

Proibições de prova em processo penal: algumas particularidades no âmbito da prova por reconhecimento e da reconstituição do facto

João de Matos-Cruz Praia

(Juiz de Direito)

Resumo: 1. Apresentação; 2. Proibições de prova; 2.1. Generalidades; 2.2. Proibições de prova vs. nulidades processuais; 2.3. Tipos de proibições de prova; 2.4. Violação das proibições de prova; 2.5. Regime das proibições de prova; 3. Prova por reconhecimento; 3.1. Reconhecimento em audiência de julgamento; 3.2. Inobservância do regime fixado no art. 147.º do CPP; 3.3. Referências finais; 4. Reconstituição do facto; 4.1. Declarações do arguido no decurso da reconstituição; 4.2. Testemunhos de OPC; 4.3. Inobservância do regime fixado no art. 150.º do CPP; 4.4. Referências finais.

1. Apresentação

Uma breve nota de apresentação acerca dos propósitos deste texto.

O direito das proibições de prova – ou direito da prova proibida, se se preferir –, pela sua vastidão e complexidade, é por certo uma das áreas mais sensíveis do direito processual penal e um dos terrenos onde ainda predomina uma grande indefinição.

As dificuldades que a matéria encerra são, aliás, visíveis na hesitação e na prudência com a mesma é tratada por parte substancial da doutrina (a despeito da evolução a que vimos assistindo nos últimos anos), facto que inevitavelmente se reflete na produção jurisprudencial. Sobretudo naquela que é chamada a apreciar e decidir sobre a (in)validade de singulares meios de prova e meios de obtenção de prova tipificados na lei, seja no plano dos respetivos pressupostos, seja ao nível dos modelos procedimentais próprios de cada um, onde as proibições de prova jogam um papel crucial e onde o seu estatuto se projeta com particular pertinência.

O intuito deste escrito é o de, num primeiro momento, alinhar as principais ideias implicadas no tema das proibições de prova e, num segundo momento, já na posse dos conceitos gerais do instituto, testá-las na resolução de alguns problemas concretos que avultam no âmbito de dois importantes meios de prova com que a *praxis* judiciária regularmente se defronta: a prova por reconhecimento e a reconstituição do facto.

Longe de conformar um estudo doutrinal de cunho *teórico-dogmático* – de resto, pouco consentâneo com um artigo desta natureza e com esta estrutura –, procura-se, em vez disso, uma abordagem alicerçada primacialmente numa vertente *prático-jurídica* e de *vocação pragmática*, explicitando-se, ao mesmo tempo, por via crítica, os nossos pontos de vista e as respostas que se nos afiguram mais ajustadas.

2. Proibições de prova

2.1. Generalidades

Com frequência, até mesmo em contexto judiciário, fala-se em “proibições de prova” ou “prova proibida” não apenas para referenciar o conceito que, em princípio, no rigor técnico-jurídico, deveria estar reservado para essa expressão, mas, numa aceção mais lata (e imprecisa), atribui-se a essa locução o significado de algo de que o Tribunal pura e simplesmente não pode servir-se para formar a sua convicção e fundamentar a sua decisão. Ou seja, de vícios que não se circunscrevem às (verdadeiras e autênticas) “proibições de prova”, mas que incluem também as “provas nulas” (*stricto sensu*) ou “nulidades de prova” derivadas de nulidades processuais¹. São, com efeito, realidades distintas, como se extrai, desde logo, do teor literal do art. 118.º-3 do Código de Processo Penal/CPP: “As disposições do presente título [título dedicado às nulidades: arts. 118.º a 123.º do CPP] não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova”². Por esse motivo, será útil desde já definir e caracterizar o que é *prova proibida* e diferenciá-la de *prova nula* (*stricto sensu*).

¹ Nas palavras de M. FÁTIMA MATA-MOUROS, *Sistemas de prova: da irracionalidade à dimensão constitucional das proibições de prova em processo penal*, in Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos, vol.II, Almedina, 2016, p.421, “A associação concetual da prova proibida a prova «nula», induzida pelos enunciados normativos pertinentes, tem originado alguma confusão na jurisprudência nacional entre os institutos da proibição de prova e da nulidade dos atos processuais o que, representando embora uma via de flexibilização do regime das nulidades de prova, não tem contribuído para aprofundar a autonomia conquistada pelas proibições de prova decorrente da dimensão constitucional que hoje lhes é reconhecida”.

² Sobre a autonomia dogmática e normativa das proibições de prova, cf. K.-H. GÖSSEL, *As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha*, RPCC, ano 2 (1992), pp.398 ss., TERESA P. BELEZA, *Apointamentos de Direito Processual Penal*, vol.II, AAFDL, 1993, pp.150 ss., e “Tão amigos que nós éramos”: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal português, RMP, n.º 74 (1998), pp.43 ss., C. CORREIA, *Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais*, Coimbra Editora, 1999, pp.156 ss., *A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial*, RCEJ, n.º 4 (2006), pp.177 ss., e *A proibição de valoração decorrente da violação das formalidades relativas à constituição como arguido*, RCEJ, n.º 1 (2016), pp.108 ss., L. LEITE, *As escutas telefónicas: algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respectiva violação*, RFDUP, Ano I (2004), pp.49 ss., HELENA MORÃO, *O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português*, RPCC, ano 16 (2006), pp.591 ss., C. ANDRADE, “Bruscamente no Verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal, RLJ, ano 137 (2007-2008), pp.327 ss., D. MESQUITA, *A Prova do Crime e o que se Disse Antes do Julgamento*, Coimbra Editora, 2011, pp.269 ss., M. OLIVEIRA, *Da autonomia do regime das proibições de prova*, in Prova Criminal e Direito de Defesa, Almedina, 2013 (2.ª reimp.), pp.257 ss., e A. TEIXEIRA, *Os Limites do Efeito-à-Distância nas Proibições de Prova no Processo Penal Português*, Universidade Católica Editora, 2014, pp.21 ss.

A finalidade do processo penal não é a descoberta da verdade a qualquer custo, mas a sua prossecução através dos meios processualmente admissíveis à luz do princípio da *dignidade da pessoa humana* (art. 1.º da Constituição da República Portuguesa/CRP), ainda que isso possa conduzir, e muitas vezes por certo conduz, à impossibilidade de acesso à intitulada verdade “material” ou histórica. É hoje unânime entre os Autores a asserção de que “*não é nenhum princípio da ordenação processual que a verdade tenha de ser investigada a todo o preço*” e também que “*o objetivo 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 prevalecente do Estado*”³: o “*Estado tem de revelar alguma superioridade ética: não pode combater o crime, por mais grave que ele seja, cometendo, ele próprio, outros crimes*”⁴.

Como decorrência desta conceção, o art. 32.º da CRP (“Garantias de processo criminal”), no seu n.º 8, prescreve que “*São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*”⁵, mandamento constitucional que é, por sua vez, replicado no art. 126.º do CPP.

Nos termos do art. 126.º-1 do CPP (correspondente ao art. 32.º-8/1.ª parte da CRP), “*São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas*” (o n.º 2 do preceito faz uma indicação *exemplificativa*⁶ de provas ofensivas dessa integridade

³ C. ANDRADE, *Sobre a reforma do Código Penal Português*, RPCC, ano 3 (1993), p.451, nt.54 (= *Sobre a reforma do Código Penal Português*, in Estudos Comemorativos do 150.º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora, Ministério da Justiça, 1995, p.92, nt.54).

⁴ C. CORREIA, *A distinção...* cit., p.177.

⁵ Mais adiante veremos com que significado esta disposição, tal como o art. 126.º do CPP (cf. *infra* no texto), alude à sanção da “nulidade”.

⁶ Assim, C. ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992, p.216 (“*Como métodos proibidos de prova hão-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*”), SUSANA A. SOUSA, *Agent provocateur e meios enganosos de prova. Algumas reflexões*, in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, p.1215, incluindo nt.31, P. ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, 3.ª ed., 2009, p.322, SANDRA O. SILVA, *Legalidade da prova e provas proibidas*, RPCC, ano 21 (2011), p.588, e O Arquivado

física ou moral⁷, mesmo que com consentimento do visado). São as chamadas “*proibições absolutas*”, em relação às quais não há nenhuma possibilidade de cedência.

Por sua vez, de acordo com o art. 126.º-3 do CPP (correspondente ao art. 32.º-8/2.ª parte da CRP), “*Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respetivo titular*”. São as denominadas “*proibições relativas*” – justificadas pela necessidade de dotar a justiça penal de instrumentos que lhe permitam a maior eficácia possível porquanto essa justiça é, afinal, ela própria, um elemento primordial da ideia de Estado de Direito⁸ –, admitindo-se que, sob certas condições, possa haver interferência (que então deixará de ser *abusiva*) na esfera de alguns direitos fundamentais: neste campo é, pois, concebível uma ingerência nos direitos da pessoa se a lei a prever ou o respetivo titular nela consentir⁹.

2.2. Proibições de prova vs. nulidades processuais

As proibições de prova estão, assim, diretamente ligadas à *salvaguarda dos direitos fundamentais* e representam uma barreira ao apuramento dos factos,

como *Meio de Prova Contra Si Mesmo*, Almedina, 2019 (reimp.), pp.383-384, e S. ALBERGARIA, *Anotação ao art. 126.º*, in *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo II, Almedina, 2019, p.42.

⁷ Sobre o elenco destas provas, cf. C. ANDRADE, *Sobre as Proibições...* cit., pp.209 ss., P. ALBUQUERQUE, *Comentário...* cit., pp.322 ss., S. ALBERGARIA, *Anotação ao art. 126.º...* cit., pp.43 ss., e SANDRA O. SILVA, *O Arguido como Meio de Prova...* cit., pp.377 ss. (com posteriores desenvolvimentos ao longo da obra); com interesse, vd. ainda F. DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 2004 (reimp.), pp.454 ss.

