

MANUEL DA COSTA ANDRADE
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

**SOBRE
AS PROIBIÇÕES DE PROVA
EM PROCESSO PENAL**

REIMPRESSÃO

Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer processo electrónico, mecânico ou fotográfico, incluindo fotocópia, xerocópia ou gravação, sem autorização prévia do editor. Exceptua-se a transcrição de curtas passagens para efeitos de apresentação, crítica ou discussão das ideias e opiniões contidas no livro. Esta excepção não pode, porém, ser interpretada como permitindo a transcrição de textos em recolhas antológicas ou similares, da qual possa resultar prejuízo para o interesse pela obra. Os infractores são passíveis de procedimento judicial.



Coimbra Editora

2006

Coimbra Editora

D. 2-7-9-29

14-07-2
11712

*À memória e à saudade
de
EDUARDO CORREIA*

ISBN 972-32-0613-7

Depósito Legal n.º 54 076/92

PREFÁCIO

Por diversas vezes e no contexto de tarefas de investigação, ensino e actividade de jurisconsulto, fui sendo citado a confrontar-me e a dar resposta a questões parcelares da área problemática das proibições de prova em processo penal. Respostas necessariamente apressadas, reclamadas pela urgência da «razão prática», que não pode esperar pela decantação dos grandes paradigmas de enquadramento doutrinal. Sempre, porém, à custa do desconforto de ter de fazer caminho sem a luz que só os referentes das «coisas últimas» do direito podem oferecer. E que no domínio específico das ciências penais contendem, sobretudo, com o horizonte político-criminal, a densidade axiológico-material e a intencionalidade teleológico-racional. Um quadro que viu os seus traços particularmente avivados a partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Penal. Que, entre as suas inovações mais marcantes, erigiu as proibições de prova em figura geral e nuclear do novo ordenamento processual penal português e procedeu expressamente ao desenho normativo do regime de um número significativo de singulares proibições de produção e de valoração de prova.

Foi esta experiência e o espinho da provocação nela contida que motivou o presente estudo. Que se adianta como um contributo para a compreensão do conceito e do regime das proibições de prova. Um contributo ostensivamente modesto e assumidamente provisório, em homenagem à índole invencivelmente movediça e cintilante da matéria tratada. E devida, já à extrema complexidade dos conflitos subjacentes; já à sua permanente exposição às intempéries e à surpresa das realizações técnico-científicas. É o que as possibilidades abertas

pelos avanços em áreas como a genética humana e os novos meios de tratamento da informação impressivamente documentam.

O texto que se oferece à leitura e, sobretudo, à crítica não pretende figurar como um «manual», em sentido académico. Isto dadas as suas lacunas e descontinuidades, maxime na abordagem das singulares e concretas proibições de prova, intencionalmente querida como mera ilustração do discurso hermenêutico relativo às proibições de prova. Por seu turno, são a diversidade das matérias versadas e, acima de tudo, a indisfarçável falta de profundidade e sistematicidade da reflexão que não legitimam a pretensão ao estigma de uma investigação monográfica.

Algumas das páginas aqui contidas foram já publicadas noutros contextos, designadamente na Revista Portuguesa de Ciência Criminal. O que justifica o agradecimento a que aqui gostosamente dou expressão, particularmente dirigido à pessoa do seu director, Professor FIGUEIREDO DIAS. O Professor Figueiredo Dias, fundador do que pode já considerar-se uma doutrina portuguesa das proibições de prova, é, de resto, credor privilegiado duma gratidão, muito para além deste aspecto meramente formal. Este estudo não teria, com efeito, sido possível sem a generosidade do seu ensinamento, dos seus incontáveis esclarecimentos e informações permanentemente prodigalizadas. Não raro, mesmo, no contexto das expressões mais informais e anodinas de convivência: o espaço e o tempo de um café ou de um sucedâneo «espirituosamente» mais gratificante.

No essencial, dei a investigação por terminada nos últimos dias de 1990 e nos primeiros de 1991. Apesar disso, curei ainda de recensear alguns dos textos mais pertinentes e significativos, vindos posteriormente a lume e chegados ao meu conhecimento.

Devo, por último, deixar uma palavra de reconhecimento ao Sr. JOSÉ A. CARVALHO DA COSTA que, com abnegado profissionalismo e invulgar capacidade e acerto, se dispôs a dactilografar o original.

Coimbra, 21 de Fevereiro de 1991

SIGLAS E ABREVIATURAS

Actas	— Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal. Parte Especial (1979).
BFDC	— Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
BGH	— Bundesgerichtshof.
BMJ	— Boletim do Ministério da Justiça.
BVerfGE	— Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.
California	— California Law Review.
CP	— Código Penal.
CPP	— Código de Processo Penal.
CR	— Constituição da República.
CrimD	— Crime and Delinquency.
DRIZ	— Deutsche Richterzeitung.
GA	— Goldammer's Archiv für Strafrecht.
Harward	— Harward Law Review.
JA	— Juristische Arbeitsblätter.
JCrim	— Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science.
Jornadas	— Jornadas de Direito Processual Penal (O Novo Código de Processo Penal, Coimbra, 1988).
JR	— Juristische Rundschau.
Jura	— Juristische Ausbildung.
JuS	— Juristische Schulung.
JZ	— Juristenzeitung.
KJ	— Kritische Justiz.

- LK** — Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar (10.^a ed.).
- LÖWE/ROSENBERG** — Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Grosskommentar (salvo indicação em contrário, as citações reportam-se à 23.^a edição).
- MDR** — Monatsschrift für deutsches Recht.
- Michigan** — Michigan Law Review.
- MKrim** — Monatsschrift für Kriminologie (antes: Kriminalbiologie, Kriminalpsychologie) und Strafrechtsreform.
- NJW** — Neue Juristische Wochenschrift.
- NStZ** — Neue Zeitschrift für Strafrecht.
- ÖJZ** — Österreichische Juristenzeitung.
- OLG** — Oberlandesgericht.
- ÖStG** — Österreichisches Strafgesetzbuch.
- ÖStPO** — Österreichische Strafprozessordnung.
- RDES** — Revista de Direito e Estudos Sociais.
- RG** — Reichsgericht.
- SCHÖNKE/SCHRÖDER** — Strafgesetzbuch. Kommentar. (Fundado por SCHÖNKE e SCHRÖDER, 22.^a ed.).
- SchwZ** — Zweizerische Zeitschrift für Strafrecht/ /Révue Pénale Suisse.
- SK** — Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (1987).
- StGB** — Strafgesetzbuch.
- StPO** — Strafprozessordnung.
- StV** — Strafverteidiger.
- Verhandlungen** — Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Berlim 1966/7.
- Washington** — Washington Law Review.
- WK** — Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (1984).
- ZRP** — Zeitschrift für Rechtspolitik.
- ZStW** — Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

INTRODUÇÃO. AS FONTES

1. Procurando minar os fundamentos e pôr em causa a adequação da *exclusionary rule*, uma figura aparentemente consolidada na ordem jurídica dos Estados Unidos, escrevia recentemente o juiz norte-americano MALCOLM WILKEY: «uma prova da irracionalidade das *exclusionary rules* é o facto de nenhuma outra nação civilizada do mundo as ter adoptado». Seja qual for o juízo que, em definitivo, o conceito e o regime das proibições de prova venham a merecer, seguro parece, todavia, que elas estão longe de representar uma singularidade da experiência jurídica americana e de emergirem como homenagem a qualquer das idiossincracias mais expressivas — e incomunicáveis — das respectivas instituições. É o que o mais descomprometido exame comparatístico, com destaque para o extenso e denso labor legislativo, doutrinal e jurisprudencial das *Beweisverbote* do direito germânico cedo deixará concluir.

2. Também a experiência jurídica portuguesa contribui para retirar suporte à auto-representação de exclusividade e solipsismo de que se fez eco MALCOLM WILKEY. Na verdade, também entre nós as proibições de prova aparecem como uma das instituições mais marcantes do novo ordenamento processual, erigido a partir dos alicerces sediados directamente na Constituição de 1976.

a) Por um lado, as proibições de prova estão hoje legalmente consagradas com a autonomia, generalidade e consistência que permitem perspectivá-las como uma das construções basilares da dogmática processual penal. É o que revela o disposto no artigo 118.º, n.º 3, do Código de Processo Penal (CPP). Por outro lado e complementar-

mente, a lei positiva portuguesa prescreve e regulamenta expressamente um vasto espectro de expressões concretas de proibição de prova. Em que encontram guarida as proibições de prova de mais ostensivo relevo doutrinal e pragmático e de contornos mais definidos, entretanto decantadas pelas transformações operadas a nível da consciência e das condições reais de convivência. É o que sucede, de forma exemplar, com as proibições relativas a *métodos de prova* (art. 126.º), *depoimento indirecto* (com exclusão da *hearsay evidence*, art. 129.º), *gravações e outras formas de reprodução técnica* (art. 167.º), *escutas telefónicas* (arts. 187.º e segs.), *proibição de valoração de provas* (art. 355.º), etc., directamente previstas no CPP.

b) O labor hermenêutico de identificação, interpretação e aplicação da disciplina normativa das proibições de prova constantes da legislação ordinária há-de, por seu turno, erigir os pertinentes imperativos constitucionais em tópicos privilegiados e permanentes de referência. Não tanto nem principalmente pela razão linear e mais exposta de a Constituição representar a matriz de legitimação formal e material dos singulares ramos de direito. Mas também, e sobretudo, pelo teor das relações de interpenetração que medeiam entre a Constituição e o processo penal, traduzidas na conhecida síntese de HENKEL: o direito processual penal como verdadeiro direito constitucional aplicado.

Uma compreensão das coisas a que a ordem jurídica portuguesa empresta uma pertinência particularmente impressiva. O legislador constituinte não se limitou, com efeito, a propor os valores e definir as balizas a que deveria obedecer a configuração do processo penal, em definitivo cometida ao legislador ordinário. Em vez de referenciar apenas o horizonte político-criminal e axiológico do processo penal, o legislador constituinte chamou a si a conformação normativa e directa dos seus aspectos mais decisivos. Dessa forma estreitando a complexidade a reduzir pela lei ordinária. Neste plano avulta sobremodo o artigo 32.º da Constituição da República (CR) e, de forma mais imediata, o disposto no n.º 6, que, pela primeira vez, na ordem jurídica portuguesa, deu expressão positiva e explícita ao conceito e ao regime das proibições de prova: «São nulas todas as provas obtidas

mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações» (1).

Para além deste preceito, a CR oferece ainda um número significativo de dispositivos de valência directa para a doutrina e a *praxis* das proibições de prova. Como sucede, desde logo, com a tutela da «*dignidade da pessoa humana*» (art. 1.º) e da «*integridade moral*» (art. 25.º), em geral referenciadas como a matriz material e última do

(1) Para além da sua valência normativa directa, este dispositivo constitucional viria a determinar importantes inovações legislativas no plano do direito ordinário. Que foram em primeira mão mediatizadas pelo Decreto-Lei n.º 377/77, de 6 de Setembro, publicado para dar resposta às exigências do artigo 293.º da lei constitucional de 1976, que prescrevia o fim da primeira sessão legislativa como limite temporal concedido ao legislador para proceder à «*adaptação das normas anteriores atinentes ao exercício dos direitos, liberdades e garantias*». Ora, dentre as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 377/77 sobressai a nova redacção dada ao artigo 261.º do Código de Processo Penal de 1929. Sensivelmente sobreposto ao § 136a da StPO alemã e antecipando (nomeadamente no que toca à *irrelevância do consentimento*) o que viria a ser o artigo 126.º do novo CPP, aquele artigo 261.º passou a prestar clara homenagem ao discurso das proibições de prova. Tanto no que toca à verbalização e às categorias conceituais utilizadas, como no que respeita à estrutura normológica e ao sentido e alcance normativos. Recordar-se que, na sua redacção originária, o artigo 261.º do Código de Processo Penal dispunha: «*As perguntas não serão sugestivas nem cavilosas, nem acompanhadas de dolosas persuasões, falsas promessas ou ameaças. § único: o juiz ou agente do Ministério Público que violar o disposto neste artigo incorrerá na respectiva pena disciplinar*». Diferentemente, e nos termos da redacção consagrada pelo Decreto-Lei n.º 377/77: «*1. É proibido a qualquer entidade ou pessoa participante no processo penal: a) perturbar a liberdade de vontade ou de decisão do arguido através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) perturbar a capacidade de memória e de avaliação do arguido; c) utilizar a força contra o arguido, fora dos casos e dos limites expressamente permitidos pela lei; d) ameaçar o arguido com medida legalmente inadmissível ou prometer-lhe qualquer vantagem não prevista na lei. 2. O consentimento do arguido não afecta as proibições estabelecidas no número anterior. De igual modo, não podem as declarações tomadas com violação daquelas proibições ser apreciadas pelo tribunal ou pelo juiz de instrução, mesmo que nisso o arguido consinta*». Sobre o significado deste preceito, na perspectiva da doutrina das proibições de prova, cfr. FIGUEIREDO DIAS, *BMJ*, n.º 291 (Dez. 1979), págs. 183 e segs.

direito das *proibições de prova*. Um caminho onde, como teremos oportunidade de assinalar, se têm manifestamente adiantado a doutrina e a jurisprudência constitucional germânicas (2). Não deve, por seu turno, desatender-se o significado da consagração autónoma e da elevação à constelação dos direitos, liberdades e garantias, dos bens jurídicos fundamentais de mais ostensivo relevo na problemática das *proibições de prova*. Como os direitos à *imagem*, à *palavra* e à *reserva da intimidade da vida privada e familiar* (art. 26.º) ou a *inviolabilidade do domicílio, da correspondência e das telecomunicações* (art. 34.º). Todos a valer como direitos fundamentais, a coberto da força jurídica que lhes empresta o regime privilegiado do artigo 18.º Em que sobreleva, a par da consistência normativa, a sua eficácia directa: tanto no plano legislativo como jurisprudencial e tanto na direcção das instâncias públicas e formais como das informais ou privadas.

c) Num levantamento apressado das fontes do direito das proibições de prova há-de citar-se ainda a lei penal substantiva. Que incrimina e estigmatiza com a censura da ilicitude material muitas das práticas insistentemente associadas ao regime processual das *proibições de prova*. Recordem-se, por mais expressivas, as incriminações das *Gravações e fotografias ilícitas* (art. 179.º), *Intromissão na vida privada* (art. 180.º), *Violação do segredo de correspondência e telecomunicações* (art. 182.º), *Violação do segredo profissional* (art. 184.º), etc. Mesmo tendo em conta as inescapáveis incongruências que nesta área problemática medeiam entre o direito penal e o direito processual penal — que curaremos de explicitar e ilustrar — as projecções destas incriminações sobre o processo penal são decisivas. Elas têm, de resto, o sentido unívoco da redução das alternativas admissíveis de produção e valoração de meios de prova, sc., de alargamento e densificação do espectro das proibições de prova. Isto porquanto nem sempre o interesse do esclarecimento do crime e da perseguição de

(2) Em sentido convergente e no contexto da Constituição de 1933, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, págs. 453 e segs.

um suspeito terá, só por si, a força bastante para derimir a ilicitude material indiciada pela tipicidade das pertinentes formas de produção ou valoração da prova. A regra será, mesmo, tendencialmente, o contrário. O que colocará os agentes das instâncias de controlo (polícias, magistrados do ministério público ou mesmo juízes) na situação incómoda de só poderem obter provas constituindo-se autores ou, de qualquer forma, participantes de um ilícito criminal.

Numa consideração mais genérica das coisas, dificilmente, por seu turno, se compreenderia que, na prossecução das suas tarefas, o Estado passasse de boa consciência por sobre as normas que balizam a ilicitude penal. O que vale mesmo em se tratando duma tarefa com a transcendência axiológico-material da realização da justiça criminal: justamente em nome do lastro ético que a define como *justiça e lhe outorga a necessária legitimação processual e material*. Como, nesta linha, enfatiza AMELUNG, o Estado cairá em contradição normativa e comprometerá a legitimação da própria pena se, para impor o direito, tiver de recorrer, ele próprio, ao ilícito criminal. Pois, argumenta, «o fim da pena é a confirmação das normas do mínimo ético, cristalizado nas leis penais. Esta demonstração será frustrada se o próprio estado violar o mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena. Desse modo, ele mostra que pode valer a pena violar qualquer norma fundamental cuja vigência o direito penal se propõe precisamente assegurar» (3).

Numa primeira síntese, bem se aceitará, por isso, o princípio de que o *out-put* dos juízes e valorações do direito penal haja de configurar invariavelmente, se não a premissa decisiva, pelo menos um dos tópicos nucleares do «círculo hermenêutico» em sede de *proibições de prova*. Princípio de que se faz expressamente eco o n.º 1 do artigo 167.º do CPP, que sobrepõe a fronteira da proibição de valoração das gravações e fotografias à linha de demarcação da ilicitude material — «nos termos da lei penal». Como não deixam outrossim

(3) AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, pág. 22. Sobre a relevância da qualificação do facto como ilícito penal no contexto das proibições de prova, cfr. desenvolvidamente, AMELUNG, *ob. cit.*, págs. 21 e segs. e 62 e segs.; do mesmo autor, *NJW* 1991, pág. 2534, e *infra*.

de lhe prestar homenagem, se bem que em sentido inverso, dispositivos como o constante do artigo 187.º, n.º 3, do CPP, relativo à *«intercepção e gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor»*, só admissíveis *«se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime»*.

3. À semelhança do que em geral se reconhece, também em matéria de *proibições de prova* a recensão das fontes seria incompleta sem a menção expressa da doutrina e da jurisprudência.

De singular apenas a circunstância de estas vias de co-criação e mostraçao do direito se revestirem aqui de um significado particularmente privilegiado. Pois, se é irrecusável o propósito do legislador português de erigir as proibições de prova em instituição basilar do processo penal, não é menos manifesto — nem menos intencional — o seu silêncio quanto a aspectos determinantes do respectivo regime. O programa positivamente codificado das proibições de prova reconduz-se no essencial a uma remissão generalizada para os entendimentos intersubjectivamente convalidados a nível jurisprudencial e dogmático. Na linha da lição do direito comparado, também entre nós só do labor jurisprudencial e da reflexão doutrinal se poderão esperar o recorte definitivo da figura das proibições de prova bem como as respostas normativas a verter sobre as múltiplas e concretas expressões da vida. Diferentemente do que se passa noutros ordenamentos jurídicos, v. g., no americano ou no germânico, a intervenção da jurisprudência portuguesa nesta área problemática tem sido relativamente discreta. Mesmo assim não será em vão que se buscam arestos onde os problemas das proibições de prova são abertamente afrontados. Paradigmático neste contexto o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 2 de Fevereiro de 1988 versando sobre a proibição de valoração de gravações e fotografias ilicitamente obtidas por particulares (4). Ou o acórdão de 23 de Novembro de 1988 do mesmo Tribunal Supremo, afrontando a problemática da valoração das escutas telefónicas (5).

(4) *BMJ*, n.º 374 (Março 1988), págs. 376 e segs.

(5) *BMJ*, n.º 381 (Dezembro 1988), págs. 327 e segs.

O panorama é outro do lado da doutrina, onde sobressaem os contributos de FIGUEIREDO DIAS que tem convertido as proibições de prova em tema recorrente de investigação e ensino. E em cuja bibliografia pode já colher-se resposta aos problemas decisivos das proibições de prova. Tanto no que toca aos problemas centrais de fundamentação e impoção axiológica, político-criminal e metodológica como no que respeita às questões mais periféricas de regime e de mais óbvia valência prático-jurídica. Respostas que ganham um valor heurístico e hermenêutico acrescido pelo facto de FIGUEIREDO DIAS ter sido o autor do Projecto que viria a converter-se no Código de Processo Penal vigente. E ter sido concretamente de suas mãos que receberam a conformação definitiva as normas relativas às *proibições de prova*.

CAPÍTULO I

DESCONTINUIDADES E ASSIMETRIAS DA LEI E DESENCONTROS DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

§ 1. COMPLEXIDADE E INSEGURANÇA

1. Nada mais arriscado e de resultados mais comprometidos à partida do que a tarefa, aparentemente pouco ambiciosa, de ensaiar referenciar um conceito de *proibição de prova* ajustado ao novo direito processual penal português. Isto a almejar-se um conceito dotado quer de legitimidade teórica (recortado na sua compreensão e extensão e emergindo como operador epistemológico adequado à fenomenologia das singulares proibições de prova) quer da indispensável pertinência dogmática (síntese categorial de interpretação e enquadramento sistemático das normas positivas e tópico de referência normativa, aberto à centrifugidade e à surpresa dos problemas). Ao assumir a já assinalada fragmentaridade, a ordem jurídica positiva comete à doutrina e à jurisprudência as indispensáveis categorização e sistematização dogmáticas. O que, longe de reduzir a complexidade, redonda pelo contrário, no seu aumento. Pois, não se encontra zona da vida jurídica onde os caminhos da doutrina e da jurisprudência se mostrem mais desencontrados e varridos pela controvérsia. Dificilmente, com efeito, o jurista conhecerá experiência mais próxima de Babel: falando todos do mesmo (as *proibições de prova*), raros falam, afinal, da mesma coisa. Mudando de autor, muda-se invariavelmente de rio, raramente se lavando nas mesmas águas. É assim tanto em matéria de princípios materiais de fundamentação axiológica e político-criminal e de modelos de categorização e sistematização como, e sobretudo, no que respeita às constelações típicas de casos da vida.

2. É o que impressivamente ilustram a jurisprudência e a doutrina alemãs.

a) É conhecida a frequência e profundidade com que os tribunais superiores alemães, nomeadamente o Tribunal Constitucional Federal e o *Bundesgerichtshof* se têm directamente ocupado da problemática geral das proibições de prova e das suas plúrimas expressões concretas. De igual modo, também a doutrina alemã pode a justo título reivindicar-se de um lugar sem paralelo no que toca ao volume de produção dogmática. Isto a partir da obra pioneira de BELING, aparecida logo no dealbar do século (*Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess*, 1903) e do impulso decisivo dado pelo 46.º Congresso dos Juristas Alemães (1966) que, convertendo as proibições de prova num dos seus temas centrais, motivou um conjunto de marcantes estudos e comunicações, subscritas, entre outros, por autores como ANDENAES, MÜLLER, NUVOLONE, RUPP, PETERS, KLUG, SARSTEDT e JESCHECK. Desde então — e sob a forma de estudos monográficos, comentários à StPO, artigos, comunicações, recensões críticas de jurisprudência, etc. — os autores alemães foram acumulando um acervo já inabarcável de investigações votadas às proibições de prova.

Particularmente revelador da pujança da elaboração doutrinal germânica é outrossim a plétora de construções já aventadas como resposta aos problemas dogmáticos das proibições de prova. Sem a pretensão de ser esgotante e a benefício de ulterior e mais detida citação, convirá recordar desde já, por mais insistentemente referenciadas, doutrinas como a *teoria da esfera jurídica* (*Rechtskreis-theorie*), a *teoria dos três graus* (*Dreistufentheorie*) e, já de directa imposição substantiva, a *doutrina da ponderação de interesses*, a *doutrina do fim de protecção da norma* (*Schutzzweck der Norm*) ou, mais recentemente, a concepção sustentada sobretudo por AMELUNG, assente nos conceitos de *direito de domínio da informação* (*Informationsbeherrschungsrecht*), e, consequentemente, de *exigência de defesa contra intromissões no domínio da informação* (*informationelle Abwehranspruch*). A doutrina e a *praxis* das proibições de prova vêm-se, aliás, revelando como um campo privilegiado de aplicação e confirmação

de algumas das construções nucleares da dogmática penal substantiva. Desde as clássicas doutrinas da causalidade às mais recentes teorias da imputação objectiva como a *doutrina da elevação do risco*, da *proibição de regresso* e dos *processos hipotéticos de investigação* (*hypothetische Ermittlungsverläufe*), versão processual da doutrina do *comportamento lícito alternativo* da doutrina penal substantiva. «Na discussão processual — sintetiza nesta linha WOLTER — afloram cada vez mais os pontos de vista do nexo de causalidade, da causalidade hipotética, da interrupção do nexo de causalidade através da produção voluntária e originária de prova, bem como o fim de protecção da norma» (1).

b) Isto explica que não seja fácil identificar questão com relevo doutrinal ou pragmático em matéria de proibições de prova para a qual a dogmática e a jurisprudência alemãs não tenham proposto já (em termos normalmente divergentes) vias de enquadramento teórico e de superação normativa. E, todavia, não se conhece tema que motive no jurista alemão (e transmita ao observador exterior) uma mais incómoda experiência de insegurança e dissenso. A bem pouco, com efeito, se circunscreve o núcleo definitiva e consensualmente estabilizado de tão intensa elaboração doutrinal e jurisprudencial. De acordo, v. g., com ROGALL, tal vale «apenas para o reconhecimento das proibições de prova como uma instituição consolidada do processo penal germânico» (2).

Hoje soarão claramente isoladas as vozes que põem em causa a figura da proibição de prova. Como o faz, por exemplo — em nome de considerações atinentes à estrutura normológica dos preceitos relativos à produção da prova —, SYDOW, que denega a «justificação sistemática» de uma autónoma doutrina das proibições de prova (3).

(1) WOLTER, *NSiZ* 1984, pág. 277. Para uma primeira visão de conjunto da panóplia de construções de direito substantivo mais frequentemente citadas pela doutrina das proibições de prova, cfr. WOLTER, *ob. cit.*, *passim*; ROGALL, *NSiZ* 1988, págs. 385 e segs., e AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, págs. 40 e segs.

(2) *ZSiW* 1979, pág. 1.

(3) SYDOW, *Kritik der Lehre*, págs. 3 e 16 e segs. Em sentido de algum modo convergente, enfatizando o «dilema da identidade das proibições de prova e das proi-

Sydow argumenta sobretudo com o princípio constitucional da reserva de lei, que alterou significativamente o quadro normativo da produção da prova em processo penal vigente ao tempo de BELING e que emprestava sentido à sua originária doutrina das proibições de prova. Em vez do princípio da procura sem limites da verdade, vigora hoje a regra de que toda a actividade probatória, que implique uma intervenção mais ou menos relevante nos direitos individuais, postula invariavelmente a necessária legitimação legal. Neste contexto, a disciplina normativa da realização da prova em processo penal exprime-se prevalentemente pela via da permissão, só excepcionalmente revestindo a forma de proibição. Na formulação do autor: «No actual quadro jurídico e à luz dos artigos 2.º, I e 20.º, III da Constituição, resulta claro que é a liberdade do cidadão, e não a liberdade dos órgãos de perseguição penal, que detém o primado. O princípio da legalidade, expresso nestas normas constitucionais, limita a actuação dos órgãos estaduais face ao indivíduo numa dupla direcção. Ele significa, por um lado, que as agressões à liberdade geral de acção só serão admissíveis quando permitidas por uma norma legal de autorização. Nisto se traduz o princípio da reserva de lei ou princípio da legalidade em sentido positivo (...). Para o domínio de aplicação de meios de coerção pública, para as medidas de agressão, vale, assim, o contrário da regra que BELING encontrara em vigor» (4).

Esta contestação da pertinência teórica e normativa das proibições de prova não encontra eco significativo na Alemanha. Simplesmente, a partir daqui tudo subsiste como objecto de controversia e motivo de desencontro: compreensão e extensão do conceito, propostas de arrumação classificatória e sistemática, modelos de construção dogmática e soluções prático-jurídicas. Não faltam mesmo autores a levar a discussão à própria terminologia. Como o faz GÖSSEL, propondo, nomeadamente, a substituição da expressão *proibição de prova* (*Beweisverbot*) pela designação *investigação proibida de factos* (*verbotener Sachverhaltser-*

mittlung) (5). Ou como o faz AMELUNG, advogando a substituição dos conceitos de *proibição de produção de prova* e de *proibição de valoração de prova*, respectivamente por *proibição de produção (aquisição) de informação* (*Informationserhebungsverbot*) e *proibição de valoração da informação* (*Informationverwertungsverbot*). A que acresceria, como categoria autónoma e intermédia numa perspectiva diacrónica, a *proibição de conservação* («armazenamento» ou manutenção) da informação (*Informationsspeicherungs- ou Informationsaufbewahrungsverbot*) (6).

c) Esta é, de resto, a auto-imagem que a doutrina das proibições de prova procura, assumidamente, transmitir. «Nesta difícil área problemática — reconhece ROXIN — não logrou ainda impor-se uma terminologia unificada (...). A dogmática ensaia aqui ainda os primeiros passos, razão pela qual todos os resultados alcançados acabam por ter um carácter meramente transitório» (7). Em sentido convergente sublinha GÖSSEL não existir ainda «uma dogmática maioritariamente reconhecida mesmo que apenas nos seus traços fundamentais: tanto a definição das proibições de prova e dos seus elementos constitutivos como a doutrina da essência e do significado das proibições de prova constituem temas ainda inteiramente controvertidos» (8). Na voz mais pessimista e desencantada de STRATE, o leitor que hoje se dispõe a «folhear os manuais e comentários de direito processual penal, só encontra (em matéria de proibições de prova) confusão em vez de conhecimento e orientação». E isto, ironiza, não obstante o «céu dos conceitos estar completamente cheio de violinos» (9).

(5) Cfr. GÖSSEL, *Bockelmann-Fs.*, pág. 809. Sobre a terminologia e a arrumação classificatória das proibições de prova, cfr. por todos, SCHÄFER, in LÖWE/ROSENBERG, *Einleitung*, Cap. 14, Rn. 2 e segs.; DENCKER, *Verwertungsverbote*, págs. 13 e segs.

(6) AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, págs. 12 e segs.

(7) ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 146. No mesmo sentido, AMELUNG, *ob. cit.*, pág. 9, e *NJW* 1991, págs. 2533 e seg.

(8) GÖSSEL, *NJW* 1981, pág. 649. Cfr. ainda, do mesmo autor, *Bockelmann-Fs.*, pág. 801, e *Strafverfahrensrecht*, II, págs. 94 e segs. Em sentido convergente, OTTO, *Kleinknecht-Fs.*, pág. 319.

(9) *JZ* 1989, pág. 176.

ções de valoração», GÖSSEL, *NJW* 1981, págs. 649 e segs. Apoiando criticamente a doutrina de SYDOW, cfr. ainda STRATE, *JZ* 1989, pág. 178.

(4) *Ob. cit.*, págs. 5/6.

Bem se compreenderá, assim, que, à luz do «estado caótico de opiniões» se imponha, segundo ROGALL, indagar «se a doutrina das proibições de prova é, em última análise, capaz de progresso e, nessa medida, merecedora» de ulteriores esforços ⁽¹⁰⁾. Isto é, se decorrido quase um século sobre o aparecimento da obra pioneira de BELING, se justifica ainda a crença optimista de que se fazia eco o criador da doutrina das *proibições de prova* ao sustentar que «o futuro não poderá eximir-se à tarefa de substituir a casuística dominante por uma regulamentação global a partir dos fundamentos» ⁽¹¹⁾.

3. Antes de procurar fazer caminho, ensaiando uma resposta à interrogação que fica implícita, convirá actualizar a consciência das causas determinantes do desencontro de opiniões e das controvérsias. Mais do que às limitações epistemológicas co-naturais ao *modus operandi* do intérprete e aplicador do direito, as dissonâncias devem, em última instância, levar-se à conta da rebeldia da própria realidade a enquadrar normativa e cognitivamente. Elas hão-de, concretamente, imputar-se às descontinuidades da respectiva disciplina normativa, tanto constitucional como ordinária. E, para além disso e complementarmente, à excentricidade e incongruência das sucessivas instâncias normativas: lei constitucional, lei penal substantiva e lei processual penal, nos sucessivos estádios duma redução diacrónica da complexidade.

a) Como ilustração das insuficiências e assimetrias do ordenamento jurídico-positivo pode citar-se o confronto entre, por um lado, os artigos 32.º, n.º 6, e 34.º, n.º 4, da CR e, por outro lado, os correspondentes dispositivos da lei processual ordinária. Segundo o primeiro dos textos constitucionais, «são nulas as provas obtidas mediante (...) abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações». Por seu turno, e de acordo com o segundo, «é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações, salvo os casos

⁽¹⁰⁾ ROGALL, ZStW 1979, pág. 2.

⁽¹¹⁾ BELING, *Die Beweisverbote*, «Vorwort».

previstos na lei em matéria de processo criminal». Cada um a seu modo, ambos os comandos constitucionais cometem ao legislador ordinário a conformação definitiva das proibições de prova nos espaços mais significativos da reserva da vida privada e da inviolabilidade da correspondência e das telecomunicações. Simplesmente, em sede de legislação ordinária codificada avulta sobremodo o desenvolvimento do regime das *escutas telefónicas* da responsabilidade das autoridades formais (arts. 187.º e segs. do CPP) em comparação com o quase silêncio a que são votadas formas igualmente drásticas de devassa a atentado aos mesmos bens jurídicos. Como sucede com a intervenção das autoridades — através de microfones ou câmaras ocultas ou mesmo com recurso aos chamados *homens de confiança* — os *V-Männer* (*Vertrauensmänner*) de que falam os autores germânicos — na comunicação directa ou interacção face a face. O mesmo valendo para a generalidade das práticas de devassa da iniciativa dos particulares.

A assimetria do CPP português não é, a este propósito, tão pronunciada como a que caracteriza a StPO germânica cujo § 100a), relativo às escutas telefónicas promovidas pelas autoridades do processo penal, não tem correspondência em relação às demais formas de intromissão promovidas pelas instâncias formais ou da iniciativa de particulares. Da codificação portuguesa sempre consta o artigo 167.º versando sobre o *valor probatório das reproduções mecânicas*. Um preceito, também ele, marcado pela descontinuidade do alcance normativo, deixando sem resposta directa muitas das pertinentes questões de mais evidente relevo prático-jurídico. Assim, e à semelhança do que sucede na Alemanha, também entre nós cabe indagar do significado hermenêutico da disciplina das escutas telefónicas — regime de excepção ou afloramento de um princípio geral de resposta à criminalidade mais grave? — problema que noutra sede curaremos de afrontar. Por enquanto, importa apenas enfatizar a descontinuidade do ordenamento jurídico-positivo.

b) Uma descontinuidade que mais se acentua ao ultrapassar-se o plano da mera identificação das áreas da experiência quotidiana com

alguma relevância mais ou menos directa no horizonte normativo. Isto é, quando, para além de referenciar a disciplina jurídica de um dado meio de prova se procuram definir as formas de reacção normativa à respectiva violação. Concretamente: quando se trata de sindicatarmos em que medida uma *proibição de produção de prova* arrasta consigo a sanção da *proibição de valoração*.

Também a este propósito o legislador português se propôs pôr de pé um sistema normativo tendencialmente acabado, nomeadamente mais completo, mais uma vez, do que o oferecido pela StPO alemã. Enquanto o código germânico ⁽¹²⁾ só prevê abertamente a *proibição de valoração* para a violação do § 136a — ou, por via de remissão, para a violação do § 69 e 163a) e na situação e condicionalismos previstos no § 81c), 3,5 — a lei processual penal portuguesa prescreve esta forma de reacção contrafáctica para um espectro relativamente alargado de hipóteses. Tal sucede, expressamente e entre outros, em preceitos como os artigos 126.º, 129.º, 167.º, 147.º, n.º 4, 148.º, n.º 3, 149.º ou 355.º. Como sucede outrossim, sob a forma de cominação de nulidade nos artigos 134.º, n.º 2 (*Recusa de parentes e afins*) e 189.º, relativo às escutas telefónicas.

A experiência da descontinuidade e da complexidade emergente mais se adensa face aos problemas atinentes à projecção normativa e práctico-jurídica da própria valoração de prova. Quando, por exemplo, se afrontam problemáticas como a do *efeito-à distância* (*Fernwirkung*) da proibição de valoração, o estatuto jurídico dos *conhecimentos fortuitos* (*Zufallsfunde* ou *Zufallserkenntnisse*), ou, em geral, as consequências da violação das proibições de prova sobre as pertinentes decisões. Tudo questões cuja resposta baldadamente, e tanto entre nós como na generalidade das ordens jurídicas, o intérprete procurará no quadro de soluções abstracta e positivamente codificadas.

⁽¹²⁾ Como exemplos de *proibições de valoração* constantes da legislação extravagante, cfr. §§ 51, 62, 63 da BZRG (*Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister*), § 393, 2, da AO (*Abgabenordnung*) ou § 3, 2 da GlO (*Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz*).

§ 2. ASSIMETRIAS ENTRE LEI CONSTITUCIONAL E ORDINÁRIA

1. Entre as diversas e sucessivas instâncias de enquadramento normativo das proibições de prova não medeia em toda a linha, nem com todas as implicações, aquela relação de hierarquia e primado lógico-normológico que uma primeira consideração das coisas poderia sugerir. E que emprestaria ao discurso dogmático e práctico-jurídico das proibições de prova a linearidade e cogência lógica de soluções com que não é possível contar. Nem sempre a intervenção de cada uma das instâncias se comunica à seguinte e mais próxima como *out-put* a erigir invariavelmente em premissa condicional do seu desempenho. Chamados a responder a problemas específicos e apelando para «círculos hermenêuticos» próprios, cada uma daquelas instâncias oferecerá soluções que não prejudicam necessariamente nem de modo definitivo e fechado a resposta das demais instâncias. Concretamente, o direito processual penal — *rectius* cada um dos seus sucessivos momentos — perfila-se como um sistema normativo próprio, definindo-se e operando como um sistema auto-referente. Podendo — não raro devendo — reportar-se aos resultados das demais instâncias, há-de, por via de regra, fazê-lo em termos de resposta à complexidade de ambiente, que condiciona mas não determina o sentido definitivo do desempenho sistémico. É o que nos propomos ilustrar, começando pela referência ao direito constitucional.

Privilegiaremos para tanto o problema já enunciado e suscitado pela resposta diferenciada dada pelo legislador ordinário à margem de compressão constitucionalmente admissível dos direitos fundamentais da reserva da intimidade da vida privada e da inviolabilidade da correspondência e das telecomunicações. E que resulta na assimetria do regime das *escutas telefónicas* regulamentarmente decididas pelas autoridades formais, face às demais manifestações de devassa e agressão. Um quadro legislativo que leva, segundo GÖSSEL, a uma «conclusão lamentável: tanto a legislação como a jurisprudência deixam as autoridades que têm a seu cargo a perseguição penal completamente sós face a um dos mais importantes problemas. Não oferecem, com efeito, nenhuma resposta à questão da valoração das

gravações secretas de acções criminosas qualquer que seja a sua natureza» (13).

2. Confrontados com o problema, os autores alemães pronunciam-se maioritariamente a favor da interpretação do § 100a) da StPO como afloramento de um regime geral de luta contra a criminalidade mais grave. Isto na esteira da orientação claramente dominante na jurisprudência.

a) De acordo com o entendimento praticamente pacífico dos tribunais superiores, e à luz do *princípio da ponderação de interesses*, imanente a toda a problemática das proibições de prova, há-de identificar-se uma área mais ou menos extensa em que os direitos individuais poderão ser sacrificados em sede de produção e valoração da prova, em nome da prevenção e repressão das manifestações mais drásticas e intoleráveis da criminalidade. Este o entendimento a que o BGH se tem mostrado sistematicamente fiel e que conhecerá com a decisão do *primeiro caso do diário* (*Tagebuchfall*, 1964) (14) uma das primeiras e mais consistentes formulações. Por um lado, acentua o aresto do Tribunal Federal, a proibição da valoração de diários pessoais e íntimos compreende-se — mas compreende-se apenas — enquanto tributo ao «desenvolvimento da personalidade e não à sua degradação (*die Entfaltung nicht der Verfall der Persönlichkeit*)» (15). O que abrirá, desde logo e expressamente, a porta à livre leitura e valoração de diário que contenha o registo «dos crimes e das vítimas» do seu autor. Ou mesmo, e numa compreensão extremada das coisas, de diários que não versando directamente sobre crimes e vítimas, possam valer, todavia, como seus indícios. Este último um passo por que o BGH acaba de se decidir ao admitir a valoração de um diário (16)

(13) NJW 1981, pág. 656.

(14) Decisão de 21.2.1964. Cfr. NJW 1964, págs. 1139 e segs.

(15) NJW 1964, pág. 1143.

(16) Cfr. neste sentido, a decisão de 9.7.1987 — já conhecida como o «segundo caso do diário» — NJW 1988, págs. 1037 e segs., ou JR 1988, págs. 469 e segs. Em sentido abertamente crítico, AMELUNG, NJW 1988, págs. 1002 e segs., ou GEPPERT, JR 1988, págs. 471 e segs.

em que «ao longo de um ano antes do cometimento do crime, o autor se debate com os seus problemas de contacto com as mulheres e tenta vencer os impulsos para o cometimento dos crimes mais graves» (17).

Por outro lado e em termos mais compreensivos, as decisões sobre os *casos do diário* levaram o Tribunal Federal a pronunciar-se abertamente por um princípio geral de *ponderação* que erige a realização efectiva da justiça penal em transcendente interesse do Estado de Direito cuja promoção ou salvaguarda pode sobrepor-se aos direitos fundamentais e legitimar o seu sacrifício. «Uma proibição de valoração — lê-se no aresto de 1964 — só pode ser reconhecida no contexto de uma ponderação entre o interesse na tutela da esfera de segredo, garantido como direito pessoal e fundamental, e o interesse do Estado na perseguição penal. Os esforços compreensíveis na conformação racional-funcional do processo penal comportam seguramente o perigo de menor atenção ou mesmo do sacrifício desnecessário dos direitos irrenunciáveis de liberdade do arguido (...). Só que a isso se contrapõe um perigo não menos perturbador: a preocupação pela garantia sem limites dos direitos de liberdade no processo penal induz uma acentuação doutrinariamente extremada destes direitos e, por essa via, impede ou paraliza (*lähmt*) a conformação e funcionamento de uma ordenação do processo penal racional-teleológica e adequada a uma eficaz realização da justiça penal» (18).

Um princípio que o BGH viria a generalizar a toda a problemática das proibições de prova e a converter num dos dogmas mais consolidados e determinantes da sua jurisprudência. Só no que toca às expressões utilizadas é, na verdade, possível referenciar alguma flutuação ou plasticidade. As referências do Tribunal Federal têm, com efeito, oscilado entre um conjunto de fórmulas onde sobressaem, v. g., a referência a uma «justiça funcionalmente capaz» (*funktionsfähige Rechtspflege*), uma «luta eficaz contra

(17) Cfr. NJW 1988, pág. 1002.

(18) NJW 1964, pág. 1143. No mesmo sentido, JR 1988, págs. 469 e segs.

o crime» (*wirksame Verbrechensbekämpfung*), uma *Funktionstüchtige Strafrechtspflege* ou, pela negativa, uma «paralisação do processo» (*Lahmlegung des Verfahrens*) (19).

É precisamente na base desta compreensão do princípio da ponderação que o BGH vem sustentando, em matéria de proibições de prova, um regime diferenciado para a criminalidade grave. Que resulta, no essencial, da generalização à criminalidade grave do tratamento específico e expressamente consagrado no § 100a) para as escutas telefónicas. Ainda nos termos da decisão do primeiro caso do diário: «quando está em jogo a suspeita fundada de um atentado grave contra a vida, outros bens jurídicos proeminentes e o Estado, ou outras agressões graves à ordenação jurídica, então a tutela da reserva da vida privada terá, sendo caso disso, de recuar. A ponderação deve ser feita tomando em conta o interesse da perseguição penal à luz do significado do direito fundamental, fazendo para o efeito relevar o ilícito do facto na medida em que possa ser já referenciado» (20).

b) O *Bundesgerichtshof* pode, a justo título, louvar-se do entendimento substancialmente convergente e sistematicamente sustentado pelo Tribunal Constitucional Federal.

Por um lado, deve-se sobremodo ao Tribunal Constitucional a tese de que a realização da justiça penal representa um valor nuclear do Estado de Direito susceptível de ser levado à balança da ponderação com os direitos fundamentais. É o que bem ilustra a recente e já citada decisão do BGH (9.7.87) em que este tribunal superior retoma a questão da valoração dos diários pessoais. É, na verdade, escudando-se na citação de uma série de arestos do Tribunal Constitucional que no *segundo caso do diário* o BGH avança o dogma: «a constituição não reconhece um significado especial apenas à tutela da personalidade mas também a uma *justiça funcionalmente*

(19) Para uma visão (tendencialmente crítica) de conjunto, cfr., por todos, GRÜNWALD, JZ 1976, págs. 772 e segs.; do mesmo autor, StV 1987, págs. 453 e segs.; FEZER, JZ 1987, págs. 937 e segs.; HASSEMER, *Maihofer-Fs.*, págs. 188 e segs.; do mesmo autor, StV 1990, págs. 328 e segs.; GEPPERT, JR 1988, págs. 471 e segs.; WOLTER, *Aspekte*, págs. 20 e segs.

(20) NJW 1964, pág. 1143.

capaz sem a qual não se pode contribuir para a manifestação e actualização da própria justiça» (21). Na pertinente e crítica síntese de GRÜNWALD: «A maior ameaça para os princípios que protegem o arguido advém da tese — que é uma criação do Tribunal Constitucional — de que a *eficácia funcional* da justiça penal constitui um bem jurídico de dignidade constitucional, tese que terá a sua matriz nos próprios princípios do Estado de Direito» (22).

Nesta linha e por outro lado — e é isto que nesta sede importa enfatizar — o Tribunal Constitucional tem mencionado expressamente o princípio de um tratamento geral e diferenciado dos crimes mais graves. Tem, noutros termos, oferecido uma fundamentação própria ao entendimento de que o regime do § 100a) deve generalizar-se às demais formas de intervenção e devassa. Isto a partir da consideração de que, à semelhança do que acontece para as escutas telefónicas, também para os demais meios de prova a Constituição oferece ao legislador ordinário um campo considerável de possibilidades de compressão dos direitos fundamentais para, à luz do *princípio da ponderação*, dar resposta adequada à ameaça da criminalidade mais grave. De acordo com a marcante decisão de 31.1.1973: «Em geral, não subsistem obstáculos jurídico-constitucionais a que, nos casos de criminalidade grave — contra a integridade física e a vida, contra os fundamentos existenciais de uma ordenação comunitária livre e democrática ou contra outros bens jurídicos de idêntica dignidade — as autoridades processuais recorram, para identificar os verdadeiros criminosos e inocentar as pessoas infundadamente acusadas, a gravações feitas às ocultas» (23). Isto, precisa o Tribunal Cons-

(21) NJW 1988, pág. 1038. Para uma referência mais desenvolvida ao papel e influência do Tribunal Constitucional nesta matéria, cfr. NIEBLER, *Kleinknecht-Fs.*, págs. 299 e segs.; WOLTER, *Aspekte*, págs. 14 e segs.

(22) GRÜNWALD, StV 1987, pág. 457. No mesmo sentido, do mesmo autor, JZ 1976, págs. 772 e segs.

(23) *Id. ibidem*. Sobre o problema das infracções pertinentes ao universo da criminalidade grave, cfr. ROGALL, ZStW 1979, pág. 34; WOLTER, NSiZ 1984, pág. 278; SCHÄFER, in LÖWE/ROSENBERG, *Einleitung*, Cap. 14, Rn. 29.

titucional, independentemente de se saber se o espectro dos crimes graves deve, em geral e para todos os efeitos, identificar-se, sem mais, com a enumeração constante do § 100a) (24).

c) Esta impostação e compreensão das coisas são, no essencial, partilhadas pela doutrina dominante. Também entre os autores é, desde logo e em geral, consensual o postulado de um tratamento específico da criminalidade mais grave. Isto na base de uma representação que presta homenagem ao enunciado de CARPZOV *in delictis atrocissimis propter criminis enormitatem jura transgredi licet*. De acordo, por exemplo, com SCHÄFER: «O primado da esfera íntima, face às necessidades da justiça penal na procura da verdade, recua quando, à luz do princípio de proporcionalidade, a ponderação com o significado do direito fundamental de respeito pela dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade faz emergir prevaletentes necessidades da justiça criminal, que exigem a admissibilidade de produção e valoração do meio de prova. Quando, por exemplo, a valoração de gravações ou de dados constantes de um diário constituem o único meio processual de libertar outra pessoa de uma acusação particularmente séria ou sobre o arguido impende a suspeita fundada de um atentado grave à ordenação jurídica» (25). Por seu turno e no plano jurídico-positivo, também do lado da doutrina se invocam sobretudo normas como o § 100a), perspectivadas como afloramentos daquele tratamento privilegiado reservado à criminalidade mais grave (26). Isto enquanto em sede de construção dogmática se procuram igualmente ancorar as soluções no princípio da *ponderação de interesses* com o sentido e a estrutura que deixámos referenciada. Isto é, uma ponderação que coloca num dos pratos da balança o valor inerente a uma justiça criminal eficaz. Na fórmula de KLEINKNECHT: «Como bens jurídicos em confronto e interesses a ponderar entre si aparecem: de um lado, o interesse da perseguição criminal encabeçado pela comunidade jurídica ofendida e tendo na devida

(24) NJW 1964, pág. 1143.

(25) Cfr. *ob. cit.*, Rn. 28.

(26) Cfr., por todos, SCHÄFER, *ob. loc. cit.*; ROGALL, *ob. loc. cit.*

conta o significado da matéria criminal; e, do outro lado, a ideia de justiça e o imperativo de um processo conforme às exigências da justiça» (27).

d) Na fundamentação e defesa deste paradigma vem-se destacando ROGALL a quem se deve uma das suas mais acabadas e consequentes formulações. Isto no contexto duma construção, que se nos afigura exageradamente simplificadora e que reconduz as proibições de prova a uma conflitualidade unidimensional a partir da sua definição como «meros instrumentos da tutela de direitos individuais (*Instrumente des Individualrechtsschutzes*)» (28). Instrumentos cuja actualização, em nome e ao serviço de direitos individuais constitucionalmente sancionados, colide forçosa e abertamente com outro interesse de não menos ostensiva dignidade: «uma justiça criminal *funktionstüchtige*, sem a qual nunca poderia afirmar-se plenamente realizado o Estado de Direito» (29). Na síntese do autor: «Para o cidadão as proibições de prova aparecem como instrumento de defesa dos direitos individuais contra a actividade estadual de perseguição criminal. As proibições de valoração emergem e relevam assim do conflito entre os interesses individuais e o interesse da perseguição penal. Só pode afirmar-se a sua existência quando a consideração da concreta situação de conflito faz aparecer a prevalência do interesse individual, porque o princípio do Estado de Direito reclama a garantia e efectivação do bem jurídico individual face à actividade de perseguição do Estado» (30). A ponderação, precisa ROGALL, terá de orientar-se expressamente para as singularidades da situação, fazendo nomeadamente relevar o significado do interesse punitivo, a gravidade da violação legal, a dignidade de tutela e a carência de tutela do interesse lesado. É deste princípio de ponderação que o autor espera lograr simultaneamente o adequado enquadramento dogmático das

(27) KLEINKNECHT, NJW 1966, pág. 1543. Em sentido convergente e louvando-se, sobretudo, da jurisprudência, GÖSSEL, *Bockeleman-Fs.*, pág. 812.

(28) ROGALL, NSiZ 1988, pág. 391. No mesmo sentido, do autor, ZStW 1979, pág. 9; BONARENS, *Dünnebier-Fs.*, págs. 221 e segs.

(29) ZStW 1979, pág. 9.

(30) ZStW 1979, pág. 31.

proibições de prova e, sobretudo, identificar as vias de superação normativa das suas mais complexas áreas problemáticas. V. g., e, além da *criminalidade grave*, as questões do *efeito-à-distância*, dos *conhecimentos fortuitos*, etc. (31).

3. Apesar de ter por si o aplauso maioritário dos autores, esta concepção está longe de dominar pacificamente o panorama doutrinal. Contra ela faz-se, com efeito, ouvir um conjunto significativo de vozes contestando quer a sua correção axiológico-material e normativa ou a adequação dogmática, quer a pertinência da fundamentação e enquadramento jurídico-constitucional. Nesta linha, autores como GRÜNWALD, HASSEMER, WOLTER ou AMELUNG, vêm pondo em evidência que a doutrina da ponderação, com o sentido e alcance sumariamente assinalados, para além de colidir com princípios basilares da organização e funcionamento do Estado de direito, só seria possível em nome duma compreensão do direito extremamente orientado para as consequências e, por isso, indiferente à legitimação material e à margem de todo o lastro ético-axiológico.

a) Questionada é, desde logo, a recondução das proibições de prova a este paradigma de ponderação em que o interesse punitivo figura invariavelmente como um dos bens ou interesses a levar aos pratos da ponderação. De acordo com a observação crítica de SCHMITT, a propósito das gravações ocultas: «o interesse do Estado na perseguição do agente nunca pode valer como interesse prevalecente sobre a tutela do direito de personalidade. Uma vez que aquele interesse existe sempre, admitir a valoração num caso concreto, mesmo que a título puramente excepcional, corresponderia a abrir a porta à valoração generalizada, e contra a vontade do interessado, das gravações ocultas» (32). Uma apreensão a que os desenvolvimentos mais recentes da jurisprudência

(31) Desenvolvidamente, *NSiZ* 1988, *cit. passim*.

(32) *JuS* 1967, pág. 25. Em sentido convergente, OTTO, *Kleinknecht-Fs.*, págs. 326 e segs. Para uma crítica sistemática do pensamento da ponderação, AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, págs. 53 e segs.

do Tribunal Federal vieram emprestar tão reforçada como insofismável pertinência. Bastará ter presente a clarificadora decisão do *segundo caso do diário*. Segundo a qual a repressão da criminalidade grave legitima a valoração do diário mais íntimo, em que o seu autor se confronta com problemas existenciais e radicalmente incommunicáveis. Diários que a *doutrina dos três graus* definiria como expressão paradigmática daquela *área nuclear intangível (unantastbaren Kernbereich)*, de todo em todo subtraída ao alcance dos juízos de ponderação (33).

Neste contexto, denuncia GRÜNWALD a tendência corrente na doutrina do direito do Estado — e que começa já a fazer-se ouvir no processo penal — no sentido «da dissolução de princípios jurídico-constitucionais num sistema móvel de valores a ponderar entre si». Sendo certo, precisa, «que estes princípios não comportam uma relativização sem perderem a sua função» (34). GRÜNWALD contesta, por isso, a ideia de que a preservação duma justiça criminal eficaz configure um elemento da própria ideia de Estado de Direito (*Element der Rechtsstaatlichkeit*). «Segundo a compreensão até aqui dominante — argumenta — o princípio do Estado de Direito resultava num conjunto de fronteiras, e fronteiras intransponíveis, à realização dos interesses do Estado e da comunidade (...). Em termos metafóricos: o princípio do Estado de Direito representa um baluarte contra o qual esbarram os interesses da perseguição penal. Agora vem, porém, o Tribunal Constitucional a inserir o interesse da perseguição penal na própria muralha do princípio do Estado de Direito, sendo precisamente no interior desta muralha que ele será levado à ponderação com os direitos dos cidadãos arguidos» (35). Por esta via, sintetiza o autor, o interesse da perseguição penal acaba por ser colocado no mesmo plano dos princípios fundamentais do processo penal de um Estado de Direito. O que traz consigo o «perigo de estes princípios

(33) Cfr. GEPPERT, *JR* 1988, págs. 473 e segs.; AMELUNG, *NJW* 1988, págs. 1002 e segs. Sobre a doutrina da ponderação, o sentido e limites da sua validade em matéria de proibições de prova, cfr. *infra*.

(34) GRÜNWALD, *StV* 1987, pág. 457.

(35) GRÜNWALD, *JZ* 1976, págs. 772 e segs.

aparecerem relativizados e disponíveis em sede de ponderação com os interesses da perseguição penal» (36). Fazendo-se eco da mesma impostação das coisas, considera AMELUNG que «as proibições de valoração não configuram um acto de graça dispensada aos agentes da pequena e média criminalidade, nem assentam em qualquer cálculo económico no contexto do caso concreto, como supõe a doutrina da ponderação» (37).

b) A ideia da existência de princípios e valores do processo penal, atinentes às proibições de prova, *indisponíveis*, e como tais subtraídos à «dogmática da ponderação», é particularmente acentuada por HASSEMER e WOLTER. Isto na perspectiva duma reflexão filosófica mais ampla, perspectivada para o horizonte último do direito, em geral, e do processo penal, em especial (38).

Também hoje, conclui HASSEMER, continua a ser «importante e actual tornar a ideia de indisponibilidade familiar e operante no seio da política e da ciência do processo penal. E, à sua luz, começar uma discussão sobre quais os valores que verdadeiramente definem a nossa *Rechtskultur* e que, como tais, mesmo na hora da necessidade, devem ser defendidos como indisponíveis» (39). Exigências que o «estado-de-necessidade-de-investigação» (*Ermittlungsnotstand*), que tem marcado o quotidiano mais recente, torna, afinal, mais instantes. Não está em causa, enfatiza HASSEMER, o retorno aos dogmas do jus-naturalismo tradicional com as suas vinculações «cosmológicas» ou «divinas», em que a indisponibilidade aparecia como dimensão ontológica do direito. Simplesmente, isto não significa que o apelo a referentes metapositivos esteja, de vez, encerrado. O que se perdeu não foi a «ideia de um direito supra-positivo, mas tão só a crença na sua vigência intemporal e transcultural» (40). Mesmo após o triunfo do

(36) StV 1987, pág. 457.

(37) AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, pág. 57.

(38) De HASSEMER, cfr., sobretudo, *Maihofer-Fs.*, págs. 183 e segs., e StV 1990, págs. 328 e segs. De WOLTER, cfr., sobretudo, *Aspekte*, págs. 23 e segs.

(39) HASSEMER, *Maihofer-Fs.*, pág. 201.

(40) *Id.*, pág. 192.

positivismo — com as suas categorias de contingência, flexibilidade, funcionalização e disponibilidade — é possível continuar a prestar homenagem a um núcleo indisponível da experiência jurídica. Quer se invoque para tanto um «direito natural de conteúdo historicamente mutável» (STAMMLER), quer se siga a lição de autores como RAWLS, KAUFMANN ou HABERMAS, todos, apesar de tudo, convergindo neste tópico (41). Nesta linha, aponta, por exemplo, HABERMAS os «fundamentos morais do direito» que «não é possível liquidar sem substituto sem por essa via se privar o direito do seu momento, imanente e essencial, de indisponibilidade (*das wesentlich innenwohnende Moment von Unverfügbarkeit zu nehmen*)» (42).

Se é assim, em geral, por maioria de razão terá de sê-lo no âmbito do direito penal e do processo penal, onde terão de subsistir princípios subtraídos à lógica planificadora e homogeneizadora da «ponderação de bens, o *topos* argumentativo que dá expressão a uma consideração do direito orientado para as consequências» (43). Na esteira de LADEUR, também HASSEMER denuncia a ponderação de bens como «figura dogmática que já não reporta os direitos a fronteiras imanes ou explícitas, isto é, a regras consolidadas de preferência (...) antes procura — numa perspectiva estratégica-situada e através sobretudo da formulação de critérios e valores flexíveis — operar com um campo de interesses só limitadamente generalizáveis» (44). Ou ainda, como o «mecanismo que, na hora da necessidade, legitima a violação de direitos e princípios que constituem as colunas sobre que assenta a nossa cultura jurídica» (45). Daí, em síntese, a oposição de HASSEMER à conversão da ponderação em momento generalizado de comunicação entre os valores a que as proibições de prova prestam homenagem e um interesse numa *Funktionstüchtigkeit da justiça penal* (46).

(41) Desenvolvidamente, HASSEMER, *ob. cit.*, págs. 193 e segs.

(42) HABERMAS, *KJ* 1987, pág. 9.

(43) HASSEMER, *Maihofer-Fs.*, pág. 191. No mesmo sentido, do autor, StV 1990, pág. 331.

(44) *Maihofer-Fs.*, pág. 191.

(45) StV 1990, pág. 331.

(46) Cfr. *obs. cit.* *passim*.

Fazendo-se eco das mesmas preocupações, também WOLTER considera que «em todos os casos que contendam com a dignidade humana, não poderão ser chamados à ponderação os interesses por uma justiça penal eficaz. Quem o fizesse não tomaria a sério nem a inviolabilidade da dignidade humana nem um processo penal vocacionado para a protecção dos direitos fundamentais. Pois, nas situações de criminalidade mais grave uma tal ponderação de interesses redundaria sistematicamente na frustração da tutela dos direitos fundamentais» (47). Em conformidade, e do mesmo passo que reivindica um processo com coeficientes de indisponibilidade (48), proclama WOLTER que «a procura da verdade material e de uma decisão justa, os esforços pela punição e reparação dos danos não são apenas relativizados pela garantia da dignidade humana, mas por ela inteiramente bloqueados» (49).

4. Em sentido convergente apontam, por seu turno, as críticas dos autores que contestam a pertinência do enquadramento constitucional deste paradigma.

Aqui avulta, desde logo, o argumento da natural autonomia e excentricidade que separam entre si o problema e o programa constitucional, por um lado, e o da lei ordinária, por outro. A demarcação feita em sede constitucional do campo de compressão possível dos direitos fundamentais, a cobrir pelo legislador ordinário, não equivale sem mais à sua actualização normativa. A tanto se opõe a insuprível mediação do legislador ordinário que, na economia do Estado de Direito (separação de poderes e reserva de lei) subjectiviza a política criminal e a quem compete, por isso, a superação normativa dos conflitos necessária à sua concretização.

Não será, por isso, bem fundada a jurisprudência constitucional que advoga a admissibilidade de medidas restritivas dos direitos fundamentais com base apenas no facto de o legislador ordinário estar constitucionalmente legitimado a sancioná-las. Não será, noutros ter-

(47) WOLTER, *Aspekte*, pág. 26.

(48) WOLTER, *Menschenrechte*, pág. 3.

(49) WOLTER, *Aspekte*, pág. 23.

mos, possível passar por sobre a redução da complexidade operada pelo legislador ordinário, através sobretudo do Código de Processo Penal. E isto tanto na medida do que expressamente consagra, como na medida — de não menor peso hermenêutico — do que não sanciona. Como, nesta linha e em texto directamente votado à recensão crítica da decisão de 31.1.1973 do Tribunal Constitucional Federal, acentua ARZT: «O Código de Processo Penal apenas confere às autoridades do processo penal a competência para se intrometerem (isto é, escutarem e gravarem) nas conversações telefónicas. Esta regulamentação dos atentados à palavra falada tem carácter taxativo. O que significa que as conversações normais não podem, em qualquer caso, ser escutadas ou secretamente gravadas. No entendimento do Tribunal Constitucional, o legislador *poderia ter ido mais longe*. Simplesmente, o facto de o Código de Processo Penal não ter querido ir, na definição da competência de intromissão por parte das autoridades do processo penal, mais longe, não pode ser ultrapassado sem mais, abrindo-se às autoridades — e aos tribunais — a possibilidade de, em cada caso, ponderarem do relevo a atribuir às esferas dos direitos da personalidade, por um lado, e aos interesses da comunidade na perseguição dos criminosos, por outro. *Este primado do Código de Processo Penal tem de ser sublinhado (...)*. As considerações do Tribunal Constitucional sobre a ausência de dúvidas quanto à constitucionalidade da valoração de gravações produzidas por um particular em caso de criminalidade grave, não dispensam que se questione se tais gravações e a respectiva valoração são ou não compatíveis com o Código de Processo Penal. Pois, se o Código de Processo Penal nem sequer aos órgãos da justiça penal permite e realização de gravações ocultas, tal significa que um particular, que assuma os interesses da perseguição penal, não poderá deter competência material mais extensa que a dos órgãos competentes» (50).

ARZT afasta-se, por isso, da interpretação do § 100a) como afloramento de um específico regime processual da criminalidade mais grave e, como tal, comunicável às demais formas de devassa e agressão dos direitos fundamentais. Este preceito terá, pelo contrário, de

(50) ARZT, JZ 1973, pág. 506.

entender-se como «uma lamentável sobrevalorização do interesse público do Estado na perseguição penal e reflexamente como uma subvalorização do interesse público numa investigação que respeite os direitos da personalidade do arguido» (51). Nessa medida se impondo a sua mais restritiva interpretação e aplicação.

Em termos substancialmente sobreponíveis, também AMELUNG contesta a legitimidade constitucional de «o segundo e terceiro poderes» reduzirem a compreensão e extensão dos direitos fundamentais em nome duma ponderação autónoma de interesses. Doutrina que estigmatiza como a causa primeira do decisionismo incontrolável que caracteriza a jurisprudência alemã em matéria de proibições de prova (52). «O legislador — argumenta o autor — tomou sobre si o ónus da ponderação quanto a saber em que medida há-de outorgar-se o primado ao interesse no domínio da informação (*Informationsbeherrschungsinteresse*) ou ao interesse na perseguição penal. Uma decisão a que os demais órgãos do estado estão vinculados. O legislador só reconhece o direito subjectivo do domínio da informação àquele espaço que, de antemão, se lhe afigura adequado no contexto de uma ponderação entre os interesses da liberdade e os interesses da perseguição penal» (53).

§ 3. INCONGRUÊNCIAS ENTRE O DIREITO PENAL SUBSTANTIVO E O DIREITO PROCESSUAL PENAL

1. Por seu turno, e na medida em que concorrem para o regime das proibições de prova, também o direito penal substantivo e o direito processual penal estão longe de se ajustar ao modelo arquétípico de congruência que uma primeira aproximação das coisas permitiria esperar. E que na sua fórmula mais simples se poderia reconduzir ao princípio da inadmissibilidade processual dos meios de prova estigmatizados com a censura da ilicitude material; e, inversa e com-

(51) ARZT, *Der strafrechtliche Schutz*, pág. 76.

(52) Cfr. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, pág. 9, e NJW 1991, pág. 2533.

(53) *Ob. cit.*, pág. 53.

plementarmente, da irrestrita admissibilidade dos meios de prova que escapam — por atipicidade ou justificação — à ilicitude material. Uma compreensão das coisas de que, de algum modo, releva, como já deixámos antecipado, o artigo 167.º do CPP.

a) Desde logo, não parece confirmar-se o postulado da hierarquização lógica, normológica e normativa em que este modelo assenta, *sc.*, o do primado absoluto do direito substantivo face ao ordenamento processual. E que converteria invariavelmente o *out-put* do direito substantivo em premissa do desempenho do direito processual. Em vez de se perspectivarem como unidimensionais e de sentido único, as relações entre os dois ordenamentos devem, com efeito, encarar-se como relações de interpenetração e codeterminação recíproca. Não se estranhando, por isso, que a resposta concreta a problemas de direito material possa reclamar a intervenção antecipada de soluções de direito processual (54).

b) Por outro lado e sobretudo, não deve estranhar-se a eventual e não rara dissonância entre os juízos e valorações dos dois ordenamentos jurídicos, mesmo quando vertidos sobre as mesmas constelações típicas de casos. Uma excentricidade que há-de levar-se à conta da autorreferência sistémica dos discursos próprios dos dois ordenamentos. Inscritos em distintos horizontes político-criminais e teleológicos e apelando, por isso, para universos não necessariamente sobreponíveis de tópicos hermenêuticos, nada mais natural do que a incongruência e dissonância das respostas dos direitos material e adjectivo.

Enquanto tutela de *ultima ratio* dos bens jurídicos fundamentais, indispensáveis ao livre desenvolvimento ético do Homem e à subsistência e funcionamento duma comunidade jurídica e democraticamente organizada, o direito penal assume-se intencionalmente como fragmentário e descontínuo. O que converte a ilicitude *penal* numa expressão qualificada de ilicitude, extremado-a, pelo teor particularmente elevado das suas exigências face às demais manifestações de ilicitude e antinormatividade. Nem todos os casos de antinormativi-

(54) Cfr., neste sentido, COSTA ANDRADE, *Sobre a Valoração*, págs. 29 e segs.

dade em geral — configurando, por exemplo, manifestações de ilicitude civil, administrativa, disciplinar, contra-ordenacional, etc. — atingirão os limiares de dignidade de tutela penal e de carência de tutela penal (*Strafwürdigkeit* e *Strafbedürftigkeit*) que definem a ilicitude penal ⁽⁵⁵⁾.

Um desfasamento que a experiência do processo penal ilustrará com não rara frequência. Aqui abundarão, com efeito, casos de ilegalidade que, não atingindo as exigências da ilicitude penal, valerão, todavia, como processualmente inadmissíveis, originando, nomeadamente, proibições de prova.

c) Acresce, a potenciar a incongruência e a dissonância entre o direito penal e o processo penal, a assimetria diacrónica dos dois ordenamentos, isto é, a distância temporal que por via de regra separa a sua intervenção. As valorizações do direito penal e do processo penal podem ocorrer em tempos diferentes ou, pelo menos, reportar-se a momentos diferentes da trajectória da pertinente constelação típica. O que tenderá a induzir mudanças significativas a nível dos tópicos do círculo hermenêutico a operar em cada um dos momentos, através nomeadamente da alteração do quadro de interesses ou valores em conflito. Em termos de se impor a inversão do sentido do juízo de ilicitude ou licitude (justificação) material dos meios de prova cuja admissibilidade processual cabe concretamente sindicar.

Uma cautela particularmente reclamada face a meios de prova como gravações, fotografias, filmes, diários e segredos cuja valorização em processo penal reproduzirá normalmente a danosidade social e o atentado aos bens jurídicos tipicamente protegidos, já consumado com a respectiva produção sem ou contra a vontade de quem de direito. Como acertadamente anota OTTO: «O perigo de afronta à dignidade humana através da valorização pode vedar a valorização de um meio de prova obtido de forma lícita, sempre que a situação dos interesses no momento da obtenção e da valorização do meio de prova se

⁽⁵⁵⁾ Sobre a doutrina pressuposta, da autonomia conceitual e dogmática da *ilicitude penal* face às demais manifestações de ilicitude e as suas implicações normativas e prático-jurídicas, cfr., por todos, a aturada e marcante investigação de GÖNTHER, *Strafrechtswidrigkeit, passim*.

mostre essencialmente divergente. Bem pode, por exemplo, considerar-se justificada a vigilância de uma pessoa através da utilização de meios técnicos, quanto tal é necessário para a defesa contra ataques aos fundamentos existenciais da ordenação social basilar, livre e democrática, ou contra uma extorsão com a ameaça de armas nucleares. Contudo, e nos termos do direito vigente, isto não justificará, de forma alguma, a valoração do correspondente meio de prova no processo, para fins de condenação e punição do agente» ⁽⁵⁶⁾.

2. Explicitando as coisas, o arquétipo de congruência entre o direito penal e o processo penal abre logo crise pelo lado do mais exposto e aparentemente mais vinculativo dos seus enunciados. Precisamente o que se exprime na *tese da inadmissibilidade generalizada dos meios de prova que corporizem um ilícito material substantivo*.

a) Não devem, naturalmente, desatender-se as razões de índole axiológico-teleológica e político-criminal que suportam a impostação de fundo subjacente a esta tese. E que, no essencial, relevam da ideia de que «com a utilização de meios de prova obtidos ilicitamente, o estado ver-se-ia inescapavelmente desautorizado na tarefa eminentemente ética que, através da perseguição dos crimes, lhe cabe cumprir. O que frustraria o apelo ético ao sentimento de responsabilidade do agente. A quem, na medida em que a acção da justiça criminal carece de legitimação segundo critérios éticos, a pena deixa de aparecer como meio de purificação e expiação. Sobre um ilícito acaba por se edificar um outro» ⁽⁵⁷⁾. Como, na mesma linha argumenta SYDOW, a recusa das provas ilicitamente obtidas (por particulares) «garantirá maior segurança jurídica do que os juízos de ponderação segundo o caso concreto, que apelam para a gravidade da suspeita do facto como fundamento da *admissibilidade de valorização* das provas ilicitamente obtidas ou para a gravidade da agressão, levada a cabo pelo particular, aos direitos do arguido como fundamento da sua *não-valorização*. Inversamente, a solução aqui proposta, para além de prevenir as agressões entre particulares, dará satisfação ao imperativo constitucio-

⁽⁵⁶⁾ Kleinknecht-Fs., pág. 331.

⁽⁵⁷⁾ Argumento exposto e criticado por OTTO, GA 1970, págs. 290 e segs.

nalmente vinculativo de respeito pelo livre desenvolvimento da personalidade de todos, mesmo do suspeito da prática de um crime» (58). Na síntese de SYDOW, trata-se fundamentalmente de obviar ao «mal estar provocado por um processo com *dupla moral*» (59). Ou, na conhecida e recorrentemente citada proclamação de SCHMIDT-LEICHNER perante o 46.º Congresso dos Juristas Alemães, de esconjurar a ideia de um ministério público «receptador de material probatório» (60).

b) Apesar de tudo, a voz de SYDOW soa hoje praticamente isolada na defesa, com esta rigidez e generalidade, da tese enunciada. É o entendimento inverso, *sc.*, da admissibilidade de princípio dos meios de prova que configuram um ilícito penal, que suscita o apoio maioritário dos autores. Pelo menos em se tratando de ilícito penal da responsabilidade dos particulares que oferecem as provas e não resultante da intervenção pro-activa das instâncias formais de controlo.

Neste sentido se invoca, em primeiro lugar, o argumento, de índole prevalentemente formal, decorrente da circunstância de as normas processuais, atinentes às proibições de prova, terem como destinatários (privilegiados) as autoridades processuais. Como sublinha ROXIN, «uma vez que as normas de conteúdo processual da StPO (e, acima de tudo, as proibições de métodos de prova!) se dirigem apenas aos órgãos de perseguição penal, tais provas são, em princípio *susceptíveis de valoração*» (61). Não deve, por isso, estranhar-se o entendimento, igualmente consensual entre os autores, e segundo o qual mesmo um preceito como o § 136a) da StPO — que disciplina os atentados mais drásticos à integridade e ao livre desenvolvimento ético da pessoa — só vale directamente para os agentes das instâncias formais. «Se o conhecimento — refere nesta linha EB. SCHMIDT —

(58) SYDOW, *Kritik*, págs. 116 e segs.

(59) SYDOW, *ob. cit.*, pág. 101.

(60) «Não consigo — proclamava SCHMIDT-LEICHNER nas discussões do Congresso — imaginar o ministério público como receptador de material probatório (*Hehler des Beweismaterials*)». Cfr. *Verhandlungen*, Bd. II, Teil F, pág. 139.

(61) *Strafverfahrensrecht*, pág. 154.

ficou a dever-se a uma das modalidades ou formas de actuação proibidas no § 136a) mas levadas a cabo por particular, não membro das instâncias aplicadoras do direito, não se aplicará o § 136a), n.º 3. O valor probatório de tal conhecimento deve, todavia, ser avaliado de forma muito cuidadosa» (62).

A tese da admissibilidade é, para além disso, suportada por argumentos de índole material-teleológica. De acordo, *v. g.*, com OTTO: «o facto de um meio de prova ter sido ilicitamente obtido por um particular não preclui, por via de regra, a sua utilização em processo penal. Não existe qualquer princípio segundo o qual quem praticou um crime não haja de ver utilizado contra si um meio de prova que um outro obteve à custa de uma conduta ilícita, mesmo que criminalmente punível. O que a ideia de direito reclama nesta situação é, antes, o restabelecimento da paz jurídica através da perseguição dos crimes de todos os agentes» (63).

Nem deve, de resto, desatender-se a possibilidade de o processo penal se constituir em sede autónoma de revelação, actualização ou mediação de conflitos de interesses, susceptíveis de — em nome, *v. g.* da prevenção de perigos concretos — ditar a utilização de um meio de prova criminalmente obtido. Como sucederá quando a valoração configure o único meio de salvaguarda de valores de irrecusável prevalência e transcendentais aos meros interesses da perseguição penal, *maxime* em se tratando de valores encabeçados por particulares e atinentes aos direitos fundamentais. Assim e concretamente quando, *v. g.*, a valoração duma gravação ilícita represente a única possibilidade de alcançar a absolvição de um inocente infundadamente acusado de um crime. Dessa forma se prevenindo o intolerável atentado

(62) EB. SCHMIDT, *Lehrkommentar*, pág. 359. Sobre a tese da não aplicabilidade (de princípio) do § 136a) da StPO aos particulares — que corresponde ao entendimento dominante da doutrina e da jurisprudência — cfr. ainda, por todos, GRÜNWALD, *JZ* 1966, pág. 491; SCHÄFER, *in* LÖWE/ROSENBERG, § 136a), Rn. 50; HANACK, *in* LÖWE/ROSENBERG, (24.ª) § 136a), Rn. 9; AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, págs. 61 e segs. Em sentido oposto, sustentando a aplicação generalizada do § 136a) da StPO aos particulares, desde que a sua conduta preencha os respectivos requisitos, GÖSSEL, *Strafverfahrensrecht* (1977), págs. 192 e segs.

(63) *Kleinknecht-Fs.*, pág. 338.

à liberdade e à dignidade humana que a condenação penal já de per si constitui, posta mesmo entre parênteses a conhecida cadeia das sequelas negativas de uma pena como a prisão (64).

c) Convirá reter que também à tese da admissibilidade da utilização e valoração dos meios de prova obtidos por particulares e penalmente ilícitos são, em geral, adscritos limites, não se conhecendo vozes a sustentar a sua vigência absoluta.

Por um lado, — e descontados os casos óbvios em que os particulares actuam às ordens ou sob a direcção das instâncias formais (65) — os autores convergem consensualmente em torno do limite mais ou menos definido e sugerido pela ideia de *atentado extremo contra os direitos humanos* (*extremer Menschenrechtswidrigkeit*) adiantada por KLEINKNECHT. Nestes termos, impor-se-á a renúncia ao meio de prova «sempre que o processo da sua obtenção está atingido pela mácula do atentado contra os direitos humanos (*Makel an Menschenrechtswidrigkeit*), do arguido, em termos tais que não pode, em concreto, exigir-se dos órgãos de aplicação da lei penal — em nome da sua respeitabilidade e credibilidade segundo a ideia de direito — que utilizem a prova obtida pelo particular» (66). Será paradigmaticamente assim nos casos em que os particulares tenham obtido a prova à custa, v. g., de tortura. Ou ainda quando, como pretende AMELUNG, «o estado apoia a pretensão punitiva num crime que foi cometido precisamente com o fim de submeter a vítima a uma condenação penal». E isto em nome da ideia de *perda de legitimação material da pena*, um dos referentes da fundamentação axiológica da proibição de prova. Pois, argumenta AMELUNG, «também uma tal pretensão punitiva valeria como demonstração contraditória de que o crime, afinal, compensa» (67).

(64) Sobre o tema, desenvolvidamente, OTTO, *ob. cit.*, págs. 330 e segs.; WOLTER, *NSiZ* 1984, pág. 278; AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, págs. 60 e segs., e *infra*.

(65) Hipóteses em relação às quais parece ser consensual a tese da aplicação, sem mais, do § 136a) da StPO. Cfr., neste sentido e por todos, GRÜNWALD, *JZ* 1966, pág. 497; AMELUNG, *ob. cit.*, pág. 64.

(66) *NJW* 1966, pág. 1543.

(67) AMELUNG, *ob. cit.*, pág. 64.

Não pode, por outro lado e sobretudo, passar-se por sobre uma distinção que assume, neste contexto, um significado decisivo. A que contrapõe e extrema, face aos demais meios de prova susceptíveis de configurar um ilícito penal, provas como a audição de gravações, de escutas telefónicas, o visionamento de filmes ou fotografias, a leitura de diários pessoais ou a utilização de informações sem consentimento de quem de direito. Tudo práticas que realizam «uma nova e autónoma lesão do direito de personalidade», isto é, reproduzem e aprofundam a danosidade típica e renovam os fundamentos da ilicitude material. Os pertinentes direitos de personalidade (*direito à palavra, direito à imagem* ou um novo e denominado *direito à autodeterminação sobre a informação*) (68) «valem directamente como protecção face às agressões do Estado e a valoração de factos, à custa do sacrifício do direito, repetiria e agravaria a lesão já consumada» (69). Como OTTO — um dos adeptos da tese da admissibilidade de princípio da valoração dos meios de prova penalmente ilícitos — não deixa de reconhecer: «Uma excepção (à regra da admissibilidade) valerá, contudo, para aqueles casos em que, com a valoração do meio de prova o órgão da perseguição penal realizaria ele próprio um tipo legal de crime como, por exemplo, a audição de uma gravação ilicitamente obtida nos termos do § 201, n.º 2, do StGB. Aqui só uma justificação específica poderia legitimar a audição. Uma justificação que o inte-

(68) Este novo *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* começa a ganhar contornos e sedimentação na experiência jurídica alemã. Isto a partir sobretudo da marcante decisão (15.12.83) do Tribunal Constitucional Federal a propósito da chamada *Volkzählungsgesetz* (BVerfG 65, 1 = *JuS* 1984, págs. 298 e segs. = *NJW* 1984, págs. 419 e segs.). Na caracterização do Tribunal Constitucional Federal, trata-se de um «direito fundamental que garante ao indivíduo a competência para, em princípio, ser ele próprio a decidir sobre a divulgação e utilização dos seus dados pessoais» (*JuS* 1984, pág. 298). Para uma primeira aproximação dos problemas coenvolvidos, KRAUSE, *JuS* 1984, págs. 268 e segs.; WOLTER, *Aspekte*, págs. 24 e segs.; AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, págs. 35 e segs.; HASSEMER, *ZRP* 1991, pág. 123; GÖSSEL, *GA* 1991, págs. 507 e segs.

(69) GÖSSEL, *NJW* 1981, pág. 221. No mesmo sentido, do autor, *Strafverfahrensrecht*, II (1979), pág. 106, e HASSEMER, *ZRP* 1991, pág. 124: «A aquisição da informação constitui seguramente um pressuposto da valoração da informação; mas é só com a valoração que o direito fundamental sofre um 'dano real'».

resse na perseguição penal não está, só por si, em condições de assegurar» (70).

3. Também a atipicidade duma conduta ou a sua justificação estão longe de se projectar invariável e necessariamente sobre o processo penal, determinando, sem mais, a admissibilidade do correspondente meio de prova. Deste modo se pondo em crise o reverso do modelo de congruência pressuposto, correspondente ao postulado de que «será sempre permitida a valoração processual de uma prova quando a respectiva obtenção foi lícita» (71).

a) Como fonte de dissonância do *out-put* do direito e do processo penal jogará, desde logo, a assincronia dos dois ordenamentos, conjugada com a já assinalada eventualidade de o processo penal poder produzir a danosidade social típica de muitas infracções. De igual modo, também a excentricidade de discursos, correspondente ao desempenho autorreferente dos dois sistemas normativos, tenderá a ampliar, só por si, o espectro de constelações em que a atipicidade ou justificação do lado do direito penal podem ter como reverso a inadmissibilidade em processo penal.

Uma representação das coisas que acaba de ver a plausibilidade e pertinência reforçadas pela recente e clarificadora doutrina dos *direitos de domínio da informação* (*Informationsbeherrschungsrechte*), adiantada por AMELUNG (72). Uma categoria a que o autor reconduz todo um conjunto de direitos fundamentais que têm em comum cometerem ao respectivo titular o domínio exclusivo sobre a pertinente área de informação. E legitimam que seja ele a decidir quem, em que medida e para que fins pode ter acesso, conservar ou utilizar a informação. Na caracterização do autor: «Eles permitem ao seu titu-

(70) *Kleinknecht-Fs.*, pág. 338. No mesmo sentido e no contexto da sua doutrina dos *direitos subjectivos de domínio da informação*, AMELUNG, *ob. cit.*, pág. 64.

(71) SAX, JZ 1965, pág. 6. No sentido da admissibilidade da valoração de todas as provas lícitamente obtidas, cfr. ainda ARZT, JZ 1973, pág. 508, e de algum modo JESCHECK, *Verhandlungen*, Teil 3, B, 52 ou ORTO, ressaltando o caso de atentado à *área nuclear intangível*, in *Kleinknecht-Fs.*, págs. 337 e seg.

(72) Cfr. do autor, *Informationsbeherrschungsrechte*, págs. 24 e segs., e NJW 1991, pág. 2534.

lar o domínio exclusivo de informações a que ele receia que os outros possam reagir de forma indesejável. Tais direitos permitem, assim, aos seus portadores um certo controlo sobre o ambiente social. Ajudam-nos a dominar um dos maiores problemas da convivência com outros homens: a redução para um limiar calculável e tolerável de insegurança sobre o seu comportamento» (73). Na direcção das instâncias formais de controlo, a natureza de direitos subjectivos dos *Informationsbeherrschungsrechte* garante ao titular uma consistente e eficaz exigência de respeito e de não intromissão. Uma exigência primária de defesa (*Primäranspruch*) a que acresce, em caso de violação, a exigência secundária de afastamento das perturbações causadas (*Anspruch auf informelle Folgenbeseitigung*) e que redundará já na proibição da conservação já na proibição da utilização.

«O pensamento da protecção de *direitos de domínio da informação* — acredita AMELUNG — é o mais importante princípio de legitimação das proibições de valoração» (74). Seja ou não assim, não cremos que possa questionar-se o acerto da doutrina em exame no que toca à estrutura axiológica, normativa e dogmática de direitos fundamentais como: direito à imagem, à palavra, à reserva da vida privada, ao segredo, inviolabilidade da correspondência e telecomunicações ou mesmo de um *direito à autodeterminação sobre a informação*. Precisamente os direitos fundamentais subjacentes às proibições de prova de maior relevo doutrinal e prático-jurídico. Para além disso — e é o que aqui cabe sobremaneira enfatizar — à luz desta doutrina ficam mais expostas as hipóteses de valência normativa diferenciada duma mesma conduta, *sc.*, dum mesmo acesso ou aproveitamento da informação, consoante objecto das valorações do direito substantivo ou processual. Isto atenta a irredutível equivocidade normativa da comunicação ou utilização da informação, função necessária do respectivo e mutável significado intersubjectivo. Em rigor, precisa AMELUNG, não há informação em si «boa» ou «má»: tudo dependendo de quem (como, para quê) a obtém e utiliza (75). Uma consideração

(73) *Informationsbeherrschungsrechte*, pág. 31.

(74) *Ob. cit.*, pág. 27.

(75) *Ob. cit.*, págs. 31 e segs.

que ajudará outrossim a compreender as discontinuidades subsistentes entre as proibições de produção e de valoração, que a seu tempo curaremos de assinalar.

b) Uma referência apressada a meios de prova como os obtidos à custa da inviolabilidade do domicílio, da correspondência, das comunicações telefónicas ou de segredo permitirá uma melhor aproximação do modelo abstractamente desenhado. Aqueles meios de prova contendem com bens jurídicos pessoais que, de forma mais ou menos ostensiva e directa, relevam da esfera da privacidade e se caracterizam pela sua estrutura comunicativa e intersubjectiva. Em causa estão bens jurídicos correspondentes a direitos e liberdades fundamentais que só pela abertura dialógica e comunicação interactiva logram a expressão positiva. Acresce que as manifestações concretas de intromissão e devassa raramente se contêm nos limites da esfera jurídica de uma só pessoa. As escutas telefónicas e a violação da correspondência epistolar viabilizarão o acesso tanto à esfera jurídica do autor como do destinatário da comunicação. A própria revelação do segredo só será muitas vezes possível à custa do sacrifício de segredos de terceiro, deste modo se suscitando frequentes e não fáceis problemas de identificação do portador do bem jurídico — do *Geheimnisträger* de que falam os autores germânicos ⁽⁷⁶⁾ — isto é, da pessoa concretamente legitimada para permitir a sua revelação.

A índole estruturalmente comunicativa destas expressões de liberdade erigidas em bem jurídico imprime um carácter invencivelmente ambivalente ⁽⁷⁷⁾ à intervenção de terceiro. Ela configurará a forma mais drástica de sacrifício se imposta por via unilateral-monológica e heterónoma. Inversamente, ela mediatizará a expressão

⁽⁷⁶⁾ Sobre o tema, cfr. SCHÜNEMANN, ZStW 1978, págs. 56 e segs. Sobre a violação do segredo e do domicílio na perspectiva referida no texto, cfr., desenvolvidamente, AMELUNG, «Zulässigkeit und Freiwilligkeit», págs. 12 e segs., e, especificamente para o domicílio, NJW 1991, págs. 2535 e segs.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. STRATENWERTH, *Strafrecht. A.T.*, págs. 122 e segs. Sobre a compreensão dogmática do consentimento e do acordo pressuposta, cfr. desenvolvidamente, COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo, passim*, sobretudo págs. 362 e segs. Sobre a perturbação das estruturas de comunicação pela via da redução unilateral-monológica da complexidade, CALLIESS, NJW 1985, pág. 1513.

(mais) autêntica do mesmo bem jurídico quando assente em consentimento — *rectius* acordo — livre e autonomamente assumido. Daí que, à semelhança do que acontece no plano substantivo, também no processo penal o «consentimento» apareça invariavelmente como via de legitimação dos correspondentes meios de prova. Um princípio que aflora expressamente no artigo 174.º, n.º 4, alínea b), relativo a revistas e buscas. Simplesmente, a excentricidade dos discursos dos dois ordenamentos normativos pode projectar-se em soluções diferenciadas nas constelações típicas em que a intervenção (das autoridades do processo penal) colide com a liberdade, a privacidade, a autodeterminação sobre a informação ou o segredo de mais de uma pessoa. E em que o «consentimento» de uma delas, do mesmo passo que assegura a afirmação e integridade do respectivo bem jurídico, atinge de forma reflexa, mas heteronomamente imposta, a esfera jurídica de outros. Na síntese de PÜTTNER/BRÜHL, «o exercício da autonomia de um pode facilmente converter-se em coerção para o outro» ⁽⁷⁸⁾.

Assim — e sob ressalva de especificidades e singularidades que aqui não cabe recensear — em direito penal substantivo tende a prevalecer o entendimento de que o «consentimento» de um dos portadores concretos do bem jurídico bastará para derimir a *ilicitude*, logo por exclusão da tipicidade ⁽⁷⁹⁾. Simplesmente, e ao contrário do que alguns autores são levados a supor ⁽⁸⁰⁾, a exclusão da ilicitude penal não se comunica directamente e sem refracção ao processo penal no sentido de ditar, sem mais, a admissibilidade dos correspondentes meios de prova. Como, reportando-se à hipótese de *buscas domiciliárias* consentidas por um dos habitantes na mesma casa — e depois de sublinhar que este consentimento é bastante para legitimar no plano penal substantivo a conduta — refere AMELUNG: «Cada um dos que habitam na mesma casa é portador de um direito fundamental na forma de exigência de omissão dirigida ao Estado e só pode dispor-se de um direito alheio na base de autorização bastante. Na medida em que falta uma autorização no mínimo concludente, o consentimento

⁽⁷⁸⁾ PÜTTNER/BRÜHL, JA 1987, pág. 297.

