PROVA CRIMINAL
E DIREITO DE DEFESA

Ana Rita Fidalgo • Eurico Balbino Duarte • Fábio Loureiro
Lara Sofia Pinto • Luís Pedro Martins de Oliveira • Nuno Serrão de Faria
Rita Serrano • Sandra Pereira • Sofia Saraiva de Menezes

PROVA CRIMINAL E DIREITO DE DEFESA

Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal

7.ª Reimpressão

Coordenação:

Teresa Pizarro Beleza
Frederico de Lacerda da Costa Pinto

ALMEDINA
Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa
CEDIS Centro de I&D sobre Direito e Sociedade
FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia
Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior

PROVA CRIMINAL E DIREITO DE DEFESA
Estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal

AUTORES
ANA RITA FIDALGO • EURICO BALBINO DUARTE • FÁBIO LOUREIRO
LARA SOFIA PINTO • LUÍS PEDRO MARTINS DE OLIVEIRA • NUNO SERRÃO DE FARIA
RITA SERRANO • SANDRA PEREIRA • SOFIA SARAIVA DE MENEZES

COORDENADORES
TERESA PIZARRO BELEZA
FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO

EDITOR
EDIÇÕES ALMEDINA, SA
Rua Fernandes Tomás nºs 76, 78, 80
3000-167 Coimbra
Tel.: 239 851 904
Fax: 239 851 901
www.almedina.net
editora@almedina.net

PRÉ-IMPRESSÃO
G.C. GRÁFICA DE COIMBRA, LDA

IMPRESSÃO | ACABAMENTO
DPS - DIGITAL PRINTING SERVICES, LDA

Julho, 2015

DEPÓSITO LEGAL
305059/10

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação
são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer
processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita
e passível de procedimento judicial contra o infractor.

Biblioteca Nacional de Portugal – Catalogação na Publicação

Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova
e garantias de defesa em processo penal / coord. Teresa Pizarro
Beleza, Frederico de Lacerda da Costa Pinto. – (Obras colectivas)
ISBN 978-972-40-4090-5

I – BELEZA, Teresa, 1951-
II – PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, 1961-

CDU 343

NOTA DE APRESENTAÇÃO

A prova criminal e as garantias de defesa: linhas de leitura e pontos de tensão

1. Não existe um processo penal válido sem prova que o sustente, nem um processo penal legítimo sem respeito pelas garantias de defesa.

A simplicidade de enunciação destes dois pilares do processo penal português oculta, no entanto, uma complexa rede de relacionamento entre ambos e uma diversidade de problemas jurídicos que, não sendo fáceis de identificar, são ainda mais difíceis de resolver. A essencialidade de cada um dos valores em causa não permite que, de forma linear, um exclua sem mais o outro. Não se pode obter prova criminal com sacrifícios intoleráveis do direito de defesa e não se pode obstar a diligências de prova por simples invocação nominal do direito de defesa.

Mas mais do que uma antinomia entre valores de sentido oposto, estamos perante uma realidade que integra qualquer modelo de processo penal e a que também o legislador nacional não pode fugir. O Código de Processo Penal de 1987 procurou oferecer respostas equilibradas, por vezes assumidamente compromissórias, com soluções abertas em detrimento de uma rigidez cega e limitada perante a complexidade do fenómeno criminal. As vantagens de um modelo desta natureza (organizado numa matriz de concordância prática entre interesses conflituantes) foram ao longo destes anos em parte compreendidas, mas também muitas vezes ignoradas ou mesmo ostensivamente desconsideradas, quer pelos aplicadores do direito, quer pelo próprio legislador em algumas intervenções subsequentes.

Talvez se pudesse resumir numa frase muito elementar a exigência mais premente que o processo penal português reclama, mais de vinte anos depois da entrada em vigor da nova codificação: soluções simples, justas e equilibradas. Algumas, curiosamente, persistem no Código inalteradas durante todos estes anos, apesar das mais de quinze intervenções que o mesmo sofreu, sem contar com as rectificações que se

juntaram àquelas. Outras foram substancialmente inutilizadas por uma aplicação judicial muito distanciada dos valores imanentes ao sistema (pense-se, por exemplo, na fundamentação das medidas de coacção e do acesso à respectiva prova indiciária ou na execução de buscas domiciliárias com mandatos proferidos dois anos antes). Outras, finalmente, foram objecto de alterações legislativas que, nuns casos, clarificaram e melhoraram o sistema (*v.g.* o novo regime de controlo judicial das escutas telefónicas) e que, noutros casos, introduziram novos factores de complexidade para os sujeitos processuais (pense-se, por exemplo, no novo regime de segredo de justiça vigente para o inquérito).