⁸ Como acentua F. DIAS, “*O Estado de Direito não exige apenas a tutela dos interesses das pessoas e o reconhecimento dos limites inultrapassáveis, dali decorrentes, à prossecução do interesse oficial na perseguição e punição dos criminosos. Ele exige também a proteção das suas instituições e a viabilização de uma eficaz administração da justiça penal*” (apud SANDRA O. SILVA, *O Arguido como Meio de Prova...* cit., p.696, nt.1596).

⁹ Sobre isto, C. CORREIA, *Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art. 32.º, n.º 8, 2.ª parte da C.R.P.)?*, RMP, n.º 79 (1999), pp.45 ss., e S. ALBERGARIA, *Anotação ao art. 126.º...* cit., pp.53 ss. Em concreto acerca do conceito jurídico-constitucional e processual penal de “domicílio”, vd. C. ANDRADE, *Domicílio, intimidade e Constituição*, RLJ, ano 138 (2008-2009), pp.97 ss.

traduzindo, portanto, *limites à descoberta da verdade*¹⁰ – são uma resposta para vícios substanciais. Quer dizer, “o direito processual penal português privilegia a dimensão material-substantiva das proibições de prova. A interpretação e aplicação dos respetivos 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”^{11 12}.

As nulidades processuais, estando também de certo modo e indiretamente relacionadas com os direitos fundamentais, visam, no essencial, o *regular funcionamento do processo* para que este decorra segundo as prescrições da lei (*maxime* quanto à obtenção de provas legalmente admissíveis/não proibidas) – são uma resposta para vícios formais. Através da sua previsão o legislador não se propõe assegurar, em primeira linha, a proteção de bens jurídicos fundamentais, antes assume um programa mais restrito que é o de ordenar o modo como o processo se desenrola (quem, quando, onde e como devem produzir-se os atos processuais)¹³.

¹⁰ Com esta exata formulação – “*limites à descoberta da verdade*” –, C. ANDRADE, *Sobre as Proibições...* cit., p.83, e F. DIAS/C. ANDRADE, *Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas*, in *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*, Almedina, 2009, p.29.

¹¹ C. ANDRADE, *Sobre as Proibições...* cit., p.196. Sobre a relação entre as proibições de prova e a tutela dos direitos fundamentais, cf. também M. FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades*, Almedina, 2011, pp.291 ss.

¹² Como ressalta de tudo quanto fomos adiantando até aqui, a doutrina das proibições em prova assoma, à partida, como um obstáculo às provas proibidas *em prejuízo* do arguido – e, desse ponto de vista, não é difícil perceber a sua prevalência sobre a descoberta da verdade, tal como enunciado no texto –, mas são também concebíveis proibições de prova que lhe sejam *favoráveis*: sobre isto, L. ROSA, *Consequências processuais das proibições de prova*, RPCC, ano 20 (2010), pp.251 ss., e S. ALBERGARIA, *Anotação ao art. 126.º... cit.*, pp.68-69.

¹³ Pode ainda configurar-se a categoria das simples *regras processuais probatórias* (regras de produção de prova), as quais intentam somente obrigar ao cumprimento de um determinado caminho ou respeito de certas cautelas na obtenção da prova, e cuja inobservância não afeta a admissibilidade da prova assim lograda, dando lugar, quando muito, a uma mera irregularidade (art. 123.º do CPP) [cf., entre outros, C. ANDRADE, *Sobre as Proibições...* cit., pp.83 ss., G. M. SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol.II, Verbo, 1993, pp.103-104, SUSANA A. SOUSA, *Agent provocateur...* cit., pp.1211-1212, L. LEITE, *As escutas telefónicas...* cit., p.18, SANDRA O. SILVA, *Legalidade da prova...* cit., pp.554-555, A. TEIXEIRA, *Os Limites...* cit., pp.18 ss., F. DIAS, *Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal (também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)*, RLJ, ano 146 (2016-2017), pp.5 ss., S. ALBERGARIA, *Anotação ao art. 126.º... cit.*, pp.57-59, e M. JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, 2.ª ed., Almedina, 2019 (reimp.), pp.175-176]. É o que ocorre se uma revista não respeita o pudor do visado, em contrário do indicado no art. 175.º-2 do CPP (exemplo coligido em F. DIAS, *Revisitação...* cit., p.6), como sucede quando um homem revista uma mulher, e *vice-versa*, ou se é alterada a ordem de produção da prova na audiência de julgamento estipulada no art. 341.º do CPP (segundo o exemplo de M. JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal...* cit., p.176). Apesar destes exemplos, que não parecem

Esta distinção e categorização de cariz dogmático-doutrinal entre proibições de prova e nulidades processuais nem sempre é, todavia, de fácil *aplicação prática*, tanto mais que o legislador não indica em todos os casos, de forma expressa e clara, quando é que determinado vício redunda numa prova interdita (proibida) e quando é que consubstancia uma “mera” nulidade processual respeitante a uma prova admissível (não proibida). Para delinear essa separação vêm sendo empreendidos diversos *critérios*, que não cumpre aqui aprofundar¹⁴. Destacamos apenas aquele que, em nosso modo de ver, se perfila como o mais acertado: dado que, como frisámos, as proibições de prova estão diretamente ligadas à proteção dos direitos fundamentais, “a delimitação da área proibida deverá encontrar-se na Constituição: seja na identificação das provas absolutamente proibidas (que em caso algum poderão ser utilizadas) seja, sobretudo, na identificação das provas relativamente proibidas (que a Constituição autoriza mas sujeita, como vimos, a uma série de apertados pressupostos materiais sem os quais a prova é considerada abusiva e, como tal, proibida)”¹⁵: deste modo, “Serão proibidas todas as provas obtidas mediante uma compressão dos direitos fundamentais em termos não consentâneos com a autorização constitucional, ainda que aparentemente a prova seja admissível e apenas tenham sido violadas as formalidades processuais necessárias para a levar a cabo. É o caso de todas aquelas situações em que o processo penal, explicitando os princípios constitucionais, permite a realização da diligência e a consequente agressão àqueles direitos fundamentais, mas subordina-a à verificação de certos requisitos materiais tendentes a reduzir a margem

oferecer dúvidas, convirá lembrar que “No plano teórico a distinção percebe-se com alguma nitidez. Todavia, ao averiguar em concreto se determinada violação normativa configura uma proibição de prova ou uma mera regra de produção da prova, as dificuldades vão aumentando” (SUSANA A. SOUSA, *Agent provocateur... cit.*, p.1211, nt.18).

¹⁴ Para uma análise detida de alguns desses critérios, cf. C. CORREIA, *A distinção... cit.*, pp.185 ss., e *A proibição de valoração... cit.*, pp.114 ss., e M. FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades... cit.*, pp.294 ss. Aqui recordar-se-á tão-só que, p. ex., o *critério formal*, baseado na terminologia utilizada pelo legislador – usando o termo “nulidade” para designar as situações de nulidades processuais e empregando expressões que remetem para as proibições de prova para indicar situações de provas proibidas –, não é aceitável, como se depreende, desde logo, do facto de, como vimos, o art. 32.º-8 da CRP e o art. 126.º-1 e 3 do CPP enunciarem que são “nulas” as provas aí elencadas quando é inequívoco que nesse caso se trata de provas proibidas (sobre este critério formal, desenvolvadamente, M. OLIVEIRA, *Da autonomia... cit.*, pp.262 ss.).

¹⁵ C. CORREIA, *A distinção... cit.*, p.189.

de risco e sem os quais a restrição não é admissível e a prova não se pode considerar permitida. Por outras palavras, repetimos uma vez mais, é abusiva”¹⁶. Isto significa, em síntese, que a prova é proibida não só quando foi obtida mediante a lesão “direta” dos direitos fundamentais (art. 32.º-8/1.ª parte da CRP e art. 126.º-1 do CPP) mas também quando o foi sem que tenham sido observadas todas as formalidades “processuais” que, parecendo incorporar meras exigências formais, são, na verdade, condições essenciais para que a intervenção não seja abusiva (art. 32.º-8/2.ª parte da CRP e art. 126.º-3 do CPP): “O que interessa é saber se essa formalidade ainda é uma condição constitucional para a admissibilidade da prova”¹⁷ – pense-se, p. ex., na testemunha não esclarecida sobre a faculdade de se recusar a depor (art. 134.º-2 do CPP)¹⁸, na medida em que se trata aí de uma formalidade cuja inobservância redundaria numa intromissão ilegal na vida privada (art. 32.º-8/2.ª parte da CRP e art. 126.º-3 do CPP), não podendo, em consequência, o depoimento ser utilizado¹⁹.

¹⁶ C. CORREIA, *A distinção...* cit., pp.189-190.

¹⁷ C. CORREIA, *A distinção...* cit., p.191. Também no sentido deste critério, vd. M. FÁTIMA MATA-MOUROS, *Juiz das Liberdades...* cit., p.305, SANDRA O. SILVA, *Legalidade da prova...* cit., p.554, e, de novo, C. CORREIA, *A proibição de valoração...* cit., p.116.

¹⁸ Este exemplo não é consensual mas a opinião maioritária dos Autores vai, de facto, no sentido de a omissão do esclarecimento da testemunha corporizar uma verdadeira *proibição de prova*, a despeito de o enunciado normativo aludir a “nulidade”: assim, C. ANDRADE, *Sobre as Proibições...* cit., pp.77 e 203, G. M. SILVA, *Curso...* cit., p.104, L. LEITE, *As escutas telefónicas...* cit., p.17, nts.25 e 27, P. ALBUQUERQUE, *Comentário...* cit., pp.326 e 359, A. TEIXEIRA, *Os Limites...* cit., p.20, F. DIAS, *Revisitação...* cit., p.6, e M. JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal...* cit., p.175, bem como o AcRE 3jun2008, proc.1991/07-1, em www.dgsi.pt. Em sentido diverso, defendendo tratar-se de uma *nulidade sanável*, M. GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, 12.ª ed., Almedina, 2001, p.351, S. MENDES, *As proibições de prova no processo penal*, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004, pp.149-150, e S. CABRAL, *Anotação ao art. 134.º*, in *Código de Processo Penal Comentado*, Almedina, 2014, p.533, bem como os AcsRP 11jan2017, proc.1014/11.oPHMTS.P1, em www.dgsi.pt, e RE 13jul2017, CJ 2017 Tomo III p.296, lendo-se de forma taxativa neste último: “A falta de advertência aos parentes e afins do arguido da faculdade de poderem recusar-se a depor integra uma nulidade de prova (nulidade processual dependente de arguição) e não uma proibição de prova”. Uma posição “intermédia”, distinguindo entre os casos de indução na testemunha da obrigação de prestar depoimento e as situações de mera omissão/esquecimento da advertência legal, é subscrita por A. GAMA/ L. TRIUNFANTE, *Anotação ao art. 134.º*, in *Comentário Judiciário...* cit., pp.139-140. Sobre este ponto, desenvolvidamente, D. MESQUITA, *A Prova do Crime...* cit., pp.282 ss., e, no plano comparatístico alemão, K.-H. GÖSSEL, *As proibições de prova...* cit., pp.405 ss.