⁽⁷⁹⁾ Em sentido divergente, cfr., todavia, ARZT, *Strafrecht. B.T.*, 1, pág. 157.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. v. g., OTTO, *Kleinknecht-Fs.*, pág. 329.

de uma só pessoa não basta para legitimar as buscas na casa habitada por vários (...) Quando um dos membros da casa autoriza que outro dos habitantes permita a entrada de pessoa particular ou do homem do gás, daí não pode concluir-se que o autorize também a franquear a porta a quem vem preparar a sua condenação, isto é, a inflicção de um mal» (81). Considerações que valem também, segundo o autor, em domínios como as escutas telefónicas ou as apreensões, v. g., levadas a cabo em consultório médico. Isto no contexto do direito germânico, que proíbe expressamente a apreensão de fichas médicas contendo dados sobre a doença de um paciente, como salvaguarda do direito do médico ao silêncio em nome do sigilo profissional. Ressalvada naturalmente a hipótese de o titular do segredo desvincular o médico do dever de sigilo. Só que, muitas vezes a ficha médica de um paciente contém igualmente dados sobre a doença de outras pessoas com quem o paciente, que figura como arguido, esteve em contacto. «É o que acontece sobretudo no tratamento de doenças psíquicas e sexuais, isto é, nas áreas onde subsiste um mais sério interesse na preservação do segredo. Nestes casos é altamente questionável que o consentimento de um arguido, que confiou ao seu médico segredos de terceiro, baste, só por si, para legitimar a apreensão» (82).

4. O confronto entre a tutela substantiva do *segredo profissional* (art. 184.º do Código Penal) e o correspondente regime processual penal (art. 135.º do CPP) permitirá referenciar outra e específica linha de desfasamento e dissonância entre os dois ordenamentos. Porá, noutros termos, a descoberto constelações típicas em que a revelação do segredo em processo penal, do mesmo passo que introduz um meio admissível de prova, pode constituir o respectivo agente em responsabilidade criminal. É o que tenderá a acontecer quando a violação do segredo, por pessoa a quem o artigo 135.º do CPP outorga o direito ao silêncio, ocorra à margem do «consentimento» do

(81) AMELUNG, «Zulässigkeit und Freiwilligkeit», pág. 13.

(82) AMELUNG, *id.*, pág. 14. No mesmo sentido e no que às escutas telefónicas especificamente concerne, GÖSSEL, GA 1991, pág. 495. Sobre o problema, no plano do direito penal substantivo, SCHÜNEMANN, ZStW 1978, págs. 57 e segs.

Geheimnisträger (que excluiria a tipicidade) ou à margem de causa bastante de justificação.

a) Tanto o *dever de sigilo* que a lei substantiva prescreve como o *direito ao sigilo* que o direito processual reconhece, visam salvaguardar simultaneamente bens jurídicos de duas ordens distintas. A par dos interesses individuais da preservação do segredo sobre determinados factos, protegem-se igualmente valores ou interesses de índole supra-individual e institucional que, por razões de economia, poderemos reconduzir à *confiança* sobre que deve assentar o exercício de certas profissões. Isto no contexto de relações de primado e hierarquia, concretamente modeladas e estabelecidas pelo legislador (83) e que aqui não cabe sindicar.

No que especificamente concerne à incongruência entre os dois sistemas, ela parece começar a revelar-se logo a nível das profissões compreendidas. Ao universo circunscrito das profissões a que a lei processual outorga o direito ao silêncio «os ministros de religião ou confissão religiosa, os advogados, os médicos, os jornalistas, os membros das instituições de crédito e as demais pessoas a quem a lei permitir ou impuser que guardem segredo» — contrapõe a lei penal substantiva um espectro indeterminado de profissões submetidas ao dever de segredo, contrafactivamente afirmado através da incriminação do artigo 184.º do CP. Como agentes da infracção podem figurar todos os que, em razão da sua profissão, tenham conhecimento de um segredo. Entendendo-se por tal «os factos apenas conhecidos por um

(83) No que especificamente concerne ao direito penal alemão pode considerar-se consensual o entendimento segundo o qual: «A limitação do círculo de agentes reserva à protecção individual um significado secundário, permitindo concluir pelo primado de uma função social do § 203: como bem jurídico tutelado emerge em primeira linha a confiança geral no sigilo dos membros de determinadas profissões ou da Administração, etc., sem a qual não poderiam desempenhar, ou só poderiam fazê-lo de forma imperfeita, as tarefas que lhes estão cometidas no interesse da comunidade. Assim, a tutela penal do sigilo profissional do médico está em última instância ao serviço de um interesse geral num sistema de saúde eficaz, que não seria possível sem uma relação de plena confiança entre médico e paciente». LENCKNER, in SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 203, Rn. 3. Em sentido convergente, por todos, SCHÜNEMANN, ZStW 1978, págs. 13 e segs.; RUDOLPHI, *Schaffstein-Fs.*, págs. 443 e segs.

círculo limitado de pessoas e em cuja não divulgação o respectivo portador (*sc.*, o *Geheimnisträger*) tem, do seu ponto de vista, um interesse objectivamente justificado» (84). Uma diferença de extensão cujo bem fundado se afigura, de resto, óbvio. «Numa consideração jurídico-material das coisas — refere MEYER — a tutela contra a violação dos deveres profissionais de sigilo pode ir mais longe do que o direito de recusa a prestar depoimento como testemunha em processo penal, que poderá implicar a perda de meios de prova decisivos para o esclarecimento dos factos e, por isso, sérios obstáculos para a realização da justiça» (85).

b) O exame da estrutura normativa dos dois regimes deixará a incongruência mais exposta.

Resumidamente, o artigo 135.º do CPP outorga a um círculo de profissões, em nome do sigilo profissional, um *direito de recusa de depoimento*, isto é, um *direito ao silêncio*. Na medida em que este direito subsiste, a lei processual penal comete à disponibilidade dos membros das profissões a decisão sobre o sentido do seu exercício concreto. A livre decisão, por exemplo, do médico bastará, só por si — independentemente de assentimento ou oposição do titular do segredo — para introduzir um meio de prova processualmente admissível. O quadro poderá ser outro do lado do direito penal substantivo. Aqui a falta de «consentimento» converterá a revelação do segredo em conduta típica nos termos do artigo 184.º do CP, indiciando por isso uma ilicitude criminal que a prossecução da justiça penal poderá, só por si, não derimir ou neutralizar. Este é, nomeadamente, o entendimento sufragado pela doutrina alemã segundo a qual, e pelo menos até à medida do direito ao silêncio, a violação do segredo em processo penal, sem consentimento de quem de direito, constitui facto punível nos termos do § 203 do StGB (86).

E nada parece impor que haja de ser outro o entendimento no

(84) LENCKNER, *ob. loc. cit.*, Rn. 5.

(85) In LÖWE/ROSENBERG, § 53, Rn. 5.

(86) Cfr., por todos, LENCKNER, *ob. loc. cit.*, Rn. 29; SAMSON, SK, § 203, Rn. 49; SCHÄFER, in LÖWE/ROSENBERG, *Einleitung*, Cap. 14, Rn. 52; OTTO, *Kleinknecht-Fs.*, págs. 338 e segs.

contexto do direito vigente entre nós, pese embora o sentido divergente que o artigo 185.º do CP (*Exclusão de ilicitude*) aparentemente inculca. Não cremos que, com este dispositivo, o legislador tenha pretendido introduzir limitações ao princípio de que o interesse (processual) da realização da justiça penal e da perseguição dos criminosos não representa, só por si, um interesse susceptível de ser sempre e necessariamente levado à balança da ponderação e de derimir a ilicitude concretamente indiciada pela tipicidade de um meio de prova (87). Um princípio a que, teremos oportunidade de o assinalar, a ordem jurídica portuguesa parece ter querido acolher-se.

Uma compreensão das coisas que nem sequer terá de impor-se à custa do sacrifício da valência normativa do artigo 185.º do CP. Mesmo na parte atinente a *interesses públicos* e na medida em que não se reduza a uma mera «menção redundante da ilicitude» (F. DIAS) — o preceito pode, deverá mesmo, interpretar-se como reportando-se a interesses públicos transcendentais ao interesse da realização da justiça penal *qua tale*. Caberão aqui constelações como: em nome da segurança do tráfego rodoviário, o médico revela dados relativos à epilepsia do arguido, acusado de condução perigosa de veículo automóvel (88).

§ 4. DESCONTINUIDADES NO INTERIOR DO ORDENAMENTO PROCESSUAL PENAL

1. Também a disciplina processual penal das proibições de prova está longe de obedecer a um discurso linear e congruente de redução da complexidade normativa. Cada um dos estádios ou momentos em que o sistema do processo penal se analisa tende a converter-se num

(87) Em sentido não inteiramente sobreponível, para o segredo profissional em geral e o *sigilo bancário* em especial, LOPES ROCHA, «Violação do Segredo», págs. 427 e segs.

(88) Sobre a hipótese figurada no texto, cfr. LENCKNER, *ob. loc. cit.* Em sentido convergente e no que toca aos conhecimentos obtidos a partir da análise genética do genoma e cuja revelação seja necessária, v. g., para fazer face a doença grave e curável de um parente do paciente, cfr. GÜNTHER, ZStW 1990, pág. 282. Sobre o conceito de *menção redundante da ilicitude*, FIGUEIREDO DIAS, *O Problema*, págs. 448 e seg.

sub-sistema normativo com a autonomia bastante para ditar respostas dissonantes das do estágio mais contíguo. É o que se poderá ilustrar com um exame mais atento das relações que medeiam entre três dos momentos mais significativos daquele discurso: proibição de produção de prova, proibição de valoração de prova e consequências práticas-jurídicas da respectiva violação ⁽⁸⁹⁾.

Um percurso ao longo do qual se multiplicam as discontinuidades e desvios ao arquétipo de um discurso integrado segundo o qual *as proibições de produção de prova implicariam necessariamente proibições de valoração, estas, por sua vez, a projectar-se invariavelmente com as mesmas consequências pragmáticas*. Um arquétipo que, como GÖSSEL enfatiza, reduziria drasticamente a complexidade oferecida à dogmática processual penal, que poderia limitar-se à mera «arrumação e categorização formal» das proibições de prova ⁽⁹⁰⁾.

2. O modelo começa a abrir brechas do lado do postulado da prioridade lógica e normativa da proibição de produção de prova, segundo o qual *a proibição de valoração pressupõe invariavelmente a prévia identificação de uma proibição de produção*. Este postulado é posto abertamente em crise pelas chamadas proibições de valoração independentes, isto é, que ocorrem à margem de qualquer violação das normas de produção da prova ⁽⁹¹⁾. Emergindo, por via de regra, a partir da referência directa à tutela constitucional dos direitos fundamentais, as proibições de valoração independentes podem igualmente suscitar-se no contexto duma produção de prova inteiramente conforme aos pertinentes imperativos legais. A isto se reconduz, no essencial, a problemática dos chamados *conhecimentos fortuitos*, obti-

⁽⁸⁹⁾ E isto posta entre parênteses a consideração autónoma da já referenciada *proibição de conservação ou armazenamento* de provas, que multiplicaria as linhas da clivagem e discontinuidade.

⁽⁹⁰⁾ GÖSSEL, NJW 1981, pág. 650.

⁽⁹¹⁾ Sobre as chamadas proibições de valoração independentes, cfr., por todos, DENCKER, *Verwertungsverbote*, págs. 101 e segs.; ROGALL, ZStW 1979, págs. 3 e segs.; GÖSSEL, *Bockelmann-Fs.*, págs. 809 e segs.; GÖSSEL, JZ 1984, págs. 361 e segs.; SCHLÜCHTER, *Das Strafverfahren*, págs. 6 e segs.; AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, págs. 37 e segs.

dos, v. g., partir de uma escuta telefónica legal. Como, em sentido convergente, acaba de se pronunciar o BGH germânico: «Há toda uma série de proibições de valoração de prova que não têm atrás de si uma produção legalmente inadmissível da prova (...) Estaremos perante uma proibição de valoração deste tipo sempre que os conhecimentos obtidos a partir duma escuta telefónica legalmente realizada não podem ser valorados» ⁽⁹²⁾.

3. Além disso, e como AMELUNG assinala, abundam as situações em que o Estado detém legitimamente informações que não pode, pura e simplesmente valorar em processo penal. É o que pode acontecer com informações recolhidas, v. g., no contexto da acção tributária a cuja valoração processual se oponha o respectivo titular. Isto em nome, por um lado, do princípio da *vinculação final da informação* e, por outro lado e complementarmente, da «continuidade do domínio do indivíduo» sobre a informação. «O portador do direito pode, assim, na base do seu direito de domínio, opôr-se à utilização não consentida da informação. A sua exigência de defesa (*Abwehrrspruch*) dirige-se, deste modo, não contra a obtenção mas contra a valoração não autorizada da informação» ⁽⁹³⁾.

4. Mais pronunciadas e significativas, tanto no plano doutrinal como pragmático são ainda as discontinuidades e incongruências que assinalam a mediação entre a proibição de produção de prova e a proibição de valoração.

a) Hoje são poucas as vozes a fazer-se eco da crença, a seu tempo sustentada por BELING e recentemente retomada por HENKEL ⁽⁹⁴⁾, segundo a qual a identificação em concreto de uma proibição de produção de prova, teria necessariamente como reverso uma

⁽⁹²⁾ Apud FEZER, JuS 1979, pág. 189.

⁽⁹³⁾ AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, págs. 37 e segs. Sobre o princípio (constitucional) da vinculação final (*Zweckbindung*) da informação ou dos dados, cfr. ainda HASSEMER, ZRP 1991, pág. 287; GÖSSEL, GA 1991, pág. 507.

⁽⁹⁴⁾ BELING, *Die Beweisverbote*, págs. 30 e seg.; HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, pág. 270.

proibição de valoração. Pelo contrário, e diferentemente do que tende a suceder com as *exclusionary rules* do direito americano, terá de partir-se da «constatação apodíctica de que nem toda a violação de uma proibição de produção de prova implica necessariamente uma proibição de valoração de prova» (95).

Noutros tempos, hoje aceita-se generalizadamente a tese de um estatuto diferenciado da proibição de produção no que toca à sua projecção em matéria de proibição de valoração. «A proibição de valoração — enfatiza nesta linha OTTO — representa apenas uma das sanções possíveis de uma proibição de prova» (96). Isto em homenagem à ideia, pertinentemente acentuada pelo BGH germânico, de que há uma «graduação natural dos preceitos processuais (*natürliche Stufung der Verfahrensvorschriften*)» (97). O que, em síntese, permite concluir com SCHÄFER que, «salvo os casos em que a proibição de valoração de prova é expressamente cominada, há sempre que proceder a uma comprovação individualizada sobre se a violação da proibição de prova acarreta em todos os casos uma proibição de valoração» (98). Um labor que terá de empreender-se tendo como horizonte a «convicção de que não é função das proibições de valoração de prova dependentes compensar ou neutralizar todo e qualquer desvio da realidade processual à ordenação pré-definida pelo direito processual. Elas só operam a correcção quando se receia que um erro já ocorrido na interacção venha — ou, pelo menos, tal possibilidade subsista — a repercutir-se na sentença» (99).

b) Compreende-se, assim, o espaço privilegiado que a doutrina das proibições de prova vem dispensando à problemática da mediação entre as proibições de produção e as proibições de valoração. Como assinala ROGALL, «é aqui que verdadeiramente se situam os proble-

(95) ROGALL, ZStW 1979, pág. 29.

(96) OTTO, GA 1970, pág. 292.

(97) Apud, ROGALL, NSiZ 1988, pág. 387.

(98) SCHÄFER, in LÖWE/ROSENBERG, *Einleitung*, Cap. 14, Rn. 13. No mesmo sentido, ROGALL, ZStW 1979, págs. 11 e segs., e NSiZ 1988, págs. 386 e segs.; GÖSSEL, NJW 1981, págs. 650 e segs.; AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, págs. 37 e segs.

(99) SCHLÜCHTER, *Das Strafverfahren*, pág. 7.

mas nucleares de toda a dogmática das proibições de prova» (100). Uma observação cuja pertinência e acerto o panorama doutrinal abundantemente confirma.

É, na verdade, o propósito de dar resposta a este problema que, acima de tudo, vem estimulando a conhecida plétora de construções doutrinais votadas ao enquadramento dogmático das proibições de prova. É outrossim ao desencontro registado a nível da equacionação e solução deste problema que há-de imputar-se a incontrolável tendência para a diáspora dos caminhos bem como o destino de Babel a que o discurso doutrinal das proibições de prova parece condenado. Doutrinas como a *teoria da esfera jurídica*, a *teoria dos três graus*, a *teoria do fim de protecção da norma*, a *teoria dos direitos de domínio de informação* surgem em primeira linha animadas pela intenção de identificar em que termos e com que alcance prático-jurídico a violação de uma proibição de produção se converte numa proibição de valoração dependente.

c) É o que a seu tempo curaremos de tornar mais explícito. Isto sem deixar de antecipar, desde já, a nossa convicção de que, apesar de tudo, serão apressadas e menos fundadas as tentativas de, em nome da modéstia dos resultados logrados, renunciar, sem mais, à identificação das proibições de valoração, ensaiando pontes directas entre a proibição de produção de prova e a sentença. Este um caminho que GÖSSEL vem sugerindo, privilegiando para o efeito «o nexo de causalidade entre a violação da lei e a sentença» (101).

Resumidamente, não se descortina facilmente que passar sobre os problemas represente, afinal, a melhor resposta à sua aparente resistência e opacidade ao discurso dogmático. Depois e sobretudo, não pode desatender-se o significado heurístico da proibição de valoração como instância de «compensação prospectiva de vícios» (SCHLÜCHTER) ou, noutra perspectiva e na expressão de ROGALL, como «imunização do processo penal contra as consequências da vio-

(100) ROGALL, NSiZ 1988, pág. 386.

(101) GÖSSEL, *Bockelmann-Fs.*, pág. 814. No mesmo sentido e desenvolvidamente, GÖSSEL, NJW 1981, págs. 2217 e segs., e GA 1991, págs. 486 e segs.

lação da lei» (102). Uma autonomia normativa a fazer jus à correspondente autonomia dogmática.

4. A redução da complexidade introduzida pela identificação concreta das proibições de valoração não significa, porém, uma alteração decisiva e definitiva do quadro problemático que vimos referenciando. Ela não opera, com efeito, a passagem para o domínio das soluções unívocas e lineares. Mesmo depois da intervenção da proibição de valoração continuam a prevalecer soluções marcadas por irreduzíveis coeficientes de contingência e alternatividade.

a) Neste sentido jogam naturalmente os novos tópicos e linhas de conflitualidade com que as sucessivas fases do processo vêm adensar o círculo hermenêutico. Como joga igualmente a complexidade introduzida pela constatação de uma prova obtida em contravenção das normas que conformam o processo penal. O que empresta uma insegurança acrescida aos equilíbrios de concordância prática que o intérprete e aplicador do direito é chamado a sancionar. Que, por um lado, não poderão deixar de aspirar a reforçar a estabilização contra-fáctica das normas violadas e, reflexamente, a consistência do fim de protecção que elas mediatizam. E, por outro lado e complementarmente, não deverão deixar de actualizar todas as possibilidades material e eticamente solváveis de imunização do processo penal contra as consequências da ilegalidade.

b) As coisas são, a nível dos princípios, relativamente óbvias quando em sede de «compensação prospectiva dos vícios» se pretende dar efectivo e cabal adimplemento à proibição de prova, recusando-se a sua valoração para efeitos de convicção e de sentença. Solução que configurará a via normal de superação e erradicação do vício introduzido com a produção da prova proibida. «Uma sentença — refere neste linha DENCKER — é irrecorrível quando foram inteira-

(102) Sobre a *prospektive Fehlerkompensation*, SCHLÜCHTER, *Das Strafverfahren*, págs. 5 e segs., e JR 1984, págs. 519 e segs. De ROGALL, cfr. sobretudo, *NSiZ* 1988, págs. 387 e segs. Em sentido substancialmente convergente, AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, *passim*, sobretudo, págs. 37 e segs.

mente assumidas as consequências decorrentes da proibição de valoração. Em tais hipóteses, a proibição de valoração oferece ao mesmo tempo uma verdadeira possibilidade de saneamento (*Heilungsmöglichkeit*)» (103).

Aqui as dificuldades contendem sobretudo com a praticabilidade e com os meios de procedimento para dar expressão prático-jurídica àquela solução normativa. Isto dada a consabida «natureza das coisas» do conhecimento e da convicção, que relevam sobremodo da comunicabilidade e, por isso, não reconduzíveis às categorias da justaposição e cindibilidade. Daí que, não raro, a simples produção da prova seja, só por si, bastante para prejudicar de forma invencível a convicção do julgador. Por, na expressiva formulação de EB. SCHMIDT, ser de todo em todo inviável aquele «golpe de acrobacia psicológica» (104) de apagamento puro e simples do conhecimento induzido. Casos em que a necessária «compensação prospectiva dos erros» poderá reclamar o tempestivo recurso à figura das *Recusas e excusas* prevista nos artigos 43.º e segs. do CPP (105).

c) As dificuldades sobem já exponencialmente de tom quando, ainda em sede de alcance normativo da proibição de valoração, se afronta o problema «desesperadamente controverso» (ROGALL) do chamado *efeito-à-distância* (*Fernwirkung*). Isto é, quando se indaga da comunicabilidade ou não da proibição de valoração aos meios secundários de prova tornados possíveis à custa de meios ou métodos proibidos de prova.

Exemplo de escola: A, acusado de crime de homicídio voluntário, é coagido através de tortura ou dos maus tratos proibidos pelo artigo 126.º do CPP, à confissão do crime. A confissão do arguido permite a localização do cadáver da vítima e dos instrumentos do crime. Pergunta-se: a proibição de valoração que impende sobre a confissão precludirá igualmente a valoração da localização do cadáver e dos instrumentos do crime?

(103) Cfr., DENCKER, *Verwertungsverbote*, pág. 145. No mesmo sentido, SCHLÜCHTER, *Das Strafverfahren*, págs. 5 e segs.

(104) Eb. SCHMIDT, *NJW* 1968, pág. 1218.

(105) Cfr., neste sentido, para o direito alemão, GRÜNWALD, *JZ* 1966, pág. 501.

Outra hipótese típica, também com curso na doutrina: a apreensão e leitura proibidas de um diário íntimo ou a audição, sem consentimento, de uma gravação ilicitamente produzida, permite referenciar testemunhas para além do autor do diário ou daquele cuja voz é indevidamente gravada e ouvida. A proibição de valoração que atinge o diário ou as gravações estende-se igualmente ao depoimento das demais testemunhas que o diário ou as gravações permitiram identificar?

Ainda um exemplo pedido à recente experiência jurisprudencial germânica (BGSt. 28.4.1987): A, acusado de homicídio aguarda julgamento em prisão preventiva. Mediante promessa de vantagens para o seu próprio caso, a polícia criminal convence B, igualmente acusado em prisão preventiva, a aproximar-se de A e a obter dados sobre o seu crime, sendo para o efeito colocado na mesma cela. Deste modo, e para além de obter elementos sobre o crime de A, B logra igualmente identificar C e D como testemunhas daquele crime, tudo informações comunicadas às autoridades judiciais. Face a isto, a ilegalidade que inquina o depoimento de B e preclui a sua valoração vale igualmente — e ao contrário do que o Tribunal Federal veio a sufragar ⁽¹⁰⁶⁾ — para os depoimentos de C e D, chamados ao julgamento como testemunhas?

A consciência das dificuldades mais se agudizará à medida que se for generalizando o consenso em torno de vias necessariamente compromissórias de solução. Que não poderão pedir-se à transposição, sem mais, da clássica *fruits of the poisonous tree doctrine* americana, que propende para a maximização do alcance da proibição de valoração, por via de regra extensiva também ao meio de prova secundário. Mas que não devem igualmente aproximar-se do extremo oposto da negação de todo e qualquer *Fernwirkung* em nome do receio, enfatizado, por exemplo, por BAUMANN, de que «a menor habilidade do polícia que procede ao primeiro interrogatório ou a corrupção de uma qualquer autoridade judiciária venha a determinar a paralização de todo o processo» ⁽¹⁰⁷⁾. Tudo, pelo contrário, parece sugerir soluções diferenciadas, ditadas, desde logo, pelo significado relativo da lei processual concretamente violada. A aproximação do problema

⁽¹⁰⁶⁾ De acordo com o sumário da decisão do BGH (de 28.4.1987): «O que o arguido contou ao companheiro de cela (...) não pode ser valorado. Já pode, porém, valorar-se o depoimento feito em julgamento por uma testemunha a que a polícia só teve acesso a partir das informações prestadas pelo arguido ao seu companheiro de cela». Cfr. JZ 1987, págs. 936 e segs.

⁽¹⁰⁷⁾ BAUMANN, GA 1959, pág. 40.

do *efeito-à-distância* terá, noutros termos, de fazer-se a partir da ponderação, entre outros, de tópicos como a perigosidade do «veneno», a importância do «fruto» no contexto global da prova e a vinculação normativa do fruto à «árvore envenenada». Resumidamente, e a benefício de ulterior esclarecimento ⁽¹⁰⁸⁾, também aqui é a complexidade própria de soluções marcadas pela plasticidade e excentricidade que se deixa adivinhar.

6. A linha avançada de tutela, que a compensação prospectiva dos erros assegura, não exclui a possibilidade de uma sentença de qualquer forma associada à valoração proibida de determinados meios de prova. O que aponta para uma *compensação retrospectiva de vícios* — como última instância de actualização da exigência de afastamento das consequências em matéria de informação (*Anspruch auf informationelle Folgebeseitigung*) de que fala AMELUNG — a lograr em sede de recurso, aberto nos termos do artigo 410.º, n.º 3, do CPP. Simplesmente, também a violação duma proibição de valoração não determina formas cogentes e unívocas de superação.

a) Como ponto de partida e horizonte da equação dos problemas há-de, mais uma vez, privilegiar-se a referência à dimensão teleológica subjacente ao regime das proibições de prova: *prevenir sentenças condenatórias assentes na valoração de meios proibidos de prova*. Um programa político-criminal cuja conformação normativa e actualização prático-jurídica não reclamam invariavelmente a invalidade das sentenças com alguma conexão com a valoração da prova proibida. Também aqui o mandamento da *imunização do processo penal* face às consequências dos vícios há-de abrir vias de superação. Vias que a doutrina vem laboriosa e progressivamente pondo a descoberto e a jurisprudência sancionando. E a que a autonomização sistémico-normativa das proibições de prova no contexto das *nulidades*, expressamente sancionada pelo legislador português (art. 121.º, n.º 3, do CPP), empresta a necessária legitimação formal.

É assim que na doutrina e jurisprudência germânicas se sustenta que a violação da proibição só deve determinar a revogação da sen-

⁽¹⁰⁸⁾ Sobre o tema, cfr. *infra*.

tença nos casos «em que o erro se realiza — se bem que apenas de forma possível — na sentença» (SCHLÜCHTER) ⁽¹⁰⁹⁾. Um entendimento que conta com o apoio legal do § 337,1 da StPO: «a revista só pode basear-se no facto de a sentença assentar na violação da lei». Um preceito tradicionalmente interpretado e aplicado em termos de nexos de causalidade entre o vício e a sentença. «O *nexo de causalidade* — refere nesta linha MEYER — *não tem de ser provado*. Na maior parte dos casos de violação das leis processuais não é possível determinar se influenciaram negativamente a sentença. À causalidade deve, por isso, equiparar-se a possibilidade da causalidade. Deste modo a sentença assenta já na infracção à lei quando parece possível ou não é apenas de excluir que sem o erro outro teria sido o resultado» ⁽¹¹⁰⁾. Uma concepção que vem conhecendo o impacto e as adaptações ditadas pelas clarificações e precisões desenvolvidas pela mais recente doutrina da *imputação objectiva*. Isto no contexto de um renovado paradigma dogmático que enfatiza a índole estruturalmente normativa da imputação de um resultado a uma conduta humana. Como pertinentemente assinala SCHLÜCHTER: «Assim como nas infracções negligentes a violação do dever tem de se ligar normativa, e não causalmente, ao resultado, também a violação das normas processuais há-de influenciar a sentença não causalmente mas normativamente. O *nexo normativo* entre a violação da lei e a sentença é já de afirmar quando sem a violação do direito a sentença teria, pelo menos possivelmente, outro sentido» ⁽¹¹¹⁾.

b) À semelhança do que sucede em direito substantivo, também no processo penal esta imputação determina um adensamento dos tópicos ou critérios normativos, susceptíveis de reduzir o círculo dos erros, em primeira mão referenciados pelos (menos exigentes) critérios da causalidade. O que, mediatizando uma maior plasticidade de soluções e uma maior audiência às exigências da justiça material, faz

⁽¹⁰⁹⁾ SCHLÜCHTER, *Das Strafverfahren*, pág. 3.

⁽¹¹⁰⁾ MEYER, in LÖWE/ROSENBERG, § 337, Rn. 207.

⁽¹¹¹⁾ SCHLÜCHTER, *Das Strafverfahren*, pág. 4; do mesmo autor, cfr. ainda JR 1984, págs. 519 e segs. Em sentido convergente, desenvolvidamente, AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, págs. 87 e segs., e NJW 1991, págs. 2535 e seg.

ao mesmo tempo subir a complexidade das questões, reforçando a álea e a insegurança das respostas.

Resumidamente, não estarão, de todo em todo, excluídas as constelações típicas em que a conexão normativa entre o vício e a sentença seja tão óbvia como decisiva. É o que sucederá nos casos em que a valoração proibida do meio de prova constitua o único suporte probatório sobre que assenta a sentença condenatória. Hipótese em que tanto a pertinência do recurso como o sentido da sua decisão — *sc.* a absolvição do arguido — se afiguram inescapáveis. As coisas serão igualmente lineares nas constelações que se situam no extremo oposto, em que a irrelevância causal da valoração da prova proibida aparece claramente exposta. Então a invocação da proibição de prova, a não determinar a *Rejeição do recurso* (art. 420.º do CPP) não será em qualquer caso e só por si bastante para pôr em causa a decisão recorrida. O mesmo deverá ser o tratamento dos casos em que a nulidade devida à proibição de prova haja de considerar-se sanada por exclusão do *nexo normativo* entre o vício e a sentença. Como sucederá, por exemplo, quando o recurso aos *processos hipotéticos de investigação* permitiria seguramente alcançar o mesmo resultado probatório ⁽¹¹²⁾.

As expressões concretas, segregadas pelos caprichos da vida, e que constituem a fenomenologia das proibições de prova oferecida ao aplicador do direito, raramente se ajustarão aos modelos canónicos referenciados, extremados quanto à relevância ou irrelevância causal do erro sobre a sentença. O normal será que a prova proibida corra com uma bateria de meios admissíveis, numa teia dificilmente extrincável de influência e codeterminação recíprocas. Muitas vezes nada, por isso, mais aleatório e inseguro do que a tentativa de identificar e isolar o peso que o meio de prova terá tido na convicção do julgador ⁽¹¹³⁾. Nestas hipóteses só pela via da revogação da decisão se

⁽¹¹²⁾ Sobre os *hypothetische Ermittlungsverläufe*, cfr., por todos, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 148; ROGALL, *NSiZ* 1988, págs. 388 e segs.; SCHLÜCHTER, *Das Strafverfahren*, págs. 3 e segs.; AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, págs. 42 e segs.; BEULKE, *ZStW* 1991, págs. 657 e segs.

⁽¹¹³⁾ Neste sentido, desenvolvidamente, GRÜNWARD, *JZ* 1966, págs. 500 e segs.

poderão assegurar a reafirmação contrafáctica das normas violadas e a actualização do respectivo fim de protecção. O que terá de fazer-se prevenindo-se o perigo de a convicção sobre a responsabilidade criminal do arguido, entretanto lograda — e para a qual contribuiu, a seu modo, o meio proibido de prova — ter já operado uma reinterpretação cognitiva do significado e da valência probatória dos meios sobrantes e legítimos de prova. A renovação da prova motivada pelas proibições de valoração suscita, assim, exigências a que, por princípio, só através do *Reenvio* (arts. 426.º, 431.º e 436.º do CPP) se poderá dar resposta ajustada.

§ 5. VELHAS E NOVAS ANTINOMIAS DAS PROIBIÇÕES DE PROVA

1. Uma citação apressada do carácter intrinsecamente antinómico do discurso das proibições de prova e da sua simpatia com as oscilações da conjuntura, permitir-nos-à uma última via de aproximação à raiz da complexidade, contingência e provisoriedade que começámos por assinalar.

Desde logo, nas proibições de prova mostram-se, de forma particularmente exposta e com ressonância acrescida, as antinomias basilares do processo penal, *maxime* a que contende com a conflitualidade estrutural entre o Estado e o indivíduo. É consabidamente esta conflitualidade que constitui a referência privilegiada ao longo da história do processo penal. É ela outrossim que explica a densidade do *pathos* que acompanhou invariavelmente as transformações acontecidas a nível das instituições do processo penal. Como explica, igual e reflexamente, quer a sensibilidade do processo penal às vicissitudes das mundivisões e das correspondentes construções sociais da realidade, quer o carácter cintilante e invencivelmente precário dos equilíbrios sucessivamente codificados. Como HASSEMER pertinentemente assinala, a produção normativa tem-se aqui precipitado sobretudo através de «mudanças legislativas menos empenhadas em plasmar em direito positivo os princípios fundamentais do processo penal do que em assegurar reacções eficazes e economicamente racionais à ameaça

pública dos desenvolvimentos da criminalidade e às perturbações do processo penal» (114).

E isto mesmo — e sobretudo — depois de o advento do Estado de Direito ter balizado o horizonte axiológico e político-criminal e definido os princípios fundamentais de superação normativa das antinomias entre a ordem e a liberdade. Séculos volvidos sobre o triunfo do ideário iluminista e liberal, e depois de clarificadas e consagradas muitas das implicações pragmáticas decorrentes do Estado de Direito, o processo penal persiste intrinsecamente antinómico. Como, reportando-se directamente às proibições de prova, acentua SCHÄFER: «Muitas questões de fundo, contendendo sobretudo com a valoração de meios de prova obtidos ilegalmente, continuam a fazer o seu curso. Ao observador menos atento nada aparecerá como mais óbvio do que o alastramento, sob a divisa da ideia de Estado de Direito (*Rechtsstaatlichkeit*), das proibições de valoração. Só que não pode esquecer-se que este aparente ganho da ideia de Estado de Direito tem como reverso perdas mais onerosas da mesma ideia, uma vez que a proibição se afirma a expensas da reclamada e eficaz luta contra a criminalidade, também ela valendo, só por si, como uma tarefa legítima do Estado de Direito» (115).

2. Dois aspectos, ambos com particular incidência sobre as proibições de prova, caracterizam a experiência mais recente do processo penal no que a esta antinomia estrutural entre o Estado e a liberdade concerne.

Avultam, em primeiro lugar, a frequência e a subida de tom com que os interesses polarizados pela perseguição penal vêm sendo enfatizados, à custa da subvalorização e compressão da liberdade. De algum modo, e à semelhança do que assinalava o coro na tragédia de Ésquilo, também no processo penal parece «ouvir-se de novo o canto

(114) HASSEMER, *Maihofer-Fs.*, pág. 184. Para uma referência mais desenvolvida às lacunas e limitações do direito positivo (germânico), cfr., SUPPERT, *Studien*, págs. 240 e segs.; GÖSSEL, *NJW* 1981, pág. 656.

(115) SCHÄFER, in LÖWE/ROSENBERG, *Einleitung*, Cap. 14, Rn. 2. No mesmo sentido, ARZT, *Peters-Fs.*, pág. 234.

das Erfnias». Agora sob a bandeira duma justiça penal eficaz, que vem mobilizando a doutrina e a jurisprudência para o clima de *moral panic* (COHEN) ou de «estado de necessidade de investigação» (*Ermittlungsnotstand*) de que fala HASSEMER. Na impressiva caracterização do autor, assiste-se a uma «dramatização da violência» que «encosta a sociedade à parede», induzindo a colonização da política criminal pelos lastros da irracionalidade. E, por essa via, «convertendo tendencialmente o delinquente em inimigo e o direito penal em direito penal de inimigos (*Feindstrafrecht*)»⁽¹¹⁶⁾. Tudo isto à vista de pretensas «desordens explosivas (*explosionsartige Ausschreitungen*)»⁽¹¹⁷⁾ que condicionarão «as experiências amargas dos últimos tempos», de que, por exemplo, SCHÄFER se louva para denegar, por princípio, qualquer *efeito-à-distância*⁽¹¹⁸⁾ à proibição de valoração. E a que a generalidade dos autores se acolhem para racionalizar aquela relativização e funcionalização de princípios clássicos, até aqui irrenunciáveis na sua integridade. É o que HASSEMER apostrofa como atentado irreparável à nossa *Rechtskultur*. «Exemplos paradigmáticos disso — prossegue o autor — são hoje sobretudo oferecidos pelas proibições de prova, nomeadamente a aceitação de princípio de que, em caso de criminalidade grave, terão de valorar-se também diários privados ou o encurtamento drástico do efeito-à-distância das proibições de valoração»⁽¹¹⁹⁾.

3. Acentuando a tensão agónica da antinomia Estado-indivíduo, os dados da experiência processual que deixámos assinalados não perturbam a linearidade da conflitualidade emergente. Diferentemente, já o segundo aspecto que nos propomos sublinhar introduz perturba-

(116) HASSEMER, *StV* 1990, págs. 329 e segs. No mesmo sentido e a propósito da problemática específica das proibições de prova, WOLTER, *StV* 1990, págs. 175 e segs. Cfr. ainda HERRMANN, *Jescheck-Fs.*, pág. 1300. Sobre o conceito de *moral panic*, introduzido por S. COHEN (*Folk Devils and Moral Panics. The Creation of the Mods and Rockers*, 1972) e a sua influência na política criminal, cfr. MAHIESEN, «Contemporary Penal Policy», págs. 112 e segs.

(117) Cfr., neste sentido, o *VG Berlin*, *NJW* 1981, págs. 1748 e seg.

(118) SCHÄFER, *ob. cit.*, Rn. 42.

(119) HASSEMER, *Maihofer-Fs.*, pág. 203.

ções naquela linearidade. Tropismos registados de ambos os lados acabaram, com efeito, por levar a conflitualidade ao interior de cada um dos polos.

a) As coisas mostram-se já relativamente decantadas do lado dos tópicos que, por via de tradição, relevavam exclusivamente da posição e dos interesses do indivíduo e que entretanto perderam a sua unidimensionalidade, ganhando uma nova e insuspeitada valência sistémico-social. Que confrontando o indivíduo, podendo mesmo frustrar as suas expectativas, tende invariavelmente para cercear o campo de actualização da sua autonomia.

Neste plano avulta sobremodo o que a doutrina constitucional vem tratando como a *dupla natureza* ou *dupla dimensão* dos direitos fundamentais⁽¹²⁰⁾. Com o que se presta homenagem à ideia, posta em evidência por LUHMANN, e segundo a qual os direitos fundamentais emergem hoje, além do mais, também como *valores* ou *fins* — *instituições* lhes chama o autor — do moderno Estado de Direito. E, enquanto tais, a reclamarem formas autónomas de tutela. Isto em nome da sua essencialidade para a definição e a imagem do Estado como verdadeiro Estado de Direito. Como num dos últimos escritos recorda LUHMANN: «Embora historicamente tenham sido formulados contra o Estado absoluto e apoiados no direito natural, eles só ganharam a sua verdadeira função na democracia, em que protegem, além da pessoa individual, as outras áreas da sociedade contra o universalismo da política possível»⁽¹²¹⁾.

É o que a citação do *direito à palavra* — que o legislador constituinte português acaba de elevar expressamente à categoria e estatuto dos *direitos, liberdades e garantias* (CR, art. 26.º, n.º 1) — permite ilustrar. A dimensão e a valência individuais do direito à palavra falada, de estrutura e sentido idênticos aos do direito à imagem, são

(120) Para uma primeira síntese, cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, págs. 432 e segs. e 518 e segs.; VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais*, págs. 143 e segs.; AMELUNG, *Die Einwilligung*, págs. 21 e segs.; LUHMANN, *Grundrechte*, págs. 12 e segs.; COSTA ANDRADE, «Oportunidade e Consenso», págs. 332 e segs.

(121) LUHMANN, *Soziologische Aufklärung*, 4, pág. 91.

por demais evidentes, como as tentativas de definição e conceptualização não deixam, invariavelmente, de denotar. Reconduzindo-se à «liberdade de disposição na área da comunicação não pública» (SUPPERT), este direito visa, em primeira linha, garantir «a plena disponibilidade da pessoa humana sobre a palavra falada, como expressão directa da sua personalidade e da sua dignidade» (SCHMIDHÄUSER) (122). O seu reconhecimento e tutela visam, como o Tribunal Constitucional Federal germânico pertinentemente acentua, garantir «a todo o homem — e só a ele — a decisão sobre quem pode gravar a sua voz bem como, e uma vez registada num gravador, se e perante quem a voz pode ser de novo ouvida» (123).

Para além deste significado pessoal-individual, a palavra assume uma não menos inequívoca relevância comunitária e institucional — de «instituição das instituições» fala BAPTISTA PEREIRA. A tutela da palavra ganha, por esta via, uma dimensão objectiva. Com ela visa-se também preservar a «acção comunicativa», inocente e autêntica, à margem de alienação e coerção, como condição da *confiança nas relações sociais* (E. CORREIA) (124) e, por isso, do reforço da solidariedade e da coesão sociais. Como acertadamente adverte o Tribunal Constitucional germânico: «a inocência e a autenticidade da comunicação humana seriam drasticamente perturbadas se tivéssemos de conviver com a consciência de que todas as nossas palavras — por vezes uma expressão não reflectida nem contida, uma tomada de posição meramente incidental no decurso de uma conversa ou uma formulação apenas compreensível no contexto de uma situação especial — nos pudessem ser oponíveis noutra ocasião e noutro contexto, pudessem vir a ser valoradas com o seu conteúdo, conotação e intensidade como depoimentos contra nós próprios» (125).

As coisas são ainda mais impressivas do lado daqueles direitos

(122) Cfr. SUPPERT, *Studien*, pág. 169; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, B.T.*, pág. 63. Sobre o tema, cfr. ainda, COSTA ANDRADE, *Sobre a Valoração*, págs. 53 e segs., e *infra*.

(123) JZ 1973, pág. 505.

(124) EDUARDO CORREIA, in *Actas*, pág. 111 (fundamentação do art. 192.º, *Violação da intimidade*, do Anteprojecto de Código Penal).

(125) JZ 1973, pág. 505.

fundamentais que se foram afirmando e decantando ao longo do processo histórico de afrontamento entre o indivíduo e o Estado detentor do *jus puniendi*. E cujo triunfo correspondeu à cristalização como princípios essenciais do processo penal próprio de um Estado de Direito. É, com efeito, através deles que, acima de tudo, o Estado de Direito se afirma, se mostra e se demonstra. Expressões concretizadas de liberdade, estes direitos fundamentais colhem o étimo e a legitimação material naquela autonomia radical da pessoa que podemos, acolhendo-nos mais uma vez à lição do Tribunal Constitucional Federal alemão, definir como a «disponibilidade sobre si próprio (*Verfügbarkeit über sich selbst*)» (126). Só que acabam igualmente por assumir a função de princípios — de instituições — irrenunciáveis do processo penal. Na síntese de AMELUNG: «Estes direitos fundamentais não tutelam apenas a pessoa do cidadão mas também o interesse da comunidade de que o processo penal decorra segundo as regras do Estado de Direito. Daí que o cidadão não possa renunciar à observância de tais máximas já que por essa via não poria apenas em causa os seus interesses, antes atingiria também os interesses do Estado» (127). Em que avulta, precisa o autor, o interesse de preservar a sua imagem e «reputação como Estado de Direito, cujos agentes não torturam nem exploram sexualmente mulheres quando chamadas ao processo penal» (128).

É por esta via — e não apelando para uma qualquer imagem arquetípica do homem, projectada a partir da dignidade humana (*Menschenwürde*) e heteronomamente imposta ao indivíduo (129) — que há-de compreender-se o que, numa primeira aproximação, aparecerá como o paradoxo da irrelevância jurídica do *consentimento* face, v. g., aos métodos de prova previstos no artigo 126.º do CPP.

(126) BVerfGE, 49, pág. 298 (*apud* AMELUNG, «Zulässigkeit und Freiwilligkeit», págs. 21 e seg.).

(127) AMELUNG, *ob. cit.*, pág. 9. Do mesmo autor e no mesmo sentido, *Die Einwilligung*, págs. 21 e segs.; *Informationsbeherrschungsrechte*, págs. 21 e segs.

(128) AMELUNG, «Zulässigkeit und Freiwilligkeit», pág. 11.

(129) Neste sentido, desenvolvadamente, AMELUNG, *ob. cit.*, págs. 8 e segs.; *Informationsbeherrschungsrechte*, págs. 21 e segs.; KÜHNE, *Strafprozessuale Beweisverbote*, págs. 100 e segs.

Configurando um cerceamento da autonomia pessoal, a ineficácia do consentimento apresenta-se igualmente onerosa para o Estado. Isto na medida em que implica abrir mão das gratificações próprias das formas consensuais de redução da complexidade em troca dos custos duma conflitualidade exposta e assumida e, por isso, de soluções monologicamente impostas ⁽¹³⁰⁾. Custos que poderão em casos extremados — como a referência à problemática específica da utilização do *lie-detector* permitirá aclarar — revelar-se dificilmente sustentáveis. Mas por que o legislador português, à semelhança do direito germânico (cfr. § 136a) da StPO), optou decididamente. Precisamente em nome do interesse público de o «Estado, face a uma situação tão carregada de conflitualidade como é o processo penal, se proteger contra a censura de que os seus agentes não terão actuado em termos conformes ao direito» ⁽¹³¹⁾.

b) A perda relativa da unidimensionalidade e da linearidade dos sentidos normativos que irradiam dos direitos fundamentais foi acompanhada de mutações convergentes no polo oposto.

Também no que toca à compreensão dos valores ou metas a alcançar com a justiça penal — *maxime*: proteger bens jurídicos, reafirmar a validade das normas e reforçar a confiança na sua vigência, restabelecer a paz jurídica e prosseguir a verdade preordenada à realização da justiça material — ocorreram transformações significativas. Que induziram a abertura a sentidos ou valores até então exclusivamente imputados às posições ou interesses do indivíduo, nomeadamente o arguido.

É o que DENCKER procura pôr a descoberto no contexto duma *teoria do fim de protecção das proibições de valoração orientado para a prevenção geral* ⁽¹³²⁾. Segundo o autor, as metas da prevenção geral só poderão, de algum modo, atingir-se através da «actualização e preservação da consciência dos valores ético-sociais», não apenas na direcção da pena mas também do próprio procedimento do

⁽¹³⁰⁾ Desenvolvidamente, COSTA ANDRADE, «Oportunidade e Consenso», págs. 331 e segs.

⁽¹³¹⁾ AMELUNG, «Zulässigkeit und Freiwilligkeit», pág. 12.

⁽¹³²⁾ DENCKER, *Verwertungsverbote*, págs. 59 e segs.

punir ⁽¹³³⁾. Ora, argumenta, a sentença condenatória perderá a idoneidade para criar e sustentar valores ético-jurídicos sempre que ela própria assenta no atentado a bens jurídicos. Na síntese do autor, as proibições de valoração deverão, por isso, conceber-se como «imperativos de auto-purificação da justiça em ordem a neutralizar a perda da autoridade já ocorrida (através da violação da proibição de produção da prova) e impedir a sua comunicação à sentença» ⁽¹³⁴⁾.

A exigência da *superioridade ética* do Estado (EB. SCHMIDT), das suas *mãos limpas* (RADBRUCH) na veste de promotor da justiça penal ⁽¹³⁵⁾, sem o que será pírrica toda a vitória alcançada na luta contra o crime, vem sendo recorrentemente glosada pelos autores. Nesta linha, aponta HASSEMER a «perda de dignidade e de distância que o Estado a si mesmo se inflige» através da violação das proibições de prova, que significa o «encurtamento da diferença ética que deve subsistir entre a perseguição do crime e o próprio crime». O Estado, prossegue o autor, «expõe-se ao perigo da erosão daquela superioridade moral do processo penal que constitui a justificação das medidas coercivas que nele podem vir a ser aplicadas» ⁽¹³⁶⁾. Em sentido con-

⁽¹³³⁾ *Ob. cit.*, págs. 60 e segs.

⁽¹³⁴⁾ DENCKER, *ob. cit.*, pág. 65. Em sentido convergente, enfatizando o *Grundsatz des guten Gesprächs* («é aqui que começa a ressocialização do delinquente»), OTTO, GA 1970, pág. 298.

⁽¹³⁵⁾ Segundo EB. SCHMIDT, «representado pelos órgãos da perseguição penal, o Estado tem de demonstrar face ao arguido a correcção humana e, por isso, aquela *superioridade ética* por que Radbruch sempre se bateu». Cfr. *Lehrkommentar*, Teil II, pág. 358. Por seu turno, também RADBRUCH sublinhava já que os fins das penas, «entendidos como retribuição ou correcção através da pena, pressupõem que a condenação seja alcançada com as *mãos limpas*; que já o poder do Estado corporizado pela polícia se perfila perante o arguido com uma superioridade ética acima de toda a dúvida. De outra forma, não pode a retribuição ser assumida como expiação assente no reconhecimento da culpa e a correcção permanecerá como mera palavra, vazia de todo o conteúdo efectivamente educativo». RADBRUCH, *Sauer-Fs.*, pág. 125. Fazendo-se eco das mesmas preocupações, sustentava MUELLER no 46.º Congresso dos Juristas Alemães (1966): «seria um atentado à ética e à dignidade do soberano se o Estado entendesse não só autorizar os seus agentes a violar as garantias jurídicas dos cidadãos como ir ao ponto de apoiar as suas decisões jurisdicionais em tais ofensas aos direitos». Cfr. MUELLER, «Beweisverbote», pág. 48.

⁽¹³⁶⁾ HASSEMER, *Maihofer-Fs.*, pág. 204.

vergente considera OTTO que o aproveitamento de um meio de prova, obtido à custa da dignidade humana do arguido, para a sua condenação «contraria a ideia de direito a cuja realização o processo penal está preordenado. Quem, em ordem à realização da ideia de direito, tira vantagens da sua violação, perde a credibilidade e sacrifica, por via disso, a eficácia na sua tentativa de emprestar vida e força real à ideia de direito» (137).

O que fica dito ajudará a compreender a permeabilidade — de algum modo, a «colonização» — da perseguição penal pelos sentidos e injunções que radicam na dignidade, na autonomia e nas liberdades do arguido. O que implica o reforço e multiplicação das barreiras à procura da verdade, *sc.*, das proibições de prova. Podem, assim, emergir proibições de prova que, mais do que impostas pela complexidade do ambiente (direitos fundamentais do arguido) representam limitações assumidas pelo próprio sistema processual penal, a partir da sua abertura e reinterpretação autorreferente do significado normativo e pragmático dos direitos fundamentais. Na plasticidade da linguagem de LUHMANN, o «sistema interioriza o ambiente», também por este lado se pondo em causa o modelo mecanicista e unidimensional da antinomia entre o indivíduo e o Estado.

(137) OTTO, *Kleinknecht-Fs.*, pág. 330. Sobre a ideia da *legitimação da punição* como fundamento axiológico e normativo das proibições de prova e suas implicações prático-jurídicas, *cfr.*, desenvolvidamente, AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, págs. 20 e segs. Na síntese do autor, «ao punir um delinquente, o Estado só poderá fazê-lo em nome da pretensão de agir como *guardião do direito*. Uma pretensão que acaba por perder a credibilidade sempre que a sua imposição assenta na violação do direito». O que equivale a concluir pela exclusão dos meios de prova logrados pelo Estado à custa da sua própria infracção à lei. De outra forma, argumenta o autor, perder-se-á a legitimação da pena. Tanto do ponto de vista *normativo* («é o Estado a contrariar a sua própria pretensão ao violar o direito para garantir o direito») como *psicológico* (precludendo-se a eficácia preventiva, tanto geral como especial, da pena). Acresce que este procedimento acaba por atingir gravemente a *imagem* (*Ansehen*) do Estado. «Enquanto Estado de Direito, ele tem de aparecer perante o delinquente como um poder dotado de superioridade ética e não apenas como uma mera máquina de coerção (*Gewaltmaschinerie*) apostada em dominá-lo, numa luta à margem de todas as regras». AMELUNG, *ob. loc. cit.* Em sentido convergente, HAFKE, *GA* 1973, pág. 72; GEPPERT, *JR* 1988, pág. 474; WOLTER, *Meyer-Gs.*, págs. 502 e segs.

c) α) Acresce, a densificar o universo de tópicos, que a antinomia Estado-indivíduo não esgota só por si as linhas de clivagem e conflitualidade subjacentes ao regime das proibições de prova. O que retira suporte às tentativas, como a já assinalada e subscrita por ROGALL, de reconduzir a teleologia das proibições de prova à ideia de *instrumentos de tutela de direitos individuais* contra o interesse da perseguição e realização da justiça penal (138).

Não pode, naturalmente, deixar de acompanhar-se HENKEL quando refere que as proibições de prova radicam na «consideração de outros interesses, que colidem com o interesse da descoberta da verdade, mas a que em concreto se reconhece o primado» (139). Simplesmente, não parece que deva encarar-se o arguido como titular ou portador exclusivo dos direitos, interesses ou bens jurídicos cuja salvaguarda pode ditar, em concreto, balizas à descoberta da verdade. Pelo contrário, só uma arrumação e imputação policêntricas daqueles interesses abrirá a porta a uma adequada compreensão teleológica das proibições de prova.

β) É o que um rápido olhar sobre as proibições de prova a que a lei positiva assegura guarida expressa deixa ficar claro.

β.1 — As proibições de prova podem resultar do primado reconhecido a valores ou interesses de índole supra-individual como os subjacentes ao *Segredo de funcionários* e *Segredo de Estado* (arts. 136.º e 137.º do CPP). Ao mesmo plano hão-de reconduzir-se os valores ou princípios atinentes à ideia de *fair trial*, ao princípio da audiência ou ao princípio da *cross-examination* a que em boa medida presta homenagem a *rule against hearsay* (140).

β.2 — Não faltam autores a interpretar determinadas proibições de prova como obedecendo ao propósito de excluir meios de prova *susceptíveis de pôr em perigo a própria verdade*. Neste sentido devem, segundo por exemplo GÖSSEL — e ao arrempeço do que vem

(138) *Cfr.* ROGALL, *ZStW* 1979, págs. 20 e segs.; *NSiZ* 1988, págs. 391 e segs. Em sentido crítico, desenvolvidamente, GÖSSEL, *NJW* 1981, pág. 651, e *GA* 1991, pág. 486. Sobre a pluralidade e heterogeneidade dos interesses ou valores susceptíveis de ditar as proibições de prova, *cfr.* já BELING, *Die Beweisverbote*, págs. 5 e seg.

(139) HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, pág. 269.

(140) *Cfr.*, por todos, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, págs. 299 e segs.

sendo o entendimento da jurisprudência e a opinião maioritária dos autores — compreender-se proibições de prova como as que resultam dos artigos 132.º, n.º 2 (*Deveres gerais das testemunhas*) e 134.º (*Recusa de parentes e afins*) do CPP.

Na Alemanha, e face ao § 55 da StPO — de conteúdo sensivelmente idêntico ao disposto no n.º 2 do artigo 132.º do CPP — a jurisprudência e a doutrina dominante inclinam-se para o primado da tutela dos direitos ou posições da própria testemunha. De acordo com o Tribunal Federal, tratar-se-à, em primeira linha, de poupar à testemunha o conflito e o embaraço de ter de depor contra si própria⁽¹⁴¹⁾. Na mesma linha se tem, em geral, interpretado e aplicado o § 52 da StPO alemã, no fundamental correspondente ao artigo 134.º da lei processual portuguesa e que reconhece à testemunha o direito de recusar depoimento contra *parentes ou afins*. Para além de poupar à testemunha o conflito de consciência, este preceito visará igualmente salvaguardar as *relações de confiança*, essenciais à *instituição familiar*, aqui tratada como autónomo bem jurídico, merecedor de tutela. «O direito de recusa — escreve SCHÄFER — não é apenas outorgado por causa do conflito de consciência da própria testemunha mas também para protecção da família do acusado. Nesta medida, a esfera jurídica do acusado é directamente atingida quando, por falta do esclarecimento legalmente exigido, uma testemunha sem formação jurídica não pode decidir livremente sobre se deve ou não fazer uso do seu direito ao silêncio»⁽¹⁴²⁾. Na mesma direcção, acentua GRÜNWALD que este regime obedece à «ideia de que ninguém deve ver-se obrigado a contribuir para levar os seus familiares à prisão». Acresce a «necessidade que a pessoa tem de confiar nos seus parentes mais próximos, sem ter de recear que o Estado» a obrigue a depor contra eles. «Nesta medida — prossegue GRÜNWALD — protege-se também o interesse da comunidade na existência de relações de confiança entre os membros da mesma família»⁽¹⁴³⁾. Na síntese do tribunal Federal (BGH, St 11, 216), o direito da testemunha ao silêncio

⁽¹⁴¹⁾ Por todos, SCHÄFER, in LÖWE/ROSENBERG, *Einleitung*, Cap. 14, Rn. 54.

⁽¹⁴²⁾ SCHÄFER, *ob. cit.*, Rn. 51.

⁽¹⁴³⁾ GRÜNWALD, JZ 1966, pág. 407.

tem subjacente «a consideração solícita (*schonenden Rücksicht*) pelos laços familiares que ligam a testemunha e o acusado». Esta interpretação doutrinal e jurisprudencial não deixa de enfatizar ao mesmo tempo o relevo da *verdade material*. Só que lhe adscribe um plano secundário, reconhecendo-lhe, por isso, uma tutela meramente reflexa.

Afastando-se deste entendimento tradicional e dominante, sustenta GÖSSEL que só na perspectiva do *primado da verdade material* poderá alcançar-se uma interpretação correcta do direito de recusa de depoimento quer contra si próprio quer contra parentes e afins (respectivamente, arts. 132.º, n.º 2, e 134.º do CPP)⁽¹⁴⁴⁾. Tanto num caso como noutro, argumenta GÖSSEL, uma «consideração mais realista» obriga a concluir que estes «preceitos legais só podem ser vistos como preordenados a evitar, no interesse da verdade, depoimentos marcados pelo conflito»⁽¹⁴⁵⁾.

Não é nosso propósito assumir nesta sede uma posição definitiva sobre a controvérsia. Sempre declinaremos a nossa convicção quanto ao bem fundado da concepção tradicional na parte em que adscribe o primado no programa de tutela destas proibições de prova aos interesses pessoais da testemunha, individualmente considerada (art. 132.º, n.º 2), ou na teia das relações de confiança e solidariedade que a instituição familiar oferece⁽¹⁴⁶⁾. Uma interpretação cujo acerto no con-

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr., do autor, NJW 1981, págs. 653 e 2219; GA 1991, págs. 488 e segs., e Bockelmann-Fs., pág. 805. Já antes e no mesmo sentido, EB. SCHMIDT, JZ 1958, págs. 599 e segs.

⁽¹⁴⁵⁾ NJW 1981, pág. 653; no mesmo sentido, GA 1991, págs. 489 e segs.

⁽¹⁴⁶⁾ Não cremos, em qualquer caso, que possa considerar-se definitivo o argumento de GÖSSEL segundo o qual a doutrina dominante não logra explicar o facto de ao parente ou afim assistir a faculdade de renunciar ao direito de recusa de depoimento, dessa forma atingindo a família ou a esfera jurídica do arguido (Bockelmann-Fs., pág. 805). O argumento é, pelo menos, neutralizado pela consideração invocada, v. g., por GRÜNWALD, contra a tese do primado da procura da verdade. «Pois, refere o autor, a verdade é que em caso de depoimento feito livremente, ele não deixa de ser recebido, apesar do seu possivelmente escasso valor probatório» (JZ 1966, pág. 497). Para uma crítica da ideia da procura da verdade como referente material geral das proibições de prova, AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, págs. 14 e segs.

texto do direito português se nos afigura claramente reforçado pelo teor dos pertinentes dispositivos legais.

Seja ou não assim o que cabe sublinhar é a existência de proibições de prova em que os interesses a salvaguardar, susceptíveis de colidir com a descoberta da verdade e impor o seu recuo, transcendem a esfera dos interesses ou direitos encabeçados pelo arguido.

β.3 — Numa amostragem sincopada meramente ilustrativa, podem ainda citar-se proibições de prova como as atinentes ao *segredo profissional* (art. 135.º do CPP) e à utilização do polígrafo.

No primeiro caso e a par da tutela de interesses individuais, avulta, já o vimos, a salvaguarda das *relações de confiança* sobre que assenta o exercício de certas profissões ou práticas confessionais e, por essa via, a preservação da integridade da imagem das próprias profissões, como instituições indispensáveis à vida comunitária ⁽¹⁴⁷⁾.

Também a proibição do *lie-detector*, reconhecida em termos que procuraremos aclarar, está longe de ser exclusivamente ditada pela consideração dos interesses do arguido. Na medida em que se sobre põe ao próprio *consentimento* do arguido, a proibição do polígrafo obedece também ao propósito de salvaguarda dos direitos de terceiros. «Pois, — argumenta, por exemplo AMELUNG — quando um arguido concorda com a utilização do detector de mentiras e um outro recusa, isto levanta facilmente a suspeição de que este último tem algo a esconder. Os arguidos a quem se propõe que se submetam ao detector de mentiras podem, assim, sentir-se pressionados a aceitar a proposta para evitar suspeitas infundadas. Mesmo quando assente no consentimento de um arguido, a utilização do detector de mentiras acaba por ameaçar o direito fundamental à liberdade de expressão de todos os que se encontram na mesma situação de suspeita» ⁽¹⁴⁸⁾.

d) No elenco das razões da complexidade problemática das proibições de prova, a reclamar do intérprete e aplicador do direito uma laboriosa e filigrânica reelaboração — de resultados sempre aleató-

rios — hão-de, por último, mencionar-se duas outras e decisivas circunstâncias.

α) A primeira prende-se com a ambivalência estrutural desta figura. Se, numa primeira aproximação, as proibições de prova aparecem como institutos próprios do processo penal, a verdade é que elas assumem uma função marcadamente protectiva, análoga à do direito penal substantivo ⁽¹⁴⁹⁾. O que explica a comunicabilidade com a dogmática do direito penal material e o apelo cada vez mais frequente aos seus modelos de imputação e categorias. O que se vem passando com os critérios e princípios nucleares da doutrina da imputação objectiva — cada vez mais insistentemente invocados quer na identificação e determinação do âmbito das proibições de valoração quer na equacionamento e superação de áreas problemáticas mais circunscritas, como a dos *conhecimentos fortuitos* e do *efeito-à-distância* — representará apenas a manifestação mais recente e mais expressiva da tendência.

Exposta às antinomias e conflitos do direito material, a doutrina das proibições de prova edifica-se, assim, sobre a «dupla contingência» de que o discurso penal substantivo e adjectivo reciprocamente se alimentam. Daí, em síntese, que esta doutrina traga invariavelmente consigo o estigma de Jano, prestando ao mesmo tempo homenagem ao horizonte político-criminal e axiológico do direito penal substantivo e do direito adjectivo. É o que claramente espelha a *teoria da esfera jurídica*. Foi com ela que o BGH alemão se propôs identificar as hipóteses em que a violação duma proibição de produção deve dar origem a uma proibição de valoração de prova. Mas ela surgiu em primeira linha como uma doutrina das condições e da legitimidade para a interposição de recurso de revista, isto é, como uma *Theorie des Revisionsrügerechts* ⁽¹⁵⁰⁾.

β) De enfatizar, em segundo lugar, o carácter movediço da própria realidade, sc., das expressões da vida a enquadrar normativa e dogmaticamente pela doutrina das proibições de prova. Isto mercê

⁽¹⁴⁷⁾ Desenvolvidamente, RUDOLPHI, *Schaffstein-Fs.*, págs. 440 e seg.; SCHÜNEMANN, *ZStW* 1978, págs. 51 e segs.

⁽¹⁴⁸⁾ AMELUNG, «Zulässigkeit und Freiwilligkeit», pág. 15. No mesmo sentido, MEYER, in *LÖWE/ROSENBERG*, § 136a), Rn. 45, e PÜTTNER/BRÜHL, *JA* 1987, pág. 297.

⁽¹⁴⁹⁾ Em sentido convergente, levando o regime das proibições de prova à categoria das normas *processuais penais materiais*, TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, págs. 212 e segs.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr., por todos, GRÜNWARD, *JZ* 1966, págs. 490 e segs.

sobretudo do impacto das novas e insuspeitadas realizações da ciência e tecnologia a que a produção da prova em processo penal se encontra, consabida e privilegiadamente, exposta. Se as últimas décadas trouxeram consigo a massificação de meios de agressão e devassa como o gravador, as tele-objectivas, os aparelhos de escuta e captação de imagem, debatemo-nos hoje com os problemas decorrentes da recolha e tratamento informático de meios probatórios. Noutra direcção, deixou já de relevar da futurologia a utilização em processo penal das aquisições da ciência genética. Nomeadamente, pela via das impropriamente chamadas «impressões digitais genéticas». Que permitam o acesso à estrutura — radicalmente individual e incomunicável e susceptível de representação gráfica — do ADN do núcleo da célula. E tornam possível obter provas irrefutáveis sobre a autoria, v. g., de crimes sexuais ou violentos, isto é, das infracções que deixam atrás de si substâncias biológicas como sangue, esperma, cabelos, tecidos cutâneos, saliva, etc. Mas que suscitem todo um cortejo de interrogações, atenta nomeadamente a frustração da *autonomia sobre a informação* dos suspeitos ou de terceiros. E a reclamar, por isso, uma legitimação que, a não passar necessariamente pelo *consentimento*, não vemos em qualquer caso que possa pura e simplesmente pedir-se às normas que prevêm a submissão a exames da pessoa. Como propende a entendê-lo o BGH germânico, que julga para tanto bastante o regime do § 81a) da StPO, na parte em que prevê a submissão à recolha compulsiva de sangue ⁽¹⁵¹⁾.

Tudo a avivar o estigma da fragmentaridade e provisoriidade da reflexão atinente às proibições de prova. E, inversamente, a desincentivar a *hybris* da pretensão de qualquer tratamento acabado e definitivo.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr., neste sentido, a decisão de 21.8.1990 (NJW 1990, pág. 2944). Para uma primeira síntese das questões envolvidas e das soluções propugnadas, STERNBERG-LIEBEN, NJW 1987, págs. 1242 e segs.; PÜTTNER/BRÜHL, JZ 1987, págs. 530 e seg.; WOLTER, *Aspekte*, págs. 17 e 24; KELLER, NJW 1989, págs. 2289 e segs.; GÜNTHER, ZStW 1990, págs. 282 e segs.; RADEMACHER, NJW 1991, págs. 735 e segs.; GÖSSEL, GA 1991, pág. 507, *Meyer-Gs.*, págs. 121 e segs.; DONATSCH, *Schwz* 1991, págs. 175 e segs.

CAPÍTULO II

REDUÇÃO CONCEITUAL E METODOLÓGICA. O PARADIGMA ASSENTE NA PROIBIÇÃO DE VALORAÇÃO

§ 6. REDUÇÃO CONCEITUAL E TEMÁTICA

1. Nem só a descoberta da verdade, preordenada à realização da justiça pela via da perseguição, identificação e punição dos agentes do crime, poderá reclamar a utilização de provas de algum modo atinentes à área problemática das proibições de prova. Para além disso e como já deixámos sugerido, não será difícil configurar situações ou constelações típicas em que a produção ou valoração daquelas provas constitui meio idóneo e necessário à promoção de autónomos e relevantes valores ou interesses transprocessual-penais. E tanto interesses encabeçados em portadores individuais como interesses de alcance comunitário. Como sucederá, para além da hipótese já referenciada de se prevenir o perigo de condenação de um inocente, quando a audição duma gravação ilícita constitua o único meio de obter ganho de causa numa acção de divórcio ⁽¹⁾. Ou ainda quando a escuta telefónica, a coacção, mesmo a tortura ⁽²⁾, configure o único

⁽¹⁾ Sobre as constelações típicas referenciadas no texto, cfr. OTTO, *Klein-knecht-Fs.*, págs. 234 e segs.; KLUG, *Sarstedt-Fs.*, págs. 117 e segs.

⁽²⁾ Sobre a hipótese concreta da tortura, HASSEMER, *Maihofer-Fs.*, pág. 188. Particularmente controversa a resposta à questão em que medida é possível utilizar para efeitos de prevenção de perigos, nomeadamente de prevenção de novos crimes, conhecimentos obtidos através de escutas telefónicas legalmente produzidas no contexto da perseguição de determinados crimes. Ou, em termos mais abstractos: é legítima a «mudança de fim» (*Zweckänderung*) dos meios de prova, convertendo-os de «espada» (dirigida contra os suspeitos) em «escudo» (de protecção de vítimas poten-

meio de localizar o engenho explosivo com que um perigoso agrupamento terrorista ameaça consumir um massacre de inocentes.

A vida oferece, assim, uma fenomenologia de casos concretos em que a realização da prova em processo penal pode relevar ao mesmo tempo como instância de prevenção de perigos (*Gefahrenabwehr*). Hipóteses que têm levado a doutrina e a jurisprudência a questionar-se sobre a possibilidade de recurso a figuras como a legítima defesa e o direito de necessidade em ordem à justificação de meios ou métodos de prova, em geral, proibidos. Um problema que tem provocado as hesitações da jurisprudência e dividido os autores. No que, por exemplo, concerne ao direito de necessidade, a *praxis* jurisprudencial entende que não será admissível invocar-se o § 34 do StGB quando a intervenção das autoridades «visa exclusivamente a obtenção de meios de prova com vista à ulterior condenação do acusado». Enquanto isto admite-se, porém, que «em casos manifestamente excepcionais» seja possível recorrer ao § 34 StGB para justificação da prevenção de perigos⁽³⁾. Já do lado da doutrina as posições tendem a extremar-se: entre os que (v. g., SCHAFFSTEIN, LANGE ou GÖSSEL) admitem a extensão e aplicabilidade do regime de neces-

ciais) (cfr. HASSEMER, ZRP 1991, pág. 122) e, nessa medida, em elementos de comunicabilidade entre a perseguição do crime e a prevenção de perigos? O tema tem sido vivamente discutido na Alemanha, a partir, sobretudo, do chamado *Affaire Milde*. Resumidamente: escutas telefônicas legalmente realizadas na perseguição de uma associação criminosa permitiram gravar uma conversa entre o defensor de um dos suspeitos e um jornalista da revista *Stern*. No decurso da conversação e a troco de uma soma de 150.000 DM, o advogado oferecia ao jornalista uma entrevista com o seu constituinte, que revelaria dados altamente comprometedores da honra do Presidente do Governo do Estado de Hesse (*Wallmann*). Com o propósito de proteger a honra do Presidente do Governo, o Ministro do Interior (*Milde*) utilizou o conteúdo da gravação em conferência de imprensa e mesmo numa audição parlamentar. Sobre o caso concreto, os problemas jurídicos suscitados e as respostas desencontradas dos autores, GLOBIG, ZRP 1991, págs. 81 e segs. e 289 e segs.; HASSEMER, ZRP 1991, págs. 121 e segs.; RIEGEL, ZRP 1991, págs. 286 e segs. Confrontado com o problema, o Tribunal Constitucional pôde já pronunciar-se no sentido da inadmissibilidade de uma mudança essencial de fim, da perseguição criminal para a prevenção de perigos (cfr. NJW 1990, pág. 2768).

⁽³⁾ Neste sentido BGHSt 31, pág. 307. Citação e comentário *apud* WOLFLAST, NSIZ 1987, pág. 105.

sidade à intervenção das instâncias e agentes do Estado e os que, pelo contrário (v. g., AMELUNG ou HIRSCH), afastam aquela possibilidade»⁽⁴⁾.

Esta é a primeira redução da complexidade reclamada por uma adequada equacionamento da problemática específica das proibições de prova: pôr entre parênteses as constelações típicas em que a produção ou valoração do meio de prova pode justificar-se em nome da salvaguarda ou promoção de interesses transcendentais ao processo penal.

2. A necessária delimitação temática e precisão conceitual obriga, em segundo lugar, a referenciar e tentar clarificar a fronteira que separa as *proibições de prova* das meras *regras de produção da prova* (*Beweisregelungen* ou *Beweisverfahrensregeln*).

a) Como GÖSSEL acentua, as proibições de prova são «barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objecto do processo»⁽⁵⁾. Mais do que a modalidade do seu enunciado, o que define a proibição de prova é a prescrição de um *limite à descoberta da verdade*. Normalmente formulada como proibição, a proibição de prova pode igualmente ser ditada através de uma imposição e, mesmo, de uma permissão. É que, e como GÖSSEL pertinentemente assinala, «toda a regra relativa à averiguação dos factos proíbe ao mesmo tempo as vias não permitidas de averiguação»⁽⁶⁾. Assim e por exemplo, ao prever e regulamentar as formas admissíveis de *depoimento indirecto*, o artigo 129.º do CPP aponta e prescreve *eo ipso* as formas proibidas de *hearsay evidence*.

⁽⁴⁾ Cfr. AMELUNG, NJW 1977, págs. 833 e segs.; NJW 1978, págs. 623 e segs., e Informationsbeherrschungsrechte, págs. 60 e segs.; HIRSCH, LK § 34, Rn. 61 e segs.; SCHAFFSTEIN, Schröder-Gs., págs. 97 e segs.; do mesmo autor, Bruns-Fs., págs. 71 e segs.; LANGE, NJW 1978, págs. 784 e segs. Sobre o tema, cfr. ainda WOLFLAST, *ob. loc. cit.*; HASSEMER, Maihofer-Fs., pág. 188; GÖSSEL, Bockelmann-Fs., pág. 812; do mesmo autor JuS 1979, pág. 162, e GA 1980, pág. 154; JESCHECK, Lehrbuch, pág. 273; WOLTER, StV 1990, págs. 176 e seg.

⁽⁵⁾ GÖSSEL, Bockelmann-Fs., pág. 801. No mesmo sentido, do autor, NJW 1981, pág. 649, e Strafverfahrensrecht, II, pág. 95.

⁽⁶⁾ GÖSSEL, Strafverfahrensrecht, II, pág. 95. No mesmo sentido, ROGALL, ZStW 1979, pág. 6.

Diferentemente, as *regras de produção da prova* — cfr. v. g., o artigo 341.º do CPP — visam apenas disciplinar o procedimento exterior da realização da prova na diversidade dos seus meios e métodos, não determinando a sua violação a reafirmação contrafáctica através da proibição de valoração. As *regras de produção da prova* configuram, na caracterização de FIGUEIREDO DIAS, «*meras prescrições ordenativas de produção da prova*, cuja violação não poderia acarretar a proibição de valorar como prova (...) mas unicamente a eventual responsabilidade (disciplinar, interna) do seu autor» (7). Uma vez 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 ditas para obviar ao sacrifício desnecessário e desproporcionado de determinados bens jurídicos.

Este é o sentido generalizadamente adscrito pela doutrina e jurisprudência alemã a um preceito como o § 81a) da StPO. Ao prescrever que a «prova de sangue» seja efectuada por um médico, a lei processual alemã visa apenas prevenir atentados desnecessários à *integridade física*. Em termos tais que a sua violação, em caso v. g. de exames realizados por enfermeiro, não deve determinar, sem mais, uma proibição de valoração. De acordo com uma expressiva e recorrentemente citada tomada de posição do BGH: o vício «não é tão grave que haja de impor o recuo do interesse pelo esclarecimento do facto (sc., saber se o arguido provocou o acidente sob a influência do álcool), interesse a que não pode deixar de se reconhecer um significado particularmente elevado, dados os milhares de vítimas mortais que a condução sob a influência do álcool vem anualmente produzindo» (8).

(7) FIGUEIREDO DIAS, *Processo Penal*, pág. 446.

(8) BGHSt, 24, págs. 170 e segs. = NJW 1971, pág. 1097. Do lado da doutrina, cfr., v. g., AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, pág. 44. Segundo o autor, «quando se verificam os pressupostos materiais do § 81a), então assiste ao Estado o direito de dispor de uma informação que ele obteve com uma intervenção processualmente irregular». No mesmo sentido, por todos, SCHÄFER, in LÖWE/ROSENBERG, *Einleitung*, Cap. 14, Rn. 8 e segs.; GÖSSEL, *Bockelmann-Fs.*, pág. 806; NJW 1981, pág. 654, e GA 1991, pág. 492; PETERS, *Strafprozess*, págs. 280 e seg.; GRÜNWALD, JZ 1966, pág. 495; ROGALL, *NSiZ* 1988, pág. 392.

Considerações idênticas poderiam fazer-se a propósito do § 81d) da mesma codificação que, em caso de exame no corpo da mulher, susceptível de ofender o seu pudor, determina que seja efectuada por uma mulher ou um médico. Solução para que parece igualmente apontar o n.º 2 do artigo 172.º da lei processual portuguesa segundo o qual: «*Os exames susceptíveis de ofender o pudor das pessoas devem respeitar a dignidade e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter*». Também aqui, e como AMELUNG acentua, do que se trata é apenas de salvaguardar o sentimento de pudor da mulher e não de lhe garantir uma qualquer posição de domínio sobre a informação (9).

b) Resumidamente, e dito com PETERS, as *regras de produção da prova* são «*ordenações do processo que devem possibilitar e assegurar a realização da prova*. Elas visam dirigir o curso da obtenção da prova sem excluir a prova. As regras de produção da prova têm assim uma tendência oposta à das proibições de prova. Do que aqui se trata não é de estabelecer limites à prova como sucede com as proibições de prova, mas apenas de disciplinar os processos e modos como a prova deve ser regularmente levada a cabo» (10). Na caracterização convergente de AMELUNG: «*muitas normas de conduta que os órgãos da perseguição penal têm de observar nos actos de intromissão na informação (Informationseingriffen)*, não tutelam, porém, o domínio sobre a informação do portador do direito atingido, mas outros interesses. Daí que a inobservância de tais normas de conduta não determine, só por si, uma distribuição ilícita da informação (*rechtswidrige Informationsverteilung*)» (11).

No plano conceitual e abstracto, difíceis definições como estas suscitarão reservas fundadas. Mas as dificuldades subirão já de tom e as divergências ganharão em profundidade e amplitude à medida que nos aproximamos dos problemas concretos de delimitação. Isto é, quando se trata de determinar se um dado dispositivo

(9) AMELUNG, *ob. loc. cit.*

(10) PETERS, *Strafprozess*, pág. 280.

(11) AMELUNG, *ob. cit.*, pág. 44.

legal configura uma autêntica proibição de prova ou, pelo contrário, deve apenas valer como *blosse Ordnungsvorschrift*, cuja violação não arrasta consigo uma proibição de valoração. Antes fará emergir uma qualquer forma de antinormatividade, a reclamar, quando muito o regime da mera *irregularidade* (art. 123.º).

3. É o que exemplarmente demonstram as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre o significado, alcance e consistência normativa do *dever de informação e advertência* sobre o direito ao silêncio que assiste ao arguido quanto aos factos que lhe são imputados. E que a lei processual penal portuguesa consagra nos termos mais alargados: tanto na vertente do *direito a não prestar declarações* «sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo» (art. 343.º, n.º 1, do CPP); como no correspondente *dever de informação e advertência* que a lei faz impender sobre as autoridades judiciais e os órgãos de polícia criminal perante os quais o arguido é obrigado a comparecer (cfr. entre outros e para além do citado art. 343.º, arts. 61.º, n.º 1, al. g); 141.º, n.º 4, e 143.º, n.º 2).

a) Confrontados com o problema — à luz dos §§ 136 e 243 da StPO, aplicáveis respectivamente ao ministério público e ao juiz na audiência de julgamento — a doutrina e a jurisprudência alemãs vêm-se revelando divididas e inseguras.

Após algumas hesitações, o BGH propende para se fixar numa resposta diferenciada: se a violação do dever de informação por parte do juiz (§ 243) pode dar origem a uma proibição de prova e ao correspondente direito de recurso, já o mesmo não valerá para a violação do § 136 invariavelmente tratado como uma mera regra de produção da prova (12).

Esta jurisprudência do Tribunal Federal tem contra si a oposição generalizada dos autores, por via de regra favoráveis a soluções que emprestem uma maior consistência e eficácia ao dever de esclareci-

(12) Para uma informação mais desenvolvida, SCHÄFER, in LÖWE/ROSENBERG, *Einleitung*, Cap. 14, Rn. 15 e segs.; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, págs. 151 e segs.; GÖSSEL, *NJW* 1981, págs. 659 e 2219 e segs., e *GA* 1991, pág. 491; GRÜNWALD, *StV* 1987, págs. 453 e segs.; DINGELDEY, *JA* 1984, pág. 414; ESER, *ZStW* 1967, págs. 573 e segs.

mento e à *liberdade de declaração ou expressão e de decisão do arguido* que ele mediatiza. Neste sentido invocam-se os princípios fundamentais do processo penal de um Estado de Direito, que outorgam ao arguido o estatuto de um *sujeito* do processo, que não pode em qualquer caso ser coagido a contribuir *ativamente* para a sua própria condenação — *nemo tenetur se ipsum prodere*. O que tem como reverso o dogma de que toda a colaboração activa do arguido para a descoberta da verdade há-de passar pela sua *liberdade* esclarecida (13). E empresta ao dever de esclarecimento o significado de uma dimensão incindível do estatuto do arguido como *sujeito* do processo. Em termos tais que a sua frustração não poderá deixar de provocar a reacção contrafáctica da proibição de valoração. «Não pode de modo nenhum sustentar-se — refere nesta linha GRÜNWALD — que os preceitos contidos no § 136 visam apenas disciplinar a ordenação do processo. Eles garantem, pelo contrário, uma posição jurídica do acusado. Que uma afirmação do arguido feita sob violação do § 136 não pode ser valorada contra ele é o que decorre linearmente da decisão axiológica subjacente àquela norma. Só como expressão da sua liberdade pode alguém contribuir para a própria condenação. Uma liberdade que terá de preservar-se incondicionalmente e perante a qual terá de recuar o interesse na descoberta da verdade» (14).

As opiniões dos autores alemães tendem, assim, a dividir-se: entre os adeptos duma solução extremada, que liga invariavelmente a sanção da proibição de valoração à violação do dever de esclarecimento (15); e os defensores duma posição mais mitigada, segundo os quais a omissão do esclarecimento só desencadeará a proibição de valoração quando *der concretamente causa* à declaração do arguido (16). Esta última, uma concepção que apela, como correcti-

(13) Cfr., por todos, HANACK, in LÖWE/ROSENBERG (24.), § 136, Rn. 21 e segs.; GRÜNWALD, *StV* 1987, págs. 457 e segs.

(14) GRÜNWALD, *JZ* 1966, pág. 495.

(15) Cfr., neste sentido, GRÜNWALD, *JZ* 1966, pág. 495, e *JZ* 1968, pág. 752; FINCKE, *NJW* 1969, pág. 1014.

(16) Assim, v. g., ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 151; PETERS, *Strafprozess*, pág. 318; HANACK, *ob. cit.*, Rn. 55; GÖSSEL, *NJW* 1981, pág. 2220; ROGALL, *ZStW* 1979, pág. 36; AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, pág. 43.

vos, para circunstâncias como os conhecimentos específicos do arguido, a sua experiência em matéria de processo penal, estar ou não acompanhado de advogado, etc. De acordo, por exemplo, com HANACK: «no quadro do direito vigente são mais fortes as razões em que se abona a opinião segundo a qual, por princípio, terá de ocorrer a proibição de valoração. Uma excepção desta proibição só será de admitir quando *seja de excluir com segurança* o nexo de causalidade entre a omissão do esclarecimento e a declaração. Um juízo que terá de formular-se em concreto e sem apoio em meras presunções» (17).

b) Perspectivadas as coisas no contexto do direito português, tudo parece conjugar-se em abono da tese de fundo, em geral subscrita pela doutrina alemã. Pondo abertamente em causa o estatuto do arguido como sujeito do processo, frustrando nomeadamente o dogma de que a participação activa do arguido na descoberta da verdade deve passar pela sua liberdade, a omissão do esclarecimento e advertência deve desencadear a sanção da proibição de valoração. Como pôde demonstrar FIGUEIREDO DIAS, este era o entendimento já pertinente e o único compaginável com o direito positivo vigente em 1974 (18). E seria ocioso enfatizar que as inovações entretanto operadas na ordem jurídica portuguesa, tanto constitucional como ordinária, jogaram invariavelmente no sentido de deixar este entendimento sem alternativa plausível. No renovado ordenamento processual penal português, a dimensão do arguido como *sujeito do processo* avulta sobremaneira sobre a sua dimensão de «objecto» — quer de medidas de coacção quer como «meio» de prova. Na síntese de FIGUEIREDO DIAS: «O princípio da presunção de inocência, ligado agora directamente ao princípio — o primeiro de todos os princípios jurídico-constitucionais — da preservação da dignidade pessoal, conduz a que a utilização do arguido como meio de prova seja sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade — tanto no inquérito como na instrução ou no julgamento: só no exercício de uma plena

(17) HANACK, *ob. loc. cit.*

(18) FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, págs. 446 e segs.

liberdade da vontade pode o arguido decidir se e como deseja tomar posição perante matéria que constitui objecto do processo» (19).

Chegados aqui, não cremos necessário, sequer conveniente, levar mais longe as coisas no que toca à determinação das exigências específicas, atinentes, v. g., ao «nexo de causalidade» ou à «imputação objectiva». À semelhança do que sucede com as demais proibições de prova, também aqui hão-de intervir os mecanismos gerais e admissíveis de *imunização* do processo face às consequências dos vícios introduzidos pela violação de proibições de produção. O que vale tanto para o significado normativo, *ex vi* nexo de causalidade, dos conhecimentos concretos do arguido como para as ulteriores e possíveis causas de sanção do vício. Com destaque, dentre estas últimas, para a hipótese em que, já numa fase ulterior do processo e actualizado o pertinente dever de esclarecimento, o arguido acaba por reafirmar e manter as declarações anteriormente feitas à margem do necessário esclarecimento. Desde que, como ROXIN acentua, se dê o esclarecimento complementar de que as primeiras declarações não poderiam ser, de todo em todo, valoradas. «Pois, se o arguido só mantém as afirmações anteriores porque acredita que elas já não podem ser retiradas do mundo, então não pode ter-se como sanada uma infracção processual que continua a projectar os seus efeitos» (20).

4. Assinaladas as fronteiras exteriores das proibições de prova, convirá recordar as linhas essenciais da sua demarcação interior, que se projectam nas várias tentativas de classificação e sistematização propostas pelos autores. Nem sempre se revestindo de igual e óbvio significado normativo e prático-jurídico, as classificações das proibições de prova apelam para um espectro diversificado de critérios. Para o efeito, privilegiam-se fundamentalmente tópicos como: matriz normativa (constitucional ou ordinária); área e alcance de tutela; universo de destinatários; carácter absoluto ou relativo; sede processual

(19) FIGUEIREDO DIAS, «Sobre os Sujeitos», págs. 27 e seg.

(20) ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 152. No mesmo sentido, GRÜNWARD, JZ 1968, pág. 752; SCHUMANN, MDR 1969, pág. 102.

ou extra-processual de revelação do ilícito sobre que recai a reacção da proibição de prova, etc.

Tradicional e ainda hoje basilar, avulta desde logo a distinção entre *proibições de produção de prova* e *proibições de valoração de prova*. As primeiras podendo ainda assumir as formas de: proibição de temas de prova (v. g., art. 137.º do CPP, *Segredo de Estado*); proibição de métodos de prova (v. g., art. 126.º do CPP, *Métodos proibidos de prova*); proibição de meio de prova (v. g., art. 134.º, n.º 2, do CPP, testemunhas não esclarecidas sobre a faculdade de recusa de depoimento) e proibições de leitura de protocolos (v. g., art. 356.º, *Leitura permitida de autos e declarações*). Nas segundas merece, por seu turno, destaque a contraposição entre proibições *dependentes* e *independentes* de valoração, sobressaindo, entre as últimas, as proibições de valoração de matriz constitucional (21).

§ 7. PROIBIÇÕES DE VALORAÇÃO. O PARADIGMA E AS «TEORIAS»

1. São a distinção e contraposição entre a proibição de produção e a proibição de valoração, bem como a mediação entre os dois momentos, que continuam a oferecer à doutrina e à jurisprudência o horizonte normativo e dogmático de equacionamento e superação dos problemas fundamentais das proibições de prova. Como ROGALL recorda, «é aqui que residem os problemas específicos de todas as doutrinas das proibições de prova» (22). E tudo permite acreditar que este paradigma, assente na identificação e autonomização da proibição de valoração e na definição do seu regime, continuará a polarizar

(21) Para uma referência mais desenvolvida, ROXIN, *ob. cit.*, págs. 146 e segs.; GÖSSEL, *Strafverfahrensrecht*, II, págs. 95 e segs.; GA 1991, págs. 484 e segs.; SCHÄFER, in LÖWE/ROSENBERG, *Einleitung*, cap. 14, Rn. 3 e segs. Sobre a contraposição entre proibições (de valoração) *independentes* e *dependentes* cfr. especialmente, SCHLÖCHTER, *Das Strafverfahren*, págs. 5 e segs.; KRAUSS, *Gallas-Fs.*, págs. 365 e segs.

(22) ROGALL, *NSiZ* 1988, pág. 386. No mesmo sentido, GRÜNWALD, *JZ* 1966, págs. 490 e segs.

o discurso e a experiência das proibições de prova (23). Isto pesem embora as já assinaladas provisoriidade e insegurança dos resultados alcançados, bem expressa na quase incontrolável dispersão das construções que se propõem enquadrar doutrinal e pragmaticamente as questões mais relevantes.

Apesar de tudo, nada parece aconselhar que deva abrir-se mão das virtualidades deste paradigma, *sc.*, da sua fecundidade heurística e das suas potencialidades para uma adequada redução da complexidade. Não cremos, em síntese, que devam preferir-se os modelos alternativos como o que vem sendo adiantado por GÖSSEL. Que, privilegiando uma compreensão funcional ou finalístico-racional das proibições de prova — a partir da sua função especificamente processual e orientada para o recurso de revista (*Revision*) — acaba por silenciar ou, pelo menos, desvalorizar o significado da identificação concreta das proibições de valoração.

2. Não cabendo aqui uma recensão sistemática e esgotante da plétora de construções doutrinárias que se têm proposto responder ao problema enunciado, bastar-nos-emos com uma apressada referência crítica às mais credenciadas destas teorias. A começar pela *teoria da esfera jurídica*.

a) De origem jurisprudencial — foi criada e cunhada pelo BGH, que durante um período considerável a ela mais ou menos consequentemente se conformou — esta doutrina viria a colher igualmente algum eco entre os autores. Como deixámos antecipado, com a *Rechtskreistheorie* o Tribunal Federal visava em primeira linha demarcar as hipóteses de legitimidade de recurso (de revista), só de forma indirecta e reflexa curando de dar resposta ao problema da proibição de valoração.