2. De tudo isto – e muito mais – se dá conta na presente obra, que reúne um conjunto de nove trabalhos de investigação realizados por alunos e alunas do curso de mestrado (2.º ciclo, conducente ao título de Mestre) da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, no ano lectivo de 2008/2009. Durante um dos semestres que integram a parte escolar do curso, os presentes estudos foram orientados, corrigidos e avaliados, todos com elevadas classificações (de Bom a Muito Bom), mas o resultado final surpreende mesmo quem os acompanhou: pelo rigor, pela maturidade, pelo domínio das matérias, pela valorização da jurisprudência e, acima de tudo, pelo equilíbrio e sensatez que os seus Autores procuraram colocar nas propostas formuladas.

Trata-se de um conjunto de trabalhos de investigação sobre temas por vezes carentes de aprofundamento jurídico, como acontece com a figura da *reconstituição do facto,* um meio de prova estudado por Eurico Duarte, que possui não só um grande interesse prático como é fonte de inúmeros problemas jurídicos (seu valor probatório, respeito pelo direito ao silêncio, fonte de eventuais confissões tácitas, validade e limites dos depoimentos a realizar por intervenientes ou testemunhas da reconstituição, etc.), problemas que permitem testar, nos limites, as fronteiras do sistema processual penal. O tema mereceu uma atenção extensa, profunda e pormenorizada, através da qual o Autor – em constante e frutífero diálogo com a doutrina de vários países (em especial a doutrina italiana) – procura resgatar a reconstituição de uma mera vocação subsidiária na economia dos meios de prova, a que tem sido votada entre nós, e a que não será provavelmente estranha a ausência – até agora – do seu tratamento jurídico aprofundado na doutrina nacional.

Mesmo em temas mais trabalhados existe um amplo espaço de investigação, desde logo pelas inovações trazidas pela reforma de 2007, pelos problemas concretos que suscitam ou pela necessidade de conhe-

cimento da jurisprudência que se tem pronunciado sobre os mesmos. É o caso do regime do *primeiro interrogatório judicial do arguido detido*, analisado de forma extensa e pormenorizada por Fábio Loureiro, e onde – após um percurso sobre as modalidades legais de detenção – se identificam problemas essenciais para o cabal exercício do direito de defesa, como, por exemplo, a questão de saber se vigora neste domínio o "princípio do juiz natural", ou o problema de saber se o prazo legal de detenção termina com o início ou com o fim do interrogatório. Problemas a que o Autor oferece respostas claras e fundamentadas.

O privilégio contra a auto-incriminação é objecto de dois estudos diferentes. Num deles, Lara Sofia Pinto parte de um problema real decidido por um tribunal britânico e que, em termos abreviados, se traduz em saber se é ou não legítimo *obrigar o arguido a revelar uma palavra-chave secreta que condiciona o acesso a um computador*, essencial para as autoridades terem rápido acesso à informação nele contida. O tema justifica um pormenorizado e interessante percurso pelas origens e evolução do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare,* sobre o seu conteúdo actual e a identificação de possíveis excepções, o que é feito com base numa sólida e rica pesquisa bibliográfica. A solução proposta pela Autora depende exactamente do âmbito do direito ao silêncio (a revelação da palavra-chave corresponderia a uma prova por declarações do arguido, âmbito legal do direito ao silêncio) e da falta de lei expressa que permita a sua revelação coactiva. A solução acabou por ser confirmada por legislação recente, surgida já após a conclusão do trabalho (cfr. artigo 14.º, n.º 5, da Lei n.º 109/ /2009, de 15 de Setembro, que não admite injunções dessa natureza ao suspeito e ao arguido). Mas o debate sobre a matéria não está encerrado, pois é possível interrogarmo-nos sobre a razoabilidade da solução em casos de especial necessidade de tutela de bens jurídicos fundamentais.

No outro estudo dedicado ao tema, Sofia Saraiva de Menezes procura aprofundar a *natureza do direito ao silêncio e o seu alcance real,* na lei em vigor, que alguns persistem – erroneamente, em seu entender – em confundir com o princípio mais geral de não colaboração na sua própria incriminação. Matéria que, perante a lei vigente, a Autora limita – e bem – a actos de conteúdo declarativo e não a actos de entrega material de elementos com uma função probatória. A não ser assim, uma parte da lei vigente ficaria inutilizada (artigo 61.º, n.º 3, al. d) do CPP), sem que a solução construída tivesse verdadeiramente base legal. Através de uma análise precisa e exacta, o âmbito do direito ao silêncio (do arguido, mas não só) é devidamente articulado com o alcance de vários meios de obtenção de prova em processo penal.