¹⁹ Assim, P. ALBUQUERQUE, *Comentário...* cit., p.326, que, contudo, admite a utilização do depoimento se houver consentimento da testemunha (art. 126.º-3/parte final do CPP), o que equivale à aceitação de que esse consentimento pode ser prestado *depois* do depoimento (cf. p.359; esta posição é uma decorrência do pensamento do Autor sobre a sanabilidade de algumas proibições de prova: cf. *infra* nt.40).

2.3. Tipos de proibições de prova

As proibições de prova compreendem²⁰:

a) *proibições de produção (recolha/obtenção) de prova*:

aa) *temas de prova proibidos*:

São temas que, pura e simplesmente, não podem ser objeto de prova. É o caso, p. ex., dos factos abrangidos pelo segredo de Estado (art. 137.º do CPP).

ab) *meios de prova proibidos*:

Os meios de prova são os elementos que servem para a formação da convicção da entidade competente (arts. 128.º e ss. do CPP). Veremos algumas espécies concretas de meios de prova proibidos quando abordarmos a prova por reconhecimento e a reconstituição do facto. Por ora, será pertinente atentar no seguinte.

²⁰ Com interesse, C. ANDRADE, *Sobre as Proibições...* cit., p.90, K.-H. GÖSSEL, *As proibições de prova...* cit., p.399, G. M. SILVA, *Curso...* cit., p.104, L. LEITE, *As escutas telefónicas...* cit., pp.17 ss., S. MENDES, *As proibições...* cit., pp.134 ss., L. ROSA, *Consequências...* cit., pp.221-222, A. TEIXEIRA, *Os Limites...* cit., pp.20-21, e F. DIAS, *Revisitação...* cit., p.6.

A síntese esquemática exposta no texto não merece decerto o acolhimento unânime de todos os Autores – a começar pelas oscilações terminológicas que predominam nesta matéria – mas, seja como for, ela dá-nos uma visão de conjunto do tema em análise, no contexto de uma problemática cujo tratamento sistemático não se afigura fácil. Quanto mais não seja, o esquema proposto permite-nos vincar uma diferença fundamental entre dois níveis distintos que, todavia, são frequentemente desconsiderados ou confundidos na *praxis* jurisprudencial: o nível da *produção (recolha/obtenção) de prova* e o nível da *valoração (utilização) de prova*, ressaltando muitas vezes da fundamentação das decisões que o problema *sub judicio* contende com a legalidade de produção (recolha/obtenção) de prova mas que, apesar disso, é tratado como uma questão de valoração (utilização). Verdade seja dita que uma tal confusão é também potenciada pelo próprio legislador, que não usa uma nomenclatura uniforme quando se refere às proibições de prova, aludindo a provas “nulas”, provas que “*não podem ser utilizadas como prova*”, provas que “*só valem como meio de prova se não forem ilícitas nos termos da lei penal*”, provas de “*valoração proibida*”, provas que “*não têm valor como meio de prova*”, provas que “*não podem servir como meio de prova*” e provas que “*não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal*”, ou prescrevendo que “*só podem ser utilizados*” ou que “*só valem como prova*” (sobre esta pluralidade de expressões, cf. C. ANDRADE, “*Bruscamente no Verão passado*”... cit., p.326, e P. ALBUQUERQUE, *Comentário...* cit., pp.325-326).

Contra este modelo tradicional assente no binómio “proibição de produção de prova”/“proibição de valoração de prova”, se pronuncia F. AGUILAR, *A destrinça tipológica entre prova defensiva e prova ofensiva em sede de proibições de prova em processo penal*, RPCC, ano 28 (2018), pp.279 ss., que propõe uma alternativa fundada na bipartição “prova defensiva”/“prova ofensiva”.

Nos termos do art. 125.º do CPP, são admissíveis todas as provas (neste foro, todos os “meios de prova”) que não forem proibidas, e isto num *duplo sentido*²¹:

- i) é admissível o recurso a todos os meios de prova (desde que não sejam proibidos) para a demonstração dos factos que são objeto do processo, mesmo que tais meios não estejam expressamente previstos em disposições legais²²;
- ii) nenhum facto tem a sua demonstração probatória vinculada a um concreto meio de prova pré-estabelecido na lei (p. ex., a comprovação de uma ofensa à integridade física é suscetível de ser feita através de perícia embora também possa sê-lo através de depoimento testemunhal).

Mas a lei, além de decretar a *liberdade dos meios de prova* e de *proibir certas provas*, contempla outrossim um catálogo de *provas típicas* (arts. 128.º e ss. do CPP). Ora, o que sucede é que esse catálogo inclui não apenas as *provas* legalmente tipificadas como também os respetivos *regimes*: quer dizer, através do *princípio da legalidade da prova*²³ a lei processual penal, ao mesmo tempo que proclama a não taxatividade das provas tipificadas, estabelece de igual modo que²⁴:

²¹ Cf. G. M. SILVA, *Curso... cit.*, p.100, SANDRA O. SILVA, *Legalidade da prova... cit.*, p.562, e S. ALBERGARIA, *Anotação ao art. 125.º*, in *Comentário Judiciário... cit.*, pp.29-30.

²² TERESA P. BELEZA, *Apontamentos... cit.*, p.148, e “*Tão amigos que nós éramos*”... *cit.*, p.40, fala a este respeito na “atipicidade” dos meios de prova. Para M. SEIÇA, *Legalidade da prova e reconhecimentos “atípicos” em processo penal: notas à margem de jurisprudência (quase) constante*, in *Liber Discipulorum... cit.*, p.1409, “a decisão sobre a admissibilidade em concreto de uma forma probatória inominada encontra-se sujeita a parâmetros de validade ainda mais apertados do que os aplicáveis às provas tipificadas”. O exemplo de uma *prova legal atípica* será o reconhecimento de pessoas cumprido com recurso a outros sentidos que não a visão, como o olfato: pense-se no reconhecimento feito por um invisual (equacionando se esta hipótese concreta e outras similares se enquadram na *prova legal atípica* ou configuram antes a *aplicação analógica* do regime da prova por reconhecimento visual, *vd.* D. MESQUITA, *Anotação ao art. 147.º*, in *Comentário Judiciário... cit.*, pp.334-335, com mais referências).

²³ É justamente essa a epígrafe do art. 125.º do CPP: “*Legalidade da prova*”.

²⁴ Sobre este ponto, *vd.* M. SEIÇA, *Legalidade da prova... cit.*, pp.1409 ss., SANDRA O. SILVA, *Legalidade da prova... cit.*, pp.563-564 e 569, e S. ALBERGARIA, *Anotação ao art. 125.º... cit.*, pp.30 ss.

- i) as provas típicas têm obrigatoriamente associadas um determinado regime, que tem de ser respeitado;
- ii) quando haja de proceder a uma diligência probatória tendente à produção (recolha/obtenção) de prova para a qual a lei já prevê um específico meio de prova (típico), tem de ser observada a disciplina legal – meio de prova e respetivo regime – já consagrada. Isto não é nenhum capricho do legislador: o fundamento deste modelo assenta no reconhecimento de que a experiência histórica revelou já que essa disciplina é, em comparação com outras possibilidades, a mais idónea a garantir a fiabilidade da prova tendo em conta a informação (probatória) almejada, razão por que neste caso não deve haver espaço para liberdade e flexibilidade aquisitiva da prova.

ac) meios de obtenção da prova proibidos:

Os meios de obtenção da prova (arts. 171.º e ss. do CPP) são os procedimentos utilizados para a aquisição dos meios de prova, não podendo esses procedimentos, salvo nos casos expressamente previstos, conduzir a uma interferência nos direitos fundamentais nem violar formalidades “processuais” que sejam ainda condições constitucionais para a admissibilidade da prova.

É aplicável aos meios de obtenção de prova, com as necessárias adaptações, o que atrás registámos a propósito do *princípio da legalidade da prova* (art. 125.º do CPP) no contexto dos meios de prova. Um meio de obtenção da prova proibido será, p. ex., a interceção e a gravação, no âmbito das escutas telefónicas, de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor (art. 187.º-5 do CPP)²⁵.

b) proibições de valoração (utilização) de prova:

ba) proibições de valoração dependentes:

²⁵ Neste exato sentido, P. ALBUQUERQUE, *Comentário... cit.*, pp.327 e 510.

A violação das proibições de produção (recolha/obtenção) de prova – que não devia ter acontecido, mas aconteceu – prejudica, à partida, a respetiva valoração, obstando à sua utilização²⁶. Por isso, se dizem proibições de valoração *dependentes*.

bb) proibições de valoração independentes:

Podem, todavia, configurar-se proibições de valoração de prova *independentes de qualquer vício anterior na produção (recolha/obtenção) de prova* – é o que ocorre, p. ex., quando um documento lícitamente apreendido revela conteúdo que lesa a esfera íntima do arguido (diário pessoal)²⁷ (art. 126.º-3 do CPP) ou quando uma correspondência lícitamente apreendida apresenta teor considerado irrelevante (art. 179.º-3 do CPP).