(23) Apesar da proposta de uma nova classificação e sistematização — onde sobressai a autonomização da *proibição de conservação ou armazenamento da informação* — também a doutrina recente de AMELUNG se mantém, no essencial, fiel a este paradigma. Daí o relevo privilegiado que o autor continua a dispensar aos problemas das proibições de valoração: definição do seu estatuto dogmático, regime normativo e implicações prático-jurídicas e, sobretudo, identificação dos critérios da sua verificação concreta.

Resumidamente, o arguido só poderá interpor recurso nos casos em que a norma violada em sede de produção da prova está preordenada à tutela da sua esfera jurídica e não de quaisquer outros interesses. Numa das formulações clássicas e mais recorrentemente citadas (BGH, 11, 213) ⁽²⁴⁾, «tudo está em saber se a violação da lei atinge de modo essencial a esfera jurídica de quem pretende interpor recurso ou, pelo contrário, se tal é para ele de reduzido ou mesmo nenhum significado. Neste juízo deverá atender-se sobretudo à razão de ser dos preceitos legais bem como aos portadores dos interesses em nome dos quais eles foram proclamados».

No panorama doutrinal soam isoladas as vozes dos defensores da *teoria da esfera jurídica*. Apesar de tudo, ela é ainda sustentada, com relativa fidelidade, por autores como SCHÄFER. Isto em nome do que considera ser «o princípio geral e fundamental do processo penal segundo o qual o arguido só pode impugnar um vício processual se e na medida em que é por ele prejudicado. O arguido não está legitimado a recorrer em nome da garantia geral da conformidade do processo aos princípios do Estado de Direito» ⁽²⁵⁾. Também SAX vem defendendo o núcleo da doutrina e das implicações prático-jurídicas da *teoria da esfera jurídica*. Também ele proclama como princípio geral: «Há imperativos processuais que apenas visam assegurar a conformidade ao Estado de Direito das consequências do processo na direcção de terceiros e cuja violação deixa inteiramente intocada a conformidade ao Estado de Direito na direcção do arguido» ⁽²⁶⁾. SAX vem, porém, advogando a introdução de correcções significativas na teoria. Por um lado, propõe-se levar explicitamente as normas que visam excluir os meios de prova que põem em perigo a descoberta da verdade ao universo dos preceitos cuja violação atinge de modo essencial a esfera jurídica do arguido. Por outro lado e complementariamente, admite a existência de preceitos que, embora preordenados à tutela de terceiros, acabam igualmente por atingir a esfera jurídica do arguido, devendo, por isso, motivar a sanção da proibição de valo-

⁽²⁴⁾ Cfr. JZ 1958, pág. 620.

⁽²⁵⁾ SCHÄFER, in Löwe/ROSENBERG, *Einleitung*, cap. 14, Rn. 22.

⁽²⁶⁾ Apud GRÜNWARD, JZ 1966, pág. 491.

ração. De igual modo, também GÖSSEL leva a doutrina do nexo de causalidade entre a violação da lei e a sentença, nos precisos termos em que ele próprio a advoga, à conta do «núcleo essencial e correcto da teoria da esfera jurídica do BGH» ⁽²⁷⁾.

b) Na esteira da crítica de EB. SCHMIDT, a postura generalizada dos autores é de rejeição dos fundamentos e das implicações pragmáticas da *teoria da esfera jurídica* ⁽²⁸⁾.

Com pontos de partida e impositações distintas, os autores tendem a convergir na censura do carácter extremamente reducionista da teoria. «Por um lado — argumenta, por exemplo, ROXIN — ao arguido assiste não só o direito de que sejam observados os preceitos especificamente preordenados à sua tutela, mas também o direito geral de que seja assegurada a conformidade do processo à ideia e às exigências da justiça. Também as violações nesta área atingem, por isso, a sua esfera jurídica e podem justificar uma proibição de prova, o que patenteia a inadequação do critério para apartar as águas» ⁽²⁹⁾. Por outro lado e inversamente, é consensual o entendimento de que nem todas as violações que colidem com a esfera jurídica do arguido devem implicar, sem mais, uma proibição de valoração. Uma compreensão das coisas a que o próprio BGH acaba por sacrificar, como parece demonstrá-lo a *praxis* já recenseada, a propósito de normas como os §§ 81a) e 136 da StPO. O facto de a sua violação contender directa e univocamente com a esfera jurídica do arguido não tem impedido o Tribunal Federal de denegar sistematicamente a sanção da proibição de valoração. Tal só é possível apelando para tópicos ou princípios que transcendem claramente a *teoria da esfera jurídica* originária. O que empresta plausibilidade à observação de ROGALL de

⁽²⁷⁾ GÖSSEL, *Bockelmann-Fs.*, pág. 618. Em abono da teoria, cfr. ainda, KLEINKNECHT, NJW 1966, pág. 1539; BLOMEYER, JR 1971, pág. 145.

⁽²⁸⁾ Cfr. EB. SCHMIDT, JZ 1958, págs. 596 e segs.; GRÜNWARD, JZ 1966, págs. 490 e segs.; SCHÖNEBORN, NJW 1974, pág. 535; ROGALL, ZStW 1979, págs. 25 e segs.; TIEDEMANN, *Bockelmann-Fs.*, pág. 828; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 148; WOLTER, StV 1990, pág. 175.

⁽²⁹⁾ ROXIN, *ob. loc. cit.*

«que o BGH revogou tacitamente a *teoria da esfera jurídica*» que, deste modo, subsistirá como uma «teoria moribunda» (30).

3. Com créditos igualmente firmados aparece, em segundo lugar, a *teoria dos três graus*, também de criação jurisprudencial, agora, porém, pelas mãos do Tribunal Constitucional Federal. Originariamente pensada para a área específica dos meios de prova que contendem com a esfera da privacidade e segredo — v. g., gravações, fotografias, diários, fichas dos doentes de um consultório médico ou instituição de apoio a dependentes da droga, etc. — ela tem revelado a apetência para uma resposta à problemática geral das proibições de prova.

a) Segundo o Tribunal Constitucional Federal — e reportamo-nos ao já citado aresto de 31 de Janeiro de 1973 — devem distinguir-se três áreas ou esferas na vida privada, segundo a proximidade em relação ao círculo extremado da intimidade e, por isso, ao carácter mais ou menos contínuo e absoluto da respectiva tutela jurídica.

α) Em primeiro lugar, está a *esfera da intimidade, área nuclear, inviolável e intangível da vida privada*, protegida contra qualquer intromissão das autoridades ou dos particulares e, por isso, subtraída a todo o juízo de ponderação de bens ou interesses. O que significa a proibição radical e sem excepções de todas as provas que contendam com este círculo: «O imperativo constitucional de respeitar esta área, a esfera íntima do indivíduo, tem o seu fundamento no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, garantido pelo artigo 2.º, n.º 1, da Lei Fundamental. Na determinação do conteúdo e extensão do direito fundamental previsto no artigo 2.º, n.º 1, da Lei Fundamental há-de ter-se presente que, de acordo com a norma fundamental do artigo 1.º, n.º 1, da Lei Fundamental, a dignidade do homem é inviolável e reclama respeito por parte de todo o poder estadual. Acresce que, de acordo com o artigo 19.º, n.º 2, da Lei Fundamental, também o direito fundamental do artigo 2.º, n.º 1, não pode ser atingido no seu *conteúdo essencial*. Nem sequer os interesses superiores da comunidade

(30) ROGALL, ZStW 1979, pág. 26.

podem justificar uma agressão à área nuclear da conformação privada da vida, que goza duma protecção absoluta. Uma ponderação segundo o critério do princípio de proporcionalidade está aqui fora de causa» (31).

β) Para além deste núcleo central da intimidade, estende-se a área normal da vida privada, também ela projecção, expressão e condição do livre desenvolvimento da personalidade ética da pessoa. E, nessa medida, erigida em autónomo bem jurídico pessoal e como tal protegido tanto pela Constituição como pelo direito ordinário. Trata-se, porém — e aqui reside a sua diferença — de um bem jurídico que não pode perspectivar-se absolutamente isolado dos compromissos e vinculações comunitárias e, nessa medida, inteiramente a coberto da colisão e ponderação de interesses. O seu sacrifício em sede de prova em processo penal estará, por isso, legitimado sempre que necessário e adequado à salvaguarda de valores ou interesses superiores, *respeitadas as exigências do princípio de proporcionalidade*.

Foi esta perspectiva das coisas que ofereceu ao Tribunal Constitucional Federal o fundamento material e normativo da sua interpretação extensiva e generalizadora do regime específico e expressamente consagrado para as escutas telefónicas. E lhe permitiu concretamente sustentar a tese da admissibilidade da utilização e valoração como meio de prova das gravações obtidas sem consentimento sempre que, não contendo directamente com o núcleo da intimidade, sejam necessárias à perseguição e repressão da criminalidade mais grave. Um entendimento que já tivemos oportunidade de recensear criticamente (32). Em termos análogos e noutra sede (33), pôde o Tribunal Constitucional pronunciar-se sobre a apreensão de processos individuais num serviço público de tratamento de drogados. Por um lado, considera o Tribunal, os processos «não contendem com a esfera inviolável da intimidade mas apenas com a esfera da privacidade». Por outro lado, à normal colisão entre os interesses da privaci-

(31) JZ 1973, pág. 505.

(32) Cfr. *supra*.

(33) BVerfGE 44, 353 = NJW 1977, pág. 1489.

dade e da perseguição penal, acresce aqui o interesse relacionado com as finalidades terapêuticas em relação aos dependentes da droga. Nestes termos, sustenta o Tribunal Constitucional, os processos não poderão ser utilizadas como prova para efectivar a responsabilidade criminal dos próprios consumidores. Mas a sua valoração já será admissível se necessária à descoberta e perseguição das redes de tráfico de estupefacientes ou dos crimes graves a elas eventualmente associados.

γ) Em terceiro e último lugar, é possível referenciar a extensa e periférica área da vida normal de relação em que, apesar de subtraída ao domínio da publicidade, sobreleva de todo o modo a funcionalidade sistémico-comunitária da própria interacção. Em termos tais que, em rigor, «não terá já sentido falar-se de um direito à própria palavra» susceptível de lesão e, por isso, digno e carecido de tutela. De qualquer forma tratar-se-ia sempre de lesões socialmente adequadas e como tais socialmente toleradas. Como sucede, explicita o Tribunal Constitucional Federal, quando num armazém se gravam as encomendas de um cliente, ou o corrector da bolsa grava as ordens de transacção de um investidor. Nestas situações, considera o Tribunal, «é o conteúdo objectivo da comunicação que aparece em primeiro plano, de tal forma que a personalidade do interlocutor desaparece quase por completo, perdendo, por isso, a palavra o seu carácter privado» (34).

b) α) Os créditos — teórico-doutrinais, normativos e hermenêuticos — da construção do Tribunal Constitucional Federal afiguram-se, num primeiro exame, evidentes. Como OTTO sublinha, dificilmente poderá contestar-se o reconhecimento de uma esfera que garante ao indivíduo a possibilidade da afirmação e desenvolvimento da sua personalidade ética em plena liberdade e responsabilidade (35). Que, configurando uma dimensão conatural e incindível da dignidade humana, há-de, por isso, contar com o mesmo relevo e tutela jurídico-constitucional. O que oferece ao discurso das proibições de prova

(34) JZ 1973, pág. 505.

(35) Desenvolvidamente, OTTO, *Kleinknecht-Fs.*, págs. 323 e segs.

uma densidade axiológico-material e político-criminal de irrecusável fecundidade heurística e hermenêutica. Isto a partir sobretudo da constatação de que toda a utilização ou valoração de um meio de prova originariamente ilícito tende a reproduzir o atentado à dignidade humana e a renovar a sua danosidade social.

β) As limitações e debilidades da doutrina começam, porém, a ganhar vulto quando vista à luz dos exigentes critérios da reflexão e construção dogmáticas.

Desde logo, e como OTTO sublinha, não é fácil referenciar uma qualquer esfera da personalidade a que a ordem jurídica dispense uma protecção tão contínua e absolutizada que a coloque completamente à margem do jogo e das consequências práctico-jurídicas da colisão e ponderação de interesses — individuais ou comunitários — transcendentes ao interesse processual da descoberta dos crimes e perseguição dos criminosos.

Não menos ostensivos e comprometedores são, em segundo lugar, os défices da teoria do ponto de vista da sua operatividade normativa e práctico-jurídica. Isto dadas sobretudo as dificuldades de demarcação segura das fronteiras que separam as três áreas e os respectivos regimes, entre as quais medeiam, mais do que linhas de clivagem e de contraste, zonas de penumbra. Como o próprio Tribunal Constitucional Federal reconhece: «É difícil balizar em abstracto quando uma gravação oculta contende com a área pura e simplesmente inviolável da conformação privada da vida ou quando, inversamente, ela atinge apenas aquela área da vida privada exposta, sob determinados pressupostos, à intervenção estadual. Esta é uma questão que só pode ser respondida caso a caso, atendendo a todas as circunstâncias particulares» (36).

Não pode, por último, deixar de assinalar-se uma certa incongruência da construção em exame. Isto na parte em que não parece assumir consequentemente a definição do *direito à palavra falada* como

(36) JZ 1973, pág. 505. Sobre as dificuldades, as hesitações e mesmo as contradições das respostas do Tribunal Constitucional Federal ao problema da demarcação das fronteiras da *área nuclear inviolável da intimidade*, cfr., desenvolvidamente, GÖSSEL, GA 1991, págs. 503 e segs.

um autónomo bem jurídico. Em vez de fazer relevar autonomamente os atentados contra este bem jurídico, o Tribunal Constitucional Federal acaba por lhes adscriver um significado diferenciado em função da sua valência do ponto de vista do sacrifício da privacidade *qua tale*. O que, se já seria questionável no contexto do direito germânico, não cremos que pudesse compaginar-se com o direito positivo português. Isto atenta, por um lado, a incriminação autónoma e directa das gravações sem consentimento e, por outro lado e sobretudo, o disposto no artigo 26.º da Constituição, que leva expressamente o *direito à palavra* ao círculo privilegiado dos direitos fundamentais.

c) As críticas assinaladas permitirão compreender que a *teoria dos três graus* tenha conhecido um sucesso muito relativo na doutrina e na jurisprudência não constitucional. No que a esta última concerne e como ROXIN recorda, é duvidoso que o BGH tenha assumido expressa e consequentemente a contraposição entre os três regimes correspondentes às três áreas diferenciadas da privacidade. Pelo contrário e como deixámos antecipado, a tendência deste tribunal superior vai claramente no sentido da generalização de um princípio de ponderação que não conhece a barreira de uma *área nuclear inviolável*. É o que exemplarmente demonstra a decisão recente (9.7.1987) (37). Em que o BGH se decide pela valoração de um diário íntimo como meio de prova de um homicídio qualificado sem, como ROXIN observa, se questionar sobre a problemática da *área nuclear* (38).

No plano doutrinal, o princípio do tratamento diferenciado dos meios de prova em função da sua maior ou menor proximidade de um núcleo inviolável encontra, apesar de tudo, eco, para além de OTTO, em autores como GÖSSEL ou AMELUNG. Embora contestando o paradigma geral que privilegia o momento da proibição de valoração, GÖSSEL adere expressamente à doutrina do Tribunal Constitucional Federal, advogando concretamente um regime diferenciado das grava-

(37) Sobre ela, *supra*.

(38) ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 150.

ções ocultas a partir da respectiva localização «topográfica» na área da privacidade (39). Nesta linha, GÖSSEL leva à conta do núcleo inviolável a palavra proferida «em conversa privada, em geral produzida na base da confiança de que não será ocultamente gravada». «Nestes casos — prossegue o autor — a gravação oculta constitui uma intromissão na área nuclear de conformação da vida privada, que goza de protecção absoluta, não podendo, por isso, justificar-se em nome do interesse prevalecente do Estado. Uma ponderação segundo o critério da proporcionalidade não pode ter aqui lugar» (40).

Por seu turno, e a propósito da admissibilidade da apreensão e valoração dos *diários pessoais*, também AMELUNG se pronuncia a favor de uma área absolutamente inviolável e precludindo, por isso, toda a utilização e valoração processual probatória. Para o efeito, privilegia o autor a *liberdade de consciência*, protegida pelo artigo 4.º da Lei Fundamental: um preceito que assegura ao indivíduo um *forum internum*, isto é, um diálogo com a sua própria consciência a coberto de todas as ingerências ou pressões do exterior (41). Ora, argumenta AMELUNG, «os registos através dos quais o autor do diário se confronta e discute com o seu melhor *eu* (*seinem besseren ich*) mais não são do que a projecção do *forum internum* sobre o papel» (42). Num mundo secularizado, o diário aparece, assim, como «instrumento de exame de consciência sem a ajuda alheia; como *confissão sem confessor* que contribui para que o indivíduo moderno, privado do apoio de grupos estabilizados, não perca, em definitivo, a sua bússola interior» (43). Daqui deduz o autor um *imperativo de tratamento igual* do exame de consciência organizado por uma confissão e do exame de consciência assumido na solidão do «diálogo» com o papel. Resumidamente, o homicida que confia os pensamentos e emoções a um diário deve beneficiar de tutela processual igual à do homicida

(39) Desenvolvidamente, GÖSSEL, *Strafverfahrensrecht*, II, pág. 106; NJW 1981, págs. 655 e segs., e GA 1991, págs. 503 e segs.

(40) GÖSSEL, *Strafverfahrensrecht*, II, pág. 106.

(41) Desenvolvidamente, AMELUNG, NJW 1988, págs. 1004 e segs.

(42) *Id.*, pág. 1004.

(43) *Id.*, pág. 1005.

que os confia a um confessor. O que implica a proibição absoluta da utilização e valoração dos diários pessoais, independentemente do conteúdo dos respectivos registos (44).

4. a) Já noutra sede (45) nos confrontámos criticamente com a *teoria da ponderação*, uma das construções dogmáticas com que a doutrina procura dar resposta aos problemas centrais das proibições de prova. Representada sobretudo por ROGALL, a *teoria da ponderação* propõe-se, para além de solucionar directamente o problema da identificação das hipóteses de proibição de valoração, responder igualmente a problemas derivados e tão decisivos como o dos *conhecimentos fortuitos* ou do *efeito-à-distância*. Na síntese do autor: «Pertence às permissas desta doutrina que a ponderação terá de proceder em termos concretizadores e globalizantes. Saber se a uma violação processual deve ou não reagir-se com a proibição de valoração é uma questão que só comporta uma resposta normativa, fazendo, nomeadamente, relevar o interesse concreto na perseguição penal, a gravidade da violação legal bem como a dignidade de tutela e a carência de tutela do interesse sacrificado» (46).

b) Mesmo num relance intencionalmente apressado, não deve omitir-se uma menção da chamada *teoria da gravidade* (*Schweretheorie*), defendida sobretudo por HERMANN MÜLLER e que começou por despertar algum interesse no panorama doutrinal, mas hoje relativamente silenciada (47). Segundo MÜLLER será a gravidade da infracção à lei, em sede de produção da prova — *sc.*, a existência duma *violação processual grosseira* (*schwerwiegender Verfahrensverstoss*) — que decidirá em primeira linha da cominação da *proibição de valoração*.

Uma doutrina que, para além das debilidades do ponto de vista

(44) Desenvolvidamente, *id. ibidem*. Em sentido crítico, ROXIN, *Strafverfahrnsrecht*, pág. 150. Em abono da *teoria dos três graus*, cfr. ainda WOLFLAST, *NSiZ* 1987, págs. 105 e segs.

(45) Cfr. *supra*.

(46) ROGALL, *NSiZ* 1988, pág. 391.

(47) Para uma citação mais aturada, GRÜNWALD, *JZ* 1966, pág. 491; ROGALL, *ZStW* 1979, pág. 24.

da operatividade, enferma outrossim do vício de não se ajustar inteiramente ao direito vigente. Basta, como ROGALL assinala, atender a preceitos como o artigo 126.º do CPP, que prescrevem invariavelmente a proibição de valoração para a sua violação, qualquer que seja a respectiva gravidade (48).

c) Revelando alguma continuidade material-axiológica com a *teoria da gravidade*, mas com uma maior consistência dogmática e rigor sistemático, surge a doutrina de PETERS, pela primeira vez formulada na comunicação (*Beweisverbote im deutschen Strafverfahren*) que o autor apresentou ao 46.º Congresso dos Juristas Alemães (49).

α) PETERS propõe-se oferecer um tratamento global da problemática das proibições de valoração e do respectivo regime. Privilegia para o efeito — e postas entre parênteses as *regras de produção da prova* que não pertencem à categoria das *proibições de prova* — a contraposição entre o que designa, respectivamente, por *proibições de perseguição da prova* (*Beweisverfolgungsverbote*) e *proibições do processo de prova* (*Beweisverfahrensverbote*). As primeiras — de que constituirá manifestação paradigmática o § 136a) StPO — «limitam a perseguição penal (...) pondo a descoberto um espaço livre de perseguição penal» (*strafverfolgungsfreien Raum*). Determinam que a produção de prova é «pura e simplesmente inadmissível», estando em absoluto e sob quaisquer circunstâncias excluída (50). As segundas, pelo contrário, apenas limitam (excepcionalmente) o espaço em princípio aberto à perseguição penal. «A prova em si pode ser levada a cabo, só que vinculada a determinados pressupostos. Dados, porém, estes pressupostos (consentimento, concordância) ou eliminados os correspondentes obstáculos, a realização da prova pode ter lugar. Só está excluída sob determinadas circunstâncias. A não observância destes pressupostos ou obstáculos constitui um mero vício processual

(48) ROGALL, *ob. loc. cit.*

(49) Cfr. PETERS, «Beweisverbote», *passim*. No mesmo sentido, do autor, *Strafprozess*, págs. 279 e segs.

(50) «Beweisverbote», pág. 95.

(*Verfahrensfehler*): o tribunal não ultrapassa aqui as fronteiras da prova mas apenas os limites processuais que lhe são postos (51).

Segundo PETERS, tanto as violações das *proibições de perseguição da prova* como das *proibições do processo de prova* implicam a proibição de valoração do respectivo meio de prova. Simplesmente, enquanto as primeiras são de conhecimento oficioso, as segundas dependem de arguição. Neste contexto, e afastando-se deliberadamente da *teoria da esfera jurídica*, não deixa PETERS de precisar: «uma vez que o tribunal tem de observar as regras da prova no interesse de todos os participantes processuais, o ministério público e o arguido podem arguir sempre a violação de uma *Beweisverfahrungsverbot*» (52). Por outro lado, e ao contrário do que sucede com as *proibições do processo de prova*, a violação das *proibições de perseguição da prova* provoca uma «reacção em cadeia», determinando a proibição de valoração de todos os meios de prova que ela tornou possível (*efeito-à-distância*).

β) Apesar de tudo, também a doutrina de PETERS está longe de assegurar uma resposta fundada e definitiva às diversificadas e complexas questões suscitadas pela identificação das hipóteses concretas de proibição de valoração. Como GRÜNWALD assinala, em termos que deixam a descoberto as suas insuficiências e inconsistências, esta doutrina acaba por admitir que as violações ao *mesmo preceito legal* possam, consoante as circunstâncias do caso, ter de qualificar-se como *proibições de perseguição da prova*, *proibições do processo de prova* ou, mesmo, como meras regras de produção da prova. O que justificará a asserção de que a doutrina de PETERS está, em princípio, exposta às críticas que infirmam a *teoria da gravidade* (53).

5. Um número crescente de autores vem procurando solucionar a problemática das proibições de valoração apelando para construções próprias da dogmática penal substantiva, nomeada-

(51) PETERS, *Strafprozess*, pág. 279. Sobre a fenomenologia das proibições de prova pertinentes a esta categoria, cfr. *ob. cit.*, págs. 280 e segs.

(52) *Strafprozess*, pág. 279.

(53) GRÜNWALD, *JZ* 1966, pág. 492.

mente as teorias desenvolvidas pela mais recente doutrina da imputação objectiva.

a) Neste contexto avulta, desde logo, a *doutrina do fim de protecção da norma* (*Schutzzwecklehre*) que privilegia a *ratio* ou o *fin de protecção da norma*, defendida (em termos não inteiramente sobreponíveis) por autores como GRÜNWALD ou RUDOLPHI (54).

α) Segundo GRÜNWALD, tudo está em saber se: a produção ilegal da prova representa já, de per si, a frustração definitiva e irreversível do fim de protecção da norma que prosibe a prova; ou se, inversamente, é só a valoração da prova ilegalmente obtida que consuma ou, pelo menos, aprofunda a lesão do interesse protegido. Na primeira hipótese, não ocorrerá qualquer proibição de valoração; já na segunda a regra tenderá a ser a proibição de valoração.

É o que o autor se propõe ilustrar com a violação do *dever de esclarecimento do arguido* que o § 135 da StPO faz recair (também) sobre o ministério público. A partir da posição já recenseada — a saber: este preceito prescreve uma verdadeira proibição de prova e não uma mera regra de produção da prova — considera GRÜNWALD que a valoração das declarações ilegalmente obtidas só poderia ter lugar se «a relação de valor se tivesse alterado de tal modo que a lesão se devesse considerar pura e simplesmente consumada. Tal, porém, não se dá, uma vez que o resultado envenenado e indesejado, a colaboração involuntária ou não esclarecida do arguido na sua própria condenação, ainda não se deu de modo irreparável. Pelo contrário, a lesão só se consumará se e na medida em que as declarações não esclarecidas do arguido vierem efectivamente a servir de suporte à sua condenação» (55).

Ainda de acordo com o autor, este primeiro momento, que permite identificar em tese geral e abstracta as proibições de valoração, não decide, só por si e em definitivo, da admissibilidade da valoração dos meios de prova ilegalmente produzidos. Importa, num segundo

(54) Cfr. GRÜNWALD, *ob. cit.*, págs. 492 e segs.; RUDOLPHI, *MDR* 1970, págs. 93 e segs. No mesmo sentido, cfr. BLOMEYER, *JR* 1971, págs. 145 e segs.

(55) *JZ* 1966, pág. 495.

momento, fazer intervir outro *princípio geral* e igualmente decisivo, segundo o qual: um meio de prova «é, apesar da violação da proibição de prova, de valorar sempre que ele se teria igualmente obtido através de um procedimento conforme à lei». O que, precisa GRÜNWALD, «terá de ser objecto de demonstração positiva, antes de se proceder à valoração do meio de prova» (56).

São estes, em síntese, os princípios que, no seu conjunto, permitem a GRÜNWALD, para além de definir as hipóteses de proibição de valoração, dar igualmente resposta a problemas como o do *efeito-à-distância*. Por seu turno, e privilegiando o mesmo tópico do *fim de protecção da norma*, considera RUDOLPH que haverá proibição de valoração quando, com a proclamação da norma violada, o legislador «quer impedir a influência de determinado meio de prova ou de outras circunstâncias sobre a sentença a proferir e esta indesejável influência pode, no caso concreto, vir efectivamente a ocorrer como consequência da violação da norma» (57).

β) Também a doutrina do *fim de protecção*, *maxime* na versão sustentada por GRÜNWALD, tem atraído sobre si críticas fundadas, que vêm pondo em causa a sua plausibilidade como sistema dogmático de enquadramento geral da problemática das proibições de valoração (58). E que contendem tanto com a operatividade prático-jurídica como com o bem fundado material e acerto político-criminal.

A começar, muitas normas processuais suscitam dificuldades comprometedoras quanto à identificação do fim de protecção, tudo dependendo em última instância da impositação do intérprete e aplicador. Não deixam, em segundo lugar, de abundar as normas de intencionalidade teleológica pluridimensional, a suscitar complexos problemas de hierarquização dos vários fins de protecção e, sobretudo, de aplicação dos critérios da consumação e aprofundamento do dano.

(56) *Id. ibidem*.

(57) RUDOLPH, *MDR* 1970, pág. 100.

(58) Cfr., por todos e desenvolvidamente, ROGALL, *ZStW* 1979, págs. 27 e segs.; do mesmo autor, *NSiZ* 1988, pág. 390; DENCKER, *Verwertungsverbote*, págs. 110 e segs.; HAFFKE, *GA* 1973, págs. 77 e segs.; NEUMANN, *ZStW* 1989, págs. 66 e segs.; AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, págs. 44 e segs.

É o que, acompanhando DENCKER, nos permitirá ilustrar a citação de preceitos aparentemente tão unívocos como o § 136a) da StPO germânica ou o artigo 126.º da lei processual penal portuguesa. Posta entre parênteses a proibição de valoração expressamente consignada pelo legislador, sempre se poderia afirmar que com a produção da prova se teria já consumado, pelo menos em parte, a danosidade que se quer prevenir: «a degradação do arguido à condição de mero objecto de investigação» (EB. SCHMIDT) e mesmo a lesão de outros dos seus direitos. O que apontaria, segundo o critério de GRÜNWALD, para a denegação da proibição de valoração (59). Se, pelo contrário, prossegue DENCKER, se pretende ainda levar a valoração das declarações do arguido a título de aprofundamento do dano ou parte do resultado, então não se descortinam razões para não estender o regime do § 136a) da StPO, v. g., à confissão do arguido obtida por particular à custa de tortura.

Resumidamente, e como HAFFKE criticamente observa, em matéria de proibições de prova a determinação do sentido teleológico da

(59) DENCKER, *ob. loc. cit.* Fazendo-se eco das mesmas apreensões, recorda AMELUNG que a doutrina de GRÜNWALD poderia induzir efeitos perversos. Isto na medida em que poderia sugerir às instâncias de controlo as formas mais drásticas e acabadas de violação das normas como frustração definitiva do respectivo fim de protecção e, por essa via, como expediente de evicção da proibição de valoração. Cfr. AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, pág. 45. Não deve, naturalmente, desatender-se que GRÜNWALD procura, de algum modo, contrariar esta objecção e obviar ao perigo que ela denuncia. Isto ao adiantar que «a afirmação segundo a qual nos casos em que ocorreu a lesão irreparável do interesse protegido não se descortina razão contra a valoração do meio de prova, não pode valer sem quaisquer limites. Mesmo quando a pessoa concretamente atingida nada tenha já a ganhar com a não valoração, a proibição de valoração sempre poderá preencher a função de *prevenção geral* de desestimular futuras violações da lei». Uma consideração das coisas que, segundo o autor, deixará em qualquer caso a coberto de invencível proibição de valoração os depoimentos obtidos à custa dos métodos proibidos de prova (§ 69 III em conjugação com o 136a) III da StPO). Cfr. GRÜNWALD, *JZ* 1966, pág. 499. Dificilmente poderá questionar-se o acerto das considerações referenciadas e das soluções prático-jurídicas para que elas apontam. Como facilmente se apreenderá, umas e outras só são, porém, possíveis, à margem dos enunciados basilares da construção de GRÜNWALD e, mesmo, à revelia do que verdadeiramente define e singulariza o seu conteúdo doutrinário.

norma não prejudica sem mais e sem alternativa as sanções através das quais se há-de reagir contrafactivamente à sua violação ⁽⁶⁰⁾. Como, nesta linha e procurando precisar as coisas acrescenta AMELUNG, não é a mera frustração do fim de protecção da norma, só por si, mas apenas a subsistência de uma autónoma «exigência de afastamento das consequências de informação» (*Anspruch auf informationelle Folgenbeseitigung*) que determinará a emergência duma proibição de valoração. O que só se dará nas hipóteses de violação de um «direito de domínio da informação». «Quando é violada uma norma cujo fim não é prevenir a lesão de um daqueles direitos, então e por força das razões enunciadas, não se verifica uma exigência de afastamento das consequências de informação e, por vias disso, uma proibição de valoração. É neste sentido que deve entender-se a relação entre o fim de protecção da norma e a proibição de valoração» ⁽⁶¹⁾. Na síntese conclusiva de ROGALL: «a irreparabilidade do dano nada diz teleologicamente a favor ou contra a existência da proibição de valoração» ⁽⁶²⁾.

γ) A pertinência destas críticas não deve, contudo, fazer perder de vista o irrecusável significado do *fim de protecção das normas* no discurso das proibições de prova. À semelhança do que tende a suceder noutras áreas, também aqui parece impor-se a renúncia à pretensão de um princípio único de sistematização dogmática. O caminho terá, antes, de fazer-se mediante um círculo hermenêutico densificado de tópicos, que não poderá deixar de privilegiar a referência ao *fim de protecção* da norma. Que não deverá, em qualquer caso, perspectivar-se nos termos estáticos e descontínuos que parecem marcar a concepção de GRÜNWALD, como se a questão do fim de protecção fosse já, de algum modo, complexidade (definitiva e esgotantemente) reduzida no momento anterior da proibição de produção. Tudo, pelo contrário, parece sugerir uma compreensão dinâmica e contínua. Que encara o fim de protecção da

⁽⁶⁰⁾ HAFFKE, GA 1973, pág. 77.

⁽⁶¹⁾ AMELUNG, *ob. cit.*, pág. 45.

⁽⁶²⁾ ROGALL, ZStW 1979, pág. 28.

norma como definindo o horizonte teleológico em que se inscreve a trajectória de normas em última instância orientadas para a valoração ⁽⁶³⁾.

Cabrá sublinhar que, se é assim, em geral, por maioria de razão terá de sê-lo no contexto da lei processual penal portuguesa vigente. Que reconhece as proibições de prova como sistema normativo autónomo, animado duma lógica autorreferente e, como tal, racional-teleologicamente orientado para a valoração.

b) A discussão da doutrina de GRÜNWALD permitiu-nos entrar em contacto com os chamados *processos hipotéticos de investigação*, réplica dos *comportamentos lícitos alternativos* da dogmática penal substantiva e em torno dos quais se vai desenhando uma nova doutrina das proibições de valoração. Na sua formulação mais simples: a violação duma proibição de produção da prova não determina a proibição de valoração do meio de prova sempre que se possa afirmar que aquele meio se teria igualmente obtido caso se tivessem respeitado as normas processuais violadas.

α) A relevância normativa dos processos hipotéticos no domínio das proibições de prova teve em KLUG um dos primeiros defensores ⁽⁶⁴⁾. Para o efeito, começou o autor por privilegiar o argumento da *causalidade*. Resumidamente, a inevitabilidade da violação da lei — dada a possibilidade de obtenção do mesmo resultado através de

⁽⁶³⁾ Em sentido convergente, AMELUNG, *ob. loc. cit.*, e, desenvolvidamente, HASSEMER, ZRP 1991, págs. 123 e segs. Na síntese, já recordada, do autor: «a aquisição da informação constitui seguramente o pressuposto necessário da sua valoração; mas é só com a valoração que o direito fundamental é realmente sacrificado» (*ob. cit.*, pág. 124). Não cremos, assim, que deva acompanhar-se o entendimento divergente sustentado por GLOBIG para o domínio específico das escutas telefónicas, apostado em subvalorizar o potencial de agressão e devassa da mera utilização da informação já anteriormente recolhida. Cfr. ZRP 1991, págs. 83 e segs. De acordo com o autor: «A intensidade da agressão de uma mudança de fim em relação a informações já ouvidas e armazenadas terá de considerar-se menos grave do que a audição originária, isto é, a primeira intromissão no segredo da correspondência e das telecomunicações. Com a aquisição originária das informações o poder estadual intrometeu-se já na área da esfera privada dos cidadãos, tornando utilizável para fins estaduais uma esfera em princípio subtraída à devassa do Estado». *Ob. cit.*, pág. 84.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. KLUG, «Beweisverbote», págs. 46 e segs.

processo alternativo e conforme ao direito — retira àquela violação a *eficácia ou relevância causal* no contexto da produção da prova. Em termos substancialmente convergentes e continuando a levar as questões à sede da *causalidade*, viria posteriormente WELP a sustentar que a obtenção ilegal de um meio de prova pode «até certo ponto» ser «ultrapassada» pela consideração duma agressão sucedânea hipotética (*hypothetische Ersatzeingriff*) (65).

O apelo aos processos lícitos alternativos tem-se entretanto aprofundado e generalizado. Por um lado, tem-se alargado consideravelmente o contingente dos seus adeptos. Significativa, a propósito, a mudança de atitude de um autor como ROGALL. Há escassos anos este autor rejeitava qualquer relevância normativa e prático-jurídica dos processos hipotéticos. «Decisivo é apenas — argumentava — que a lesão de um direito individual tenha efectivamente ocorrido. Com isso perdeu-se a oportunidade da obtenção legal do resultado probatório. A inevitabilidade da acção lesiva não é, só por si, adequada a reparar ou compensar o ilícito da lesão» (66). Hoje ROGALL declina uma postura de abertura à relevância dos processos hipotéticos (67). Por outro lado e ao mesmo tempo, a doutrina dos processos hipotéticos de investigação viu alargado o seu âmbito de intervenção dogmática. Do domínio originário e circunscrito das proibições de valoração estendeu-se a questões como o *efeito-à-distância*, área em que viria a adiantar-se, em termos que teremos oportunidade de recensar, WOLTER. Para além disso, a tese da relevância dos processos alternativos conta hoje com o apoio decisivo da jurisprudência (68).

(65) *Apud*, ROGALL, *NSiZ* 1988, pág. 387.

(66) ROGALL, *ZSiW* 1979, pág. 33.

(67) ROGALL, *NSiZ* 1988, págs. 385 e segs. De acordo com BEULKE, a tese da relevância dos processos lícitos alternativos corresponderá hoje à doutrina dominante. Cfr. *ZSiW* 1991, págs. 659 e segs.

(68) Expressiva, a propósito, a decisão recente (15.2.89) do BGH sobre o que ficou conhecido como o «*caso Weimar*» (cfr. *NSiZ* 1989, pág. 375). Resumidamente: sobre uma mulher, *Weimar*, impende a suspeita de ter morto os seus dois filhos. Munida da pertinente autorização judicial, a polícia criminal procedeu a buscas no domicílio de *Weimar*. No dia seguinte, e sem qualquer autorização, a polícia voltou a efectuar buscas em casa da arguida, tendo apreendido peças de vestuário que pretende utilizar como prova. Apesar de esta segunda busca domiciliária ser ilegal,

β) Mas também aqui as coisas estão longe de suficientemente clarificadas e decantadas. Segura parece apenas a necessidade de evitar soluções extremadas: tanto o reconhecimento generalizado e sem limites da relevância dos processos hipotéticos; como, inversamente, a recusa liminar de toda a relevância em nome, por exemplo, da consideração de que «meras operações mentais» (*reine Gedankenoperationen*) (69) não podem, em qualquer caso, neutralizar vícios efectivamente ocorridos e que inquinam o processo.

Bem avisada parece, por isso, a recomendação de ROXIN, que advoga uma «solução intermédia» e compromissória. Caracterizada, desde logo, pelo teor das exigências relativas tanto à base fáctica do juízo de prognose hipotética como ao grau de probabilidade da obtenção do resultado probatório. Nesta linha, sustenta-se que o processo alternativo se deverá perspectivar a partir do *caso concreto*. Há-de, noutros termos, atender-se não ao que o direito processual teria, em geral, permitido mas antes e apenas ao que, no caso concreto e no

entendeu o BGH que nada se opunha à valoração das provas obtidas. E isto precisamente em nome da consideração de que, se a polícia tivesse tempestivamente solicitado a autorização judicial, esta não deixaria de ser concedida. Sobre a decisão, BEULKE, *ZSiW* 1991, págs. 657 e segs.; ROXIN, *NSiZ* 1989, págs. 375 e segs. Sobre o tema e, em geral, sobre as proibições de valoração no domínio das *buscas domiciliárias*, cfr., desenvolvidamente, AMELUNG, *NJW* 1991, págs. 2533 e segs.

(69) Neste sentido, por exemplo, DENCKER, *Verwertungsverbote*, pág. 82. Como AMELUNG observa, subsiste aqui, apesar de tudo, uma diferença não negligenciável entre o direito penal substantivo e processual. Não podendo transpor-se de plano para este último todas as razões invocadas em direito penal material para denegar ou estreitar a relevância dos processos causais hipotéticos, em geral. E que assentam na consideração de que os cursos hipotéticos de lesão ou perigo dos bens jurídicos não põem em causa a sua dignidade penal nem a sua carência de tutela penal (cfr., por todos, JAKOBS, *Strafrecht*, A.T., págs. 193 e segs.). «Pois, refere AMELUNG, quando se verificam os pressupostos materiais de uma intromissão processual na informação (*strafprozessualen Informationseingriff*), isso significa precisamente que a lei já não reconhece um direito individual ao domínio da informação e por isso subtrai o seu bem (*Schutzgut*) à tutela jurídica». Acresce, recorda o autor, que só deste modo se poderá obviar aos inconvenientes de se ver o direito concreto a ganhar uma determinada informação posto insanavelmente em causa pela conduta ilegal de um agente da perseguição penal. Cfr. AMELUNG, *Informationsbehrschungsrechte*, pág. 43.

estado de coisas dado, seria razoável admitir como processo alternativo de investigação. O que, como ROGALL recorda, se aproxima das formulações da jurisprudência americana que vem exigindo um «*hypothetic clean path*», no sentido de uma «*imminent, but in fact unrealised source of evidence*» (70).

Por seu turno e no interesse do arguido, reclama-se que a obtenção do meio probatório pelo processo alternativo se revele, pelo menos, *altamente provável*: não meramente possível nem sequer apenas mais provável do que o seu contrário. O que obrigará a valorar *pro reo* — no sentido de se imputarem à violação da lei os meios de prova — todos os casos de dúvida (71).

Mesmo neste âmbito, acrescenta ROXIN, será de continuar a afirmar a proibição de valoração quando tal seja exigido por considerações de prevenção em relação a atentados graves à lei. Nunca, por isso, se poderá legitimar uma escuta telefónica, não ordenada pelo juiz nos termos legalmente prescritos, a pretexto de que, se tivesse sido requerida ao juiz, este a teria seguramente ordenado. De outra forma, argumenta ROXIN, a competência do juiz nesta matéria careceria de sentido e eficácia (72).

6. A passagem sobre algumas das mais credenciadas doutrinas relativas às *proibições de valoração de prova* — e a série poderia alongar-se, com o exame, entre outras, de teorias como a de DENCKER, assente na *prioridade da renovação da prova* (73) — confirma o juízo

(70) Cfr. ROGALL, *NSiZ* 1988, pág. 392.

(71) Cfr. ROGALL, *ob. loc. cit.* No mesmo sentido, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 148.

(72) ROXIN, *ob. cit.*, pág. 148. Sobre a hipótese concreta da escuta telefónica não autorizada pelo juiz mas cuja autorização seria provavelmente dada, se solicitada, cfr. ROGALL, *ob. cit.*, págs. 385 e segs.

(73) Resumidamente, segundo DENCKER, a superação das ilegalidades a nível da produção da prova deve, sempre que possível, fazer-se pela via da repetição, sem vícios, da produção de prova (*Priorität der Nachholung des Beweises*). Mesmo nas hipóteses em que a renovação da prova se revela inviável — por impossibilidade prática ou pela desproporcionalidade dos seus custos — pretende DENCKER manter-se fiel à «decisão de valor do princípio da repetição (*Wertentscheidung des Wiederholungsprinzip*)». Para o que propõe o exercício mental de representação do curso da prova, expurgado das ilegalidades cometidas. Desenvolvidamente, DENCKER, *Verwertungsverbote*, págs. 80 e segs.

(74) Cfr., sobretudo, *Bockelmann-Fs.*, págs. 802 e segs.; *NJW* 1981, págs. 2217 e segs., e *GA* 1991, págs. 486 e segs. e 509 e segs.

(75) Sugestivo neste contexto o título do artigo subscrito pelo autor em *NJW* 1981, págs. 2217 e segs.: *Überlegungen zu einer neuen Beweisverbotslehre*.

que começámos por antecipar: sobre o insucesso generalizado, no que toca à definição de um critério ou princípio de sistematização e fundamentação universal das proibições de prova. Foi a constatação deste facto que motivou GÖSSEL à elaboração de um paradigma alternativo de conceptualização, tratamento normativo e enquadramento dogmático das proibições de prova, caracterizado, desde logo, pelo silenciamento intencional do momento da proibição de valoração.

a) No juízo crítico de GÖSSEL (74), a generalidade das doutrinas das proibições de prova privilegiam unilateralmente a «*natureza das coisas*» ou a «*essência*» desta figura, pondo inteiramente entre parênteses a sua dimensão funcional-processual. Para superar os inconvenientes deste pendor reducionista e unilateral, sugere o autor uma construção assente na *função processual* da proibição de prova e, por isso, em primeira linha, atenta às suas consequências para efeitos de recurso. Para pôr de pé esta construção, que, numa primeira aproximação, sugere continuidade com os critérios tradicionais da jurisprudência, GÖSSEL lança mão das categorias nucleares da doutrina da imputação objectiva, em especial das categorias desenvolvidas pela dogmática substantiva da infracção negligente.

A partir daqui, propõe GÖSSEL uma concepção — para que reivindica o apodo de *uma nova doutrina das proibições de prova* (75) — que liga directamente, em termos de causalidade, a violação da proibição de produção da prova à sentença a impugnar. Um modelo que, argumenta, será mesmo ditado pelo disposto no n.º 1 do § 337 da StPO: «*A revista só pode basear-se no facto de a sentença assentar numa infracção à lei*». Ora, explicita GÖSSEL, «a sentença assenta na violação da proibição de prova quando, entre a violação da proibição

de prova e a mesma sentença subsiste, a par de um *nexo real*, um *nexo final de causalidade*» (76).

Identificada uma relação de causalidade entre a violação da proibição de produção de prova e a sentença, tudo estará em indagar «se a proibição de prova concretamente violada visa precisamente prevenir que os factos ilegalmente provados venham a servir de fundamento à sentença» (77). Resumidamente e na síntese do próprio autor, verificada a produção ilícita da prova, não pode considerar-se que a sentença teria outro sentido sem ela «sempre que os factos ilicitamente provados não constituem o fundamento da sentença ou aqueles factos acabariam, por via de procedimento lícito, por chegar à sentença. Nestes casos a sentença não assenta, por falta de um *nexo real* de causalidade, na violação da lei» (78).

É a partir destas premissas, que incluem o apelo expresso aos *procedimentos hipotéticos*, que GÖSSEL procura dar resposta a alguns dos problemas de mais evidente relevo prático-jurídico. A título de exemplo, o autor subscreve abertamente os termos particularmente amplos com que a jurisprudência admite a valoração dos *conhecimentos fortuitos*. Pois, argumenta, «apesar da violação da proibição de prova, pode excluir-se o recurso de revista dada a falta de *nexo final* reclamado pela exigência da causalidade» (79). De igual modo, é ainda a carência de «*nexo final de fim de protecção*» que permite a GÖSSEL uma resposta inequivocamente negativa à questão do *efeito-à-distância*. E isto mesmo face à violação de um preceito com a importância do § 136a) da StPO. Também aqui, sustenta, o que a lei pretende evitar é que o resultado obtido em contravenção da norma seja utilizado para a condenação do arguido e não já impedir «a consideração dos demais resultados da investigação que os factos indevidamente adquiridos permitiram alcançar» (80).

(76) NJW 1981, pág. 2219.

(77) *Ibidem*.

(78) Bockelmann-Fs., págs. 815 e segs.

(79) GÖSSEL, NJW 1981, pág. 2221. No mesmo sentido e desenvolvidamente, do autor, NJW 1981, págs. 654 e segs.

(80) GÖSSEL, Bockelmann-Fs., pág. 817. Em sentido convergente, desenvolvidamente, do autor, GA 1991, pág. 510.

b) Num apressado exame crítico, a doutrina de GÖSSEL suscita alguns motivos de reserva.

α) Que contendem, desde logo, com a pertinência teórico-metodológica. Na verdade, a constatação do relativo insucesso das doutrinas da *proibição de valoração* não parece impor, sequer justificar, o caminho da ultrapassagem ou silenciamento do problema. Tudo, pelo contrário, parece sugerir a procura de vias renovadas para a sua superação. Sobretudo em se tratando, como é o caso, de um problema de inequívoca autonomia doutrinal e normativa e cuja resposta reduzirá significativamente a complexidade problemática das proibições de prova.

Igualmente questionável é o acerto e adequação teórico-doutrinal do critério privilegiado pelo autor para apartar as águas. Isto porquanto se afigura difícil referenciar proibições de prova cujo fim de protecção não seja evitar de algum modo que o «o resultado envenenado» venha a atingir e inquinar a sentença. Também do ponto de vista da coerência e rigor lógico-sistemático a solvabilidade da doutrina aparece problemática. Como o tema do *efeito-à-distância* deixa intuir, o apelo ao *nexo real* e *final de causalidade*, mais do que adiantado para fundamentar soluções, parece antes destinado a legitimar dogmaticamente soluções pré-judicadas ou de algum modo já presentes numa dada pré-compreensão. Não podem, por outro lado, desatender-se as limitações de uma doutrina que parece deixar de fora a área problemática e significativa das *proibições independentes de valoração*.

β) Quaisquer que sejam, porém, os méritos duma construção como a de GÖSSEL face à ordem jurídico-processual germânica, dificilmente ela se ajustará ao direito positivo português.

Por um lado, o regime das proibições de prova constante do novo Código de Processo Penal pressupõe claramente a descontinuidade entre os momentos da produção e valoração da prova. É o que preceitos como os artigos 58.º, n.º 3, 126.º, 129.º, 167.º ou 355.º daquele diploma claramente inculcam.

No mesmo sentido joga, por outro lado, a autonomia normativa que o legislador português quis dispensar ao sistema normativo das proibições de prova, face aos sistemas-ambiente mais próximos

— nomeadamente: o regime das *nulidades* (cfr. art. 118.º, n.º 3), por um lado, e o regime dos recursos, por outro. Concretamente, e no que a este último concerne, significativa a inexistência na codificação portuguesa de um preceito com a compreensão e alcance do § 337 da StPO germânica, susceptível de induzir uma compreensão das proibições de prova inteiramente subordinada à lógica e às exigências de uma dada forma de recurso.

§ 8. TENSÃO CENTRÍFUGA E ORIENTAÇÃO PARA O CASO CONCRETO

1. O percurso feito permitiu assinalar algumas das razões que explicam a extrema complexidade da problemática das proibições de prova. Que vão das discontinuidades, assimetrias, incongruências e lacunas do pertinente ordenamento normativo, ao desencontro das construções doutrinárias. Ao que acresce a densidade dos tópicos que povoam o espaço onde se inscreve o círculo hermenêutico de enquadramento e solução das mais relevantes constelações típicas de casos.

Esta complexidade imprime, por seu turno, carácter ao discurso sobre as proibições de prova. Enquanto reflexão centrada sobre as categorias nucleares e os princípios fundamentais da figura e do regime das proibições de prova, pouco mais permitirá alcançar do que um mero «conceito supremo (*Oberbegriff*) sem relevância dogmática autónoma» (81). E os ganhos não serão significativos se a aproximação ao concreto se detiver no exame abstracto das diferentes modalidades de proibição de prova. Como pertinentemente observa ROGALL, «temos de abrir mão da representação de que as proibições de prova constituem grandezas constantes. Pelo contrário, só a consideração directa do caso concreto nos permitirá indagar do alcance de cada uma das proibições de produção de prova ou de valoração de prova. Tendo, por isso, de estar preparados para desembocar em resultados divergentes» (82). Fazendo-se eco da mesma compreensão

(81) ROGALL, NSZ 1988, pág. 386.

(82) ROGALL, ZStW 1979, pág. 43. No mesmo sentido, ROGALL, NSZ 1988, pág. 392; KOHLHAAS, DRiZ 1966, pág. 286.

das coisas, sustenta o Tribunal Federal «não poder estabelecer-se uma regra geral sobre quando uma proibição de valoração vai para além dos meios probatórios directamente ganhos e onde devem definir-se as suas fronteiras» (83).

2. O direito das proibições de prova obedece, assim, a uma acentuada tensão para o concreto. Tanto ao legislador como à doutrina escapa, de todo em todo, a possibilidade de antecipar e antecipadamente modelar normativamente as «miríades de casos que a vida segrega» (MÜLLER). E que são portadores de coeficientes de singularidade a impor desvios e refrações na projecção de enunciados normativos que, numa primeira e mais abstracta consideração, deixavam adivinhar outra direcção. Acresce que só a partir do caso concreto e em resposta ao caso concreto se poderá actualizar o sentido normativo de princípios operativos como a ponderação de interesses e a proporcionalidade, se e na medida em que hajam de ser pertinentemente invocados.

A própria emergência e desenvolvimento do direito das proibições de prova estão intimamente associados ao tratamento de casos concretos, ou, pelo menos, das constelações típicas com maior presença na experiência jurisprudencial. O que está longe de constituir uma marca exclusiva dos sistemas jurídicos assentes no peso do precedente. O quadro não é radicalmente outro no contexto dos ordenamentos mais propensos a privilegiar a afirmação de princípios gerais, já em sede de proclamação legislativa, já pela via da construção dogmática. É o que bem ilustra a experiência germânica. Bastará recordar que uma doutrina como a *teoria dos três graus* ficou praticamente a dever-se à tentativa, do Tribunal Constitucional Federal, de identificar princípios de resposta à área problemática das gravações não consentidas. De modo análogo, é a partir do caso exemplar das escutas telefónicas que a jurisprudência e a doutrina daquele país procuram pôr de pé um regime geral dos *conhecimentos fortuitos*.

(83) BGHSt, 29, 249. Sobre a correspondente decisão, WOLTER, NSZ 1984, pág. 276.

3. A necessária e permanente referência ao caso concreto impõe naturalmente balizas à reflexão sobre as proibições de prova e os princípios fundamentais do seu regime. Não pode, nomeadamente, aspirar-se à definição de uma qualquer malha de enunciados normativos, capazes de enquadrar, como premissas de um rígido programa condicional, as pertinentes expressões da vida. Terá, pelo contrário, de optar-se por um discurso marcado pela plasticidade e abertura à surpresa do caso concreto. Como HASSEMER pertinentemente enfatiza, mais do que apostado em impor soluções por demonstração dedutiva, este discurso há-de empenhar-se em apontar caminhos (*«weisend statt beweisend»*) ⁽⁸⁴⁾.

Isto explicará, por seu turno, o curso e desenvolvimento que a partir daqui procuraremos imprimir ao nosso estudo. No essencial, ele limitar-se-á à tentativa de pôr a descoberto alguns tópicos susceptíveis de ajudar a demarcar o horizonte político-criminal, material-axiológico e normativo do direito das proibições de prova. Desta forma se procurando oferecer ao intérprete e aplicador do direito alguns pontos de orientação e arrimo na abordagem e tratamento dos casos concretos do quotidiano. À conta do mesmo propósito — e como ilustração e explicitação daquele horizonte no sentido da concretização — deverão entender-se as referências finais a algumas das áreas problemáticas de mais ostensivo relevo dogmático e prático-jurídico. Referências assumidas a título meramente exemplificativo e, por isso, de forma intencionalmente sincopada.

⁽⁸⁴⁾ HASSEMER, *Maihofer-Fs.*, pág. 200.

CAPÍTULO III

HORIZONTE POLÍTICO-CRIMINAL E NORMATIVO DAS PROIBIÇÕES DE PROVA

§ 9. FUNDAMENTOS POLÍTICO-CRIMINAIS E AXIOLÓGICO-TELEOLÓGICOS

1. Como início de aproximação aos fundamentos materiais da figura e do regime das proibições de prova, nada mais indicado do que a citação de duas formulações axiomáticas pedidas a outras tantas e marcantes decisões do BGH alemão, respectivamente, o *caso do gravador* (1960) e o (*primeiro*) *caso do diário* (1964). Segundo a primeira: «*não é nenhum princípio da ordenação processual que a verdade tenha de ser investigada a todo o preço*» ⁽¹⁾. Nos termos da segunda: «*o objectivo do esclarecimento e punição dos crimes é, seguramente, do mais elevado significado; mas ele não pode representar sempre, nem sob todas as circunstâncias, o interesse prevalente do Estado*» ⁽²⁾.

Subjacente ao conceito e regime das proibições de prova está, assim, a crença na existência de limites intransponíveis à prossecução da verdade em processo penal. Que relevam de valores que, não podendo reivindicar-se de qualquer representação cosmológica ou jusnaturalista trans-histórica e sendo *hoc sensu* criações históricas, não deixam de configurar valores de todo em todo indisponíveis. Na expressiva formulação de HASSEMER, as proibições de prova prestam

⁽¹⁾ NJW 1960, pág. 1582.

⁽²⁾ NJW 1964, pág. 1142.

homenagem à *Rechtskultur* do processo penal de um Estado de Direito. Em causa estão, explicita o autor, «valores jurídicos que, embora historicamente mutáveis, são hoje para nós irrenunciáveis. E que, não podendo deduzir-se *more geometrico*, caracterizam o horizonte normativo do nosso sistema jurídico de tal modo que o seu sacrifício ou funcionalização subverteria a nossa experiência histórica e a nossa tradição no sentido do desenvolvimento de um direito justo» (3).

É conhecido o longo e doloroso processo de génese e afirmação desta «cultura» do processo penal. Que, no essencial, se confunde com o desenvolvimento histórico da superação dos modelos inquisitórios e triunfo dos princípios basilares do processo de estrutura acusatória. E que acaba por se consumir ao mesmo tempo em que fazia a sua entrada na história o moderno Estado de Direito, trazendo consigo uma nova ordenação constitucional assente nos — e orientada para os — *direitos fundamentais*, *maxime* a intangível dignidade da pessoa humana e a liberdade fundamental de acção. Que são erigidos em complexidade irreduzível do discurso da criminalização, tanto no plano substantivo como processual. «Os *custos* dos artigos 1.º e 2.º da Lei Fundamental — refere nesta linha AMELUNG — para o sistema social consistem no facto de os princípios fundamentais neles consagrados estreitarem o espectro das soluções possíveis: o sistema não pode superar os seus problemas à custa do desrespeito do valor autónomo da pessoa. Nessa medida, os princípios funcionam como limites do pensamento da *danosidade social* em direito penal» (4). Como, em sentido convergente, assinala FIGUEIREDO DIAS: «Quando, em qualquer ponto do sistema ou da regulamentação processual penal, esteja em causa a garantia da dignidade da pessoa — em regra do arguido, mas também de outra pessoa, inclusive da vítima —, *nenhuma transacção é possível*. A uma tal garantia deve ser conferida predominância absoluta em qualquer conflito com o inte-

(3) HASSEMER, *Maihofer-Fs.*, pág. 200.

(4) AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, pág. 385. Sobre a compreensão dos direitos fundamentais como *custos* e limites à racionalidade teleológico-funcional do sistema social, cfr., desenvolvidamente, *ob. cit.*, págs. 385 e segs.

resse — se bem que, também ele legítimo e relevante do ponto de vista do Estado de Direito — no eficaz funcionamento do sistema da justiça penal» (5).

2. Como terá já ficado sugerido, as proibições de prova relevam também da actualização da consciência de que o processo penal — realizando interesses de inquestionável dignidade e estando preordenado à preservação dos bens jurídicos fundamentais da comunidade — redonda, não raro, na compressão e sacrifício drásticos de valores de não menor significado. Como observa PETERS, «preordenado à tutela de valores, o processo penal traz também consigo o perigo da destruição de eminentes valores comunitários e pessoais» (6).

E foi precisamente esta experiência, recorda GRÜNWARD, que fez ganhar corpo à exigência de que «para além da *ordenação* da perseguição penal, o direito processual penal se constitua também em seu *limite*» (7). Limite imposto tanto em nome dos valores ou direitos pessoais — subjectivados, *v. g.*, pelo arguido, ofendido, testemunhas, etc. — como em nome dos próprios interesses (*maxime* a realização da justiça e a restauração da paz jurídica) que ao processo penal cabe promover. Como GÖSSEL assinala, às proibições de prova cabe a importante tarefa de «prevenir que o imperativo da realização da justiça material que dimana do Estado de Direito redunde precisamente no seu contrário». Como sucederá sempre que a verdade material seja lograda à custa de «atentado à dignidade humana ou da violação de outros princípios do Estado de Direito» (8). É que, precisa GÖSSEL «do princípio do Estado de Direito decorre o dever de averiguar a verdade e, ao mesmo tempo, a delimitação dessa averiguação» (9).

(5) FIGUEIREDO DIAS, «Para uma Reforma», pág. 207.

(6) PETERS, *Strafprozess*, pág. 219. No mesmo sentido, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 147.

(7) GRÜNWARD, *JZ* 1966, pág. 489.

(8) GÖSSEL, *Bockelmann-Fs.*, pág. 809. No mesmo sentido, OTTO, *Kleinknecht-Fs.*, pág. 330.

(9) GÖSSEL, *BFDC* 1983, pág. 262.

Dito com HASSEMER, trata-se fundamentalmente de evitar que o «Estado se inflija a si próprio a perda de dignidade, distanciação e superioridade (*Verlust an Würde und überlegener Distanz*) (...) que encurta a diferença ética entre a perseguição do crime e o próprio crime» (10). Pela positiva e com HABERMAS: «terão de institucionalizar-se processos jurídicos de decisão permeáveis ao discurso moral». Só assim se preservará a necessária legitimidade material que a legalidade não logra só por si produzir (11). O que, de algum modo, aponta para o modelo contrafáctico de um processo comunicativo apenas aberto «à força coactiva do melhor argumento» (12).

§ 10. LIBERDADE DE DECLARAÇÃO E DEPOIMENTO — *NEMO TENETUR SE IPSUM ACCUSARE*

1. Uma mais detida menção da liberdade de declaração e depoimento (*Aussagefreiheit*) ajudará a compreender melhor alguns dos enunciados que nos permitiram caracterizar o horizonte político-criminal e axiológico-material das proibições de prova.

Como projecção normativa e prático-jurídica dos dispositivos constitucionais atinentes aos *Auffanggrundrechte* da dignidade humana, da liberdade geral de acção ou do direito ao livre desenvolvimento, a liberdade de declaração não é um exclusivo do arguido. Com maior ou menor amplitude e consistência, ela assiste igualmente a outros sujeitos processuais, nomeadamente a vítima ou as testemunhas. Por razões óbvias, é, todavia, do lado do arguido que ela assume maior relevo. O que justificará o privilégio que, nesta sede e com propósitos meramente exemplificativos, concederemos à liberdade de declaração do arguido.

Como ESER assinala (13), esta liberdade analisa-se numa dupla dimensão ou função. *Pela positiva*, ela abre ao arguido o mais irres-

(10) HASSEMER, *Maihofer-Fs.*, pág. 204.

(11) HABERMAS, *KJ* 1987, pág. 13.

(12) *Ibidem*.

(13) ESER, *ZStW* 1967, págs. 571 e segs.

trito direito de intervenção e declaração em abono da sua defesa. Implica, noutros termos, que tenha de se garantir ao arguido a oportunidade efectiva de se pronunciar contra os factos que lhe são imputados, em ordem a infirmar as suspeitas ou acusações que lhe são dirigidas. *Pela negativa*, a liberdade de declaração do arguido ganha a estrutura de um autêntico *Abwehrrecht* contra o Estado, vedando todas as tentativas de obtenção, por meios enganosos ou por coacção, de declarações auto-incriminatórias. É precisamente nesta última dimensão, associada ao brocardo latino *nemo tenetur se ipsum accusare* (ou *prodere*) — que presta homenagem à lei talmúdica hebraica — que a liberdade de declaração do arguido assume mais directa relevância em matéria de proibições de prova.

Neste sentido e resumidamente, o arguido não pode ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua condenação, *sc.*, a carrear ou oferecer meios de prova contra a sua defesa. Quer no que toca aos factos relevantes para a chamada questão da «culpabilidade» quer no que respeita aos atinentes à medida da pena. Em ambos os domínios, não impende sobre o arguido um dever de colaboração nem sequer um *dever de verdade*. E isto posta entre parênteses a *vexata quaestio* sobre se pode ou não falar-se com propriedade de um autêntico *direito do arguido à mentira* (14). Seja como for quanto a este ponto, não cremos que possa questionar-se a asserção de CASTANHEIRA NEVES: «O que ninguém hoje exige, superadas que foram as atitudes degradantes do processo inquisitório (a recusar ao réu a qualidade de sujeito do processo e a vê-lo apenas como meio e objecto de investigação), é o heroísmo de dizer a verdade auto-incriminadora» (15).

O que aqui está fundamentalmente em jogo é garantir que qualquer contributo do arguido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de autorresponsabilidade. Na liberdade de declaração espelha-se, assim, o estatuto do arguido

(14) Cfr., por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual*, págs. 449 e segs., e *BMJ* Dez. 1979 (291), págs. 163 e segs.; RÜPING, *JR* 1974, págs. 138 e segs.; PUPPE, *GA* 1978, págs. 302 e segs.

(15) CASTANHEIRA NEVES, *Sumários*, pág. 176.

como autêntico *sujeito processual*. Na verdade, «só pode falar-se de um sujeito processual, com legitimidade para intervir com eficácia conformadora sobre o processo, quando o arguido persiste, por força da sua liberdade e responsabilidade, senhor das suas declarações, decidindo à margem de toda a coerção sobre *se e como* quer pronunciar-se» (16).

2. a) O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* ganha, assim, o significado de uma decisiva pedra de toque, imprimindo carácter e extremando entre si os modelos concretos de estrutura processual. Bem podendo, por isso, figurar como critério seguro de demarcação e de fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações de processo inquisitório. Não devendo, pois, estranhar-se que as grandes linhas de clivagem e de afrontamento que marcaram a evolução histórica das instituições processuais penais se tenham invariavelmente repercutido neste tópico (17).

Resumidamente, se a consagração mais ou menos explícita do princípio configura uma das marcas irrenunciáveis do processo penal de estrutura acusatória, já a sua denegação anda incindivelmente associada às concretizações históricas do processo inquisitório. Tanto do processo pré-moderno como das manifestações atávicas e mais recentes de inquisitório, de que oferecem exemplos expressivos quer a legislação processual penal de obediência nacional-socialista quer o direito processual penal dos estados socialistas.

O processo penal pré-reformado assentava consabidamente no dogma do *dever de verdade* que, acima de tudo, impenderia sobre o arguido. Uma concepção a que as representações escatológicas da teologia cristã, nomeadamente os ensinamentos de S. TOMÁS, emprestavam plausibilidade. E que encontrou expressão paradigmática na *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) cujo artigo 58.º prescrevia o recurso à tortura como forma de assegurar adimplemento, através da confissão, àquele dever.

(16) ESER, ZStW 1967, págs. 570/1.

(17) Para uma síntese histórica e comparatística, RÜPING, JR 1974, págs. 136 e segs.; DINGELDEY, JA 1984, págs. 407 e segs.; ESER, ZStW 1967, págs. 565 e segs.; ROGALL, *Der Beschuldigte als Beweismittel*, págs. 67 e segs.

Por seu turno, também o processo penal nacional-socialista e socialista sacrificam, cada um a seu modo, a prevalentes valores transpersonalistas, que colidem abertamente com o princípio *nemo tenetur*. Isto sobretudo depois de a ideia de autonomia pessoal de inspiração kantiana ter emprestado a este princípio uma conotação acentuadamente individualista e, por isso, uma tensão centrífuga e improgramável. Como PUPPE refere, «é uma das características das modernas ditaduras da atitude moral (*Gesinnungsdiktaturen*) partir do primado de um sublimado ideal de pertinência ao partido ou à comunidade, para sacrificar, humilhar e punir arbitrariamente o cidadão porque não logra satisfazer tão elevadas exigências» (18). Na mesma linha, e reportando-se concretamente à experiência nacional-socialista acentua RÜPING: «o valor central da comunidade transcende os interesses conflitantes no processo e obriga os participantes a colaborar no fim comum do processo, a descoberta da verdade. Os *direitos* dos participantes esgotam-se na sua funcionalidade para este fim, devendo consequentemente converter-se em deveres: quer deveres de declaração, quer, opinião também sustentada, deveres de realização de tarefas conformes à verdade» (19). Um modelo semelhante de processo, prossegue o autor, é oferecido «pelo direito vigente na DDR: o fim do processo, que se sobrepõe ao antagonismo das partes, reside na promoção da legalidade socialista. Uma colaboração dos participantes tem o sentido de um contributo para a descoberta da verdade. Da vinculação à sociedade socialista emerge o dever de um comportamento adequado» (20).

b) Já referenciável nas representações subjacentes à Magna Charta, o princípio *nemo tenetur* viria a triunfar definitivamente no direito inglês a partir de 1679 (21). No seu texto original, a Constituição dos Estados Unidos da América era omissa quanto ao pro-

(18) PUPPE, GA 1978, pág. 298.

(19) RÜPING, JR 1974, págs. 136/7, onde pode igualmente colher-se uma referência desenvolvida à bibliografia de obediência nacional-socialista.

(20) RÜPING, *ob. cit.*, pág. 137.

(21) Desenvolvidamente, ROGALL, *Der Beschuldigte als Beweismittel*, págs. 72 e segs.

blema. O V Amendment (1791) viria, porém, a dar expressão positiva a um irrestrito e consistente *privilege against self-incrimination*. A partir de então a Constituição americana passa a proclamar expressamente: «No person (...) shall be compelled in any criminal case to be witness against himself». Princípio que seria complementado — a partir da marcante decisão do Supreme Court sobre o caso *Miranda v. State of Arizona* (1966) — com deveres particularmente exigentes de esclarecimento e advertência sobre os correspondentes direitos dos arguidos (22).

Vigente na ordenação jurídico-processual dos modernos Estados de Direito, o princípio *nemo tenetur* viria a ser igualmente inscrito na generalidade dos documentos internacionais de protecção dos direitos do Homem. Com destaque para o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966), cujo artigo 14.º, III, al. g), dispõe: «In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: not to be compelled to testify against himself, or to confess guilt».

No plano comparatístico merecerá citação a mais recente experiência jurídica germânica. A Lei Fundamental não consagra *expressis verbis* o princípio *nemo tenetur*. Mas isto não tem impedido a doutrina e a jurisprudência germânicas de sustentarem, de forma praticamente unânime, que aquele princípio configura verdadeiro «direito constitucional não escrito» (23). Nesta linha, é já possível contar com um conjunto significativo de decisões do Tribunal Constitucional Federal, sistematicamente fiéis ao entendimento de que o princípio goza hoje, na ordem jurídica alemã, de autêntica dignidade constitucional (24).

As hesitações e desencontro a este propósito sobrantes circunscrevem-se à identificação da sede jurídico-constitucional da respec-

(22) Sobre a evolução histórica e a vigência do princípio na experiência processual-penal americana, SCHMID, *Das amerikanische Strafverfahren*, págs. 22 e segs.; LaFAVE/ISRAEL, *Criminal Procedure*, págs. 479 e segs.

(23) GRÖNWALD, *StV* 1987, pág. 453. Em sentido convergente, GÖSSEL, *GA* 1991, pág. 501.

(24) Cfr., v. g., a decisão de 31.1.1981 (*NJW* 1981, pág. 1431).

tiva fundamentação e sancionamento. Assim, a jurisprudência, tanto constitucional como ordinária, propende para reconduzir o princípio à exigência fundamental, e conatural ao Estado de Direito, de respeito pela *dignidade humana*, proclamada no artigo 1.º, n.º I, da Lei Fundamental («*Die Würde des Menschen ist unantastbar*») (25). A doutrina dominante privilegia, pelo contrário, a *liberdade geral de acção* ou o *direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, constante do artigo 2.º, n.º I, da mesma Lei Fundamental («*Todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade*»). Este direito fundamental, argumenta, por exemplo, DINGELDEY, garante «que o indivíduo não será reduzido a mero objecto da actividade estadual e visa realizar uma protecção completa da liberdade individual de cada cidadão. Ora, esta liberdade é posta em perigo quando o arguido é convertido em meio de prova contra si próprio. Só quando se reconhece ao indivíduo um direito completo ao silêncio no processo penal, se lhe assegura aquela área intocável de liberdade humana, em absoluto subtraída à intervenção do poder estadual» (26). Numa posição deliberadamente compromissória e ecléctica sustenta, por seu turno, RÜPING, que «o artigo 2.º, n.º I, da Lei Fundamental protege o direito de autodeterminação também do arguido e do acusado e está em íntima conexão com a doutrina da dignidade humana segundo o arquétipo do conceito kantiano da autonomia» (27).

3. No que ao direito processual penal português especificamente concerne, a vigência do princípio, *nemo tenetur se ipsum accusare* afigura-se nos unívoca.

Decisiva, desde logo, a tutela jurídico-constitucional de valores ou direitos fundamentais como a dignidade humana, a liberdade de acção e a *presunção de inocência*, em geral referenciados como a matriz jurídico-constitucional do princípio. Ainda no plano constitu-

(25) Neste sentido, por exemplo, a citada decisão de 31.1.1981 do Tribunal Constitucional Federal. Em sentido abertamente crítico, GÜNTHER, *JuS* 1978, págs. 195 e segs.

(26) DINGELDEY, *JA* 1984, pág. 409. Em sentido convergente, WOLFSLAST, *NSZ* 1987, pág. 104.

(27) RÜPING, *JR* 1974, pág. 137. No mesmo sentido, KÜHL, *JuS* 1986, pág. 117.

cional não deve desatender-se o significado de um preceito como o artigo 32.º, n.º 4, que prescreve a nulidade de «todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa ...». Pois, a não caírem sob a censura directa da tortura ou coacção, as provas obtidas em contravenção do princípio *nemo tenetur*, configurarão inescapavelmente um atentado à integridade moral da pessoa. É um atentado particularmente qualificado na medida em que redundará na degradação da pessoa em mero objecto ou instrumento contra si própria numa área onde cabe assegurar a expressão da plena liberdade e autorresponsabilidade (28).

Para além disso, a lei processual penal portuguesa contém uma malha desenvolvida e articulada de normas através das quais se assegura acolhimento expresso às mais significativas exigências do princípio *nemo tenetur*. A começar, e em se tratando de factos pertinentes à culpabilidade ou medida da pena, o Código de Processo Penal garante ao arguido um total e absoluto direito ao silêncio (art. 61.º, n.º 1, al. c)). Um direito em relação ao qual o legislador quis deliberadamente prevenir a possibilidade de se converter num indesejável e perverso *privilegium odiosum*, proibindo a sua valoração contra o arguido. E tanto em se tratando de silêncio total (art. 343.º, n.º 1) como em se tratando de silêncio parcial (art. 345.º, n.º 1). Para garantir a eficácia e reforçar a consistência do conteúdo material do princípio *nemo tenetur*, a lei portuguesa impõe, já o vimos, às autoridades judiciais ou órgãos de polícia criminal, perante os quais o arguido é chamado a prestar declarações, o dever de *esclarecimento ou advertência* sobre os direitos decorrentes daquele princípio (cfr., v. g., arts. 58.º, n.º 2; 61.º, n.º 1, al. g); 141.º, n.º 4; 343.º, n.º 1). Normas cuja eficácia é, por seu turno, contrafactivamente assegurada através da drástica sanção da proibição de valoração (art. 58.º, n.º 3) (29). A mesma sanção está prevista para as provas auto-incriminadoras obtidas à custa de tortura, coacção, ameaças, perturbações

(28) Neste sentido, desenvolvidamente, GRÜNWARD, JZ 1981, págs. 423 e segs.; WOLFSLAST, NSiZ 1987, págs. 104 e segs.

(29) Sobre a controvérsia a este propósito subsistente entre a doutrina e a jurisprudência alemã, cfr. *supra*.

da memória ou da capacidade de avaliação, ou meios enganosos (art. 126.º).

A ordem jurídica portuguesa leva, de resto, a tutela da liberdade de declaração e depoimento, subjacente ao princípio *nemo tenetur*, ao ponto de fazer intervir aqui o próprio direito penal substantivo, *ultima ratio* da política criminal. Fá-lo, concretamente, através do artigo 412.º do CP (*Extorsão de depoimento*), votado à incriminação das formas mais intoleráveis de afronta àquela liberdade.

4. Hoje não é tanto o reconhecimento do princípio *nemo tenetur* quanto e sobretudo a definição da sua compreensão e alcance, *sc.*, a precisa demarcação da respectiva área de tutela que suscita dificuldades.

a) Dificuldades que sobem de tom à medida que nos afastamos da consideração abstracta dos problemas e nos aproximamos das constelações típicas situadas na zona de fronteira e concorrência entre o estatuto do arguido como *sujeito processual* e o seu estatuto como objecto de medidas de coacção ou meio de prova (30). Nesta zona cinzenta deparam-se não raro situações em que não é fácil decidir: quando se está ainda no âmbito de um *exame, revista, acareação* ou *reconhecimento*, admissíveis mesmo se coactivamente impostos; ou quando, inversamente, se invade já o campo da inadmissível auto-incriminação coerciva.

Uma área problemática onde o critério tradicionalmente reconhecido para apartar as águas — a distinção entre uma actividade ou acção *positiva* e o mero tolerar *passivo* de uma actividade de terceiro — acaba por revelar comprometedoras limitações (31). Como WOLFSLAST acentua, «não se é apenas instrumento da própria condenação quando se colabora mediante uma conduta activa, querida e livre, mas também quando (...) contra a vontade, uma pessoa tem de

(30) Desenvolvidamente, FIGUEIREDO DIAS, «Sobre os Sujeitos», págs. 26 e segs.

(31) Desenvolvidamente, WOLFSLAST, NSiZ 1987, págs. 103 e segs.; GRÜNWARD, JZ 1981, pág. 426; DINGELDEY, JA 1984, págs. 412 e segs. Quanto aos critérios alternativos, cfr., para além dos autores e obras citadas, PUPPE, GA 1979, pág. 304.

tolerar que o próprio corpo seja utilizado como meio de prova». De resto, acrescenta, será difícil discernir porque é que a dignidade humana do arguido só é atingida quando forçado a uma acção e não já quando compelido a ter de tolerar uma acção. «O tormento, a humilhação de ter de ser instrumento contra si próprio podem, em caso de passividade forçada e verificadas certas circunstâncias, ser maiores do que em caso de colaboração activa». A autora invoca a propósito as hipóteses em que, para se reconhecer o arguido, este é fisicamente obrigado a manter a cabeça erguida ou assumir uma dada expressão facial. Tudo «casos que demonstram claramente a inexistência de uma distinção qualitativa entre a acção e a omissão» (32).

b) As coisas são particularmente óbvias — e o critério da distinção entre colaboração activa e tolerância passiva relativamente seguro — quando se trata de obter, por coacção ou meios enganosos, declarações auto-criminadoras do arguido. Ou quando, reversamente, se questiona o direito do arguido ao silêncio e o significado do seu exercício.

Aqui parece consensual a tese que: por um lado, coloca as declarações do arguido a coberto de invencível proibição de valoração; e, por outro lado e complementarmente, proíbe que o silêncio do arguido possa de qualquer forma ser valorado contra ele. Hoje não encontraria seguidores a opinião sustentada por LUÍS OSÓRIO: «pode o réu ficar calado ou mesmo recusar-se a responder; mas não pode evitar que o juiz tire do silêncio ou da recusa as conclusões que esse comportamento do réu pode autorizar» (33). O silêncio deve, por isso, ser tomado como a ausência pura e simples de resposta, não podendo, enquanto tal, ser levado à livre apreciação da prova. E isto, já o vimos, quer se trate de silêncio total quer, na parte pertinente, de

(32) WOLFSLAST, *ob. cit.*, pág. 104.

(33) LUÍS OSÓRIO, *Comentário*, IV, pág. 158. Em sentido contrário, já no contexto do direito anteriormente vigente, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual*, págs. 448 e segs.

silêncio meramente parcial (34). «Se — explicita KÜHL — o arguido exerce o seu direito ao silêncio, ele renuncia (faculdade que lhe é reconhecida) a oferecer o seu ponto de vista sobre a matéria em discussão, nessa medida vinculando o tribunal à valoração exclusiva dos demais meios de prova disponíveis no processo. Para efeitos de valoração de prova, o silêncio figura, assim, como um *nullum* jurídico (*rechliches Nullum*)» (35).

É ainda apelando para a distinção entre colaboração activa e mera passividade que na Alemanha se vem entendendo que o arguido não pode ser obrigado a «soprar» nos testes de controlo de alcoolémia. Como se entende outrossim que não é admissível gravar sem o conhecimento ou consentimento do arguido uma sua conversa mesmo que apenas para fins de peritagem fonético-linguística em ordem a identificar, v. g., a voz captada numa escuta telefónica. Assim o decidiu o BGH, recentemente chamado a pronunciar-se sobre o problema (decisão de 9.4.1986) no contexto do *caso Schleyer* (36).

c) Tudo é já mais controverso em matéria de identificação e reconhecimento compulsivos de pessoas, tema particularmente agitado na doutrina e jurisprudência alemãs (37).

α) Não dispondo o direito positivo germânico de norma correspondente ao artigo 147.º da codificação portuguesa (*Reconhecimento de pessoas*), não faltam vozes a sustentar (38) não ser pura e simplesmente admissível compelir o arguido a enfrentar uma testemunha para efeitos de identificação e, muito menos, proceder ao reconhecimento do arguido por pessoa que ele não pode ver (cfr. art. 147.º, n.º 3, do CPP). As dificuldades e desencontros de opinião ganham ampli-

(34) Neste sentido e no que especificamente concerne aos problemas do silêncio parcial, RÜPING, JR 1974, págs. 137 e segs.; ESER, ZStW 1967, pág. 576; KÜHL, JuS 1968, págs. 118 e segs.

(35) KÜHL, *ob. cit.*, pág. 118.

(36) Cfr. NJW 1986, pág. 2261.

(37) Desenvolvidamente sobre o tema, WOLFSLAST, NSZ 1987, págs. 103 e segs.; GRÜNWALD, JZ 1981, págs. 423 e segs.; DINGELDEY, JA 1984, págs. 412 e segs.

(38) Cfr., neste sentido, GRÜNWALD, *ob. loc. cit.*

tude quando o reconhecimento implica, ele próprio, a imposição coactiva de medidas como: corte do cabelo ou da barba; uso de artifícios para forçar uma posição da cabeça (puxando, v. g., pelo cabelo) ou manter os olhos abertos ou uma dada expressão, contrariando-se, nomeadamente, o riso ou as práticas mímicas, etc. Todo um espectro de problemas a que a própria lei processual penal portuguesa está longe de assegurar resposta completa e expressa. E que, nessa medida, obrigam também a doutrina e a *praxis* nacionais a progredir sem o arrimo do direito positivo. E sendo certo que o caminho terá de fazer-se sob a vigilância permanente de um dos mandamentos que presidem ao processo penal de um Estado de Direito: precisamente o de que *todo o atentado à liberdade dos cidadãos carece de expressa legitimação legal*.

β) Várias vezes confrontados com estes problemas, os tribunais superiores alemães, tanto o Tribunal Federal como o Tribunal Constitucional Federal, têm-se pronunciado a favor da admissibilidade da imposição de todas as medidas referenciadas (39). Fazem-no invocando, umas vezes, a analogia com os preceitos que legitimam, v. g., a submissão coactiva a exames, recolha de sangue ou impressões digitais; outras, enfatizando o carácter, apesar de tudo, meramente passivo da intervenção do arguido. Como pode ler-se em recente decisão do *Kammergericht* (4.5.1979): «os acusados não foram obrigados a assumir uma dada expressão facial. Tiveram, pelo contrário, de ser coercivamente impedidos de — através de atitudes como: baixar ou abanar a cabeça, fechar os olhos, fazer caretas — frustrar o fim do reconhecimento, impossibilitando as testemunhas de encarar a sua fisionomia em estado normal e sem perturbações. Eles não foram, assim, coagidos a uma actividade positiva e voluntária, mas apenas forçados a pôr termo à desobediência ilícita ao dever, que sobre eles impendia, de uma tolerância passiva» (40).

Este entendimento da jurisprudência tem suscitado as reservas

(39) Cfr. WOLFSLAST, *ob. loc. cit.*, e GRÜNWALD, *id. ibidem*.

(40) Cfr. NJW 1979, pág. 1668. No mesmo sentido, DINGELDEY, JA 1984, págs. 412 e segs.

reticentes da doutrina. Por um lado — objecção de que já tivemos oportunidade de nos fazer eco — contesta-se a pertinência e validade absoluta do critério exclusivamente assente na distinção conceitual-positivista entre acção e omissão. Dificilmente, argumenta-se nesta linha, se poderá mostrar que a adopção forçada de uma expressão facial haja de considerar-se, para todos os efeitos e sem mais, uma mera passividade. Isto explica a propensão dos autores para denegarem a admissibilidade de todas as formas de imposição forçada de uma dada expressão facial ou corporal, puxando, v. g., pelos cabelos ou recorrendo ao uso de mordaças (41). Por outro lado e complementariamente, contesta-se a legitimidade do recurso à analogia com normas legais que, por se reportarem a um meio de coacção, *strictissime sunt interpretanda* (42).

γ) Tudo objecções, convirá explicitá-lo, cuja pertinência face ao disposto no artigo 147.º (*Reconhecimento de pessoas*) da lei processual penal portuguesa se nos afigura linear. Na medida em que optou por consagrar expressamente um regime de reconhecimento imposto, o legislador português demarcou-lhe ao mesmo tempo os limites. Que o intérprete e aplicador do direito não estão legitimados a ultrapassar. Como cremos que o fariam, se não nos casos de fronteira como o simples corte de cabelo ou barba, pelo menos nas demais constelações típicas que temos vindo a considerar.

d) Há-de, por último, sublinhar-se que, enquanto emanção normativa da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade, o princípio *nemo tenetur* não comporta descontinuidades, sequer graduações, em função das sucessivas fases do processo ou da intervenção das diferentes instâncias formais. Irrestritamente válido em relação às autoridades judiciais, terá de sê-lo igualmente perante os órgãos de polícia criminal. Acolhendo-nos à conhecida e expres-

(41) Desenvolvidamente, GRÜNWALD, *ob. loc. cit.*; WOLFSLAST, *ob. loc. cit.*

(42) Neste sentido, GRÜNWALD, *ob. cit.*, págs. 425 e segs. Sobre a problemática, cfr. desenvolvidamente, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual*, págs. 439 e segs.

siva metáfora de RADBRUCH, o princípio terá de colher o respeito tanto do juiz que «habita o andar nobre da casa, onde predominam formas esmeradas de tratamento», como da polícia criminal que ocupa a «cave do edifício, onde a regra é o recurso a processos mais rudes de tratamento» ⁽⁴³⁾.

⁽⁴³⁾ RADBRUCH, *Sauer-Fs.*, págs. 121 e segs.

CAPÍTULO IV

O DIREITO PORTUGUÊS FACE AOS MODELOS AMERICANO E ALEMÃO

§ 11. A EXPERIÊNCIA AMERICANA (*EXCLUSIONARY RULES*) E GERMÂNICA (*BEWEISVERBOTE*): DOIS MODELOS DE COMPREENSÃO NORMATIVA, DOUTRINAL E PRAGMÁTICA

1. A almejada caracterização do direito português das proibições de prova, ao nível do traçado fundamental, aconselha a sua projecção sobre o panorama do direito comparado. Um exercício que nos propomos ensaiar privilegiando uma referência abreviada às experiências americana e alemã. Já por representarem os dois paradigmas tipologicamente mais consistentes e estabilizados de compreensão das proibições de prova; já por serem os que, de forma mais ou menos directa e assumida, mais vêm influenciando o direito português.

a) Isto na medida — importa acautelá-lo à partida — em que é possível identificar, sobre as profundas e múltiplas linhas de clivagem e descontinuidade da experiência das *exclusionary rules*, um conjunto de princípios, normas e práticas jurisprudenciais susceptível de ser referenciado como «o sistema» americano das proibições de prova. Terá, para tanto, de se começar por pôr entre parênteses as linhas mais expostas de divisão, *sc.*, as decorrentes do carácter federal do Estado e dos seus reflexos a nível da ordem jurídica. Em segundo lugar, terá de superar-se a tensão centrífuga, conatural ao modo de revelação do direito nos sistemas jurídicos da *common law*, assentes no primado do precedente. Como deverá, por último, contrariar-se a eficácia perturbadora e dispersiva provocada pelas oscilações da conjuntura.

No que especificamente concerne ao último dos aspectos citados, cabe recordar que a experiência jurídica americana confirma exemplarmente a já assinalada sensibilidade do direito das proibições de prova à alternância das representações colectivas em matéria de resposta ao crime. E, mais concretamente, a sua sintonia com os períodos em que sopram mais fortes os ventos da *law and order* e ganham intensidade os «gritos das Erfnias». Como sucedeu nos meados da década de sessenta, em que se multiplicaram as vozes dos que reivindicavam a redução do âmbito de vigência e da consistência das *exclusionary rules* (1).

Uma exigência que, no plano institucional, seria empenhadamente assumida pelo Chief Justice BURGER que proclamava a disciplina da actividade da polícia como *single and distinct purpose* das *exclusionary rules*. E de que os meios de comunicação se fariam abundantemente eco. Como poderia ler-se no *Washington Daily News* (28 de Junho de 1965): «O mal-estar actual deve imputar-se ao facto de os juízes apenas parecerem preocupados em descobrir novos meios e caminhos de absolver os acusados ou de os mandar embora com penas mais leves». No mesmo tom e na mesma altura escrevia-se no *New York Herald Tribune*: «A relação de forças no interior da nossa comunidade deslocou-se de forma muito perigosa em desfavor da polícia e dos tribunais» (2).

Um movimento que acabaria por trazer consigo o sancionamento de uma plétora de expedientes ou cláusulas de diminuição do espectro das proibições de prova e de neutralização ou redução da sua eficácia. Com destaque para a chamada cláusula da *good faith* que na prática viria a neutralizar o relevo prático-jurídico de áreas significativas de irregularidade da polícia (3).

b) α) Não será arriscado adiantar que os fundamentos político-criminais e axiológico-teleológicos que deixámos referenciados

(1) Desenvolvadamente, HONIG, *Beweisverbote*, págs. 8 e segs.; HERRMANN, *Jescheck-Fs.*, págs. 1300 e segs.

(2) Citações apud HONIG, *ob. cit.*, pág. 8.

(3) Sobre o sentido e alcance da *good faith* neste contexto, cfr. BALL, *JCrim* 1978, págs. 635 e segs., e BRADLEY, *GA* 1985, págs. 105 e segs.

constituem o horizonte de enquadramento e referência material comum tanto às *exclusionary rules* americanas como às *Beweisverbote* alemãs. O mesmo parece valer para o respectivo programa de acção. Em ambos os casos se trata de prevenir o recurso a meios de prova contrários às garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas. Tanto as que prevêem directamente direitos dos cidadãos como as que visam preservar estruturas processuais consonantes com as exigências do *due process of law* ou da *Rechtstaatlichkeit* para que apela, respectivamente, a doutrina e a jurisprudência dos dois países.

É, porém, por caminhos desencontrados que num caso e noutro se procura dar expressão normativa e pragmática ao programa. Emanações de distinta experiência e compreensão do direito e integradas em estruturas e princípios processuais a muitos títulos opostos, as *exclusionary rules* e as *Beweisverbote* emergem como institutos jurídicos diferenciados. Tanto no que respeita ao figurino e recorte dogmático como no que toca à área de tutela e implicações prático-jurídicas. Não devendo, por isso, estranhar-se as frequentes soluções de assimetria: não raro a mesma constelação típica configura num dos ordenamentos uma das manifestações mais drásticas e invencíveis de proibição de prova, enquanto no outro é degradada à categoria de mera irregularidade.

