor probatório das reproduções mecânicas)*, in: *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo II, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 531-542;

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional – Vol. I*, 1.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014;

- *Manual de Direito Constitucional – Vol. II*, 1.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2014;

- *Direitos Fundamentais*, 2.^a edição (Reimp.), Coimbra: Almedina, 2018;

MORAIS, Carlos Blanco de, *Curso de Direito Constitucional*, Tomo II, 3.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2015;

MORÃO, Helena, *O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português*, in: RPCC, A. 16, n.º 4, outubro-dezembro, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 575-620;

- *Efeito-à-distância das proibições de prova e declarações confessórias – o acórdão n.º 198/2004 do Tribunal Constitucional e o argumento “the cat is out of the bag”*, in: RPCC, A. 22, n.º 4, outubro-dezembro, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 689-726;

NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Fundamentais – Trunfos contra a Maioria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006;

- *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010;

- *A dignidade da pessoa humana: Dignidade e Direitos Fundamentais*, Vol. I, 2.^a edição, Coimbra: Almedina, 2018;

- *A dignidade da pessoa humana: Dignidade e Inconstitucionalidade*, Vol. II, 2.^a edição, Coimbra: Almedina, 2018;

- *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de proteção à proibição do défice*, Coimbra: Almedina, 2018;

OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de, *Da Autonomia do Regime das Proibições de Prova*, in: Prova Criminal e Direito de Defesa, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 257-290;

PINTO, Paulo Mota, *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português*, in: *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado* (org. António Pinto Monteiro, Jörg Neuner e Ingo Sarlet), Coimbra: Almedina, 2007, pp. 145-163;

RAMALHO, David Silva, *Métodos Ocultos de Investigação Criminal em Ambiente Digital*, Coimbra: Almedina, 2017;

RODRIGUES, Benjamim Silva, *Da prova penal: Bruscamente...A(s) Face(s) Oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*, Tomo II, 1.^a edição, Lisboa: Rei dos Livros, 2010;

RODRIGUES, José Narciso da Cunha, *Sobre o Princípio da Igualdade de Armas*, in: *RPCC*, A. 1, n.º 1, janeiro-março, Lisboa: Editorial Notícias, 1991, pp. 77-103;

SARMENTO, Daniel, *Direitos Fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004;

SARLET, Ingo Wolfgang, *A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro*, in: *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado* (org. António Pinto Monteiro, Jörg Neuner e Ingo Sarlet), Coimbra: Almedina, 2007, pp. 111-144;

- *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 11.^a edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012;

SILVA, Germano Marques da, *Do Processo Penal Preliminar*, Lisboa: Minerva, 1990;

- *Curso de Processo Penal*, Vol. I, 6.^a edição, Lisboa: Verbo, 2010;

- *Curso de Processo Penal*, Vol. II, 5.^a edição, Lisboa: Verbo, 2011;

SILVA, Virgílio Afonso da, *A constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo: Malheiros Editores, 2005;

SOUSA, Miguel Teixeira de, *Introdução ao Direito*, Coimbra: Almedina, 2016;

STEINMETZ, Wilson, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, São Paulo: Malheiros Editores, 2004;

TONINI, Paolo, *L'Attività di Investigazione Privata nel Nuovo Processo Penale*, in: *L'Investigazione Privata Nel Nuovo Processo Penale*, Pádua: Cedam, 1990, pp. 249-279;

- *Manuale di Procedura Penale*, 15.^a edição, Milão: Giuffrè Editore, 2014;

UBILLOS, Juan María Bilbao, *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamento español*, in: *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado* (org. António Pinto Monteiro, Jörg Neuner e Ingo Sarlet), Coimbra: Almedina, 2007, pp. 165-212;

- *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?*, in: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado* (org. Ingo Wolfgang Sarlet), 3.^a edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, pp. 263-293;

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Regime Jurídico da Investigação Criminal: comentado e anotado*, 2.^a edição, Coimbra: Almedina, 2004;

VASSALLI, Giuliano, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Anno XI, Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1968, pp. 3-59.