Em nosso entender, cabe ainda nesta categoria o mandamento vertido no art. 355.º do CPP na parte relativa ao *exame* de provas anteriormente produzidas (recolhidas/obtidas) (*Proibição de valoração de provas*), segundo o qual *“Não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência”* (n.º 1), sendo certo, porém, que *“Ressalvam-se do disposto no número anterior as provas contidas em atos processuais cuja leitura, visualização ou audição em audiência sejam permitidas, nos termos dos artigos seguintes”* (n.º 2). É orientação doutrinal e jurisprudencial quase unânime que esta ressalva do art. 355.º-2 do CPP, ao remeter para o art. 356.º-1/b), se aplica, entre

²⁶ Se bem que seja essa, com efeito, a consequência “normal” decorrente do programa traçado na nossa lei processual penal, convirá ter presente que não parece estar de todo excluída a possibilidade de o resultado ser outro, de tal forma que a produção (recolha/obtenção) ilícita de elementos com relevo probatório pode nem sempre prejudicar a valoração (utilização) desses mesmos elementos. Entramos aqui no terreno da *ponderação das valorações conflituantes*, matéria que voltaremos a aflorar (cf. *infra* ponto 2.5.).

²⁷ Esta hipótese não detém uma solução geral unívoca válida para todos os casos, mas, seja como for, ajuda-nos a perceber a espécie de situações aqui envolvidas. Com interesse, vd. AcTC 607/2003 (processo “Casa Pia”) e, partindo desse aresto, C. CORREIA, *Questões práticas relativas à utilização de diários íntimos como meio de prova em processo penal*, RCEJ, n.º 6 (2007), pp.139 ss.

o mais, à prova por reconhecimento²⁸ e à reconstituição do facto²⁹ realizadas nas fases anteriores ao julgamento (sendo, pois, lícita a leitura dos respetivos autos em audiência sem dependência de quaisquer condicionalismos), embora haja quem preconize que, dado que os autos de reconhecimento (sempre) e de reconstituição (por vezes) contêm *declarações* da pessoa que procedeu ao ato (de reconhecimento ou de reconstituição) durante o inquérito ou a instrução, a leitura desses autos em audiência tem sempre de obedecer ao disposto nos arts. 356.º-2 e n.ºs ss. e 357.º do CPP³⁰ – cremos, todavia, que esta última solução não leva na devida conta a *autonomia processual* de que gozam o reconhecimento e a reconstituição³¹, os quais configuram, na estrutura do CPP, meios de prova típicos singulares e distintos do depoimento de testemunhas (arts. 128.º e ss. do CPP) e das declarações do arguido (arts. 140.º e ss. do CPP) e do assistente (art. 145.º do CPP).

2.4. Violação das proibições de prova

Qual a *consequência processual* da violação da proibição de produção (recolha/obtenção) de prova e da violação da proibição de valoração (utilização) de prova?³²

²⁸ Assim, D. MESQUITA, *A Prova do Crime... cit.*, p.620, incluindo nt.300 (implicitamente), e S. CABRAL, *Anotação ao art. 147.º*, in *Código de Processo Penal... cit.*, p.613, bem como o AcRG 3maiz2011, proc.149/10.1PBBRG.G1, em www.dgsi.pt.

²⁹ Assim, D. MESQUITA, *A Prova do Crime... cit.*, p.620 (implicitamente), e S. CABRAL, *Anotação ao art. 150.º*, in *Código de Processo Penal... cit.*, pp.634-635 (implicitamente).

³⁰ É esta a posição de P. ALBUQUERQUE, *Comentário... cit.*, pp.412-413 e 418-419. Também M. SEIÇA, *Legalidade da prova... cit.*, pp.1398-1399, vê o ato de reconhecimento como um registo de *declarações*, pugnando, contudo, pela aplicação, com as necessárias adaptações, da disciplina própria das declarações para memória futura (arts. 271.º e 294.º do CPP).

³¹ Sobre a fronteira que deve demarcar o ato de reconstituição e as declarações de quem nele intervém, cf. *infra* ponto 4.1.

³² Com interesse, vd. G. M. SILVA, *Curso... cit.*, p.106, M. OLIVEIRA, *Da autonomia... cit.*, pp.279 ss., e S. Albergaria, *Anotação ao art. 126.º... cit.*, pp.63 ss.

No primeiro caso (violação da proibição de produção de prova) discute-se a específica natureza jurídica da sanção que lhe está associada muito embora, na prática, tudo se reconduza à *proibição de valoração (utilização)* da prova obtida³³, ao menos por via de princípio³⁴. Falamos a este propósito, como atrás anotámos, em proibições de valoração (utilização) *dependentes*.

No segundo caso (violação da proibição de valoração de prova) o debate centra-se em saber se a decisão proferida – que valorou o que não podia valorar – é *nula*, se há um *excesso de pronúncia* ou se existe um *erro de direito*³⁵.

2.5. Regime das proibições de prova

Há ainda outras marcas que moldam o regime das proibições de prova e que relevam da sua dimensão material-substantiva: i) revestem carácter *não taxativo*³⁶, não dependendo, por conseguinte, de consagração legal expressa (sem prejuízo, naturalmente, da existência de proibições de prova típicas condensadas em várias disposições do CPP: além dos já citados arts. 126.º e 355.º, também, p. ex., os arts. 58.º-

³³ Assim, SANDRA O. SILVA, *Legalidade da prova...* cit., p.587 – realçando que é sempre essa a sanção aplicável sejam quais forem as concretas proibições de prova que tenham sido violadas [*“proibições absolutas”* (art. 32.º-8/1.ª parte da CRP e art. 126.º-1 do CPP) ou *“proibições relativas”* (art. 32.º-8/2.ª parte da CRP e art. 126.º-3 do CPP)] –, e F. DIAS, *Revisitação...* cit., p.6.

³⁴ A ressalva tem em vista a *ponderação das valorações conflitantes* (cf. *supra* nt.26 e *infra* ponto 2.5.).

³⁵ Sobre isto, por todos, L. ROSA, *Consequências...* cit., pp.238 ss. (com mais referências doutrinárias e jurisprudenciais), e S. Albergaria, *Anotação ao art. 126.º...* cit., pp.75-76.

³⁶ Assim, C. CORREIA, *A distinção...* cit., pp.193-194, e *A proibição de valoração...* cit., pp.117-118, C. ANDRADE, *“Bruscamente no Verão passado”...* cit., p.269, SANDRA O. SILVA, *Legalidade da prova...* cit., pp.588 ss., e A. TEIXEIRA, *Os Limites...* cit., p.27. Aliás, como sinalizámos no devido lugar (cf. *supra* ponto 2.1.), a indicação que o próprio art. 126.º-2 do CPP contém de provas ofensivas da integridade física ou moral das pessoas é meramente exemplificativa. Por outro lado, e como adverte C. CORREIA, *A distinção...* cit., pp.193-194, *“No caso das proibições de produção/valoração de prova de origem constitucional direta, em bom rigor, o problema da falta de consagração legal expressa nem sequer se coloca. (...) A própria Constituição poderá ser chamada à colação, aplicando-se diretamente o respetivo preceito (art. 18.º, n.º 1, da CRP)”*.

5³⁷, 129.º e 167.º); ii) são de *conhecimento oficioso*³⁸; iii) têm carácter *erga omnes*³⁹; e iv) são *insanáveis*⁴⁰ (recorde-se que mesmo as nulidades ditas “insanáveis” do art. 119.º do CPP são, em rigor, sanáveis por força do caso julgado), constituindo, por isso, motivo de recurso de revisão, nos termos do art. 449.º-1/e) do CPP, introduzido pela Reforma do CPP de 2007 (Lei 48/2007, de 29ago), segundo o qual “A revisão de sentença transitada em julgado é admissível quando: Se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos n.ºs 1 a 3 do artigo 126.º”⁴¹.

³⁷ Especificamente sobre esta proibição de prova, cf. C. CORREIA, *A proibição de valoração...* cit., pp.106 ss.

³⁸ Assim, G. M. SILVA, *Curso...* cit., p.106, M. GONÇALVES, *Código de Processo Penal...* cit., p.319, L. LEITE, *As escutas telefónicas...* cit., p.54, C. CORREIA, *A distinção...* cit., p.194, e *A proibição de valoração...* cit., p.118, L. ROSA, *Consequências...* cit., p.233, A. TEIXEIRA, *Os Limites...* cit., p.28, e S. Albergaria, *Anotação ao art. 126.º...* cit., pp.65-66. Diversamente, há quem, mesmo depois Reforma do CPP de 2007 (Lei 48/2007, de 29ago) – que, como se sabe, aditou à locução “são igualmente nulas” inscrita no art. 126.º-3 do CPP o segmento “não podendo ser utilizadas”, visando desse modo desfazer quaisquer dúvidas sobre o carácter unitário do vício associado às proibições de prova consagradas quer no n.º 1 quer no n.º 3 do art. 126.º do CPP –, adote um paradigma *dualista* e opere no quadro das proibições de prova uma diferenciação entre “nulidades” *absolutas/de conhecimento oficioso* (correspondentes às “proibições absolutas” do art. 126.º-1 do CPP) e “nulidades” *relativas/dependentes de arguição* (correspondentes às “proibições relativas” do art. 126.º-3 do CPP): neste sentido, P. ALBUQUERQUE, *Comentário...* cit., pp.319-320. Para uma crítica a esta última conceção, cf. SANDRA O. SILVA, *Legalidade da prova...* cit., p.587, nt.81, e *O Arguido como Meio de Prova...* cit., p.376, nt.822.

³⁹ Assim, C. CORREIA, *A distinção...* cit., p.195 (dá como exemplo a extensão da proibição de prova ao coarguido), A. TEIXEIRA, *Os Limites...* cit., pp.28-29, e S. Albergaria, *Anotação ao art. 126.º...* cit., p.66.