β) Resumidamente — e fazendo-nos eco das observações cruzadas de vozes vindas de ambos os lados (4) — as divergências começam a ganhar significado ao nível do modo de revelação e positivização do direito. Como é próprio do sistema da *common law*, o direito das *exclusionary rules* é sobretudo produto da resposta dos tribunais aos conflitos concretos segregados pela própria vida. Daí o carácter tendencialmente disperso e fragmentário. Já o direito germânico, um dos paradigmas acabados do modelo europeu-continental, aspira a antecipar uma construção sistemática do direito das proibições de

(4) Temos, fundamentalmente em vista os confrontos estabelecidos, respectivamente, por HERRMANN do lado alemão e BRADLEY do lado americano. De HERRMANN, cfr., sobretudo, *Jescheck-Fs.*, págs. 1291 e segs., e de BRADLEY, *Harvard* 1983, págs. 1032 e segs., e *GA* 1985, págs. 105 e segs.

prova. Susceptível, por um lado, de integrar em termos teórico-doutrinalmente coerentes o universo das proibições de prova e, por outro lado, de oferecer uma resposta tendencialmente acabada às mais subtis e caprichosas expressões do quotidiano.

γ) Intimamente imbricado, avulta outro tópico de afastamento e que releva duma distinta impostação de fundo e compreensão geral do direito, *maxime* na perspectiva do enunciado e tutela dos direitos fundamentais.

Na linha duma tradição secular que remonta à Magna Charta (1215), nos Estados Unidos tende a privilegiar-se a *dimensão processual* como sede de proclamação e de tutela. Em geral, os direitos fundamentais começaram por fazer caminho como garantias contra a intervenção abusiva das instâncias de perseguição criminal, só num segundo momento, e de forma derivada, vindo a ganhar significado material substantivo. Na experiência histórico-cultural e jurídica germânica é, inversamente, claro o *primado da vertente substantiva*. Aqui é só de forma reflexa e complementar que a tutela processual intervém e acaba por ganhar autonomia.

É o que o mais perfunctório olhar sobre as referências constitucionais mais insistentemente invocadas pela doutrina e *praxis* em matéria de proibições de prova não deixa de documentar. Os dispositivos constitucionais a que os tribunais americanos sistematicamente se acolhem apresentam um étimo e uma estrutura marcadamente processuais. Como sucede com a protecção do *privilege against self-incrimination*, introduzido pelo V Amendment, com os preceitos relativos a buscas e apreensões (IV Amendment) e sobretudo com a cláusula *due process of law* (XIV Amendment) ⁽⁵⁾. Diferentemente, as normas

(5) De acordo com o Amendment IV (1791): «The right of the people to be secure in their persons, houses, papers and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized». Por seu turno, o Amendment V (1791): «No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service time of war or public danger; no shall any person be subject for the same offence to be twice put in

constitucionais em que os tribunais e autores alemães esteiam a dogmática e o regime das *Beweisverbote* têm a estrutura de enunciados substantivos de direitos da personalidade, em geral, e da privacidade, em particular. Como os que prescrevem a intangibilidade da *dignidade humana* (art. 1.º), o *livre desenvolvimento da personalidade* (art. 2.º), a inviolabilidade do *segredo de correspondência e das telecomunicações* (art. 10.º) ou a *invioabilidade do domicílio* (art. 13.º).

c) A projecção desta distinta impostação e compreensão do direito sobre o domínio específico das proibições de prova passa pela mediação das respectivas estruturas processuais. Cada um a seu modo, o processo penal americano e alemão dão expressão arquétípica a dois modelos contrapostos recorrentemente assinalados pela doutrina. O que avulta sobretudo a nível do estatuto jurídico-processual dos sujeitos processuais, *maxime* do tribunal e do ministério público. E tanto no que toca ao perfil estático e organizatório, como no que respeita ao plano dinâmico e aos modelos de acção e interacção.

α) De forma apressada ⁽⁶⁾, o processo americano configura o paradigma extremado do *acusatório puro*. Subordinado à lógica de um *processo de partes*, o processo americano desenvolve-se sob o domínio da acusação e da defesa, que sobre ele detêm a plena dispo-

jeopardy of life and limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself; nor be deprived of life, liberty or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation». Pelo seu relevo convirá recordar ainda o teor do Amendment XIV (1868): «All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty or property without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws».

(6) Para um confronto mais aturado e desenvolvido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual*, págs. 242 e segs.; «Para uma Reforma Global», págs. 210 e segs.; «Sobre os Sujeitos», págs. 15 e segs.; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, págs. 91 e segs.; SCHMIDT-LEICHER-Fs., págs. 145 e segs.; «Die Reform der Hauptverhandlung», págs. 52 e segs.

nibilidade. É, de resto, às partes que cabe — em exclusivo — a possibilidade e a responsabilidade de investigar e reunir os meios probatórios necessários à decisão da causa. Tudo sob a passividade e neutralidade do juiz, como um mero árbitro, apenas chamado a dar resposta às questões atinentes ao normal fluir do duelo que acusação e defesa travam entre si. Um juiz a quem falece a legitimidade para a iniciativa autónoma de investigação. O que explicará a irredutível diferença de *pathos* com que, no processo penal americano, intervêm o acusador público e o juiz. O primeiro fá-lo exclusivamente motivado e empenhado na condenação do arguido, o que de algum modo empresta pertinência ao estigma de «caçador implacável», na denúncia de GÖSSEL (7). O segundo adoptando, pelo contrário, uma postura de passividade bem como de distanciação e indiferença em relação ao curso definitivo do processo. O que converte o juiz, pelo menos na fase de julgamento, numa espécie de esfinge, impenetrável e fechada à comunicação.

O processo penal alemão conforma-se, por seu turno, ao paradigma do *processo acusatório integrado por um princípio de investigação*. A partir da fase de acusação é o juiz que detém o domínio do processo e assume a responsabilidade última pela investigação das provas sobre que há-de assentar a condenação ou absolvição do arguido. O contraste com o processo americano revela-se aqui ostensivo. A um ministério público exclusivamente interessado na condenação, responde o direito alemão com uma instância cuja acção obedece a estritos critérios de *legalidade e objectividade*. Como responde à passividade do juiz americano com um julgador armado de poderes autónomos de investigação e prova.

β) Um contraste que um relance sobre o chamado *modelo da audiência* permitirá surpreender em termos impressivos.

No processo americano o julgamento respeita o figurino da contradição total. A teia configura uma arena onde acusação e defesa prosseguem um duelo, para que mobilizam todas as suas forças. Sob a passividade e imprescritibilidade do juiz. Que se limita a

(7) Apud ROXIN, Schmidt-Leichner-Fs., pág. 147.

pronunciar-se sobre as objecções suscitadas pelas partes, decidindo, consoante os casos, tratar-se de *objection overruled* ou, inversamente, de *objection sustained*. Advertindo neste último caso os jurados de que a pergunta ou resposta impugnada deve ser tida como não dada, não podendo influenciar a sua decisão. Para além disto, o drama processual faz o seu curso sob o protagonismo das partes que alternam entre si a iniciativa, num contexto interactivo onde a fórmula ritualizada *the witness is yours* assume, a este propósito, um significado simbólico indisfarçável. E que levam autonomamente a cabo o interrogatório e contra-interrogatório a que são submetidos tanto as testemunhas como o arguido.

Tudo a coberto de exigentes formalismos legais, que reforçam a tendência para a atomização dos factos, já induzida pela inexistência de uma instância de subjectivização da *quaestio facti* em termos de unidade e continuidade. Neste sentido jogam, nomeadamente, a *rule of order of evidence* (que obriga a parte que indicou a testemunha a um interrogatório segundo a ordem dos factos acusados) e a *restrictive rule* (que circunscreve o âmbito e a sequência da *cross-examination* ao teor das declarações anteriormente feitas pela testemunha em sede de *direct examination*). E que redundam num diversificado e extenso quadro de perguntas tidas por *incompetent, irrelevant* ou *immaterial* e, como tais, inadmissíveis.

É, de certo modo, nos antípodas deste modelo que se situa a audiência do processo penal alemão. Onde sobreleva o papel do tribunal como sistema autónomo (e responsável) de subjectivização da produção da prova. Compreendendo-se, assim, que, por via de regra seja *através do juiz* que se procede ao interrogatório cruzado das testemunhas. Como se compreende igualmente que, embora admitida por lei — a requerimento do ministério público ou da defesa (§ 239 StPO) — a *cross-examination* «não tenha assumido na prática nenhum significado» (ROXIN).

2. Recenseados alguns dos tópicos que dão sentido ao ambiente normativo das proibições de prova nas experiências em confronto, caberá adiantar uma aproximação mais directa da respectiva caracterização e conceptualização dogmática.

a) α) A este propósito cremos dever acompanhar-se HERRMANN quando, confrontado com a questão, conclui que as *exclusionary rules* e as *Beweisverbote* constituem institutos dogmáticos distintos. Na síntese do autor, as proibições de prova do direito alemão mais não representarão do que «meios processuais de imposição da tutela do direito material»⁽⁸⁾. Uma asserção cuja pertinência se nos afigura irrecusável à vista da intencionalidade normativa que dá sentido às *Beweisverbote*. Do que em primeira linha se trata é de prevenir determinadas manifestações de danosidade social, garantindo-se a integridade de bens jurídicos prevalentemente pessoais. «Consequentemente — prossegue HERRMANN — no direito alemão a limitação da actividade da polícia não pode ser apontada como tarefa, mas apenas como consequência, das proibições de prova»⁽⁹⁾.

Em idêntica perspectiva comparatística e em sentido convergente, acentua BRADLEY que «o mero facto de uma acção de investigação violar a StPO não é decisivo. O mais importante é saber se a intromissão na esfera íntima do acusado se pode ou não considerar justificada, em nome do relevo da infracção que lhe é imputada»⁽¹⁰⁾.

O que fica dito explicará que o universo dos destinatários das proibições não haja aqui de circunscrever-se necessariamente aos agentes das instâncias formais de controlo⁽¹¹⁾.

β) É esta compreensão das coisas que — de forma mais ou menos consciente, embora nem sempre em termos inteiramente consequentes⁽¹²⁾ — preside ao discurso da jurisprudência e da doutrina alemãs em matéria de proibições de prova.

Significativamente e logo na primeira das suas mais marcantes decisões (*caso do gravador*, 1960) começa o BGH por subli-

⁽⁸⁾ HERRMANN, *Jescheck-Fs.*, pág. 1292.

⁽⁹⁾ *Id.*, pág. 1302.

⁽¹⁰⁾ BRADLEY, *GA* 1985, pág. 105.

⁽¹¹⁾ Sobre o problema, *supra*.

⁽¹²⁾ Significativo neste contexto o entendimento sufragado pelo Tribunal Federal sobre as consequências prático-jurídicas da violação do *dever de esclarecimento* do arguido decorrente dos §§ 136; 163a) 3,4 e 243, 4. (cfr. *supra*). Tal entendimento dificilmente poderá compaginar-se com as exigências de uma concepção material-substantiva da correspondente liberdade de expressão e acção.

nhar: «A dignidade humana é inviolável (art. 1.º da Lei Fundamental). Todos têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade enquanto não lesem os direitos de terceiros ou não violem a ordenação constitucional ou a lei moral (art. 2.º da Lei Fundamental). De igual modo, o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem garante a todos a exigência de respeito da sua vida familiar e privada. Diferentemente do que antes sucedia, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é hoje reconhecido como um valor fundamental da ordenação jurídica. O direito da pessoa à sua própria palavra falada (...) pertence também ao conteúdo deste direito geral de personalidade»⁽¹³⁾. Para além disto, toda a argumentação aqui expendida pelo Tribunal Federal, em busca duma fundamentação das proibições de prova que recaem sobre as gravações, prossegue apelando para categorias e princípios próprios do direito material. Como quando sustenta, por exemplo: «Quem regista ocultamente num gravador a conversa que mantém com outra pessoa, lesa o direito de personalidade do interlocutor e o seu direito à própria palavra falada. Como o faz, em termos não menos relevantes, aquele que, sem consentimento do autor da palavra, permite que outrem a ela tenha acesso através do gravador»⁽¹⁴⁾. Mesmo as referências aos princípios do Estado de Direito em matéria de processo penal que podem colher-se na fundamentação do *Tonbandfall* «não devem levar-se à conta de novos e adicionais fundamentos da proibição de prova uma vez que o BGH caracteriza a *Rechtsstaatlichkeit* fundamentalmente como exigência de respeito da dignidade humana»⁽¹⁵⁾.

E não é outra a impostação a que obedece a decisão proferida sobre o *primeiro caso do diário*. Também aqui, e depois de invocar a tutela jurídico-constitucional da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade, argui o BGH: «Eles vinculam o Estado e todos os seus órgãos bem como qualquer pessoa no domínio do tráfico jurídico privado. A protecção jurídica outorgada ao direito geral

⁽¹³⁾ Cfr. *NJW* 1960, pág. 1580.

⁽¹⁴⁾ *Id.*, pág. 1581.

⁽¹⁵⁾ HERRMANN, *Jescheck-Fs.*, pág. 1293.

de personalidade garante ao cidadão a liberdade e autodeterminação necessárias ao desenvolvimento da personalidade» (16).

Também o Tribunal Constitucional Federal se tem mantido fiel a uma compreensão fundamentalmente material das proibições de prova. Nos seus já incontáveis pronunciamentos sobre as proibições de prova, o Tribunal Constitucional Federal tem, com efeito, privilegiado dois tópicos argumentativos que são outros tantos momentos de comunicabilidade com a dogmática material-substantiva: o enunciado de direitos de personalidade, por um lado, e a invocação da ponderação de interesses como instância de legitimação possível do seu sacrifício, por outro lado. É o que bem espelha o já citado aresto de 1973, em que o Tribunal Constitucional verteu de forma mais acabada a *teoria dos três graus*, uma construção de clara valência substantiva. Que começa igualmente pela proclamação: «Tem sido jurisprudência constante deste Tribunal Constitucional o entendimento de que a Lei Fundamental reconhece ao cidadão individual uma área inviolável de livre conformação da vida privada», de todo em todo subtraída à intromissão e devassa dos agentes públicos ou privados (17).

γ) Os autores alemães levam ainda mais longe a exploração duma impostação material das proibições de prova. Uma postura a que não serão alheios muitos dos desencontros e controvérsias que vêm opondo entre si a doutrina e a jurisprudência alemãs.

Como deixámos sugerido, nem todos os autores alemães se revelam na tese de ROGALL, que circunscreve a intencionalidade protectiva das proibições de prova à ideia de um «instrumento da protecção de direitos individuais». Isto dada a assinalada plétora de interesses ou bens jurídicos que transcendem a esfera do arguido mas que de forma directa ou reflexa são igualmente tutelados por via das proibições de prova. Tanto interesses individuais, como interesses supra-individuais, subjectivados pelo Estado ou pela comunidade. Mas já não será arriscado acreditar que a doutrina alemã tenderá, na sua maioria, a subscrever o modelo de conflitualidade material posto em relevo por

(16) Cfr. *NJW* 1964, pág. 1142.

(17) *JZ* 1973, pág. 504.

ROGALL. «Pertence às premissas desta doutrina — enfatiza o autor — a tese de que a ponderação terá de operar em termos concretos e globalizantes. Saber se há-de ou não reagir-se a uma violação do processo com uma proibição de valoração é questão que terá de ter uma resposta normativa, encontrada a partir da consideração do interesse concreto da perseguição penal, da gravidade da violação da lei, bem como da dignidade de tutela e da carência de tutela do interesse lesado» (18). Uma concepção das coisas no essencial sobreponível à compreensão da ponderação de interesses a que a mais recente dogmática penal substantiva se vem acolhendo como fundamento de legitimação material e de enquadramento sistemático das causas de justificação (19). O que significa a permeabilidade da doutrina das *Beweisverbote* ao pensamento nuclear da ilicitude penal material. E explica, por outro lado, o apelo cada vez mais insistente para as categorias e construções da dogmática penal substantiva.

b) Terão de ser outros os princípios e categorias de enquadramento dogmático das *exclusionary rules* americanas. Na síntese conclusiva de HERRMANN, aqui estão em causa figuras intrinsecamente processuais (20).

α) Naturalmente, as controvérsias judiciais introduzidas por via de uma *motion to suppress evidence*, mesmo produzidas em termos jurídico-processuais, sempre induzirão tomadas de posição mais ou menos directas sobre a dimensão material dos correspondentes direitos ou garantias. Como sucede com os *suppression hearings* promovidos em nome da inviolabilidade do domicílio e da fruição dos bens (garantidas pela 4.^a Emenda da Constituição: *The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures*), ou, em geral, com todos os que contendem com o *right to privacy*. Simplesmente, e como HERRMANN

(18) ROGALL, *NSiZ* 1988, pág. 391.

(19) Para uma referência mais aturada, COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, págs. 228 e segs.; ROXIN, *Jescheck-Fs.*, págs. 457 e segs.; LENCKNER, *GA* 1985, págs. 295 e segs.

(20) *Jescheck-Fs.*, pág. 1298.

observa, a verdade é que o «Supreme Court não tentou em nenhuma das suas decisões recortar com mais rigor o conteúdo e alcance deste direito. O que para o Tribunal tem estado, sempre e acima de tudo, em causa é, com a ajuda das proibições de valoração de prova, identificar da forma mais precisa possível, as fronteiras da actividade admissível de investigação policial» (21). O que obrigará a «considerar a tutela material não como fundamento mas como mera consequência derivada das proibições de valoração» (22).

β) A partir duma representação específica da danosidade social a prevenir, as *exclusionary rules* surgem animadas por uma intencionalidade normativa própria. O que, em primeira linha, cabe prevenir e «reprimir» são as manifestações de ilegalidade da polícia criminal na interacção com o cidadão e as suas garantias constitucionais. Pela positiva, trata-se de assegurar a *disciplina* das instâncias formais de controlo — *maxime* da polícia — isto é, a estrita conformidade da sua actuação às pertinentes normas processuais. Nos termos da proclamação terminante do juiz Cardozo (*People v. Defore*, 1926): «*the criminal is to go free because the constable has blundered*».

A questão «verdadeiramente decisiva em debate na fase do processo americano relativa à admissibilidade dos meios de prova é, assim, determinar se terá ou não ocorrido uma violação da lei por parte da polícia» (23). Isto porquanto, aos olhos do Supreme Court (*Elkins v. United States*, 1960) as proibições de prova configuram «*the only effectively available way*» para garantir a disciplina da actividade policial. Na expressiva — e crítica — caracterização de WIGMORE: «*Titus you have been found guilty of conducting a lottery; Flavius you have confessedly violated the Constitution. Titus ought to suffer imprisonment for crime and Flavius for contempt. But no! We shall let you both go free. We shall not punish Flavius directly, but shall do so by reversing Titus' conviction. This is our way of teaching people like Titus to behave and incidentally of securing respect*

(21) *Id. ibidem*.

(22) *Id.*, pág. 1302. No mesmo sentido, BRADLEY, GA 1985, págs. 101 e segs.

(23) BRADLEY, GA 1985, pág. 103.

for the Constitution. Our way of upholding the Constitution is not to strike at the man who breaks it but to let off somebody else who broke something else» (24).

γ) A preordenação das proibições de prova à salvaguarda da *disciplina* da actuação da polícia aflora, por seu turno, (e explica) em algumas das singularidades mais marcantes do regime das *exclusionary rules*.

Em primeiro lugar, é a polícia que aparece como destinatária privilegiada, quase exclusiva, das normas pertinentes e, por isso, do seu programa de *deterrence*. Em segundo lugar, é a polícia, *rectius* à postura concreta da polícia, que se reportam cláusulas como a da *good faith* (25), através das quais os tribunais americanos procuram ultrapassar a rigidez das normas. Rigidez que advém, terceira nota a sublinhar, do carácter acentuadamente formal das mesmas normas. Que

(24) WIGMORE, *Evidence*, vol. 8, § 2184. Sobre o pensamento da *disciplina* dos agentes das instâncias formais de controlo, cfr. desenvolvidamente, HERRMANN, *Jescheck-Fs.*, *passim*, sobretudo págs. 1299 e segs.; OTTO, GA 1970, págs. 290 e segs. Em sentido abertamente crítico, DENCKER, *Verwertungsverbote*, págs. 52 e segs., e AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte*, págs. 17 e segs., e NJW 1991, pág. 2534. Resumidamente e de acordo com AMELUNG, o sistema terá, naturalmente, de dotar-se dos mecanismos necessários à disciplina da actuação dos agentes das instâncias de controlo. Só que, para além de idóneas para o efeito, a subordinação do regime das proibições de prova a fins de disciplina induziria seguramente efeitos disfuncionais e perversos. Na formulação do autor, «o recurso às proibições de valoração como instrumento de disciplina é uma *expressão de resignação* (*Ausdruck der Resignation*).» (*ob. cit.*, pág. 19). Explicitando mais as coisas, considera AMELUNG, em termos que denotam apreensão idêntica à declinada por WIGMORE, que reagir a toda a infracção dos preceitos processuais com uma proibição de valoração seria pagar «um preço exageradamente elevado. Pois, o efeito primário e imediato de uma proibição de valoração concebida nestes moldes não é a *punição* do sistema de perseguição penal ou dos seus representantes mas antes um prejuízo infligido ao Estado. Ele veria a sua pretensão punitiva posta em perigo ou mesmo pura e simplesmente precluída sempre que, em nome da proibição de valoração, se lhe pudesse retirar das mãos um meio de prova de que poderia prevalecer-se para condenar um delinquente. Ao mal já causado pela irregularidade processual acresceria um novo mal, agora pela via da proibição de valoração e que acabaria por atingir a comunidade». *Ob. cit.*, pág. 18. No mesmo sentido, NJW 1991, pág. 2534.

(25) Cfr., neste sentido, HERRMANN, *Jescheck-Fs.*, pág. 1301; BRADLEY, GA 1985, pág. 101.

redunda na sobreposição de princípio dos aspectos formais aos substanciais e, por isso, na frequência de soluções de questionável acerto material e político-criminal.

O que de algum modo explica — e potencia — o mal-estar endêmico à experiência das *exclusionary rules* a atingir ciclicamente limiares dificilmente sustentáveis. É o que podemos ilustrar com o rigor posto na aplicação dos *Miranda-rights*, quando confrontado com a permissividade na obtenção de declarações do arguido por meios dolosos e fraudulentos (26).

§ 12. IMPLICAÇÕES PRÁTICO-JURÍDICAS. I. DIÁRIOS PESSOAIS, LIBERDADE DE DECLARAÇÃO E PROVAS OBTIDAS POR PARTICULARES

1. As diferenças assinaladas a nível da impositação de fundo e da compreensão dogmática das proibições de prova comunica-se ao plano das soluções prático-jurídicas. Onde não será difícil referenciar áreas problemáticas concretas a que o direito americano e germânico respondem de forma desencontrada, se não mesmo oposta. É o que a citação, a título exemplar, de algumas constelações típicas ajudará a evidenciar.

O contraste resulta claramente exposto à vista da resposta das duas ordens jurídicas ao problema da admissibilidade da valoração de diários pessoais.

a) Para o direito americano, o que é decisiva é a licitude ou ilicitude processual do acesso ao diário. Tudo está fundamentalmente em saber se a polícia violou ou não os dispositivos legais e formais que definem e condicionam o exercício da sua competência. A valoração estará excluída se o diário foi apreendido de modo ilegal, nomeadamente por inobservância da exigência de mandato judicial. Mas já será admitida nos termos mais irrestritos se puder concluir-se que a

(26) Sobre o peso dos aspectos formais em áreas específicas como as buscas (nomeadamente as buscas domiciliárias) e as apreensões, cfr. HONIG, *Beweisverbote*, págs. 25 e segs.

polícia não violou qualquer formalidade legal. Isto à semelhança do que sucederia com a apreensão duma arma ou de um lenço que contém vestígios de abuso sexual sobre um menor (*Morrison v. United States*, 1958) (27).

São outros os termos em que a questão é equacionada e solucionada na Alemanha. Decisivo é aqui, em primeiro lugar, o conteúdo do diário, isto é e na formulação do BGH, saber se nele se exprime «o desenvolvimento da personalidade e não a sua degradação». E, em segundo lugar, o relevo da nova e autónoma manifestação de danosidade social, sc., do novo atentado ao bem jurídico, que a valoração do diário em processo penal mediatiza. Nesta linha e continuando a apelar para a fundamentação da decisão do BGH a propósito do primeiro caso do diário (1964), quando estão em causa registos atinentes à intimidade pessoal, «está, por princípio, excluída toda a intromissão na esfera privada não tendo, por isso, qualquer significado o modo como o diário chegou ao conhecimento das autoridades». Lícita ou ilicitamente obtido, um diário íntimo não pode, contra a vontade do seu autor, ser valorado em processo penal.

b) A menção que deixámos registada à problemática específica da valoração dos diários pessoais deixa intuir as implicações pragmáticas divergentes duma impositação prevalentemente processual-adjectiva ou material-substantiva das proibições de prova. Importa, porém, prevenir, contra o que uma mais apressada consideração das coisas poderia induzir, que não poderá sustentar-se, sem mais, que o sistema germânico resulta invariavelmente numa mais extensa e consistente afirmação das proibições de prova. E, por vias disso, numa mais reforçada protecção dos bens jurídicos envolvidos.

Face à rigidez formal da solução americana, a maior plasticidade do direito germânico pode resultar numa maior abertura à valoração de um diário pessoal. Suposta, por exemplo, a obtenção ilícita de um diário, o direito americano tenderá a precluir, sem mais, a valoração. Já no direito alemão tudo acabará por depender da ponderação a fazer entre o renovado sacrifício do bem jurídico e o interesse concreto da

(27) Cfr. HONIG, *ob. cit.*, págs. 28 e segs.

perseguição penal. É o que o desenvolvimento ulterior da jurisprudência do BGH em matéria de valoração de diários pessoais vem claramente confirmando ⁽²⁸⁾.

Um entendimento cuja plausibilidade vem sendo reforçada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, na base da *teoria dos três graus*.

É o que permite ilustrar o pronunciamento, já noutra sede recensado, deste Tribunal (24.5.1977) ⁽²⁹⁾, a propósito da valoração probatória das fichas clínicas dos internados num estabelecimento para dependentes da droga. Embora ilicitamente obtidas, entende o Tribunal Constitucional Federal, que elas «não contendem com a esfera inviolável da intimidade, mas apenas com a esfera privada» ⁽³⁰⁾. O interesse da perseguição criminal em matéria de consumo de estupefacientes não é, de todo o modo, bastante para se sobrepor ao atentado à vida privada e ao prejuízo decorrente para o programa terapêutico. A conclusão seria já outra se na balança da *ponderação* aparecesse o interesse pela perseguição dos crimes mais graves, hipótese em que, sustenta o Tribunal Constitucional, seria já admissível a valoração. Isto, convirá recordá-lo, em relação a um meio de prova cuja valoração estaria no processo americano precludida a partir da ilicitude processual da sua obtenção ⁽³¹⁾.

As coisas viriam a conhecer uma clarificação decisiva com a decisão de 19.9.1989 ⁽³²⁾. Chamado a solucionar os problemas de constitucionalidade suscitados precisamente pela sentença do BGH a

⁽²⁸⁾ É o que expressivamente patenteia o teor da decisão de 9.7.1987 (cfr. NJW 1988, págs. 1037 e segs.) pronunciada pelo Tribunal Federal a propósito do chamado *segundo caso do diário*. Cfr. *supra*. Resumidamente: num caso de homicídio, o BGH admitiu a valoração um diário em que o acusado se entregava a reflexões sobre as suas dificuldades e inibições, emoções, sentimentos e reacções em matéria sexual.

⁽²⁹⁾ Cfr. NJW 1977, pág. 1498, e *supra*.

⁽³⁰⁾ *Ibidem*.

⁽³¹⁾ Cfr. BRADLEY, GA 1985, págs. 104 e segs.

⁽³²⁾ Cfr. NJW 1990, págs. 563 e segs. Sobre o significado deste pronunciamento do Tribunal Constitucional Federal e as reacções que ele viria a provocar da parte da doutrina, cfr. *infra*.

propósito do *segundo caso do diário*, o Tribunal Constitucional viria, com efeito, a subscrever expressamente as soluções extremadas que se deixavam adivinhar. E a pronunciar-se pela admissibilidade da valoração de qualquer diário (por mais íntimo que seja o seu conteúdo), desde que se trate da perseguição e punição da criminalidade mais grave. E, por esta via, a sancionar o entendimento (e as soluções prático-jurídicas) subscrito pela jurisprudência ordinária, em nome da ideia de *ponderação de bens*.

2. Também a tutela diferenciada reservada pelo direito americano e alemão à *liberdade de declaração* espelha a divergência de fundo entre uma compreensão formal-processual e uma impostação prevalentemente material-substantiva. Com reflexos nítidos a nível, v. g., do regime da confissão do arguido.

a) α) Para emprestar relevo prático-jurídico ao *privilege against self-incrimination*, o direito americano impõe à polícia — nomeadamente em se tratando do primeiro interrogatório de arguido detido ou de algum modo atingido na sua liberdade — deveres particularmente estritos e formais de esclarecimento e informação. São os conhecidos *Miranda-warnings*, estabelecidos pelo Supreme Court no determinante pronunciamento *Miranda v. State of Arizona* (1966) ⁽³³⁾ e que com algumas restrições (impostas, v. g., pela «*public safety*» *exception*) ⁽³⁴⁾, continuam a valer tanto no direito federal como a nível esta-

⁽³³⁾ Para uma referência mais aturada ao teor da decisão, ambiente histórico em que foi produzida, resistências que teve de vencer e controvérsias que suscitou, ESER, ZStW 1967, págs. 247 e segs.; PELKMANN, NJW 1966, págs. 1801 e segs.; ENGLISH, JCrim 1966, págs. 283 e segs.; WILSON, JCrim 1966, págs. 291 e segs.; ISRAEL, Michigan 1977, págs. 1373 e segs. Para uma abordagem sociológico-criminológica, PEPINSKY, CrimD 1970, págs. 378 e segs.

⁽³⁴⁾ Adiantada e cunhada pelo Supreme Court na decisão do caso *New York v. Quarles* (1984). Mantendo-se fiel à «doutrina Miranda», o Supremo americano vem agora sustentar ter sempre de se ponderar (*balance*) entre os interesses individuais do arguido e os da comunidade em geral. Isto para concluir que «*overriding considerations of public safety justify (an) officer's failure to provide Miranda warnings*». Cfr. Harward 1984, pág. 140.

dual. Resumidamente, não poderá ser utilizada como prova nenhuma declaração do arguido no interrogatório policial — nem nenhuma prova que aquela declaração torne possível — a *não ser que* o arguido tenha, antes de tudo e em primeiro lugar, sido informado: 1) que tem o direito de não responder; 2) que tudo o que disser pode vir a ser utilizado contra ele; 3) que tem direito à assistência de defensor escolhido ou 4) oficiosamente nomeado.

A mera violação desta formalidade de apresentação e leitura ritualizadas do *Miranda rights card* será bastante para inquirar as declarações do arguido, nomeadamente a sua confissão e as provas que elas possibilitem, e ditar a sua inadmissibilidade como meios de prova. Mesmo em se tratando de confissão cuja autenticidade, liberdade e seriedade seja possível sustentar a partir de outros, complementares e processualmente lícitos, meios de prova. É o que a própria decisão *Miranda v. Arizona* claramente documenta. Com ela viria o Supreme Court a rejeitar a confissão de um dos arguidos (*Miranda*) suspeito do crime de violação, precisamente em nome da insuficiência do esclarecimento. E isto, não obstante a acusação dispor de um documento assinado pelo arguido em que este declinava que, ao proferir a confissão, tinha conhecimento dos seus direitos. Simplesmente, entenderam os juízes que fizeram maioria — escassa: 5 contra 4 — que a confissão do arguido só poderia ser utilizada se a acusação fizesse prova de que o arguido renunciara aos seus direitos de forma consciente e na base de esclarecimento total da sua situação (*knowing and intelligent waiver*).

β) A rigidez formal dos *Miranda-warnings*, conjugada com a reacção particularmente viva que suscitaram do lado das vozes mais empenhadas em emprestar ressonância às exigências da *law and order* e da *public safety* (35), justificam, por seu turno, o aplauso e a con-

(35) Ao coro de protestos que a decisão provocaria, sobretudo do lado da polícia e da acusação pública, juntaram-se as vozes de alguns juízes. Segundo, por exemplo, o *Justice White*, «num número incalculável de casos a decisão do Tribunal terá como efeitos práticos que um assassino, um violador ou qualquer outro criminoso venha a ser deixado livre na rua, para retomar as suas práticas sempre que lhe aprouver» (*apud*, HONIG, *Beweisverbote*, págs. 36/7). Pondo a tónica nas dificuldades provocadas sobretudo na luta contra o crime «on the streets» bem como nos interrogatórios nas esquadras de polícia, LaFAVE, *Michigan* 1968, pág. 67.

fiança com que foram acolhidos do lado da defesa dos direitos dos cidadãos. Tornam, noutros tempos e como ISRAEL acentua, «*unders-tandable that the civil libertarians look to its continuing vitality as a bellwether*» (36). Como explica que, aos olhos de um observador externo, apareçam como «um passo audacioso, praticamente até à fronteira do político-criminalmente sustentável. Eles foram de todo o modo, mais longe do que até agora o ousaram os legisladores continentais» (37).

Simplesmente, o irrecusável reforço da tutela do arguido mediado pelos *Miranda-rights* tem como reverso o seu não menos ostensivo carácter fragmentário e descontínuo. Decorrente, mais uma vez, da compreensão processual das proibições de prova prevalecente no direito americano. Também aqui, mais do que a protecção duma liberdade de declaração arquetipicamente concebida na pluridimensionalidade das suas exigências, em relação às sucessivas fases do processo, em causa está apenas a colocação de barreiras à actividade da polícia. O que explica o desguarnecimento da tutela da liberdade de declaração face, nomeadamente, a formas fraudulentas de agressão. Isto porquanto o cumprimento do ritual dos *Miranda-warnings* parece deixar à polícia a mão livre para recorrer à fraude e ao engano como meio de obtenção de provas. Segundo o Supreme Court, a polícia pode, por exemplo, obter a confissão do arguido fazendo-o enganosamente acreditar que identificou as suas impressões digitais nos objectos do crime ou que a vítima sobreviveu à tentativa de homicídio e vai identificá-lo (38).

b) São outras as soluções para que, em princípio, apontará o direito germânico.

α) Orientado para a proclamação da liberdade de declaração do arguido concebida em termos materiais, este ordenamento jurídico

(36) ISRAEL, *Michigan* 1977, pág. 1373.

(37) ESER, *ZStW* 1967, pág. 249.

(38) HERRMANN, *Jescheck-Fs.*, pág. 1303. Sobre a explicação do regime — a que não será alheio o idiossincrático ideário liberal-individualista subjacente ao processo penal americano — cfr. HERRMANN, *ob. loc. cit.*

propenderá igualmente para a sua tutela em termos tendencialmente globais. Ou, pelo menos, nas suas dimensões mais expostas, mais dignas e carecidas de tutela. Significativamente, é como enunciado de direito substantivo que o § 136a), a mais relevante das normas da StPO em matéria de proibições de prova, começa, por prescrever a tutela daquela liberdade. Segundo este preceito: «*A liberdade de formação e declaração da vontade do arguido não pode ser prejudicada através de maus tratos, fadiga, ofensas corporais, administração de quaisquer meios, tortura, meios enganosos (Täuschung) ou hipnose*».

A esta luz, compreende-se, por exemplo, que no direito alemão seja relativamente pacífico o entendimento de que a mera violação dos deveres de esclarecimento legalmente impostos não inquina, só por si e irreparavelmente, os pertinentes meios de prova. Tal não se dará concretamente nos casos em que aquela violação formal da disciplina processual não traga consigo a correspondente expressão de danosidade material, sc., a compressão da liberdade do arguido. Como se compreende a extensão da proibição de valoração às provas obtidas mediante *erro fraudulentamente induzido*, pelo menos em se tratando de erro dolosamente provocado pelos agentes das instâncias formais de controlo (§ 136a) StPO) ⁽³⁹⁾.

β) Deverão, por isso, levar-se à conta de lacuna ou mesmo de incongruência sistémica os casos de irrelevância de outros não menos drásticos atentados à liberdade de declaração do arguido. É o que tende a suceder em duas áreas problemáticas de manifesto relevo prático-jurídico.

Referimo-nos, em primeiro lugar, às constelações concretas de casos em que os meios de prova indevida e *espontaneamente* (não por iniciativa ou às ordens das agências formais) *obtidos por particulares* — mesmo à custa de *dolo ou coacção* — não atraem sobre si a prescrição da proibição de valoração. Uma extensa fenomenologia resultante, por um lado, do âmbito restrito de vigência de uma norma como o § 136a), circunscrita aos *interrogatórios* directa ou indirectamente promovidos pelas instâncias formais de controlo. E, por outro lado e complementarmente, da circunstância de a tutela dos pertinen-

⁽³⁹⁾ Cfr., neste sentido, PUPPE, GA 1978, págs. 289 e segs.

tes direitos ou bens jurídicos em sede de valoração da prova, na direcção dos particulares, persistir, apesar de tudo, claramente descontínua e lacunosa.

O mesmo valerá, em segundo lugar, para a medida em que, ao arrepio do entendimento da doutrina dominante, a jurisprudência alemã continua a encarar a omissão do esclarecimento legalmente imposto como uma mera irregularidade formal. E a degradá-la, por isso, à categoria da violação de uma *regra de produção de prova*, que não implica a proibição de valoração ⁽⁴⁰⁾.

3. O que acaba de afirmar-se confronta-nos com outra área problemática onde as divergências prático-jurídicas dos dois sistemas normativos voltam a ganhar amplitude: o regime reservado aos *meios de prova (ilicitamente) obtidos por particulares*.

a) As coisas são, a este propósito, relativamente óbvias e lineares para o direito americano, onde, por princípio, não subsistem obstáculos à valoração processual destes meios de prova. Isto em nome duma concepção das *exclusionary rules* como normas de estrutura processual, primordialmente dirigidas a disciplinar a acção da polícia, seu destinatário normal. Como já em 1921 sustentava o Supreme Court (*Burdeau v. McDowell*), as proibições de valoração de meios de prova não devem encarar-se como «*a limitation upon other than governmental agencies*». Daí a admissibilidade dos meios de prova obtidos por particulares à custa, v. g., de fraude ou coacção, apropriação indevida, intromissão em casa alheia, devassa e atentado ao *right to privacy*. Provas como fotografias, gravações, videogramas, diários, ilicitamente obtidas por particulares são, de resto, particularmente saudadas pelo seu qualificado valor probatório. Como, reportando-se concretamente às gravações de vídeo, pode ler-se na decisão do caso recente *United States v. Jannotte* (1982), elas são bem-vindas como *some as the most valuable tools possible* ⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ Sobre o tema, cfr. *supra*. No mesmo sentido crítico, HERRMANN, *Jescheck-Fs.*, pág. 1305.

⁽⁴¹⁾ *Apud* BRADLEY, *Harvard* 1983, pág. 1048.

De igual modo, os sistemas privados de segurança não vêm a sua actuação limitada pelas exigências que impendem sobre a polícia. Por exemplo, os vigilantes dos supermercados ou estabelecimentos de venda directa ao público não estão, na resposta directa ao *shoplifting*, condicionados por qualquer sucedâneo dos *Miranda-warnings*. Nada, por isso, parecendo contrariar a ulterior valoração processual dos meios de prova por eles obtidos.

Só não será assim nos casos, frequentes na prática, em que os particulares actuam *no interesse e às ordens das instâncias formais*. Quando tal se dá, nomeadamente quando os particulares agem assumida e conscientemente às ordens e sob a direcção da polícia, os meios de prova por eles logrados estarão tendencialmente sujeitos ao mesmo regime das provas produzidas pela polícia.

b) As coisas são mais complexas no direito germânico. Apesar de tudo, não será arriscado adiantar que as soluções práctico-jurídicas propenderão a encaminhar-se em sentido divergente.

A preordenação das proibições de prova à salvaguarda da integridade de determinados bens jurídicos faz avultar o sacrifício destes bens, à custa do relativo apagamento do agente. O discurso normativo das proibições de prova propende a sobrepor-se ao das normas penais substantivas, que associam uma reacção a uma expressão tipificada de danosidade social, imputável a um agente, por via de regra, referenciado em termos abstractos e impessoais (*quem*). Em sede de valoração o decisivo deverá ser, por isso e sobretudo, saber se a valoração pode ou não aprofundar ou renovar o atentado ao bem jurídico. Uma questão cuja resposta tenderá a ser afirmativa em áreas como a dos crimes contra a reserva da vida privada. Isto a partir do dogma enunciado, v. g., pelo BGH no *caso do gravador*: «lesa a área do direito de personalidade do autor da palavra e o seu direito à palavra aquele que, mantendo com ele uma conversa, a grava às ocultas. Mas não a lesa menos quem, sem consentimento do autor da palavra, a reproduz através do gravador» (42). Nesta perspectiva, as coisas em nada se altera-

(42) NJW 1960, pág. 1581.

rão pelo facto de a audição não consentida ocorrer em processo penal (43).

Compreende-se, assim, a convergência da doutrina e da jurisprudência germânicas em torno da tese da possibilidade da subsunção dos meios de prova produzidos por particulares à figura e ao regime geral das proibições de prova. Significativo, de resto, que os grandes arestos do BGH que persistem como *leading cases* em matéria de proibições de prova — o *caso do gravador* e o *primeiro caso do diário* — tenham recaído precisamente sobre provas produzidas por particulares. O mesmo podendo afirmar-se da decisão (31.1.1973) que permitiu ao Tribunal Constitucional a elaboração da *teoria dos três graus*. Como, no contexto do *primeiro caso do diário* argumenta o BGH, em termos que podem tomar-se como expressão codificada do entendimento deste tribunal superior: «Quando estão em causa escritos relativos à vida íntima, só a proibição de valoração garante a protecção eficaz da personalidade. E isto quer os escritos tenham chegado ao conhecimento das autoridades de perseguição penal mediante acto de ente público, quer através da intervenção de um particular. O que neste tipo de situação importa fundamentalmente prevenir é a intromissão na esfera da vida privada. Sendo para tanto juridicamente sem significado o modo como os escritos chegaram, contra a vontade do autor, ao conhecimento das autoridades competentes» (44).

E não será outro, em relação à área problemática de que relevam as constelações típicas assinaladas — a saber: os meios de prova que contendem com a reserva da vida privada e do segredo — o entendimento da doutrina. Também deste lado se subscreve generalizada-mente a tese de que os meios de prova adquiridos por particulares «não representam qualquer caso especial, antes devendo ter rigorosamente o mesmo tratamento dos meios de prova resultantes de acto da autoridade pública» (45). Nesta linha precisa OTTO: «Não tem qual-

(43) Neste sentido, desenvolvidamente, SCHMITT, JuS 1967, págs. 24 e segs. Sobre o tema cfr. *supra*.

(44) NJW 1964, pág. 1143.

(45) ROGALL, ZStW 1979, pág. 41. No mesmo sentido, desenvolvidamente, GRÜNWALD, JZ 1966, págs. 496 e segs.; GÖSSEL, Bockelmann-Fs., págs. 319 e segs.

quer interesse saber se os meios de prova foram conseguidos pelas autoridades competentes em processo penal, por outrem a seu pedido ou, pura e simplesmente, por um particular. O respeito pela dignidade humana persiste invariavelmente como substrato da ideia de direito cuja lesão está aqui em causa» (46). Pois, argumenta o autor, «o respeito pela ideia de direito não impõe apenas aos órgãos estaduais de perseguição penal que renunciem a produzir, eles próprios, meios de prova que correspondam ao sacrifício do respeito pela dignidade humana. Para além disso, reclama também que, em ordem à satisfação do interesse estadual da perseguição penal, eles não retirem qualquer proveito dos atentados à dignidade humana levados a cabo por outros com vista a este mesmo fim» (47).

c) Três observações complementares ajudar-nos-ão a uma representação mais correcta do alcance e relevo prático-jurídico desta compreensão das proibições de prova, na direcção dos meios de prova produzidos por particulares, no quadro da experiência jurídica alemã. Obviando-se do mesmo passo ao perigo de extrapolações apressadas e infundadas. Trata-se fundamentalmente de avivar os limites que, apesar de tudo, condicionam o alcance prático-jurídico dum entendimento «material» das *Beweisverbote* quando projectado sobre esta específica área problemática. Limites imanentes e invencíveis nuns casos; noutros, inversamente, limites exógenos e contingentes, decorrentes de uma menos consequente, e já assinalada, assunção das premissas axiológico-teleológicas e materiais que dão sentido àquela compreensão das coisas.

α) Em primeiro lugar e tal como fica desenhada, a compreensão material das proibições de prova reporta-se privilegiadamente a uma fenomenologia sensivelmente sobreponível ao conjunto dos meios de prova que de algum modo contendem com a reserva da vida privada e o segredo. Isto é, os meios de prova cuja utilização em processo penal, sem consentimento de quem de direito, configuram só por si — e independentemente do modo como foram obtidos — uma forma

(46) *Ob. cit.*, pág. 326.

(47) *Id.*, pág. 327.

autónoma de devassa, agravando ou renovando a danosidade social que a lei quer prevenir. Para além de outros, cabem aqui meios de prova como diários, fotografias, filmes, gravações, segredos, etc., trazidos ao processo por particulares e a cuja utilização se opõem os portadores concretos dos correspondentes bens jurídicos.

Em se tratando deste tipo de meios probatórios, o facto de terem sido produzidos e trazidos por particulares não constitui no direito germânico motivo bastante de tratamento processual de favor. Em rigor, é mesmo no sentido inverso que a doutrina e a jurisprudência alemãs tendem a orientar-se. Isto a partir da consideração de que a lei sempre arma as instâncias formais de perseguição criminal de poderes (limitados) de intromissão e devassa, que denega, de todo em todo, aos particulares (48).

Simplemente, e mesmo no âmbito deste «núcleo duro» da compreensão material das proibições de prova, convirá ter presente um importante factor de relativização. Que é introduzido pela já assinalada propensão da jurisprudência constitucional e ordinária — com o suporte de algumas vozes da doutrina — para levar a danosidade social mediatizada pela valoração (sem consentimento) do meio de prova a uma balança de ponderação de interesses que tem no outro prato o interesse da repressão penal. Desta forma se abrindo a porta à valoração do meio de prova em nome de um interesse qualificado da perseguição penal.

β) Em segundo lugar, para além da área circunscrita dos meios de prova que contendem com a privacidade e o segredo, estende-se toda uma extensa fenomenologia de formas possíveis de obtenção ilícita de provas e onde a regra tende, apesar de tudo, a ser a *assimetria de regimes*. Para as instâncias formais de controlo, vale a proibição do § 136a) StPO que veda a produção da prova à custa de atentados intoleráveis à liberdade e integridade moral das pessoas, através de dolo, coacção, promessas indevidas, etc. Um preceito que não tem correspondência em se tratando de provas logradas por particulares. Para justificar este desencontro de soluções, tende a doutrina tradicional alemã a sublinhar — uma visão das coisas que estabelece pontes

(48) Cfr., por todos, neste sentido, ARZT, JZ 1973, págs. 506 e segs.

com a experiência americana — que as proibições de prova valem fundamentalmente para as autoridades judiciárias ou policiais ⁽⁴⁹⁾. Daí que na Alemanha se entenda de forma relativamente pacífica que, em princípio, nada contrariará a valoração, v. g., duma confissão escrita obtida, mediante coacção, por um particular ⁽⁵⁰⁾.

Também aqui, e contra o que uma primeira observação pode sugerir, as coisas estão longe de obedecer a regras lineares e absolutas. Não devem, com efeito, desatender-se os esforços entretanto feitos no sentido de temperar a rigidez das soluções, excluindo-se a valoração das provas obtidas por particulares à custa de atentados particularmente intoleráveis à liberdade, à dignidade e à integridade moral das pessoas. A este propósito, os autores inclinam-se, já o vimos, para uma formulação como a adiantada por KLEINKNECHT da «mácula do atentado contra os direitos humanos» ⁽⁵¹⁾.

γ) Há-de, em terceiro lugar, deixar-se consignada uma referência ao tratamento específico reservado aos particulares que actuam no interesse e sob a orientação das autoridades processuais, nomeadamente a polícia. A este propósito, e à semelhança do que vimos suceder no direito americano, a doutrina alemã pronuncia-se claramente pela aplicação do § 136a) ⁽⁵²⁾. Isto a partir da consideração de que, em tais casos, a intervenção dos particulares mais não significará do que um meio indirecto de interrogatório por parte das autoridades formais, devendo, por isso, submeter-se aos limites decorrentes deste preceito. As instâncias formais de controlo, argumenta nesta linha HANACK, «não podem utilizar nem ordenar ou permitir que se utilizem os métodos de interrogatório proibidos nos termos dos § 136a) StPO. Sobre os órgãos de perseguição penal impende, assim, a proibição de obter declarações do arguido através de um particular que

⁽⁴⁹⁾ Neste sentido, por todos, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 154. Sobre o tema, cfr. *supra*.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. SCHÄFER, in LÖWE/ROSENBERG, *Einleitung*, cap. 14, Rn. 50.

⁽⁵¹⁾ Cfr. *supra*. Para uma referência mais desenvolvida ao estado actual da controvérsia, HANACK, in LÖWE/ROSENBERG (24.^a), § 136a), Rn. 10.

⁽⁵²⁾ Cfr., neste sentido, ROGALL, ZStW 1979, págs. 40/1; GRÜNWALD, JZ 1966, pág. 497, n. 75; HANACK, in LÖWE/ROSENBERG (24.^a), § 136a), Rn. 6 e segs.

recorra a métodos não permitidos, especialmente o uso de meios enganosos para o levar a falar. Concretamente, o arguido não pode ser colocado na mesma cela juntamente com um observador ao serviço da polícia (*Polizeispitzel*), com a finalidade de obter fraudulentamente informações» ⁽⁵³⁾.

Este entendimento acaba de ser sufragado pelo BGH, em decisão recente (28.4.1987) onde se dispõe: «o que um arguido conta a um companheiro de prisão (preventiva), que foi colocado na sua cela por ordem da polícia e com instruções desta para obter informações sobre o crime, não pode ser valorado no processo» ⁽⁵⁴⁾. De acordo com a fundamentação da sentença, «os órgãos de perseguição penal sacrificam a liberdade de decisão do acusado através duma coacção inadmissível (...) Não se pode abusar do terceiro para influenciar as declarações do arguido, especialmente levando-o a renunciar ao seu direito ao silêncio (...) Isto constitui uma actuação coactiva sobre o recluso que não é coberta pelo direito penal e é, por isso, inadmissível» ⁽⁵⁵⁾.

§ 13. IMPLICAÇÕES PRÁTICO-JURÍDICAS. II. «TESTEMUNHAS-DE-OUVIR-DIZER» E «EFEITO-À-DISTÂNCIA»

1. A resposta diferenciada que a questão da admissibilidade das chamadas *testemunhas-de-ouvir-dizer* (*hearsay evidence*) conhece, respectivamente, no direito americano e alemão, constitui outro dos tópicos onde vêm ao de cima as implicações pragmáticas de duas concepções distintas das proibições de prova.

Trata-se de um tema a que os desenvolvimentos entretanto registados — quer a nível da fenomenologia da criminalidade, quer das representações colectivas, quer das estratégias de luta contra o crime — vieram emprestar acrescida importância. Tanto para os *media* como para o homem da rua ou mesmo para os *moral entrepre-*

⁽⁵³⁾ HANACK, *ob. cit.*, Rn. 6.

⁽⁵⁴⁾ JZ 1987, págs. 936 e segs. Para uma referência mais aturada a esta decisão do BGH, cfr., *infra*.

⁽⁵⁵⁾ JZ 1987, pág. 937.

neurs com maior ou menor capacidade de decisão político-criminal, o «desafio do crime» é hoje fundamentalmente representado por certas manifestações da criminalidade organizada e da «macrocriminalidade» (JÄGER) — terrorismo, tráfico ilícito de estupefacientes, armas ou automóveis — bem como da «criminalidade sistémica» (crime ecológico, crime contra a economia, corrupção, etc.)⁽⁵⁶⁾. Face a esta criminalidade — marcada, para além da organização (e também por causa dela), pela mobilidade e invisibilidade e gozando de uma imunidade privilegiada à devassa das instâncias formais de controlo — nada mais indicado do que o recurso cada vez maior a todo um arsenal de métodos ocultos de intervenção e investigação. Como as escutas telefónicas, os microfones ou câmaras ocultas, as «testemunhas da coroa», os «homens de confiança», etc.⁽⁵⁷⁾.

Foram sobretudo estes últimos que emprestaram às *testemunhas-de-ouvir-dizer* a importância que acabam de conhecer. Numa

⁽⁵⁶⁾ Sobre o conceito de *Systemkriminalität*, cfr. por todos, SEELMANN, *ZStW* 1983, pág. 802; sobre o conceito de *Makrokriminalität* (aplicado, v. g., ao crime de organização terrorista), JÄGER, *Makrokriminalität*, págs. 85 e segs.

⁽⁵⁷⁾ Para uma caracterização sumária desta nova fenomenologia criminal e a diversidade dos métodos ocultos de investigação — além dos citados no texto: *Rasterfahndung*, *Schleppnetzverfahren*, etc. — cfr. WOLTER, *GA* 1988, págs. 50 e segs.; REBMANN, *NJW* 1985, págs. 1 e segs. No que especificamente concerne às testemunhas da coroa, recordamos que elas correspondem a um regime específico de *immunity* do direito anglossaxónico: com a designação de *King's/Queen's evidence* (*witness*) no direito inglês ou *State's Witness (evidence)* nos Estados Unidos. Sob a pressão das manifestações de terrorismo nos anos setenta e oitenta também na Alemanha acabou por se introduzir um regime próprio para as *Kronzeuge*. Isto nos termos da 1.^a *Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten* (9.6.1989): uma lei circunscrita à área específica do terrorismo e, além disso, de vigência temporária. Para uma referência mais aturada à figura, tanto na perspectiva histórica, comparatística e político-criminal, como no que toca aos problemas (*maxime* jurídico-constitucionais) que suscita, cfr. MIDDENDORF, *ZStW* 1973, págs. 1102 e segs.; JUNG, *Straffreiheit*, *passim*; BAUMANN, *JuS* 1975, págs. 342 e segs.; JAHRREIS, *Lange-Fs.*, págs. 765 e segs.; BERNSMANN, *JZ* 1988, págs. 539 e segs.; DENNY, *ZStW* 1991, págs. 269 e segs.; WEIGEND, *Jescheck-Fs.*, págs. 1333 e segs. Numa perspectiva empenhadamente crítica, HANNOVER, *KJ* 1989, págs. 394 e segs. Sobre a compreensão jurisprudencial da figura e do regime, cfr., v. g., a decisão de 31.1.1991 do BGH (*NJW* 1991, pág. 2575).

primeira aproximação e a benefício de ulterior e mais analítico exame, trata-se de informadores que, com os mais diversificados expedientes e modos de actuação, penetram na organização obtendo informações decisivas para a descoberta do crime, a identificação e perseguição dos seus agentes. Informações que, por via de regra, não são levadas directamente ao processo pelos próprios homens de confiança, mas antes pelos membros das instâncias formais de controlo, *maxime* a polícia sob cuja orientação actuaram. Isto em nome de interesses óbvios, que reclamam a confidencialidade e o anonimato das testemunhas ocultas. E que contendem, genericamente, com a eficácia da luta contra o crime e com a segurança pessoal dos informadores ou das suas famílias⁽⁵⁸⁾. Foi, por exemplo, por esta via que nos Estados Unidos se procurou fazer face à criminalidade no contexto da *proibição*. E é do mesmo modo que hoje por todo o lado se procura reagir às formas mais ameaçadoras do crime organizado.

2. Pelo menos numa primeira abordagem, as coisas são mais simples e óbvias no direito americano, onde vigora a proibição geral de recurso aos testemunhos de ouvir dizer. No direito americano vale, noutros termos, o princípio *hearsay is no evidence*.

a) Para fundamentar o princípio, invocam os autores e tribunais americanos um conjunto de argumentos de índole formal e material. De todos os lados se reconhece, porém, como nuclear e decisiva a razão que radica no imperativo de assegurar às partes a possibilidade de contraditar os depoimentos das testemunhas apresentadas pela outra parte e, sobretudo, de tentar infirmar a sua credibilidade, submetendo-as à *cross-examination*⁽⁵⁹⁾. Um imperativo, de resto, de expressa valência constitucional, por força do *VI Amendment* (1791): «*in all criminal prosecutions the accused shall enjoy the right (...) to*

⁽⁵⁸⁾ Sobre o tema, desenvolvadamente, MEYER, *Jescheck-Fs.*, págs. 1320 e segs.; SEEBODE/SYDOW, *JZ* 1980, págs. 506 e segs.; REBMANN, *NSiZ* 1982, págs. 315 e segs.; TIEDEMANN/SIEBER, *NJW* 1984, págs. 753 e segs.; MIEBACH, *ZRP* 1984, págs. 81 e segs.

⁽⁵⁹⁾ Cfr., por todos, PETERSON, *Washington* 1983, págs. 814 e segs.; HERRMANN, *Die Reform der deutschen Hauptverhandlung*, pág. 338.

be confronted with the witnesses against him». Este último um normativo constitucional que implica, nomeadamente, o dever de dar a conhecer ao acusado a verdadeira identidade e morada dos informadores apesar de tudo trazidos ao tribunal. Tal é, pelo menos, o entendimento que vem sendo sufragado pelo Supreme Court, numa tentativa de melhor clarificação da compreensão e alcance da proibição da *hearsay evidence* (cfr., v. g., *Smith v. Illinois*, 1968).

b) As excepções, apesar de tudo, reconhecidas à proibição da *hearsay evidence* acabam, todavia, por minar de dificuldades a tarefa do intérprete e aplicador do direito às expressões concretas da vida. Dificuldades agravadas por duas ordens complementares de razões.

Em primeiro lugar, as excepções admitidas estão longe de se reportar invariavelmente a constelações típicas claramente recortadas e, por isso, de emergir como enunciados de teor normativo determinado. Como de algum modo sucede com a excepção relativa às chamadas *dying declarations*: por força dela podem ser trazidas a tribunal através de *testemunhas-de-ouvir-dizer* as declarações da vítima de uma agressão letal, produzidas antes da morte e na iminência, expectativa ou receio da sua ocorrência. A esta luz, é possível valorar o depoimento de uma testemunha que declara perante o tribunal que um dia antes do facto a vítima lhe confessou que andava com medo que o acusado a viesse a agredir. Na maioria dos casos as excepções assumem a natureza de cláusulas gerais que remetem para a *court's sound discretion* e induzem margens invencíveis de insegurança. Como sucede com o dispositivo consagrado na codificação elaborada pelo Congresso em 1975 e que abre a porta à *hearsay evidence*, sempre que subsistam *equivalent circumstantial guarantees of trustworthiness* (60). Ou ainda quando a generalidade dos tribunais dispensa a indicação da identidade e morada de um informador da polícia, em nome de um *reasonable fear* de atentado contra a vida ou integridade física do informador ou dos seus familiares.

Acresce, em segundo lugar, a circunstância de este ser um domínio onde com grande frequência se projectam as opções centrífugas

(60) Cfr. PETERSON, *ob. cit.*, pág. 815.

dos estados federados. Reagindo muitas vezes à pressão de casos de grande carga emotiva, os tribunais superiores dos singulares estados americanos vão decantando excepções que nem sempre colhem o aplauso dos demais estados (61). O que, se resulta num labirinto normativo a desafiar o engenho dos práticos do direito, redunda ao mesmo tempo num mosaico polícromo de soluções de que dificilmente o observador exterior se pode dar, de forma esgotante e precisa, conta.

3. a) Na medida em que é possível referenciar no direito alemão um princípio geral de resposta ao problema, ele tem um sentido claramente oposto.

Aqui vale a regra da admissibilidade e da legitimidade da valoração das *testemunhas-de-ouvir-dizer*. E tanto em caso de normal impossibilidade fáctica da testemunha directa (que morreu ou se encontra em parte incerta) como nas hipóteses — hoje uma prática quase de rotina — de «*Gesperrt*» V. Mann, em que a não presença em julgamento resulta de decisão das autoridades de perseguição penal. Um regime que os autores alemães não deixam de levar à conta de uma estrutura e de princípios processuais em muitos aspectos diferentes dos vigentes no direito americano, *maxime* em matéria de *cross-examination* (62).

No silêncio da lei positiva germânica sobre a matéria (63), este é, pelo menos, o entendimento que conta com o apoio da doutrina maioritária e vem sendo sufragado pela jurisprudência, tanto ordinária como constitucional.

(61) Recordar, por exemplo, a excepção introduzida em 1982 em Washington para os casos de crimes sexuais que envolvem menores. Sobre ela, PETERSON, *ob. cit.*, págs. 813 e segs.

(62) Neste sentido, por todos, TIEDEMANN, *JuS* 1965, pág. 20.

(63) Sobre o regime das *testes de auditio alieno deponentes* ao longo da história e nas anteriores codificações do direito germânico, cfr. TIEDEMANN, *ob. cit.*, pág. 18, e SEEBODE/SYDOW, *JZ* 1980, págs. 506 e segs. Para uma síntese das diferentes e sucessivas propostas de consagração expressa da *rule against hearsay evidence* (com destaque para a que viria a ser adoptada pelo 46.º Congresso dos Juristas Alemães, 1966), REBMANN, *NSiz* 1982, págs. 315 e segs.; MIEBACH, *ZRP* 1984, págs. 84 e segs.

Resumidamente, ao contrário do que chegou a ser doutrina dominante ⁽⁶⁴⁾, os autores alemães propendem hoje a sustentar que não subsistem obstáculos legais à valoração das informações recolhidas por um oculto e anónimo *V. Mann* e trazidas *de aditu* ao processo por um agente da polícia ⁽⁶⁵⁾. «Por mais incómoda que seja a sensação que este resultado deixa em nós — argui TIEDEMANN — a verdade é que não é possível vencê-la pela via de uma normal e bem fundada interpretação dos preceitos do processo penal» ⁽⁶⁶⁾. Para esta corrente doutrinária, mais do que um problema de admissibilidade ou legitimidade, os testemunhos de ouvir dizer suscitam sobretudo um problema de ponderação relativa do seu valor probatório. Um problema em tudo idêntico ao que suscitam os demais meios indirectos ou mediatos de prova: a reclamar uma mais prudente e reservada avaliação, só devendo, em qualquer caso, ser utilizados quando de todo em todo não seja possível recorrer aos meios directos e originais de prova. Na síntese de REBMANN: «Também os testemunhos de ouvir dizer constituem um meio de prova, por princípio, menos seguro mas, de todo o modo, um meio fundamentalmente admissível» ⁽⁶⁷⁾. Nestes termos, e à semelhança do que em geral acontece, será em sede de *livre apreciação da prova* que há-de, em concreto, sindicar-se e acertar-se o peso probatório dos testemunhos de ouvir dizer.

⁽⁶⁴⁾ Assim, por exemplo, no século passado, v. KRIES, *ZStW* 1886, págs. 88 e segs. Para uma mais aturada referência histórica e bibliográfica, cfr. TIEDEMANN, *JuS* 1965, pág. 16, n. 8, e REBMANN, *NSiZ* 1982, pág. 317, n. 18.

⁽⁶⁵⁾ Neste sentido, TIEDEMANN, *ob. cit.*, *passim*; REBMANN, *NSiZ* 1982, *passim*; GOLLWITZER, in LÖWE/ROSENBERG, § 250, Rn. 23 e segs.; SCHLÜCHTER, *Das Strafverfahren*, págs. 438 e segs.; GÖSSEL, *GA* 1991, págs. 497 e segs.

⁽⁶⁶⁾ TIEDEMANN, *ob. cit.*, pág. 18.

⁽⁶⁷⁾ REBMANN, *ob. cit.*, pág. 321. No mesmo sentido e desenvolvidamente, SCHLÜCHTER, *ob. cit.*, págs. 438 e segs., e GOLLWITZER, *ob. cit.*, Rn. 26, enfatizando a grande utilidade dos testemunhos-de-ouvir-dizer que sempre «permitirão conclusões decisivas sobre o valor probatório dos depoimentos das testemunhas directas». Enquanto isto, sustenta GÖSSEL que a não consideração e valoração dos testemunhos-de-ouvir-dizer configurará mesmo fundamento bastante de impugnação da sentença, por violação do *princípio de investigação* configurado no § 244, 2 da StPO. Cfr. *GA* 1991, pág. 497.

b) Mais ainda do que a doutrina, vem a jurisprudência alemã sustentando insistentemente a tese da admissibilidade generalizada dos testemunhos de ouvir dizer.

α) Desde logo, em nome de considerações de índole pragmática, que de algum modo retomam a proclamação feita já em 1914 pelo *Reichsgericht* (RGSt, 48, 246), segundo o qual a exclusão pura e simples dos testemunhos de ouvir dizer seria inteiramente incompatível «com uma jurisprudência capaz (*gedeihlichen Rechtspflege*)».

Para além disso e no plano propriamente normativo, o BGH considera que a valoração dos testemunhos de ouvir dizer não colide com os preceitos de direitos interno ou convencional, a este propósito mais frequentemente invocados. Por um lado, ela não violará o *princípio da imediação* (§§ 249 e 250 StPO), sempre assegurado pela presença efectiva das *testes de auditu alieno deponentes*, também elas figurando como testemunhas imediatas. Procedente não será, em segundo lugar, o argumento que se procura retirar dos dispositivos constitucionais que tutelam, v. g., a *dignidade humana* (art. 1.º) ou asseguram um *rechliches Gehör* (art. 103.º, n.º 1), preceitos a que não pode adscrever-se o sentido de vincular a determinados meios ou métodos de prova.

Impertinente será, por último, o apelo para a tutela oferecida pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Tanto na parte em que sanciona o direito a um *fair hearing* (art. 6.º, n.º 1), como e sobretudo na parte em que reconhece a todo o acusado o direito de «interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação» (art. 6.º, n.º 3, al. d)). Para efeitos deste dispositivo, refere o BGH, «testemunhas de acusação são, não as anónimas pessoas de confiança, mas sim os agentes da polícia que vêm depor na base do que ouviram dizer» (BGHSt 17, 382) ⁽⁶⁸⁾. Segundo o mesmo tribunal superior, a norma da Convenção Europeia não impõe ao direito interno germânico um

⁽⁶⁸⁾ Decisão de 1.8.1962 = *NJW* 1962, pág. 1876. Para uma indicação de outros dos mais significativos pronunciamentos do Tribunal Federal alemão a este propósito, cfr. GRÜNWALD, *Dünnebier-Fs.*, pág. 347, n. 2.

determinado e específico conceito de *testemunha de acusação*. Como tal tanto pode valer aquele que afirma que algo aconteceu, como aquele outro que diz que alguém lhe comunicou algo sobre o evento. Uma argumentação formal a que acresce o reforço duma consideração teleológica. O que acima de tudo dá sentido ao texto da Convenção, argumenta-se nesta linha, é o propósito de salvaguardar em qualquer hipótese a *igualdade de armas* entre a acusação e a defesa. Uma intencionalidade que o recurso aos testemunhos de ouvir dizer não poderá, só por si, comprometer.

β) Este é, em citação apressada, o essencial da argumentação em que assenta o já citado aresto de 1.8.1962 do BGH, ainda hoje uma referência paradigmática pelo afrontamento directo do conjunto de tópicos em geral associados à problemática das *Hörensagen Zeugen* ⁽⁶⁹⁾. E a que a maioria da doutrina não regatearia o aplauso. Na síntese conclusiva de TIEDEMANN: «A sentença do BGH está em plena consonância com o direito processual e constitucional vigente. Um resultado diferente só seria possível à custa de novos argumentos e métodos de interpretação. Só que tal implicaria forçosamente uma nova conformação de todo o direito processual penal das provas» ⁽⁷⁰⁾.

Numa recensão sumária da *praxis* jurisprudencial não deverá passar-se por sobre a importante decisão proferida em 17.10.1983 pelo *Grossen Senat für Strafsachen* (BGHSt, 32, 111 segs.). Segundo a qual o interrogatório de testemunhas da confiança da polícia — mesmo em se tratando da tomada de declarações fora da audiência (*kommissarische Vernehmung*) — não pode nunca ter lugar, contra a sua vontade, na ausência do defensor. Mais: mesmo em nome do receio da descoberta da identidade do *V. Mann*, não poderão uti-

⁽⁶⁹⁾ Tributários do mesmo entendimento e aplaudindo a decisão do BGH, TIEDEMANN, *JuS* 1965, págs. 19 e segs.; TIEDEMANN, *JZ* 1967, pág. 571; REBMANN, *NSiZ* 1982, págs. 317 e segs. Em sentido contrário, denunciando e criticando o que considera uma *Rollenvertauschung*, GRÜNWALD, *JZ* 1966, pág. 494; e, apontando o que considera uma «pseudo-lógica formalista» (*formalistische Scheinlogik*), ARNDT, *NJW* 1963, pág. 433.

⁽⁷⁰⁾ TIEDEMANN, *JuS* 1965, pág. 21.

lizar-se quaisquer expedientes acústicos ou ópticos tendentes a distorcer a imagem ou a voz da testemunha ⁽⁷¹⁾.

Representando seguramente um passo no sentido das exigências do Estado de Direito, este aresto viria, contudo, a provocar reacções desencontradas. Contra ele se fizeram ouvir, desde logo, as críticas dos autores mais sensíveis às necessidades da prevenção criminal ⁽⁷²⁾. A que responderam, do lado oposto, os aplausos mais optimistas radicados na crença de poder interpretar o pronunciamento do Grande Senado do Tribunal Federal como «uma decisão de valor no sentido de que os informadores anónimos de confiança devem passar no futuro a valer como um *nullum* no processo judicial» ⁽⁷³⁾. Enquanto isto não faltaram igualmente as vozes, marcadas pelo cepticismo, a antecipar um possível efeito perverso da decisão: o recurso cada vez maior, por parte das autoridades, à prática da *Sperrung, sc.*, mantendo os informadores afastados do processo e fazendo-os substituir por testemunhos-de-ouvir-dizer. Um receio que os desenvolvimentos ulteriores — na medida em que é já possível um balanço fiável — parecem ter confirmado ⁽⁷⁴⁾.

γ) O entendimento e a *praxis* do BGH em matéria de *testemunhas-de-ouvir-dizer* contam, já o deixámos sugerido, com o apoio do Tribunal Constitucional Federal. Nas sucessivas oportunidades em que foi chamado a tomar posição, o areópago de Karlsruhe fê-lo sempre em abono da admissibilidade constitucional do meio de prova.

⁽⁷¹⁾ Cfr. *NSiZ* 1984, pág. 247. Para uma primeira apreciação, TIEDEMANN/SIEBER, *NJW* 1984, págs. 753 e segs.; MEYER, *Jescheck-Fs.*, págs. 1329 e segs.; GRÜNWALD, *StV* 1984, págs. 56 e segs.

⁽⁷²⁾ Assim, HERDEGEN, *NSiZ* 1984, pág. 200; MIEBACH, *ZRP* 1984, págs. 82 e segs.

⁽⁷³⁾ FRENZEL, *NSiZ* 1984, pág. 41. Em sentido convergente e numa primeira aproximação, GRÜNWALD, *StV* 1984, pág. 56: «A decisão do Grande Senado parece trazer consigo a tendência no sentido de ligar à negação da admissibilidade de uma testemunha a consequência de as suas declarações não poderem chegar, por qualquer via, ao processo». Em termos mais reservados, mesmo pessimistas, cfr. do autor, *StV* 1987, págs. 453 e segs.

⁽⁷⁴⁾ Cfr., neste sentido, MEYER, *Jescheck-Fs.*, págs. 1331 e seg.; GRÜNWALD, *StV* 1987, pág. 455.

Isto em nome, sobretudo, de interesses ou valores de irrecusável dignidade constitucional e que podem, em concreto e sem afronta às exigências do Estado de Direito, reclamar o anonimato de uma testemunha directa ⁽⁷⁵⁾.

c) Pese embora o significativo apoio doutrinal e a sua quase irrestrita consagração jurisprudencial, a tese da admissibilidade dos *testemunhos de ouvir dizer* está, porém, longe de ser inteira e definitivamente pacífica no direito alemão. Mesmo no quadro do direito vigente — isto é, postos entre parênteses os repetidos apelos neste sentido feitos ao legislador — a tese da inadmissibilidade tem ainda a seu favor argumentos e vozes que, apesar de minoritárias, não devem ser desatendidas ⁽⁷⁶⁾.

Para tanto, invoca-se fundamentalmente uma outra e divergente interpretação das normas legais, constitucionais e convencionais acima referenciadas. Na formulação de SEEBODE/SYDOW: «Os artigos 103.º, n.º 1, da Lei Fundamental e 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem devem interpretar-se não apenas em sentido meramente formal mas antes apelando, de forma correcta e compreensiva, para o respectivo fim de protecção (...) Então concluir-se-á facilmente que a prática das testemunhas de ouvir dizer lesa não só aqueles preceitos como o imperativo, radicado na própria ideia de Estado de Direito, de uma *fairness* no processo penal» ⁽⁷⁷⁾. Apesar de propenderem para uma inadmissibilidade do meio de prova em termos e com amplitude diferenciadas, num ponto convergem os representantes desta doutrina minoritária: na recusa unívoca dos testemunhos de ouvir dizer que têm atrás de si um *V. Mann* impedido pelas autoridades competentes de vir ao processo. Além do mais intervêm

⁽⁷⁵⁾ Expressiva, neste sentido, a decisão de 26.5.1981 (*BVerfGE* 57, 250, e *NSiZ* 1981, págs. 57 e seg.). Para uma crítica aberta à decisão, cfr., por todos, GRÜNWALD, *Dünnebier-Fs.*, págs. 347 e segs.

⁽⁷⁶⁾ Neste sentido, GRÜNWALD, *JZ* 1966, págs. 493 e segs.; *StV* 1987, pág. 455, e *Dünnebier-Fs.*, págs. 347 e segs.; ARNDT, *NJW* 1963, pág. 433; SEEBODE/SYDOW, *JZ* 1980, págs. 506 e segs.

⁽⁷⁷⁾ *Ob. cit.*, pág. 507.

aqui argumentos de índole ética que estigmatizam a contradição de um Estado que, com uma mão subtrai uma testemunha ao processo mas com a outra, e a coberto da impossibilidade assim criada, aproveita a informação que ela colheu em desfavor do arguido ⁽⁷⁸⁾. Como certamente argui GRÜNWALD, mesmo tendo em conta a divisão de poderes «não devemos deixar-nos ofuscar por ela» ⁽⁷⁹⁾.

4. Uma referência, por último, à problemática do *efeito-à-distância*, outra das áreas onde as respostas desencontradas dos direitos alemão e americano ganham projecção pragmática.

a) Como deixámos antecipado ⁽⁸⁰⁾, o problema suscita-se nos casos em que a obtenção de uma determinada prova torna possível a descoberta de novos meios de prova contra o arguido ou contra terceiro. Então cabe questionar se a proibição de valoração que eventualmente inquiere a prova *primária* ou directa se comunica, e em que medida, às provas *secundárias* ou indirectas, impondo a sua exclusão em cadeia. Como facilmente se representará, o problema ganha particular relevo prático-jurídico nas hipóteses frequentes em que a realização ilegal de buscas domiciliárias, apreensões, exames, escutas telefónicas, gravações, detenções, ou o recurso a métodos proibidos de prova (v. g., a tortura), levam o arguido a comprometedoras declarações auto-incriminatórias.

Já tivemos igualmente oportunidade ⁽⁸¹⁾ de recensar algumas das constelações típicas mais recorrentemente citadas na doutrina ou conhecidas da jurisprudência. À lista poderiam aditar-se hipóteses

⁽⁷⁸⁾ Neste sentido SCHÄFER, *JR* 1984, pág. 399.

⁽⁷⁹⁾ GRÜNWALD, *JZ* 1966, pág. 494. Ainda a propósito da *divisão de poderes*, não deixa GRÜNWALD de acentuar que a *Abschirmung* da testemunha directa e a sua substituição por testemunhas de ouvir dizer acaba por significar que «outros órgãos para além do tribunal vêm a ganhar influência sobre o resultado probatório e, por vias disso, sobre a própria decisão». Órgãos que serão «na melhor das hipóteses, um juiz, na pior o ministério público, a polícia» ou, mesmo, um qualquer particular mediador da informação. Cfr. *Dünnebier-Fs.*, pág. 349.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. *supra*.

⁽⁸¹⁾ *Ibidem*.

como a seguinte, correspondente, no essencial, ao caso recentemente decidido (24.8.1983) pelo Tribunal Federal germânico ⁽⁸²⁾:

— Através de escutas telefónicas realizadas sobre A, suspeito da prática de crime não pertinente ao «catálogo» ⁽⁸³⁾, a polícia criminal sabe da combinação de um encontro de A com os co-arguidos B e C. Na hora e no local acertados, A, B e C vêm a ser detidos o que permite à polícia criminal obter ainda informações sobre um quarto co-arguido D. Sendo as escutas ilegais e não podendo as correspondentes informações ser valoradas, será a proibição de valoração extensiva aos demais e derivados meios de prova?

b) Também aqui as coisas são, pelo menos a nível dos princípios, mais lineares do lado da experiência americana.

α) Desde as primeiras décadas do século — mais precisamente desde os marcantes *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920) e *Nardone v. United States* (1939) — vigora aqui, de forma tão pacífica como generalizada, o princípio do efeito à distância das *exclusionary rules*. Ou, na expressão cunhada pelo Justice Frankfurter, a *fruit of the poisonous tree doctrine* ⁽⁸⁴⁾.

Consensual é outrossim a fundamentação para que invariavelmente apontam os tribunais e tratadistas americanos quando se interrogam sobre a intencionalidade político-criminal que empresta racionalidade teleológica a este regime. Mais uma vez, o que aqui sobremodo avulta é o propósito de assegurar eficácia àquele programa de *deterrence* de práticas ilegais que tem como destinatários privilegiados os agentes das instâncias formais de controlo, *maxime* a polícia. De acordo com a argumentação do Supreme Court no contexto do *Nardone v. United States*: «to forbid the direct use of methods (...) but to put no curb on their full indirect use would only invite the very

⁽⁸²⁾ BGHSt. 32, 68 = NSiZ 1984, págs. 275 e segs.

⁽⁸³⁾ Sobre o sentido da expressão no contexto do regime das *escutas telefónicas*, cfr. *infra*.

⁽⁸⁴⁾ Para uma referência mais desenvolvida à história, evolução, fundamentação, implicações pragmáticas e limites da doutrina, também apodada de *taint doctrine*, HALL/KAMISAR/LaFAVE/ISRAEL, *Modern Criminal Procedure*, págs. 640 e segs.; LaFAVE/ISRAEL, *Criminal Procedure*, 1 vol., págs. 734 e segs.; BRADLEY, GA 1985, págs. 106 e segs.

methods deemed inconsistent with ethical standards and destructive of personal liberty».

β) Apesar de tudo, a vigência da *taint doctrine* no direito americano está longe de ser absoluta e irrestrita. A história da emergência e afirmação do princípio é também a história do enunciado e das tentativas de fundamentação e sistematização de uma gama alargada de excepções.

Que umas vezes se procuram levar à conta de limites conaturais à própria ideia de «disciplina» dos agentes das instâncias de controlo; e outras vezes são adiantadas em nome da necessária e ponderada salvaguarda de interesses conflitantes e de irrecusável dignidade no contexto da justiça criminal. De acordo com o Justice Powell, há-de reconhecer-se que «in some circumstances strict adherence to Fourth Amendment exclusionary rule imposes greater cost on the legitimate demands of law enforcement than can be justified by the rule's deterrent purposes» ⁽⁸⁵⁾. Do lado da doutrina, sustenta, v. g. PITLER: «The complete exclusion — in all situations and for all purposes — of second and subsequent generations 'fruits' of illegally obtained evidence seems logical and warranted, unless there are competing considerations to restrict the radiations of the exclusionary rule» ⁽⁸⁶⁾.

γ) Por detrás da tensão centrífuga e da dispersão da sua casuística, não será difícil referenciar alguns tópicos nucleares a que privilegiadamente os tribunais e os autores americanos propendem a reconduzir as excepções.

Entre eles avulta, em primeiro lugar, a chamada *doctrine of attenuation* que abre a porta à valoração da prova secundária sempre que «the causal connection (...) may have become so attenuated as to dissipate the taint» ⁽⁸⁷⁾. Proclamada logo no *Nardone v. United States* e posteriormente reconfirmada e reforçada na sua plausibilidade no *Wong Sun v. United States* (1963) esta doutrina apela para um princípio de imputação susceptível de reduzir as margens (exageradas) de

⁽⁸⁵⁾ Apud LaFAVE/ISRAEL, pág. 736.

⁽⁸⁶⁾ PITLER, *California* 1968, pág. 586.

⁽⁸⁷⁾ De *Nardone v. United States* (1939). Cfr. LaFAVE/ISRAEL, *Criminal Procedure*, 1 vol., pág. 735.

um efeito à distância sobreponível às indicações de uma estrita *conditio sine qua non*. No mesmo sentido acaba por apontar um segundo e igualmente decisivo princípio, reconduzível à doutrina da *independent source*. Que legitima a valoração de provas secundárias sempre que elas foram ou *poderiam ter sido* obtidas por via autónoma e legal, à margem da *exclusionary rule* que impende sobre a prova primária. Cabendo, contudo, precisar as exigências particularmente apertadas de que os tribunais americanos fazem depender a valência duma *causalidade hipotética*. Tal só ocorrerá nos casos em que a produção da prova secundária, por via independente e legal, se possa, *em concreto*, considerar como «*imminent, but in fact unrealized source of evidence*» («*inevitable discovery exception*») (88).

Particularmente expressiva do horizonte em que hoje se inscreve a experiência americana a este propósito é a proposta constante do *Model Penal Code of Pre-Arrest Procedure* (1974) cujo § 150.4 estabelece a *suppression* da prova ilegalmente obtida, «*unless the prosecution establishes that such evidence would probably have been discovered by law enforcement authorities irrespective of such (illegalities) and the Court finds that exclusion of such evidence is not necessary to deter violations of this Code*» (89).

c) α) Por seu turno, o que num primeiro confronto mais sobressai na experiência alemã em matéria de *efeito-à-distância* é a sua complexidade. O que, à partida e ao contrário do que sucede com o direito americano, desaconselha o recurso a enunciados axiomáticos, tendencialmente generalizadores e reducionistas do género: o direito alemão não reconhece qualquer *Fernwirkung* às proibições de prova (90). Acresce que só a benefício de álea poderá continuar a apontar-se como maioritária a posição dos que respondem negativamente ao problema da vigência de uma *fruit of the poisonous tree doctrine* no contexto do direito processual germânico.

(88) Sobre a «*inevitable discovery*» rule, cfr. MAGUIRE, *JCrim* 1964, pág. 317.

(89) *Apud*, Harvard 1984, pág. 124.

(90) Tendencialmente neste sentido, BRADLEY, *GA* 1985, pág. 106, e Harvard 1983, pág. 1050.

Este enunciado poderia aspirar a retratar, com relativa segurança, o estado de coisas vigente até ao fim da década de sessenta (91). E de que se fez expressamente eco o 46.º Congresso dos Juristas Alemães que se pronunciou maioritariamente naquele sentido. Mas que os desenvolvimentos entretanto ocorridos tanto do lado da doutrina como da jurisprudência alteraram significativamente, legando um panorama marcado pela dispersão e desencontro de respostas. De líquido sobrou apenas a constatação de se afrontar um problema «desesperadamente controverso» (*hoffnungslos umstritten*) (ROGALL) ou «extraordinariamente discutido» (*ausserordentlich streitig*) (MEYER) (92).

β) Por um lado, continuam a fazer-se ouvir as vozes que propendem para a negação mais radical e extremada do *Fernwirkung* (93). É que, argumenta-se deste lado, «o processo penal não pode desenvolver-se como se os meios de prova mediatos pura e simplesmente não existissem» (94). Uma tese que mobiliza a seu favor tanto argumentos de índole literal e sistemática como de fundo político-criminal e dogmático.

Nesta linha, sustenta-se, por exemplo, que um preceito como o § 136a) StPO apenas veda a valoração das *declarações* obtidas pelos métodos proibidos e legalmente descritos, mas já não dos meios de prova que aquelas declarações tornam mediatamente possíveis (95). Noutro plano, invoca-se o carácter idiossincrático e, por isso, incommunicável da *fruit of the poisonous tree doctrine*, correspondente a representações e programas — *maxime* o da disciplina da actividade

(91) Para uma informação mais desenvolvida, GRÜNWALD, *JZ* 1966, págs. 499 e segs.; OTTO, *GA* 1970, págs. 293 e segs.

(92) ROGALL, *ZStW* 1979, pág. 38; MEYER, *in* LÖWE/ROSENBERG, § 136a), Rn. 51.

(93) Neste sentido, por todos, SCHÄFER, *in* LÖWE/ROSENBERG, *Einleitung*, cap. 14, Rn. 42 e segs.; MEYER, *ob. loc. cit.*, Rn. 51 e segs.; BAUMANN, *GA* 1959, pág. 42; PETRY, *Beweisverbote*, pág. 126; KLEINKNECHT, *NJW* 1964, pág. 2185.

(94) MEYER, *ob. cit.*, Rn. 51.

(95) Neste sentido, MEYER, *ibidem*; SCHÄFER, *ob. loc. cit.* Em sentido crítico, REICHERT-HAMMER, *JuS* 1989, págs. 449 e segs.

policial — sem eco decisivo na experiência processual penal alemã ⁽⁹⁶⁾.

São, porém, as razões de índole político-criminal que acima de tudo suportam a tese em exame. Nesta perspectiva faz-se, sobretudo, valer que o princípio do *Fernwirkung* paralisaria a administração da justiça penal e comprometeria irremediavelmente a sua eficácia. De acordo com SCHÄFER: «Só como afronta inescapável às exigências da justiça se poderia ligar uma capitulação da ordenação jurídico-penal a uma violação da lei por parte dos órgãos da administração da justiça penal relativamente ligeira em comparação com a gravidade do crime; e, por essa via, se deixando impunes as mais intoleráveis infracções só porque não se logra isolar um meio inequívoco de prova duma declaração ilegítimamente obtida e, por isso, não valorável como prova» ⁽⁹⁷⁾.

Uma construção a que acrescem, a emprestar suporte e enquadramento doutrinal, os argumentos de índole dogmática. E que, de forma mais ou menos explícita, relevam do pensamento da causalidade e da imputação, privilegiando a consideração de que a ilicitude que inquina a prova primária, não preclui a possibilidade de acesso, por procedimentos legalmente admissíveis, à prova secundária. Nesta linha e denegando a subsistência de uma «finale Schutzzweckzusammenhang», sustenta, por exemplo, GÖSSEL: «O § 136a) da StPO quer seguramente impedir que seja utilizado para efeitos de convicção o material directamente resultante do atentado à livre conformação da vontade do arguido (v. g. uma confissão obtida mediante tortura); mas já não impedir a consideração dos demais resultados daquela investigação que, apesar de obtidos a partir dos dados indevidamente alcançados, podem ser legitimamente introduzidos no processo» ⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁶⁾ MEYER, *ob. loc. cit.*, Rn. 51. Em conexão com este aspecto, os autores propendem para assinalar que, diversamente do que sucede no direito americano, na Alemanha vale o princípio da legalidade da promoção processual, normalmente incompatível com o efeito-à-distância das proibições de valoração. Sobre o problema, criticamente, REICHERT-HAMMER, *ibidem*.

⁽⁹⁷⁾ SCHÄFER, *ob. loc. cit.*, Rn., 43.

⁽⁹⁸⁾ GÖSSEL, *Bockelmann-Fs.*, pág. 817; no mesmo sentido, do autor, GA 1991, pág. 510.

γ) Contestando este entendimento das coisas, ganham cada vez mais peso na doutrina alemã os autores que se pronunciam a favor de um efeito-à-distância das proibições de prova ⁽⁹⁹⁾. Desde os que, no extremo oposto, propendem para soluções generalizadas de efeito-à-distância aos que — porventura a maioria — tentam pôr de pé construções compromissórias, desembocando em soluções diferenciadas. Por uma via ou por outra, também na Alemanha é, assim, possível referenciar uma *Makel-Theorie* que, pelo menos a nível das implicações prático-jurídicas, emerge como uma réplica da *fruit of the poisonous tree doctrine* americana. E que também procura assentar a sua plausibilidade em argumentos de fundo político-criminal.

A utilização das provas secundárias, argumenta-se nesta linha, permitiria ladear as proibições de prova, minando a eficácia das normas e neutralizando o respectivo conteúdo de tutela. «Não pode — sustenta, por exemplo, OTTO — estabelecer-se nenhuma diferença entre a valoração duma declaração como declaração e a valoração dos conhecimentos resultantes da mesma declaração. É, de resto, pouco convincente pretender que, na formulação do § 136a) o legislador não tenha distinguido com rigor e, ao mesmo tempo, proceder à interpretação do preceito como se o legislador tivesse pretendido consagrar distinções susceptíveis de dividir cabelos» ⁽¹⁰⁰⁾. Em sentido convergente e reportando-se concretamente às provas obtidas mediante tortura, enfatiza HASSEMER que a recusa do efeito-à-distância paralisaria e dissolveria «a força expressiva da proibição da tortura, tanto no plano cultural como jurídico» ⁽¹⁰¹⁾.

Para além disso e complementarmente, acredita-se que só o reconhecimento do efeito-à-distância pode, em concreto, «purificar o pro-

⁽⁹⁹⁾ A favor de soluções de *Fernwirkung* vêm-se pronunciando, entre outros, GRÜNWARD, JZ 1966, pág. 500; SPENDEL, NJW 1966, pág. 108; OTTO, GA 1970, págs. 293 e segs.; DENCKER, *Verwertungsverbote*, págs. 79 e segs.; ROGALL, ZStW 1979, págs. 38 e segs., e NSiZ 1988, pág. 392; RIEGEL, JZ 1980, págs. 757 e segs.; PETERS, *Strafprozess*, págs. 279 e segs.; FEZER, JZ 1987, pág. 937; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, págs. 153 e segs.; WOLTER, NSiZ 1984, págs. 276 e segs.; REICHERT-HAMMER, JuS 1989, págs. 446 e segs.

⁽¹⁰⁰⁾ OTTO, GA 1970, pág. 294. No mesmo sentido, ROXIN, *ob. cit.*, pág. 153.