A *recolha de prova por agente infiltrado* é analisada por Sandra Pereira que, partindo de uma análise segura do regime das acções encobertas, sublinha, entre outros aspectos, a necessidade de se proceder, por um lado, à rigorosa delimitação dessa actuação em relação à figura do agente provocador e, por outro, a importância de – na medida do possível – se acautelar no depoimento de agentes encobertos a proibição de valoração do depoimento indirecto. A amplitude da lei neste domínio específico do depoimento do agente infiltrado não é isenta de críticas, como refere a Autora.

Num tema de grande relevância prática, *a autorização judicial nas buscas domiciliárias,* Ana Rita Fidalgo revela alguns elementos – simultaneamente interessantes e profundamente preocupantes – sobre os entendimentos judiciais quanto ao despacho judicial de autorização dessas buscas: prazos de utilização excessivos (de dois e três anos) aprovados por tribunais superiores e dúvidas pertinentes quanto à legitimidade de, com base na lei, se limitar a sua validade a um prazo específico. Solução que a Autora ensaia, face à lei vigente (artigo 174.º, n.º 4, do CPP), mas que talvez merecesse uma intervenção expressa do legislador para tentar conciliar, de forma mais eficiente, a necessidade de segurança jurídica com a diversidade de condições em que as buscas são executadas, em especial à luz da autonomia táctica dos órgãos de polícia criminal.

O regime da *irrecorribilidade do despacho de pronúncia* é apresentado por Rita Serrano como um caso paradigmático de tensão entre a celeridade do processo penal e o pleno exercício do direito de defesa. Um tema em relação ao qual a Autora assume reservas críticas quanto à solução adoptada pelo legislador. Solução essa que é, afinal, expressão de uma progressiva desvalorização (se não mesmo esvaziamento) da fase da instrução pelo legislador (muito evidente na reforma de 2007), isto apesar de as estatísticas oficiais evidenciarem o seu interesse prático quer para contrariar um arquivamento do inquérito, quer para obstar a uma acusação infundada.

A matéria das escutas telefónicas foi uma daquelas em que a reforma de 2007 do Código de Processo Penal mais inovou. Nuno Serrão de Faria dedica-lhes um estudo analítico, rigoroso e atento, orientado essencialmente pelo objectivo de determinar o exacto *regime do acesso, exame e destruição dos registos das escutas telefónicas.* Um regime do qual evidencia alguns dos poderes que a reforma de 2007 retirou ao JIC e o facto de, na configuração da lei, a possibilidade de destruição de registos ser aparentemente limitada de forma genérica por uma cláusula de manifesta estranheza do material obtido em relação do processo, diminuindo o

alcance da possibilidade de destruição judicial por comparação com a lei anterior. Solução que o Autor critica de forma profunda e consequente, designadamente quando o limite à destruição dos registos acabe por permitir a subsistência de uma prova proibida no processo, avançando com a necessidade de uma interpretação correctiva do novo regime legal como forma de o compatibilizar com a Constituição vigente.

O tema das proibições de prova é retomado por Luís Pedro Martins de Oliveira, agora na perspectiva de frisar a sua independência dogmática no sistema de desvalor dos actos processuais. A *autonomia do regime das proibições de prova* deve buscar-se, segundo o Autor, directamente na Constituição, conduzindo a um tratamento dogmático distinto (porque autónomo) do regime das nulidades. Autonomia que implicaria a prevalência de uma análise de substância sobre a forma e que o Autor procura confirmar através de soluções acolhidas na reforma de 2007, designadamente pelo alargamento do âmbito dos recursos extraordinários que tenham como fundamento a existência de provas proibidas. A perspectiva que o Autor sustenta teria consequências pelo menos a dois níveis: na caracterização das provas proibidas através da figura da inexistência jurídica (e não da nulidade) e na necessidade de construção de um regime próprio para traçar as condições e o âmbito do efeito-à-distância (que prescindiria, assim, do assento legal normalmente invocado para o efeito, o artigo 122.º do CPP).

3. Para qualquer pessoa interessada nos temas do processo penal estes são, seguramente, tópicos de reflexão aliciantes, abrindo em alguns casos novas perspectivas de compreensão de soluções acolhidas na lei, revelando tendências jurisprudenciais e evidenciando em algumas matérias pontos carentes de reforma ou de aperfeiçoamento legislativo.

A publicação destes trabalhos tem, assim, um duplo objectivo: por um lado, pôr à disposição dos potenciais interessados elementos de investigação e de reflexão em áreas sensíveis e relevantes do Processo Penal – logo, do respeito pelos direitos e deveres dos vários sujeitos envolvidos; mas também nos move, por outro lado, o desejo de partilhar com um público mais vasto a vitalidade do ensino jurídico universitário na mais jovem Faculdade portuguesa, que aqui demonstra a sua fértil e produtiva seriedade.

Assim tenham os textos os leitores que em nossa opinião merecem.

Teresa Pizarro Beleza
Frederico de Lacerda da Costa Pinto
www.fd.unl.pt