⁴⁰ Assim, TERESA P. BELEZA, *Tão amigos que nós éramos...* cit., p.44, e C. CORREIA, *A distinção...* cit., pp.195-197, e *A proibição de valoração...* cit., pp.119-120. Enfatizando o carácter insanável das proibições de prova, SANDRA O. SILVA, *Legalidade da prova...* cit., pp.586-587, incluindo nt.81, e *O Arguido como Meio de Prova...* cit., pp.375-376, incluindo nt.822, lembra que o (eventual) consentimento do titular dos direitos elencados no art. 126.º-3 do CPP tem obrigatoriamente de ser *prévio* à intromissão nesses direitos. Já P. ALBUQUERQUE, *Comentário...* cit., p.319-320, em convergência com o paradigma dualista que acolhe (cf. *supra* nt.38), pugna pela *insanabilidade* das proibições de prova que configuram “nulidades” absolutas e pela *sanabilidade*, através do consentimento *ex post facto* do titular do direito, das proibições de prova que configuram “nulidades” relativas; neste sentido também os AcsRP 27jan2010, proc.896/07.5JAPRT.P1, em www.dgsi.pt, nos termos do qual “*Consubstancia método relativamente proibido de prova, a integrar nulidade sanável, a intromissão na correspondência, vida privada, domicílio ou telecomunicações sem consentimento do respetivo titular*”, e RP 11maiz2011, proc.2304/04.4TAGDM.P1, em www.dgsi.pt, onde se lê que “*A nulidade da prova proibida que atinge o direito à integridade física e moral previsto no artigo 126.º/1 e 2 C.P.Penal é insanável. A nulidade da prova proibida que atinge os direitos de privacidade previstos no artigo 126.º/3 é sanável pelo consentimento do titular do direito*”.

⁴¹ Sobre esta solução legal, cf. L. ROSA, *Consequências...* cit., p.235, M. OLIVEIRA, *Da autonomia...* cit., pp.267 ss., e A. TEIXEIRA, *Os Limites...* cit., pp.29-30; vd. ainda, em tom crítico, C. ANDRADE, “*Bruscamente no Verão passado*”... cit., pp.269 ss., e P. ALBUQUERQUE, *Comentário...* cit., pp.1190-1192 (o qual propugna mesmo pela inconstitucionalidade da norma). A revisão de sentença condenatória fundada em provas proibidas era já defendida desde antes da Reforma do CPP de 2007 por D. CUNHA,

Uma referência final a dois aspetos essenciais a considerar no quadro das proibições de prova, de que aqui deixamos apenas uma breve menção.

A *ponderação das valorações conflitantes*: qualquer violação de uma proibição de produção (recolha/obtenção) de prova implica sempre e em qualquer caso a recusa de valoração (utilização) da prova assim obtida, independentemente do direito fundamental que foi comprimido para a obter e independentemente da gravidade do crime?⁴²

O *efeito-à-distância*: a violação de uma proibição de produção (recolha/obtenção) de prova reflete-se na recusa de valoração (utilização) “tão-só” da prova assim obtida ou também na da prova consequencial, quer dizer, daquela que só por força da prova proibida foi alcançada (p. ex., o depoimento de testemunhas ou a visualização de documentos que só tiveram lugar na sequência de declarações do arguido ilicitamente obtidas)⁴³? A interrogação poderá, aliás, colocar-se nos mesmos termos da *ponderação das valorações conflitantes* que acima aflorámos: “*também aqui [no foro do efeito-à-distância] será decisiva, relativamente à prova consequencial em questão, a configuração concreta do caso e o peso e o relevo que nela deva ser conferido à violação do direito individual por conexão com o valor comunitário que ao Estado cumpre proteger*”⁴⁴.

3. Prova por reconhecimento

Os arts. 147.º e 148.º do CPP preveem o reconhecimento de *pessoas* e de *objetos*, respetivamente. O art. 149.º do CPP dispõe sobre a *pluralidade* de reconhecimentos.

Interessa-nos, sobretudo, o reconhecimento de *pessoas* e, dentro destas, do *arguido*, por ser esse o reconhecimento que mais problemas suscita.

O *Caso Julgado Parcial*, Universidade Católica Editora, 2002, p.771, e S. MENDES, *As proibições...* cit., p.151.

⁴² Sobre isto, F. DIAS, *Revisitação...* cit., pp.9 ss.

⁴³ A aplicabilidade do efeito-à-distância às proibições de prova é comumente admitida pelos Autores, como o confirmam C. CORREIA, *A distinção...* cit., p.200, e *A proibição de valoração...* cit., pp.123-124, S. MENDES, *As proibições...* cit., pp.152-153, P. ALBUQUERQUE, *Comentário...* cit., pp.321-322, L. ROSA, *Consequências...* cit., pp.235 ss., M. OLIVEIRA, *Da autonomia...* cit., pp.286 ss., A. TEIXEIRA, *Os Limites...* cit., pp.63 ss., F. DIAS, *Revisitação...* cit., pp.14 ss., e S. ALBERGARIA, *Anotação ao art. 126.º...* cit., pp.69 ss. Sobre a questão, vd. ainda, desenvolvidamente, C. ANDRADE, *Sobre as Proibições...* cit., pp.61 ss., 169 ss. e 312 ss., e HELENA MORÃO, *O efeito-à-distância...* cit., pp.575 ss., e *Efeito-à-distância das proibições de prova e declarações confessórias: o acórdão n.º 198/2004 do Tribunal Constitucional e o argumento “the cat is out of the bag”*, RPCC, ano 22 (2012), pp.704 ss. Para uma breve referência à experiência alemã, cf. K.-H. GÖSSEL, *As proibições de prova...* cit., pp.435-436.

⁴⁴ F. DIAS, *Revisitação...* cit., p.15.

O art. 147.º do CPP, depois de no n.º 1 definir o pressuposto (“*houver necessidade*”) e o objeto/fim (“*proceder ao reconhecimento de qualquer pessoa*”) do ato de reconhecimento e indicar o modo (procedimento) como este deve iniciar-se (com a descrição, por parte de quem faz o reconhecimento, da pessoa a reconhecer: é o denominado “reconhecimento por descrição”⁴⁵), estabelece no n.º 2 que “*Se a identificação não for cabal, afasta-se quem dever proceder a ela e chamam-se pelo menos duas pessoas que apresentem as maiores semelhanças possíveis, inclusive de vestuário, com a pessoa a identificar. Esta última é colocada ao lado delas, devendo, se possível, apresentar-se nas mesmas condições em que poderia ter sido vista pela pessoa que procede ao reconhecimento. Esta é então chamada e perguntada sobre se reconhece algum dos presentes e, em caso afirmativo, qual*” (é o intitulado “reconhecimento presencial”).

A primeira nota que cumpre aqui salientar é a *precisão* e o *detalhe* com que o legislador regulou o ato de reconhecimento⁴⁶, acrescentando no n.º 7 do mesmo preceito a menção expressa, assim dissipando quaisquer dúvidas que porventura subsistissem, da sua *falta de valor* quando não observe o regime fixado (“*O reconhecimento que não obedecer ao disposto neste artigo não tem valor como meio de prova, seja qual for a fase do processo em que ocorrer*”). Tudo isto revela a excecional preocupação em rodear o reconhecimento de *especiais cautelas*, procurando, na medida do possível, diminuir ao máximo os “falsos reconhecimentos” (positivos)⁴⁷. Este cuidado justifica-se porque, como se lê no AcTC 408/89, do que se trata é, afinal,

⁴⁵ Sobre o valor deste “reconhecimento por descrição” como um tipo de reconhecimento *autónomo* ou somente como uma *etapa prévia* da prova por reconhecimento que, se não for seguido do “reconhecimento presencial” (cf. *infra* no texto), assumirá a feição de “declarações processuais” e, como tal, ficará sujeito ao regime da prova testemunhal, designadamente para efeitos de transmissibilidade à fase do julgamento conforme a regulação do art. 356.º do CPP, cf. D. MESQUITA, *A Prova do Crime...* cit., p.517, nt.136, e *Anotação ao art. 147.º...* cit., pp.336 ss. e 355.

⁴⁶ De tal forma que é legítimo falar num comprovado “*regime de reconhecimento imposto*” (C. ANDRADE, *Sobre as Proibições...* cit., p.131).

⁴⁷ Como sublinha o AcTC 378/2007, “*Estas exigências [típicas do ato de reconhecimento] não só são um reflexo do princípio da investigação ou da verdade material, uma vez que procuram que a prova produzida resulte numa aproximação o mais fiável possível à realidade investigada, como também integram o vasto elenco das garantias de defesa do arguido, uma vez que o protegem de eventuais erros de identificação*”.

“de reconhecer o verdadeiro culpado do crime”, pelo que “o resultado do reconhecimento pode (...) ser fatal para o arguido”, aludindo o AcTC 425/2005 e a doutrina nele citada a um ato de “extraordinária importância”, com uma “grandíssima força impressionística”, “elevada eficácia de convencimento” e “intensa eficácia persuasiva”. É neste quadro de considerações que se justifica a conclusão avançada no AcTC 378/2007: “Daí que o legislador processual penal, consciente do perigo da força probatória de um meio tão exposto a enganos e de difícil sindicância, tenha desde há muito imposto formalismos específicos para a produção deste tipo de testemunho, autonomizando-o, de modo a criar mecanismos de controle da fiabilidade do reconhecimento e a minorar o apontado risco de erro”.

A prova por reconhecimento é admissível em qualquer fase do processo e, portanto, também em *audiência de julgamento*. Conquanto os vícios do reconhecimento possam decerto sobrevir nas fases do inquérito e da instrução, é em audiência, curiosamente – “curiosamente” porque, ao contrário do que sucede com os reconhecimentos efetuados nas fases preliminares (que são, na sua esmagadora maioria, levados a efeito por órgãos de polícia criminal/OPC), em audiência a diligência é presidida por uma autoridade judiciária/Juiz –, que muitas vezes são adotadas práticas problemáticas.

3.1. Reconhecimento em audiência de julgamento

A questão que com insistência se coloca é saber se o *ato de reconhecimento do arguido feito por uma testemunha em audiência de julgamento deve ou não estar sujeito ao modelo procedimental exigido pelo art. 147.º do CPP*⁴⁸.