⁽¹⁰¹⁾ HASSEMER, *Maihofer-Fs.*, pág. 203.

cesso da *nódoa* (*Makel*) da ilegalidade, consumada com a violação da proibição de prova. O que só poderá alcançar-se se o processo seguir o seu curso como se a ilegalidade não tivesse, pura e simplesmente, acontecido» (102).

d) Como deixámos sugerido, hoje são sobretudo as soluções compromissórias ou mistas que vêm colhendo o aplauso maioritário dos autores alemães. Onde as coisas, no essencial, se jogam é, por isso, na determinação dos critérios de identificação e demarcação das hipóteses concretas de *efeito-à-distância*, problema que motiva grande diversidade de respostas.

α) Na impossibilidade de reproduzir de forma rigorosa e tendencialmente esgotante este panorama, recordaremos, por exemplo, que PETERS se propõe abrir caminho a partir da distinção entre *proibições de perseguição da prova* e *proibições do processo de prova*. As primeiras determinam uma «reação em cadeia, excluindo, sem mais, a valoração de tudo aquilo cujo conhecimento se obteve em consequência da respectiva violação» (103).

β) Noutra perspectiva e em consonância com as propostas adiantadas pelo autor para afrontar outras áreas problemáticas das proibições de prova, sustenta ROGALL que só a doutrina da *ponderação de interesses* poderá oferecer uma resposta adequada às questões doutrinárias e pragmáticas do *Fernwirkung* (104). O que significa o privilégio duma orientação para o caso concreto, aberta à cuidada valoração relativa dos interesses conflituantes. Na síntese do autor: «se um elevado interesse punitivo em relação à criminalidade grave fala contra o *efeito-à-distância*, já inversamente um atentado grave aos direitos individuais protegidos sugere a intervenção do *efeito-à-distância*» (105).

(102) HENKEL, *Strafverfahrensrecht*, pág. 271.

(103) PETERS, *Strafprozess*, pág. 279.

(104) Cfr. sobretudo, do autor, ZStW 1979, págs. 38 e segs.; NSiZ 1988, págs. 392 e segs. Em sentido convergente, HANACK, in LÖWE/ROSENBERG (24.^a), § 136a), Rn. 57. Sobre a doutrina da *ponderação de interesses*, como princípio geral de enquadramento e fundamentação das proibições de prova, cfr. *supra*.

(105) ZStW 1979, pág. 40.

γ) O mesmo propósito de salvaguardar a unidade sistemática da doutrina das proibições de prova leva, por seu turno, GRÜNWALD a acolher-se, também aqui, ao critério do *fim de protecção da norma* (106).

Como primeiro momento de separação das águas considera o autor que o problema do *efeito-à-distância* só pode suscitar-se em relação às provas secundárias «a cujo rasto as autoridades da perseguição penal não teriam chegado sem a violação da lei» (107). Demarcado o domínio das provas secundárias causalmente dependentes duma prova originária e ilegal, caberá, num segundo momento, indagar em que medida a exclusão daquelas provas é reclamada pelo *fim de protecção* da proibição de prova concretamente violada. Um critério que apontará para respostas diferenciadas.

Resumidamente, não haverá *efeito-à-distância* em relação às proibições de prova acima de tudo ditadas pelo propósito de prevenir perigos para a descoberta da verdade. Como sucederá, por exemplo, com a proibição das *testemunhas-de-ouvir-dizer*. O *efeito-à-distância* já será, pelo contrário, inescapável no contexto de proibições de prova (como as resultantes dos §§ 52, 53 ou 136 da StPO) prevalentemente preordenadas à tutela da *liberdade de declaração* do arguido ou das testemunhas. A valoração das provas secundárias significaria que «através duma declaração não livre e em afronta directa a lei, se contribuiria para a sua própria condenação ou a dos seus parentes mais próximos» (108). O mesmo valerá, a *fortiori* para proibições de prova como as ditadas pelo § 136a) da StPO, animadas por um *programa de prevenção de métodos de prova considerados irreconciliáveis com o processo penal próprio do Estado de Direito*. Um programa cuja eficácia se pretende maximizar, inviabilizando qualquer vantagem ou aproveitamento da infracção à proibição de prova.

δ) Na citação exemplificativa das propostas de solução compromissória do problema do *Fernwirkung* deixaremos, por último, uma

(106) Cfr. do autor, JZ 1966, pág. 500.

(107) *Id. ibidem*.

(108) *Ibidem*.

referência à elaborada construção de WOLTER ⁽¹⁰⁹⁾. Partindo da inexistência de um princípio ou regra geral de solução do problema, procura WOLTER pôr de pé uma doutrina de enquadramento e solução, assente num conjunto articulado de considerações e de tópicos reconduzíveis a dois momentos ou estádios fundamentais.

O primeiro configura a reprodução, a nível processual, da doutrina penal-substantiva da *causalidade* e da *imputação*. Decisiva, a começar, uma consideração de causalidade: a valoração da prova secundária será admissível sempre que entre ela e a violação originária não subsista um *nexo efectivo de causalidade*. O mesmo será o regime nos casos em que, à margem da violação da lei, as autoridades competentes teriam *seguramente* — ou, pelo menos, com *alta probabilidade* — chegado à prova secundária. Uma solução que WOLTER leva à conta dos princípios do *comportamento lícito alternativo* e da *elevação do risco*, pedidos à dogmática penal substantiva. É que, argumenta o autor, à vista da dignidade constitucional do valor duma justiça penal eficaz bem como do princípio da legalidade, não pode pretender-se que a violação de uma qualquer norma processual, mesmo de relevo constitucional, haja de desencadear, sem mais, a total proibição de valoração. «Noutros termos, o arguido deve apenas ser protegido contra agravamentos *sensíveis* (*messbarer*) da sua posição no processo penal. Pode, assim, fazer-se valer contra ele que a sua responsabilidade sempre se poderia ter provado, e se teria provado, por caminhos legalmente admissíveis. Isto é, que a observância dos dispositivos penais não o teria imunizado contra a condenação» ⁽¹¹⁰⁾. O *Fernwirkung* será ainda e em «homenagem às ideias de *proibição de regresso* e de *fim de protecção da norma*» de excluir nos casos em que o «nexo de causalidade é interrompido por força de acção livre e autorresponsável do arguido» ⁽¹¹¹⁾. Pois, com a sua conduta, o arguido «desonera ao mesmo tempo as autoridades de perseguição penal do risco da violação do pro-

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. sobretudo, do autor, NSZ 1984, págs. 276 e segs., e *Arm. Kaufmann-Gs.*, págs. 777 e segs.

⁽¹¹⁰⁾ NSZ 1984, pág. 277.

⁽¹¹¹⁾ *Id. ibidem*.

cesso» ⁽¹¹²⁾. Para o ilustrar figura WOLTER a hipótese: a partir de escutas telefónicas ilegais o arguido é detido e levado a produzir declarações auto-incriminatórias. Posteriormente, já depois de restituído à liberdade, e apesar de devidamente esclarecido sobre a absoluta irrelevância das provas até então reunidas, o arguido mantém-se fiel ao teor das suas primeiras declarações. Uma constelação típica no essencial sobreponível ao modelo do *Wong Sun v. United States* (1963) face ao qual também o Supreme Court dos Estados Unidos denegou a aplicação da *fruit of the poisonous tree doctrine* ⁽¹¹³⁾. E também em nome de considerações reconduzíveis ao mesmo pensamento da imputação.

Simplesmente, a pertinência de um caso concreto ao contingente que sobrevive às exigências normativas da causalidade e da imputação não significa necessariamente que haja de dar origem ao *Fernwirkung*. Tal só poderá decidir-se, em definitivo, num segundo momento em que o autor apela para a *ponderação de interesses* em concreto conflitantes. Nesta linha, sustenta WOLTER a admissibilidade da valoração da prova secundária, mesmo que normativamente imputável à violação originária da proibição de prova, no contexto da luta contra a *criminalidade grave*.

⁽¹¹²⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹³⁾ Sobre o caso, LaFAVE/ISRAEL, *Criminal Procedure*, págs. 735 e segs.; HALL/KAMISAR/LaFAVE/ISRAEL, *Modern Criminal Procedure*, págs. 641 e seg. Na sua expressão mais simples e propositadamente estereotipada: Agentes da polícia federal contra a droga, entraram ilegalmente em casa de Toy e prenderam-no. Na circunstância, Toy fez declarações auto-incriminatórias, acrescentando que Yee também tinha vendido droga. Dirigindo-se os agentes imediatamente a casa de Yee, este declarou-lhes que a heroína lhe tinha sido fornecida por Toy e Wong Sun. Interrogados pela polícia, com violação das pertinentes normas processuais, Yee e Wong foram acusados por tráfico ilícito de droga e deixados em liberdade. Alguns dias depois, ao ser interrogado na esquadra, e depois de devidamente informado de que as declarações anteriormente proferidas não o poderiam prejudicar, Wong mantém a confissão dos factos, anteriormente feita. Ao pronunciar-se sobre o caso, decretou o Supreme Court que o depoimento auto-incriminatório de Toy não poderia ser valorado, porque assente na violação dos seus direitos decorrentes da Quarta Emenda Constitucional. Mas considerou a confissão de Wong *untainted* pela detenção ilegal, apesar de ter sido causada por ela. Isto porque a confissão só ocorreu num momento ulterior e depois de repostas as condições de liberdade de declaração.

Isto ressalvadas duas importantes excepções de princípio. Em primeiro lugar, já haverá *efeito-à-distância* nos casos em que a valoração da prova secundária não se revele necessária (*erforderlich*), dada a subsistência de alternativa menos onerosa (*princípio da ultima ratio*). O mesmo valerá, em segundo lugar, para as hipóteses em que a proibição de valoração (da prova primária) for devida a «violação grosseira da lei e do direito» (*princípio da proporcionalidade*)⁽¹¹⁴⁾. O que acontecerá seguramente, explicita o autor, nas proibições de prova correspondentes ao § 136a) da StPO ou mesmo das resultantes de escutas telefónica ilegais.

e) Nos seus traços mais salientes não é — nem no seu percurso, nem no que toca ao espectro de posições sustentadas — sensivelmente outro o panorama do lado da jurisprudência alemã. Isto, depois sobretudo de ultrapassado um período em que os tribunais alemães propendiam para uma resposta sistematicamente negativa ao problema do *efeito-à-distância*⁽¹¹⁵⁾. As coisas tornaram-se entretanto mais complexas: mais permeáveis à controvérsia, às hesitações e à insegurança. É o que um relance apressado, mesmo circunscrito à prática do BGH, cedo permitirá concluir.

Unívoca, à partida, a admissibilidade por parte do Tribunal Federal de casos em que a proibição de valoração que atinge uma determinada prova terá de se comunicar às provas derivadas. Como paradigmática desta resposta afirmativa, pode citar-se a decisão que aquele tribunal superior verteu sobre o conhecido *caso Traube* (18.4.1980)⁽¹¹⁶⁾. Versando sobre provas secundárias (nomeadamente documentos) obtidas a partir de *escutas telefónicas ilegais*, o Tribunal superior alemão baseou a sua decisão na crença da equiparação entre provas primárias e secundárias. De acordo com a fundamentação: «Como conhecimentos e documentos obtidos através das escutas devem considerar-se não só aqueles que foram obtidos imediatamente

⁽¹¹⁴⁾ *Ob. cit.*, pág. 278.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr., neste sentido, *OLG Stuttgart*, NJW 1973, pág. 1941; *BayOLG*, NJW 1974, pág. 1342; *OLG Hamburg*, MDR 1976, pág. 601.

⁽¹¹⁶⁾ BGH, 29.244. Cfr. JZ 1980, págs. 776 e segs., bem como a pertinente anotação de RIEGEL, *id.* págs. 757 e segs.

a partir da intromissão na comunicação, mas também aqueles para que as conversas telefónicas apenas abriram caminho e, por isso, só vieram a ser encontrados ao cabo de ulteriores investigações, para além das escutas telefónicas». E ainda: «à luz da Constituição não há nenhuma diferença essencial entre (...) expor-se à perseguição penal na base de meios de prova obtidos de forma imediata ou mediata»⁽¹¹⁷⁾.

Esta impositação parecia sinalizar uma pronunciada viragem do Tribunal Federal no sentido da aceitação generalizada do *Fernwirkung* das proibições de prova. Uma expectativa que os factos se encarregariam de infirmar. Basta ter presente a resposta abertamente negativa assumida pelo mesmo Tribunal ao pronunciar-se sobre os dois casos acima citados como ilustração. E que, no essencial, se esteia tanto em argumentos de índole político-criminal (obviar ao perigo de paralização da justiça criminal) como em considerações dogmáticas, nomeadamente, a convicção da possibilidade concreta de obtenção dos meios probatórios secundários por vias legalmente admissíveis⁽¹¹⁸⁾. Numa das formulações-síntese do BGH: «Uma tal limitação dos efeitos de um vício do processo é reclamada tanto por uma luta eficaz contra a criminalidade como pela consideração de que dificilmente se poderá saber se, sem a violação da lei, a polícia viria ou não a encontrar as testemunhas»⁽¹¹⁹⁾.

f) Se alguma lição pode colher-se da mais recente jurisprudência alemã é, assim e apenas, a da procura de um modelo — cujos sentido e contornos definitivos não se deixam ainda antecipar — de delimitação do *Fernwirkung* em termos político-criminalmente adequados e doutrinariamente solváveis. E isto em moldes que não se afastam significativamente do estado de coisas vigente do lado da doutrina, desse modo se abrindo a porta a uma caracterização sumária e global da experiência jurídica alemã actual. Trata-se, fundamentalmente, de dar

⁽¹¹⁷⁾ JZ 1980, pág. 778.

⁽¹¹⁸⁾ Isto em termos que viriam a suscitar a pronta e decidida discordância do lado da doutrina. Assim, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 153; WOLTER, *NSiZ* 1984, págs. 278 e segs.; FEZER, JZ 1987, págs. 938 e segs.; REICHERT-HAMMER, *JuS* 1989, págs. 448 e segs.

⁽¹¹⁹⁾ JZ 1987, pág. 937.

expressão e corpo a um paradigma normativo assente na admissibilidade de princípio do *efeito-à-distância*, mas reconduzido a limiares político-criminalmente sustentáveis e dogmaticamente legitimados. Um percurso que, afinal, se procura fazer — é o que as considerações expendidas não terão deixado de denotar — por caminhos grandemente sobreponíveis aos do direito americano ⁽¹²⁰⁾. E que, de forma mais ou menos explícita, acabam por erigir o pensamento da causalidade e da imputação em *topoi* obrigatórios de passagem e em instâncias decisivas de redução da complexidade.

§ 14. ELEMENTOS DE CONVERGÊNCIA E COMUNICABILIDADE

1. A observação conclusiva feita a terminar a referência à problemática do *efeito-à-distância* sugere já um outro e último aspecto do confronto entre as *exclusionary rules* americanas e as *Beweisverbote* alemãs, que convirá deixar mais explícito. Com ele propomo-nos denunciar o perigo duma sobrevalorização das diferenças, perdendo de vista os momentos de convergência, continuidade e comunicabilidade, apesar de tudo, subsistentes entre os dois ordenamentos. E que ganham em densidade, frequência e relevo pragmático à media que deslocamos a comparação do plano dos grandes princípios e das cristalizações arquetípicas e a orientamos para as áreas periféricas onde as construções dogmáticas entram em contacto com as expressões concretas da vida.

A começar, e mesmo à vista das marcantes dissonâncias que procurámos pôr a descoberto, só aparentemente estes momentos de convergência podem legitimar a surpresa. Não deve, com efeito, desatender-se que estão em causa instituições cuja finalidade última e comum é a prevenção do sacrifício de direitos, interesses ou posições constitucionalmente sancionadas. Na pertinente observação de BRADLEY, cada umas a seu modo, as *exclusionary rules* e as *Beweisverbote* emergem como «espelho dos mesmos princípios democráticos» ⁽¹²¹⁾.

⁽¹²⁰⁾ Dando-se expressamente conta da convergência entre o direito alemão e americano em matéria de *efeito-à-distância*, ROGALL, *NSiZ* 1988, págs. 392 e segs.

⁽¹²¹⁾ BRADLEY, *GA* 1985, pág. 113.

2. a) A convergência ganha vulto logo ao nível dos modos de ser, de revelação e de acesso ao direito.

As proibições de prova configuram uma das áreas da experiência jurídica onde mais se atenuam e embotam as conhecidas linhas de clivagem e afrontamento entre os sistemas «continentais» e «anglosaxónicos» de direito. O que deve em boa medida imputar-se à já sublinhada tendência centrífuga do direito das proibições de prova, vale dizer, à sua irredutível hipoteca às singularidades do *caso concreto*. E que tornam esta zona do ordenamento jurídico particularmente refractária às construções sistemáticas, próprias da dogmática jurídica de modelo germânico. É o que um representante desta dogmática, tão credenciado como ROXIN, não deixa de enfatizar. Segundo o autor, tudo recomenda «que se renuncie ao enunciado de princípios globais e que se procure a solução para as singulares proibições de prova de forma individualizadora, a partir da análise ponderada dos diferentes interesses em concreto conflituantes» ⁽¹²²⁾.

Bem se compreenderá, por isso, o peso privilegiado que também na Alemanha é reservado aos *leading cases*. Também aqui, e tanto no discurso doutrinal como jurisprudencial é recorrente a referência a precedentes de relevo: tanto aos já clássicos casos *do diário* e *do gravador*, como a arestos mais recentes, com alguns dos quais já tivemos oportunidade de nos cruzar. O que, por seu turno, explica o lugar de primeiro plano que também na Alemanha acaba por ser reconhecido aos tribunais no processo de revelação e formação do direito. Como SCHÖNE assinala, dado o carácter extremamente rarefeito e fragmentário do direito legislado relativo às proibições de prova, o intérprete e aplicador do direito terão de «apoiar-se sobretudo num acordo prático da jurisprudência e da doutrina» ⁽¹²³⁾.

Não deverá, de resto, esquecer-se que se ficaram a dever aos tribunais germânicos construções doutrinárias tão significativas como a *teoria dos três graus* (criação do Tribunal Constitucional Federal) e a *teoria da esfera jurídica* (devida ao Tribunal Federal). Ao Tribunal

⁽¹²²⁾ ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 149.

⁽¹²³⁾ SCHÖNE, *Justicia* 1989, pág. 706.

Constitucional Federal ficaram ainda a dever-se dois enunciados normativos de implicações decisivas para a dogmática e a *praxis* das proibições de prova, já por mais de uma vez recenseados no decurso do presente estudo. Em primeiro lugar, a proclamação — que o próprio Tribunal Constitucional considera como sua jurisprudência «permanente» (124) — da *eficácia da justiça penal* (ou da *Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege*) como uma dimensão essencial do Estado de Direito, a tratar e proteger como autónomo e eminente bem jurídico supra-individual. Numa das formulações mais terminantes: «na medida em que o princípio do Estado de Direito contém uma ideia de justiça como componente essencial (...) ele exige também a manutenção de uma administração da justiça capaz de funcionar, sem o que não se pode ajudar a justiça a vingar. O Tribunal Constitucional tem repetidamente reconhecido as necessidades irrenunciáveis de uma acção penal eficaz (...) acentuado o interesse público numa investigação da verdade, o mais completa possível, no processo penal, indicado o esclarecimento dos crimes graves como tarefa essencial de uma comunidade orientada pelo princípio do Estado de Direito» (125). De recordar, em segundo lugar, o papel dianteiro assumido pelo Tribunal Constitucional e o seu contributo decisivo para a emergência e afirmação de novos direitos fundamentais com exigências normativas específicas que vêm a projectar-se em transformações, tão profundas como inescapáveis, sobre o direito das proibições de prova. Como sucedeu, paradigmaticamente, com o *direito à palavra* falada e, mais recentemente, com o *direito à autodeterminação sobre a informação* (126). Este último um direito que, já tivemos oportunidade de

(124) Cfr. GÖSSEL, *BFDC* 1983, pág. 270; WOLTER, *Aspekte*, pág. 14.

(125) *BVerfGE* 33, pág. 383, *apud* GÖSSEL, *ob. loc. cit.* A reacção da doutrina contra este entendimento — encabeçada, já o vimos, entre outros, por ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, págs. 2 e segs.; HASSEMER, *StV* 1990, págs. 328 e segs., e *Maihofer-Fs.*, págs. 183 e segs.; WOLTER, *StV* 1990, págs. 175 e segs.; GRÜNWALD, *JZ* 1976, pág. 773, e *StV* 1987, págs. 470 e segs. — terá levado o Tribunal Constitucional a procurar soluções mais temperadas. Uma preocupação que não será alheia ao recurso mais recente a fórmulas como *Wirksamkeit gerechter Strafrechtspflege*. Cfr. WOLTER, *Aspekte*, pág. 14.

(126) Cfr. *supra*.

o assinalar, vem irradiando ondas de choque com afloramentos em áreas aparentemente tão distantes como as escutas telefónicas, as chamadas impressões digitais genéticas e a generalidade dos métodos informáticos de recolha e utilização processual de dados.

Em matéria de proibições de prova acabam, assim, por se estreitar consideravelmente as distâncias que, em geral, separam a construção sistemático-dogmática, própria da experiência jurídica alemã, e o *sistema do precedente* sobre que assenta o direito americano.

b) As linhas de convergência voltam a ganhar relevo ao nível dos valores e interesses a proteger, da demarcação das pertinentes áreas de tutela e, reflexamente, das lacunas de protecção subsistentes. O que equivale a encurtar, também por este lado, as distâncias que a contraposição categorial proposta — das *Beweisverbote* como figuras «de direito substantivo» e das *exclusionary rules* como institutos de recorte processual — poderia, na sua rigidez lógico-dedutiva, sugerir. A prevalência em qualquer dos sistemas dos coeficientes substantivos ou adjectivos não deve fazer perder de vista que em causa estão sempre conceitos e estruturas marcadamente porosas, a propiciar a mistura das águas.

α) O direito positivo alemão, por exemplo, está longe de dar expressão congruente a um programa de salvaguarda dos bens jurídicos coenvolvidos no processo, com o sentido, as exigências e o alcance próprios duma tutela material-substantiva. Significativa, desde logo, a assimetria, em extensão e consistência, da protecção face, respectivamente, às agressões dos agentes das instâncias de controlo e às empreendidas por particulares. E que resulta da circunstância de a *proibição de métodos de prova* constante do § 136a) da StPO ter por destinatários os agentes formais de perseguição penal ou os particulares que intervêm sob a sua iniciativa ou direcção. Quanto às agressões autonomamente empreendidas por particulares, só para o âmbito circunscrito dos bens jurídicos atinentes à *reserva da vida privada* e ao *segredo* se descortina no direito alemão das proibições de prova uma tutela relativamente estabilizada e congruente. E que aflora fundamentalmente na proibição, consensualmente reconhecida, da valoração das *gravações ilicitamente produzidas* ou dos *diários*

íntimos. Quanto aos demais bens jurídicos ou direitos fundamentais, se não estão de todo em todo desguarnecidos face às agressões produzidas por particulares, a verdade é que é extremamente descontínua e lacunosa a protecção que o direito alemão das proibições de prova acaba por assegurar.

Por outro lado, embora em última instância preordenadas à tutela de bens jurídicos e à prevenção da danosidade social, também no direito alemão as proibições de prova configuram instituições «do processo». Em primeira mão vocacionadas para acorrer àquele *lado da exposição às intempéries* (BINDING) dos bens jurídicos que o próprio processo penal induz e potencia. Compreende-se, assim, que, à semelhança do que vimos suceder no direito americano, também a doutrina e a *praxis* alemãs das proibições de prova apelem insistentemente para uma representação arquetípica do processo, desenhado segundo as exigências e os princípios do Estado de Direito. Neste sentido falam alguns autores de «pureza do processo (*Reinheit des Verfahrens*)» (127), outros de «superioridade moral do Estado» (128) ou de «diferença ética entre a perseguição do crime e o próprio crime» (129). Prestando homenagem à mesma impostação, e a propósito da fundamentação da decisão do *caso do gravador* (1960), louva-se o BGH no que considera ser a *impostação de fundo conforme ao Estado de Direito*, sobre que assenta a StPO («*rechtsstaatlicher Grundhaltung der StPO*») (130). Desta forma se abrindo a porta à consideração — se não directa e autónoma, pelo menos indirecta e reflexa — dos fins de disciplina da actividade das instâncias formais e de prevenção das correspondentes manifestações de ilegalidade, ideia nuclear do direito americano das *exclusionary rules*.

β) Também do lado do direito americano é possível assinalar tropismos de convergência e comunicabilidade. Seria inadequado, por excessivamente reducionista, considerar que a relevância, tanto teó-

(127) ROGALL, ZStW 1979, pág. 12.

(128) DENCKER, *Verwertungsverbote*, pág. 55.

(129) HASSEMER, *Maihofer-Fs.*, pág. 204.

(130) NJW 1960, pág. 1582.

rico-doutrinal como prático-jurídica, das *exclusionary rules* se esgota nos limites rígidos do processo criminal. Tal como é assumido e desenvolvido por tratadistas e tribunais, o direito americano das *exclusionary rules* vem ganhando uma dinâmica com implicações decisivas — apesar de, em teoria, secundárias ou reflexas — a nível material-substantivo. Nomeadamente, o tratamento sistemático das proibições de prova radicadas nos *Amendments* constitucionais IV, V, VI e XIV vem redundando em contributos decisivos para a definição e conformação de «bens jurídicos» como o *right to privacy* ou a *inviolabilidade do domicílio*.

Não tem sido outro o resultado dos esforços persistentemente empreendidos para a definição dos critérios de superação equilibrada das antinomias pragmáticas entre a protecção dos direitos constitucionais do arguido e o interesse colectivo da luta contra a criminalidade. Na formulação do Court de Appeals of Illinois, «*the right of the individual must be subordinate to the safety of the public*» (131). O que privilegia uma argumentação polarizada por tópicos que relevam da *ponderação de interesses* e da *proporcionalidade*, de étimo material substantivo. E redundando, por isso, na demarcação dos limites a adscriver aos direitos do arguido, na determinação da sua densidade axiológico-teleológica e na precisão das pertinentes relações de hierarquia. Desta forma se operando uma «colonização» mais ou menos consciente e mais ou menos larvada do discurso processual das *exclusionary rules* pela racionalidade substantiva da tutela de bens jurídicos. Razão assistirá, assim, a HERRMANN quando interpreta os desenvolvimentos mais recentes da jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* e do *Supreme Court* como «marchas de sentido contrário (*entgegengesetzten Marschrichtungen*)» na direcção de um horizonte comum de convergência (132).

(131) *Apud*, HONIG, *Beweisverbote*, pág. 38.

(132) HERRMANN, *Jescheck-Fs.*, pág. 1310.

§ 15. O SISTEMA PORTUGUÊS DAS PROIBIÇÕES DE PROVA ENTRE OS MODELOS ALEMÃO E AMERICANO: LINHAS DE CONTINUIDADE E MOMENTOS DE SINGULARIDADE

1. É sobre o pano de fundo da experiência adquirida pelo exercício comparatístico que ensaiaremos a aproximação e caracterização geral do sistema português das proibições de prova. Um exercício em que começaremos por referenciar e pôr a descoberto tanto as linhas mais expostas de continuidade com os direitos alemão e americano, como os momentos onde mais avulta a singularidade própria do ordenamento jurídico processual penal português.

A este propósito, cremos ser possível avançar, desde já, um primeiro passo: a afirmação da proximidade — não será mesmo arriscado, a sobreposição substancial — entre o direito português e alemão. O que bem se compreenderá, dada a consabida comunicabilidade geral entre a ordem jurídica portuguesa e alemã, reconduzível já à pertinência comum ao mesmo sistema continental já à não menos determinante permeabilidade entre a doutrina dos dois países. Sendo para além disso conhecida a influência marcante que as grandes construções dogmáticas do pensamento jurídico germânico acabaram por ter em textos legislativos como a *Constituição da República Portuguesa* e o *Código de Processo Penal* onde, no essencial, se encontra vertido o direito positivo português das proibições de prova.

A identificação com o direito germânico dá-se logo ao nível da compreensão e das coordenadas fundamentais da experiência jurídica, onde prevalece a dimensão material-substantiva. Mais do que garantias processuais face à agressão e devassa das instâncias da perseguição penal, os direitos ou interesses que emprestam sentido axiológico e racionalidade teleológica às proibições de prova, emergem como direitos fundamentais erigidos em autênticos bens jurídicos. E, por isso, como referenciais e fundamentos autónomos duma tutela que transcende o horizonte do processo penal.

É como bens jurídicos com este alcance e tessitura que a CR reconhece e protege os direitos fundamentais à *integridade física e moral*, à *liberdade*, à *reserva da vida privada*, à *inviolabilidade do domicílio e da correspondência*, à *palavra*, etc. Bens jurídicos direc-

tamente recebidos pelo Código Penal, que os converte em *bens jurídico-penais*, sc., em suporte e fundamento de outras tantas incriminações típicas. Como sucede com as incriminações pertinentes ao capítulo *Dos Crimes Contra a Reserva da Vida Privada* ou, noutra sede, com a constante do artigo 412.º (*Extorsão de depoimento*) do mesmo CP.

Para além disso, levar-nos-ia exageradamente longe a pretensão de assinalar e fundamentar, mesmo *per summa capita*, os mais salientes pontos de aproximação e contacto com o direito germânico. Que obrigaria a passar em revista o largo espectro de institutos e dispositivos jurídico-constitucionais, penais e processual-penais de mais óbvio relevo no contexto das proibições de prova. Mais indicado se afigura, por isso, e dado como assente o pano de fundo da geral convergência e continuidade, pôr em relevo alguns dos tópicos por onde passa a distanciação entre as duas ordens jurídicas, dessa forma se sublinhando alguns dos traços que, apesar de tudo, definem a singularidade do direito português das proibições de prova.

2. Dignas de menção, a começar, algumas diferenças de índole aparentemente *formal*, mas com reflexos não despreciando sobre as soluções prático-jurídicas. Significativa, por exemplo, a circunstância de algumas das questões que continuam a alimentar controvérsias na doutrina e jurisprudência alemãs terem encontrado já resposta expressa nos textos legais portugueses. Facto a que não será estranha a relativa novidade das leis portuguesas, que lhes permitiu colher os ensinamentos dos debates ainda em curso na experiência jurídica alemã.

a) Recorde-se, neste contexto e em primeiro lugar, a decisão assumida pelo legislador português — a começar pelo legislador constituinte (art. 26.º, n.º 1, da CR) — de levar expressamente o *direito à palavra* à constelação dos direitos fundamentais, como tal erigido em autónomo bem jurídico.

Prenhe de implicações pragmáticas em matéria de proibições de prova, esta opção da lei portuguesa põe, desde logo, em causa, a pertinência e validade duma doutrina como a *teoria dos três graus*. Pelo

menos com o conteúdo e sentido que a esta doutrina vêm sendo assinalados na Alemanha sob a iniciativa do Tribunal Constitucional Federal. Também na Alemanha, tanto a doutrina como a jurisprudência vêm, é certo, enfatizando a dignidade do direito à palavra falada, como nova e autónoma dimensão da dignidade humana e da liberdade. O que parece sugerir um programa de tutela que a *teoria dos três graus* acaba, de algum modo, por comprometer. Isto na medida em que adscribe à respectiva violação um significado jurídico diferenciado em função da sua relevância na direcção (do sacrifício) da *privacidade ou da intimidade*. Em vez de os valorar e como tais os levar ao círculo hermenêutico, a *teoria dos três graus* só faz relevar os atentados à palavra falada se e na medida em que mediatizem o sacrifício da intimidade, outro e distinto bem jurídico. Uma compreensão das coisas dificilmente compatível com o renovado direito português que se propõe expressamente prevenir a danosidade social das afrontas ao *direito à palavra* enquanto tal. E, por vias disso, propenderá a reclamar, mesmo no âmbito específico das proibições de prova, uma tutela mais alargada e reforçada do que a consentida pela *teoria dos três graus* alemã.

b) Na mesma linha e intimamente imbricado pode, em segundo lugar, recordar-se a regulamentação expressa do problema do valor probatório de meios de prova como as *gravações* e *fotografias*, constante do artigo 167.º do CPP e que contrasta com o silêncio do direito positivo alemão.

Também na Alemanha — *maxime* depois e na esteira da decisão do *caso do gravador* pelo BGH — a doutrina e a jurisprudência propendem para sustentar uma proibição de prova que precludirá a valoração de gravações indevidamente feitas. Tal dá-se, porém, em termos de o consenso em relação ao *se* da proibição de prova ter como reverso o quase incontrolável dissenso no que toca ao *como* e *quanto* do seu alcance normativo⁽¹³³⁾. Daí um quadro marcado pela dispersão a que não será estranho o recurso, de princípio, à ideia de *ponde-*

(133) Para uma visão de conjunto, OTTO, *Kleinknecht-Fs.*, págs. 319 e segs.

ração a que tende, já o vimos, a acolher-se o BGH alemão. E face ao qual o direito português vigente se distancia, tanto por oferecer uma resposta positiva como pelo seu teor normativo.

Isto na medida em que define o *conceito de ilicitude da lei penal substantiva* como critério fundamental de redução da complexidade, excluindo, ou pelo menos estreitando drasticamente, o campo de intervenção de um *princípio de ponderação*. É o que teremos ainda oportunidade de explicitar melhor.

c) Considerações idênticas poderiam, em terceiro lugar, fazer-se a propósito de um preceito como o constante do artigo 129.º (*Depoimento indirecto*) do CPP. Através do qual o legislador português se propôs dar resposta, *inter alia*, aos problemas suscitados pelas *testemunhas-de-ouvir-dizer*. E também aqui o confronto com o direito alemão ganha relevo já pela existência do preceito em si (a lei alemã é omissa) já pelo teor da disciplina normativa que nele se consagra. Isto na medida em se prevêem e regulamentam directamente questões que continuam a alimentar as controvérsias mais empenhadas da dogmática e da *praxis* alemãs.

d) Inequívoco parece, em quarto lugar, o propósito assumido pelo legislador português no sentido de consagrar um regime das proibições de prova assenta na distinção entre *proibições de produção* e *proibições de valoração*. É o que inculcam, já o vimos, dispositivos como o n.º 1 do artigo 126.º, o artigo 355.º ou o n.º 1 do artigo 167.º do CPP. Uma distinção que — acreditamos que isso será já óbvio nesta fase da investigação — está longe de interessar apenas para efeitos sistemático-doutrinários. Como instâncias autónomas e normativamente diacrónicas, as proibições de valoração farão intervir um conjunto articulado de critérios de selecção, a desembocar em resultados não necessariamente idênticos aos mediatizados por uma consideração sincrética da proibição de prova directamente reportada (em nome, v. g. do nexo da causalidade) à sentença a impugnar. Foi o que a citação de uma doutrina como a sustentada por GÖSSEL permitiu ilustrar.

3. De sublinhar igualmente a circunstância de, diferentemente do direito positivo alemão, a lei portuguesa ter consagrado expressamente as *proibições de prova* como um instituto autónomo do direito processual penal. Uma diferença que nos desloca já para o plano sistémico-doutrinal e com implicações igualmente decisivas em sede normativa e prático-jurídica.

a) α) Apesar da aturada elaboração dogmática e do ostensivo relevo na experiência prático-jurídica, a teoria das *Beweisverbote* persiste na Alemanha, em grande medida, como uma construção da doutrina e da jurisprudência. Esta teoria conta seguramente com arrimos consistentes na lei positiva, *maxime* os oferecidos por preceitos como § 136a) da StPO. Mas a verdade é que os textos legais vigentes na Alemanha não contêm nem a consagração expressa da proibição de prova como instituto processual-penal autónomo nem o enunciado das linhas fundamentais do seu enquadramento normativo e da sua estrutura dogmática.

O que explicará as controvérsias que, apesar de tudo, continuam vivas entre os autores. E que contendem quer com a pertinência e legitimidade duma doutrina das proibições de prova, quer com os momentos estruturais desta doutrina (v. g., a distinção e contraposição entre proibições de produção e proibições de valoração de provas) quer, sobretudo, com a respectiva projecção sobre os pertinentes problemas prático-jurídicos. Não sendo, por isso, de estranhar a frequência com que o tópico da autonomia e da identidade da *proibição de prova*, como sistema normativo próprio — e não apenas como subsistema pertinente ao regime dos recursos — aflora no discurso dos autores alemães (134).

β) A autonomização pelo legislador português da figura das *proibições de prova* configura uma importante redução da complexidade, tanto a nível teórico-metodológico como material-normativo. Onde avultam, por isso, novos e significativos sinais de contraposição entre os direitos alemão e português.

(134) Cfr. v. g., ROGALL, *NSZ* 1988, pág. 387; GÖSSEL, *GA* 1991, págs. 483 e segs.

β.1 — Aquela autonomização significa, com efeito, a definição das proibições de prova como um sistema normativo próprio, com um horizonte específico de sentido a que hão-de, em primeira linha, reconduzir-se a equacionação e superação dos problemas doutrinários e normativos. Ao contrário do que sucede com o direito alemão, onde o regime do recurso e a remissão para a sua racionalidade teleológica aparece como postulado normativo privilegiado da resposta aos problemas das proibições de prova.

Isto permite compreender a vinculação do pensamento do regime das *Beweisverbote* ao disposto no § 337, 1 (*Fundamentos do recurso de revista*): «O recurso de revista só pode fundamentar-se no facto de a sentença assentar numa violação da lei». No direito português, diferentemente, os problemas (e a respectiva solução) configuram um *prius* doutrinal e normativo face à problemática e ao regime dos recursos. Noutros termos, no direito processual português as proibições de prova emergem como um sistema de equacionação e solução de problemas específicos, cujo *out-put* confronta o regime dos recursos com uma complexidade que lhe cabe, em momento diferente e ulterior, reduzir. Como resulta, *inter alia*, do disposto no n.º 3 do artigo 410.º do CPP: «3. O recurso pode ainda ter como fundamento, mesmo que a lei restrinja a cognição do tribunal de recurso a matéria de direito, a inobservância de requisito cominado sob pena de nulidade que não deva considerar-se sanada».

β.2 — Para além do plano sistémico, a autonomia das proibições de prova volta a ganhar vulto no regime normativo que o legislador português lhes adscribe. O que aqui sobremodo releva é a imbricação íntima entre as proibições de prova e o regime das nulidades, figura também praticamente desconhecida da lei processual penal alemã (135). Por um lado, é no título dedicado às nulidades que o CPP inscreve o preceito segundo o qual «As disposições do presente título

(135) Sobre a controvérsia, que continua a fazer curso na Alemanha, quanto à existência ou não, como categoria dogmática e normativamente autónoma, duma sentença ferida de nulidade (*Nichtigkeit*), cfr. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, págs. 333 e seg.; SCHÄFER, in LÖWE/ROSENBERG, *Einleitung*, cap. 16, «Zur Frage des nichtigen Urteils».

não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova» (art. 118.º, n.º 3). Por outro lado e frequentemente, a lei processual portuguesa enuncia as *proibições de prova* cominando precisamente com a sanção da nulidade a violação dos pertinentes imperativos legais. É o que pode ilustrar-se com o regime previsto para os *Métodos proibidos de prova* (art. 126.º), a *Recusa de parentes e afins* (art. 134.º, n.º 2) e as *Escutas telefónicas* (art. 189.º).

b) A ligação estreita das proibições de prova à doutrina e ao regime das *nulidades* não deve, todavia, ser entendida como a homogeneização pura e simples das duas figuras, reduzindo-se as proibições de prova a meras manifestações tipificadas de *nulidade*. Como se o regime das nulidades pudesse oferecer a resposta de plano e sem resíduos à extensa área problemática das proibições de prova.

α) Tal entendimento colidiria, aliás, com o já citado artigo 118.º, n.º 3. Que deverá ser interpretado como expressão positivada da intencionalidade do legislador de consagrar as proibições de prova, adscrevendo-lhe uma disciplina que transcende o regime das *nulidades* processuais, pesem embora os significativos momentos de continuidade que medeiam entre as duas figuras. Recorrendo à linguagem e conceptuologia da teoria do sistema (LUHMANN): *proibições de prova e nulidades* perfilam-se (entre si) como sistemas (normativos) distintos, reciprocamente ambiente e, por isso, interpenetrados. Como tais, as proibições de prova «interiorizam muita da complexidade» (LUHMANN) do sistema ambiente (*sc.*, das *nulidades*). Fazem-no, porém, na base duma lógica autorreferente, que privilegia critérios de selecção e valoração que não se sobrepõem necessariamente nem em toda a linha aos que são próprios do sistema das nulidades.

Terá sido, de algum modo, o propósito de dar expressão verbalizada e categorial a esta complexa relação de autonomia e comunicabilidade que levou o legislador italiano a sancionar a violação das proibições de prova com a *inutilizzabilità*. Nos termos do artigo 191.º do novo *Codice di Procedura Penale* (1988): «*Prove illegittimamente acquisite*, 1. *Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate*. 2. *L'inutilizzabilità è rilevabile*

anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento». A benefício de ulterior e mais precisa caracterização, a *inutilizzabilità* configura no direito processual penal italiano uma forma autónoma de invalidade, com a dupla face de *vício e sanção processual*. De acordo com GREVI, a sua introdução «reflecte ostensivamente a intencionalidade político-legislativa de diversificar as sanções previstas para os vícios do procedimento de aquisição das provas em relação à sanção tradicional da nulidade (...) Esta diferença ganha, além do mais, relevo por força sobretudo do regime de arguição/conhecimento (*rilevabilità*) do vício que, ao invés do que sucede na maior parte dos casos de nulidade, não pode ser sanado, sendo modelado sobre o esquema previsto para as nulidades absolutas» (136).

β) A fidelidade ao programa legislado aponta, assim, para uma compreensão das proibições de prova assente seguramente na doutrina e nos princípios subjacentes ao regime das nulidades, mas aberta *também e necessariamente* a tópicos excêntricos e alheios a esta figura. Tópicos que, podendo encontrar afloramentos no texto da lei, hão-de, não raro e sobretudo, pedir-se a uma doutrina das proibições de prova a que o legislador português terá prestado homenagem mais ou menos explícita. Os preceitos relativos às proibições de prova terão, noutros termos, de ler-se também com os olhos atentos às sugestões e ensinamentos da doutrina: já da doutrina portuguesa já da doutrina alemã, de que aquela é em larga medida subsidiária.

Resumidamente, o intérprete e aplicador do direito das proibições de prova no contexto da ordem jurídica portuguesa não devem naturalmente desatender as implicações normalmente decorrentes da *nulidade*, sem mais. Só que não devem outrossim perder de vista os princípios fundamentais da doutrina das proibições de prova, geradores e portadores de critérios próprios de imunização e de sanção (*Heilung*), susceptíveis de travar ou temperar as consequências que a normal declaração de nulidade tende a desencadear. Isto nos termos do n.º 1 do artigo 122.º do CPP: «*as nulidades tornam inválido o acto em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afectar*».

(136) GREVI, in CONSO/GREVI, edit., *Profili*, pág. 156.

Uma compreensão das coisas que pode mediatizar um início de resposta a problemas prático-jurídicos como o do *efeito-à-distância*. A valência do regime das nulidades no contexto do direito português parece, com efeito, indiciar uma propensão para reconhecer o *efeito-à-distância* sem as hesitações de que se fizeram eco a doutrina e a jurisprudência alemãs. Nada parecendo, porém, impor, também entre nós, um princípio irrestrito de *efeito-à-distância*, a tender para a *fruit of the poisonous tree doctrine*, originariamente aceite no direito americano. Cremos, pelo contrário, que só uma resposta diferenciada (em termos que procuraremos deixar mais explícitos) se adequa aos textos legais e, sobretudo, à doutrina das proibições de prova subjacente ao direito processual penal português codificado.

4. Como deixámos assinalado, e à semelhança do direito alemão, também o direito processual penal português privilegia a dimensão material-substantiva das *proibições de prova*. A interpretação e aplicação dos respectivos preceitos terão, por isso, de partir da compreensão das proibições de prova como instrumentos de garantia e tutela de valores ou bens jurídicos distintos — e contrapostos — dos representados pela procura da verdade e pela perseguição penal. Apesar desta convergência de fundo, também aqui é possível referenciar sinais de dissonância. Que relevam, sobretudo, do propósito do legislador português de assumir de forma mais consequente a prevalência da dimensão material-substantiva das proibições de prova. É o que convirá ilustrar, citando alguns aspectos de distanciação das duas ordens jurídicas.

a) Uma das implicações mais óbvias da compreensão material-substantiva das proibições de prova é o relevo central reconhecido à concreta expressão de danosidade social e, reflexamente, o esbatiamento do significado do estatuto público ou privado do agente. *O que reclama a extensão de princípio da proibição de valoração às provas proibidas e realizadas por particulares.*

α) Uma exigência a que parece dar satisfação o regime previsto no artigo 167.º (*Valor probatório das reproduções mecânicas*) para as gravações e fotografias. A sua valoração estará precludida sempre

que atingidas pela censura da ilicitude penal, tenham sido produzidas por agentes das instâncias formais de controlo ou por particulares. Parece, de resto, irrecusável que em muitas áreas o legislador português se propôs mesmo rodear a intervenção dos particulares de limites mais apertados do que os adscritos à actividade das autoridades processuais. É o que se dá, por exemplo, com as *escutas telefónicas*, permitidas (arts. 187.º e segs.) dentro de determinados pressupostos, às autoridades mas vedadas de todo em todo aos particulares.

β) Até aqui as coisas não se afastarão significativamente do entendimento e da prática dominantes na Alemanha. Mas o quadro poderá ser já outro no âmbito dos chamados *métodos proibidos de prova* (art. 126.º). Face ao preceito homólogo (§ 136a) da StPO, na Alemanha prevalece, já o vimos, a interpretação restritiva, nos termos da qual as pertinentes proibições só valem para os agentes das instâncias formais de controlo ou para os particulares que intervêm em colaboração com eles e sob a sua orientação.

Pela natureza das coisas, também em Portugal será sobretudo na direcção das instâncias formais de controlo que caberá prevenir os atentados e agressões que os métodos proibidos de prova configuram. Só que não está excluído que eles possam ser também empreendidos por particulares. E se tal ocorrer, não se antolham razões determinantes a impor os meios de prova por essa via logrados, à margem de proibição de valoração. Em sentido oposto jogam, de resto, as diferenças mais significativas que é possível fazer ressaltar no confronto entre os textos legais alemão e português, a valorar como argumentos de índole literal, sistemática e teoleológica.

Desde logo, o artigo 126.º do CPP não contém qualquer referência às instâncias formais de controlo a que possa de algum modo adcrever-se o propósito de fazer dos seus agentes os destinatários exclusivos da proibição. Uma razão de teor literal reforçada pela indicação convergente do argumento sistemático. Diferentemente do § 136a) da StPO, integrado no capítulo sobre o «*interrogatório do arguido*» e encimado pela rubrica, de conotação restritiva, «*métodos proibidos de interrogatório*», o artigo 126.º da codificação portuguesa inscreve-se no livro *Da prova*. Onde, a par de preceitos apenas válidos na direcção das autoridades processuais, se encontram proibições aplicáveis

(também) a particulares. Acresce um não menos expressivo argumento de fundo racional-teleológico. Resumidamente, 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. 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 (137).

b) O equilíbrio almejado pelo legislador português entre os «bens jurídicos» subjacentes às proibições de prova e os valores intraprocessuais atinentes à perseguição eficaz e justa do crime permitirá pôr a descoberto outra e significativa linha de distanciação face ao direito alemão. E mais uma vez com reflexos não despreciando a nível prático-jurídico.

α) Apesar da leitura material-substantiva das proibições de prova, no direito alemão — pelo menos a nível da *praxis* jurisprudencial — acaba por prevalecer, já o vimos (138), o entendimento assente na *ponderação entre os bens jurídicos tutelados pelas proibições de prova e os valores encabeçados na perseguição penal*. E que, por razões de economia, podemos reconduzir à ideia de *Funktions-tüchtigkeit der Strafrechtspflege* para que vem apelando o Tribunal Constitucional Federal e a que o BGH se vem sistematicamente acolhendo, sobretudo no tratamento da *criminalidade grave*. A perseguição destes crimes legitimará, segundo o Tribunal Federal, a valoração

(137) Em abono da interpretação sufragada no texto, poderá ainda invocar-se o argumento decorrente do confronto entre o artigo 126.º da lei vigente e o homólogo artigo 261.º da codificação anterior, mesmo na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 377/77, de 6 de Setembro. À semelhança do § 136a) da StPO germânica que lhe serviu directamente de modelo, também aquele artigo 261.º valia como disciplina dos «Meios proibidos no interrogatório», tendo por destinatários privilegiados, se não mesmo exclusivos, os agentes das instâncias formais de controlo. Sobre o texto da codificação de 1929, introduzido pela reforma de 1977, cfr. *supra*. Em sentido convergente à tese sustentada no texto, MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar*, pág. 164.

(138) Cfr. *supra*.

de *gravações ilícitas* (feitas sem consentimento e às ocultas) (139) ou dos *diários pessoais*, mesmo atinentes à esfera mais inequívoca da intimidade. Exemplar neste contexto a já citada decisão (9.7.1987) relativa ao *segundo caso do diário*.

Um entendimento que, se não tem permitido ultrapassar todos os obstáculos representados pelas proibições de prova à perseguição da criminalidade grave, tem seguramente posto em causa aquele núcleo de «indisponibilidade» (HASSEMER) essencial à doutrina das proibições de prova, aumentando os coeficientes de contingência e insegurança e reduzindo o respectivo potencial de tutela. Como tem contrariado as tentativas de enunciado de princípios gerais e universalmente válidos, encaminhando a resposta para a ponderação casuística das singularidades dos interesses em concreto pertinentes.

Neste seu percurso, o Tribunal Federal tem, já o vimos, contado com o apoio decisivo colhido nos desenvolvimentos paralelos e convergentes das mais recentes posições do *Bundesverfassungsgericht* (140). Em recente e já recenseada proclamação, recorda o Tribunal Constitucional ter repetidamente assinalado as exigências inarredáveis de uma eficaz perseguição penal e luta contra a criminalidade, enfatizado o interesse público pela investigação da verdade e apontado o esclarecimento efectivo dos crimes mais graves como tarefa essencial de uma comunidade organizada em Estado de Direito. «Não é, por seu turno, — prossegue o aresto em referência — menor o significado do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. Só é possível alcançar a superação acertada destas tensões erigindo o imperativo de tutela do artigo 2.º, n.º 1, em conexão com o artigo 1.º, n.º 1, da Lei Fundamental, em correctivo permanente a contrapor às agressões consideradas necessárias do ponto de vista de uma eficaz realização da justiça. Isto significa que haverá sempre que

(139) Nestes termos, a decisão (2.12.1975) do Tribunal Federal, citada pelo mesmo tribunal superior, no aresto relativo ao *segundo caso do diário* (9.7.1987). Cfr. NJW 1988, pág. 1038.

(140) Para uma referência desenvolvida à jurisprudência mais recente do Tribunal Constitucional sobre a *praxis* do BGH em matéria de proibições de prova, NIEBLER, *Kleinknecht-Fs.*, págs. 306 e segs.

determinar a qual destes dois princípios constitucionalmente relevantes há-de reconhecer-se maior peso. Não estando em geral excluída a valoração dos registos, terá, assim, de indagar-se, face ao caso concreto, se a valoração em processo penal é idónea e necessária para a descoberta do crime e se a correspondente agressão à esfera da privacidade para efeitos de esclarecimento do crime é ou não desproporcionada» (141).

Estas considerações inscrevem-se na fundamentação da decisão em que o Tribunal Constitucional Federal (14.9.1989) denega provimento à impugnação de inconstitucionalidade motivada precisamente pelo acórdão do BGH (9.7.1987) sobre o *segundo caso do diário*. Tanto pelo decidido como pela fundamentação, este aresto do Tribunal Constitucional acaba por minar os alicerces da *teoria dos três graus* e dissolver a respectiva área de protecção. Ainda aqui, é certo, o Tribunal Constitucional continua a louvar-se da *Dreistufentheorie* e, em conformidade, a sacrificar expressamente ao dogma de «um último e inviolável núcleo de conformação privada da vida, inteiramente subtraída ao poder público» (142). Uma invocação formal que não chega para disfarçar o comprometimento efectivo — se não mesmo o abandono — do programa de tutela que dava sentido à teoria. Não é outro o alcance da posição aqui assumida pelo Tribunal Constitucional Federal a propósito da compreensão e extensão do conteúdo material da *área nuclear inviolável* e que resulta no inescapável esbatimento das suas fronteiras. Segundo o Tribunal Constitucional Federal cairão fora deste conceito, ficando expostos à devassa processual, os factos, registos ou provas que mantenham uma qualquer conexão com o crime em questão, por mais unívoca que se afigure a sua pertinência ao círculo mais estreito da privacidade. Para além disso, a devassa será mesmo legítima em nome da necessidade de acesso à conduta anterior e à personalidade do arguido, para efeito de juízo de culpa (143). O que deixa como desafio ao engenho

(141) Cfr. *NJW* 1990, pág. 564.

(142) *Ibidem*, pág. 563.

(143) Apelando para as formulações do próprio Tribunal Constitucional: «Se os escritos contêm informações sobre o planeamento de crimes futuros ou o relato de

mais especulativo a identificação dos dados ou factos susceptíveis «de serem cobertos pelo manto da tutela inviolável da personalidade (*in den Mantel des unantastbaren Persönlichkeitsschutz gehüllt zu werden*)» (144).

β) Parece ser outra e divergente a impostação de fundo a que, nesta matéria, sacrifica a lei portuguesa. Que dita as proibições de prova e determina as suas consequências em termos que não apelam para uma *ponderação* com os valores subjectivados *sub nomine* e no interesse da realização da justiça penal. A ordem jurídica portuguesa parece assentar, assim, no desfasamento e distanciação qualitativa entre duas ordens de valores: os valores material-substantivos tutelados pelo direito penal substantivo e, também e em primeira linha, pelas proibições de prova; e os valores adjectivos de relevo endoprocessual e recondutíveis à ideia da *eficácia funcional* (*Funktions-tüchtigkeit*) da justiça penal. E sem deixar subsistir entre as duas ordens de valores os momentos de comunicabilidade indispensáveis à plena operatividade do princípio de ponderação. *Brevitatis causa, a gravidade do crime a perseguir não será, só por si e enquanto tal, razão bastante para legitimar a danosidade social da violação das proibições de prova*. Menos o será ainda nos casos em que a violação da proibição de prova releva também do ilícito jurídico-penal.

Não parece ser outro, recorda-se mais uma vez, o significado do disposto no artigo 167.º do CPP. Por opção do legislador, a perseguição do criminoso e a descoberta do crime — *por mais grave que ele seja* — não bastam para abrir as portas do processo às gravações feitas ou utilizadas à custa de atentado ao *direito à palavra* ou à *ima-*

crimes cometidos, estando, por isso, em conexão imediata com acções puníveis concretas, então eles não pertencem à *área nuclear inviolável* da vida privada. Donde se conclui igualmente que no domínio da perseguição criminal não existe qualquer obstáculo constitucional a impedir que se indague se tais escritos contêm ou não informações susceptíveis de valoração processual (...) As investigações não terão assim, em qualquer caso, de se circunscrever aos eventos sobre que directamente assenta a acusação. No interesse de uma sentença justa, têm também de esclarecer e trazer à discussão a personalidade do agente, os seus precedentes bem como a conduta subsequente ao facto». *NJW* 1990, pág. 564.

(144) Sobre a expressão, *NJW* 1988, pág. 1038.

gem. Considerações idênticas valerão, com as devidas adaptações, para a violação do segredo profissional. Como valerão outrossim e a *fortiori* para as proibições de prova enunciadas sob a rubrica dos métodos proibidos de prova.

γ) O que fica dito não deve ser levado à conta de proposta duma leitura do direito português das proibições de prova como um ordenamento asséptico de conflitualidade. Isto dada, de resto, a estrutura intrinsecamente antinómica deste específico espaço da ordem jurídica, em termos que já ensaiámos pôr em evidência. Só que não pode desatender-se a circunstância decisiva de o regime positivamente plasmado ser, já ele próprio, a expressão codificada dos juízos de ponderação assumidos e sancionados pelo legislador. Um programa a que presta claramente homenagem o regime de «privilegio» reservado à perseguição da chamada criminalidade violenta ou altamente organizada (cfr., v. g., arts. 143.º, n.º 4, 174.º, n.º 4, al. c), 177.º, n.º 2, e 187.º, n.º 2, al. a)). E que o intérprete e aplicador do direito não estão legitimados a comprometer ou ultrapassar, a coberto de programas próprios de ponderação de interesses.

c) A tutela da liberdade de declaração do arguido e, a seu modo, das testemunhas, constitui outro tópico onde as divergências entre o direito português e alemão voltam a ganhar relevo. Divergências reconduzíveis, ainda aqui, a uma mais consequente assunção pelo legislador português das proibições de prova.

α) Para emprestar eficácia ao princípio *nemo tenetur se ipsum prodere* a lei processual penal portuguesa outorga ao arguido um irrestrito e contínuo (*sc.*, válido para todas as fases do processo) direito ao silêncio quanto aos factos que lhe são imputados (art. 61.º n.º 1, al. c)). Isto em nome do postulado segundo o qual todos os contributos probatórios do arguido terão de corresponder ao exercício esclarecido da sua liberdade.

É para assegurar a integridade desta liberdade que, à semelhança do direito alemão (§ 136 da StPO), a lei portuguesa impõe a todas as autoridades judiciais ou de polícia criminal, perante as quais o arguido haja de comparecer, a obrigação de o informar dos direitos que lhe assistem, logo também e sobretudo do direito ao silêncio.

Uma exigência cujo inadimplemento é expressamente sancionado com a proibição de valoração (art. 58.º, n.º 3). Isto diferentemente do que vimos suceder no direito alemão: onde, face ao silêncio da lei e o desencontro da doutrina, a jurisprudência vem propendendo para levar o caso à conta de mera regra de produção de prova. Desta forma se desguarnecendo a protecção da liberdade de declaração do arguido (145).

β) O quadro volta, de algum modo, a repetir-se do lado das testemunhas, face, nomeadamente, ao prescrito no artigo 134.º do CPP. Que reconhece aos parentes e afins a legitimidade para se recusarem a depor como testemunhas. À semelhança do que sucede com o dispositivo homólogo da StPO germânica (§ 52), também o artigo 134.º do CPP determina que «A entidade competente para receber o depoimento adverte, sob pena de nulidade, as pessoas referidas no número anterior da faculdade que lhes assiste de recusarem o depoimento» (n.º 2).

Mas as águas voltam a separar-se quando se indaga da força normativa dos preceitos em confronto e, por essa via, da solidez da protecção da liberdade das pessoas envolvidas. Também aqui a lei portuguesa prescreve a sanção da nulidade para a omissão do esclarecimento fazendo, por isso, impender sobre o depoimento a correspondente proibição de valoração. Uma omissão que, a coberto da teoria da esfera jurídica, a jurisprudência alemã se inclina para considerar irrelevante (146).

(145) Neste sentido, HERRMANN, *Jescheck-Fs.*, pág. 1297. Sobre a questão, *supra*.

(146) Cfr., por todos, SCHÄFER, in LÖWE/ROSENBERG, *Einleitung*, cap. 14, Rn. 22. O equilíbrio desenhado no texto parece, pelo menos numa primeira consideração das coisas, posto de algum modo em crise face ao disposto no n.º 2 do artigo 132.º (*Deveres gerais da testemunha*). Segundo este inciso legal: «A testemunha não é obrigada a responder a perguntas quando alegar que das respostas resulta a sua responsabilização penal». Diversamente do que sucede com o preceito homólogo da lei alemã (§ 55, 2 da StPO), a lei portuguesa não prescreve expressamente um dever de esclarecimento da testemunha. Esta é, porém, uma lacuna cuja integração — no sentido da afirmação de um dever de esclarecimento, a reafirmar contrafactivamente pela sanção da nulidade — se nos afigura relativamente linear. Desde logo, em nome da analogia substancial com a situação e o regime do arguido. Depois, e por outro lado, em nome de um inegável argumento *a fortiori* à vista da disciplina prevista no artigo 134.º, n.º 2.

5. Significativas, e ainda com reflexos a nível das proibições de prova, são, por último, as diferenças atinentes ao *modelo da audiência* e, consequentemente, ao estatuto e função dos sujeitos processuais. À semelhança do alemão, também o processo penal português dá expressão ao arquétipo de um processo de estrutura basicamente acusatória, integrado por um princípio de investigação. Fá-lo, porém, introduzindo alguns desvios que representam outras tantas aberturas na direcção do paradigma do *adversary system* anglossaxónico, nessa medida concretizando aquela *mistura de modelos* (*Typenmischung*) por que na Alemanha vêm terçando armas autores como ROXIN⁽¹⁴⁷⁾.

a) α) No direito alemão é o juiz que detém o domínio da audiência de julgamento a ele cabendo a sua condução bem como o monopólio da iniciativa. É o juiz que assume a produção da prova e, por isso, a audição e interrogatório das testemunhas (§ 238 da StPO). O § 239, abre, é certo, a possibilidade do recurso ao contra-interrogatório (*Kreuzverhör*): uma possibilidade, já o vimos, praticamente carecida de relevo prático-jurídico⁽¹⁴⁸⁾.

Este modelo está longe de suscitar o aplauso unânime dos autores alemães, já que contra ele não têm deixado de se fazer ouvir as mais vivas críticas. Nesta linha, tem-se invocado que a actividade de investigação a que o juiz se vê compelido «o faz facilmente perder a

(147) De ROXIN, cfr. sobretudo, «Die Reform der Hauptverhandlung», *passim*; Schmidt-Leichner-Fs., págs. 145 e segs., e Gerd Jauch-Fs., págs. 198 e segs. Sobre as questões coenvolvidas, cfr. ainda, HERRMANN, *Die Reform*, págs. 49 e segs. e *passim*, e ZStW 1988, págs. 45 e segs.; SCHÜNEMANN, GA 1978, págs. 161 e segs.; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, págs. 256 e segs. e 276 e segs.; «Para Uma Reforma Global», págs. 218 e segs.; «Sobre os Sujeitos», págs. 32 e segs. No que aqui mais directamente interessa, os debates têm-se polarizado em torno da introdução de uma «audição cruzada» (*Wechselverhör*) em substituição do modelo vigente, que outorga ao juiz o monopólio da iniciativa probatória. Empenhadamente advogada por ROXIN, a *Wechselverhör* viria a ser adoptada pelo *Alternativ-Entwurf zur Reform der Hauptverhandlung* (1985). Sobre o projecto, suas propostas e fundamentação, HERRMANN, ZStW 1988, págs. 45 e segs. Sobre a discussão da mesma questão no direito austríaco, MOOS, ZStW 1991, págs. 553 e segs.

(148) Neste sentido, ROXIN, «Die Reform der Hauptverhandlung», pág. 53, e *Strafverfahrensrecht*, pág. 92.

posição objectiva e distanciada, própria de um julgador neutro, convertendo-o, pelo menos aos olhos do acusado, num seu adversário»⁽¹⁴⁹⁾. Fazendo-nos eco de ROXIN: chamado a fundamentar a «convicção» do acusado, o juiz tem de confrontá-lo com perguntas incómodas em ordem a descobrir contradições. O que induzirá o recurso a táticas mais ou menos artificiosas de inquirição. «Ora, a autoridade da decisão e as suas virtualidades para restabelecer a paz seriam seguramente maiores se não fosse precisamente o principal contendor e inquiridor a ditar a sentença sobre o desfecho definitivo da contenda»⁽¹⁵⁰⁾.

Acrescem, argui ROXIN, as contra-indicações numa perspectiva de procura da verdade material e de realização da justiça. O modelo de interacção em que o juiz se vê envolvido determinará, a par de um específico interesse cognitivo, um encurtamento do horizonte de expectativas. O que pode originar uma relativa sub- ou desvalorização das informações alheias ao seu quadro de suposições ou que com elas colidam. Na síntese do autor: «só quem não está comprometido através de tarefas próprias e empenhadas de investigação pode deixar correr o processo de forma mais compreensiva e numa atitude mais aberta»⁽¹⁵¹⁾.

β) Foi o propósito de ultrapassar estas limitações que motivou a conformação da audiência por que veio a optar o Código de Processo Penal português. Sancionando e aprofundando as soluções já vigentes entre nós — pelo menos a partir da redacção dada ao artigo 435.º

(149) ROXIN, «Die Reform der Hauptverhandlung», pág. 53. Por isso é que, argumenta nesta linha ROXIN, «o objectivo almejado com a introdução da *Wechselverhör* está precisamente no reforço das possibilidades de defesa do acusado na audiência e em assegurar ao juiz uma posição que o ponha a coberto da censura de parcialidade em desfavor do arguido». Gerd-Jauch-Fs., pág. 199.

(150) ROXIN, «Die Reform der Hauptverhandlung», pág. 55.

(151) *Id. ibidem*. Em sentido convergente, HERRMANN, ZStW 1988, pág. 47. Para HERRMANN a actividade inquiridora do juiz «não é sequer compatível com a função que a Lei Fundamental reserva ao juiz», como terceiro e autónomo poder do estado. «Na audiência o juiz actua como representante do poder persecutório e inquiridor do Estado». O que justificará a asserção de que na audiência sobrevive, afinal, o que foi um dos estigmas mais censurados ao processo inquisitório: a reunião, numa só mão, da actividade investigatória e judicativa. HERRMANN, *ob. loc. cit.*

do Código de 1929 pela Lei n.º 2.096 de 23 de Maio de 1959 — o legislador de 1988 institucionalizou um regime de interrogatório das testemunhas idêntico ao do modelo da *cross-examination* anglossaxónica. É o que claramente resulta da disciplina constante do n.º 4 do artigo 348.º do CPP, onde não será difícil referenciar os momentos nucleares em que aquele modelo se analisa: um interrogatório directo feito pela parte que apresenta a testemunha (*examination-in-chief*); o contra-interrogatório feito pela parte contrária (*cross-examination*); e, por último, o re-interrogatório (*re-examination*) sobre as questões não levantadas no interrogatório directo mas suscitadas no contra-interrogatório.

b) Não se esgotam aqui as soluções da nova legislação processual penal portuguesa e que configuram outras tantas aberturas aos princípios e implicações próprias do *adversary system* do direito americano (152). Apesar de tudo, nada mais apressado e infundado do que pretender representar o processo penal português como sobreposição mimética ao processo americano. Os passos do legislador português no sentido da *Typenmischung* não chegam, em qualquer caso, para apagar as profundas linhas de demarcação e contraposição entre os dois ordenamentos processuais.

α) Desde logo, e tanto no plano estrutural como dinâmico, o processo penal português não se ajusta àquele arquétipo de *processo penal de partes* de que o direito americano configura a manifestação paradigmática. A tanto se opõem princípios como o da *indisponibilidade* do objecto do processo e, sobretudo, a verdadeira pedra de toque que é o estatuto do ministério público.

Ao contrário do que sucede com o seu congénere americano — que intervém no processo penal em nome e como a voz «do governo» — o ministério público é entre nós pacificamente encarado como um órgão de administração da justiça cuja actuação deve subordinar-se a estritos critérios de legalidade e objectividade. E a que, nos termos do n.º 1 do artigo 53.º do CPP, cabe «colaborar com o

(152) Para uma referência mais desenvolvida, FIGUEIREDO DIAS, «Sobre os Sujeitos», págs. 32 e segs.

Tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito, obedecendo em todas as intervenções processuais a critérios de estrita objectividade». Na clarificadora caracterização de FIGUEIREDO DIAS: «Dada a incondicional intenção de verdade e justiça — tão incondicional como a do juiz — que preside à intervenção do ministério público no processo penal, torna-se claro que a sua atitude não é a de interessado na acusação, antes obedece a critérios de estrita legalidade e objectividade» (153). Um estatuto que há-de seguramente constituir antídoto eficaz face àquele perigo de um «ministério público convertido em caçador implacável e impiedoso», denunciado por GÖSSEL. E que justificará, segundo o autor, a oposição às propostas adiantadas por ROXIN em abono de soluções de *audição cruzada*, substancialmente idênticas às vigentes entre nós.

β) O afastamento entre o processo penal português e americano volta a ganhar amplitude a propósito do estatuto e da função do tribunal. Remetido ao papel de mero árbitro de um jogo em que não participa e limitando-se a decidir de questões incidentais (como as atinentes à admissibilidade de determinado meio de prova), o juiz americano — o mesmo valendo para o júri — mantém, para além disso, uma postura de inflexível passividade e incomunicabilidade. Por sobre não intervir nas questões que ditam a sorte da acusação, assume em relação a elas um silêncio e distanciação de esfinge.

O quadro é outro no direito português. Por um lado, só ele pode interrogar o arguido em julgamento (art. 345.º, n.º 2); por outro lado, o tribunal mantém em relação às testemunhas uma intervenção «subsidiariamente activa» (F. DIAS), podendo formular as perguntas que entender «necessárias para esclarecimento do depoimento prestado e para boa decisão da causa» (art. 348.º, n.º 5). A disciplina da actuação do juiz no processo penal português releva de — e dá por sua vez expressão a — duas notas essenciais do estatuto e do *pathos* deste sujeito processual.

Em primeiro lugar, é exclusivamente sobre a convicção do tribunal que assenta a decisão da causa. O que converte o tribunal em ins-

(153) *Ob. cit.*, pág. 25. No mesmo sentido, LABORINHO LÚCIO, «Sujeitos do Processo», pág. 55, e CUNHA RODRIGUES, *BMJ* 1984 (Junho), págs. 15 e segs.

tância de subjectivização e unificação da prova. Com o que se acredita obviar a uma das mais comprometedoras e mais insistentemente assinaladas desvantagens do processo criminal americano: a tendência para o privilégio dos elementos circunstanciais e de pormenor da *quaestio facti* e, por vias disso, para a descontinuidade e atomização da produção da prova.

Decisiva, em segundo lugar, a circunstância de o juiz português protagonizar de algum modo a interacção dramática da acção de julgamento. Pois, na medida em que interage com os demais sujeitos processuais, o juiz converte-se em «outro significante», aberto e comunicativo e, por isso, em referente de expectativas e frustrações e objecto possível de «manipulação». Um modelo com vantagens óbvias em confronto com o paradigma do juiz-esfinge do direito americano. Acolhendo-nos, a propósito, à lição de ROXIN: «Um tribunal que intervém activamente no julgamento entra necessariamente em comunicação com o acusado, o que pode ser extremamente vantajoso para este último (...) Uma instância inacessível, pairando soberana sobre os acontecimentos e cujo pensamento não se deixa adivinhar, causa mais insegurança e actua de forma menos humana do que um juiz que discorre com objectividade mas ao mesmo tempo com calor e compreensão. O que se reveste igualmente de um significado concreto e estratégico-processual. Um tribunal que esclarece, ele próprio, deixa claramente transparecer, através da natureza e direcção das suas investigações, o modo como ele aprecia o estado do processo. Isto dá à defesa a oportunidade de concentrar os seus esforços sobre os pontos essenciais e de corrigir as orientações erradas do tribunal». O que, acrescenta ROXIN, longe de constituir apenas uma vantagem para o acusado, acaba também por redundar em benefício da descoberta da verdade material e, por isso, contribuir para o triunfo da justiça no caso concreto (154).

(154) ROXIN, «Die Reform der Hauptverhandlung», pág. 58.

CAPÍTULO V

DAS PROIBIÇÕES DE PROVA, EM ESPECIAL

§ 16. MÉTODOS PROIBIDOS DE PROVA (ART. 126.º CPP). «HOMENS DE CONFIANÇA» E MEIOS ENGANOSOS

A) Caracterização geral: um regime axiológica e normativamente diferenciado

1. Na citação de algumas das proibições de prova do direito processual penal português, começaremos por uma menção dos chamados *métodos proibidos de prova*, previstos no artigo 126.º do CPP. Um privilégio que se justifica, desde logo, por se tratar da manifestação mais inequívoca e normativamente mais consistente e congruente (na relação: *proibição de produção* — *proibição de valoração*) de proibição de prova. A coberto dos métodos proibidos de prova proscreve a lei processual os atentados mais drásticos à dignidade humana, mais capazes de comprometer a identidade e a representação do processo penal como processo de um Estado de Direito e, por vias disso, abalar os fundamentos daquela *Rechtskultur* sobre que assenta a moderna consciência democrática. Daí que o seu regime configure um *topos* invariável de passagem do labor heurístico e hermenêutico, preordenado a esclarecer o sentido e alcance das demais proibições de prova. Razão assistirá, por isso, a EB. SCHMIDT quando, reportando-se ao preceito homólogo da StPO germânica (§ 136a)), o apoda de «*norma processual fundamental*». Donde, como HANACK assinala, dimanam «irradiações» susceptíveis de iluminar caminhos para além das áreas por ele directamente cobertas (1).

(1) HANACK, in LÖWE/ROSENBERG (24.ª), § 136a), Rn. 4.

Seria, apesar de tudo, apressado acreditar na possibilidade de identificar linearmente, no seu sentido, alcance, limites e implicações prático-jurídicas, a disciplina normativa dos *métodos proibidos de prova*. Sob a aparência de um regime claramente recortado e tendencialmente unificado na sua densidade axiológica e relevância normativa, afronta-se aqui um domínio marcado pela heterogeneidade e centrifugidade. Em causa está, com efeito, uma extensa área problemática, onde se multiplicam as linhas de clivagem, impondo distinções e graduações num complexo jogo de refrações que potenciam a dispersão das soluções prático-jurídicas finais.

2. a) A diferenciação e a complexidade são, desde logo, induzidas pela heterogeneidade dos métodos proibidos de prova. Que vão, por exemplo, desde a *tortura* aos mais diversificados *meios enganosos*.

α) Não podem suscitar-se dúvidas quanto à proscrição invencível de toda e qualquer forma de *tortura*. Que, como MAIHOFFER acen-tua, atinge no coração as exigências de uma *praxis* jurídico-penal formalizada e conforme à justiça *justizförmige*) (2). Seja qual for a dignidade do fim invocado, argumenta na mesma linha HASSEMER, ao lançar mão da *tortura*, «o Estado serve-se de um meio que degrada moralmente o arguido, o objectiviza e funcionaliza. O torturado é degradado à categoria de mera fonte de informações, deixando de ser encarado e tratado como portador de direitos. O Estado comporta-se como um qualquer outro que utiliza o poder fáctico para a imposição dos seus interesses» (3). Uma consideração das coisas que, já tivemos oportunidade de o recensear, leva o autor a sustentar a tese do *efeito-à-distância* (pelo menos) em relação às provas obtidas mediante *tortura* (4).

β) O quadro poderá ser já outro do lado dos *meios enganosos*. Não que se questione a possibilidade (sequer a frequência) de também

(2) MAIHOFFER, *Recht und Sein*, págs. 12 e segs.

(3) HASSEMER, *Maihofer-Fs.*, pág. 202.

(4) *Id.*, pág. 203.

aqui ocorreram situações de manipulação e degradação das pessoas em termos de pertinência (ou, pelo menos, de continuidade) ao núcleo duro de que releva a proibição da *tortura*. Tal sucederá, concretamente, nos casos em que os meios enganosos desencadeiam mecanismos de coacção e configuram, por isso, formas invencíveis de extor-são da confissão. Só que isso não poderá afirmar-se, de plano e sem mais, em relação a todas as (e multímodas) formas de produção ou exploração fraudulenta do erro. Desde as manifestações mais ardilo-sas e gravosas de indução dolosa e activa do erro, ao aproveitamento de erro já subsistente, à mera omissão do esclarecimento destinado a dissipar o erro. Uma extensa e diversificada fenomenologia onde não deixarão de abundar os casos marginais de produção ou aproveitamento do erro, recondutíveis à normal e admissível «táctica» de inter-rogatório. Daí que os autores propendam decididamente para uma interpretação restritiva das proibições de prova atinentes aos *meios enganosos* (5). É o que procuraremos deixar mais explícito.

Considerações idênticas poderiam adiantar-se a propósito da «ameaça com medida legalmente inadmissível», método proibido pela alínea d) do n.º 2 do artigo 126.º A que se contrapõe, desde logo, a ameaça com meio ou medida legalmente admissível e, em geral, tida por processualmente legítima (6). Como se contrapõem igualmente as meras advertências ou chamadas de atenção sobre as possíveis (e previsíveis) consequências da conduta ou postura, v. g., duma testemunha ou arguido sujeitos a interrogatório. Do que aqui se trata é de assegurar à testemunha ou arguido a informação necessária a uma correcta valoração dos seus interesses, prevenindo-os de impli-cações ou consequências cuja ocorrência, em concreto, não depende da vontade ou arbítrio da instância que procede à investigação. Um procedimento cuja admissibilidade — mesmo a desejabilidade — de princípio também não suscitará objecções comprometedoras.

(5) Cfr., neste sentido e por todos, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 160; HANACK, in LÖWE/ROSENBERG (24.ª), § 136a), Rn. 33 e segs.; OTTO, GA 1970, pág. 290; KÖHNE, *Strafprozessuale Beweiverbote*, pág. 129; PUPPE, GA 1978, págs. 289 e segs., *passim*; SCHLÜCHTER, *Das Strafverfahren*, págs. 91 e segs.

(6) PETERS, *Strafprozess*, págs. 312/3.

Simplemente, também aqui a clareza com que é possível apartar as águas a nível abstracto-conceitual está longe de se comunicar ao plano da valoração das expressões segregadas pelo quotidiano. As fronteiras entre a advertência legítima — v. g., das consequências normais em sede de medida da pena — e a ameaça intolerável são frequentemente inseguras e dificilmente vencíveis.

γ) O que sugere, mais uma vez, a consideração privilegiada das particulares exigências do caso concreto, a reforçar a dispersão centrífuga de soluções e a fazer subir a complexidade. Como pertinentemente assinala PETERS, de forma mais ou menos explícita, todos os métodos proibidos por um dispositivo como o artigo 126.º do CPP, configuram atentados à liberdade de formação e actualização da vontade de declaração. Só que «há métodos proibidos de forma absoluta e face aos quais aquele sacrifício se presume de antemão (perigo abstracto de sacrifício). (...) Já em relação a outros haverá, pelo contrário, de indagar se, em concreto, eles redundam ou não em sacrifício da liberdade de formação e actualização da vontade, da capacidade de memória ou de valoração (atentados concretos à liberdade de declaração)» (7).

b) Acrescem as diferenciações introduzidas pela diversidade de estatutos processuais quer dos beneficiários da proibição de prova, quer do universo dos respectivos destinatários.

α) Assim, e no que concerne aos sujeitos passivos dos métodos de prova, parece ser hoje pacífico o entendimento de que a sua proibição aproveita tanto ao arguido como às testemunhas e peritos (8). Tal há-de, porém, dar-se em termos assimétricos: quer no que toca à extensão quer no que respeita à consistência da correspondente área de tutela. *Quanto ao arguido*, a proibição dos métodos de prova resulta directamente da continuidade do seu estatuto como *sujeito processual*, que persiste e subsiste na plenitude do seu sentido e alcance mesmo quando figura (ao mesmo tempo) como meio de

(7) PETERS, *Strafprozess*, págs. 312/3.

(8) PETERS, *ob. cit.*, pág. 311; HANACK, in LÖWE/ROSENBERG (24.ª), § 136a), Rn. 3.

prova. Isto à luz da liberdade de declaração cuja integridade a lei processual se propõe salvaguardar. É outro o sentido das coisas do lado das *testemunhas*. Também em relação a elas vale sem quebras o imperativo do respeito da dignidade da pessoa humana, como veremos um dos étimos axiológico-materiais da proibição destes métodos de prova. Só que não pode desatender-se a circunstância decisiva de a testemunha *ser não só obrigada a declarar mas também a fazê-lo com verdade*.

β) Por seu turno, e no que aos destinatários da proibição do artigo 126.º do CPP concerne, já deixámos enunciadas as razões de que pode louvar-se uma interpretação que não feche a porta à inclusão dos particulares no pertinente círculo. Deverá, pelo menos, ser assim nos casos em que a valoração das provas mediatizadas pelos particulares afronte abertamente o espírito do preceito ou fruste o seu programa de tutela. Hipóteses que, já o deixámos igualmente sugerido, não têm, como pode entender-se no direito alemão, de circunscrever-se às situações em que os cidadãos privados actuam sob a direcção e orientação dos agentes públicos.

Só que também aqui há diferenciações relevantes a assinalar. Desde logo e pela natureza das coisas, muitos dos métodos proibidos de prova estão, na prática, vinculados à acção de um agente público. Foi o que já tivemos oportunidade de assinalar. Acresce — e cita-se a título meramente indicativo — serem consideravelmente mais extensas as possibilidades abertas aos particulares para obter provas à custa de *promessas ou ameaças*. Neste domínio, por princípio e diferentemente do que vale para as instâncias formais de perseguição penal, os particulares só conhecem os limites decorrentes do direito penal material, nomeadamente dos crimes contra a liberdade das pessoas.

3. A heterogeneidade dos métodos proibidos e, consequentemente, a diferenciação e graduação das suas valorações normativas, minam de dificuldades a interpretação e aplicação do artigo 126.º do CPP. Como incio no sentido da redução da complexidade problemática, afigura-se-nos, por isso, indicado procurar ganhar alguma perspectiva sobre a fundamentação axiológico-material e a intencionalidade político-criminal do regime legalmente codificado.

a) O que mais avulta numa primeira e sumária caracterização deste regime é a prescrição imperativa da *irrelevância do consentimento*. Postas entre parênteses as hipóteses previstas no n.º 3 do artigo 126.º do CPP — todas relativas a manifestações de concordância que convertem a acção em processo normal de comunicação, mesmo em forma de afirmação e realização da liberdade tutelada⁽⁹⁾ — a lei leva a censura destes métodos ao ponto de impor e sobrepor a proibição à renúncia de tutela por parte do portador do bem jurídico concretamente atingido. O que vale tanto para a renúncia actualizada no momento da produção da prova como para a referida ao momento da respectiva valoração. Concretamente: submetido, v. g., um arguido (ou testemunha) a «meios cruéis», arbitrária e coactivamente impostos, nunca assistirá ao arguido (ou testemunha) a faculdade de, por via de ulterior e correspondente manifestação de vontade, abrir a porta à valoração das provas produzidas. Resumidamente, o propósito de banir em absoluto a utilização e aproveitamento destes métodos leva a lei vigente a sancionar soluções extremadas de *indisponibilidade*, uma ideia a que, já o vimos, o conceito e o regime das proibições de prova acabam por prestar homenagem.

b) Ao interrogar-se sobre os momentos que emprestam racionalidade axiológica e político-criminal a este regime, os autores invocam um conjunto de tópicos, no essencial reconduzíveis a duas linhas fundamentais de argumentação.

Por um lado, a irrelevância do consentimento é levada à conta do imperativo de respeito sem quebras da *dignidade humana*. A este propósito, os autores tendem a subscrever uma formulação como a proposta pelo Tribunal Federal germânico: «o § 136a) é uma explicitação-emanção (*Ausformung*) do artigo 1.º da Lei Fundamental»⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Sobre o entendimento do *acordo* aqui pressuposto, desenvolvidamente, COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, *passim* e sobretudo, págs. 362 e segs.

⁽¹⁰⁾ Cfr. v. g., ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 159. Em sentido convergente («o § 136a) é uma emanção (*Ausfluss*) do artigo 1.º da Lei Fundamental»), PETERS, *Strafprozess*, pág. 311; HANACK, in LÖWE/ROSENBERG (24.ª), § 136a), Rn. 3: «O § 136a) é uma explicitação-emanção do direito fundamental ao respeito pela

Por outro lado e complementarmente, o regime é interpretado como preordenado à preservação da identidade, da imagem e da auto-representação do processo penal — e, numa perspectiva mais ampla, do próprio Estado — de acordo com as exigências fundamentais decorrentes da ideia de Estado de Direito. «O § 136a) — sustenta nesta linha PETERS — quer afastar métodos de interrogatório que contrariam a reputação (*Ansehen*) do Estado e da justiça penal»⁽¹¹⁾.

Convirá assinalar que soam em qualquer caso minoritárias as vozes dos que, privilegiando esta dimensão «institucional» do regime, acabam por subvalorizar, ou mesmo denegar pura e simplesmente, a relevância da *dignidade humana*. De acordo, por exemplo, com AMELUNG, um dos defensores mais empenhados desta compreensão reducionista: «O artigo 1.º, n.º 1, da Lei Fundamental não se destina a impor ao cidadão um determinado arquétipo de homem, susceptível de precluir quaisquer manifestações *indignas* de concordância. De outra forma, uma norma supostamente preordenada a proclamar o maior respeito pela subjectividade da pessoa, acabaria por se converter num insuspeitado instrumento de coerção e paternalismo. Nos termos de uma asserção do Tribunal Constitucional Federal, o artigo 1.º, n.º 1, da Lei Fundamental protege precisamente a “disponibilidade sobre si próprio” (*Verfügbarkeit über sich selbst*) e isto é o contrário de uma limitação do consentimento. O § 136a) da StPO terá, por isso, de interpretar-se a partir de outras e mais concretas finalidades. O preceito esclarece que o indivíduo não pode dispor do interesse do Estado se apresentar como um Estado de Direito, que rejeita em absoluto os métodos nele descritos. Isto dado o facto de, caso se admitisse a capacidade de disposição, os órgãos do Estado se veriam facilmente expostos à suspeição de que só teriam obtido uma declaração tão invulgar de consentimento explorando a situação de coerção do processo penal»⁽¹²⁾.

dignidade humana (*Achtung der Menschenwürde*) do artigo 1.º, n.º 1, da Lei Fundamental», GÖSSEL, GA 1991, pág. 501.

⁽¹¹⁾ PETERS, *ob. cit.*, pág. 311. No mesmo sentido e do lado da doutrina constitucionalista, MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, *Grundgesetz*, artigo 1, Rn. 32.

⁽¹²⁾ AMELUNG, «Zulässigkeit und Freiwilligkeit», pág. 9. No mesmo sentido e desenvolvidamente, do autor, *Die Einwilligung*, págs. 46 e segs., e *Informationsbeherrschungsrechte*, pág. 21; KÜHNE, *Strafprozessuale Beweisverbote*, págs. 100 e segs.

c) Tanto na doutrina como na *praxis* jurisprudencial é predominante o entendimento que se propõe interpretar o regime dos *métodos proibidos de prova* como projecção normativa das implicações ou exigências emergentes duma constelação plural de valores ou interesses. De acordo com a síntese de SCHÄFER: «A proibição do § 136a) configura um exemplo típico de proibição assente na concorrência de uma série de fundamentos. Determinante é aqui tanto o perigo para a descoberta da verdade, o respeito pela dignidade humana e a garantia da posição do arguido enquanto sujeito processual como a ideia de que as intervenções abusivas dos órgãos de perseguição penal, mesmo quando circunscritas ao caso concreto, são sempre susceptíveis de abalar a confiança da comunidade na conformidade do processo penal aos princípios do Estado de direito e, por essa via, comprometer o bom nome do Estado» (13).

4. Ainda em sede de caracterização geral dos *métodos proibidos de prova* convirá ressaltar que nada parece impor a conclusão de que no artigo 126.º do CPP se contenha uma enumeração taxativa (14). Como métodos proibidos de prova não-de igual e seguramente valorar-se os demais atentados que realizam a mesma danosidade social de afronta à dignidade humana, à liberdade de decisão ou de vontade ou à integridade física ou moral das pessoas. As coisas começam já a perder contornos e as hesitações a ganhar terreno quando se questiona em que medida estes outros e inominados métodos terão de subsumir-se à rigidez da disciplina vertida no n.º 2 do artigo 126.º do CPP. Trata-se fundamentalmente de saber se também em relação a eles há-de ou não valer a *ineficácia do consentimento*. Um problema particularmente agitado a propósito da admissibilidade do chamado *polígrafo* ou *detector de mentiras* (*lie detector*).

(13) SCHÄFER, in LÖWE/ROSENBERG, *Einleitung*, Cap. 14, Rn. 49.

(14) Neste sentido, que corresponde à *communis opinio*, RÖXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 159; MEYER, in LÖWE/ROSENBERG, § 136a), Rn. 12 e segs.; KLIMKE, *NSiZ* 1981, pág. 434; PETERS, *ZSiW* 1975, págs. 676 e seg.; GÖSSEL, *GA* 1991, pág. 501.

a) Com algum relevo na experiência processual americana, o *detector de mentiras* conta na Alemanha com a oposição tradicional e maioritária da doutrina. Isto na esteira duma decisão, proferida já nos anos cinquenta pelo Tribunal Federal, que proclama esta «devassa sobre a alma e as pulsões inconscientes do arguido» incompatível com a dignidade humana, afastando-a sem excepções. Mesmo quando a sua utilização ocorre a coberto de consentimento do arguido (15). Um entendimento das coisas que vem conhecendo a contestação recente duma corrente doutrinal alternativa, minoritária mas em ostensivo ganho de peso, segundo a qual *não será de excluir em absoluto o recurso ao detector de mentiras no interesse da defesa*. O seu uso há-de, pelo contrário, ter-se como admissível e mesmo aconselhável naqueles extremados «casos dramáticos de conflito» (AMELUNG) em que tal configure a *ultima ratio* para obviar ao perigo duma condenação (16). Na síntese de AMELUNG: «A extensão da proibição constante dos n.ºs 1 e 2 do § 136a) da StPO às medidas levadas a cabo com consentimento visa subtrair à disponibilidade do indivíduo o interesse de o Estado valer e se apresentar como um Estado de Direito. Mas este objectivo acaba por se converter no seu contrário quando, em nome do § 136a) n.º 3, acaba por se retirar a um inocente o único meio de obstar a uma pena injusta» (17).

A controvérsia acaba de ser avivada e de ver o seu relevo pragmático reforçado através de um pronunciamento recente (18.8.1982)

(15) BGHSt, 5, 333. No mesmo sentido, que corresponde à doutrina maioritária, WORTENBERGER, *JZ* 1951, pág. 772; RADBRUCH, *Sauer-Fs.*, pág. 123; NIESE, *ZSiW* 1951, págs. 199 e segs.; PETERS, *Strafprozess*, págs. 308 e seg.; SCHLÜCHTER, *Das Strafverfahren*, pág. 93; MEYER, in LÖWE/ROSENBERG, § 136a), Rn. 41. Entre nós: EDUARDO CORREIA, *RDES* 1967, págs. 35 e segs.; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, págs. 459 e segs.; G. CANOTILHO/V. MOREIRA, *Constituição da República*, pág. 268.

(16) AMELUNG, «Zulässigkeit und Freiwilligkeit», págs. 14 e segs.; do mesmo autor, desenvolvadamente, *NSiZ* 1982, págs. 38 e segs. No mesmo sentido SCHWABE, *NJW* 1979, págs. 576 e segs.; *NJW* 1982, págs. 367 e segs.; KLIMKE, *NSiZ* 1981, págs. 433 e segs.; UNDEUTSCH, *ZSiW* 1975, págs. 650 e segs. Para uma consideração mais detida do problema, ACHENBACH, *NSiZ* 1984, págs. 350 e segs.

(17) AMELUNG, *NSiZ* 1982, pág. 40.

do Tribunal Constitucional Federal (18). Na base da decisão, um caso impressionante: o arguido havia sido condenado a prisão perpétua como autor de um crime de homicídio qualificado e de tentativa de violação. Para infirmar a sentença condenatória, exclusivamente assente em prova indiciária, reclama o arguido, ele próprio, a sua submissão ao teste do *detector de mentiras*. Atendo-se à orientação tradicional e dominante, decidiu o tribunal de Karlsruhe: «A utilização de um *detector de mentiras* (*polígrafo*) com a finalidade de, a partir das reacções do acusado, retirar conclusões sobre a credibilidade subjectiva das suas declarações, atinge de forma inadmissível o direito de personalidade do arguido protegido pelo artigo 2.º, 1, em conjugação com o artigo 1.º, 1, da Lei Fundamental. Isto vale mesmo nos casos em que o arguido consente na utilização de tais métodos de prova» (19). Na fundamentação pode ler-se: «uma tal “radioscopia”, da pessoa, que desvirtua o sentido das suas declarações, como expressão da sua autonomia originária, e converte o arguido em mero apêndice de um aparelho, fere de forma intolerável o direito de personalidade tutelado pelos artigos 2.º, 1, e 1.º, 1, da Lei Fundamental, que deve constituir uma barreira intransponível à descoberta da verdade em processo penal». Acresce, sustenta ainda o Tribunal Constitucional, que dificilmente o teste do *polígrafo* poderá processar-se em condições de liberdade (20).

Como seria de esperar, não foram só de aplauso as vozes que acolheram esta decisão do Tribunal Constitucional Federal. Contra ela se fizeram ouvir, em termos vivamente críticos, os representantes daquela corrente minoritária de que acabámos de dar notícia. De acordo, por exemplo, com SCHWABE, «dificilmente o absurdo pode ser maior!» (21).

b) *Quid inde* no contexto do direito português vigente? Dois dados como início de resposta: em primeiro lugar, a invencível inad-

(18) Cfr. NJW 1982, pág. 375.

(19) *Id. ibidem*.

(20) *Ibidem*.

(21) SCHWABE, NJW 1982, pág. 367. Em sentido convergente, AMELUNG, NSiZ 1982, págs. 38 e segs.; KLIMKE, NSiZ 1981, págs. 433 e segs.

missibilidade da submissão duma pessoa (*maxime* do arguido) ao teste do *polígrafo* contra a sua vontade, sabido, de resto, que tal estará normalmente excluído por razões de praticabilidade; significativo, em segundo lugar, que o legislador português não tenha inscrito o *polígrafo* no elenco dos métodos proibidos de prova mesmo contra o consentimento do interessado. Um silêncio tanto mais significativo, como argumento *a contrario sensu*, quanto é certo que a lei (art. 126.º, n.º 2, al. a)) proíbe expressamente a *hipnose*, método a que o *polígrafo* anda, pelo menos nos debates doutrinários, normalmente associado.

Neste quadro, não cremos subsistirem razões intransponíveis a ditar a proibição, sem excepções, do *detector de mentiras* no interesse da defesa. A sua utilização pode mesmo revelar-se aconselhável naqueles casos extremados em que apareça como a *ultima ratio* para afastar uma condenação. Isto acautelada, por um lado, a sua efectivação em condições de plena liberdade. E afastado, por outro lado, o perigo de sacrifícios desproporcionados dos direitos ou interesses de terceiros (22).

B) Os «homens de confiança»

1. a) Na impossibilidade de um exame da extensa e diversificada fenomenologia dos *métodos proibidos de prova*, bastar-nos-emos com uma referência a algumas constelações típicas. Para o efeito, mais do que as manifestações paradigmáticas (univocamente pertinentes ao conceito e ao regime dos *métodos proibidos de prova*), privilegiaremos expressões situadas nas zonas de fronteira. Já por mais carecidas de elaboração doutrinária, já por o seu tratamento se mostrar heurísticamente mais fecundo para a clarificação do sentido e limites

(22) Sobre os direitos ou interesses de terceiros susceptíveis de colidir com o interesse do arguido na utilização do *lie detector*, cfr. KLIMKE, *ob. loc. cit.*; AMELUNG, NSiZ 1982, págs. 39 e segs., e «Zulässigkeit und Freiwilligkeit», págs. 14 e segs. A colisão revestir-se-á de relevo pragmático, entre outros, nos casos em que, havendo vários arguidos, algum ou alguns deles se disponham a submeter-se ao *lie detector*. Tal facto cercará a liberdade de expressão dos demais arguidos, cuja recusa facilmente será levada à conta de que têm algo a esconder.

deste regime. Nesta linha, começaremos por uma menção — justificada tanto pela sua actualidade, relevo pragmático e complexidade normativa e dogmática, como pelo «contencioso» que a nível doutrinal e jurisprudencial vêm mantendo com a figura dos *métodos proibidos de prova* — a algumas das questões suscitadas pela intervenção dos chamados *homens de confiança* (*Gewährs- ou Vertrauens-Männer*).

Na esteira de MEYER, adoptaremos aqui um conceito extensivo, abrangendo todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais da perseguição penal, tendo como contrapartida a promessa da confidencialidade da sua identidade e actividade. Cabem aqui tanto os particulares (pertencentes ou não ao submundo da criminalidade) como os agentes das instâncias formais, nomeadamente da polícia (*Untergrundfahnder, under cover agent, agentes encobertos ou infiltrados*), que disfarçadamente se introduzem naquele submundo ou com ele entram em contacto; e quer se limitem à recolha de informações (*Polizeispitzel, detection*), quer vão ao ponto de provocar eles próprios a prática do crime (*polizeiliche Lockspitzel, agent provocateur, entrapment*) (23).

Tenham-se em vista hipóteses como:

o polícia que disfarçadamente se faz passar por traficante de droga ou armas; interessado nos serviços duma prostituta ou, mesmo, como mero taxista em zonas conhecidas pela densidade de suspeitos. Ou noutra perspectiva: na cela de A, recluso em prisão preventiva, é colocado B, como se de outro normal recluso se tratasse, sendo certo que é ali colocado para ganhar a confiança de A e, por esta via, obter informações sobre a sua conduta, a transmitir à polícia criminal.

Trata-se de constelações em expansão acelerada e com uma presença crescente no quotidiano dos tribunais a partir sobretudo das duas últimas décadas.

(23) MEYER, *Jescheck-Fs.*, págs. 1312 e segs. Entre nós e para dar expressão a esta última distinção, relevante nomeadamente para efeitos do regime de não punibilidade introduzido pelo artigo 52.º da *Lei da droga*, Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro, propondo a contraposição entre *agent provocateur* e mero *agente infiltrado*, cfr. LOURENÇO MARTINS, *Droga*, pág. 154.

b) Esta súbita e frequente presença do *homem de confiança* na *praxis* jurídico-processual veio despertar uma série de problemas e de aporias do foro ético e jurídico-normativo, cuja equacionamento e superação ensaiam ainda os primeiros passos. Quer em sede doutrinal quer no plano jurisprudencial. Em termos tais que não é ainda possível referenciar correntes predominantes de solução.

O panorama é claramente dominado por expressões de perplexidade e espanto e, a par disso, pela diáspora de vias de aproximação e resposta. Um clima a que nem sequer ficaria imune a jurisprudência de um tribunal como o BGH germânico. É o que impressivamente revelam: por um lado, a celeridade e amplitude das frequentes viragens de rumo assumidas pelo BGH e que justificarão a recorrência com que a conotação de «copernicano» aparece no discurso dos comentadores; e, por outro lado, a profundidade invulgar das linhas de clivagem e dissonância que, a este propósito, têm afastado entre si as diversas secções (*Senate*) daquele Tribunal Federal (24).

As dificuldades começam logo a ganhar relevo quando se questiona a legitimidade ético-jurídica do procedimento, *maxime* nas formas mais expostas de *Lockspitzel*. Isto é, em que o homem de confiança se converte em *agent provocateur*, precipitando de algum modo o crime: instigando-o, induzindo-o, nomeadamente, aparecendo como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos. É, na verdade, cada vez mais forte o coro de vozes que, tanto no direito alemão como americano, contestam abertamente a solvabilidade ético-jurídica desta prática. Aponta-se para tanto a imoralidade do Estado que com uma mão favorece o crime que quer punir com a outra. Acabando, não raro, por atrair pessoas que de outro modo ficariam imunes à delinquência e potenciando os factores da extorsão, da violência e do crime em geral (25). Bem se compreendendo, por isso, a

(24) Para um primeiro exame do panorama jurisprudencial, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, págs. 130 e segs.; BRUNS, *StV* 1984, págs. 388 e segs.; SEELMANN, *ZStW* 1983, págs. 817 e segs.; SCHÜNEMANN, *StV* 1985, págs. 424 e segs.; DENCKER, «Zur Zulässigkeit», págs. 240 e segs.

(25) Sobre o tema, desenvolvidamente, SAGARIN/MacNAMARA, *CrimD* 1970, págs. 366 e segs.; LÜDERSSEN, *Peters-Fs.*, págs. 349 e segs.; BERZ, *JuS* 1982, págs. 416 e segs.; SCHUMANN, *JZ* 1986, págs. 66 e segs.

perplexidade de que se fazem eco os títulos sugestivos de textos votados ao tema como os de LÜDERSEN: *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?* (1974) («Profilaxia criminal através da provocação do crime?») e *Die V-Leute Problematik... oder: Zynismus, Borniertheit oder Sachzwang?* («A problemática dos homens de confiança... ou: cinismo, vistas curtas ou força dos factos?») (26). As hesitações voltam a ganhar expressão quando, numa postura de vigilância pela integridade dos princípios do Estado de Direito, os autores se interrogam sobre os coeficientes de Estado-de-polícia induzidos pelo recurso aos *V-Männer*, drasticamente redutor das cotas de confiança (27).

Tudo preocupações a que não têm ficado alheios os tribunais superiores dos E.U. ou da Alemanha. Como, no contexto do caso *Sherman v. United States* (1958) refere o Supreme Court americano: «*Thus the government plays on the weakness of an innocent party and beguiles him into committing crimes which he otherwise would not have attempted. Law enforcement does not require methods such as this*» (28). Na mesma linha, replica do lado alemão o Tribunal Federal: «O Estado expõe-se à censura de um comportamento contraditório e malicioso ao pretender agora punir o agente, com o propósito de o reconduzir aos caminhos do direito» (29).

Mas é sobretudo no plano jurídico-normativo que os problemas atingem limiares não comuns de complexidade. É assim, desde logo, no plano material-substantivo. Tanto no que concerne à determinação da responsabilidade penal do *homem de confiança* que determina o agente à prática do crime, um problema que confronta a doutrina tradicional do *agent provocateur* com os seus limites. Isto atenta nomeadamente a estrutura de *crimes de perigo abstracto* (30) a que

(26) Cfr., respectivamente, *Peters-Fs.*, págs. 349 e segs., e *Jura* 1985, págs. 113 e segs.

(27) Neste sentido, DENCKER, «Zur Zulässigkeit», págs. 249 e segs.

(28) *Apud* SAGARIN/MacNAMARA, pág. 368.

(29) Cfr. *NJW* 1981, pág. 1626.

(30) Sobre as implicações desta estrutura de *crimes de perigo abstracto* na doutrina do *agent provocateur* no contexto da dogmática geral da participação, uma primeira aproximação em SEELMANN, *ZStW* 1983, págs. 802 e segs.

em geral se reconduzem as pertinentes infracções. E o quadro não é outro no que toca à definição e categorização dogmática da responsabilidade penal do «provocado». É o que bem espelha a Babel de soluções e respostas por que autores e tribunais se vêm pronunciando.

2. Razões de economia e de apego ao interesse cognitivo acima definido aconselham que deixemos nesta sede entre parênteses os problemas de direito material sumariamente enunciados. Tanto no que toca à responsabilidade penal do *Spitzel-agent provocateur* como no que respeita à punibilidade do agente provocado (31). Apesar de tudo, e dadas as relações de contiguidade e mesmo de interpenetração com a problemática das *proibições de prova*, importará recensear os tópi-

(31) Para um exame mais aturado do problema, DENCKER, «Zur Zulässigkeit», págs. 240 e segs.; FOTH, *NJW* 1984, págs. 221 e segs.; TASCHKE, *StV* 1985, págs. 424 e segs.; LÜDERSEN, *Peters-Fs.*, págs. 349 e segs.; *Jura* 1985, págs. 113 e segs.; SEELMANN, *ZStW* 1983, págs. 803 e segs. Entre nós e seguindo solução idêntica da lei suíça, sob a rubrica *conduta não punível*, dispõe o artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 430/83 de 13 de Dezembro (*Lei da droga*): «*Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal que, para fins de inquérito preliminar, e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitar directamente ou por intermédio de um terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas*». Uma impunidade que, segundo o comentário de LOURENÇO MARTINS, não aproveitará ao funcionário da polícia que «prepara, oferece, põe à venda, vende, distribui ou cede substâncias estupefacientes ou psicotrópicas ainda que no propósito de identificar consumidores e, através destes, os seus fornecedores ou traficantes». LOURENÇO MARTINS, *Droga*, pág. 154. Embora com um regime mais alargado de não punibilidade, também o direito penal francês prevê hoje soluções idênticas. Isto depois sobretudo de a *Loi n.º 91 du 19 décembre 1991 relative au renforcement de la lutte contre le trafic des stupéfiants*, ter introduzido um artigo novo (L. 627-7) no *code de la santé publique*, segundo o qual, os *agents* e *officiers de police judiciaire* «*ne sont pas pénalement responsables lorsque, aux mêmes fins (descoberta de infracções em matéria de estupefacientes) avec l'autorisation du procureur de la République ou celle du juge d'instruction saisi, qui en avise préalablement le parquet, ils acquièrent, détiennent, transportent ou livrent ces substances ou plantes et ces produits ou mettent à la disposition des personnes se livrant aux infractions mentionnées à l'alinéa précédent des moyens de caractère juridique, ainsi que des moyens de transport, de dépôt, de stockage, de conservation et de communication...*».

cos mais salientes da actual impositação dogmática e normativa da responsabilidade de um arguido (provocado) pelas infracções devidas à acção do *Lockspitzel*.

a) *Brevitatis causa*, tanto na jurisprudência como na doutrina é hoje consensual o reconhecimento de hipóteses em que a intervenção do *Lockspitzel* deve determinar a exclusão da responsabilidade do provocado ou, pelo menos, a sua redução. Independentemente das controvérsias, que continuam a subir de tom, quanto à identificação da sede — processual ou material — de fundamentação e quanto ao seu enquadramento dogmático, é pacífico o entendimento de que devem existir limites para além dos quais o recurso à *V-Leute* é, de todo em todo, inadmissível. Tal sucederá, nomeadamente, quando, nos termos de uma expressão com curso na jurisprudência mais recente do BGH, aquela prática ultrapasse os «limites do permitido em termos de Estado de Direito (*Grenzen des rechtsstaatlich Zulässigen*)».

Retoma-se, assim, uma compreensão das coisas que, em períodos mais recuados, chegou a conhecer o aplauso da doutrina e o sancionamento da *praxis* jurisprudencial. Cita-se a propósito, uma decisão proferida em 1912 pelo RG e em que este tribunal superior se pronunciava abertamente pela ilegitimidade do recurso a este tipo de *homem de confiança*. Segundo o RG, «à luz dos princípios gerais da ética, a que terão de submeter-se, *sem consideração pelos resultados*, as autoridades da justiça penal, não pode de forma alguma coonestar-se esta prática (...). A utilização no processo penal de tais solicitações é, *em qualquer circunstância*, proibida. É desonesto e, de todo o modo, incompatível com a reputação das autoridades da justiça penal, que os seus agentes ou colaboradores se prestem a incitar tão perigosamente ao crime ou, mesmo, que apenas deixem subsistir a aparência de terem colocado ao serviço da justiça penal, *meios enganosos (Täuschung) ou outros meios desleais*» (32).

(32) *Apud* KOHLRAUSCH, ZStW 1912, pág. 694. Para uma referência ao panorama doutrinal coevo, GRÜNWALD, StV 1987, págs. 456 e segs.; DENCKER, «Zur Zulässigkeit», pág. 240. Este parece ser o entendimento a que obedece já o § 25 do

b) Retomando, de algum modo, esta linha e interrompendo um período de relativo silenciamento, mesmo indiferença, pelo problema, a partir de 1980 o BGH começou a pronunciar-se sistematicamente contra a responsabilização penal do agente induzido ao crime pelo *Polizeispitzel*.

Para fundamentar e emprestar racionalidade doutrinal à solução, começou o Tribunal Federal por invocar um novo *obstáculo processual* correspondente a um «pressuposto processual negativo». Isto em nome sobretudo da ideia de *caducidade (Verwirkung)* da pretensão punitiva do Estado, assente já na proibição dos *meios enganosos* constante do § 136a) da StPO, já na proibição de *venire contra factum proprium* ou no princípio homólogo do direito anglossaxónico *stoppel by conduct* (33). Não tendo logrado definir e propor um critério claro de demarcação, de acordo com esta orientação do BGH poderia seguramente falar-se de *caducidade* da pretensão punitiva do Estado sempre que estivesse em causa um arguido sem precedentes criminais, dependente da droga ou quando as solicitações se revelassem em concreto particularmente fortes e praticamente irresistíveis. Inversamente, já nada precludaria a efectivação da responsabilidade criminal em casos como: é o arguido que espontaneamente se dirige ao *Spitzel* e procura a droga; é a prostituta que se mostra disposta a corresponder às solicitações do *V-Mann* que intervém como cliente (34).

Código de Processo Penal austríaco. Segundo este dispositivo da ÖStPO — que remonta a 1873 —: «Es ist den Sicherheitsorganen sowie allen öffentlichen Beamten und Vertragsbediensteten bei strengster Anhaltung untersagt, auf die Gewinnung von Verdachtsgründen oder auf die Überführung eines Verdächtigen dadurch hinzuwirken, dass er zur Unternehmung, Fortsetzung oder Vollendung einer strafbaren Handlung verleitet oder durch insgeheim bestellte Personen zu Geständnissen verleitet wird, die dem Gerichte hinterbracht werden sollen». Sobre o relevo do preceito na *praxis* processual penal austríaca, cfr. BURGSTALLER, ZStW 1983, pág. 996.

(33) Para uma recolha de decisões do BGH neste sentido, cfr. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 130. Sobre o princípio *stoppel by conduct* do direito americano, cfr. MEYER, ZStW 1983, pág. 850; BRUNS, StV 1984, pág. 390; NSiZ 1983, págs. 49 e segs.; LÜDERSEN, *Peters-Fs.*, págs. 354 e segs.

(34) Assim, pelo menos, nos termos de uma decisão recente (27.11.1984) do Tribunal Constitucional Federal. Cfr. NSiZ 1985, pág. 131.

A partir de 1984 — mais concretamente a partir da decisão proferida em 23.5.1984 pela 1.^a secção do BGH (BGHSt 32, 345) — assistir-se-ia a uma viragem da jurisprudência do tribunal supremo alemão. Que se traduziria no abandono expresso da figura do obstáculo processual, convertendo o problema do *Lockspitzel* em problema de direito substantivo, mais precisamente em problema de *medida da pena*. Para além destes reflexos a nível sistemático-doutrinal, é sobretudo no plano da fundamentação material-teleológica que a mudança de rumo ganha relevo. A partir de 1984 o BGH vem recusando abertamente pertinência de ideias como a *Verwirkung* da pretensão punitiva. Além do mais porquanto, argumenta, «os bens jurídicos confiados à tutela do Estado não podem ficar na disponibilidade dos *Lockspitzeln* da polícia». Uma impostação das coisas que leva não só ao abandono da figura do *obstáculo processual* como também a rejeitar a invocação de qualquer *proibição de prova*, a coberto nomeadamente do § 136a) da StPO.

c) A tese da solução em sede de *medida da pena* — relativamente consolidada do lado da jurisprudência, colhendo hoje o aplauso das várias secções do BGH — é contestada pela generalidade dos autores. De acordo, v. g., com SCHÜNEMANN, esta solução é «dogmaticamente inconsequente, marginal e incontrollável nos seus efeitos prático-jurídicos e susceptível, pelas suas implicações, de escamotear um tema central do ponto de vista da justiça penal alemã, alinhada pelas exigências do Estado de Direito». Trata-se, em síntese, conclui o autor, de uma solução que «numa perspectiva prático-jurídica, dá pedras em vez de pão, tendo, por isso, de ser recusada» (35).

A convergência dos autores na rejeição da solução assente no momento da medida da pena, não tem, todavia, correspondência no plano positivo, isto é, na defesa de um princípio comum de solução e enquadramento. A par de vozes a advogarem a solução processual do

(35) SCHÜNEMANN, *StV* 1985, pág. 426. Igualmente críticos da solução em sede de medida da pena, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 131; BRUNS, *StV* 1984, págs. 388 e segs. Em abono da tese, FOTH, *NJW* 1984, págs. 221 e segs., autor de que o BGH expressamente se louva na já recenseada decisão de 23.5.1984.

obstáculo processual (36), não faltam outras a privilegiar o plano substantivo, só que agora a título de *dispensa de pena*. Segundo SEELMANN, por exemplo, o agente provocado beneficiará de «uma causa pessoal de exclusão da pena naqueles casos extremados de provocação em que se pode falar de uma perda da função do direito penal» (37).

Enquanto isto, vem um conjunto significativo de autores propugnando por uma solução no contexto das proibições de prova. Uma construção que assenta na consideração de que o recurso ao *Lockspitzel*, que em casos extremados poderá representar uma situação de *coacção*, configurará sempre uma manifestação de *engano* (*Täuschung*) e, como tal, também proibido pelo § 136a) da StPO. De acordo com LÜDERSSEN, um dos mais destacados defensores da conversão do problema em questão de *tema proibido de prova*: «Há seguramente *Täuschung* sempre que o *homem de confiança* leva o suspeito à prática de um novo crime. Pois, se o suspeito soubesse exactamente o que o *homem de confiança* verdadeiramente queria, não teria de forma alguma correspondido aos seus desígnios. Há, por isso, aqui um atentado à liberdade de formação e realização da vontade idêntico ao previsto no § 136a) da StPO» (38).

(36) Neste sentido, TASCHKE, *StV* 1984, págs. 178 e segs.; MEYER, *ZStW* 1983, págs. 853 e seg.

(37) SEELMANN, *ZStW* 1983, pág. 831. Em sentido convergente, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 131; WOLTER, «*Menschenrechte*», pág. 4. Inversamente e no que especificamente concerne à responsabilidade material do agente provocador, recordamos que o problema é, nos Estados Unidos, levado à conta do *princípio de oportunidade*. Já na Alemanha, onde não se conhece um princípio de oportunidade com este sentido e alcance, o problema tende a ser equacionado no contexto da doutrina da comparticipação. O *agente provocador* é tratado como um normal instigador, a quem é dispensado o benefício da atenuação da pena.

(38) LÜDERSSEN, *Jura* 1985, pág. 118. No mesmo sentido, LÜDERSSEN, *Peters-Fs.*, págs. 362 e segs.; DENCKER, «*Zur Zulässigkeit*», págs. 243 e segs.; PETERS, *Strafprozess*, pág. 311; HANACK, in LÖWE/ROSENBERG (24.^a), § 136a), Rn. 4; hoje também BRUNS, *StV* 1984, pág. 393 (afastando-se da posição anteriormente sustentada em *NSiZ* 1983, pág. 54). Em sentido crítico, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 130. Sustentando, por seu turno, soluções compromissórias, SCHÜNEMANN, *StV* 1985, págs. 430 e seg. Segundo o autor cabe distinguir: em primeiro lugar, não

d) Nos Estados Unidos, é o princípio de oportunidade que oferece ao sistema penal a via normal de resposta ao problema. Para fundamentar e enquadrar a não punibilidade do provocado dispõe o direito americano da chamada *defense of entrapment*, concretização do já assinalado princípio *stoppel by conduct*. Trata-se de uma derimento da responsabilidade penal, enraizada na tradição americana e que as decisões dos casos *Sorrells v. United States* (1932) e o já citado *Sherman v. United States* (1958) — o primeiro situado no período da «proibição», o segundo integrado no contexto da moderna luta contra a droga — vieram clarificar e consolidar. Hoje inscrita nas codificações penais de quase todos os Estados da Federação, a *defense of entrapment* seria também adoptada pelo Model Penal Code (1962) do American Law Institute. Nos termos do artigo 2 (section 2.13) do Projecto: «*A public law enforcement professional or a person acting in cooperation with such an official perpetrates an entrapment if for the purpose of obtaining evidence of the commission of an offense, he induces or encourages another person to engage in conduct constituting such offense*». Enquanto isto, estabelecia o n.º 2 do mesmo artigo que a prova de *entrapment* implicaria, por princípio, a absolvição do provocado.

Dignos ainda de menção os esforços entretanto empreendidos pela doutrina e tribunais americanos no sentido de melhor precisar e moderar o âmbito de eficácia da *plea of entrapment*. Que tenderá, por vias disso, a circunscrever-se às hipóteses em que o agente provocador desencadeia efectivamente o crime, não se limitando a revelar uma já subsistente propensão para o seu cometimento. A *defense of entrapment* não aproveitará, assim, ao arguido *who was predisposed to commit the crime* (39).

pode deixar de advogar-se a aplicação analógica do § 136a) da StPO ao que o autor designa como *kriminellen Umfeld*, isto é, os crimes de cuja perseguição originariamente se trata; diferentemente, já não fará sentido invocar aquele preceito processual para solucionar o problema da punibilidade do crime provocado pelo *Lockspitzel*.

(39) Para um tratamento mais desenvolvido, SAGARIN/MacNAMARA, *CrimD* 1970, págs. 363 e segs.

3. A equacionação do *Lockspitzel* como problema de proibição de prova, *sub specie* «meios enganosos», só deverá ocorrer depois de introduzidas duas correcções metodológicas.

Terá, em primeiro lugar, de se pôr entre parênteses o elemento específico da provocação ou precipitação de um crime, desta forma se alargando e generalizando o horizonte problemático, tornando-o extensivo ao *homem de confiança* sem mais. Como problema de *meio enganoso* de prova, o *Lockspitzel* não tem autonomia conceitual ou normativa face ao *agente encoberto* que se limita a ganhar, disfarçadamente, a confiança dos suspeitos para melhor os observar e obter informações sobre os seus crimes (40). Terá, em segundo lugar, de se privilegiar a dimensão processual das questões, mais concretamente a sua relevância probatória, deixando na sombra a valência material-substantiva de manifestações como o *Lockspitzel*. Como SCHÜNE-MANN precisa, a discussão terá de «se concentrar sobre aquele ambiente (*Umfeld*) criminoso para cujo esclarecimento se recorre aos métodos ocultos de investigação e face ao qual os crimes provocados aparecem como meros epifenómenos secundários e periféricos, muitas vezes mesmo indesejáveis se bem que inevitáveis do ponto de vista criminalístico» (41).

Posto o problema com esta amplitude, estão em minoria as vozes que propendem para a afirmação generalizada da proibição de prova. Uma solução que determinaria, além do mais, a inadmissibilidade do recurso ao *homem de confiança*, sem mais. Isto atento o seu qualificado lastro de «deslealdade» e por ser, como tal, susceptível de «pôr em causa a dignidade, a cultura jurídica e a legitimação do processo penal» (42). Só que a generalidade dos autores e, sobretudo, a jurisprudência, continuam a encarar o *Polizeispitzel* como expediente indispensável duma resposta eficaz às manifestações mais ameaçadoras da criminalidade. Enquanto, de forma mais ou menos explícita e

(40) Cfr. neste sentido, LÜDERSSEN, *Peters-Fs.*, págs. 362 e segs.; GRÜNWALD, *StV* 1987, pág. 471.

(41) *StV* 1985, pág. 430.

(42) WOLTER, *StV* 1990, pág. 176.

assumida, vão considerando a sua legitimidade de princípio como aproblemática.

Neste contexto, o consenso tende a circunscrever-se às constelações extremadas como a já referenciada, da colocação na cela de um recluso em prisão preventiva de outro recluso incumbido pelas instâncias formais de obter do primeiro informações sobre os crimes por que vem acusado. Este um caso sobre cuja inadmissibilidade vem, de há muito, convergindo a doutrina. Neste sentido pôde, por exemplo, ouvir-se já no século passado MITTERMAIER: «a combinação com outros reclusos para sondar um recluso acusado (...) lança sobre a justiça penal um labéu de indignidade» (43). No mesmo sentido e através da decisão de 28.4.1987 (44), acaba de se pronunciar o Tribunal Federal alemão. Fá-lo, porém, pondo a tónica na situação de coerção e *coacção* própria da experiência prisional «o meio de coerção legítimo que é a prisão preventiva foi abusivamente posto ao serviço de um fim contrário ao direito processual penal. O que configura uma forma de coacção sobre o recluso que não está coberta pelo direito penal e é, por isso, inadmissível» (45). Uma forma subtil de equacionamento do problema — convertendo-o em problema de *coacção* — e que permitiu ao Tribunal superior alemão evitar afrontar directamente a questão da relevância do *meio enganoso* (invariavelmente presente na experiência do *V-Mann*), como fundamento autónomo e bastante de proibição de prova. Mas que não ficaria de todo em todo imune à crítica da doutrina.

Por um lado, a generalidade, pode mesmo adiantar-se a totalidade (46), dos autores, persiste em subsumir o caso — «que é essencialmente alheio à situação de detenção» (FEZER) — como uma manifestação paradigmática de *meio enganoso* de obtenção de provas. Por outro lado e complementarmente, não faltam autores a assumir

(43) Apud RADBRUCH, *Sauer-Fs.*, pág. 125. No mesmo sentido, RADBRUCH, *ob. loc. cit.*; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 160; FEZER, *JZ* 1987, pág. 938; GRÜNWALD, *StV* 1987, págs. 456 e 471; LÜDERSSEN, *Peters-Fs.*, págs. 362 e segs.

(44) Cfr. *JZ* 1987, págs. 936 e segs.

(45) *JZ* 1987, pág. 937.

(46) Cfr. neste sentido, GRÜNWALD, *StV* 1987, pág. 471.

expressa e decisivamente as implicações lógicas e práctico-normativas desta consideração das coisas. E, em conformidade, a colocar invariavelmente o recurso ao *V-Mann* sob a alçada da proibição de prova, como *meio enganoso* vedado pelo § 136a) da StPO alemã ou pelo artigo 126.º do CPP português. Uma tese suportada por uma corrente doutrinal minoritária em que enfileiram nomes como LÜDERSSEN, GRÜNWALD, FEZER, etc. (47).

4. Tendo como pano de fundo a lição colhida a partir do relance sobre a experiência germânica importará pôr a descoberto alguns tópicos de equacionamento e superação do problema no contexto do ordenamento processual penal português.

a) Para tanto, um dado como ponto de partida: o recurso ao *homem de confiança* configurará normalmente um *meio enganoso*, sendo, como tal, reconduzível à categoria dos métodos *proibidos* pelo artigo 126.º, n.º 2, al. a), do CPP. Tudo, de resto — *maxime* a estrutura e o alcance normativo do artigo 126.º do CPP — se conjuga no sentido de emprestar a esta asserção uma pertinência e acerto reforçados face ao direito positivo português. Isto pela circunstância, já por mais de uma vez recordada, de — diferentemente do que sucede com os correspondentes preceitos da lei alemã, e das soluções anteriormente (Dec.-Lei n.º 377/77) vigentes entre nós — o legislador do Código de Processo Penal ter procedido à previsão dos métodos *proibidos* de prova sem vinculação à ideia de *interrogatório* (por autoridade judiciária ou policial). Aos olhos da lei portuguesa o mais decisivo terá sido o respectivo potencial de danosidade social, enquanto atentado à liberdade de declaração. Contra a relevância do *homem de confiança* como *meio enganoso* não poderá, por isso, invocar-se, argumento frequente entre os autores alemães (48), que a sua intervenção não constitui um *método de interrogatório*.

(47) Cfr. LÜDERSSEN, *Peters-Fs.*, págs. 362 e segs., e *Jura* 1985, págs. 118 e segs.; GRÜNWALD, *StV* 1987, págs. 456 e 471 e segs.; FEZER, *JZ* 1987, págs. 937 e segs. Em sentido substancialmente convergente, SCHÜNEMANN, *StV* 1985, pág. 430; REICHERT-HAMMER, *JuS* 1989, págs. 447 e segs.

(48) Cfr., neste sentido e por todos, MEYER, *ZStW* 1983, pág. 844.

b) Não significa isto que o recurso ao *homem de confiança* esteja, sempre e sem mais, a coberto de *proibição de prova*. Isto sabendo-se, além do mais, que a sua admissibilidade está directamente prevista na lei para o domínio específico dos crimes de tráfico ilícito de estupefacientes sob a forma de *agente encoberto* (art. 52.º do Dec.-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro, *Lei da droga*). Assim, tudo dependerá do regime que, em definitivo, venha a adscriver-se aos *meios enganosos*, em geral. Uma área problemática que, vê-lo-emos de seguida, está ainda longe de clarificada e solucionada em termos intersubjectivamente estabilizados. E em relação à qual, relativamente adquirido e pacífico parece apenas o mandamento da interpretação restritiva. Neste contexto apenas propomos, por isso, adiantar a resposta que reputamos ajustada às manifestações mais expressivas e extremadas de *homem de confiança*.

Creemos, por exemplo, ser de sustentar a inadmissibilidade e, por isso, a coberto de estrita *proibição de prova*, da intervenção do *homem de confiança* que se limita a provocar uma pessoa ao consumo v. g., de estupefacientes com o fim exclusivo de, como tal, — sc., como *mero consumidor* — o perseguir penalmente. O mesmo tenderá a valer, em geral, para os demais casos de intervenção de *homens de confiança* com propósitos e para fins unicamente repressivos: isto é, exclusivamente preordenada à *repressão* de crimes já consumados, em homenagem nomeadamente à ideia duma *administração eficaz da justiça penal*.

O tratamento já poderá ser diverso sempre que o *homem de confiança* prossiga finalidades exclusiva ou prevalentemente *preventivas*. «Pelo menos em relação a perigos concretos e imediatos de atentado contra a vida ou a perigo correspondente de sacrifício grave da integridade física de terceiros» ⁽⁴⁹⁾. Será, concretamente assim sempre que a perseguição de eventuais agentes, lograda através do *homem de confiança*, se integre em programas de repressão e desmantelamento do *terrorismo, da criminalidade violenta ou altamente organizada*.

⁽⁴⁹⁾ WOLTER, SrV 1990, pág. 176. Sobre a relevância da distinção entre uma finalidade *preventiva* e *repressiva* para efeitos da doutrina das proibições de prova, cfr. WOLTER, ob. loc. cit., *passim*, e *supra*.

De outra forma, deixar-se-ia a sociedade desarmada face a manifestações tão drásticas e intoleráveis de criminalidade. Ou, em alternativa — risco não menos sério e de consequências não menos perversas e indesejáveis — induzir-se-ia o recurso a formas incontroláveis de resposta.

C) Sobre os «meios enganosos», em geral

1. a) A referência ao *homem de confiança* permitiu já uma primeira aproximação da área problemática mais extensa dos *meios enganosos*, expressamente levados à constelação e ao regime dos *métodos proibidos de prova* (art. 126.º, n.º 2, al. a), do CPP). Como nos permitiu igualmente colher a impressão de que sob a rubrica *meios enganosos* se afronta um domínio indefinido e inseguro e onde, por isso, sobem de tom as dificuldades das *proibições de prova*.

O que deve imputar-se sobremodo a duas ordens complementares de razões.

α) Neste sentido jogam, em primeiro lugar, a extensão e a heterogeneidade da fenomenologia das pertinentes constelações típicas. Óbvias, desde logo, as linhas de clivagem e diferenciação devidas à diversidade dos *agentes activos* (autoridade judiciária, órgãos de polícia criminal ou mesmo particulares) coenvolvidos. Igualmente significativas as distinções resultantes do *objecto do erro* fraudulentamente induzido, consoante, nomeadamente, incida sobre questões de facto ou de direito. Pense-se, no que a este último caso respeita, no arguido que responde a perguntas da autoridade judiciária erroneamente convencido de que está a ser interrogado como testemunha, de que está obrigado a responder e a falar a verdade, de que o silêncio será valorado como prova da sua culpabilidade ⁽⁵⁰⁾.

Decisivas, por seu turno, as contraposições impostas pela diferente intervenção ou postura do agente da manipulação: como *produção activa e dolosa do erro*, já pela comunicação expressa duma representação errada das coisas, já pela sua indução mediante formas

⁽⁵⁰⁾ Para uma referência mais desenvolvida, HANACK, in LÖWE/ROSENBERG (24.ª), § 136a), Rn. 34.

concludentes de comportamento ⁽⁵¹⁾; como *aproveitamento ou reforço de um erro preexistente*, espontâneo ou provocado por terceiro; por último, como *mera omissão do esclarecimento* adequado a afastar o erro em que, v. g., o arguido labora.

β) A heterogeneidade estrutural-fenomenológica tem por reverso — e aqui reside a segunda fonte de complexidade e dificuldades — uma não menos ostensiva assimetria normativa e prático-jurídica.

Não será, na verdade, difícil identificar situações em que os meios enganosos significam uma compressão da liberdade tão drástica e intolerável como a resultante dos maus tratos ou das demais formas de coacção. A par disto, não deixarão de subsistir expressões de engano próximas da normal «astúcia» tida como socialmente tolerada e pertinente, de resto, àquele irredutível coeficiente de criminalística, próprio de toda a actividade de investigação, instrução e julgamento. Entre os dois extremos, situa-se todo um largo e denso contínuo de constelações intermédias, precisamente as que configuram o maior desafio ao intérprete e aplicador do direito.

Resumidamente: face à relativa univocidade cognitiva e normativa dos demais *métodos proibidos de prova*, os *meios enganosos* singularizam-se pela sua irredutível diversidade e tensão centrífuga.

b) Compreende-se, assim, que, diferentemente do que sucede com os restantes *métodos proibidos de prova*, a doutrina e a jurisprudência se pronunciem de forma praticamente unânime em abono duma *interpretação restritiva* do correspondente inciso legal. Que, noutros termos, todos se proponham «distinguir entre o engano (*Täuschung*) proibido e a astúcia (*List*) permitida» (SCHLÜCHTER) ⁽⁵²⁾. Além do mais e porquanto, de acordo com a asserção recorrentemente

⁽⁵¹⁾ Sobre a pertinência destas modalidades de conduta ao conceito de meios enganosos, desenvolvidamente, PUPPE, GA 1978, págs. 290 e segs., sobretudo, págs. 296 e segs. Em sentido convergente, LÜDERSSEN, *Peters-Fs.*, págs. 350 e segs.

⁽⁵²⁾ SCHLÜCHTER, *Das Strafverfahren*, pág. 91. No mesmo sentido, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 160; PETERS, *Strafprozess*, págs. 314 e seg.; OTTO, GA 1970, pág. 294; HANACK, *ob. cit.*, Rn. 33 e segs.; PUPPE, *ob. cit.*, págs. 291 e segs.

citada de EB. SCHMIDT, só «uma interpretação cuidadosamente restritiva pode evitar aqui resultados susceptíveis de paralisar a actividade de investigação das instâncias de perseguição penal» ⁽⁵³⁾.

2. Onde as dificuldades começam a avultar e as divergências de opinião a multiplicar-se e a ganhar amplitude é na determinação dos critérios de definição dos meios enganosos proibidos e na sua aplicação aos casos concretos da vida.

a) A este propósito convirá recordar não ter actualmente defensores o critério, que chegou a contar com o aplauso da doutrina dominante, segundo o qual proibidas seriam apenas as *mentiras grosseiras* mas já não o recurso às formas mais subtis de ardis e manipulação. Isto por se considerar que são precisamente as formas mais subtis de engano as que mais podem comprometer a liberdade de declaração que se quer preservar ⁽⁵⁴⁾.

De igual modo, também hoje não encontrará eco significativo o critério a seu tempo sustentado pelo Tribunal do Império e segundo o qual: há uma diferença essencial consoante a representação errada é *directa e expressamente comunicada* ou apenas mediatizada por sinais ou indícios que induzem no sujeito a correspondente conclusão. Isto sabido como é que a expressão verbalizada configura apenas um — nem sempre nem necessariamente o mais eficaz — veículo de transmissão de mensagens e, por vias disso, duma falsa representação das coisas ⁽⁵⁵⁾.

b) Hoje tende-se maioritariamente para uma interpretação — e consequente redução teleológica — do inciso *meios enganosos* privilegiadamente orientada para o horizonte político-criminal e a área de tutela da respectiva norma. Do que fundamentalmente se trata é de adscrever à expressão *meios enganosos* uma compreensão e extensão susceptível de assegurar a continuidade entre a sua área de

⁽⁵³⁾ EB. SCHMIDT, *Lehrkommentar*, I (2. Aufl.), § 136a) n. 13.

⁽⁵⁴⁾ Desenvolvidamente, PUPPE, GA 1978, págs. 293 e segs.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. PUPPE, *ob. loc. cit.*

tutela e o programa de tutela a que está preordenada a proibição dos demais *métodos proibidos de prova*.

Pela negativa: não está em causa preservar as condições necessárias a um depoimento feito em termos de plena transparência cognitiva e de total liberdade. O que faria impender sobre os agentes das instâncias formais de controlo o mais exigente e irrestrito *dever de esclarecimento*. Homólogo ao que conhece guarida em determinados domínios do direito penal substantivo, como o dever de esclarecimento prescrito pelo artigo 159.º do CP para efeitos de «liberdade de dispor do corpo e da própria vida» (FIGUEIREDO DIAS) ⁽⁵⁶⁾. No contexto do processo penal actual, a exigência duma «comunicação ideal» (HABERMAS), isenta de coerção terá de persistir (ainda) como mera referência contrafáctica ⁽⁵⁷⁾.

Nesta linha e, por princípio, apenas deverão ter-se como proibidos os meios enganosos «susceptíveis de colocar o arguido numa situação de coacção idêntica à dos demais» métodos proibidos de prova ⁽⁵⁸⁾. Este deverá ser, pelo menos, o critério privilegiado para a equacionamento e superação dos casos mais duvidosos.

c) É como homenagem mais ou menos explícita a este entendimento que a doutrina e a jurisprudência propendem hoje, de forma praticamente pacífica, para fazer valer a distinção entre a produção do erro por *acção* e por *omissão*.

α) Por um lado, entende-se que «são, sem excepção, proibidas tanto a falsa informação sobre questões de direito como a comunicação consciente de factos que não correspondem à verdade ou a sua deturpação» ⁽⁵⁹⁾. Como exemplos paradigmáticos de meios enganosos cuja proibição pode dar-se por assente: informar o arguido que um

⁽⁵⁶⁾ Sobre o sentido e as exigências deste dever de esclarecimento, COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, págs. 402 e segs. e 459 e segs.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. COSTA ANDRADE, «Oportunidade e Consenso», págs. 327 e segs.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. PUPPE, GA 1978, págs. 297 e segs. Em sentido convergente ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 160; HANACK, in LÖWE/ROSENBERG (24.ª), § 136a), Rn. 33 e segs.; GÖSSEL, GA 1991, págs. 496 e segs.

⁽⁵⁹⁾ HANACK, *ob. cit.*, Rn. 35.

seu cúmplice já confessou; que há testemunhas presenciais do evento; que no objecto do crime foram identificadas as suas impressões digitais; que há gravações de conversas suas que o comprometem; a utilização de imitadores para produzir gravações que simulam a voz do arguido, de um participante ou de uma pessoa muito próxima.

β) Por outro lado, o regime será já diverso em caso de mera *omissão*, quando, v. g., a autoridade judiciária ou policial não informa o arguido de todos os factos de que tem conhecimento («não mostra o jogo todo») ou não procede aos esclarecimentos necessários para afastar um erro em que o arguido espontaneamente labora. Como ilustração: chamada para responder ao assalto a um talho, a polícia dirige-se a casa de um suspeito levando consigo o cão pertencente ao dono do talho; julgando tratar-se de um cão polícia, o suspeito confessa ⁽⁶⁰⁾.

No domínio da *omissão*, só nas hipóteses de existência de um dever jurídico de agir, *sc.*, de informar e esclarecer, poderão ocorrer casos de *meios enganosos* a tratar como *métodos proibidos de prova* ⁽⁶¹⁾.

§ 17. REPRODUÇÕES MECÂNICAS (ART. 167.º CPP): GRAVAÇÕES E FOTOGRAFIAS ILÍCITAS

A) Caracterização geral

1. Configurando valiosos meios de prova, as gravações fonográficas e fotográficas constituem outro tópico de ostensivo relevo na perspectiva das *proibições de prova*. Um relevo a que os mais recentes desenvolvimentos tecnológicos e económicos — *sc.*, a massificação da sua utilização e o seu cada vez maior potencial de agressão e devassa — vieram emprestar uma acrescida valência pragmática.

Dentre a plétora de dispositivos constitucionais e legais aplicáveis deve começar por citar-se o regime constante do artigo 167.º do CPP (*Valor probatório das reproduções mecânicas*). Um preceito

⁽⁶⁰⁾ Sobre a hipótese, PETERS, *Strafprozess*, pág. 314.

⁽⁶¹⁾ Cfr. SCHLÜCHTER, *Das Strafverfahren*, págs. 91 e segs.

nuclear, privilegiado pelo legislador português para dar expressão à resposta normativa a esta área problemática. Nele estão coenvolvidos três princípios normativos articulados e complementares, que constituem outros tantos e decisivos momentos de redução da complexidade.

Significativa, desde logo, a prevalência expressamente reconhecida ao critério da *ilicitude penal substantiva*: *será inadmissível e proibida a valoração de qualquer registo fonográfico ou fotográfico (filmico, vídeo, etc.) que, pela sua produção ou utilização, represente um qualquer ilícito penal material, à luz do disposto no artigo 179.º do Código Penal*.

Um axioma normativo que denuncia o propósito do legislador português de prestar homenagem à «*unidade da moral do direito em relação aos valores fundamentais da nossa ordenação jurídica*»: o que foi obtido de forma jurídico-material ilegal, por lesão da esfera da intimidade, permanece igualmente ilegal (e não valorável) no processo estadual» (62). E assume consequentemente a representação do direito penal como *ultima ratio* da protecção dos bens jurídicos fundamentais. O que equivale a adscrever aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal substantivo uma proeminência e prevalência de princípio sobre os interesses imanentes ao processo penal. E a reconhecer às respectivas normas uma dignidade que não se compadeceria com descontinuidades abertas precisamente no processo penal estadual.

2. Na última das considerações tecidas adianta-se já um segundo e determinante enunciado normativo.

a) Concretamente: os interesses encabeçados e servidos pelo processo penal — a saber, a realização da justiça, a estabilização contrafáctica das normas, a restauração da paz jurídica, por razões de economia, a *eficácia da justiça penal* — não bastam, só por si e enquanto tais, para legitimar a danosidade social da produção ou utili-

(62) MAUNZ/DÖRIG/HERZOG, *Grundgesetz. Kommentar*, artigo 2, 1, Rn. 40.

zação não consentidas de gravações ou fotografias. Numa formulação de mais óbvia e directa intencionalidade pragmática, o mero propósito de juntar, salvaguardar e carrear provas para o processo penal não justifica o sacrifício do direito à palavra e do direito à imagem em que invariavelmente redundam a produção ou utilização não consentidas destas reproduções mecânicas. Pela positiva, só como meios necessários e idóneos à salvaguarda de preexistentes valores, transcendentais ao processo penal, poderá justificar-se a sua produção ou ulterior valoração processual contra a vontade de quem de direito. Só neste contexto e com esta específica direcção *preventiva* (WOLTER) pode emergir um relevante *estado-de-necessidade-probatório* (*Beweisnotstand*) (63).

Esta assimetria axiológico-teleológica, normativamente sancionada, entre os bens jurídicos tutelados pela incriminação das *Gravações e fotografias ilícitas* (art. 179.º do CP) e os interesses servidos pelo processo penal tem implicações no plano lógico-normológico. Ela significa, além do mais, a interrupção da espiral de remissões recíprocas ou da relação de «dupla contingência» (LUHMANN) que parecem mediar entre os sistemas penal-substantivo e processual-penal. Assim, e seja qual for o significado e alcance que venha a reconhecer-se ao inciso *justa causa* do artigo 179.º do CP (64), uma coisa parece sobrar como líquida: não poder valorar-se como tal a mera recolha de provas para o processo penal.

Uma conclusão que afasta do caminho do intérprete e aplicador do direito português um dos motivos de hesitação e controvérsia que mais tem pesado sobre a experiência jurídica germânica. Foi o que já por mais de uma vez deixámos assinalado.

b) No que aqui especificamente respeita, recordaremos que também na Alemanha se aceita pacificamente o princípio de que o inte-

(63) Sobre o conceito e o regime normativo coenvolvido, ZIPP, in *WK*, § 120, Rn. 11; KOBERGER, *ÖJZ* 1990, pág. 333. Sobre o problema, cfr. ainda COSTA ANDRADE, *Sobre as Gravações*, págs. 76 e seg.

(64) Sobre a questão, por todos, FIGUEIREDO DIAS, *O Problema*, págs. 448 e segs.

resse punitivo-repressivo do Estado não detém *qua tale* força bastante para derimir a ilicitude duma conduta típica à luz do § 201 do StGB, homólogo, no que às gravações fonográficas concerne, do artigo 179.º da nossa lei penal substantiva. Sobre o pano de fundo deste consenso subsiste, porém, uma extensa margem de discórdia e desencontro de opiniões que os desenvolvimentos mais recentes não têm deixado de acentuar.

Não faltam vozes a sustentar, com SCHMITT: «o interesse do Estado na condenação do culpado *não pode nunca* prevalecer sobre a protecção do direito de personalidade. Uma vez que aquele interesse existe sempre, admitir a valoração num caso concreto, mesmo que a título estritamente excepcional, corresponderia a abrir a porta à valoração processual generalizada de gravações contra a vontade» do interessado (65). Na mesma linha e reportando-se directamente às gravações produzidas por particulares, considera ARZT que «os interesses da comunidade, em especial os de uma eficaz perseguição penal, não justificam a gravação secreta feita por um particular» (66).

É, todavia para soluções mais matizadas que propendem tanto a jurisprudência como a doutrina maioritária. Que admitem a valoração — nessa medida se excluindo a pertinente ilicitude penal — em hipóteses extremadas de *interesse punitivo qualificado*, nomeadamente no contexto da resposta à *criminalidade mais grave*. Isto na linha duma compreensão das coisas cuja trajectória já tivemos oportunidade de refazer nos seus passos mais marcantes.

Que começou a afirmar-se com a decisão do BGH sobre o *primeiro caso do diário* (21.2.1964) e a que os arestos vertidos respectivamente pelo BGH (9.7.1987) e pelo Tribunal Constitucional Federal (14.9.1989) sobre o *segundo caso do diário* vieram emprestar, a par de uma nova fundamentação, uma amplitude acrescida. Em termos tais — uma observação que vale sobremodo para as posições subscritas pelo Tribunal Constitucional — que acaba por se comprometer o essencial do conteúdo de tutela em nome do qual emergira e ganhara

(65) SCHMITT, JuS 1967, pág. 25.

(66) ARZT, JZ 1973, pág. 507.

terreno a *teoria dos três graus*. Não sendo, por isso, de estranhar a reacção e a crítica particularmente empenhadas que este desenvolvimento viria a provocar por parte de autores como HASSEMER, AMELUNG, GRÜNWALD ou WOLTER.

De acordo com este último: «Toda a perseguição penal (repressiva) tem, sem quaisquer excepções, de parar face à área inviolável da condução privada da vida. Não pode existir qualquer investigação da verdade à custa do sacrifício da dignidade humana. O artigo 1, I, da Lei Fundamental é inviolável, insusceptível de relativização e inalterável por força do artigo 79, III, da mesma Lei Fundamental. Neste domínio não pode ter lugar uma ponderação com interesses comunitários ou as exigências de justiça do ofendido segundo o princípio da proporcionalidade. Princípio da legalidade, princípio da culpa, realização do direito penal material, todos estes princípios reguladores do processo penal perdem aqui a sua eficácia. De outra forma, converter-se-ia o arguido em mero objecto do processo (...) sempre haverá, naturalmente, formas mais graves de criminalidade que farão aparecer os interesses comunitários como prevalecentes sobre a garantia da dignidade humana individual, no contexto de um processo penal plasmado no respeito pela liberdade. Mas é precisamente para impedir estas vias de superação que subsistem os artigos 1, I, e 79, III, da Lei Fundamental» (67).

3. A caracterização sumária do regime processual das reproduções mecânicas, faz avultar uma terceira linha da correspondente disciplina normativa. Que contende com o tratamento diferenciado reservado pelo legislador às fotografias e gravações de conversas face-a-face em confronto com as *escutas telefónicas*, uma assimetria que já tivemos oportunidade de recensar (68).

Para fazer face a determinadas manifestações da criminalidade mais grave, abriu o legislador a possibilidade de escuta e gravação das conversações telefónicas ou equiparadas, por ordem ou autorização do juiz (arts. 187.º e segs. do CPP). Neste domínio circunscrito, o

(67) WOLTER, StV 1990, pág. 177.

(68) *Supra*.

legislador ordinário aproveitou as possibilidades abertas pelo texto constitucional (art. 34.º, n.º 4) prevendo formas mais gravosas de compressão da liberdade, da privacidade e do segredo. Talvez não seja de afastar, de forma liminar e definitiva, a hipótese de também para as demais gravações e fotografias, a Constituição reservar idêntico campo de actuação e de liberdade político-criminal ao legislador ordinário. Só que não pode, sem mais, passar-se por sobre o disposto no artigo 167.º, n.º 1, do CPP. Que, à margem de qualquer diferenciação ditada pela gravidade das infracções a perseguir, denega de plano a relevância do interesse punitivo do Estado como motivo bastante da legitimação (tanto material ⁽⁶⁹⁾, como processual) da utilização de gravações ou fotografias que em si configurem um ilícito criminal típico.

Em síntese, e à luz do direito vigente, a expressão quantitativa daquele interesse não logra operar a conversão da quantidade em qualidade, no sentido da sua relevância para efeitos de legitimar a valoração das reproduções mecânicas.

B) Gravações ilícitas

1. Uma maior aproximação do regime das singulares reproduções mecânicas postula, assim, a prévia determinação do seu concreto estatuto no contexto do direito penal substantivo. Por expressa remissão da lei processual, a disciplina da admissibilidade/inadmissibilidade adjectiva destes meios de prova começa por ser um problema de *licitude/ilicitude* material. É um problema que terá de equacionar-se pondo-se entre parênteses o seu significado do ponto de vista da realização da justiça penal.

É uma ilustração deste discurso que nos propomos ensaiar, a começar pelas *gravações*, incriminadas nos termos do artigo 179.º

⁽⁶⁹⁾ Cabendo assinalar que não se vê como os membros das instâncias formais de controlo, que procedam à utilização e valoração não consentidas de reproduções mecânicas obtidas de modo penalmente ilícito, possam subtrair-se, eles próprios, à censura penal substantiva, nos termos das alíneas b) e d) do n.º 1 do artigo 179.º do CP.

do CP. Um caminho onde avultam, pela sua complexidade e implicações pragmáticas, as questões atinentes à *tipicidade* e *ilicitude*. Concretamente, são sobretudo os problemas de identificação do *bem jurídico* protegido, de demarcação da correspondente *área de tutela* e de determinação do espectro de causas de justificação aplicáveis que mais singularizam o crime de *gravações ilícitas* no panorama da Parte Especial.

Esta é, com efeito, uma das incriminações mais estreitamente associadas às tentativas doutrinárias e jurisprudenciais de afirmação e comprovação de novos princípios ou critérios de redução teleológica e de justificação. Tenham-se, v. g., em vista, no que ao primeiro aspecto concerne, a chamada *teoria da caducidade* (*Verwirkungstheorie*) e no segundo as chamadas *situações-de-que-quase-legítima-defesa*. E que tanto na vertente doutrinária como jurisprudencial tiveram nesta infracção a sua origem, daqui procurando, devido sobretudo aos esforços de SUPPERT, estender-se a outras incriminações ⁽⁷⁰⁾.

Já noutra sede, e em estudo em primeira linha votado às gravações produzidas por particulares, pudemos afrontar e propor um início de resposta a estas questões ⁽⁷¹⁾. E isto em termos cujo acerto e pertinência, no essencial, cremos poder continuar a sustentar-se. Os desenvolvimentos legislativos — *maxime* constitucionais — e mesmo jurisprudenciais (cfr., v. g., o ac. de 2.2.1988 do S.T.J.) ⁽⁷²⁾, não têm deixado de se conjugar em abono das soluções que então subscrevemos. Bem se compreendendo, por isso, que, tendo como pano de fundo aquele texto, nos bastemos aqui com algumas notas sumárias. Com que procuraremos, para além de recensear os dados novos, alargar o horizonte, ajustando-o à medida do interesse cognitivo mais ambicioso que aqui nos motiva.

A começar pela identificação e caracterização do *bem jurídico tipicamente protegido*.

⁽⁷⁰⁾ Desenvolvidamente, SUPPERT, *Studien*, págs. 84 e segs. e *passim*.

⁽⁷¹⁾ COSTA ANDRADE, *Sobre as gravações*, sobretudo, págs. 53 e segs.

⁽⁷²⁾ BMJ n.º 374 (Março de 1988), págs. 376 e segs.

2. Não tem sido unívoca nem isenta de dificuldades a definição do *bem jurídico* protegido por uma incriminação como a constante do artigo 179.º do CP, na parte relativa às *gravações ilícitas*. A controvérsia tem-se polarizado em torno de duas teses fundamentais. De um lado, os autores que fazendo jus à rubrica do correspondente preceito do StGB alemão — § 201, *Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes* («Violação da confidencialidade da palavra») — erigem a *confidencialidade* da palavra falada em bem jurídico. De outro lado e soando claramente majoritários, os autores que apontam como bem jurídico o que o Tribunal Constitucional Federal designa como *direito à palavra falada*, «sem mais» (73).

a) Os adeptos da primeira orientação definem a infracção como um crime de *indiscrição* que, acima de tudo, pretende garantir ao autor da palavra o controlo sobre as pessoas a quem ela há-de poder chegar. A punição da mera gravação só se justifica, a esta luz, na medida em que «fundamenta o perigo de as palavras chegarem ao conhecimento de pessoas que o autor não conhece (...) configura, assim, um perigo abstracto para a área de tutela». Um perigo agravado, além do mais, pela circunstância da sua «perpetuação» no tempo (74).

Contando com apoios não despidiendos no texto e no conteúdo normativo do § 201 da codificação penal alemã (75), esta é uma compreensão axiológico-teleológica a que parece prestar homenagem a incriminação correspondente do § 120 do Código Penal Austríaco (ÖStGB), sob a rubrica «*Abuso de gravadores e aparelhos de escuta*» (*Missbrauch von Tonaufnahme-oder Abhörgeräten*). Afastando-se do

(73) JZ 1973, pág. 505.

(74) Neste sentido, SAMSON, SK, § 201, Rn. 1.

(75) Diferentemente do que sucede com o Código Penal Português — que incrimina as *gravações não consentidas* (art. 179.º) separada e autonomamente em relação aos crimes de *devassa* e *indiscrição* (arts. 178.º e 180.º) — no § 201 da codificação penal germânica, prevêem-se infracções de estrutura muito diferenciada. A par das gravações não consentidas, o § 201 do StGB incrimina também condutas como a devassa por meio de gravador. Em defesa desta interpretação, cfr., por todos, SAMSON, *ob. loc. cit.*

desenho típico da lei alemã e portuguesa, a incriminação austríaca não abrange a mera gravação não consentida. De acordo com o § 120 do ÖStGB só será punível «*quem, utilizar um gravador ou um aparelho de escuta para tomar ele próprio conhecimento ou dar conhecimento a terceiro não legitimado (Unbefugten) de uma conversa não pública nem destinada ao seu conhecimento*». Para além da exigência de uma intenção específica — que converte a infracção num *crime de tendência interna transcendente (überschüssende Innentendenz)* — o legislador austríaco optou por circunscrever o círculo dos agentes, excluindo todos aqueles a quem as palavras eram, segundo a vontade de quem as proferiu, destinadas (76). Na estrutura típica da infracção prevista na lei austríaca, e tanto no plano objectivo como subjectivo, avulta, assim, um momento de *devassa*. «Há-de, por isso, considerar-se como central o conceito de *intromissão na esfera íntima (Eindringen in die Intimsphäre)* de outrem. Devendo, a par disso, ser também tutelada a *confiança na exclusividade* da palavra não proferida em público» (77).

b) Já para a segunda orientação o que em rigor é protegido é, ainda segundo a formulação do Tribunal Constitucional Federal, o direito, que assiste «a todo o homem — e só a ele — de decidir quem pode gravar a sua voz bem como, e uma vez registada num gravador, se e perante quem a sua voz pode ser, de novo, ouvida». Em sentido substancialmente convergente e em termos clarificadores fala ARZT da «*confiança na volatilidade (Flüchtigkeit)* da palavra, bem como da protecção da conexão das palavras entre si e com a respectiva atmosfera (lugar, tempo e demais circunstâncias da expressão)» (78). Trata-se, assim, de impedir «que aquilo que se pretendeu que fosse apenas uma expressão fugaz e transitória da vida se converta num produto registado e susceptível de ser utilizado a todo o tempo» (79).

(76) Por todos, KOBERGER, ÖJZ 1990, pág. 330; ZIPF, in WK, § 120, Rn. 2 e 8.

(77) KOBERGER, *ob. loc. cit.*

(78) ARZT, *Der strafrechtliche Schutz*, pág. 343.

(79) GALLAS, ZStW 1963, pág. 19.

O que, em síntese e segundo esta orientação, aparece como objecto de tutela do crime de *gravações ilícitas* é «a própria palavra falada (...) não interessando o seu conteúdo, se representa ou não um segredo, se exprime uma ideia própria ou um pensamento alheio»⁽⁸⁰⁾. O que permite igualmente sustentar que o *conteúdo do ilícito típico se esgota e consoma na simples gravação ou audição não consentidas*.

c) Sustentada pela doutrina maioritária alemã, esta segunda concepção é a única que, a nosso ver, se compagina com o direito português vigente.

α) Neste sentido joga, desde logo, como relevante argumento sistemático, a circunstância de o legislador português ter autonomizado, contíguas à incriminação das *Gravações e fotografias ilícitas* (art. 179.º do CP), os crimes de *Divulgação de factos referentes à intimidade da vida privada* (art. 178.º do CP) e de *Intromissão na vida privada* (art. 180.º do CP). Inscrevendo nas respectivas normas o programa de tutela da reserva da vida privada face a actos de intromissão ou devassa ilegítimas, pôde a lei portuguesa cometer outro fim de protecção ao artigo 179.º do CP.

β) Compreende-se assim — e isto deve ser ao mesmo tempo valorado como segundo e significativo argumento em abono da tese que vimos subscrevendo — que o artigo 179.º do CP não contenha quaisquer exigências objectivas ou subjectivas reconduzíveis à ideia de *intenção de devassa*. Um elemento da factualidade típica que além da dimensão óbvia de intencionalidade no *plano subjectivo*, comporta no *plano objectivo*: 1.º uma *intromissão* mediante utilização ou não de meios técnicos num espaço ou processo de expressão individual ou intersubjectiva a que o agente não tem legitimamente acesso; ou, 2.º o *alargamento do círculo de pessoas a ter conhecimento* (indevidamente) de factos atinentes à privacidade ou, de qualquer forma, não destinados ao conhecimento público. Exigências que integram a factualidade típica das incriminações contíguas (arts. 178.º

⁽⁸⁰⁾ LENCKNER, in SCHÖNKE/SCHRÖDER (1978), § 201, Rn. 1.

e 180.º do CP) como constavam já do preceito correspondente da Lei n.º 3/73, de 5 de Abril. Cuja Base I referia expressamente «o propósito de devassar a intimidade da vida privada de outrem».

γ) Acresce — e agora no que toca à segunda alternativa ou modalidade de realização do crime, a *utilização da gravação* (art. 179.º, n.º 1, al. b)) — que o preenchimento da factualidade típica pode dar-se através da *audição não consentida*, sem mais. Mesmo *pela própria pessoa que fez licitamente a gravação e mesmo tratando-se de palavras que lhe foram directamente dirigidas*. Não se reclamando, assim, qualquer alargamento do universo de pessoas a tomar conhecimento das palavras, isto é, não se postulando qualquer atentado à *confidencialidade da palavra*⁽⁸¹⁾. Esta solução só ganha sentido no contexto duma interpretação da infracção concebida como um *tipo congruente*⁽⁸²⁾ de tutela do *direito à palavra*. E não pode ter outra valência hermenêutica o facto de no artigo 179.º do CP se omitir (intencionalmente) toda a referência ao *conteúdo* das gravações. Não se postulando, nomeadamente, que ela assuma qualquer conotação do ponto de vista da reserva da vida privada, da intimidade ou do segredo, *stricto sensu*.

δ) Se as coisas pareciam já relativamente líquidas à luz do quadro normativo preexistente, a interpretação que vimos sufragando viu a sua pertinência avalizada com a última revisão constitucional. Ocasão aproveitada pelo legislador constituinte para reconhecer e

⁽⁸¹⁾ Significativo, mais uma vez, o confronto com a disciplina homóloga da lei penal alemã. Por um lado, o StGB não contém normas correspondentes aos artigos 178.º e 180.º do Código Penal Português. Por outro lado e complementarmente, o próprio § 201 do StGB incrimina expressamente (n.º 2) certas manifestações de *devassa* da vida privada de outrem. O que explica as dificuldades e desencontros da doutrina alemã na procura de um bem jurídico unitário e comum às incriminações diferenciadas em que o preceito se analisa. Mais nítido e impressionante é ainda o confronto com o direito austríaco. De acordo com o n.º 2 do § 120 do ÖStGB só é punida a audição da gravação que resulta em tornar públicas ou acessíveis a um terceiro palavras que não eram destinadas ao seu conhecimento. Nesta medida caberá temperar e relativizar a asserção de ZIPF, segundo o qual no n.º 2 do § 120 do ÖStGB se contém um *vollkongruentes Vorsatzdelikt*. Cfr. ZIPF, in WK, § 120, Rn. 2.

⁽⁸²⁾ Sobre esta categoria, cfr. COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, págs. 643 e segs.

sancionar um *autónomo* e nominado *direito à palavra*, distinto e contraposto ao direito à reserva da vida privada ou da intimidade e como tal expressamente levado à constelação dos direitos, liberdades e garantias (art. 26.º, n.º 1, da CR). E fê-lo adscrevendo-lhe um sentido e alcance no essencial sobreponíveis aos que lhe vimos assinando (83).

3. Já mais directamente empenhados nas suas implicações dogmáticas e prático-jurídicas, importará ensaiar uma consideração mais analítica da estrutura da infracção e da compreensão e extensão do *direito à palavra falada* como específico bem jurídico típico.

a) Um caminho que há-de fazer-se com o olhos postos no processo da sua revelação e afirmação, tendo como pano de fundo o próprio processo histórico-civilizacional de afirmação expansiva da tutela da personalidade. Que se exprime na emergência de novas dimensões, progressiva e sucessivamente decantadas em novos direitos e bens jurídicos fundamentais. E que propendem a assumir a estrutura de expressões da liberdade que aspiram à comunicação intersubjectiva como forma positiva — e porventura a mais autêntica — da sua actualização.

E isto por duas vias complementares e concorrentes. Uma vez sob a forma exposta da revelação originária das novas liberdades.

Outras vezes, inversamente, sob a forma de profundas (e mais ou menos estrepitosas) transformações semânticas operadas a nível das «velhas» incriminações. Que aparentemente persistem as «mesmas», mas que, em vez dos originários valores transpersonalistas e supra-individuais, passam a tutelar as novas manifestações da liberdade pessoal (84)

(83) Cfr. JOSÉ MAGALHÃES, *Dicionário*, pág. 81 e fontes aí indicadas.

(84) É o que bem documenta a trajectória histórica de incriminações como a *Introdução em casa alheia* (art. 176.º do CP), *Inseminação artificial* (art. 214.º do CP) e a generalidade dos *Crimes sexuais*. Cfr., neste sentido, desenvolvidamente, COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, *passim*, sobretudo, págs. 368 e segs.

Assim, depois de valores como a honra, descobriu-se a *reserva da vida privada* de que vieram a emancipar-se tanto o *direito à imagem* como o *direito à palavra falada*. Este último um bem jurídico que, na sua origem, releva seguramente de um horizonte comum ao da privacidade, mas a que hoje se reconhece a consistência e o relevo bastantes para se perfilar como autónomo bem jurídico, portador de inquestionável *dignidade penal*. Bem se compreendendo, por isso, a «arqueologia» duma incriminação como a das *gravações ilícitas*, intimamente associada a um conglomerado de interesses ou valores nem sempre claramente identificados e recortados. Ela foi, com efeito, defendida em nome da reserva da vida privada e da intimidade, da confidencialidade da palavra e até da honra (85). Representações que vêm deixando a marca da sua passagem sinalizada nos projectos e textos legais que nesta matéria se têm sucedido.

b) Enquanto bem jurídico tipicamente protegido pelo artigo 179.º do CP, pode representar-se o direito à palavra como o direito à *transitoriedade da palavra falada*: a pretensão de que a palavra seja, por princípio, apenas ouvida no momento e no contexto em que é proferida. Noutra perspectiva, e retomando formulações já citadas «a liberdade de disposição na área da comunicação não-pública» (SUPPERT); «a plena disponibilidade da pessoa humana sobre a palavra falada, como expressão directa da sua personalidade e da sua dignidade» (SCHMIDHÄUSER) (86).

α) Este «*Recht auf eigenen Wort*» (MAUNZ/DÜRIG) («direito à própria palavra») (87), tem uma *dimensão negativa* — a determinação das pessoas não autorizadas a gravar ou ouvir as gravações — parti-

(85) Sobre o tema, desenvolvidamente, HILLENKAMP, *Vorsatztat*, págs. 68 e segs.; SUPPERT, *Studien*, págs. 65 e segs.; ARZT, *Der strafrechtliche Schutz*, págs. 237 e segs. Estabelecendo uma relação estreita entre a proibição da gravação sem consentimento e a privacidade, KÜHNE, *Strafprozessuale Beweisverbote*, págs. 49 e segs. O que leva o autor à constatação, aparentemente paradoxal, da existência de hipóteses em que «se garante a tutela da esfera íntima mesmo quando as comunicações escutadas ou gravadas não têm carácter íntimo». *Ob. cit.*, pág. 63.

(86) Cfr. *supra*.

(87) MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, *Grundgesetz*, artigo 2, 1, Rn. 88.

cularmente óbvia. Trata-se aqui de impedir que, através da gravação, a palavra — que foi proferida com a intencionalidade e a confiança na sua transitoriedade e historicidade, num contexto de espaço, tempo, vivência, gesto, ambiente de simbolizações e outros significantes possa converter-se num «pedaço objectivado da personalidade» ⁽⁸⁸⁾. E ser posteriormente invocada contra o autor, fora do contexto e significado originários, abrindo-se deste modo a porta ao que SUPPERT apoda de «falsificação da imagem da personalidade (*Verfälschung des Persönlichkeitsbildes*)» ⁽⁸⁹⁾. Uma contrafracção da personalidade cuja «especial perfídia reside precisamente no facto de a reprodução das palavras produzir a impressão invencível da *autenticidade* daquela versão acústica da imagem da personalidade» ⁽⁹⁰⁾.

Para além disso, e agora já numa perspectiva comunitária, trata-se ainda de preservar o que EDUARDO CORREIA define como a *confiança nas relações sociais*. Em primeira linha votada à tutela da autonomia e do domínio pessoal sobre o próprio discurso oral, a incriminação das *gravações ilícitas* visa ainda, e reflexamente, preservar uma acção comunicativa «inocente» e autêntica. Isenta de coerção e, por isso, susceptível de reforçar as cotas de solidariedade e coesão sociais. Um valor cuja relevância as reflexões de HABERMAS vêm pondo em relevo. E que seria drástica e irreversivelmente comprometido pelo recurso generalizado e abusivo — e principalmente pelo seu receio — aos microfones ocultos. Como adverte o Tribunal Constitucional Federal alemão: «a inocência (e a autenticidade) da comunicação humana seria gravemente perturbada se tivéssemos de conviver com a consciência de que todas as nossas palavras — por vezes uma expressão não reflectida nem contida, uma tomada de posição meramente incidental no decurso de uma conversa ou uma formulação apenas compreensível no contexto de uma situação especial — nos pudessem ser oponíveis noutra ocasião e noutro contexto, pudes-

⁽⁸⁸⁾ Expressão utilizada pelo BGH na decisão do caso do gravador. Cfr. NJW 1960, pág. 1580.

⁽⁸⁹⁾ SUPPERT, *Studien*, pág. 165.

⁽⁹⁰⁾ SUPPERT, *ob. cit.*, pág. 166.

sem vir a ser valoradas, com o seu conteúdo, conotação e intensidade, como depoimentos contra nós próprios» ⁽⁹¹⁾.

β) Mas o *direito à palavra falada*, como ao falar livre e inocente, tem igualmente uma não menos significativa *dimensão positiva*, correspondente à possibilidade da efectiva comunicação intersubjectiva.

À semelhança do que sucede, em geral, com os bens jurídicos da privacidade — em relação aos quais, e como KIENAPFEL enfatiza, terá de se partir da incindibilidade do «só e do estar com» ⁽⁹²⁾ — também aqui, só pela transmissibilidade e acessibilidade da palavra aos interlocutores queridos se actualiza, em plenitude e autenticidade, o direito à palavra. Não sendo, por isso, desajustado acreditar que a frustração e cerceamento arbitrários desta dimensão positiva resultariam em consequências não menos perturbadoras. Tanto para o direito pessoal de (e à) comunicação como, reflexamente, para o próprio sistema social.

Daf que a gravação *consentida* (ou a sua utilização) configure a forma paradigmática da exclusão do ilícito típico. E isto não por força de qualquer *justificação*, *ex vi* consentimento, da lesão do bem jurídico. Do que aqui se trata é antes, e mais radical, da exclusão da tipicidade por força de insuprível ausência de lesão do bem jurídico. O consentimento que aqui pode intervir reconduz-se à figura dogmática do *acordo*, que mediatiza a realização autêntica do bem jurídico na intersubjectividade comunicativa. De modo idêntico ao que sucederia se o autor da palavra procedesse ele próprio à gravação (ou audição).

c) A serem pertinentes as considerações adiantadas na caracterização do bem jurídico tipicamente tutelado, elas justificarão uma referência crítica à inserção sistemática da incriminação das gravações ilícitas no capítulo *Dos crimes contra a reserva da vida privada*.

Uma observação que reputamos pertinente mesmo tendo em conta o peso relativo do elemento sistemático. E sobretudo sem desatender a diversidade, a heterogeneidade e a contingência dos factores que invariavelmente vêm ditando a classificação e a arrumação da

⁽⁹¹⁾ JZ 1973, pág. 505.

⁽⁹²⁾ KIENAPFEL, *Privatsphäre*, págs. 34 e segs.

Parte Especial das codificações penais. Sendo consabido que o paradigma de uma sistematização exclusivamente assente no critério do bem jurídico persiste como arquétipo ainda não logrado, talvez mesmo não desejável. Daí a frequência, mesmo a inevitabilidade e a normalidade das manifestações de assistemicidade, que abundam em praticamente todos os códigos penais.

Apesar de tudo e à luz dos dados culturais e normativos hoje pre-
valescentes, seria mais ajustado dar também expressão sistemática à emancipação do direito à palavra em relação à privacidade.

4. Identificado o bem jurídico protegido pela incriminação das *gravações ilícitas* e referenciado, por esta via, o sentido da respectiva lesão, cabe assinalar as mais relevantes questões que se deparam em sede de *área de tutela típica* e de *ilicitude/causas de justificação*. No que à *tipicidade* especificamente concerne avultam sobremaneira, pelo seu relevo teórico e implicações pragmáticas, duas ordens de questões.

a) Trata-se, em primeiro lugar, de determinar a extensão da matéria proibida pela alínea b) do n.º 1 do artigo 179.º do CP, que incrimina e pune quem «utilizar ou deixar utilizar por outrem as gravações a que se refere a alínea anterior».

α) Pelo seu teor verbal, este dispositivo suscita, desde logo, a pergunta: qual o significado normativo da remissão para a *alínea anterior*? Deverá entender-se que a *ilicitude nos termos da alínea a)* configura elemento ou pressuposto da incriminação da alínea b), no sentido de que nesta última só se pune a utilização de gravações que foram ilicitamente produzidas?

Um exemplo de escola ajudará a clarificar o problema:

A, secretária do conselho de administração de uma sociedade, procede, com o consentimento de todos os membros e de acordo com a prática corrente na empresa, à gravação de uma reunião daquele órgão social. Posteriormente e sem consentimento de quem de direito, permite que o agente de uma sociedade concorrente utilize aquela gravação *licitamente produzida*. Incorrerá A na infração prevista e punida na alínea b) do n.º 1 do artigo 179.º do Código Penal?

β) Confrontados com o mesmo problema, suscitado por um quadro legislativo para o efeito substancialmente idêntico, os autores e os tribunais germânicos têm-se mostrado divididos. Entre os adeptos da chamada *teoria dualista* (v. g., SUPPERT) ⁽⁹³⁾ segundo a qual a alínea b) incrimina a utilização não consentida tanto de gravações ilicitamente produzidas como de gravações lícitamente produzidas. E os defensores da *teoria monista* (v. g., ARZT ou BLEI) ⁽⁹⁴⁾ que entendem só ser punível a audição não consentida das *gravações ilicitamente produzidas*.

Para além da invocação — em sentido naturalmente divergente — do teor literal, as teorias em confronto louvam-se sobretudo de razões de fundo teleológico e político-criminal. Do lado da *teoria dualista* argumenta-se com a abertura de indesejáveis lacunas de punibilidade e de tutela num domínio de tão exposta danosidade social e tão óbvia dignidade penal. Do outro lado tende, inversamente, a privilegiar-se a heterogeneidade das situações na perspectiva da *carência de tutela*. Que será mais expressiva em relação às gravações produzidas sem acordo (e, por via de regra, às ocultas) do que em caso de gravações validamente produzidas ⁽⁹⁵⁾. Apelando-se ao mesmo tempo para o carácter subsidiário e fragmentário do direito penal.

γ) *Quid inde* face ao direito português vigente?

Tudo ponderado, e ao arrepio do que noutra sede tivemos oportunidade de adiantar ⁽⁹⁶⁾, cremos hoje serem mais credenciados os argumentos que suportam a tese *dualista*. Neste sentido jogam, para além de decisivas razões de fundo axiológico-teleológico — *maxime* a manifesta danosidade social da conduta como atentado ao domínio exclusivo sobre a palavra — argumentos não despreciandos do foro literal e sistemático.

⁽⁹³⁾ SUPPERT, *Studien*, págs. 209 e segs. No mesmo sentido, RUDOLPHI, *Schaffstein-Fs.*, pág. 447.

⁽⁹⁴⁾ ARZT, *Der strafrechtliche Schutz*, págs. 268 e segs.; BLEI, *Henkel-Fs.*, págs. 109 e segs. No mesmo sentido, SAMSON, in *SK*, § 201, Rn. 10 e segs.

⁽⁹⁵⁾ Sobre a problemática, desenvolvadamente, HILLENKAMP, *Vorsatztat*, págs. 77 e segs.

⁽⁹⁶⁾ COSTA ANDRADE, *Sobre a Valoração*, págs. 64 e segs.

Numa primeira consideração das coisas, poderia acreditar-se que o inciso constante da alínea b) «as gravações a que se refere a alínea anterior» só poderia interpretar-se como remissão que englobasse também a ilicitude das gravações a ouvir, *sc.*, a sua produção *sem consentimento*. Ora, por sobre não ser necessário, este entendimento não se ajusta sequer ao preceito em exame. Por um lado, deve interpretar-se aquele inciso como remissão para a qualificação das gravações referidas na alínea a), *sc.*, o reportarem-se a palavras «*Não destinadas ao público, mesmo que lhe sejam dirigidas*». Acresce que, na economia do artigo 179.º do CP, a expressão *sem consentimento* não tem a função de qualificar especificamente as gravações previstas na alínea a), antes configura um elemento comum às diferentes modalidades de conduta, cobertas pelo artigo.

Se dúvidas subsistissem, elas dissipar-se-iam face ao confronto com a homóloga alínea d), aplicável às fotografias e filmes. E onde o propósito de consagrar uma solução monista de tutela, levou o legislador a apelar cumulativamente tanto para a exigência *indevidamente obtidas* como para o inciso a que se refere a alínea anterior.

b) Noutro plano e em segundo lugar, avulta um conjunto de questões reconduzíveis, por razões de economia, ao tópico: (novos) *princípios de redução teleológica do tipo*. Uma área problemática que, contendendo ainda com a tipicidade, *sub specie* e *sub nomine* de *área de tutela típica*, sugere já directamente a comunicação com os problemas próprios da *ilicitude/causas de justificação*.

α) Na origem da controvérsia está uma extensa fenomenologia de constelações com uma presença significativa na experiência quotidiana, jurisprudencial e dogmática. Tenham-se em vista situações como: a gravação, por parte da vítima de um crime de *Extorsão*, *Coacção* ou *Injúrias*, das comunicações telefónicas ou das conversas directas (face-a-face) mantidas com o agente do crime; gravação de propostas de *Corrupção* ou instigação ao crime; gravações preordenadas a contrariar previsíveis comportamentos processualmente fraudulentos, ilícitos, de má fé, etc.

Como momento comum a estas situações sobressai um comportamento ilícito ou ao menos, eticamente censurável, por parte da pes-

soa cuja palavra é, sem o seu consentimento, gravada. Igualmente comum e consensual, entre a doutrina e a jurisprudência, é o entendimento de que os autores destas gravações não devem ser criminalmente sancionados. Mas as divergências começam já a ganhar expressão em sede de enquadramento doutrinário da exclusão da responsabilidade penal. Enquanto uns privilegiam para o efeito a *tipicidade*, em nome da redução teleológica da área de tutela da norma incriminatória, consideram outros que só a doutrina da *ilicitude e das causas de justificação* detém as virtualidades para um ajustado enquadramento dos problemas.

β) Mesmo numa consideração perfunctória das questões, seria naturalmente apressado desatender, sem mais, o peso dos apoios doutrinários e jurisprudenciais de que pode louvar-se a tese da exclusão das práticas em exame da área de tutela típica do artigo 179.º do CP. Que apelam para um horizonte político-criminal e ético-jurídico de irrecusável ressonância na consciência colectiva. E em que avultam tópicos como: os *limites imanes dos direitos fundamentais*, com o alcance, *inter alia*, de que a tutela jurídica deve circunscrever-se à sua expressão «positiva»; o entendimento de que as pessoas que, na impressiva formulação de BRUNS «se colocam no lado inverso do ser social (*auf der Rückseite des sozialen Daseins*)»⁽⁹⁷⁾ se decidem contra a ordem jurídica, não devendo, por isso, contar com a sua solidariedade; por último e em síntese, a *perda da dignidade penal* e a *caducidade* (*Verwirkung*) da protecção jurídica. Como, para retratar esta compreensão das coisas refere HILLENKAMP, de forma mais ou menos explícita e actualizada sacrifica-se aqui à «tese segundo a qual quem se solidariza com o lado errado, dá sinais de degradação da sua personalidade, se movimenta fora da ordem jurídica e utiliza os seus bens jurídicos ou os compromete em fins proibidos, *faz caducar* a tutela jurídica (*verwirkt*), torna-se indigno dela»⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁷⁾ BRUNS, *Mezger-Fs.*, pág. 346.

⁽⁹⁸⁾ HILLENKAMP, *Vorsatzat*, pág. 184. Sobre a concepção em exame e o horizonte político-criminal em que se inscreve bem como os pressupostos doutrinários em que assenta, cfr. desenvolvida e criticamente, *ob. cit.*, págs. 184 e segs.

No que à jurisprudência concerne, não será difícil referenciar a presença desta concepção nas considerações expendidas pelo BGH germânico logo nas já citadas e clássicas decisões dos inícios dos anos sessenta sobre o *caso do gravador* e o *primeiro caso do diário*. Na fundamentação da decisão sobre o *caso do gravador* e depois de assinalados os limites imanentes e constitucionais ao exercício dos direitos fundamentais, sustenta-se que «também o direito à palavra falada vale apenas naqueles limites. Quem os ultrapassa ilicitamente renuncia ao domínio exclusivo sobre a sua palavra» (99). As coisas são ainda mais óbvias na impressiva e já recordada formulação do *primeiro caso do diário*: «O que se tutela com os direitos fundamentais é o desenvolvimento da personalidade e não a sua degradação» (100).

A nível doutrinal esta impostação veio a colher o aplauso de vozes como a de NEUMANN-DUESBERG. Segundo este autor, a vítima de um crime de *Extorsão* pode, legitimamente, registar em gravador as ameaças proferidas pelo agente em ordem a obter a sua condenação. Pois, argumenta, o autor da *Extorsão* «faz caducar (*verwirkt*) a protecção sobre a palavra falada que lhe é assegurada pelos artigos 1.º e 2.º, 1, da Lei Fundamental» (101). Na mesma linha e prestando igual e expressa homenagem à ideia de *caducidade* considera SCHMITT: «Quem, abusivamente, se serve da linguagem para realizar uma conduta típica e ilícita faz caducar (*verwirkt*) a tutela da sua personalidade em termos tais que já não pode ser defendido contra a gravação secreta daquelas mesmas declarações» (102).

Movendo-se no mesmo horizonte político-criminal, procura BAUMANN dar às soluções uma arrumação mais sistemática. Assim, e reportando-se concretamente à hipótese de gravação das ameaças proferidas em caso de *extorsão*, BAUMANN critica a tese da legítima defesa, que vinha sendo sustentada, entre outros, por WELZEL. A esta

(99) NJW 1960, pág. 1581.

(100) NJW 1964, pág. 1143, e *supra*.

(101) *Apud*, HILLENKAMP, *Vorsatztat*, pág. 97.

(102) SCHMITT, *JuS* 1967, pág. 23. Em sentido convergente, OTTO, *Kleinknecht-Fs.*, pág. 328.

construção contrapõe BAUMANN, em nome do que considera uma «melhor fundamentação», a solução de exclusão da tipicidade: «nenhuma confidencialidade da palavra = nenhuma tipicidade» (103).

γ) A doutrina exposta tem atraído sobre si críticas particularmente derimentes (104).

Do ponto de vista político-criminal, considera-se dificilmente sustentável que a ordem jurídica, em geral, e o direito penal, em especial, possam abandonar à sua sorte as pessoas de qualquer modo envolvidas em práticas imorais ou ilícitas. Em termos de os atentados contra os bens jurídicos, mesmo os de mais inequívoca dignidade, não atingirem sequer o limiar mínimo da significatividade — a *soziale Auffälligkeit* de que fala JAKOBS (105) — do ponto de vista do direito penal: a *tipicidade*. O que poderia corresponder a tolerar, se não mesmo a estimular, a formação de subterrâneos ou santuários da imoralidade e da ilegalidade. Em que apenas ficaria aberto o caminho da auto-tutela ou daquela «luta no escuro» de que fala HAUG (106).

Para além de pôr abertamente em crise o dogma da continuidade do direito, e mesmo do Estado, esta doutrina não se compaginaria com princípios basilares do Estado de Direito como o da separação de poderes ou da legalidade. Ela poria nas mãos do intérprete e aplicador do direito a possibilidade de frustrar o programa político-criminal inscrito na lei penal, sobrepondo-lhe um programa apócrifo de tutela polarizado em torno de incontroláveis juízos de *dignidade penal* e de *carência de tutela penal*.

5. O que fica dito permite compreender a preferência da maioria dos autores para buscar em sede de (*i*)*licitude* a fundamentação sistemática da não punibilidade das gravações em causa.

a) Para tanto foram já invocadas praticamente todas as causas clássicas de justificação: *legítima defesa*, *direito de necessidade*, *pros-*

(103) BAUMANN, *Strafrecht. A.T.*, pág. 313.

(104) Cfr., por todos, HILLENKAMP, *Vorsatztat*, págs. 60 e segs.; SUPPERT, *Studien*, págs. 142 e segs.

(105) JAKOBS, *Strafrecht. A.T.*, pág. 133.

(106) HAUG, *MDR* 1964, pág. 548.

secação de interesses legítimos bem como um geral critério de ponderação de interesses⁽¹⁰⁷⁾. Um quadro que recentemente se viu enriquecido com a introdução da *situação-de-quase-legítima-defesa*, figura intimamente associada à problemática das gravações não consentidas. Na verdade, foi reportando-se expressamente a esta problemática que em 1957 LARENZ cunhou e introduziu o conceito de *situação-de-quase-legítima-defesa*. Que conheceria a primeira consagração jurisprudencial no ano seguinte, no contexto de uma decisão do BGH em matéria civil mas versando igualmente sobre aquela problemática⁽¹⁰⁸⁾.

Contudo, e aparte o denominador comum da denegação da responsabilidade penal, baseada na *exclusão da ilicitude*, o panorama doutrinal caracteriza-se pelo desencontro de linguagem, conceitos e construções dogmáticas. Não sendo fácil referenciar dois autores em que a solução das singulares constelações típicas e a respectiva arrumação sistemática se façam em termos, no essencial, sobreponíveis⁽¹⁰⁹⁾. Mesmo o caso paradigmático e invariavelmente mencionado da gravação em caso de *Extorsão* está longe de conhecer uma solução unívoca. Enquanto, por exemplo, autores como SUPPERT ou

⁽¹⁰⁷⁾ Para uma visão de conjunto das causas de justificação cuja aplicação na área específica das gravações vem sendo objecto de controvérsia doutrinal ou jurisprudencial, cfr. OTTO, *Kleinknecht-Fs.*, págs. 334 e segs.; KLUG, *Sarstedt-Fs.*, págs. 124 e segs.; SAMSON, in *SK*, § 201, Rn. 25 e segs.; SCHMITT, *JuS* 1967, págs. 23 e segs.

⁽¹⁰⁸⁾ Para uma referência mais desenvolvida à origem e evolução histórico-doutrinal do conceito, cfr. SUPPERT, *Studien*, págs. 65 e segs.; HILLENKAMP, *Vorsatztat*, págs. 112 e segs.

⁽¹⁰⁹⁾ Significativo, a propósito, o confronto entre dois dos mais credenciados comentários ao StGB alemão: o *Systematischer Kommentar* e o comentário ainda encimado pelos nomes de SCHÖNKE/SCHRÖDER. No primeiro privilegia-se o recurso à legítima defesa, já no seu figurino tradicional, já na forma de *situação-de-quase-legítima-defesa*, considerada como uma modalidade daquela, reservando-se um campo residual de aplicação ao direito de necessidade (cfr. SAMSON, § 201, Rn. 25 e segs.). No segundo, é, pelo contrário, o direito de necessidade que é chamado a enquadrar toda a fenomenologia, recusando-se qualquer pertinência ou aplicação a justificantes como a *legítima defesa*, a *situação-de-quase-legítima-defesa*, a *prossecução de interesses legítimos*, etc. (cfr. LENCKNER, § 201, Rn. 31 e segs., e ainda § 32, Rn. 17 e seg.).