Conquanto o art. 147.º-3 do CPP, desde a sua versão original, sempre tenha aludido expressamente ao reconhecimento em audiência (a redação desse n.º 3 não sofreu até hoje qualquer variação: “*Se houver razão para crer que a pessoa chamada a fazer a identificação pode ser intimidada ou perturbada pela efetivação do*

⁴⁸ Como se percebe, o problema coloca-se em relação às exigências procedimentais fixadas para o “reconhecimento presencial” indicado no n.º 2 do preceito e não para o “reconhecimento por descrição” previsto no n.º 1.

reconhecimento e este não tiver lugar em audiência, deve o mesmo efetuar-se, se possível, sem que aquela pessoa seja vista pelo identificando”), era orientação jurisprudencial pacífica dos Tribunais Superiores que o reconhecimento do arguido nessa sede (em audiência) *escapava ao formalismo imposto pelo art. 147.º do CPP* por este formalismo se restringir às fases do inquérito e da instrução, concluindo-se então que um ato de reconhecimento realizado em julgamento à margem dessa forma procedimental não padecia de qualquer vício e ficava submetido ao princípio da livre apreciação da prova (art. 127.º do CPP)⁴⁹. Nestes termos, não tinha, pois, aplicação a sanção prevista no n.º 4 do dispositivo, de acordo com o qual “*O reconhecimento que não obedecer ao disposto neste artigo não tem valor como meio de prova*”.

A Reforma do CPP de 2007 introduziu no atual n.º 7 (anterior n.º 4) do art. 147.º a locução final “*seja qual for a fase do processo em que ocorrer*”, ficando a partir de então literalmente consagrado que o reconhecimento tem *sempre* de respeitar – no inquérito, na instrução e no julgamento – o regime imposto pelo art. 147.º do CPP. Se se fizer um exame crítico e objetivo das circunstâncias em que foi implementada a alteração legislativa – em claro contraciclo e mesmo contraposição àquela que era então a jurisprudência corrente –, chegar-se-á sem esforço à conclusão de que a intenção do legislador – com plena correspondência na letra da norma – não foi outra senão a de inverter o sentido daquela interpretação e aplicação que os Tribunais

⁴⁹ Cf. AcSSTJ 11mai2000, CJ-STJ 2000 Tomo II p.188, RP 22jan2003, proc.0240877, em www.dgsi.pt, STJ 28mai2003, CJ-STJ 2003 Tomo II p.194, RL 11fev2004, proc.928/2004-3, RG 31mai2004, proc.2415/03-1, RE 7dez2004, proc.25/03-1, os últimos em www.dgsi.pt, STJ 7dez2005, CJ-STJ 2005 Tomo III p.224, RC 6dez2006, proc.146/05.9GCVIS.C1, RP 27jun2007, proc.0712686, e RP 7nov2007, proc.0713492, os últimos em www.dgsi.pt. De notar, contudo, que, já na vigência dessa versão original do art. 147.º do CPP, G. M. SILVA, *Curso... cit.*, p.150, nt.2, dava conta da sua objeção a esta linha jurisprudencial: “*É muito frequente na prática processual perguntar-se aos ofendidos e testemunhas no decurso da audiência se reconhecem o arguido presente. Esta prova pode ter muita importância quando negativa, mas não tem o valor de reconhecimento quando positiva, isto é, quando a testemunha declara que sim, que reconhece o arguido*” [a aceitação do reconhecimento em audiência sem respeito pelo regime procedimental legalmente imposto desde que seja *negativo* – também admitido, já após a Reforma do CPP de 2007, por A. GAMA, *Reforma do Código de Processo Penal: prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento*, RPCC, ano 19 (2009), p.418 – é para nós difícil de acompanhar dado que faz depender a *validade* de um meio de prova do seu *resultado* ou até, numa outra perspetiva, faz depender a *catalogação* de um meio de prova desse *resultado*, classificando-o como prova por reconhecimento (mas negando-lhe valor) no caso de identificação positiva e classificando-o como prova testemunhal (outorgando-lhe valor) no caso de identificação negativa].

vinham fazendo⁵⁰. Não obstante esta clarificação legislativa, o certo é que a jurisprudência dominante continuou desde então, e continua até hoje, a decidir que o reconhecimento – que tomou preferencialmente a designação de “informal” – do arguido feito por uma testemunha em audiência sem obediência àquele regime não sofre de vício algum porquanto se integra no âmbito da prova testemunhal e está sujeito ao princípio da livre apreciação da prova (art. 127.º do CPP)⁵¹. Quer dizer, fica-se com a ideia de que antes da Reforma interpretava-se o art. 147.º do CPP como não alargando o formalismo nele fixado à audiência de julgamento e após a Reforma, como essa interpretação deixou de ser de todo em todo possível, então passou a decidir-se que o reconhecimento feito em audiência afinal não é um verdadeiro e típico reconhecimento mas um depoimento que se inscreve na prova testemunhal.

Temos muitas reservas sobre este entendimento⁵².

Recorde-se aquilo que já atrás assinalámos: às provas (meios de prova/meios de obtenção de prova) tipicamente previstas estão associados determinados regimes (também tipicamente regulados) que não podem ser adulterados e quando haja de lançar mão de uma diligência probatória que visa a produção (recolha/obtenção) de prova para a qual a lei já preveja um determinado meio de prova/meio de obtenção

⁵⁰ Como nota A. GAMA, *Reforma... cit.*, p.418, a alteração da lei “foi útil [para] reafirmar e esclarecer a boa doutrina, perante alguma deriva jurisprudencial (...)”.

⁵¹ Cf. AcsRL 30out2008, proc.7066/2008-9, RG 29jun2009, proc.26/06.0GBPVL.G1, STJ 3mar2010, proc.886/07.8PSLSB.L1.S1, RP 17mar2010, proc.1001/03.2JAPRT.P1, RC 10nov2010, proc.209/09.1PBFIG.C1, RL 14dez2010, proc.518/08.7PLLSB.L1-5, RP 1jun2011, proc.82/08.7SFPRT.P1, RE 8jan2013, proc.134/10.3GCABF.E1, RC 18jun2014, proc.26/09.9GASPS.C1, RL 14jan2014, proc.76/10.2GTEVR.L1-5, RE 20jan2015, proc.1243/11.7PBFAR.E1, RP 20mai2015, proc.198/12.5GAVFR.P1, RE 19jan2016, proc.1245/13.9GBABF.E1, RP 12out2016, proc.223/14.5PCMTS.P1, e STJ 20set2017, proc.1353/13.6GBABF.E1.S1, todos em www.dgsi.pt. Esta linha de pensamento é também perfilhada por D. MESQUITA, *Anotação ao art. 147.º... cit.*, pp.356 ss.

⁵² De forma semelhante, o AcRG 7mai2018, proc.304/13.2GAVRM.G1, em www.dgsi.pt, em cujo texto se regista: “Seria completamente contraditório (...) dizer que o reconhecimento não vale mas que vale o depoimento, pois este baseia-se apenas naquele na parte referente à incriminação do arguido”; com interesse, vd. também o voto de vencido no AcRC 10nov2010, proc.209/09.1PBFIG.C1, em www.dgsi.pt. A mesma posição crítica era já assumida por M. SEIÇA, *Legalidade da prova... cit.*, pp.1412 ss., desde antes da Reforma do CPP de 2007: este Autor, reconhecendo embora a similitude entre os processos mentais próprios do ato de reconhecimento e do depoimento testemunhal, realça, contudo, que uma tal similitude “não elimina as diferenças estruturais existentes entre as duas formas de percepção e recordação” (p.1414), o que justifica a importância das exigências procedimentais legalmente impostas para a realização do reconhecimento.

de prova (típico) tem de ser observada a disciplina legal – meio de prova/meio de obtenção de prova e respetivos regimes – já consagrada.

O ato de reconhecimento inscrito no art. 147.º do CPP tem o seu campo de aplicação (pressuposto e objeto/fim) circunscrito, como vimos, às situações em que *houver necessidade de proceder ao reconhecimento* de pessoas. Devemos, então, diferenciar duas realidades.

a) Os casos em que não há nenhuma *dúvida ou equívoco* acerca da identidade do arguido – o que, como é lógico, é diferente de saber se ele praticou os factos que lhe são imputados! –, como acontece quando este é amplamente conhecido da testemunha, ou seja, na grande maioria das vezes, quando é seu familiar ou pessoa das suas relações pessoais ou profissionais mais ou menos próximas: p. ex., quando, num julgamento por crime de violência doméstica, a testemunha-queixosa que é mulher do arguido expõe os episódios factuais de que foi vítima e atribui-os ao seu marido (arguido) e, no decurso do depoimento, depois de questionada sobre se o arguido é realmente a pessoa acerca da qual está a depor – o que, na verdade, pode parecer despropositado –, confronta-o visualmente e, como seria de esperar, confirma que sim. Nestas hipóteses, não há que falar em reconhecimento, nem convocar este meio de prova, mas tão-só em depoimento testemunhal⁵³. Dir-se-á que no cenário

⁵³ O mesmo sucede quando o depoente ignora ou não se recorda (d)os dados identificativos do arguido mas sabe perfeitamente quem ele é. De acordo com SANDRA O. SILVA, *Legalidade da prova...* cit., p.571, nt.50, “*Não está cumprido o requisito da necessidade para a admissibilidade deste meio de prova quando o arguido é sobejamente conhecido da pessoa que devia fazer a identificação e é apenas desconhecido o seu nome completo ou demais elementos de identificação (p. ex., sabe-se apenas a alcunha)*”. Num outro exemplo sugerido por A. GAMA, *Reforma...* cit., p.415: “*Assim, se A sabe que o autor da ação foi B, pessoa que conhece desde os tempos da escola, e até conhece o «nome de guerra», não é necessário reconhecimento, pois ele identifica e sabe identificar o autor do facto ilícito*”. Em sentido coincidente, M. SEIÇA, *Legalidade da prova...* cit., p.1413, nt.71.

Mais problemática será a inclusão neste grupo daqueles casos em que a testemunha que está a depor em julgamento já fez anteriormente (numa fase processual preliminar) um reconhecimento com respeito por todos cânones procedimentais estatuidos no art. 147.º do CPP. O AcTC 378/2007 analisou uma hipótese deste género, decidindo não julgar inconstitucional a interpretação dos arts. 148.º (tratava-se então do reconhecimento de um objeto e não de uma pessoa, o que, como o próprio aresto esclareceu, “*não implica qualquer distinção no raciocínio sobre a constitucionalidade da interpretação normativa em causa*”) e 127.º do CPP “*no sentido de que é admissível a valoração de um depoimento testemunhal realizado em audiência de julgamento, na parte em que identifica como pertencendo à vítima, objeto apreendido ao arguido, sem a observância das regras previstas no artigo 148.º do C.P.P.*”. Pese embora este segmento decisório não faça alusão ao reconhecimento realizado na fase processual

descrito carece de qualquer interesse e utilidade a dita confirmação da testemunha, após visualizar o arguido, de que este é a pessoa que versa no seu depoimento e que tal exercício não traduzirá mais do que uma mera *teatralização* ou *dramatização* das suas declarações: a observação é exata, mas o certo é que uma tal prática é muito habitual nos nossos Tribunais e é usada para reforçar a autenticidade e a consistência do relato.

Claro está que estas situações de ausência de dúvida ou equívoco sobre a identidade do arguido não se confundem com aquelas outras – de que trataremos em *b) infra* – nas quais a testemunha, malgrado não conhecer o arguido desde momento anterior aos factos submetidos a julgamento, consegue facilmente identificá-lo como sendo a pessoa que viu num certo local a uma dada hora: esta última atividade identificatória *é justamente o objeto/fim do ato de reconhecimento* (reconhecer alguém através da sua identificação) e, como parece evidente, a necessidade de proceder a esse ato não é aferível a partir de um critério baseado na capacidade ou incapacidade de a testemunha lograr uma identificação positiva do arguido ou na maior ou menor facilidade com que o faz (estes são fatores que operarão na execução do próprio meio de prova!).

anterior ao julgamento, a fundamentação do acórdão assenta precisamente nessa circunstância: “(...) o reconhecimento com elevada força probatória e cuja fiabilidade é de difícil controle, o que justifica a sua autonomização, com a imposição de procedimentos específicos na sua realização processual, é apenas aquele em que o sujeito do ato probatório é confrontado pela primeira vez, no âmbito do processo, com o objeto em causa, registando-se só nesse momento a percepção «atual» do mesmo que ele terá de comparar com a sua percepção antiga, através duma atividade mnemónica de difícil sindicância. O ato recognitivo psicologicamente autêntico é irrepetível (...). Todas as declarações que a pessoa autora do ato de reconhecimento venha posteriormente a fazer, em ato processual, sobre a identidade da sua antiga percepção com o objeto considerado probatoriamente relevante, já não podem ser consideradas um autêntico reconhecimento, não se justificando a sua sujeição aos formalismos exigidos pelo artº 148.º do C.P.P. Perante a existência duma percepção anterior, já efetuada no âmbito do processo em causa, do objecto considerado com interesse probatório, a exigência do interrogatório referido no artº 147.º, n.º 1, do C.P.P., aplicável por remissão do n.º 1, do artº 148.º do C.P.P., e o procedimento de identificação descrito no n.º 2, do mesmo artº 148.º, deixam de fazer qualquer sentido. Ora, tendo presente que, em processo penal, o ato de julgamento é por regra precedido duma fase de recolha de prova (...), sendo público a partir do termo dessa fase (...), é normal que as testemunhas, quando depõem em audiência de julgamento, tenham sido anteriormente confrontadas com os objetos considerados probatoriamente relevantes, com conexão com o seu depoimento, pelo que não se perspetiva, em princípio, nesta fase processual, a necessidade de produção de um ato de reconhecimento de objetos, segundo os ritos do artº 148.º do C.P.P. Foi precisamente esta a situação que ocorreu no processo aqui em recurso (...)”.

A questão que se coloca é saber até que ponto há nestas situações – alguém que realizou anteriormente um ato de reconhecimento e que agora presta depoimento testemunhal em audiência – a “necessidade de proceder ao reconhecimento” pressuposta no art. 147.º do CPP (e no art. 148.º). Em nosso modo de ver, tudo converge para uma resposta negativa.

b) As situações em que está em causa saber e esclarecer se o arguido é, de facto, a pessoa que a acusação indica ter estado num local definido a uma hora concreta, quer dizer, hipóteses em que a sua identidade é, ou pode ser, no contexto do julgamento, objeto de *incerteza, indefinição ou confusão*, como ocorre quando a testemunha nunca teve qualquer relação ou contacto com o arguido anterior aos factos: p. ex., quando, num julgamento por crime de furto, a testemunha refere ter visto um indivíduo com determinadas características físicas a sair da casa assaltada. É este o enquadramento factual de eleição da prova por reconhecimento. Por isso, se nestas circunstâncias a testemunha, depois de fazer aquela referência, é questionada sobre se o indivíduo em questão é o arguido e ela, depois de o confrontar visualmente, faz uma identificação positiva – lembre-se que o arguido está sentado no lugar certo para ser apontado como suspeito!⁵⁴ –, o que ocorre é um *reconhecimento típico* sem observância do regime legalmente imposto (ou, o que dá no mesmo, um *reconhecimento atípico* com utilização de um meio de prova não previsto para prosseguir uma finalidade probatória a que a lei já adscribe um meio de prova típico): ou seja, uma proibição de produção (recolha/obtenção) de prova, de que resulta uma proibição da sua valoração (utilização).

A jurisprudência que sustenta a legalidade deste reconhecimento (que designa de “informal”) convoca primacialmente três ordens de razões⁵⁵.

Primeiro, que se trata de uma “identificação” e não de um reconhecimento (“formal”) e que essa “identificação” mais não é do que a revelação da percepção da testemunha dentro do espírito da própria prova testemunhal, pelo que aquilo que é valorado é o depoimento da testemunha, à luz do princípio da livre apreciação da prova (art. 127.º do CPP)⁵⁶.

⁵⁴ Este condicionamento incrementará, com grande probabilidade, o chamado *yes effect* (sobre este efeito, derivado do facto de a pessoa que é chamada a fazer o reconhecimento, *maxime* num cenário de tensão, sentir-se constrangida a fazer uma identificação positiva, vd. M. SEIÇA, *Legalidade da prova...* cit., p.1418, nt.91, e SANDRA O. SILVA, *O Arguido como Meio de Prova...* cit., p.756, nt.1718).

⁵⁵ Cf. os arestos citados *supra* nt.51.

⁵⁶ Um bom exemplo desta linha argumentativa pode ver-se no AcSTJ 15set2010, proc.173/05.6GBSTC.E1.S1, em www.dgsi.pt, em cujo sumário (extenso mas paradigmático) se lê: “V - Resulta dos autos que a testemunha em causa não realizou, anteriormente à audiência de julgamento, no âmbito do inquérito ou da instrução, qualquer «reconhecimento» dos arguidos. Por isso, o primeiro –

Depois, que o regime legal do reconhecimento não se compadece com a dinâmica da audiência de julgamento – a qual, aliás, por via de regra, tem lugar muito tempo após a ocorrência do evento que compõe o *thema probandum* e que foi percecionado pela testemunha – e de toda a tramitação que a precede e lhe é contemporânea, como sejam a chamada das pessoas, incluindo do arguido, que vão intervir no julgamento (chamada feita “*de viva voz e publicamente*”: art. 329.º-1 do CPP), o modo como se processa a sua entrada na sala de audiências, o lugar onde o arguido se senta, etc.

Por último, que não faz sentido exigir para a “identificação” operada em audiência a rigidez formal que caracteriza o regime do típico reconhecimento porque no momento do julgamento já vem firmada a imputação dos factos em relação a

e único – «reconhecimento» que aquela testemunha efetuou nos autos foi o que teve lugar na audiência de julgamento, em janeiro de 2009. Só que o acórdão recorrido considerou que tal não constitui um «reconhecimento» em sentido próprio, a que se refere o art. 147.º, n.º 1, do CPP, entendimento com o qual se concorda. VI - A nova redação do n.º 7 do art. 147.º do CPP, introduzida pela Lei 48/2007, de 29-08, veio admitir que o reconhecimento possa ter lugar em audiência de julgamento, mas tem de obedecer ao formalismo estabelecido naquele preceito legal. Daí resulta claro que só pode valer como um «verdadeiro» reconhecimento aquele que, realizado em audiência, obedeça ao formalismo estabelecido naquele art. 147.º. Se não obedecer a esse formalismo, o reconhecimento não pode valer como meio de prova. VII - No caso em apreço e como resulta do que atrás se disse e transcreveu, o que se passou foi que o MP requereu que fosse exibida à testemunha a imagem dos arguidos, tendo o tribunal entendido que naquele momento era absolutamente imprescindível para a descoberta da verdade material, a confrontação daquela testemunha com os arguidos. Porém, logo nesse mesmo despacho o tribunal esclareceu que a forma como se faz a identificação dos arguidos apenas releva para efeitos de maior ou menor credibilidade do seu resultado para o tribunal e não em sede de admissibilidade do meio de prova. VIII - E, deferido que foi aquele pedido do MP, foram apresentados os arguidos, individualmente, de frente e de perfil, à testemunha – que depunha por videoconferência – para que esta confirmasse, ou não, ser aquele arguido a pessoa a quem sempre se referiu no seu depoimento prestado. Ou seja, em termos semelhantes aos previstos no art. 345.º, n.º 3 (ex vi art. 348.º, n.º 7), ambos do CPP, para a audiência. IX - Sendo assim, não estamos perante um autêntico reconhecimento ou reconhecimento em sentido próprio, mas antes perante um reconhecimento atípico ou informal. Na verdade, estamos perante um «reconhecimento» que consistiu em perguntar à testemunha, em audiência, durante o seu depoimento, se reconhecia aquele arguido – presente na audiência – como sendo o agente ou autor dos factos que lhe eram imputados (na acusação ou na pronúncia). Não se trata de um reconhecimento em sentido próprio, formal, a que alude o art. 147.º do CPP e que devesse obedecer às formalidades ali estabelecidas, mas, antes, de uma mera identificação do arguido (...). X - Sendo assim, esta «identificação» do arguido insere-se no depoimento da testemunha e segue o regime estabelecido no CPP para esse depoimento, podendo, por isso, ser valorado de acordo com o princípio da livre apreciação da prova, estabelecido no art. 127.º do CPP. A diligência realizada é, pois, legal, sendo em sede de valoração de prova que cabe apreciar o maior ou menor valor probatório da identificação do arguido, feito pela testemunha, pois trata-se de um elemento do respetivo depoimento testemunhal, que teve lugar em audiência de julgamento e ao qual não pode atribuir-se-lhe o especial valor que é inerente ao «reconhecimento próprio».

alguém previamente identificado (o arguido), apoiada nos indícios probatórios recolhidos no inquérito ou na instrução, sendo lícito ao visado (o arguido), em todo o caso, exercer o direito ao contraditório em sede de audiência.