AMELUNG apelam de forma imediata e sem mais para a *legítima defesa*, já SCHMITT considera que ele transcende os pressupostos desta causa de justificação, devendo, por isso a exclusão da ilicitude levar-se à conta de *situação-de-quase-legítima-defesa*⁽¹¹⁰⁾.

b) Um olhar apressado pelas mais credenciadas posições doutrinárias cedo permitirá concluir que os desencontros radicam sobretudo no entendimento divergente do sentido e alcance dos pressupostos das causas de justificação. No que, v. g., à *legítima defesa* concerne, é a partir da compreensão do limiar mínimo das exigências de *actualidade* (da agressão) *necessidade* (da defesa) e *idoneidade* (do meio) que se determina a extensão da própria justificação. E, reflexamente, das maiores ou menores lacunas de regulamentação subsistentes na área da conflitualidade a ela em abstracto reconduzível. Cujas regulamentação vem induzindo a procura de vias alternativas de justificação, mais ou menos excêntricas em relação às derimentes já estabelecidas e codificadas.

Uma mais aturada consideração das controvérsias e, sobretudo, uma tentativa de tomada de posição postulariam, assim, o adimplemento prévio de duas tarefas que escapam ao escopo da presente investigação. Importaria, em primeiro lugar, proceder ao reexame do sentido e alcance dos pressupostos das causas de justificação. E, em segundo lugar, à análise cuidada, em ordem à subsunção naqueles pressupostos, das constelações típicas de *extorsão*, *coacção*, *injúria*, *corrupção*, *fraude processual*, etc.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. SUPPERT, *Studien*, *passim*, sobretudo págs. 290 e segs., 310 e segs. e 354 e segs.; AMELUNG, *GA* 1982, págs. 398 e segs.; SCHMITT, *JuS* 1967, pág. 24; ARZT, *Der strafrechtlicher Schutz*, págs. 81 e seg. e 96 e segs.; ARZT, *JZ* 1973, pág. 508. Significativamente, é SUPPERT — um dos mais empenhados defensores da *notwehrähnliche Lage* e autor do mais aturado estudo votada à figura — que acaba por adscrever à *situação-de-quase-legítima-defesa* um campo mais estreito de aplicação. O que se deve ao facto de o autor advogar uma interpretação consideravelmente extensiva da *legítima defesa*, reforçada, além do mais, pela via da aplicação analógica. A ponto de abranger situações como: A, vítima de maus tratos por parte do cônjuge, receia que este venha, na acção de divórcio que contesta, a sustentar que a sua vida conjugal persiste normal. Para obviar a tal eventualidade, A grava às ocultas diálogos do seu quotidiano com o cônjuge.

Isto sem, em qualquer caso, se perderem de vista as implicações decisivas da redução da complexidade entretanto operada pelo legislador português e já por mais de uma vez aqui recenseada. E por força da qual (art. 167.º do CPP) a prossecução de interesses imanescentes ao processo penal, isto é, que relevam duma intencionalidade exclusivamente *repressiva*, não podem valer como referentes materiais de justificação das gravações ou audições não consentidas.

6. A incursão feita pelo direito substantivo permitiu pôr a descoberto os critérios da qualificação da produção ou audição das gravações do ponto de vista da *ilicitude penal*. E, por essa via, definir o sentido e alcance dos elementos pertinentes à hipótese normativa do artigo 167.º do CPP. Restará apenas referenciar, em breve e conclusiva síntese, as implicações prático-jurídicas da respectiva disciplina legal, do ponto de vista das *proibições de prova*.

a) A começar, não cremos que possa suscitar dúvidas fundadas o regime processual das *gravações em si penalmente ilícitas*, isto é, produzidas à margem de consentimento ou justificação bastante. A *proibição de valoração* (sem consentimento) resulta, de forma linear do artigo 167.º do CPP ⁽¹¹⁾.

b) As coisas são mais complexas quando se questiona o regime processual do espectro, extenso e heterogéneo, das gravações que escapam à censura da *ilicitude penal* e são, *hoc sensu*, *lícitas*. Também aqui não se confirma, na plenitude das suas implicações e exigências, o dogma clássico da unidade da ordem jurídica. E segundo o qual, a proibição da valoração das gravações ilícitas deveria ter como reverso o corolário da admissibilidade de princípio da valoração das gravações lícitas. O equilíbrio é, além do mais, perturbado pelo facto de a *audição sem consentimento* configurar, só por si, a danosidade social própria do crime de *gravações ilícitas*, isto é, o

⁽¹¹⁾ Ressalvada, naturalmente, a hipótese de no momento da valoração, emergirem e intervierem interesses (trans-processuais) susceptíveis de fundamentar justificação bastante e não existente no momento da produção.

sacrifício do bem jurídico protegido: *o direito à palavra como domínio exclusivo sobre a palavra falada*. Um dado como tal bastante para — mesmo à margem das definitivas e fragmentárias qualificações da ilicitude penal — sugerir soluções de *proibição de valoração*.

α) A denegação da ilicitude penal pode dever-se à falta de tipicidade. Por ausência de lesão do bem jurídico (*ex vi* consentimento, *rectius*, *acordo* que exclui a ideia de lesão) ou por não pertinência da lesão à área de tutela típica da norma incriminatória. Ora, a resposta à questão da *valoração não consentida de gravação (originariamente) atípica* parece-nos relativamente clara no contexto duma *concepção dualista* como aquela a que cremos obedecer a lei penal portuguesa. De que decorre a *ilicitude penal* da audição mesmo em processo penal e, por isso e de forma inescapável, a *proibição da sua valoração*.

β) A exclusão da ilicitude penal pode ficar também a dever-se a intervenção (no momento da produção) de *causa de justificação* bastante. O problema da valoração destas gravações, típicas mas justificadas, só ganha relevo doutrinal e alcance prático nas situações em que, entre a gravação e a ulterior utilização processual as circunstâncias se alterarem, por forma a determinar a insubsistência, neste segundo momento, da justificação ⁽¹¹²⁾. Mas também aqui nada parece contrariar a pertinência e acerto das soluções decorrentes da *teoria dualista*. O que equivale a sustentar que também nestes casos a valoração não consentida da gravação se encontra a coberto da mesma e invencível proibição de prova.

⁽¹¹²⁾ O que bem pode dar-se. Relevando a justificação de uma conflito subjacente de interesses, a tensão dinâmica que o anima pode numa perspectiva diacrónica, provocar novos equilíbrios de interesses. Deixando de haver lugar para a justificação ou sobrando apenas lugar para uma forma mais exigente de justificação (por exemplo, da legítima defesa para o direito de necessidade). Como, nesta linha, refere SUPPERT, «a justificação da legítima defesa deixará de subsistir por falta de actualidade da agressão se o autor da extorsão ou coacção recuar e não for de recear a sua repetição». E ainda: «A legítima defesa outorga apenas um direito de defesa contra um ataque pontual e actual e não um direito geral de garantia da prova. Se o ataque do autor da *extorsão* for tempestivamente sustido, e em causa passa a estar apenas a sua perseguição penal, então a utilização da gravação já não pode justificar-se através da legítima defesa ou do auxílio necessário» (*Studien*, pág. 291).

C) Fotografias ilícitas

1. a) Como ficou sugerido, são substancialmente sobreponíveis — tanto no que respeita aos fundamentos axiológico-materiais e enquadramento normativo como no que concerne às vias de progressão normológica e metodológica — os caminhos de equacionamento e superação dos problemas suscitados pela valoração não consentida de fotografias. E o que, por razões de economia, se afirma para as fotografias valerá, correspondentemente, para as demais *reproduções mecânicas* susceptíveis de captar e registar a *imagem* (filmes, registos videográficos, etc.) e a sua ulterior utilização através de meios de divulgação (v. g., jornais, televisão) ou valoração como meio de prova em processo penal.

Isto sem prejuízo de um conjunto significativo de diferenças, capazes de induzir resultados pragmáticos finais excêntricos em relação às soluções vigentes, para as constelações homólogas, em matéria de gravações fonográficas. É o que fundamentalmente caberá explicitar, citando alguns dos tópicos susceptíveis de assinalar as divergências.

b) A começar e no plano comparatístico, são manifestamente maiores a descontinuidade, a insegurança e as hesitações que em geral caracterizam o tratamento doutrinal e jurisprudencial desta área problemática. As fotografias têm, para além disso, uma presença mais discreta do que as gravações na *praxis* jurisprudencial e na reflexão doutrinal. Não cabendo, por isso, esperar-se da elaboração dogmática e jurisprudencial um contributo definitivo e acabado para a superação das consideráveis lacunas de regulamentação legal positiva.

α) Lacunas subsistentes tanto a nível constitucional como ordinário; e tanto em sede penal substantiva como em sede processual penal. Bastará recordar que a generalidade das ordens jurídicas não procedem à tutela penal autónoma do *direito à imagem*, através de incriminações correspondentes, na parte pertinente, ao artigo 179.º do Código Penal Português. Por exemplo, nem o § 120 do Código Penal austríaco (*«Missbrauch von Tonaufnahme-oder Abhörgeräten»*) nem o § 201 da codificação germânica (*«Verletzung der Vertraulichkeit des*

Wortes») conhecem qualquer dispositivo homólogo preordenado à tutela penal do direito à imagem. E isto depois de, no que especificamente concerne à Alemanha, não ter logrado consagração legal a proposta adiantada pelo *Projecto Alternativo*, cujo § 146, II, incriminava, *inter alia*, quem, sem consentimento, fotografasse ou divulgasse a fotografia de outrem nos seus espaços privados⁽¹¹³⁾.

Este desguarnecimento do direito à imagem por parte do direito penal substantivo condiciona decisivamente a respectiva tutela em sede processual penal. Segundo, v. g., o entendimento da jurisprudência (*maxime* a jurisprudência ordinária) e da doutrina dominante alemãs, só poderão dar origem a uma proibição de valoração as fotografias ou filmes que contendam com a *intimidade* e cuja produção ou divulgação resultem em *devassa* inadmissível daquela área circumscrita da privacidade. Como, nesta linha e na comunicação apresentada ao 46.º Congresso dos Juristas Alemães, sustentava PETERS: «Nem toda a ofensa aos direitos de personalidade contendem com a dignidade humana. Uma fotografia feita sem consentimento ou qualquer outra legitimação lesa seguramente o direito de personalidade, mas ela só constituirá um atentado à dignidade humana quando tiver por objecto eventos cujo segredo corresponda ao interesse da pessoa fotografada e, para além disso e à luz da concepção geral dos valores ético-pessoais, releve da esfera da intimidade no seu conteúdo humano-típico (...). Tal vale seguramente para a expressão íntima da vida sexual (...). As fotografias ou gravações ocultas que em tais casos se façam resultam na objectivação duradoira de uma irrepetível situação interpessoal de carácter eminentemente pessoal, que contraria a dignidade humana»⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹¹³⁾ Acentuando criticamente o desguarnecimento da tutela penal do direito à imagem e a assimetria em relação à tutela outorgada ao direito à palavra, SPENDEL, *NJW* 1960, pág. 1703.

⁽¹¹⁴⁾ PETERS, «Beweisverbote», pág. 151. Em sentido convergente, OTTO, *Kleinknecht-Fs.*, págs. 328 e segs. Também na Itália, e no contexto de um direito positivo lacunoso se propende a considerar o direito à imagem como emanção e concretização do direito à reserva da vida privada. E, consequentemente, a denegar ao direito à imagem, enquanto tal, uma autónoma e directa tutela jurídica. Tanto no plano material como processual, as violações do direito à imagem só relevarão se e

Na mesma linha pôde o *Oberlandesgericht Schleswig* (por decisão de 3.10.1979) ⁽¹¹⁵⁾ sustentar a admissibilidade material e processual de um filme feito em relação à actividade profissional do empregado de um casino. Tratava-se, concretamente, de um filme feito às ocultas, por ordem da administração do casino como forma de comprovar a suspeita de que, ao contar o dinheiro do casino, aquele empregado desviava ilegitimamente algumas moedas para o seu bolso. Para sustentar a admissibilidade da valoração probatória invoca o tribunal, para além da ausência de ilicitude penal, a circunstância de o filme se reportar ao *local de trabalho* e não contender, por isso, com a intimidade ou a esfera da privacidade. Isto na base duma compreensão que adscribendo à imagem uma tutela mais rarefeita do que a reconhecida à palavra, acaba mesmo por denegar à imagem, enquanto tal, qualquer relevância como fundamento autónomo de proibição de prova. Nos termos do próprio aresto: «Os limites da tutela da expressão acústica não valem, nos mesmos termos, para as demais formas de expressão da vida privada. Se um par amoroso se encontra sentado no banco de um jardim público, as suas conversas não podem seguramente ser ouvidas ou gravadas; mas ele poderá, sob determinadas circunstâncias, ser fotografado ou filmado». É que, argumenta-se, constitucionalmente protegida «é apenas a esfera privada e íntima; o interesse de não ser fotografado ou filmado às ocultas não constitui só por si uma área privada da vida que haja, enquanto tal, de ser protegida» ⁽¹¹⁶⁾.

Não é fundamentalmente outro o entendimento em nome do qual o Tribunal Federal vem reconhecendo à polícia a legitimidade para

na medida em que configurarem atentados ilícitos à reserva da vida privada. Cfr., neste sentido, SAVINI, *L'immagine e la fotografia*, *passim*. Numa das sínteses do autor: «Visto assim o direito à reserva da vida privada, ele tem, como primeira manifestação positiva, o direito à imagem, enquanto direito à reserva da imagem, do próprio aspecto físico tal como ele é perceptível ao olhar, correspondendo tal direito também à necessidade eminentemente moral do sujeito de subtrair ao conhecimento arbitrário de outrem uma dimensão da própria personalidade, em concreto a imagem». *Ob. cit.*, pág. 13.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. *NJW* 1980, págs. 352 e seg. Para uma referência crítica, BONARENS, *Dünnebier-Fs.*, págs. 216 e segs.

⁽¹¹⁶⁾ *NJW* 1980, pág. 353.

filmar os participantes numa manifestação com vista à identificação dos suspeitos da prática de crimes ⁽¹¹⁷⁾. Pondo entre parênteses a questão do relevo autónomo do direito à imagem, também o BGH se limita a privilegiar considerações do género: «o arguido não foi filmado no contexto da sua área privada, mas apenas como participante numa reunião pública» ⁽¹¹⁸⁾.

β) Apesar de tudo, o modelo que fica referenciado não domina, de forma absoluta e pacífica, a experiência jurídica alemã. Ele conta com a concorrência de um paradigma alternativo, assente na representação do *direito à imagem* como um bem jurídico autónomo, correspondente a um direito fundamental. Um bem jurídico de inequívoca dignidade constitucional, reclamando, por isso, uma relevância directa no «círculo hermenêutico» das *proibições de prova*.

Embora minoritária na doutrina ⁽¹¹⁹⁾, esta construção conta com o sancionamento da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. De acordo com este Tribunal, também o «direito à própria imagem terá de ser encarado como uma parcela (*Ausschnitt*), uma particular expressão cunhada do direito geral de personalidade». *Um direito em tudo e para todos os efeitos parificado ao direito à palavra falada*, tanto no que concerne à estrutura axiológico-normativa como no que respeita ao seu *topos* na constelação constitucional e, mais particularmente, no discurso das proibições de prova, nomeadamente no contexto da *teoria dos três graus*. Clarificador o aresto vertido (5.6.1973) sobre o que ficaria conhecido como o caso do «Assassinio dos militares de Lebach (*Soldatenmord von Lebach*)», título do documentário televisivo que serviu de objecto à decisão ⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr., neste sentido, por exemplo, a decisão de 12.8.1975 in *JZ* 1976, págs. 31 e seg. Em sentido convergente, GOLLWITZER, in LÖWE/ROSENBERG, § 244, Rn. 174 e segs. Contra, W. SCHMIDT, *JZ* 1976, págs. 32 e segs.

⁽¹¹⁸⁾ *JZ* 1976, pág. 32.

⁽¹¹⁹⁾ Em seu abono, desenvolvidamente, BONARENS, *Dünnebier-Fs.*, *passim*; W. SCHMIDT, *JZ* 1976, págs. 32 e segs.

⁽¹²⁰⁾ BVerfGE, 35, 202 = *JZ* 1973, págs. 509 e segs. Para melhor apreensão das questões, uma referência sumária aos factos. Na noite de 19 para 20 de Janeiro de 1969, para obter armas e munições, um grupo atacou o depósito de munições da unidade de paraquedistas sediada em Lebach, tendo morto quatro soldados e ferido

Proferido poucos meses depois da marcante decisão de 31.1.1973, este pronunciamento permitiu ao Tribunal Constitucional estender ao direito à imagem, na plenitude da sua fundamentação e implicações prático-jurídicas, a *teoria dos três graus*, antes adiantada como racionalização da tutela do direito à palavra. Na formulação apodíctica do Tribunal: «o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade humana compreendem o direito à própria imagem e à palavra e, por maioria de razão, o direito de dispor sobre a representação da pessoa. Há-de assistir a cada um o direito de ser ele, e só ele, a determinar se e em que medida os outros podem representar em público a sua vida ou cenas da sua vida» (121). Versando sobre um caso de conflito entre o direito à imagem e o *direito de informação* (e representação) televisiva em relação a um crime efectivamente ocorrido e que abalou profundamente a opinião pública alemã, pôde o Tribunal Constitucional precisar: «o relato televisivo de um crime, com indicação do nome, reprodução da imagem ou representação do seu agente, significa normalmente um atentado grave à sua esfera de personalidade» (122). Só que, acrescenta, para além de sofrer as sanções criminais, o agente do crime «tem também, por via de regra, de suportar que o interesse da informação, despertado pelo facto num público que vive numa comunidade aberta ao princípio da livre comunicação, seja satisfeito nos termos normais» (123).

Nesta linha, explicita o Tribunal Constitucional, a admissibilidade das fotografias e da sua valoração processual estará de todo em todo excluída sempre que contendam com a *área nuclear inviolável da intimidade*. Quanto às fotografias que caem fora desta área circunscrita, as soluções terão já, em definitivo, de pedir-se à *pondera-*

outros. Um dos participantes, D, foi condenado a seis anos de prisão. Ao ser posto em liberdade, uma estação de televisão preparava-se para emitir o documentário *Soldatenmord von Lebach*, que relatava a conduta de D e reproduzia a sua imagem. Por sentença de 5.10.72 (cfr. NJW 1973, págs. 251 e segs.), o OLG Koblenz denegou fundamento à pretensão de D que requeria a proibição da emissão. O que motivou a mencionada intervenção do Tribunal Constitucional Federal.

(121) JZ 1973, pág. 509.

(122) *Id. ibidem*.

(123) *Id.*, págs. 510 e segs.

ção de interesses, à luz das exigências da *proporcionalidade*. *Brevitatis causa*, a valoração há-de, por via de regra, excluir-se nos domínios da pequena criminalidade e da delinquência juvenil. O inverso valendo já para a criminalidade mais grave. Mesmo aqui, adverte o Tribunal, não devem perder-se de vista todas as circunstâncias susceptíveis de, em concreto, relativizar os interesses em colisão.

Como sucede, por exemplo, com a perda progressiva de relevo do interesse da informação, à medida que nos afastamos do momento da prática ou da descoberta do facto e nos aproximamos do termo da expiação da pena ou, de qualquer forma, do regresso do agente à liberdade. Em que as exigências da *ressocialização*, também elas de evidente dignidade constitucional, aparecem a contrariar o renovado avivar de imagens e experiências do passado. O que pode converter um meio de comunicação como a televisão num «pelourinho» com um impacto de estigmatização capaz de comprometer qualquer programa de *ressocialização* (124).

2. Como facilmente se intuirá, só a compreensão de um autónomo *direito à imagem*, material e normativamente distinto do direito à reserva da vida privada e, sobretudo, da intimidade se ajusta ao direito português vigente. Onde, e para além do direito penal, o direito à imagem conhece igualmente, a par da expressa consagração constitucional (art. 26.º, n.º 1, da CR) uma directa e consistente tutela juscivilística (art. 79.º do Código Civil). Sendo outrossim consabido que a autonomização desta expressão da personalidade se deu antes de tal acontecer com o *direito à palavra*.

(124) *Id.*, págs. 510 e segs. Declinando o seu aplauso à doutrina sustentada pelo Tribunal Constitucional, BONARENS, *Dünnebier-Fs.*, págs. 220 e segs. Em sentido tendencialmente convergente e apelando também expressamente para a *teoria dos três graus*, se pronunciou recentemente o Tribunal Federal alemão (BGHSt. 36, 174). Resumidamente, para esclarecer um crime de fogo posto agravado (*Schwere Brandstiftung*, § 306 do StGB), o Tribunal Federal pronunciou-se pela valoração de uma videocassete, gravada pelo próprio acusado e reportando-se a conversas de negócios entre ele e outros participantes no crime. Sobre o caso, GÖSSEL, GA 1991, pág. 506.

Em causa está um bem jurídico eminentemente pessoal, com a estrutura duma liberdade fundamental e que outorga à pessoa o domínio sobre a própria imagem: *determinar quem e em que medida a pode registar ou divulgar*. Na formulação do artigo 79.º, n.º 1, do Código Civil (*Direito à imagem*): «O retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o seu consentimento». Na caracterização de ORLANDO DE CARVALHO: «o direito ao não conhecimento por outrem da sua própria imagem física: no que se inclui decerto o retrato, mas se incluem igualmente todas as outras captações possíveis do corpo do indivíduo, da sua projecção imagética» (125). Na pertinente e impressiva formulação da Relação de Lisboa (ac. 15.2.1989): «parece inquestionável hoje, que o direito à imagem e à reserva da intimidade da vida privada e familiar são direitos distintos» na ordem jurídica portuguesa vigente (126). Distinto do direito à reserva da vida privada na diversidade das suas esferas, o direito à imagem também não se identifica com o «direito ao anonimato» de que fala NEUMANN-DUESBERG (127).

Para além disso, não teria hoje sentido levar a tutela penal da imagem à representação primitiva e supersticiosa de que quem detém o retrato de outra pessoa detém o domínio sobre o seu destino. Não seria, de todo o modo, acertado deixar de perspectivar o direito à imagem como expressão concretizada da *autonomia* fundamental da pessoa. E do propósito de prevenir os perigos de manipulação e alienação que a objectivação da imagem comporta. Dito com ARNDT: «tanto o direito à imagem como o direito ao nome constituem expressão do princípio jurídico de que a pessoa humana só a si própria pertence».

(125) *Teoria Geral*, pág. 72. No mesmo sentido, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição*, págs. 195 e seg., autores que aditam, como dimensão do direito à imagem: «O direito de não ser (o retrato) apresentado em forma gráfica ou montagem ofensiva e malevolamente distorcida ou infiel». Sobre o conteúdo e estrutura do direito, cfr. ainda SAVINI, *L'immagine e la fotografia*, págs. 20 e segs.

(126) *Coleção de Jurisprudência* 1989, vol. 1, pág. 154. Sobre a compreensão jurisprudencial, cfr. ainda ac. do S.T.J. de 24.5.1989 (*BMJ*, n.º 387, Junho de 1989, págs. 531 e segs.) e ac. 18.1.1984 do Tribunal Constitucional (*BMJ*, n.º 340, Novembro de 1984, págs. 177 e segs.).

(127) *Apud*, ARNDT, *NJW* 1967, pág. 1846.

3. Para além disso, cremos ser fundadamente que a doutrina e a jurisprudência (128) apontam para uma redução mais acentuada do ilícito penal em matéria de tutela do direito à imagem. Tanto por força de uma mais lacunosa e circunscrita área de tutela típica como pela intervenção mais frequente das causas de justificação.

a) Terá de ser assim em consonância com a maior (do que a palavra) exposição da imagem, em termos que inviabilizam à partida a pretensão de um programa congruente e global de tutela penal. Mas sem que haja em qualquer caso de acompanhar-se ARNDT quando em nome desta exposição e de um irrestrito *direito constitucional de informação*, advoga o silenciamento praticamente total do direito à imagem (129). Mais acertado parece o disposto no n.º 2 do artigo 79.º do Código Civil Português, que dispensa «o consentimento da pessoa retratada quando assim o justifiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, as exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didácticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente» (130). Um dispositivo que terá de ser considerado na determinação do ilícito penal.

Isto sem levar mais longe a indagação sobre se as soluções práctico-jurídicas resultantes hão-de levar-se à conta da tipicidade ou da ilicitude. Considerações idênticas podendo adiantar-se a propósito do disposto no n.º 2 do artigo 250.º do CPP, que admite a fotografia do suspeito no quadro das *Medidas cautelares e de polícia*.

Talvez devesse, para além disto, advogar-se uma mais decidida fragmentaridade da ilicitude penal logo em sede de *área de tutela típica*. O que poderia lograr-se fazendo-se, v. g., depender a tipicidade da circunstância de ela ser obtida *contra a vontade* de quem de direito. Mesmo que apenas de vontade meramente *presumida* se trate.

(128) Para uma informação mais aturada, BONARENS, *Dürnbier-Fs.*, págs. 216 e segs.

(129) ARNDT, *NJW* 1967, pág. 1845, *passim*.

(130) Sobre os limites do direito à imagem, decorrentes da notoriedade pessoal, da participação em evento público, dos interesses da justiça ou da polícia e das finalidades científicas, didácticas ou culturais, cfr. desenvolvidamente, SAVINI, *L'immagine e la fotografia*, págs. 39 e segs.

Uma vontade que não deverá afirmar-se em relação ao par de namorados fortuitamente apanhados pela câmara de um turista que fotografa ou filma um jardim público. A inversa valendo já para a hipótese de o mesmo par ser, como tal, fotografado pelo repórter de um jornal de escândalos ou por alguém apenas interessado em registar a prova do evento. E será tanto mais assim quanto mais as cenas (fotografadas ou filmadas) se autonomizarem face ao contexto do lugar ou acontecimento públicos e contenderem com a esfera da *intimidade*.

b) É como um passo nesse sentido — de estreitamento da área de tutela típica — que deve ler-se a alínea d) do n.º 1 do artigo 179.º do CP. Que faz depender a utilização das fotografias ou filmes da circunstância de elas terem sido ou não *obtidas indevidamente*. Dando-se, assim, e ao contrário do que vimos suceder com as gravações, *guardada codificada às soluções próprias de uma teoria monista*.

Isto sem prejuízo duma ressalva, que não pode ser desatendida pelo intérprete e aplicador do direito. Concretamente, o artigo 179.º do CP deverá interpretar-se em conjugação com os preceitos que imediatamente o enquadram: o artigo 178.º (*Divulgação de factos referentes à intimidade da vida privada*) e o artigo 180.º (*Intromissão na vida privada*). Estas duas incriminações podem, no seu conjunto, resultar num *tipo de intercepção*, apanhando na sua malha a utilização ou divulgação de fotografias ou filmes que escapam à factualidade típica do artigo 179.º, preordenado à *tutela da imagem*, sem mais.

Será, concretamente, assim nos casos em que a utilização não consentida tenha por objecto fotografias relativas à *intimidade* e obedeça ao *propósito de devassa*. Exemplo: com o consentimento de A, B filma aquele em cenas íntimas em que ambos participam. B não pode, sem o consentimento de A, divulgar as imagens, mesmo para efeitos de produção de prova em processo penal.

4. O âmbito da ilicitude penal, que fica sumariamente referenciado, predetermina o alcance da *proibição de valoração* das fotografias e filmes. Resumidamente, e posta entre parênteses a hipótese de procedimento criminal por crime de *fotografia ilícita* (art. 126.º, n.º 4, do CPP):

a) Deve ter-se como proibida a valoração das fotografias obtidas de modo penalmente ilícito, nomeadamente, se produzidas sem con-

sentimento e a descoberto de justificação bastante. Em termos substancialmente idênticos ao que vimos suceder com as gravações. E tendo-se, concretamente, presente que o propósito de obter e carrear provas para o processo penal não configura, só por si, derimente bastante da ilicitude de fotografias cuja obtenção actualiza a factualidade típica do crime de *fotografias ilícitas*.

A esta luz e no quadro do direito positivo português — pelo menos depois da entrada em vigor do novo Código de Processo Penal — não poderá considerar-se pertinente a argumentação invocada pelo acórdão do S.T.J., de 2.2.1988, para afastar a proibição de valoração de fotografias relativas a aspectos da vida particular do arguido, obtidas sem o seu consentimento e valoradas contra a sua vontade. Segundo o mencionado aresto do nosso tribunal supremo: «Não constitui aquela obtenção violação do artigo 179.º, n.º 1, alíneas c) e d), do CP, porque foi feita com *justa causa* (é de ter em atenção que o n.º 2 do art. 178.º do mesmo Código considera causa justa o emprego de meio adequado para realizar um interesse público legítimo — interesse este que foi o da descoberta da verdade material relativamente a um crime grave) e com consentimento da autoridade competente, que não tinha de ser judicial (aludido art. 2.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 605/85, a contrario)» (131).

b) O panorama é mais complexo do lado das fotografias ou filmes cuja obtenção não configura um ilícito penal: porque produzidos com consentimento (e como tais atípicos) ou a coberto de justificação bastante.

Como início de resposta importa adiantar uma distinção:

De um lado estarão as hipóteses em que a utilização ou valoração destas fotografias possa originar o ilícito penal à luz dos artigos 178.º ou 180.º do CP. É o que sucederá, em termos que já tivemos oportunidade de precisar, com as fotografias que contendam com o a *intimidade*, cuja valoração sem consentimento há-de, por isso, considerar-se igualmente proibida.

Solução inversa deverá já preconizar-se para as demais constelações típicas, sc.: aquelas que, por sobre não terem sido obtidas de

(131) BMJ, n.º 374 (Março de 1988), pág. 381.

forma penalmente ilícita não contendem com a *intimidade*. A sua valoração será, por princípio, admissível, por força do disposto no n.º 1 do artigo 167.º do CPP.

§ 18. ESCUTAS TELEFÓNICAS E «CONHECIMENTOS FORTUITOS». «EFEITO-À-DISTÂNCIA»

A) Caracterização geral: relevo prático e significado axiológico-normativo das escutas telefónicas

1. Com uma presença cada vez mais expressiva na experiência jurídica contemporânea, as *escutas telefónicas* sobressaem igualmente pela diversidade e complexidade dos problemas normativos que suscitam.

A atestar o crescente relevo pragmático das escutas telefónicas está, desde logo, a multiplicação exponencial da sua frequência. É o que os dados relativos, v. g., às experiências alemã e portuguesa mais recentes claramente sugerem. Dados que, a par disso, e para além de um ritmo idêntico de crescimento, não deixam outrossim de indiciar — feita a correcção natural, imposta pela diferença de dimensão — um peso relativamente equilibrado no confronto dos dois países. Assim ⁽¹³²⁾:

	ALEMANHA	PORTUGAL
1979	443	—
1982	968	2
1983	—	37
1984	—	169
1985	1431	173
1986	1671	219
1987	—	265
1988	2076	276
1989	2205	365

⁽¹³²⁾ Fontes: para a Alemanha, WOLTER, *Arm. Kaufmann-Gs.*, pág. 762; *Kriminalistik* 1978, pág. 529; *Bundestagsdrucksache*, 11/2220, pág. 10; para Portugal, informações fornecidas pelo Ex.^{mo} Procurador-Geral da República.

A relativa novidade da problemática centrada sobre as escutas telefónicas explica, por seu turno, a perplexidade, as hesitações e as descontinuidades das correspondentes respostas normativas. Tanto a produção legislativa como a elaboração doutrinal e jurisprudencial estão longe de ter logrado paradigmas gerais de enquadramento e de superação jurídica das questões. Ostensivas, desde logo, a novidade e, sobretudo, a descontinuidade dos arrimos oferecidos ao intérprete e aplicador do direito pelos textos positivamente codificados. Entre nós foi só a partir do novo Código de Processo Penal que o legislador se propôs enunciar os princípios gerais de um regime processual penal das escutas telefónicas (arts. 187.º e segs.). De igual modo, na Alemanha tal só se deu com a introdução — feita pelo artigo 2 da *Gesetz zu Beschränkung des Briefs-Post-und Fernmeldegeheimnis* («Lei sobre a limitação do segredo da correspondência e das telecomunicações»), de 13 de Agosto de 1968 — dos novos §§ 100a) e 100b) da StPO. Num caso e noutro acabaram, porém, por se pôr de pé regimes legais a que não é possível pedir a resposta directa a praticamente nenhum dos problemas de mais evidente alcance prático-jurídico. É o que um primeiro contacto com as constelações típicas já conhecidas da experiência jurisprudencial ou com uma presença mais insistente nas páginas da elaboração dogmática cedo permitirá concluir. Como, reportando-se directamente aos citados §§ 100a) e 100b) da StPO alemã — que parece aspirar, e aparentemente tê-lo-á logrado, a plasmar soluções de maior determinabilidade e concretização do que os preceitos homólogos da lei portuguesa — e fazendo-se eco deste mal-estar generalizado face ao direito positivo, assinala WOLTER, eles acabam, na prática, por permitir a escuta em relação a praticamente todo e qualquer telefone ⁽¹³³⁾.

É sobre o pano de fundo desta descontinuidade jurídico-positiva — e sem deixar de actualizar a consciência de que não seria realista esperar do legislador uma resposta cabal e esgotante à plétora dos problemas, extremamente diversificados e centrífugos que aqui se

⁽¹³³⁾ WOLTER, *Arm. Kaufmann-Gs.*, pág. 763. No mesmo sentido, e com idêntica intencionalidade crítica, RUDOLPHI, *Schaffstein-Fs.*, págs. 433 e segs.

suscitam — que a doutrina e a jurisprudência vêm fazendo caminho. E também deste lado longe de se alcançar o almejado amadurecimento dos problemas e das soluções. Bastará recordar que só em 1976 (BGHSt., 26,298) ⁽¹³⁴⁾ o Tribunal Federal foi chamado, pela primeira vez, a afrontar directamente o problema das escutas telefónicas e dos *conhecimentos fortuitos*. De todo o modo, e a partir daí, tem-se acelerado notoriamente a frequência dos pronunciamentos dos tribunais superiores germânicos sobre as questões de maior relevo prático-jurídico. Movimento a que não tem deixado de corresponder a intensificação da elaboração doutrinal, responsável pelo acervo, já dificilmente controlável, da bibliografia votada aos mesmos temas. Daí que — todas as lacunas, hesitações e aporias presentes — seja já possível referenciar um conjunto de tópicos susceptíveis de alimentar o círculo hermenêutico à custa do qual se há-de ensaiar a progressão. Para além de relativamente clarificados os problemas basilares, são já conhecidos modelos mais ou menos consistentes de argumentação e estão já identificadas algumas linhas fundamentais de clivagem e afrontamento doutrinários e jurisprudenciais.

2. Algumas observações preliminares para sinalizar outros tantos limites da área problemática em exame, dessa forma se aplanando o caminho de uma mais correcta equação e superação das questões de maior relevo prático-jurídico.

a) Em primeiro lugar e nos termos do artigo 190.º do CPP, o regime expressamente reservado às escutas telefónicas vale, com as necessárias adaptações, para as demais formas de transmissão técnica de conversações ou comunicações. Trata-se, contudo, de um regime em princípio reservado às formas de comunicação oral, isto é, que possibilitam a emissão e recepção da própria palavra falada. Dele estarão, por exemplo, excluídas formas de comunicação como o *telégrafo* ou o *telex*. Será, assim, desde logo, por razões atinentes à carência de tutela. Isto por ser manifesto que a intromissão indevida

⁽¹³⁴⁾ Sobre esta decisão de 15 de Março de 1976 (NJW 1976, págs. 1462 e segs.), cfr. *infra*.

nas comunicações telegráficas não actualiza o atentado ao *direito à palavra*, que constitui um dos coeficientes de maior peso da danosidade social das escutas telefónicas. Acresce ser a própria lei a submeter expressamente o telegrama ao regime específico — e diferente do das escutas telefónicas — *da apreensão de correspondência*. Este é, de resto, o entendimento prevalecente na Alemanha, apesar de os preceitos homólogos da StPO (§§ 100a) e 100b)) se reportarem não às *escutas telefónicas*, mas antes e de forma mais genérica às intromissões nas telecomunicações (*Überwachung des Fernmeldeverkehrs*) ⁽¹³⁵⁾.

b) Em segundo lugar, e na linha do interesse cognitivo que motiva a presente investigação, apenas curaremos de definir o significado processual penal das escutas telefónicas à luz do conceito e do regime das *proibições de prova em processo penal* — já como proibição de produção, já como proibição de valoração.

Fora das nossas preocupações directas caem, assim, questões como a de saber se a proibição de valoração que eventualmente atinja determinados conhecimentos obtidos através de uma escuta telefónica há-de ou não impor igualmente a inadmissibilidade da sua utilização como fundamento autónomo de investigação e perseguição penal. Como facilmente se representará, uma questão cujo relevo prático-jurídico avultará sobremodo no domínio específico dos chamados *conhecimentos fortuitos*.

Ilustrando com um exemplo:

Na base da suspeita do seu envolvimento numa *associação criminosa*, que se dedica ao furto e venda ilícita de automóveis, foi o telefone de A colocado sob escuta. O que permitiu saber, *inter alia*, que, a pedido de B, cidadão estrangeiro, e inteiramente à margem das actividades da suposta associação criminosa, A procedeu à falsificação de um passaporte nacional em favor de B.

Excluído — em termos que curaremos de clarificar — como *prova* da responsabilidade criminal de A ou B a título de *falsificação*

⁽¹³⁵⁾ Cfr., por todos, MEYER, in LÖWE/ROSENBERG, § 100a), Rn. 3; KAISER, NJW 1969, pág. 19.

de documentos, estará também vedado ao ministério público utilizar este conhecimento para efeito de *notícia do respectivo crime* e, por isso, como fundamento do correspondente processo penal?

Pela primeira vez confrontado com o problema no aresto proferido em 22 de Fevereiro de 1978 (BGHSt., 27,355) ⁽¹³⁶⁾, o Tribunal Federal germânico pronunciou-se em sentido abertamente negativo. Nos termos do respectivo sumário: «Os indícios recolhidos a partir da gravação das conversações telefônicas podem ser utilizados como fundamento de investigações contra qualquer dos crimes não incluídos no catálogo do § 100a) da StPO». Também a doutrina só ultimamente começou a interrogar-se sobre o problema, não sendo ainda possível referenciar o que possa considerar-se um entendimento dominante. A par dos que defendem a utilização sem restrições daqueles conhecimentos (v. g., MEYER) ⁽¹³⁷⁾ ou dos que contrapõem soluções mitigadas e compromissórias, de recorte e implicações pragmáticas nem sempre sobreponíveis (v. g., KAISER ou REISS) ⁽¹³⁸⁾, não faltam autores a defender a tese extremada da proibição pura e simples de todo o aproveitamento processual dos conhecimentos. Nesta linha refere, por exemplo, KNAUTH que uma solução divergente tornaria pura e simplesmente ilusória a tutela jurídico-constitucional da inviolabilidade das telecomunicações. Uma pessoa ver-se-ia, com efeito, penalmente perseguida com base em escutas telefônicas que, de outra forma, nunca poderiam ser autonomamente ordenadas. «O princípio da legalidade da promoção não pode interromper a osmose entre o direito constitucional e a StPO. Os interesses com dignidade jurídico-constitucional devem ter prevalência sobre os

⁽¹³⁶⁾ Cfr. JR 1979, págs. 163 e segs.

⁽¹³⁷⁾ MEYER, in LÖWE/ROSENBERG, § 100a), Rn. 13. Em sentido tendencialmente convergente, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 230.

⁽¹³⁸⁾ De acordo com KAISER, a admissibilidade, de princípio, da utilização não valerá, todavia, para a pequena criminalidade ou para os crimes que contendam directamente com a intimidade. Cfr. NJW 1974, pág. 350. Subcrevendo igualmente o princípio da admissibilidade da utilização dos conhecimentos, sustenta, todavia, REISS que eles não podem valer como fundamento da aplicação de medidas de coacção ou de recurso a buscas, revistas ou apreensões. Cfr. REISS, JR 1979, pág. 169.

desejos e as metas do processo penal. A proibição de valoração de raiz jurídico-constitucional limita a aplicação do princípio da legalidade» ⁽¹³⁹⁾.

c) Em terceiro lugar, e como a progressão no afrontamento das questões irá deixando claro, abundam as razões de índole dogmática e prático-jurídica a justificar uma vinculação privilegiada entre as escutas telefônicas e os *conhecimentos fortuitos*. O que não significa que os *conhecimentos fortuitos* constituam um problema exclusivo deste meio de obtenção da prova. O problema pode igualmente suscitar-se no contexto, v. g., das *buscas* ou da *apreensão de correspondência*. Por exemplo, e no que a esta última concerne: A, que aguarda julgamento em prisão preventiva, escreve a B pedindo-lhe que subtraia ou falsifique documentos que podem vir a ser utilizados contra A em relação a crime diferente daquele que motiva a prisão preventiva. Também aqui cabe questionar se a carta, legalmente apreendida para efeitos do processo que levou à prisão preventiva, poderá ser igualmente valorada no processo em vista do qual foi solicitada a subtração ou falsificação dos documentos.

A resposta afigura-se relativamente linear no domínio específico das *buscas*, onde nada parece contrariar a tese da admissibilidade geral da apreensão e valoração de todos os *conhecimentos fortuitos*. Isto à vista de um preceito como o artigo 179.º do CPP — ou do ainda mais explícito § 108 da StPO alemã —, que, de forma mais ou menos unívoca, autoriza a *apreensão de todos os objectos relacionados, nos termos legalmente prescritos, com um crime*. De acordo com o entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência alemãs, a tese da legitimidade da valoração de todos os conhecimentos fortuitos decorrentes de uma dada busca, imposta, de resto, pelo citado § 108 da StPO — radica na circunstância de este meio de obtenção da prova

⁽¹³⁹⁾ KNAUTH, NJW 1978, pág. 743. Sobre o problema, distinto mas de algum modo paralelo, da *mudança de fim* (dos conhecimentos obtidos por escuta telefónica) da perseguição penal para a *prevenção de perigos*, cfr. desenvolvidamente, GLOBIG, ZRP 1991, págs. 81 e segs. e 1289 e segs.; HASSEMER, ZRP 1991, págs. 121 e segs.; RIEGEL, ZRP 1991, págs. 286 e segs., e *supra*.

ser admissível em relação a qualquer crime. São, pois, razões de economia processual — evitando-se a repetição de formas e diligências — que ditam a apreensão directa ou a valoração probatória dos objectos que corporizam os *conhecimentos fortuitos* ⁽¹⁴⁰⁾.

Sistematicamente associado às *buscas* e a elas apenas se reportando expressamente, este é um regime (o do § 108 da StPO) que os autores alemães propendem a aplicar também à *apreensão de correspondência* ⁽¹⁴¹⁾. Seja, porém, qual for o seu bem fundado no direito germânico, a verdade é que a comunicação generalizada do regime das *buscas* à *apreensão de correspondência* está entre nós prejudicada pelo artigo 179.º do CPP, que, na alínea b) circunscreve expressamente a apreensão de correspondência aos casos em que «está em causa crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos». No direito português, a apreensão de correspondência está, assim, sujeita a um regime de *catálogo*, semelhante, embora mais amplo, ao que vigora para as escutas telefónicas. O que sugere uma disciplina processual da apreensão de correspondência de algum modo aberta aos sentidos normativos do regime das escutas telefónicas. E diferenciada da disciplina reservada às *buscas*, sem mais.

De igual modo, são apenas razões de economia que nos levam a ensaiar, nesta sede, um início de resposta à questão do *efeito-à-distância*. Que, mais ainda do que a questão dos *conhecimentos fortuitos*, transcende manifestamente a área problemática das escutas telefónicas, podendo suscitar-se face à generalidade das proibições de prova.

3. Sinalizados os limites exteriores da área problemática para cuja clarificação nos propomos oferecer um contributo, caberá empreender uma maior aproximação aos fundamentos materiais axiológico-teleológicos e às particularidades normativas do regime processual penal das escutas telefónicas. Para enquadrar devidamente o discurso convirá começar por uma caracterização sumária dos proble-

⁽¹⁴⁰⁾ Neste sentido, por todos, MAIWALD, *JuS* 1978, pág. 381; RUDOLPHI, *Schaffstein-Fs.*, págs. 450 e seg.; SCHLÜCHTER, *Das Strafverfahren*, págs. 283 e seg.

⁽¹⁴¹⁾ Por todos, SCHLÜCHTER, *ob. cit.*, págs. 200 e segs.

mas suscitados pelas escutas telefónicas sobre o pano de fundo da temática das *proibições de prova em geral*. Uma oportunidade que aproveitaremos para: por um lado, pôr em evidência o carácter paradigmático das escutas telefónicas no contexto da doutrina das proibições de prova; e, por outro lado e complementarmente, recordar alguns dos tópicos responsáveis pelos limiares particularmente elevados que aqui acabam por ganhar a complexidade e as dificuldades, já conaturais à disciplina geral das proibições de prova.

a) Nos problemas suscitados pelas escutas telefónicas voltam a revelar-se, com profundidade e amplitude acrescidas, as descontinuidades e antinomias que dominam o discurso normativo das proibições de prova.

α) A começar, surge aqui particularmente exposta a descontinuidade entre os momentos (e os regimes) da *proibição de produção* e da *proibição de valoração*. Daí que não deva acompanhar-se W. SCHÜNEMANN quando, na base do dogma de que os problemas jurídico-processuais das escutas telefónicas se reduzem — podendo como tais e nessa sede ser de forma esgotante e definitiva respondidos — a problemas de *proibição de produção de prova*, conclui: «Podem valorar-se todos os conhecimentos adquiridos a partir de uma escuta telefónica legalmente admissível. Isto porquanto só há limites legais à valoração de provas quando estas assentam num modo *não permitido* de produção» ⁽¹⁴²⁾. Tudo, pelo contrário, sugere que também aqui a admissibilidade da produção de uma dada escuta telefónica não se comunica sem mais à admissibilidade da valoração dos conhecimentos que ela propicia. A questão da valoração introduz uma complexidade nova cuja superação só é possível à custa de um autónomo círculo hermenêutico, a apelar para tópicos específicos em matéria de danosidade social e de justificação. Na síntese de RUDOLPHI: «A valoração de uma conversação telefónica legalmente gravada só será admissível quando especialmente justificada. Isto é: quando, nos termos do § 100a) da StPO, teria sido possível

⁽¹⁴²⁾ W. SCHÜNEMANN, *NJW* 1978, págs. 406 e segs.

ordenar a escuta e proceder à gravação precisamente daquela conversação para efeitos de perseguição penal» (143).

β) Considerações idênticas poderiam fazer-se sobre as relações que medeiam entre o discurso (substantivo) da licitude/ilicitude da recolha das provas e o discurso (processual) da validade da sua utilização. Esta outra área onde o regime das escutas telefónicas vem emprestar uma plausibilidade reforçada à tese da descontinuidade. Noutros termos, e pela inversa, aquele regime deixa abertamente exposta a insubsistência da crença avançada por SAX, segundo o qual, e para todas as proibições de prova, pode afirmar-se que «o problema da admissibilidade da utilização de um meio de prova só se coloca se e porque o acto da sua aquisição configura uma qualquer violação da lei» (144). Foram, de resto e significativamente, as suas mais marcantes decisões em matéria de escutas telefónicas que ofereceram ao BGH alemão a oportunidade para o pronunciamento do princípio da descontinuidade normativa entre o juízo de licitude/ilicitude da produção da prova e o da admissibilidade da respectiva utilização probatória (145).

γ) As escutas telefónicas emprestam igualmente expressão paradigmática àquela tensão centrífuga, imposta pelo peso privilegiado das singularidades incomunicáveis do caso concreto, que constitui outra das marcas distintivas do direito das proibições de prova.

Não se estranhará, por isso, que as escutas telefónicas se mostrem particularmente rebeldes à pretensão de verter em forma de lei positiva uma qualquer disciplina generalizadora e acabada. Mesmo as tentativas aparentemente mais logradas nesta direcção acabam, quando confrontadas com a «surpresa» das expressões da vida, por se mostrar invencivelmente lacunosas. É o que a doutrina e a jurisprudência alemãs não têm deixado de, insistentemente, assinalar, mesmo

(143) RUDOLPHI, *Schaffstein-Fs.*, pág. 447. Sobre o problema, desenvolvidamente, RUDOLPHI, *ob. cit.*, págs. 446 e segs.; RIESS, *JR* 1979, págs. 167 e segs.

(144) SAX, *JZ* 1965, pág. 3. Em sentido convergente, entre nós, MARQUES DA SILVA, *Do Processo Penal Preliminar*, pág. 191.

(145) Cfr. v. g., BGHSt., 27,355, ou *JR* 1979, pág. 164, bem como a correspondente anotação de RIESS, *JR* 1979, págs. 167 e segs.

face à regulamentação cuidada dos §§ 100a) e 100b) da StPO. Também nos sistemas jurídicos de modelo continental, é sobretudo da elaboração doutrinal e da intervenção co-criadora da jurisprudência que há-de esperar-se o necessário e definitivo enquadramento normativo dos problemas práticos suscitados pelas escutas telefónicas.

δ) No panorama dos meios de obtenção da prova, as escutas telefónicas sobressaem ainda, para além da sua eficácia do ponto de vista da perseguição penal, pela sua manifesta e drástica danosidade social. Isto atento quer o número de direitos ou interesses atingidos, quer a gravidade da respectiva lesão. Daí que no regime das escutas telefónicas ecoem, com particular ressonância, as antinomias político-criminais de fundo, subjacentes a todo o direito das proibições de prova. E que, mais do que qualquer outro domínio específico deste direito, ele se revele especialmente sensível às oscilações da conjuntura (146). Na verdade, e tal como tende hoje a afirmar-se, a disciplina jurídica das escutas telefónicas releva sobremaneira daquela «dramatização da violência e da ameaça» (HASSEMER) induzida nas representações colectivas pela mais recente explosão do crime organizado, *maxime* do terrorismo e do tráfico de estupefacientes.

b) No que fica dito estão já assinalados alguns dos sinais — e sugeridas algumas das razões — da acrescida complexidade problemática do direito das escutas telefónicas. E para a qual não deixam igualmente de contribuir muitas das numerosas e outras singularidades deste específico meio de obtenção da prova.

α) De monta são, desde logo, as dificuldades e aporias que se deparam à definição dos *conhecimentos da investigação* (*Untersuchungserkenntnisse*) (147) cobertos por uma escuta telefónica legalmente autorizada e levada a cabo. Uma tarefa imposta pela neces-

(146) Sobre a frequência das alterações legislativas, sofridas desde a sua entrada em vigor (1968) pelos §§ 100a) e 100b) da StPO alemã, cfr. MEYER, in LÖWE/ROSENBERG, § 100a) «Entstehungsgeschichte». Sobre a sensibilidade do regime das escutas telefónicas às representações colectivas (conjunturais) quanto à ameaça dos movimentos da criminalidade, MAIWALD, *JuS* 1978, págs. 378 e segs.

(147) Desenvolvidamente, WOLTER, *Arm. Kaufmann-Gs.*, págs. 765 e segs.

sidade de demarcar, com a segurança possível, aqueles conhecimentos dos *conhecimentos fortuitos*, a requerer um tratamento distinto. Um problema que, mesmo a não se sobrepor necessária e inteiramente ao mais conhecido problema do *objecto do processo* ⁽¹⁴⁸⁾, sempre terá com ele decisivos pontos de conexão. E sempre fará emergir, não raro mesmo agravadas, as dificuldades de índole substantiva e processual que a propósito do objecto do processo, vêm desafiando a dogmática e a jurisprudência.

β) A complexidade avulta de novo quando se consideram as dificuldades, frequentemente a impossibilidade prática, de, em cada caso concreto, estabelecer balizas seguras à potencial danosidade social das escutas telefônicas. À plétora dos bens jurídicos ou direitos agredidos, acresce a circunstância de, por via de regra, as escutas telefônicas acabarem por atingir a esfera jurídica de pessoas que estão fora do círculo dos arguidos e suspeitos em relação aos quais foram ordenadas. O que pode abrir a porta à devassa da privacidade de pessoas a que, de um modo ou de outro, a lei outorga o direito (ou impõe mesmo o dever) de recusa de depoimento. Pense-se na possibilidade de, por essa via, se frustrar o segredo profissional do defensor, do médico, do ministro de confissão religiosa, pondo-se ao mesmo tempo em crise a correspondente relação de confiança, com o seu irrecusável relevo institucional.

γ) O direito das escutas telefônicas sobreleva ainda pela interpenetração privilegiada com o ordenamento jurídico-constitucional. É, desde logo, a sua qualificada danosidade social a impor o reforço daquela «osmose entre o direito constitucional e o direito processual penal» (KNAUTH), sobre que, em geral, assenta todo o direito das proibições de prova. Para além disso, é a assinalada fragmentaridade do direito (ordinário) positivo a reclamar frequentemente do intérprete e aplicador uma definição do direito do caso concreto para que não parece oferecer apoio. Um caminho erigido de espinhos, *maxime* na medida em que resulte na admissibilidade da realização ou da valoração de escutas telefônicas a descoberto de correspondente e expresso

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. WOLTER, *ibidem*.

suporte legal. Tais soluções terão, por princípio, contra si a baliza constitucional da *reserva de lei* e mesmo da divisão de poderes. Nesta linha não deverá afastar-se, liminarmente e sem mais, a tese, sustentada, v. g., por PRITTWITZ, segundo a qual, em nome da reserva de lei, há-de negar-se a admissibilidade da valoração de todos os conhecimentos fortuitos ⁽¹⁴⁹⁾.

4. Um regime positivo das escutas telefônicas como o consagrado pelos artigos 187.º e seguintes do CPP português ou pelos preceitos homólogos da codificação germânica tem subjacente uma representação da densidade axiológico-material deste meio de descoberta de prova, que convirá deixar mais explícita.

O que mais sobreleva nesta perspectiva é a já referenciada e qualificada danosidade social das escutas telefônicas, isto é, o teor particularmente elevado do seu potencial de ameaça. As escutas telefônicas são, na verdade, portadoras de uma danosidade social polimórfica e pluridimensional que, em geral, não é possível conter nos limites, em concreto e à partida, tidos como acertados. Tanto no plano objectivo (dos bens jurídicos sacrificados) como no plano subjectivo (do universo de pessoas atingidas), as escutas telefônicas acabam invariavelmente por desencadear uma mancha de danosidade social, a alastrar de forma dificilmente controlável.

a) *No plano objectivo*, as escutas telefônicas desencadeiam um processo de devassa que não pode circunscrever-se ao sacrifício mais óbvio e linear da inviolabilidade das telecomunicações, sancionada pelo artigo 34.º da Constituição. E isto mesmo descontadas situações marginais, como a audição de conversas privadas que acontecem quando, na sequência de uma escuta legalmente autorizada, e porque os interlocutores não colocam devidamente os auscultadores, continuam a gravar-se as conversações que ocorrem na privacidade da sua habitação — «conversas entre quatro paredes (*Raumgespräche*)».

⁽¹⁴⁹⁾ PRITTWITZ, *StV* 1984, pág. 310. Sobre o problema cfr. ainda WOLTER, *ob. cit.*, págs. 763 e segs.

Mesmo nas hipóteses normais, e como o Tribunal Federal alemão pertinentemente assinala, «a intromissão nas telecomunicações segundo o §100a) da StPO não configura apenas uma agressão à inviolabilidade das telecomunicações; ela representa também uma devassa da esfera privada dos respectivos intervenientes» ⁽¹⁵⁰⁾. Numa consideração analítica mais atenta, a escuta e a gravação não consentidas de conversações telefónicas acabam sempre por consumir a lesão irreparável do direito à palavra falada. E implicam igualmente, e no que ao arguido ou suspeito especificamente concerne, um atentado directo ao respectivo *status processualis activus* ⁽¹⁵¹⁾. A escuta telefónica não consentida pode converter-se numa forma larvada de obtenção de confissões não livres, frustrando-se a garantia do princípio *nemo teneatur se ipsum prodere*. Por outro lado, e na medida em que aos interlocutores assista o direito (ou o dever) de sigilo, ou seja de algum modo reconhecida a legitimidade para recusar depoimento, são os correspondentes valores ou relações de confiança a ser inescapavelmente postos em causa. Para além disso, a escuta telefónica consumará ou mediatizará normalmente o sacrifício da *autodeterminação sobre a informação*. Tanto da pessoa directamente perseguida como — o que antecipa já a consideração do *plano subjectivo* — de terceiros. Uma dimensão de danosidade social que o consentimento do próprio sujeito não logra, só por si, prevenir eficazmente. Na verdade, também a prática das escutas telefónicas abundará em situações em que o exercício da autonomia de um tem como reverso a coerção e alienação de outros. Razão assistirá, por isso, a HASSEMER ao sublinhar que hoje não é possível equacionar correctamente os problemas do regime das escutas telefónicas pondo-se entre parênteses a lição e as implica-

⁽¹⁵⁰⁾ BGHSt., 27,355, ou JR 1979, pág. 164. No mesmo sentido, BGHSt., 31,296: «O § 100a) da StPO não limita apenas o direito fundamental da inviolabilidade do sigilo das telecomunicações (art. 10.º da Lei Fundamental); mas também e ao mesmo tempo o direito geral de personalidade igualmente protegido pela Constituição». JR 1984, pág. 254.

⁽¹⁵¹⁾ Sobre os requisitos e o relevo do consentimento, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 230, e GÖSSEL, GA 1991, pág. 495. Sobre a violação do *status processualis activus*, WOLTER, *Arm. Kaufmann-Fs.*, pág. 764.

ções da decisão do Tribunal Constitucional (15.2.1983) a que ficou a dever-se a primeira proclamação do direito de *autodeterminação sobre a informação* ⁽¹⁵²⁾.

b) *No plano subjectivo*, a danosidade social qualificada das escutas telefónicas exprime-se sobretudo na circunstância de não ser tecnicamente possível limitar a escuta e a gravação aos elementos com relevo directo para o processo penal para que são concretamente ordenadas. Pela natureza das coisas, a clarificação de um crime pela via das escutas telefónicas pode atingir, para além dos suspeitos, participantes e encobridores, pessoas de todo em todo inocentes ou mesmo interlocutores de boa fé.

E pode, sobretudo, permitir o acesso a conversações que relevam das esferas de segredo e das relações de confiança legal, mesmo constitucionalmente, tuteladas. Na síntese de RUDOLPHI: «É evidente que as escutas telefónicas tornadas possíveis pelo § 100a) não atingem apenas os direitos fundamentais dos culpados, mas também os terceiros não participantes. Para além disso, e sobretudo, elas acabam por desrespeitar aquelas esferas de segredo e relações de confiança juridicamente protegidas tanto pelo direito penal substantivo (nos termos do § 203 do StGB), como pelo direito processual (através do reconhecimento do direito de recusa a prestar depoimento como testemunhas). Frequentemente, tal será mesmo uma imposição das razões de ordem tático-criminalística. Para uma escuta telefónica ter sucesso nada mais indicado do que insistir sobre as ligações telefónicas daquelas pessoas a quem, pela maior proximidade familiar ou pela confiança que lhes merece o dever de segredo, mais facilmente os suspeitos farão comunicações atinentes ao seu crime. Precisamente as pessoas legalmente legitimadas a recusar depoimento como testemunhas» ⁽¹⁵³⁾.

⁽¹⁵²⁾ HASSEMER, ZRP 1991, pág. 123. Sobre o problema, cfr. ainda, GLOBIG, ZRP 1991, pág. 83.

⁽¹⁵³⁾ RUDOLPHI, *Schaffstein-Fs.*, pág. 434. Em sentido convergente, FEZER, JuS 1979, págs. 186 e segs.

B) Regime legal. O defensor e os demais portadores privilegiados de segredo e confiança

1. O teor particularmente drástico da ameaça representada pela escuta telefónica explica que a lei tenha procurado rodear a sua utilização das maiores cautelas. Daí que a sua admissibilidade esteja dependente do conjunto de exigentes pressupostos materiais e formais previstos nos artigos 187.º e seguintes da lei processual portuguesa ou nos §§ 100a) e 100b) da codificação alemã. Tanto o legislador português como o alemão procuraram, assim, inscrever o regime das escutas telefónicas sobre a exigente *ponderação de bens* entre: por um lado, os sacrifícios ou perigos que a escuta telefónica traz consigo; e, por outro lado, os interesses mais relevantes da perseguição penal. Trata-se, como KNAUTH pertinentemente assinala, de uma «ponderação vinculada (*gebundene Abwägung*)», de que o intérprete e aplicador do direito não estão legitimados a desviar-se ⁽¹⁵⁴⁾.

E aqui — no imperativo da fidelidade estrita ao paradigma da ponderação legalmente codificada — residirá uma razão decisiva em abono da exigência de uma *interpretação restritiva* das normas atinentes às escutas telefónicas. Uma exigência que concita a seu favor o aplauso praticamente unânime da jurisprudência e da doutrina, incluída a doutrina jus-constitucionalística. Louvando-se do que a este propósito vem sendo o seu entendimento recorrente, proclama recentemente (decisão de 16.3.1983) o BGH que estas normas «como preceitos limitadores de um direito fundamental deverão — tendo em conta o reconhecimento do eminente significado axiológico dos direitos fundamentais no contexto de um estado democrático assente na liberdade — ser interpretadas restritivamente na direcção da compressão do direito fundamental» ⁽¹⁵⁵⁾. No plano doutrinal refere, por seu turno, WOLTER: «Os atentados contra o sigilo das telecomunicações, o direito à palavra falada e mesmo a liberdade de expressão devem

⁽¹⁵⁴⁾ Desenvolvidamente, KNAUTH, *NJW* 1978, pág. 742.

⁽¹⁵⁵⁾ *JR* 1984, pág. 254. No mesmo sentido, BGHSt., 26,298, ou *NJW* 1976, págs. 1462 e segs.

ater-se ao estritamento necessário e salvaguardar sempre a *garantia do conteúdo essencial* e do *princípio de proporcionalidade*» ⁽¹⁵⁶⁾.

A interpretação restritiva é, para além disso, imposta por ponderosas razões decorrentes de uma compreensão sistematicamente integrada da lei.

Descontada a situação específica do *defensor* (art.187.º, n.º 3), a lei processual parifica todas as conversações telefónicas para efeito de escutas. Independentemente de elas relevarem das *esferas de segredo* ou das *relações de confiança* a que tanto a lei substantiva como a processual (cfr., v. g., os arts. 134.º a 137.º do CPP) adscrevem uma mais ou menos consistente área de tutela. E não se afigura plausível que, ressalvado o *defensor*, o legislador se tenha proposto neutralizar de todo em toda aquela tutela privilegiada em sede de escutas telefónicas. E, por vias disso, homogeneizar sem mais as conversações telefónicas do arguido com o seu médico, psiquiatra ou assistente religioso e as que ele mantém com um normal fornecedor, v. g., de instrumentos do crime. Tudo, pelo contrário, parece sugerir que a superação da antinomia haja de lograr-se à custa de uma interpretação restritiva, assegurando-se, também aqui, uma tutela reforçada daquelas esferas de segredo e relações de confiança. Na linha do que expressamente se prevê para o *defensor* e, noutra direcção, para outros meios de obtenção da prova, como a *busca domiciliária* (art. 177.º, n.º 3) ou a *apreensão em escritório de advogado ou em consultório médico* (art. 180.º).

2. Para dar expressão codificada ao programa político-criminal que fica sugerido, a lei processual penal portuguesa (arts. 187.º e segs.) faz depender a admissibilidade das escutas telefónicas de um conjunto articulado de pressupostos *materiais e formais*, no essencial sobreponíveis aos que são prescritos pela lei alemã (§§ 100a) e 100b) da StPO).

⁽¹⁵⁶⁾ WOLTER, *Arm. Kaufmann-Gs.*, pág. 763. Para uma referência mais desenvolvida, *ob. cit.*, *passim*; RUDOLPHI, *Schaffstein-Fs.*, págs. 435 e segs.; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 228; KAISER, *NJW* 1969, pág. 20; ZUCK, *NJW* 1969, págs. 911 e segs.; MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, *Grundgesetz*, art. 10, Rn. 49 e segs.

a) O que justificará que se privilegie o paradigma, entretanto já relativamente estabilizado na doutrina e jurisprudência alemãs como modelo de enquadramento normativo e dogmático do direito positivo português.

α) À partida, não cremos que as diferenças, apesar de tudo subsistentes, sejam de molde a prejudicar a comunicabilidade de fundo, aqui pressuposta, entre os dois ordenamentos jurídicos. Diferenças que, no seu conjunto, podem deixar a impressão de que o legislador germânico terá logrado plasmar em termos mais precisos e concretizados e, por isso, mais apertados, os pressupostos materiais da escuta telefónica.

Para além de definir o círculo de pessoas cujas comunicações podem ser objecto de escuta, o § 100a) da StPO alemã estabelece limiares objectivos e mais definidos, quer quanto ao *grau de suspeita* (que há-de «basear-se em factos determinados»), quer quanto à *subsidiariedade* (quando a obtenção dos meios de prova seria, «de outra forma, impossível ou essencialmente dificultada (*aussichtslos oder wesentlich erschwert*)»). Tópicos que não conhecem menção expressa na lei portuguesa, que aparentemente não fixa fronteiras ao círculo de pessoas cujos telefones ou conversações podem ser escutadas, como não parece referenciar limiares qualificados de seriedade da suspeita. Ou são de qualquer modo objecto de um tratamento mais elástico e permissivo. É o que poderá adiantar-se da fórmula a interpretar como a consagração legal do princípio de *subsidiariedade* («*houver razões para crer que a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova*»).

β) Esta aparente maior permissividade da lei processual portuguesa resulta, todavia, contrariada pela disciplina reservada a aspectos parcelares e significativos do regime. Como sucede com a proibição expressa da interceptação e gravação das conversações telefónicas entre o arguido e o defensor (art. 187.º, n.º 3), um dispositivo que não tem correspondência no direito positivo alemão. Para ancorar legalmente o mesmo e desejável resultado prático-jurídico vêem-se os tribunais e os autores alemães compelidos a invocar a analogia com o disposto

no § 148 da StPO, que prescreve o direito de livre comunicação oral e escrita entre o arguido e o defensor (157).

E isto sem subestimar as exigências acrescidas e feitas valer pela lei portuguesa a nível dos *requisitos formais*. Recordar-se que a lei portuguesa faz invariavelmente depender a escuta de *despacho de um juiz* (art. 187.º). Já na Alemanha se admite que o ministério público possa ordenar a operação, sempre que «haja perigo na demora» (§ 100b), 1).

Para além disso e sobretudo, o que hoje se desenha como paradigma geral de enquadramento doutrinal e jurisprudencial das escutas telefónicas vem-se na Alemanha afirmando à custa da superação das lacunas da lei ordinária. Que, pelo menos no seu teor verbal, acaba, já o vimos, e como os mais credenciados exegetas não têm deixado de assinalar, por legitimar o recurso praticamente sem limites a este meio de obtenção de prova. Daí que autores e tribunais venham privilegiando uma interpretação assente na compreensão material-teleológica das questões e atenta à redução da complexidade no foro constitucional. Tudo momentos por onde consabidamente passa a comunicabilidade entre a ordem jurídica alemã e a portuguesa. E a justificar a valência, de princípio, daquele paradigma como início de equação dos problemas a ultrapassar no contexto do direito processual penal português.

b) De acordo com a interpretação pacificamente sufragada pelo tribunais e pela doutrina germânica (158), são fundamentalmente quatro os *pressupostos materiais* de que a lei faz depender a admissibilidade das escutas telefónicas.

α) As escutas telefónicas não-de estar preordenadas à perseguição de um dos chamados *crimes do catálogo*, isto é, uma das infrac-

(157) Cfr., por todos, MEYER, in LÖWE/ROSENBERG, § 100a), Rn. 11; RUDOLPHI, *Schaffstein-Fs.*, págs. 440 e segs.; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 231; WELP, *NSiZ* 1986, págs. 294 e segs.

(158) Por todos, MEYER, in LÖWE/ROSENBERG, § 100a), Rn. 4 e segs.; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, págs. 228 e segs.; SCHLÜCHTER, *Das Strafverfahren*, págs. 296 e segs.; RUDOLPHI, *Schaffstein-Fs.*, págs. 436 e segs.

ções previstas no § 100a) da StPO alemã ou no n.º 1 do artigo 187.º do nosso CPP. Trata-se de uma enumeração taxativa e fechada através da qual tanto o legislador alemão como o português procuraram plasmar e dar expressão positivada ao juízo de proporcionalidade. Para além disso, a lei alemã exige expressamente que se trate de crime consumado ou, ao menos, de tentativa punível. A investigação de actos preparatórios só legitimará o recurso à escuta telefónica quando revistam a forma de factos puníveis. Uma exigência que se explicará, segundo, v. g. SCHLÜCHTER, pelo propósito de evitar que o processo penal, por definição uma instância de «perseguição de crimes, dê guarida a meras medidas preventivas» ⁽¹⁵⁹⁾. Para este efeito hão-de, por seu turno, equiparar-se entre si as diferentes formas de crime do ponto de vista da doutrina da comparticipação. Tanto a *autoria* como a *participação* valerão, na diversidade das suas manifestações, como crimes pertinentes ao *catálogo* das escutas telefónicas. Já o mesmo não valendo para o *favorecimento pessoal*, *auxílio material* ou *receptação* ⁽¹⁶⁰⁾.

β) Exige-se, em segundo lugar, uma forma relativamente qualificada da suspeita da prática do crime. Nos termos do §100a) da StPO, há-de tratar-se de uma suspeita *assente em factos determinados*. Uma fórmula que tem sido interpretada no sentido de não reclamar, v. g., o limiar dos *fortes indícios da prática do crime* (de que o art. 202.º faz depender a prisão preventiva). Mas que não se basta em qualquer caso «com meras suposições ou boatos não confirmados. A suspeita tem, pelo contrário, de atingir um determinado nível de concretização a partir de dados do acontecer exterior ou da vida psíquica» ⁽¹⁶¹⁾.

γ) As escutas telefónicas estão subordinadas a um princípio de *subsidiariedade*. Na formulação já citada da lei alemã, só será admissível o recurso à escuta telefónica nos casos em que «a descoberta dos factos ou do lugar onde o arguido se encontra seria, de outra forma, impossível ou essencialmente dificultada» (§ 100a)).

⁽¹⁵⁹⁾ Ob. cit., pág. 297.

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. MEYER, ob. cit., pág. 6. No mesmo sentido, WOLTER, *Arm. Kaufmann-Gs.*, pág. 767.

⁽¹⁶¹⁾ Cfr. MEYER, ob. cit., Rn. 7.

Um dispositivo interpretado, no contexto do paradigma correspondente à *communis opinio* da doutrina e jurisprudência, como contendo uma dupla exigência.

Por um lado, não será legítimo ordenar as escutas telefónicas nos casos em que os resultados probatórios almejados possam, sem dificuldades particularmente acrescidas, ser alcançados por meio mais benigno de afronta aos direitos fundamentais. Sendo, a propósito, entendimento pacífico que o mero aumento dos custos materiais ou um maior dispêndio de trabalho ou de tempo não bastam, só por si e em princípio, para abrir as portas à escuta telefónica. De acordo, v. g., com RUDOLPHI: «Em princípio, as instâncias de perseguição penal só devem recorrer às escutas telefónicas depois de terem esgotado todas as outras possibilidades de investigação. A mera circunstância de estas implicarem custos especialmente elevados ou um dispêndio maior de trabalho não pode justificar a ordem de uma escuta telefónica» ⁽¹⁶²⁾.

Por outro lado e complementarmente, não basta a constatação de que a prova requerida não pode, sem dificuldades particularmente acrescidas, ser alcançada por meio menos drástico de devassa. É, para além disso, necessário que a escuta telefónica se revele um meio em concreto *adequado* a mediatizar aquele resultado. O que equivale a afirmar a exigência de *idoneidade*, dimensão conatural do princípio de *subsidiariedade*. Não basta, sublinha a propósito RUDOLPHI, que a investigação por outros meios se mostre inviável ou sem perspectivas. «Há-de complementarmente justificar-se na base de pontos concretos de apoio, a convicção de que as escutas telefónicas a empreender se adivinham fecundas e promissoras de resultados. Isto é, que só elas se mostram idóneas a descobrir os factos ou o lugar em que o arguido se encontra ou, pelo menos, susceptíveis de promover decisivamente aquela investigação» ⁽¹⁶³⁾.

É com este sentido e alcance — e, portanto, em termos necessariamente restritivos — que deve, a nosso ver, interpretar-se o inciso

⁽¹⁶²⁾ RUDOLPHI, *Schaffstein-Fs.*, pág. 437. No mesmo sentido, SCHLÜCHTER, *Das Strafverfahren*, pág. 297; MEYER, ob. cit., Rn. 8.

⁽¹⁶³⁾ RUDOLPHI, ob. cit., pág. 436.

do n.º 1 do artigo 187.º do CPP: «se houver razões para crer que a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova».

δ) Consensual, por último, a necessidade de limitar as escutas a um universo determinado de pessoas ou ligações telefónicas, uma exigência cuja concretização prático-jurídica vem dividindo a doutrina e a jurisprudência. Para dar expressão normativa ao princípio, dispõe a lei alemã (§ 100a, 2) que a medida só pode ser ordenada «contra arguidos (*Beschuldigte*) ou contra pessoas em relação às quais é possível admitir, na base de factos determinados, que elas recebem ou transmitem comunicações provenientes dos arguidos ou a eles destinadas, ou que os arguidos utilizam os seus telefones». Um dispositivo a que, como é pacificamente reconhecido, assistirá mais o mérito de denunciar os problemas que de os solucionar. Problemas que, pelo seu relevo pragmático, merecem uma referência mais detida.

3. a) Tomado ao pé da letra, o texto da lei germânica acaba por legitimar as escutas de um número praticamente ilimitado de *mediadores de notícias* (*Nachrichtenmittlern*), mesmo que de mediadores inocentes ou de boa fé se trate. Objecto de escutas telefónicas poderão ser todos os aparelhos por onde presumivelmente passam notícias de e para os suspeitos ou possam ser por eles utilizados. De acordo com o entendimento generalizado, tal valerá sobremodo para os telefones de familiares, amigos ou vizinhos ou de estabelecimentos privados ou públicos — cafés, bares, restaurantes, hotéis, repartições públicas ou mesmo cabines públicas⁽¹⁶⁴⁾. Como valerá, outrossim, para as pessoas legitimadas — já em nome do direito (e do dever) de sigilo (advogado, médico, funcionário público, ministro de religião, jornalista), já por força de particulares vínculos familiares ou de parentesco — a recusar depoimento.

Face a um tão alargado espectro de mediadores de informação, considera a doutrina tradicional e ainda dominante na Alemanha não

⁽¹⁶⁴⁾ Desenvolvidamente, MEYER, *ob. cit.*, Rn. 9 e 10; SCHLÖCHTER, *ob. cit.*, pág. 299.

subsistirem razões a impor um tratamento diferenciado, todos podendo, por princípio e por igual, ser objecto de escutas telefónicas.

Um entendimento contra o qual se fizeram ouvir, no polo oposto, vozes como as de ZUCK ou SUPPERT, a advogar uma redução drástica dos «mediadores» expostos a escutas⁽¹⁶⁵⁾. Em nome do que consideram a interpretação conforme à Constituição, sustentam ZUCK e SUPPERT só serem passíveis de escuta os mediadores *dolosos* de notícias. Isto é, sobre os quais impenda a suspeita bastante de terem de qualquer forma participado no crime perseguido ou de se terem constituído responsáveis por *favorecimento pessoal*, *auxílio material* ou *receptação*. Uma solução que seria, de resto, imposta pela teleologia do citado inciso do § 100a) da StPO: obviar ao perigo de os suspeitos contra os quais corre o processo poderem, de forma legal, contornar a própria lei⁽¹⁶⁶⁾. Quando muito, adianta-se ainda nesta linha, as escutas telefónicas apenas podem, para além disso, atingir os mediadores utilizados como instrumento inocente ou de boa fé (*gutgläubiges Werkzeug*)⁽¹⁶⁷⁾.

Igualmente extremadas nos seus efeitos, dificilmente poderá esperar-se destas alternativas de sentido oposto uma ajustada solução normativa da diversificada problemática em exame. A primeira na medida em que, homogeneizando todos os mediadores de notícias, acaba por fazer tábua rasa das áreas de segredo e confiança legalmente tuteladas, pondo abertamente em causa as *instituições* que as

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. ZUCK, *NJW* 1969, págs. 911 e segs.; SUPPERT, *Studien*, págs. 235 e segs. Em sentido crítico, RUDOLPH, *Schaffstein-Fs.*, págs. 442 e segs.

⁽¹⁶⁶⁾ Uma teleologia a que parece querer prestar homenagem a fundamentação oficial do projecto de lei do Governo Federal que esteve na origem do § 100a) da StPO. E onde pode ler-se: «A medida destina-se em primeira linha aos suspeitos e arguidos contra os quais corre a investigação processual, mesmo que ainda não identificados pelo seu verdadeiro nome. Para precluir eficazmente as possibilidades de ladear a lei, é preciso alargar o círculo das pessoas contra as quais as medidas podem ser decretadas, estendendo-as, sob determinados pressupostos, também a não suspeitos. É o que acontece sobretudo com os que trabalham — mesmo de boa fé — para os arguidos, bem como com os amigos, conhecidos, senhorios ou vizinhos cujos telefones sejam também utilizados pelos arguidos». *NJW* 1969, pág. 913.

⁽¹⁶⁷⁾ ZUCK, *ob. cit.*, pág. 913.

suportam. À segunda cabe estigmatizar, desde logo, o efeito contrário e igualmente indesejável de, em princípio, impor limites excessivamente apertados à descoberta da verdade. Acresce a circunstância não menos comprometedora de o âmbito das escutas telefónicas a que ela, em princípio, abre a porta acabar por se revelar, face a domínios determinados, exageradamente extenso. É o que a menção mais detida do estatuto do *defensor* permitirá aclarar.

Não se estranhará, por isso, que seja privilegiadamente por uma via compromissória que deva procurar fazer-se caminho. Acabando por se desembocar num tratamento diferenciado das escutas telefónicas que contendem com relações de segredo, confiança e solidariedade a que a lei, atenta ao respectivo relevo sistémico-social, dispensa uma mais ou menos consistente tutela jurídica. Defendido por autores como RUDOLPHI, WELP, ROXIN, WOLTER ou SCHLÜCHTER⁽¹⁶⁸⁾, e sancionado pela mais recente jurisprudência do BGH⁽¹⁶⁹⁾, este parece ser também o entendimento a que o legislador português terá querido sacrificar. Tudo, com efeito, parece inculcar que, com a proibição expressa da escuta das comunicações entre o arguido e o *defensor* (art. 187.º, n.º 3), o CPP português quis singularizar o estatuto do defensor face aos demais mediadores de notícias. Face, nomeadamente, às demais pessoas legitimadas, a qualquer título, a sobrepor os segredos de que são portadoras ou as relações de confiança em que estão comprometidas, ao dever de colaboração com a justiça penal.

b) Para um melhor acesso a esta compreensão das coisas — tanto no que toca ao horizonte axiológico e político-criminal, como no que respeita à racionalidade normativa e implicações práctico-jurídicas — convirá começar por ensaiar uma clarificação do estatuto do *defensor*. Um privilégio justificado, desde logo, pelo relevo único que a tutela do segredo e confiança do defensor assume

⁽¹⁶⁸⁾ Cfr. RUDOLPHI, *Schaffstein-Fs.*, págs. 440 e segs.; WELP, *NSiZ* 1986, págs. 294 e segs.; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, págs. 230 e segs.; WOLTER, *Arm. Kaufmann-Gs.*, págs. 766 e segs.; SCHLÜCHTER, *Das Strafverfahren*, págs. 303 e segs.

⁽¹⁶⁹⁾ Cfr., neste sentido, a marcante decisão de 20.2.1986 (BGH, 33,347) in *NSiZ* 1986, págs. 323 e segs.

neste contexto. Acresce que o respectivo regime emerge, apesar de tudo, como o intersubjectivamente mais estabilizado: já por ser o que conta com mais directos e decisivos apoios legais, já por ser o que tem atraído sobre si a mais aturada reflexão doutrinal e elaboração jurisprudencial. Tudo aconselhando, assim, que as soluções aqui alcançadas hajam, num segundo momento, de figurar como fecunda referência paradigmática na projecção da disciplina normativa dos demais portadores de segredo ou confiança juridicamente relevantes.

α) De acordo com o n.º 3 do artigo 187.º do CPP, «é proibida a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime». Diferentemente, a lei alemã é a este propósito omissa, não contendo um tratamento específico das comunicações telefónicas entre o arguido e o defensor. Numa leitura mais linear dos textos legais aplicáveis, o defensor aparece como um entre outros mediadores de informação, sujeito ao regime geral do § 100a) da StPO. Esta tese, correspondente à impostação tradicional, parece definitivamente posta em crise, tanto na doutrina como na *praxis* jurisprudencial. Também na Alemanha é hoje praticamente pacífico o entendimento segundo o qual — e postas, por enquanto, entre parênteses as hipóteses em que a comunicação telefónica contende com a responsabilidade criminal do próprio defensor — estas conversações não podem ser escutadas e gravadas⁽¹⁷⁰⁾.

Neste sentido, que apela para uma interpretação decididamente restritiva do § 100a) da StPO, converge todo um conjunto de argumentos de fundo sistemático, teleológico e mesmo literal. No plano sistemático fazem-se sobretudo valer as normas de direito substantivo e adjectivo ditadas pelo propósito de assegurar uma tutela consistente da esfera de segredo da defesa que é reclamada, desde logo e como WELP pertinentemente assinala, pela «*funcionalidade da defesa*», que

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr., neste sentido, por todos, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, págs. 230 e segs.; SCHLÜCHTER, *ob. cit.*, págs. 303 e segs.; RUDOLPHI, *ob. cit.*, págs. 440 e segs.; MEYER, in LÖWE/ROSENBERG, § 100a), Rn. 11; WELP, *NSiZ* 1986, págs. 294 e segs.; do mesmo autor, *Gallas-Fs.*, págs. 391 e segs.

não pode assegurar-se sem «a forte confidencialidade da troca de informações» entre o arguido e o seu defensor ⁽¹⁷¹⁾. A preservação do segredo corresponde ainda a uma exigência de protecção da privacidade do defensor, dos seus demais clientes e, por vias disso, da própria liberdade de exercício da profissão ⁽¹⁷²⁾.

Tudo considerações que emprestam ao segredo do defensor, para além da (mais óbvia) valência pessoal-subjectiva, aquela eminente dimensão objectivo-institucional de que fala, v. g., RUDOLPHI. De acordo com este autor: «A tutela desta relação de confidencialidade não está apenas ao serviço dos interesses pessoais de cada defensor, mas também de todos os defensores, em geral, visando assegurar no futuro, em nome de prevaletentes razões próprias do Estado de Direito, uma prestação adequada da sua função processual. É isto que explica que não seja cometida ao defensor, individualmente considerado, a decisão sobre se e em que medida ele há-de ou não respeitar o seu dever de segredo» ⁽¹⁷³⁾. Para além disso, e no plano legal-positivo, invoca-se sobretudo o disposto no n.º 1 do § 148 da StPO, que reconhece ao arguido, mesmo detido, o direito de livremente «comunicar por escrito e oralmente com o defensor».

β) Este entendimento acaba de ser expressamente sancionado pelo aresto significativo proferido em 20.2.1986 pelo Tribunal Federal.

Na base do pronunciamento, a situação seguinte:

D, defensor do arguido A, a quem é imputado o crime (do catálogo) de tentativa de homicídio, é acusado de *favorecimento pessoal* (*Strafvereitelung*). Isto por ter feito chegar ao seu constituinte, que se encontrava em França fugindo à justiça alemã, a importância de 5000 marcos alemães. Foram as escutas telefónicas de conversações entre D e A que permitiram às autoridades judiciárias obter a prova para sustentar a acusação e condenação de D.

⁽¹⁷¹⁾ WELP, *NSiZ* 1986, pág. 295, e *Gallas-Fs.*, págs. 393 e segs.

⁽¹⁷²⁾ Por todos, ZUCK, *NJW* 1969, págs. 911 e segs.

⁽¹⁷³⁾ RUDOLPHI, *Schaffstein-Fs.*, págs. 440 e segs. No mesmo sentido, enfatizando a relevância institucional do sigilo profissional, SCHÜNEMANN, *ZStW* 1978, págs. 51 e segs.

O BGH considerou ilegais as escutas, decretando a invalidade do julgamento e condenação de D. Para suportar a decisão, fez o BGH valer uma argumentação reconduzível, no essencial, à racionalidade do modelo que deixámos referenciado. Resumidamente, também o Tribunal Federal apela para uma interpretação decididamente restritiva do § 100a) da StPO. «De outra forma, a disposição entraria em contradição insolúvel com a garantia jurídica da livre comunicação oral entre o defensor e o arguido. O § 148, n.º 1, da StPO dispõe que ao arguido, mesmo que se encontre detido, assiste a liberdade de comunicar oralmente (e por escrito) com o defensor (...) o que deve ao mesmo tempo valer como uma competência do próprio defensor. Isto como expressão da garantia de uma defesa eficaz, na medida em que estabelece uma protecção intransponível em torno da relação de confiança entre o defensor e o arguido, colocando-a a coberto de agressões do exterior. (...) Em conformidade, a admissibilidade da vigilância do telefone do defensor tem de terminar onde começa o direito à troca de impressões, sem limites, com o seu constituinte» ⁽¹⁷⁴⁾.

Nesta linha, o BGH afasta-se abertamente dos autores — como SUPPERT ou KLEINKNECHT — que, em nome de uma aplicação analógica do regime das *apreensões* (§ 97 da StPO), sustentam a admissibilidade das escutas telefónicas de conversações entre o arguido e o defensor, desde que este seja ao menos suspeito de *favorecimento pessoal*, *auxílio material* ou *receptação*. Para o Tribunal Federal, a escuta só será possível quando o defensor seja, ele próprio, suspeito de um crime do *catálogo*. Já como autor, já como mero cúmplice do arguido.

γ) De um modo geral, os autores não têm regateado o aplauso a esta decisão do BGH ⁽¹⁷⁵⁾. É assim, pelo menos, quanto à proclamação da proibição, de princípio, de escuta das ligações telefónicas do defensor, mesmo que suspeito de uma qualquer forma de favorecimento pessoal ou auxílio material. As coisas começam já a perder clareza e a motivar uma maior dispersão de opiniões quando se ques-

⁽¹⁷⁴⁾ Cfr. *NSiZ* 1986, pág. 324.

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr., por todos, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, págs. 230 e segs.; WELP, *NSiZ* 1986, págs. 294 e segs.

tiona com mais cuidado o tratamento das situações em que o defensor aparece, ele próprio, como cúmplice do crime do catálogo imputado ao seu cliente.

À semelhança do que parece ser o entendimento implícito do BGH, não faltam autores a sustentar, sem mais e sem quaisquer restrições, a validade e a eficácia da escuta. Segundo, por exemplo, SCHLÜCHTER, se na pessoa do defensor concorre também a qualidade «de participante no crime, na medida exigida pelo § 100a), então é esta sua qualidade que aparece em primeiro plano. De tal forma que, face a ela, a relação de defesa perde o seu peso, tendo, por isso, de ser autorizada a escuta telefónica». E isto, esclarece, sem necessidade de antes se decretar a perda ou *exclusão* do mandato, prevista pelo § 138a) da lei processual penal alemã. «De outra forma, e a ter de se proceder antes contra o defensor, deixaria de ser pura e simplesmente possível uma investigação efectiva de acordo com o § 100a) da StPO. Por via de regra, a escuta telefónica só tem sentido contra uma pessoa não prevenida» (176).

Este entendimento vem sendo vivamente criticado, entre outros, por ROXIN, WELP ou RUDOLPHI, adeptos de uma solução (ainda) mais restritiva. E segundo a qual *nunca será admissível produzir ou valorar contra o arguido provas obtidas a partir das escutas telefónicas feitas sobre o defensor*. Nunca podendo, por isso, a perseguição do defensor por crime do catálogo legitimar a produção ou valoração das escutas contra o arguido. «A lei processual», sublinha RUDOLPHI, «não conhece nenhum defensor de segunda com direitos reduzidos, não prevendo, concretamente, qualquer limitação do intercâmbio escrito ou oral entre defensores e arguidos» (177).

Acolhendo-nos às clarificadoras observações de WELP, a solução terá, em definitivo, de encontrar-se a partir da projecção de duas ordens divergentes — mesmo contraditórias — de injunções normativas. Em primeiro lugar, o princípio de que o exercício da defesa não outorga ao defensor o privilégio de uma qualquer imunidade pessoal. Em segundo lugar e inversamente, o postulado de que «a defesa não

(176) SCHLÜCHTER, *Das Strafverfahren*, págs. 303 e segs.

(177) RUDOLPHI, *Schaffstein-Fs.*, pág. 442.

configura nenhuma instituição do processo penal, preordenada a propiciar vantagens probatórias às autoridades da perseguição penal» (178). Acresce que a defesa implica a mais completa e irrestrita «confidencialidade do intercâmbio de informações» entre arguido e defensor. Todo o atentado contra a integridade desta confidencialidade acaba por sacrificar a «funcionalidade da defesa» (179).

O que fica dito aponta para uma «relativização do fim de protecção da proibição das escutas», que seja susceptível de preservar, em toda a linha, a *funcionalidade da defesa* e a posição do arguido. Reclama-se, assim um *splitting* (WELP) da proibição de produção ou de valoração da prova que, v. g., ROXIN ou RUDOLPHI se propõem concretizar pela via da *exclusão* da defesa prevista no § 138a) da StPO (180). Só na medida da admissibilidade deste expediente, e depois da sua actualização, é que será possível ordenar a escuta do telefone de defensor suspeito de autoria ou cumplicidade por crime do catálogo.

c) Regressando ao direito português, não parece que ele imponha ou comporte soluções substancialmente divergentes. Nesse sentido cabendo, por isso, interpretar o preceituado no n.º 3 do artigo 187.º do CPP, nomeadamente o inciso «*salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto de crime*».

A começar, não cremos que o mero facto de as conversações ou comunicações constituírem objecto ou elemento de crime de *Favorecimento pessoal*, *Auxílio material* ou *Receptação* possa abrir sem mais a porta da escuta telefónica. Isto atentas, *inter alia*, as razões de índole sistemática e teleológica que vimos prevalecer no direito alemão. E que não podem deixar de ver a sua *vis* hermenêutica reforçada no contexto da ordem jurídica portuguesa que curou de dar con-

(178) WELP, *id.*, págs. 295 e segs.

(179) ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, págs. 231 e segs.; RUDOLPHI, *Schaffstein-Fs.*, pág. 442.

(180) ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, págs. 231 e segs.; RUDOLPHI, *Schaffstein-Fs.*, pág. 442.

sagração expressa à proibição de princípio das escutas telefónicas das comunicações com o defensor. De igual modo, também a efectivação da responsabilidade penal do defensor, suspeito de participação a qualquer título, terá de prosseguir sem o sacrifício da *funcionalidade da defesa*. Isto é: sem prejuízo da «*esfera de segredo da defesa*» que não pode ser relativizada em nome dos interesses da investigação»⁽¹⁸¹⁾.

Não dispondo, porém, o direito processual penal português do instituto da *exclusão da defesa*, será ao nível de instâncias como a proibição de produção ou de valoração da prova que há-de lograr-se o necessário *splitting* das provas.

4. Diferentemente do que sucede com o defensor, a lei processual penal é omissa quanto às escutas telefónicas que contêm com as demais *relações de segredo e confiança*. Nada, porém, mais apressado do que levar o silêncio da lei ao propósito da neutralização pura e simples da tutela destas relações de segredo e confiança face às escutas telefónicas, no sentido da sua submissão ao regime comum previsto para o normal *mediador de notícias*. Embora sem a consistência da tutela outorgada ao defensor, também aqui a lei acaba por estabelecer barreiras à devassa por meio de escutas telefónicas.

a) As coisas são relativamente óbvias em relação às pessoas legitimadas pela lei processual penal (art. 135.º do CPP) — e a isso mesmo compelidas pela lei penal substantiva (art. 184.º do CP) — a recusar depoimento em nome do *segredo profissional*. Um universo de que caberá destacar funções como a de médico, advogado, jornalista, ministro de religião, etc.⁽¹⁸²⁾.

Os argumentos de índole sistemática e teleológica recenseados a propósito do defensor acabam por reclamar, também aqui e por identi-

⁽¹⁸¹⁾ WELP, *ob. cit.*, pág. 295.

⁽¹⁸²⁾ Sobre a situação específica dos portadores de *segredo de funcionário* ou de *segredo de Estado*, RUDOLPHI, *Schaffstein-Fs.*, págs. 438 e segs.

dade de razões, soluções práctico-jurídicas substancialmente sobreponíveis. Como, enfatizando sobretudo o elemento teleológico — *sc.*, a valência sistémico-funcional e institucional do segredo —, assinala RUDOLPHI: «A comunidade tem um interesse vital no bom funcionamento dos serviços de saúde, do sistema jurídico, etc. O que só pode ser logrado quando o cliente confia plenamente no seu médico ou advogado e, sobretudo, quando estes não podem ser juridicamente compelidos a revelar os segredos que lhes são confiados. As relações de confiança do cidadão com os membros de determinadas profissões e os segredos individuais não são protegidos pelos §§ 53 da StPO e 203 do StGB (dispositivos correspondentes, respectivamente, aos arts. 135.º do CPP e 184.º do CP português) apenas por eles próprios. São-no também porque e na medida em que estes profissionais asseguram uma *função pública* nos domínios da saúde, administração da justiça, controlo parlamentar, imprensa e informação e porque a prossecução sem perturbação destas funções pressupõe necessariamente uma relação de confiança com os cidadãos concretamente envolvidos»⁽¹⁸³⁾.

Parece, apesar de tudo, manifesto que a lei não quis levar a salvaguarda processual penal destas esferas de segredo a ponto de as colocar a coberto da exigente tutela dispensada ao defensor. Quando os autores se questionam sobre o relevo práctico-jurídico desta compreensão das coisas — assente em momentos de comunicabilidade e distanciação com o defensor — as respostas tendem a convergir na afirmação do princípio de que também aqui os portadores do *segredo profissional* só podem ser objecto de escuta em relação a conversações que «*constituam objecto ou elemento de crime*». Entendendo-se, porém e agora, como implicação pragmática imposta pelos tópicos que sinalizam a diferenciação, que para o efeito bastará uma qualquer responsabilidade penal relacionada com o *crime do catálogo* que constitui objecto do processo criminal. Bastará, para tanto, que sobre o portador do segredo profissional impenda a suspeita fundada de *Favorecimento pessoal*, *Auxílio*

⁽¹⁸³⁾ RUDOLPHI, *Schaffstein-Fs.*, págs. 443 e segs.

material ou *Receptação*, não se exigindo a sua pertinência ao universo dos autores ou cúmplices ⁽¹⁸⁴⁾.

b) No extremo oposto do contínuo, que parte do estatuto arquetípico e único do defensor, situam-se os demais mediadores de notícias que mantêm com o arguido vínculos de segredo e confiança a que lei processual penal outorga relevância jurídica, nomeadamente sob a forma de um mais ou menos consistente *direito de recusa de depoimento* como testemunha. Um universo que as leis propendem a circunscrever — cfr., v. g., o § 52 da StPO alemã ou o artigo 134.º do CPP português — ao círculo dos *parentes e afins* ou de pessoas ligadas ao arguido por comunidade de vida.

α) Também o problema da «resistência» destas relações de confiança à devassa das escutas telefónicas está longe de motivar a convergência de opiniões. Embora minoritárias, não faltam vozes a defender para os seus portadores um tratamento ainda de privilégio, distinguindo-as e demarcando-as do normal e comum mediador de notícias. Fazem-no, por exemplo, BOTKE (em nome do direito ao silêncio) e WELP (em nome da regra da admissibilidade da *intromissão hipotética* (*hypothetischen Ersatzeingriff*)) ⁽¹⁸⁵⁾.

A maioria dos autores inclina-se, porém, para a negação de soluções de privilégio em matéria de escutas telefónicas às pessoas legitimadas por preceitos como o artigo 134.º do CPP a recusar o depoimento. Invoca-se, para tanto, a carência de significado sistémico-social e institucional de relações de confiança cuja relevância não ultrapassará os espaços correspondentes aos vínculos familiares. Na síntese de RUDOLPHI, ao contrário do que sucede com os portadores de *segredo profissional*, «o direito ao silêncio destas pessoas não está ao serviço da salvaguarda de prevaletentes interesses da comunidade. Apenas presta homenagem ao interesse pessoal de não fazer depoimento contra um familiar. O que explica que, diversamente do

⁽¹⁸⁴⁾ Cfr., neste sentido, RUDOLPHI, *ob. cit.*, págs. 443 e segs.; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, págs. 230 e segs.

⁽¹⁸⁵⁾ WELP, *Jura* 1981, págs. 483 e segs.; KNAUTH, *NJW* 1978, pág. 744; BOTKE, *JA* 1980, pág. 748.

que sucede com os profissionais referidos no § 53 da StPO (correspondente ao art. 135.º do CPP português), sobre eles não impenda nenhum *dever de silêncio*» ⁽¹⁸⁶⁾.

β) Numa primeira consideração do problema, e atentos à lição da mais recente teorização sociológica, não cremos que possa denegar-se de forma tão linear a relevância sistémico-social e institucional da intimidade, *maxime* da intimidade pertinente aos círculos mais estreitos da convivência familiar. Tudo, pelo contrário, parece reforçar a crença na *função social* de uma vivência conjugal e familiar à margem de restrições e intromissões. É neste sentido, e pertinente-mente, que fala LUHMANN da função social de uma experiência conjugal vivida como «comunicação tematicamente ilimitada (*thematisch unbeschränkter Kommunikation*)» ⁽¹⁸⁷⁾. Não deve, por outro lado e complementarmente, desatender-se o particular potencial de devassa e danosidade social da escuta telefónica de comunicações familiares, por via de regra marcadas pela densidade da emotividade e intimidade.

Numa perspectiva de direito positivo, talvez as razões enunciadas não sejam suficientes para, só por si e à margem de apoio legal expresse, impor um regime do segredo e confiança dos parentes e afins idêntico ao que vimos valer para o *segredo profissional*. Sempre se tratará, porém, de tópicos cujo relevo hermenêutico na definição do direito do caso concreto não deve ser desatendido. Uma injunção normativa que pode actualizar-se fazendo, v. g., intervir exigências acrescidas em sede de *subsidiariedade*. Bem podendo, por esta via, lograr-se o efeito político-criminalmente desejável de, mesmo sob a categoria e o regime geral do comum mediador de notícias, se assegurar aos parentes e afins uma menor exposição à devassa das escutas telefónicas.

⁽¹⁸⁶⁾ RUDOLPHI, *Schaffstein-Fs.*, pág. 445. Em sentido convergente, WOLTER, *Arm. Kaufmann-Gs.*, pág. 767; SCHLÜCHTER, *Das Strafverfahren*, pág. 303; PRITZWITZ, *StV* 1984, págs. 308 e segs.

⁽¹⁸⁷⁾ LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts*, pág. 305. No mesmo sentido, AMELUNG, *JR* 1984, pág. 256. Sobre a função sistémico-social da privacidade e da intimidade, COSTA ANDRADE, *Consentimento e Acordo*, págs. 370 e segs.

C) Os «conhecimentos fortuitos»

1. Referenciados os pressupostos materiais e formais da admissibilidade legal das escutas telefônicas, caberá equacionar e ensaiar um início de resposta à problemática dos *conhecimentos fortuitos*. Isto dada, nomeadamente, a frequência da sua ocorrência, associada à impossibilidade fáctica de limitar a escuta aos conhecimentos ou factos que, à partida, determinam a sua validade ⁽¹⁸⁸⁾.

No essencial, o que está em causa é o seguinte: suposta a realização legal de uma escuta telefónica, *quid inde quanto aos conhecimentos ou factos fortuitamente recolhidos, isto é, que não se reportam ao crime cuja investigação legitimou a sua realização?* Como facilmente se intuirá, as dificuldades subirão de tom à medida que os factos ou conhecimentos fortuitos se reportarem a infracções não imputáveis ao arguido ou suspeito e, sobretudo, a infracções que caem já fora dos crimes do catálogo.

A representação sintetizada de algumas hipóteses pedidas à reflexão doutrinal ou à experiência jurisprudencial ajudará a uma melhor identificação das questões.

1.º EXEMPLO — Na base da suspeita de que A terá cometido vários crimes de Roubo (crime do catálogo: punível com prisão de um a oito anos pelo art. 306.º do CP), é ordenada a escuta do seu telefone. A audição de uma conversa entre o suspeito A e a testemunha B permite apurar que A terá cometido o crime de Falsificação de documentos (crime não pertinente ao catálogo, porquanto punido com prisão até dois anos pelo art. 228.º do CP). Não se confirmando a suspeita dos crimes de Roubo, poderá a escuta ser valorada para obter a condenação de A pelo crime de Falsificação de documentos?

2.º EXEMPLO — No contexto da investigação de um grupo do submundo, suspeito de crimes de Extorsão (crime do catálogo), é ordenada a escuta do telefone de um bar, frequentado pelo grupo e propriedade de B. As escutas permitem captar uma conversa entre M, mulher de B, e o advogado A, de que se conclui que A terá cometido o crime de Revelação de segredo de justiça (não

⁽¹⁸⁸⁾ Outro problema, teórica e pragmaticamente interessante e conexo com as escutas telefônicas, é o da devassa das «conversas entre quatro paredes» (*Raumgespräche*). Sobre ele, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 229; AMELUNG, JR 1984, pág. 256; GEERDS, *NSiZ* 1983, pág. 517; GÖSSEL, *GA* 1991, págs. 504 e segs.

pertinente ao catálogo) e outros factos contrário à deontologia e passíveis de procedimento disciplinar. Sendo certo que A não pertencia ao grupo dos suspeitos de extorsão, poderá a escuta ser valorada contra A para obter a condenação por Revelação de segredo de justiça ou mesmo a sua punição disciplinar? (Hipótese no essencial correspondente à constelação sobre que recaiu a decisão de 15.3.1976 do BGH alemão) ⁽¹⁸⁹⁾.

3.º EXEMPLO — Informações recolhidas junto de consumidores de estupefacientes permitem fundar a suspeita de que A terá introduzido no país quantidades consideráveis de heroína. As escutas telefônicas ordenadas nesta base permitem apurar que A terá sido o responsável pelo acidente de viação de que resultou a morte de B. Poderá a escuta ser valorada para fundamentar a condenação de A por Homicídio negligente?

4.º EXEMPLO — A polícia criminal suspeita que o restaurante de R é frequentado por uma associação criminosa que se dedica ao furto e receptação de automóveis, à falsificação de matrículas e demais documentos e exportação para o estrangeiro. Para clarificar os factos, o tribunal ordena escutas em relação a A, B e C, suspeitos de pertencerem à associação. Não se provando o crime de Associação criminosa, podem as escutas ser valoradas para condenar A, B e C por Falsificação de documentos? (correspondente ao caso decidido em 30.8.1978 pelo BGH alemão) ⁽¹⁹⁰⁾.

2. Antes de se afrontar directamente o problema do regime processual penal dos *conhecimentos fortuitos* em sede de escutas telefônicas, importará começar por clarificar a compreensão e extensão da própria categoria *conhecimentos fortuitos*. Hão-de, noutros termos, precisar-se as fronteiras entre os factos a levar à conta de *conhecimentos fortuitos* e aqueles que, inversamente, terão de imputar-se à própria investigação e são, *hoc sensu*, *conhecimentos da investigação* (*Untersuchungserkenntnisse*). Uma questão que, já o deixámos sugerido, apresenta significativos pontos de conexão com o chamado *problema do objecto do processo*, mas dele em todo o caso distinta, tanto conceitual como normativamente ⁽¹⁹¹⁾.

No estado actual das questões, não se afigura viável adiantar um critério conceitual susceptível de demarcar e contrapor em termos

⁽¹⁸⁹⁾ BGH, 26,298, ou NJW 1976, págs. 1462 e segs.

⁽¹⁹⁰⁾ BGH, 28,122, ou JR 1979, págs. 164 e segs.

⁽¹⁹¹⁾ Cfr., neste sentido, por todos, WOLTER, *Arm. Kaufmann-Gs.*, págs. 765 e segs., que aqui seguimos de perto.

esgotantes e exclusivos as duas áreas em confronto. Mais prudente será, por isso, acompanhar WOLTER na tentativa de identificar algumas constelações típicas cuja pertinência aos *conhecimentos da investigação* aparece como mais óbvia, continuando a adscriver aos *conhecimentos fortuitos* um alcance preferencialmente residual.

Nesta linha, devem, desde logo, ter-se por pertinentes aos *conhecimentos da investigação* os factos que estejam numa relação de *curso ideal e aparente* com o crime que motivou e legitimou a investigação por meio da escuta telefónica. O mesmo valendo para os *delitos alternativos* que com ele estejam numa relação de *comprovação alternativa de factos* (192). Consensual parece ainda, tanto na doutrina como na jurisprudência, que o mesmo terá de ser o entendimento quanto aos crimes que, no momento em que é decidida a escuta em relação a uma *associação criminosa*, aparecem como constituindo a sua finalidade ou actividade. Também aqui, assinala RIESS, «o processo histórico que fundamenta a decisão de escuta compreende à partida os crimes posteriormente descobertos e submetidos a julgamento. Não se trata de modo algum de *conhecimentos fortuitos*, mas antes de conhecimentos que integram o processo histórico que a seu tempo ofereceu o motivo para uma ordem legítima de escuta» (193). À figura e ao regime dos *conhecimentos da investigação* deverão ainda levar-se as diferentes formas de comparticipação (*autoria e cumplicidade*), bem como as diferentes formas de *favorecimento pessoal, auxílio material ou receptação* (194).

Como deixámos antecipado, não se pretende que a amostragem ensaiada seja esgotante e fechada. O que nesta sede importa sobremodo assinalar é que, com esta ou outra extensão, os *conhecimentos da investigação* configuram uma categoria processual distinta dos

(192) WOLTER, *Arm. Kaufmann-Gs.*, págs. 766. Sobre o conceito e o regime penal e processual penal da *Wahlfeststellung*, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, págs. 218 e segs.; JESCHECK, *Lehrbuch*, págs. 127 e segs.

(193) RIESS, *JR* 1979, pág. 169. No mesmo sentido, se bem que com fundamentações nem sempre coincidentes, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 230; SCHLÜCHTER, *Das Strafverfahren*, págs. 300 e segs.; WOLTER, *ob. cit.*, pág. 766.

(194) WOLTER, *id. ibidem*.

conhecimentos fortuitos. Daí que a eles não sejam extensivas as considerações em nome das quais procuraremos referenciar as traves mestras da disciplina normativa dos *conhecimentos fortuitos*.

3. À semelhança do que vimos suceder noutros domínios localizados da problemática das *proibições de prova*, também a clarificação e estabilização do regime processual dos *conhecimentos fortuitos* se vem logrando à custa de contributos concorrentes da doutrina e da jurisprudência, *maxime* do BGH alemão.

a) Pela primeira vez chamado a pronunciar-se directamente sobre o problema na marcante decisão de 15.3.1976 (BGH, 26,298), o Tribunal Federal pôde então lançar os fundamentos do que é hoje um modelo relativamente consensual de enquadramento doutrinal e normativo. E que ulteriores arestos do mesmo Tribunal superior têm tornado mais explícito e desenvolvido na direcção das exigências e singularidades das correspondentes expressões fácticas concretas.

Na decisão de 1976, o BGH afasta-se decididamente do entendimento pouco antes sufragado pelo *OLG Hamburg* (1973), no que terá sido um dos primeiros pronunciamentos dos tribunais alemães sobre os *conhecimentos fortuitos*. Reportando-se a um caso no essencial reconduzível à hipótese que acima figurámos no 1.º exemplo, e em nome da analogia com o regime dos conhecimentos fortuitos em matéria de *Buscas* (§108 da StPO), o *Oberlandsgericht* de Hamburgo pronunciou-se pela admissibilidade da valoração de todos os conhecimentos fortuitos obtidos a partir de uma escuta telefónica validamente realizada (195). Em sentido divergente, considera o BGH: «A valoração só é admissível se e na medida em que os factos conhecidos no âmbito de uma escuta telefónica conforme ao § 100a) da StPO, estão em conexão com a suspeita de um crime do catálogo no sentido deste preceito» (196).

(195) Cfr. *JZ* 1973, pág. 288. No mesmo sentido, KAISER, *NJW* 1974, pág. 349; W. SCHÖNEMANN, *NJW* 1978, pág. 407; F.-CH. SCHRÖDER, *JR* 1973, págs. 253 e segs.; WEBER, *NJW* 1973, pág. 1056.

(196) Cfr. *NJW* 1976, pág. 1463.

Estava lançado o princípio da proibição de valoração dos *conhecimentos fortuitos* «que não estejam em conexão com um crime do catálogo». Que viria a converter-se num dos tópicos mais pacíficos entre os tribunais e os autores e, nessa medida, numa como que exigência mínima do regime processual penal dos conhecimentos fortuitos. Trata-se, de resto, de uma exigência que o Tribunal Federal procura ancorar directamente no *princípio de proporcionalidade* codificado no regime positivo do § 100a) da StPO. De acordo com a decisão em exame, «o princípio de proporcionalidade decorrente da ideia de Estado de Direito só permite a compressão das posições correspondentes aos direitos fundamentais na medida do que é absolutamente necessário para a protecção de bens jurídicos reconhecidos pela Constituição. E proíbe, por isso, a valoração do *material que vem à rede* numa escuta telefónica legalmente realizada, mas que não é significativo (ou deixa de o ser) para o fim de protecção da ordenação democrática e livre» a que o regime da escutas telefónicas presta homenagem ⁽¹⁹⁷⁾.

b) Em ulteriores tomadas de posição pôde o BGH precisar não ser necessário que os conhecimentos fortuitos estejam em conexão com o crime do catálogo que motivou a escuta ⁽¹⁹⁸⁾. Podem reportar-se a esse ou outro crime do catálogo, da responsabilidade do arguido ou de um terceiro não suspeito.

Um alargamento da valoração dos conhecimentos fortuitos que será ampliado no domínio específico das *associações criminosas* e do *terrorismo*. Por um lado, o BGH estende a admissibilidade da valoração aos conhecimentos fortuitos relativos aos crimes *que constituem a finalidade ou a actividade da associação criminosa*. Por outro lado e complementarmente, entende que o facto de em julgamento se apurar como infundada a acusação pelo crime de *Associação criminosa* não impede a valoração dos conhecimentos relativos aos crimes da *associação*. Um regime que valerá mesmo para a hipótese extremada de

⁽¹⁹⁷⁾ *Id. ibidem*.

⁽¹⁹⁸⁾ Para uma síntese da evolução da jurisprudência do Tribunal Federal nesta matéria, cfr. RIESS, JR 1979, págs. 165 e segs.

não vir sequer a ter lugar a acusação pelo crime de associação. Unívoca a este propósito a decisão de 30.8.1978 (BGH, 28,122):

«1. Os conhecimentos de factos obtidos através de uma escuta telefónica regularmente feita, nos termos dos §§ 100a) e 100b) da StPO, com base na suspeita de um crime do § 129 do StGB (*associações criminosas*), podem também ser utilizados para prova dos crimes que no momento da autorização da escuta ou no decurso da sua realização podem ser imputados à associação como sua finalidade ou actividade. 2. Isto vale mesmo para a hipótese de, no momento oportuno, as autoridades competentes para a acusação deixarem cair a acusação pelo crime do catálogo» ⁽¹⁹⁹⁾.

4. As coisas são relativamente mais inseguras e controversas do lado da doutrina, onde se considera que a «discussão científica sobre a problemática dos conhecimentos fortuitos ensaia ainda os primeiros passos» ⁽²⁰⁰⁾.

a) De qualquer forma, não será arriscado apontar como praticamente isolados os autores que se pronunciam a favor da valoração, sem restrições, dos conhecimentos fortuitos. Como o fez, por exemplo, W. SCHÜNEMANN em nome do postulado da continuidade entre a licitude da produção de uma prova e a legitimidade da sua valoração ⁽²⁰¹⁾. Também não parece encontrar eco significativo a tese oposta e igualmente extremada de PRITTWITZ: a proibição, em nome da exigência constitucional da *reserva de lei*, de valoração de todo e qualquer conhecimento fortuito ⁽²⁰²⁾.

Na doutrina aceita-se generalizadamente a tese da jurisprudência, segundo a qual «a valoração dos conhecimentos fortuitos só é pos-

⁽¹⁹⁹⁾ JR 1979, pág. 164. Ainda segundo a mesma decisão, «só não poderão valorar-se os conhecimentos fortuitos que se reportem a condutas que caem já fora da área de actividades da associação criminosa que se encontra sob investigação». É o que sucederá, por exemplo, acrescenta o Tribunal Federal, com o crime de violação, da responsabilidade de um membro da associação. Cfr. JR 1979, pág. 166.

⁽²⁰⁰⁾ FEZER, JuS 1979, págs. 165 e segs.

⁽²⁰¹⁾ W. SCHÜNEMANN, NJW 1978, págs. 406 e segs. Em sentido convergente, KAISER, NJW 1974, pág. 349.

⁽²⁰²⁾ PRITTWITZ, SrV 1984, pág. 310.

sível no interior da classe dos crimes do catálogo» (203). Simplesmente, enquanto a maioria dos autores acompanham o BGH no entendimento de que a conexão com o crime do catálogo é *condição necessária e suficiente* para a valoração dos conhecimentos fortuitos (204), não faltam vozes a reclamar a concorrência de pressupostos ou requisitos adicionais (205). E preordenados a actualizar, também em sede de valoração, o juízo de proporcionalidade que preside ao regime das escutas telefónicas. E, por esta via, assegurar plena e contínua obediência ao programa político-criminal subjacente àquele regime e às decisões de concordância prática que lhe emprestam sentido. E que seguramente não contendem apenas com a gravidade do delito, mas também com um conjunto integrado de exigências, como o grau da suspeita e a própria urgência criminalística da medida, *sub nomine* da cláusula da *ultima ratio*. De acordo, v. g., com RUDOLPHI: «A decisão axiológica do legislador com que ele concretizou e fixou em termos legais o princípio constitucional da proporcionalidade terá de valer não só para a autorização da escuta, mas também e na mesma medida para a valoração das conversações que a utilização legal de uma escuta telefónica permitiu registar no gravador» (206). Nesta linha, e para emprestar operatividade à doutrina, os autores propendem para submeter os conhecimentos fortuitos a um *juízo hipotético de intromissão*, fazendo incidir sobre eles aquela ideia de «estado de necessidade investigatório» (*Ermittlungsnotstand*) (207) em nome da qual o legislador abre a porta à admissibilidade da devassa da escuta.

b) De um modo geral, e por razões que já deixámos recenseadas, os autores propendem ainda a acompanhar a jurisprudência do BGH

(203) WELP, JZ 1973, págs. 289 e segs.

(204) Por todos, MEYER, in LÖWE/ROSENBERG, § 100a), Rn. 14; SCHRÖDER, JR 1973, págs. 253 e segs.; MAUNZ/DÖRIG/HERZOG, Grundgesetz, art. 10., Rn. 49; ROXIN, Strafverfahrensrecht, pág. 230; SCHLÜCHTER, Das Strafverfahren, pág. 300.

(205) Neste sentido, embora não em termos inteiramente sobreponíveis, cfr., v. g., MAIWALD, JuS 1978, págs. 381 e segs.; FEZER, JuS 1979, págs. 166 e seg.; WELP, JZ 1973, págs. 289 e seg.; RUDOLPHI, Schaffstein-Fs., págs. 449 e segs.

(206) RUDOLPHI, ob. cit., pág. 450.

(207) RUDOLPHI, ob. cit., págs. 450 e seg. Em sentido convergente, MAIWALD, JuS 1978, págs. 381 e segs., e WELP, JZ 1973, págs. 289 e segs.

na parte em que este tribunal superior se pronuncia pela valoração dos conhecimentos fortuitos relativos a *crimes que constituem a finalidade ou actividade da associação criminosa* cuja perseguição determinou a escuta telefónica. E isto mesmo que de crimes não pertinentes ao catálogo se trate.

Já o mesmo não poderá afirmar-se quanto ao tratamento das hipóteses em que a suspeita pelo crime de associação criminosa acaba por não se confirmar, problema que vem dividindo os autores. Maioritária parece ser ainda a opinião dos que, acompanhando o BGH, admitem a valoração dos conhecimentos fortuitos mesmo na hipótese extremada de o crime do catálogo (*associação criminosa*) não chegar sequer a ser objecto de acusação (208). Uma tese que conta com a oposição de autores como ROXIN, WOLTER ou WELP. Isto porquanto, e como ROXIN argui, ela pode facilmente induzir o expediente fácil da invocação de um crime de *associação criminosa*, apenas com o propósito de, em contravenção da intencionalidade da lei, estender as escutas telefónicas a crimes a que a medida não poderia, pura e simplesmente, aplicar-se (209). Uma consideração que leva ROXIN a postular, como pressuposto incontornável da valoração dos conhecimentos fortuitos, que o crime de associação criminosa atinja, pelo menos, a fase de acusação. E, numa linha de maior exigência, WOLTER ou WELP a reclamar mesmo a sua submissão a julgamento.

5. À semelhança da Alemanha, também entre nós, à vista do silêncio da lei processual penal positiva, só do labor da jurisprudência e da doutrina pode esperar-se a necessária e ajustada resposta ao problema dos *conhecimentos fortuitos*.

Como início de resposta, temos por bem fundado o entendimento da doutrina e jurisprudência alemãs na parte em que reclamam como *exigência mínima* que os *conhecimentos fortuitos se reportem a um crime do catálogo*, sc., a uma das infracções previstas no artigo 187.º do CPP. Para além disso, cremos, em segundo lugar, ser mais consis-

(208) Cfr., neste sentido e por todos, RIESS, JR 1979, págs. 168 e segs.; SCHLÜCHTER, Das Strafverfahren, pág. 300.

(209) ROXIN, Strafverfahrensrecht, pág. 230.

tente a posição dos autores que, a par do crime do catálogo, fazem intervir exigências complementares tendentes a reproduzir aquele *estado de necessidade investigatório* que o legislador terá arquetipicamente representado como fundamento da legitimação (excepcional) das escutas telefónicas. Qualquer outro entendimento que reduzisse as exigências e, nessa medida, abatesse algumas das defesas do cidadão, só seria possível em nome de uma hermenêutica menos atenta ao peso dos elementos sistemático, teleológico e político-criminal. Parece, outrossim e em terceiro lugar, que em caso de perseguição de *associação criminosa* nada impedirá a valoração dos conhecimentos fortuitos relativos aos crimes que integram a finalidade ou actividade da associação.

Mais problemático será já o tratamento dos conhecimentos fortuitos nas hipóteses em que não se confirma a suspeita pelo crime de associação criminosa. Pelo menos numa primeira consideração, a fidelidade ao programa político-criminal legalmente codificado e o propósito de obviar aos perigos pertinentemente denunciados por ROXIN, parecem reclamar, como exigência mínima, a acusação pelo crime do catálogo ⁽²¹⁰⁾.

D) Sobre o «efeito-à-distância»

1. a) Já tivemos oportunidade de clarificar o sentido do problema do *efeito-à-distância* das proibições de valoração de prova e de referenciar as mais salientes implicações práctico-jurídicas decorrentes das diferentes (e divergentes) vias de resposta. O percurso feito permitiu-nos igualmente colher a lição do exame comparativo das soluções perfilhadas nos direitos americano e alemão. Vimos como, com pontos de partida aparentemente antitéticos e irreconciliáveis — respectivamente: a adesão à mais ampla *fruit of the poisonous tree doctrine* e a denegação de princípio do *Fernwirkung* — os autores e os tribunais de ambos os países vêm convergindo num paradigma comum de enquadramento teórico. Um paradigma onde não é difícil

⁽²¹⁰⁾ Cfr. WELP, *Jura* 1981, págs. 476 e segs.; WOLTER, *Arm. Kaufmann-Gs.*, págs. 771 e segs.

identificar o essencial do pensamento da chamada *doutrina da imputação objectiva*. Com destaque para os conceitos e princípios nucleares do *fim de protecção da norma* e dos *comportamentos lícitos alternativos, rectius, dos processos hipotéticos de investigação*. E, por isso, um paradigma que se projecta em soluções práctico-jurídicas, no essencial, sobreponíveis. Que não é possível arrumar segundo regras lineares e exclusivas — do género: aceitação *versus* negação pura e simples do *efeito-à-distância* — antes acabando por resultar num espectro diferenciado e matizado.

O que nesta sede nos propomos é apenas esboçar um início de equacionação e de resposta à questão do *efeito-à-distância* no contexto do direito processual penal português. Por razões que deixámos enunciadas, fá-lo-emos procurando ganhar uma perspectiva aberta à generalidade das proibições de prova, transcendendo a circunscrita área problemática das escutas telefónicas.

b) Tudo, a começar, parece legitimar a afirmação de que no direito processual penal português se contêm casos inequívocos de *efeito-à-distância*. Fecundo mais uma vez o confronto com o direito germânico, a fazer avultar razões bastantes para justificar, *a fortiori*, a pertinência da tese enunciada.

Determinante, em primeiro lugar, a circunstância de, diversamente do que sucede na lei alemã, o direito português ter associado as proibições de prova à figura e ao regime das *nulidades*. Isto em adimplemento da injunção constitucional constante do n.º 6 do artigo 32.º da CR, segundo o qual: «*são nulas todas as provas obtidas mediante ...*». O que aponta para a submissão de princípio das proibições de prova à sanção prevista para as *nulidades*. Que, nos termos do n.º 1 do artigo 122.º do CPP, «*tornam inválido o acto em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afectar*».

Em segundo lugar, e mesmo tendo em conta o peso relativo do elemento literal, não devem desatender-se as diferenças que a nível da verbalização separam entre si preceitos como o artigo 126.º do CPP e o § 136a da codificação alemã. O legislador alemão limita-se a prescrever a proibição de valoração «*das declarações (Aussagen) obtidas à custa da violação desta proibição*» (§136a), 3,2). Já o legislador

português optou por proibir, sem mais, a valoração de *todas as provas obtidas* mediante recurso aos métodos proibidos de prova. Uma formulação que parece denunciar a intencionalidade de, em vez de a circunscrever às *declarações* directamente obtidas, generalizar a proibição de valoração a todas as provas inquinadas pelo «veneno» do método proibido.

c) Apesar de tudo, também entre nós nada mais apressado do que acreditar que a proclamação do *efeito-à-distância* possa, só por si e sem mais, solucionar de forma esgotante e definitiva os múltiplos problemas prático-jurídicos que a este propósito se suscitam. À semelhança do que vimos suceder com outros ordenamentos jurídicos, também o direito processual penal português vigente apela para um aturado e filigrâmico labor de exegese e hermenêutica. Um percurso que o intérprete e aplicador do direito terão, mais uma vez, de fazer despertos para a surpresa e singularidade do caso concreto, ditadas já pelo tipo de proibição de prova violada, já pela natureza e relevo do direito, bem jurídico ou interesse sacrificado, já pelo sujeito passivo da violação (v. g. arguido ou testemunha), etc. O que deixa adivinhar que também no direito português não poderá reduzir-se aquele quadro diversificado e polícromo que caracteriza as experiências jurídicas americana e alemã.

2. Não sendo praticável antecipar esse quadro, propomos algumas ilustrações do pertinente discurso hermenêutico. Para o que privilegiaremos a citação exemplificativa de uma ou outra das constelações típicas mais expressivas.

a) Começaremos, por recordar o que se nos afigura a manifestação paradigmática e porventura a mais unívoca de *efeito-à-distância*: a que decorre da utilização de *métodos proibidos de prova contra o arguido*.

α) Tudo se conjuga para impor aqui a comunicação da proibição de valoração à prova mediata.

Resumidamente, estão em causa proibições de prova preordenadas a prevenir o que a lei prefigura como os atentados mais intolerá-

veis tanto à dignidade pessoal ⁽²¹¹⁾ como aos transcendentais valores institucionais que numa perspectiva de Estado de Direito lhe andam associados. Trata-se, por isso e seguramente, de normas cuja eficácia o legislador se propôs assegurar emprestando-lhes as formas mais consistentes e irrestritas de reafirmação contrafáctica. Ora, nada menos consentâneo com este propósito do que circunscrever a proibição de valoração à prova imediata. Por esta via e como ROXIN assinala, incentivar-se-ia o recurso aos métodos proibidos de prova e frustrar-se-ia irreparavelmente a correspondente proibição ⁽²¹²⁾. Na pertinente e impressiva síntese de HASSEMER, a recusa do *efeito-à-distância* equivaleria a neutralizar a «expressividade cultural e jurídica» da proscrição dos métodos proibidos de prova.

O *efeito-à-distância* parece, assim, configurar um momento nuclear do *fim de protecção* do artigo 126.º do CPP na direcção do arguido. Uma conclusão reforçada pela consideração suplementar e decisiva de que só o *efeito-à-distância* pode aqui prevenir uma tão frontal como indesejável violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Na verdade, e como assinala BEULKE, «a valoração de meios de prova tornados possíveis a partir de declarações obtidas à custa de coacção ou meios enganosos, equivaleria a compelir o arguido a colaborar na sua própria condenação» ⁽²¹³⁾.

β) Duas observações adicionais ajudarão a precisar melhor o âmbito que, nesta área específica, há-de adscriver-se ao *efeito-à-distância*. Em primeiro lugar, as considerações expostas valem para a generalidade dos *métodos proibidos de prova* impostos ao arguido: tanto para as hipóteses de coacção, tortura e maus tratos como para os *meios enganosos* que hajam de subsumir-se na categoria e no regime dos métodos de prova proibidos pelo artigo 126.º do CPP. É o que seguramente se dará na constelação paradigmática do detido em prisão preventiva em cuja cela se introduz um *homem de confiança*.

⁽²¹¹⁾ Sobre o relevo da *dignidade* pessoal (do arguido) na problemática do *efeito-à-distância*, FIGUEIREDO DIAS, «Para uma Reforma», págs. 206 e segs.

⁽²¹²⁾ ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 153.

⁽²¹³⁾ BEULKE, *ZStW* 1991, pág. 669. No mesmo sentido, REICHERT-HAMMER, *JuS* 1989, pág. 450.

A proibição de valoração que impende sobre as declarações do arguido terá de estender-se aos meios de prova que elas tornaram possíveis (214).

Em segundo lugar, o *efeito-à-distância* só será de afastar quando tal seja imposto por razões atinentes ao nexo de causalidade ou de «imputação objectiva» entre a violação da proibição de produção da prova e a prova secundária. Nomeadamente e no que à «imputação objectiva» concerne, nas hipóteses de relevância dos *processos hipotéticos de investigação*. Cabendo, contudo, acautelar que, diferentemente do que pretende o Tribunal Federal alemão, não bastará para tanto reconhecer que, em concreto, «não pode demonstrar-se que, sem a violação da lei, a polícia não teria descoberto as testemunhas» (215). cremos, pelo contrário, que aqui terá mesmo de ultrapassar-se aquele «alto grau de probabilidade» de obtenção das provas mediatas para que remete ROXIN (216). Tudo sugere, assim, que se acompanhe BEULKE na parte em que este autor reclama exigências correspondentes às da convicção do juiz necessária para sustentar a condenação do arguido. Isto a partir da consideração pertinente de que, nas situações em que o problema ganha maior acuidade, a admissibilidade da valoração da prova mediata equivalerá, na prática, à condenação do arguido (217). Uma compreensão das coisas que obriga a valorar *pro reo* os coeficientes de dúvida e indeterminação em concreto subsistentes.

b) No extremo oposto — *sc.*, como hipótese inequívoca de exclusão do *efeito-à-distância* — estão as provas mediatas obtidas a partir da violação da *hearsay evidence rule*. Nada, com efeito, parece justificar que a proibição de valoração que inquiere o *testemunho-de-ouvir-dizer* tenha também de precluir a valoração das provas que ele tenha tornado possíveis.

O *efeito-à-distância* transcende claramente o *fim de protecção*

(214) Cfr., neste sentido, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 153; FEZER, *JZ* 1987, págs. 938 e segs.; GRÜN WALD, *SrV* 1987, pág. 470. Em sentido divergente, BGH (28.4.1987) in *JZ* 1987, págs. 936 e segs.

(215) *JZ* 1987, pág. 937.

(216) ROXIN, *ob. loc. cit.*

(217) Desenvolvidamente, BEULKE, *ZStW* 1991, págs. 670 e segs.

das normas do direito processual português que prescrevem a proibição do *testemunho-de-ouvir-dizer*. E que obedecem fundamentalmente a exigências próprias dos princípios de *imedição*, de *igualdade de armas* e da regra da *cross-examination*. Tudo exigências cuja satisfação integral pode perfeitamente compaginar-se com a utilização processual das provas mediatamente produzidas pelo *testemunho-de-ouvir-dizer*. Não subsistindo, assim e em síntese conclusiva, argumentos pertinentes e susceptíveis de contrariar as razões de economia processual, verdade e justiça material, a reivindicarem a devida valoração destes meios mediatos de prova (218).

c) A insegurança e as dificuldades sobem de tom à medida que abandonamos as áreas extremadas até aqui recensadas, respectivamente, os *métodos proibidos de prova impostos ao arguido* e os *testemunhos-de-ouvir-dizer*. A partir daqui passa a intervir todo um conjunto de factores de relativização, a aumentar a complexidade problemática e a potenciar a dispersão das soluções prático-jurídicas. Como sucede, por exemplo, com o estatuto do sujeito passivo (concretamente, a testemunha com o seu dever de verdade e de colaboração com a justiça) ou com a danosidade social diferenciada dos diferentes tipos de provas proibidas, a reclamar áreas de tutela não necessariamente sobreponíveis. Tudo com reflexos óbvios na questão do *efeito-à-distância*.

Nesta linha, e como regras adiantadas a benefício de ulterior e mais aturada reflexão, cremos poder sustentar que também as proibições de valoração decorrentes do regime das *escutas telefónicas* andarão normalmente associadas ao *efeito-à-distância*. Neste sentido joga, desde logo e como o Tribunal Federal alemão expressamente acentua (219), a danosidade social qualificada deste meio de devassa.

(218) Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, «Para uma Reforma», págs. 208 e segs. À luz do direito vigente, *maxime* do artigo 129.º do CPP, não cremos, assim, que possa sustentar-se o entendimento contrário, por nós advogado na vigência do anterior Código de Processo Penal, em «Parecer», pág. 11.

(219) Cfr. neste sentido, *JR* 1979, pág. 164. Sobre o problema, cfr. ainda ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 153; MAIWALD, *JuS* 1978, pág. 384; RIESS, *JR* 1979, pág. 169.

Como joga igualmente o mandamento da *interpretação restritiva* das normas que legitimam a recolha e valoração das provas obtidas por meio de escuta telefónica.

E o princípio não deverá ser essencialmente outro quanto às proibições de prova ditadas pelo regime processual das *gravações e fotografias ilícitas*. Além do mais, pela circunstância de a proibição de valoração estar sistematicamente ligada à *ilicitude penal* (substantiva) da utilização processual da gravação ou fotografia. Dificilmente se compreendendo que, do ilícito penal cometido por via da valoração processual, sempre pudessem, afinal, colher-se os frutos indirectos ou mediatos.

BIBLIOGRAFIA

- ACHENBACH (H.), «Polygraphie pro reo?», *NSiZ* 1984, págs. 350 e segs.
- AMELUNG (K.), *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972.
- , «Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates?», *NJW* 1987, págs. 833 e segs.
- , «Nochmals: § 34 StGB als öffentlichrechtliche Eingriffsnorm?», *NJW* 1978, págs. 623 e segs.
- , «Das Problem der heimlichen Notwehr gegen die erpresserische Androhung kompromittierender Enthüllungen», *GA* 1982, págs. 398 e segs.
- , «Anmerkung», *NSiZ* 1982, págs. 38 e segs.
- , *Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes. Eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1983.
- , «Anmerkung (BGH, 31,296 — Unverwertbarkeit einer Raumgesprächs-Aufzeichnung)», *JR* 1984, págs. 254 e segs.
- , «Zulässigkeit und Freiwilligkeit der Einwilligung bei strafprozessualen Grundrechtsbeeinträchtigungen», *Festgabe zum 10. Jahrgigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik*, München, 1984, págs. 1 e segs.
- , «Der Grundrechtsschutz der Gewissensforschung und die strafprozessuale Behandlung von Tagebüchern», *NJW* 1988, págs. 1002 e segs.
- , *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess. Dogmatische Grundlagen individualrechtlicher Beweisverbote*, Berlin, 1990.
- , «Grundfragen der Verwertungsverbote bei beweissichernden Haussuchungen im Strafverfahren», *NJW* 1991, págs. 2533 e segs.
- ANDRADE (J. C. VIEIRA), *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983.
- ANDRADE (M. COSTA), «Parecer», *Colectânea de Jurisprudência* 1981, T. 1, págs. 5 e segs.
- , *Sobre a Valoração, como Meio de Prova em Processo Penal, das Gravações Produzidas por Particulares*, Coimbra, 1987.
- , «Oportunidade e Consenso. Reflexões a Propósito da Suspensão Provisória do Processo e do Processo Sumaríssimo», *Jornadas*, págs. 319 e segs.
- , *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra, 1991.
- ARNDT (A.), «Umwelt und Recht», *NJW* 1963, págs. 432 e segs.

- ARNDT (A.), «Vor unserer eigenen Tür. Eine Besprechung (BGH, 16.9.1966)», *NJW* 1967, págs. 1845 e segs.
- ARZT (G.), *Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre*, Tübingen, 1970.
- , «Anmerkung», *JZ* 1973, págs. 506 e segs.
- , «Zum Verhältnis von Strengbeweis und freier Beweiswürdigung», *Fest. Peters*, págs. 223 e segs.
- ARZT (G.)/WEBER (U.), *Strafrecht. Besonderer Teil. Delikte Gegen die Person*, LH1, Bielefeld, 1981.
- BALL (E. F.), «Good Faith and the Fourth Amendment: the Reasonable Exception to the Exclusionary Rule», *JCrim* 1978, págs. 635 e segs.
- BAUMANN (J.), «Sperrkraft der mit unzulässigen Mitteln herbeigeführten Aussage», *GA* 1959, págs. 33 e segs.
- , «Straffreiheit für den Kronzeugen?», *JuS* 1975, págs. 342 e segs.
- , *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 1977.
- BELING (E.), *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, Breslau, 1903.
- BERNSMANN (K.), «Kronzeugenregelungen des geltenden Rechts. Dogmatische Anmerkungen zu einer (kriminal-)politischen Auseinandersetzung», *JZ* 1988, págs. 539 e segs.
- BERZ (U.), «Polizeilicher agent provocateur und Tatverfolgung — BGH, NJW 1981, 1626», *JuS* 1982, págs. 416 e segs.
- BEULKE (W.), «Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren bei rechtswidrigen Vorgehen von Ermittlungsorganen», *ZStW* 1991, págs. 657 e segs.
- BLEI (H.), «Strafbedürfnis und Auslegung», *Fest. Henkel*, págs. 109 e segs.
- BLOMEYER (J.), «Die Revisibilität von Verfahrensfehlern im Strafprozess. Kausalität und Finalität in Revisionsrecht», *JR* 1971, págs. 142 e segs.
- BONARENS (H.), «Anfertigung von Lichtbildern für Zwecke des Strafverfahrens und Persönlichkeitsschutz», *Fest. Dünnebir*, págs. 215 e segs.
- BOTTKE (W.), «Verwertbarkeit ab gehörter Telefongespräche Dritter», *JA* 1980, págs. 748 e segs.
- BRADLEY (C.), «The Exclusionary Rule in Germany», *Harvard* 1983, págs. 1032 e segs.
- , «Beweisverbote in den USA und in Deutschland», *GA* 1985, págs. 99 e segs.
- BRUNS (H.-J.), «Gilt die Strafrechtsordnung auch für und gegen Verbrecher untereinander?», *Fest. Mezger*, págs. 335 e segs.
- , «Widerspruchsvolles Verhalten des Staates als neuartiges Strafverfolgungsverbot und Verfahrenshindernis, insbesondere beim tatprovokierenden Einsatz polizeilicher Lockspitzel», *NSiZ* 1983, págs. 49 e segs.
- , «Zur Frage der Folgen tatprovokierenden Verhaltens polizeilicher Lockspitzel. Eine Besprechung des Urteils BGH. I StR 148/48 v. 23.5.84», *StV* 1984, págs. 388 e segs.
- CALLIERS (R.-P.), «Der strafrechtliche Nötigungstatbestand und das verfassungsrechtliche Gebot der Tatbestandsbestimmtheit», *NJW* 1985, págs. 1506 e segs.

- CANOTILHO (J. GOMES), *Direito Constitucional*, Coimbra, 1983.
- CANOTILHO (J. GOMES)/MOREIRA (VITAL), *Constituição da República Portuguesa. Anotada*, 1 vol., Coimbra, 1984.
- CARVALHO (A. TAIPA), *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra, 1990.
- CARVALHO (ORLANDO), *Teoria Geral da Relação Jurídica. Bibliografia e Sumário Desenvolvido*, Coimbra, 1970.
- CONSO (G.)/GREVI (V.), (Edit.), *Profili del Nuovo Codice di Procedura Penale*, Padova, 1990.
- CORREIA (EDUARDO), «Les preuves en droit pénal portugais», *RDES* 1967, págs. 1 e segs.
- DENCKER (F.), *Verwertungsverbote im Strafprozess. Ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten*, Köln, 1977.
- , «Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung», in: LÜDERSSEN, (Herausg.), *V. Leute*, págs. 238 e segs.
- DENNY (M.), «Der Kronzeuge unter besonderer Berücksichtigung der Erfahrungen mit Kronzeugen in Nordirland», *ZStW* 1991, págs. 269 e segs.
- DIAS (J. FIGUEIREDO), *O Problema da Consciência da Ilcitude em Direito Penal*, Coimbra, 1969.
- , *Direito Processual Penal*, 1 vol., Coimbra, 1974.
- , «La protection des droits de l'homme dans la procédure pénale portugaise», *BMJ* 291 (Dez. 1979), págs. 163 e segs.
- , «Para uma Reforma Global do Processo Penal Português. Da sua Necessidade e de Algumas Orientações Fundamentais», in: *Para uma Nova Justiça Penal*, Coimbra, 1983, págs. 189 e segs.
- , «Sobre os Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal», *Jornadas*, págs. 3 e segs.
- DINGELDEY (Th.), «Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafprozessrecht», *JA* 1984, págs. 407 e segs.
- DONATSCH (A.), «'DNA - Fingerprinting' zwecks Täteridentifizierung im strafverfahren», *SchwZ* 1991, págs. 175 e segs.
- ENGLISH (R.), «Lawyers in the Station House?», *JCrim* 1966, págs. 283 e segs.
- ESER (A.), «Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren», *ZStW* 1967, págs. 565 e segs.
- FEZER (G.), «Grundfälle zum Verlesungs- und Verwertungsverbote im Strafprozess», *JuS* 1979, págs. 186 e segs.
- , «Anmerkung», *JZ* 1987, págs. 937 e segs.
- FINCKE (M.), «Verwertbarkeit von Aussagen des nicht belehrten Beschuldigten», *NJW* 1969, págs. 1014 e segs.
- FOTH (E.), «Kann die Anstiftung durch eine V-Person ein Verfahrenshindernis begründen?», *NJW* 1984, págs. 221 e segs.
- FRENZEL (A.), «Anmerkung (BGH, 17.10.1983, Kommissarische Vernehmung)», *NSiZ* 1984, págs. 39 e segs.
- GALLAS (W.), «Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962)», *ZStW* 1963, págs. 16 e segs.

- GEERDS (F.), «Anmerkung (BGH, 16.3.1983 — "Raumgesprächs"-Aufzeichnung)», *NSiZ* 1983, págs. 517 e segs.
- GEPPERT (K.), «Anmerkung (BGH St. 34, 397)», *JR* 1988, págs. 471 e segs.
- GLOBIG (K.), «Die Verwertung von Abhörerkennnissen aus einer Telefonüberwachung gem. § 100a) StPO zu Zwecken der Gefahrenabwehr», *ZRP* 1991, págs. 81 e segs.
- , «Replik: Gefahrenabwehr durch Verwertung von Erkenntnissen aus Telefonabhörmassnahmen Gem. § 100a) StPO», *ZRP* 1991, págs. 289 e segs.
- GÖSSEL (K.-H.), *Strafverfahrensrecht*, Stuttgart, 1977.
- , *Strafverfahrensrecht II*, Stuttgart, 1979.
- , «Die Beweisverbote im Strafverfahren», *Fest. Bockelmann*, págs. 801 e segs.
- , «Über die Rechtsmässigkeit befugnisloser strafprozessualer rechtsgutsbeeinträchtigenden Massnahmen», *JuS* 1979, págs. 162 e segs.
- , «Schriftum — Gedächtnisschrift für Horst Schröder», *GA* 1980, págs. 152 e segs.
- , «Kritische Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Lehre von den Beweisverboten im Strafverfahren», *NJW* 1981, págs. 649 e segs.
- , «Überlegungen zu einer neuen Beweisverbotslehre», *NJW* 1981, págs. 2217 e segs.
- , «A Posição do Defensor no Processo Penal de um Estado de Direito», *BFDC* 1983, págs. 241 e segs.
- , «Verfassungsrechtliche Verwertungsverbote im Strafverfahren», *JZ* 1984, págs. 361 e segs.
- , «Die Beweisverbote im Strafverfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland», *GA* 1991, págs. 483 e segs.
- , «Gentechnische Untersuchungen als Gegenstand der Beweisführung im Strafverfahren», *Gedächtnis. Meyer*, págs. 121 e segs.
- GRÜNWARD (G.), «Beweisverbote und Bewertungsverbote im Strafverfahren», *JZ* 1966, págs. 489 e segs.
- , «Anmerkung», *JZ* 1968, págs. 752 e segs.
- , «Anmerkung», *JZ* 1976, págs. 767 e segs.
- , «Probleme Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung», *JZ* 1981, págs. 423 e segs.
- , «Der Niedergang des Prinzips der unmittelbaren Zeugenvernehmung», *Fest. Dünnebier*, págs. 347 e segs.
- , «Anmerkung», *StV* 1984, págs. 56 e segs.
- , «Menschenrechte im Strafprozess», *StV* 1987, págs. 453 e segs.
- , «Anmerkung», *StV* 1987, págs. 470 e segs.
- GÜNTHER (H.-L.), «Die Schweigebefugnis des Tatverdächtigen im straf- und Bussgeldverfahren aus verfassungsrechtlicher Sicht», *GA* 1978, págs. 193 e segs.
- , *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, Köln, 1983.
- , «Strafrecht und Humangenetik», *ZStW* 1990, págs. 269 e segs.
- HABERMAS (J.), «Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?», *KJ* 1987, págs. 1 e segs.

- HAFFKE (B.), «Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot», *GA* 1973, págs. 65 e segs.
- HALL (L.)/KAMISAR (Y.)/LAFAYE (W.)/ISRAEL (J.), *Modern Criminal Procedure. Cases, Comments and Questions*, St. Paul, Minn, 1969.
- HANNOVER (H.), «Kollaboration mit der Justiz als Kriterium der Freund-Feind-Unterscheidung. Ein Beitrag zum Kronzeugen-Syndrom», *KJ* 1989, págs. 394 e segs.
- HASSEMER (W.), «Unferfügbares im Strafprozess», *Fest. Maihofer*, págs. 183 e segs.
- , «Das Schicksal der Bürgerrechte im "effizienten" Strafrecht», *StV* 1990, págs. 328 e segs.
- , «Telefonüberwachung und Gefahrenabwehr», *ZRP* 1991, págs. 121 e segs.
- HAUG (W.), «Notwehr gegen Erpressung», *MDR* 1964, págs. 548 e segs.
- HENKEL (H.), *Strafverfahrensrecht. Ein Lehrbuch* (2. Aufl.), Stuttgart, 1968.
- HERDEGEN (G.), «Bemerkungen zum Beweisantragsrecht», *NSiZ* 1984, págs. 97 e segs., 200 e segs. e 337 e segs.
- HERRMANN (J.), *Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens*, Bonn, 1971.
- , «Ein neues Hauptverhandlungsmodell», *ZStW* 1988, págs. 41 e segs.
- , «Aufgaben und Grenzen der Beweisverwertungsverbote. Rechtsvergleichende Überlegungen zum deutschen und amerikanischen Recht», *Fest. Jescheck*, págs. 1291 e segs.
- HILLENKAMP (Th.), *Vorsatztat und Opferverhalten*, Göttingen, 1981.
- HONIG (R.), *Beweisverbote und Grundrechte im amerikanischen Strafprozess*, Tübingen, 1967.
- ISRAEL (J.), «Criminal Procedure, the Burger Court and the Legacy of the Warren Court», *Michigan* 1977, págs. 1326 e segs.
- JÄGER (H.), *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Frankfurt, 1989.
- JAHRREISS (H.), «Zum Ruf nach dem sogenannten Kronzeugen. Das Mitglied einer Bande von Schwerstverbrechern als 'Staats-Zeuge' mit zugesicherter Belohnung für rechtsförderliche Aussage», *Fest. Lange*, págs. 765 e segs.
- JAKOBS (G.), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1983.
- JESCHECK (H.-H.), «Beweisverbote im Strafprozess. Rechtsvergleichendes Generalgutachten für den 46. Deutschen Juristentag», *Verhandlungen*, Bd. 1, Teil 3.B.
- , *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1988.
- JUNG (H.), *Straffreiheit für den Kronzeugen?*, Köln, 1974.
- KAISER (E.), «Das Postgeheimnis und seine erlaubte Durchbrechung», *NJW* 1969, págs. 18 e segs.
- , «Verwertbarkeit von Äusserungen Dritter während überwachter Telefongespräche (100a) StPO», *NJW* 1974, págs. 349 e segs.
- KELLER (R.), «Die Genomanalyse im Strafverfahren», *NJW* 1989, págs. 2289 e segs.
- KIENAPFEL (D.), *Privatsphäre und Strafrecht*, Frankfurt, 1969.

- KLEINKNECHT (Th.), «Die Anwendung unmittelbaren Zwangs bei der Blutentnahme nach § 81a) StPO», *NJW* 1964, págs. 2181 e segs.
- , «Die Beweisverbote im Strafprozess», *NJW* 1966, págs. 1537 e segs.
- KLIMKE (O.), «Der Polygraphentest im Strafverfahren», *NSiZ* 1981, págs. 433 e segs.
- KLUG (U.), «Beweisverbote im Strafprozess», *Verhandlungen* Bd. II, F, págs. 30 e segs.
- , «Konfliktlösungsvorschläge bei heimlichen Tonbandaufnahmen zur Abwehr krimineller Telefonanrufe», *Fest. Sarstedt*, págs. 101 e segs.
- KNAUTH (A.), «Beweisrechtliche Probleme bei der Bewertung von Abhörmaterial im Strafverfahren», *NJW* 1978, págs. 741 e segs.
- KOBERGER (A.), «Grenzloser Schutz der Privatsphäre vor Tonbandsgeräten?», *ÖJZ* 1990, págs. 330 e segs.
- KOHLHAAS (M.), «Beweisverbote im Strafprozess», *DRiZ* 1966, págs. 286 e segs.
- KOHLRAUSCH (E.), «Tagesfragen», *ZStW* 1912, págs. 688 e segs.
- KRAINZ (K.), «Über Zeugen von Hörensagen», *GA* 1985, pág. 402.
- KRAUSE (P.), «Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. BVerfGE 65,1», *JuS* 1984, págs. 268 e segs.
- KRAUSS (D.), «Der Schutz der Intimsphäre im Strafprozess», *Fest. Gallas*, págs. 365 e segs.
- KRIES (von), «Das Prinzip der Unmittelbarkeit im Beweisverfahren der deutschen Prozessordnung», *ZStW* 1886, págs. 88 e segs.
- KÜHL (K.), «Freie Bewertung des Schweigens des Angeklagten und der Untersuchungsverweigerung eines angehörigen Zeugen (BGH St. 32, 140)», *JuS* 1986, págs. 115 e segs.
- KÜHNE (H.-H.), *Strafprozessuale Beweisverbote und Art. 1, I Grundgesetz*, Köln, 1970.
- LaFAVE (W.), «*Street Encounters and the Constitution: Terry, Sibron, Peters and Beyond*», *Michigan* 1968, págs. 39 e segs.
- LaFAVE (W.)/ISRAEL (J.), *Criminal Procedure. Criminal Practice Series*, St. Paul, Minn, 1984.
- LANGE (R.), «Terrorismus kein Notstandsfall? Zur Anwendung des § 34 StGB im öffentlichen Recht», *NJW* 1978, págs. 784 e segs.
- LENCKNER (Th.), «Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung», *GA* 1985, págs. 295 e segs.
- LÚCIO (A. LABORINHO), «Sujeitos do Processo Penal. Algumas Considerações», *Jornadas*, págs. 37 e segs.
- LÜDERSSEN (K.), «Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?», *Fest. Peters*, págs. 349 e segs.
- , «Die V-Leute-Problematik... Oder Zinismus, Borniertheit oder 'Sachzwang'?», *Jura* 1985, págs. 113 e segs.
- LÜDERSSEN (K.), (Herausg.), *V-Leute. Die Falle im Rechtsstaat*, Frankfurt, 1985.
- LUHMANN (N.), *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischer Soziologie*, Berlin, 1965.

- LUHMANN (N.), *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zu Rechtssoziologie und Rechtslehre*, Frankfurt, 1981.
- , *Soziologische Aufklärung. 4. Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft*, Opladen, 1987.
- MAGALHÃES (JOSÉ), *Dicionário da Revisão Constitucional*, Lisboa, 1989.
- MAGUIRE (R.), «How to Unpoison the Fruit. The Fourth Amendment and the Exclusionary Rule», *JCrim* 1964, págs. 307 e segs.
- MAIHOFFER (W.), *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, Frankfurt, 1954.
- MAIWALD (M.), «Zufallsfunde bei unzulässiger strafprozessualer Telephonüberwachung — BGH, NJW 1976, 1462», *JuS* 1978, págs. 379 e segs.
- MARTINS (A. G. LOURENÇO), *Droga. Prevenção e Tratamento. Combate ao Tráfico*, Coimbra, 1984.
- MATHIESEN (Th.), «Contemporary Penal Policy: a Study in Moral Panics», in: NORMAN BISHOP (Edit.), *Scandinavian Criminal Policy & Criminology* 1985-90, págs. 112 e segs.
- MAUNZ (Th.)/DÜRIG (G.)/HERZOG (R.), *Grundgesetz. Kommentar*, München, 1983.
- MEYER (J.), «Zur prozessrechtlichen Problematik des V-Mannes», *ZStW* 1983, págs. 834 e segs.
- , «Zur V-Mann-Problematik aus rechtsvergleichender Sicht», *Fest. Jescheck*, págs. 1311 e segs.
- MIDDENDORF (W.), «Der Kronzeuge. Historisch-kriminologisches Gutachten», *ZStW* 1973, págs. 1102 e segs.
- MIEBACH (K.), «Der Ausschluss des anonymen Zeugen aus dem Strafprozess. Vorschlag zur Korrektur der Entscheidung des Grossen Senats für Strafsachen des BGH», *ZRP* 1984, págs. 81 e segs.
- MOOS (R.), «Ausgewogene Kommunikationsstruktur der Hauptverhandlung durch Wechselverhör und Teilung in zwei Abschnitte», *ZStW* 1991, págs. 553 e segs.
- MUELLER (G.), «Beweisverbote im amerikanischen Strafprozess», *Verhandlungen*, Bd. I, 3A, págs. 33 e segs.
- NEUMANN (U.), «Material und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren», *ZStW* 1989, págs. 52 e segs.
- NEVES (A. CASTANHEIRA), *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, 1968.
- NIEBLER (E.), «Der Einfluss der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf das Strafprozessrecht», *Fest. Kleinknecht*, págs. 299 e segs.
- NIESE (W.), «Narkoanalyse als doppel funktionelle Prozesshandlung», *ZStW* 1951, págs. 199 e segs.
- OSÓRIO (L.), *Comentário ao Código de Processo Penal Português*, IV vol., Coimbra, 1933.
- OTTO (H.), «Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren», *GA* 1970, págs. 289 e segs.
- , «Die strafprozessuale Verwertbarkeit von Beweismitteln, die durch Eingriff in Rechte anderer von Privaten erlangt wurden», *Fest. Kleinknecht*, págs. 319 e segs.

- PELKMANN (H.), «Erweiterung der Rechte des verhafteten Beschuldigten in USA (Miranda-Fall des Supreme Court)», *NJW* 1966, págs. 1801 e segs.
- PEPINSKY (H.), «A Theory of Police Reaction to Miranda v. Arizona», *CrimD* 1970, págs. 379 e segs.
- PETERS (K.), «Beweisverbote im deutschen Strafverfahren», *Verhandlungen*, Bd. I, 3A, págs. 91 e segs.
- , «Eine Antwort auf Undeutsch: die Verwertbarkeit unwillkürlicher Ausdrucksercheinungen bei der Aussagewürdigung», *ZStW* 1975, págs. 663 e segs.
- , *Strafprozess. Ein Lehrbuch*, 3. Aufl., Heidelberg, 1981.
- PETERSON (S.), «Sexual Abuse of Children — Washington's new hearsay Exception», *Washington* 1983, págs. 813 e segs.
- PETRY (H.), *Beweisverbote im Strafprozess*, Darmstadt, 1971.
- PIHLER (R.), «The Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Shepardized», *California* 1968, págs. 579 e segs.
- PRITZWITZ (C.), «Die Grenzen der Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus der Telefonüberwachung gem. 100a) StPO», *StV* 1984, págs. 302 e segs.
- PUPPE (I.), «List im Verhör des Beschuldigten», *GA* 1978, págs. 289 e segs.
- PÜTTNER (G.)/BRÜHL (K.), «Verfassungsrechtliche Probleme von Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie», *JA* 1987, pag. 289.
- , «Fortpflanzungsmedizin, Gentechnologie und Verfassung. Zum Gesichtspunkt der Einwilligung Betroffener», *JZ* 1987, págs. 529 e segs.
- RADBRUCH (G.), «Grenzen der Kriminalpolizei», *Fest. Sauer*, págs. 121 e segs.
- RADEMACHER (Ch.), «Zulässigkeit der Gen-Analyse?», *NJW* 1991, págs. 735 e segs.
- REBMANN (K.), «Der Zeuge von Hörensagen im Spannungsverhältnis zwischen gerichtlicher Aufklärungspflicht, Belangen der Exekutive und Verteidigungsinteressen», *NSiZ* 1982, págs. 315 e segs.
- , «Der Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung», *NJW* 1985, págs. 1 e segs.
- REICHERT-HAMMER (H.), «Zu Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten (§136a StPO) — BGH St. 34, 362 (28.4.1987)», *JuS* 1989, págs. 446 e segs.
- RIEGEL (R.), «Das Dirnhofer-Urteil des Bundesgerichtshofs und seine Konsequenzen für die Zusammenarbeit der Sicherheits- und Strafverfolgungsbehörden», *JZ* 1980, págs. 757 e segs.
- , «Nochmals: Telefonüberwachung und Gefahrenabwehr», *ZRP* 1991, págs. 286 e segs.
- RIESS (P.), «Anmerkung (BGH, 26, 298; 27, 355; 28, 122)», *JR* 1979, págs. 167 e segs.
- ROCHA (M. A. LOPES), «Violação do Segredo Bancário e Exclusão da Ilícitude», in: *Estudios Penales En Memoria del Profesor Agustín Fernandez Albor*, Santiago de Compostela, 1989, págs. 427 e segs.
- RODRIGUES (J. CUNHA), «A Posição Institucional e as Atribuições do Ministério Público e das Polícias na Investigação Criminal», *BMJ* 337 (Junho de 1984), págs. 9 e segs.

- ROGALL (K.), *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst. Ein Beitrag zur Geltung der Satzes «nemo tenetur se ipsum prodere» im Strafprozess*, Berlin, 1972.
- , «Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von strafprozessualen Beweisverböten», *ZStW* 1979, págs. 1 e segs.
- , «Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozess. Ein Beitrag zur Lehre der Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverböten», *NSiZ* 1988, págs. 385 e segs.
- ROXIN (C.), «Die Reform der Hauptverhandlung im deutschen Strafprozess», in: H. LÜTTGER (Herausg.), *Probleme der Strafprozessreform*, Berlin/N. York, 1975, págs. 52 e segs.
- , «Fragen der Hauptverhandlungsreform im Strafprozess», *Fest. Schmidt-Leichner*, págs. 145 e segs.
- , *Strafverfahrensrecht* (21. Aufl.), München, 1989.
- , «Der durch Mensch ausgelöste Defensivnotstand», *Fest. Jescheck*, págs. 457 e segs.
- , «Anmerkung», *NSiZ* 1989, págs. 375 e segs.
- , «Über die Reform des deutschen Strafprozessrechts», *Fest. Jauch*, págs. 183 e segs.
- RUDOLPHI (H.-J.), «Die Revisibilität von Verfahrensmängeln im Strafprozess», *MDR* 1970, págs. 93 e segs.
- , «Grenzen der Überwachung des Fernmeldeverkehrs nach den § 100a), b) StPO», *Fest. Schaffstein*, págs. 433 e segs.
- RÖPING (H.), «Zur Mitwirkungspflicht des Beschuldigten und Angeklagten», *JR* 1974, págs. 135 e segs.
- SAGARIN (E.)/MACNAMARA (D.), «The Problem of Entrapment», *CrimD* 1970, págs. 363 e segs.
- SAVINI (A.), *L'immagine e la fotografia nella disciplina giuridica*, Padova, 1989.
- SAX (W.), «Über die Zulässigkeit der prozessualen Verwertung privater Tagebuchaufzeichnungen als Beweismittel», *JZ* 1965, págs. 1 e segs.
- SCHÄFER (K.), «Einige Bemerkungen zu dem Satz *nemo tenetur se ipsum accusare*», *Fest. Dünnebiele*, págs. 11 e segs.
- SCHAFFSTEIN (F.), «Der Masstab für das Gefahrenurteil beim rechtfertigenden Notstand», *Fest. Bruns*, págs. 71 e segs.
- , «Die strafrechtlichen Notrechte des Staates», *Gedächtnis. Schröder*, págs. 97 e segs.
- SCHLÜCHTER (H.), *Das Strafverfahren*, Köln, 1981.
- , «Anmerkung», *JR* 1984, págs. 517 e segs.
- , «Anmerkung (BGH 32,10)», *NSiZ* 1986, págs. 372 e segs.
- SCHMID (N.), *Das amerikanische Strafverfahren*, Heidelberg, 1986.
- SCHMIDT (EB.), *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Göttingen 1957 (Teil II) e 1964 (Teil I, 2. Aufl.).
- , «Die Verletzung der Belehrungspflicht gemäss § 55 II StPO als Revisionsgrund», *JZ* 1958, págs. 596 e segs.

- SCHMIDT (Eb.), «Sinn und Tragweite des Hinweises auf die Aussagefreiheit des Beschuldigten», *NJW* 1968, págs. 1209 e segs.
- SCHMIDT (W.), «Anmerkung», *JZ* 1976, págs. 32 e segs.
- SCHMITT (R.), «Tonbänder im Strafprozess», *JuS* 1967, págs. 19 e segs.
- SCHÖNE (W.), «Lineas generales del proceso penal alemán», *Justicia* 1989, págs. 685 e segs.
- SCHÖNEBORN (Ch.), «Zeugnisverweigerungsrecht bei mehreren Mitbeschuldigten und Rechtskreistheorie», *NJW* 1974, págs. 535 e segs.
- SCHRÖDER (F.-Ch.), «Anmerkung zu OLG Hamburg», *JR* 1973, págs. 253 e segs.
- SCHUMANN (H.), «Verfahrenshindernis bei Einsatz von V-Leuten als agents provocateurs?», *JZ* 1986, págs. 66 e segs.
- SCHÜNEMANN (B.), «Die Belehrungspflichten der §§ 243, IV, 136 n. F. StPO und der BGH», *MDR* 1969, págs. 101 e segs.
- , «Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen», *ZStW* 1978, págs. 11 e segs.
- , «Zur Reform der Hauptverhandlung im Strafprozess», *GA* 1978, págs. 163 e segs.
- , «Die polizeiliche Lockspitzel — Kontroverse ohne Ende?», *StV* 1985, págs. 424 e segs.
- SCHÜNEMANN (W.), «Die strafprozessuale Verwertbarkeit von Zufallserkenntnissen bei Telefonüberwachung», *NJW* 1978, págs. 406 e segs.
- SCHWABE (J.), «Rechtsprobleme des Lügendetektors», *NJW* 1979, págs. 576 e segs.
- , «Der Lügendetektor vor dem Bundesverfassungsgericht», *NJW* 1982, págs. 367 e segs.
- SEEBODE (M.)/SYDOW (F.), «Hörensagen ist halb gelogen. Das Zeugen vom Hörensagen im Strafprozess», *JZ* 1980, págs. 506 e segs.
- SEELMANN (K.), «Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-Mannes. Die Strafbarkeit des Lockspitzel und des Verlockten», *ZStW* 1983, págs. 797 e segs.
- SILVA (G. MARQUES), *Do Processo Penal Preliminar*, Lisboa, 1990.
- SPENDEL (G.), «Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform», *NJW* 1960, págs. 1700 e segs.
- , «Beweisverbote im Strafprozess», *NJW* 1966, págs. 1102 e segs.
- STERNBERG-LIEBEN (D.), «Genetischer Fingerabdruck und § 81a) StPO», *NJW* 1987, págs. 1242 e segs.
- STRATENWERTH (G.), *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (3. Aufl.), Berlin, 1981.
- SUPPERT (H.), *Studien zur Notwehr und «notwehrähnlichen Lage»*, Bonn, 1973.
- SYDOW (F.), *Kritik der Lehre von den «Beweisverboten»*, Würzburg, 1976.
- TASCHKE (J.), «Die Anstiftung durch einen Lockspitzel kann einen Verfahrenshindernis begründen?», *StV* 1984, págs. 178 e segs.
- TIEDEMANN (K.), «Zeugen von Hörensagen im Strafverfahren (BGH St. 17, 382)», *JuS* 1965, págs. 14 e segs.
- , «Anmerkung», *JZ* 1967, págs. 570 e segs.

- TIEDEMANN (K.), «Privatdienstliche Ermittlungen im Ausland — strafprozessuales Verwertungsverbot?», *Fest. Bockelmann*, págs. 819 e segs.
- TIEDEMANN (K.)/SIEBER (U.), «Die Verwertung des Wissens von V-Leuten im Strafverfahren. Analyse und Konsequenzen der Entscheidung des Grossen Senats des BGH», *NJW* 1984, págs. 753 e segs.
- UNDEUTSCH (U.), «Die Verwertbarkeit unwillkürlicher Ausdrucksercheinungen bei der Aussagewürdigung. Eine Aufgabe von psychologischer Seite», *ZStW* 1975, págs. 650 e segs.
- WEBER (G.), «Anmerkung zu OLG Hamburg», *NJW* 1973, pag. 1056.
- WEIGEND (Th.), «Anmerkungen zur Diskussion um den Kronzeugen aus der Sicht des amerikanischen Rechts», *Fest. Jescheck*, págs. 1333 e segs.
- WELP (J.), «Anmerkung zu BGH JZ 1973, 288», *JZ* 1973, págs. 289 e segs.
- , «Die Geheimnissphäre des Verteidigers in ihren strafprozessualen Funktionen», *Fest. Gallas*, págs. 391 e segs.
- , «Zufallsfunde bei der Telefonüberwachung», *Jura* 1981, págs. 472 e segs.
- , «Abhörverbote zum Schutz des Strafverteidigers», *NSiZ* 1986, págs. 294 e segs.
- WIGMORE (J. H.), *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, 3.^a ed., 10 vols., Boston, 1940.
- WILSON (O.), «Crime, the Courts and the Police», *JCrim* 1966, págs. 291 e segs.
- WOLFSLAST (G.), «Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnung», *NSiZ* 1987, págs. 103 e segs.
- WOLTER (J.), «Anmerkung», *NSiZ* 1984, págs. 276 e segs.
- , «Heimliche und automatisierte Informationseingriffe wider Datengrundrechtsschutz», *GA* 1988, págs. 49 e segs. e 129 e segs.
- , «Verwertungsverbote bei zulässiger Telefonüberwachung», *Gedächtnis. Arm. Kaufmann*, págs. 761 e segs.
- , «Repressive und präventive Verwertung tagebuchartiger Aufzeichnungen», *StV* 1990, págs. 175 e segs.
- , *Aspekte einer Strafprozessreform bis 2007*, München, 1991.
- , *Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einen europäischen Strafrechtssystem*, 1991 (Texto cedido pelo autor).
- , «Menschenwürde und Freiheit im Strafprozess», *Gedächtnis. Meyer*, págs. 493 e segs.
- WÜRTENBERGER (Th.), «Ist die Anwendung des Lügendetektors im deutschen Strafverfahren zulässig?», *JZ* 1951, págs. 772 e segs.
- ZUCH (R.), «Abhörsgesetz und Anwaltschaft», *NJW* 1969, págs. 911 e segs.

ÍNDICE DE ASSUNTOS

- Acareação*, 127
- Acordo*, 50 ss, 251 s
 - vd. *Consentimento*
- Actos preparatórios*, 290
- Acusatório (processo de estrutura)*, 122 ss, 137 ss
 - puro, 137
 - integrado por princípio de investigação, 137 ss, 204 ss
- Adversary system*, 204 ss
- Advogado*, 292
 - apreensão em escritório, 287
 - escutas telefônicas, 300 s
 - segredo profissional, 53
 - vd. *Defensor*
- Agent provocateur*, 220 ss
- Agente encoberto*
 - vd. *Homens de confiança*, *Under cover agent*
- Alcoolémia (teste)*, 129
- Ameaça*, 213
 - com medida legalmente inadmissível, 211
- Apreensões*, 297 s
 - vd. *Advogado*, *Correspondência*, *Médico*
- Área nuclear inviolável*, 98, 200
- Arguido*
 - meio de prova, 127 s
 - objecto de medida de coacção, 127 s
 - sujeito processual, 87 ss, 122 ss, 212 ss
 - vd. *Dever de informação*
- Associação criminosa*, 275, 305 ss
- Audição cruzada*, 204 ss
- Auto-incriminação (privilégio contra)*, 87 ss, 120 ss, 136 s
- Autonomia pessoal*, 123
- Auxílio material*, 290, 293, 297, 299 ss
- Bens jurídico-penais*, 187
- Buscas*, 287 s
 - conhecimentos fortuitos, 278, 307 ss
 - domiciliárias, 52 s, 108 s, 287

- Caducidade*, 225 s, 255 s
 - teoria da, 243 s
- Catálogo (crimes do)*
 - escutas telefônicas, 170, 289 ss
 - apreensão de correspondência, 278
- Causa de justificação*
 - fotografias, 269 ss
 - gravações, 257 ss
- Causalidade*, 59 ss, 174 ss
 - hipotética, 172
- Comparticipação*, 306
- Compensação prospectiva de vícios*, 59 ss
- Compensação retrospectiva de vícios*, 63 ss
- Comportamento lícito alternativo*, 21, 178
- Comprovação alternativa de factos*, 306
- Concurso (ideal e aparente)*, 306
- Confiança*, 222, 250
 - arguido/defensor, 292 ss
 - paciente/médico, 52, 287, 300
 - relações familiares, 76 s, 294, 302
 - relações sociais, 70, 250, 285 s, 294 s
 - sigilo profissional, 52, 78, 300 ss
- Confissão*
 - religiosa, 99
 - processo penal, 123 s, 150
- Conhecimentos fortuitos*
 - apreensão de correspondência, 278
 - buscas, 278, 307 ss
 - escutas telefônicas, 26, 34, 56, 112, 115, 275 ss, 304 ss
- Conhecimentos da investigação*, 281 ss, 305 ss
- Consenso*, 72
- Consentimento (irrelevância)*, 13, 71 s, 214 ss
- Contraditório*, 138 ss
- Contra-interrogatório*, 138 ss, 161, 205 ss, 317
- Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 165 ss
- Conversa entre quatro paredes*, 285
- Correspondência*
 - inviolabilidade, 50 ss, 137
 - apreensão, 275, 278
 vd. *Catálogo*, *Conhecimentos fortuitos*
- Corrupção*, 160, 254
- Crime organizado*, 160 s, 281
- Criminalidade*
 - grave, 28 ss, 176, 179, 198 s, 240 ss, 267
 - pequena, 267, 276

- Criminalidade*
 - sistémica, 160
 - violenta ou altamente organizada, 202, 232
- Defensor*, 287, 294 ss
 - exclusão do, 299
 - vd. *Advogado*, *Escutas telefônicas*
- Delinquência juvenil*, 267
- Delitos alternativos*, 306
- Depoimento indirecto*, 83, 191
 - vd. *Testemunha-de-ouvir-dizer*
- Detector de mentiras*, 72, 78, 216 ss
- Devassa*, 244 ss, 263 s, 270
- Dever de informação*
 - do arguido, 86 ss, 103, 124, 150 s, 203
 - da testemunha, 203 s
- Dever de silêncio*, 303
- Dever de verdade*
 - do arguido, 121
 - da testemunha, 213, 317
- Diário pessoal*, 28 s, 42, 99 ss, 146 ss, 185, 199
- Dignidade humana*, 71 ss, 88 s, 118 ss, 137 ss, 156, 165, 214 ss, 241, 315 s
- Direito à/ao*
 - anonimato, 268
 - domínio da informação, 20, 40, 48, 59
 - livre desenvolvimento da personalidade, 125 ss, 137, 141 s, 199
 - mentira, 121
 - nome, 268
 - silêncio (arguido), 86 ss, 125 ss, 202 s
 - silêncio (sigilo profissional), 52 ss, 292 ss
 - silêncio (testemunha) 76 s, 302 s
- Direitos fundamentais*
 - dupla natureza, 69 ss
 - garantia do conteúdo essencial, 287
 - vertente adjectiva/substantiva, 136 ss
- Disciplina das instâncias (formais)*, 144 ss, 170 ss, 186
- Dispensa da pena*, 127
- Divisão de poderes*, 169, 283
- Dogmática penal-substantiva*, 20, 40 ss
- Domicílio (inviolabilidade)*, 50, 137, 188
- Dying declarations*, 162
- Droga*
 - consumo, 148, 232
 - tráfico, 160, 181, 232

Efeito-à-distância, 26, 34, 61 ss, 102, 104, 108, 169 ss, 196, 210, 312 ss
Eficácia da justiça penal, 184 ss, 200 ss
Elevação do risco, 21, 178
Entrapment, 220
 — defense of, 228 ss
Escutas telefônicas, 25, 37 ss, 81, 107, 180, 197, 241, 272 ss
 — efeito-à-distância, 317 s
 vd. *Conhecimentos fortuitos*
Exames, 127
 — no corpo de mulher, 85
Exclusionary rules, 58, 133 ss
Expressão facial, 129 ss
Extorsão, 256, 304
 — de depoimento, 127, 189

Favorecimento pessoal, 290, 293, 297, 299 ss
Ficha médica (apreensão), 52, 95, 148
Filmes, 262 ss
Fim de protecção da norma, 20, 72, 103 ss, 177 s, 312 ss
Fotografias, 42, 196, 237 ss, 262 ss
 — efeito-à-distância, 318
Fruit of the poisonous tree doctrine, 170 ss, 312 ss
Funcionalidade da defesa, 295 ss
Funcionário público, 292

Genoma (análise do), 55
Gravações, 39 s, 42, 95 ss, 141 s, 185, 196, 237 ss
 — peritagem fonético-linguística, 129
 — efeito-à-distância, 318
Good faith, 134, 161

Homens de confiança, 25, 160, 166 ss, 219 ss, 315

Igualdade de armas, 166, 317
Ilícitude penal, 14 ss, 40 ss, 191, 197, 238 ss, 280, 318
Imagem (direito à), 47 s, 239 ss, 262 ss
Imediação (princípio da), 165, 317
Impressões digitais, 80, 185
Imputação objectiva, 64, 79, 103 ss, 111 ss, 178 ss, 312 s
Imunização (mecanismos de), 89
Independent source, 172
Indiscrição, 244 ss
Indisponibilidade, 36 ss, 117 ss, 226, 214
Inevitable discovery exception, 172

Informação

— autodeterminação sobre a, 47 s, 80, 184, 284 s
 — direito de, 266
 — proibição de conservação, 23
 — proibição de produção, 23
 — proibição de valoração, 23, 56, 91
 — vinculação final, 57

Inquisitório (processo), 122 ss

Institucional (relevância, dimensão)

— confiança familiar, 352 ss
 — defensor, 295 ss
 — intimidade, 303
 — sigilo profissional, 52 ss, 293 ss, 302 ss
 vd. *Direitos fundamentais*

Integridade física e moral, 216

Interpretação restritiva, 234, 286 s, 318

Interrogatório cruzado, 204 ss

Intimidade, 94 ss, 190, 246 ss, 263 s, 266 ss, 303

vd. *Institucional*

Inutilizabilidade, 194 s

Jornais, 262

Jornalista, 53, 292, 300 s

Juiz (estatuto do), 138 ss, 204 ss

Juízo hipotético de investigação, 310

Justa causa, 239, 271

Legítima defesa, 257 ss

Legitimação (da pena), 46, 73

Liberdade

— consciência, 99
 — exercício de profissão, 296
 — geral de ação, 120, 125

Liberdade de expressão ou declaração

— do arguido, 87 ss, 120 ss, 149 ss, 177, 202 ss, 212 s
 — da testemunha, 212 s

Macrocriminalidade, 160

Médico

— apreensão em consultório, 52, 334
 — escutas telefônicas, 292, 300 ss
 — sigilo, 49 ss, 152 ss
 vd. *Confiança*

Meios enganosos, 128, 146, 152, 211 s, 227, 233 ss

— efeito-à-distância, 315

Métodos proibidos de prova, 71, 185, 197 ss, 209 ss
 — efeito-à-distância, 314 ss
Ministério público (estatuto), 137 ss, 235 ss
Ministro de religião, 53, 292, 300 ss
Miranda-rights (warnings), 124, 146, 149 ss
Modelo da audiência, 138 ss, 204 ss
Mudança de fim (informação, conhecimentos), 277

Nulidades, 63, 193 ss, 313 s

Obstáculo processual, 225 ss
Objecto do processo, 282
 — disponibilidade, 206
 — indisponibilidade, 137 ss, 205 s

Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, 124
Palavra (direito à), 47 s, 69 ss, 97 s, 141, 184, 189, 201, 242 ss, 284
Parentes e afins, 26, 76, 203, 302 ss
 — escutas telefônicas, 302 ss
Partes (processo de), 137 ss, 206 s
Particulares (provas produzidas por), 39, 43 ss, 153 ss, 185, 196 ss, 213
Ponderação (bens, interesses), 20, 28 ss, 100, 142 ss, 157, 176 ss, 187, 191, 198 ss, 241, 266 s
Presunção de inocência, 125
Prevenção geral, 72, 105
Prevenção de perigos, 45, 81 ss
Princípio
 — investigação, 138, 164, 204
 — legalidade (da promoção), 174, 178, 241, 276
 — oportunidade, 227 s
 — proporcionalidade, 95, 180, 187, 241, 267, 287, 308, 310
Processos hipotéticos de investigação, 21, 107 ss, 112, 313 ss
Proibições de prova
 — classificação, 89 s
 — destinatários, 140, 145, 153, 197
 vd. *Particulares*
 — e verdade material, 77
Proibição de perseguição da prova, 101, 176
Proibição do processo de prova, 101, 176
Proibição de regresso, 178
Proibição de valoração da prova, 26, 57 ss, 91 ss, 191
 — independente, 56, 113
Promessas, 213
Prossecução de interesses legítimos, 258

Prova secundária, 169, 312 ss
Psiquiatra, 287
Public safety exception, 149
Receptação, 290, 293, 297, 299 ss
Reconhecimento, 127
 — compulsivo, 129 ss
Regras de produção da prova, 83 ss, 101, 153
Reserva de lei, 32, 38, 283, 309
Reserva da vida privada, 48 s, 143, 153 ss, 185 ss, 246 ss, 263 ss, 284 s, 296
 — crimes contra, 154, 189, 251
 — função social, 303
 vd. *Intimidade*
Ressocialização, 267
Revista, 127

Sangue (prova de), 84
Segredo, 42 50 ss, 156 ss, 185, 285 ss, 292 ss
 — bancário, 53, 55
 — de Estado, 75, 300
 — de funcionário, 75, 300
 — profissional, 52 ss, 202, 292 ss, 300 ss
 vd. *Institucional*
Segurança privada, 154
Separação de poderes, 38, 257
Silêncio
 vd. *Dever/Direito*
Situação-de-quase-legítima-defesa, 242, 257 ss
Socialista (processo penal), 123
Status processualis activus, 284
Stopel by conduct, 225, 228
Superioridade moral (do Estado), 72 ss, 186

Taint doctrine, 170 ss
Telecomunicações (inviolabilidade), 50 ss, 137, 276 ss, 283 ss
Telefax, 274 s
Telegrama, 274 s
Televisão, 262
Teoria dualista, 253 ss
Teoria da esfera jurídica, 20, 59, 79, 91 ss, 203
Teoria da gravidade, 100
Teoria monista, 253 ss, 270 s
Teoria dos três graus, 20, 35, 59, 94 ss, 115, 142, 148 ss, 155, 189 s, 200 s, 265 ss
Terrorismo, 160 s, 232, 281, 308 s

Testemunha

- da coroa, 160
- dever de colaboração com a justiça, 317
- de-ouvir-dizer, 78, 83, 159 ss, 177, 191, 316 s
- recusa de depoimento (direito), 79, 203, 285, 302 ss
- vd. *Dever de verdade, Dever de informação*

Tipo

- congruente, 247
- de interceptação, 270
- redução teleológica, 242, 254 ss
- evolução semântica, 248

Tortura, 46, 122, 175, 210, 315

Tráfico

- armas, 160
- automóveis, 160
- vd. *Droga*

Under cover agent, 220 ss

Venire contra factum proprium, 225

Videogramas, 262 s

ÍNDICE GERAL

PREFÁCIO.....	Págs. 7
SIGLAS E ABREVIATURAS	9
INTRODUÇÃO. AS FONTES.....	11

CAPÍTULO I

**DESCONTINUIDADES E ASSIMETRIAS DA LEI
E DESENCONTROS DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA**

§ 1. Complexidade e insegurança.....	19
§ 2. Assimetrias entre lei constitucional e ordinária	27
§ 3. Incongruências entre o direito penal substantivo e o direito proces- sual penal	40
§ 4. Descontinuidades no interior do ordenamento processual penal	55
§ 5. Velhas e novas antinomias das proibições de prova	66

CAPÍTULO II

**REDUÇÃO CONCEITUAL E METODOLÓGICA.
O PARADIGMA ASSENTE NA PROIBIÇÃO DE VALORAÇÃO**

§ 6. Redução conceitual e temática	81
§ 7. Proibições de valoração. O paradigma e as «teorias».....	90
§ 8. Tensão centrífuga e orientação para o caso concreto	114

CAPÍTULO III

**HORIZONTE POLÍTICO-CRIMINAL E NORMATIVO
DAS PROIBIÇÕES DE PROVA**

§ 9. Fundamentos político-criminais e axiológico-teleológicos	117
§ 10. Liberdade de declaração e depoimento — <i>nemo tenetur se ipsum accusare</i>	120

CAPÍTULO IV

O DIREITO PORTUGUÊS FACE AOS MODELOS
AMERICANO E ALEMÃO

	Págs.
§ 11. A experiência americana (<i>exclusionary rules</i>) e germânica (<i>Beweisverbote</i>); dois modelos de compreensão normativa, doutrinal e pragmática...	133
§ 12. Implicações prático-jurídicas. I. Diários pessoais, liberdade de declaração e provas obtidas por particulares.....	146
§ 13. Implicações prático-jurídicas. II. «Testemunhas-de-ouvir-dizer» e «efeito-à-distância»	159
§ 14. Elementos de convergência e comunicabilidade.....	182
§ 15. O sistema português das proibições de prova entre os modelos alemão e americano: linhas de continuidade e momentos de singularidade.....	188

CAPÍTULO V

DAS PROIBIÇÕES DE PROVA, EM ESPECIAL

§ 16. Métodos proibidos de prova (art. 126.º CPP). «Homens de confiança» e meios enganosos	209
A) Caracterização geral: um regime axiológico e normativamente diferenciado	209
B) Os «homens de confiança».....	219
C) Sobre os «meios enganosos», em geral.....	233
§ 17. Reproduções mecânicas (art. 167.º CPP): gravações e fotografias ilícitas.....	237
A) Caracterização geral	237
B) Gravações ilícitas	242
C) Fotografias ilícitas.....	262
§ 18. Escutas telefónicas e «conhecimentos fortuitos». «Efeito-à-distância»	272
A) Caracterização geral: relevo prático e significado axiológico-normativo das escutas telefónicas	272
B) Regime legal. O defensor e os demais portadores privilegiados de segredo e confiança.....	286

	Págs.
C) Os «conhecimentos fortuitos».....	304
D) Sobre o «efeito-à-distância».....	312
BIBLIOGRAFIA	319
ÍNDICES	
Índice de Assuntos	333
Índice Geral	341