Não podemos acompanhar estes argumentos.

O primeiro funda-se num mero confronto entre dois vocábulos – na certeza, aliás, de que o próprio art. 147.º do CPP enuncia que o reconhecimento é feito justamente através de uma “identificação” – e dizer-se que a identificação integra o próprio testemunho parece-nos pouco; de resto, se bem virmos, a mesma argumentação seria passível de ser também esgrimida para sustentar a validade de reconhecimentos ditos “informais” (= realizados no âmbito da prova testemunhal e, portanto, sem cumprimento do esquema procedimental prescrito no art. 147.º do CPP) levados a cabo por OPC durante o inquérito, aproveitando-os depois em julgamento como depoimentos testemunhais submetidos à disciplina do art. 356.º-2 e n.ºs ss. do CPP: esta é, porém, uma via de fonte de prova consensualmente inaceitável e que a corrente jurisprudencial que agora é objeto da nossa análise por certo não aprova. Por outro lado, não colhe, em definitivo, na nossa ótica, o argumento – que será até o *argumento-base* desta linha de jurisprudência – de que o depoimento da testemunha que faz a identificação não é decisivo nem determinante porque não tem nenhum valor legal reforçado vinculante para o julgador já que é apreciado ao abrigo do *princípio da livre apreciação da prova* (art. 127.º do CPP). E não colhe, desde logo, porque o problema da observância ou inobservância do regime procedimental legalmente prescrito se situa (ainda) – e nesse domínio deve ser resolvido – no plano da *produção (recolha/obtenção)* de prova e não no plano da *valoração (utilização)* de prova, e depois, e de todo o modo, porque o meio de prova do reconhecimento, quando é cumprido com respeito por todos os cânones legais, não tem outro valor probatório senão esse...⁵⁷.

⁵⁷ A asserção de que a prova por reconhecimento está sujeita ao princípio da livre apreciação é consensual na doutrina e na jurisprudência: cf., p. ex., M. FERREIRA, *Meios de prova*, in Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal, Almedina, 1993, p.252, M. GONÇALVES, *Código de Processo Penal... cit.*, p.372, e D. MESQUITA, *Anotação ao art. 147.º... cit.*, p.363, bem como o AcTC 532/2006 (“o seu valor probatório [do reconhecimento] vai ser apreciado em audiência segundo o

O segundo, assentando embora em factos que a realidade comprova, é, porém, ao que cremos, insuscetível de ser invocado para legitimar um desvio do regime plasmado na lei (ainda para mais quando é esta mesma lei a prever que o meio de prova do reconhecimento pode ter lugar em audiência), devendo antes ser alegado como fonte de potenciais “falsos reconhecimentos” (positivos) (típicos e legais) realizados em julgamento e, por conseguinte, como indício da *maior distorção e menor fiabilidade e força probatória* desse elemento de prova quando produzido nessa sede (é por isso, aliás, que o momento preferencial para a sua realização é na fase do inquérito)⁵⁸.

O terceiro atribui, à partida, um certo grau de determinação àquilo que, afinal de contas, pode vir a ser objeto de dúvida *durante o julgamento* – saber se o arguido é efetivamente a pessoa mencionada na acusação como tendo estado num local concreto a uma determinada hora –, pois se é inquestionável que a incerteza, indefinição ou confusão sobre a identidade do arguido podem sobrevir nas fases do inquérito ou da instrução, também é certo que assim poderá suceder no julgamento, havendo então de concluir-se que a prolação da acusação ou da pronúncia não deve conduzir a um afrouxamento do rigor com que são produzidos os meios de prova – no caso, o ato de reconhecimento do arguido – em audiência.

princípio da livre apreciação da prova, não lhe cabendo, pois, nenhum valor probatório especial”), e os AcsRG 3maiz2010, proc.40/o8.1PBGMR.G1, RP 27abr2011, proc.451/o5.4GAVCD.P1, RL 11nov2011, proc.464/10.4PEAMD.L1-5, e RG 7maiz2018, proc.304/13.2GAVRM.G1, todos em www.dgsi.pt. É certo que este critério de apreciação da prova não exclui a possibilidade de o Tribunal, no momento da sua valoração, perante as circunstâncias do caso *sub judicio* e segundo as regras da experiência e a sua livre convicção (art. 127.º do CPP), conceder mais credibilidade a um certo meio de prova (p. ex., a uma prova por reconhecimento) e menos a outro (p. ex., a um depoimento testemunhal): essa possibilidade conforma justamente o *elemento distintivo* do princípio da livre apreciação da prova (ou da prova livre) e que o diferencia do princípio da prova legal (ou da prova tarifada) [com interesse, por todos, F. DIAS, *Direito Processual Penal... cit.*, pp.198 ss., G. M. SILVA, *Curso... cit.*, pp.107 ss., M. LOPES, *A Fundamentação da Sentença no Sistema Penal Português*, Almedina, 2011, pp.233 ss., e D. MESQUITA, *A Prova do Crime... cit.*, pp.355 ss.]. Mas nem por isso se dirá que, ao ser assim, a prova por reconhecimento fica subtraída à livre apreciação ou goza de um valor probatório legal predeterminado (reforçado).

⁵⁸ Um ato de reconhecimento (típico) do art. 147.º do CPP efetuado em audiência sem os cuidados indispensáveis à garantia da sua fiabilidade – e que, como tal, acabou por ser desconsiderado – foi decidido no AcRP 11maiz2011, proc.2304/o4.4TAGDM.P1, em www.dgsi.pt.

Sobre esta temática o Tribunal Constitucional produziu já dois importantes arestos.

O AcTC 137/2001 decidiu “*julgar inconstitucional, por violação das garantias de defesa do arguido, consagradas no n.º 1 do artigo 32.º da Constituição, a norma constante do artigo 127.º do Código de Processo Penal, quando interpretada no sentido de admitir que o princípio da livre apreciação da prova permite a valoração, em julgamento, de um reconhecimento do arguido realizado sem a observância de nenhuma das regras definidas pelo artigo 147.º do Código de Processo Penal*”. Este acórdão vem por vezes citado⁵⁹ a propósito da orientação jurisprudencial anterior à Reforma do CPP de 2007 a que atrás nos referimos e segundo a qual o reconhecimento do arguido em audiência não estava sujeito ao formalismo imposto pelo art. 147.º do CPP. Não era, contudo, isto que estava em causa no aresto: o que este apreciou foi uma situação de identificação da arguida pela ofendida levada a cabo *na fase do inquérito* e que se traduziu em declarações prestadas por esta acerca da identidade daquela no momento em que a autoridade policial procedeu à respetiva detenção.

Por seu lado, o AcTC 425/2005 decidiu “*não julgar inconstitucional o 147.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal, na interpretação segundo a qual quando, em audiência de julgamento, a testemunha, na prestação do seu depoimento, imputa os factos que relata ao arguido, a identificação do arguido efetuada nesse depoimento não está sujeita às formalidades estabelecidas em tal preceito*”. Desta vez, sim, estava em apreciação um caso de reconhecimento/identificação feito por uma testemunha durante o depoimento que prestou *em audiência de julgamento* – ou seja, precisamente a hipótese sobre a qual vimos refletindo. Trata-se de um acórdão com uma sólida fundamentação teórica e cuja linha argumentativa se baseia, no fundo, na *diferenciação* que há pouco traçámos entre as duas realidades descritas em a) e b)⁶⁰. Para o Tribunal Constitucional, as cautelas que presidem ao ato de reconhecimento

⁵⁹ Vd., p. ex., P. ALBUQUERQUE, *Comentário... cit.*, p.413, e S. CABRAL, *Anotação ao art. 147.º... cit.*, p.614.

⁶⁰ A leitura e análise dessa fundamentação é crucial porquanto a parte decisória do aresto, só por si, presta-se facilmente a interpretações demasiado amplas – e assim vem, de facto, sucedendo nalgumas decisões que o citam – e que não espelham com total exatidão o entendimento subjacente ao acórdão.

“apenas se compreendem num ambiente de dúvida e de incerteza quanto à imputação subjetiva” e, por consequência, “este meio de prova não pode confundir-se, na sua essência, com a prova testemunhal e com o juízo de imputação subjetiva que neste domínio seja efetuado”, acentuando-se então que a valoração da prova testemunhal se deve conter na esfera dos “«reconhecimentos testemunhais», onde não se autonomize e onde não releve a necessidade de esclarecimento de uma qualquer situação de incerteza quanto à autoria dos factos e à identificação do agente. (...) Assim sendo, nada impede o Tribunal de «confrontar» uma testemunha com um determinado sujeito para aferir da consistência do juízo de imputação de factos quando não seja necessário proceder ao reconhecimento da pessoa, circunstância em que não haverá um autêntico reconhecimento, dissociado do relato da testemunha, e em que a individualização efetuada não tem o valor de algo que não é: o de um reconhecimento da pessoa do arguido como correspondendo ao retrato mnemónico gravado na memória da testemunha e de cuja equivalência o tribunal, dentro do processo de apreciação crítica das provas, saia convencido”.

Distinto das duas situações *supra* expostas em a) e b) é o procedimento previsto no art. 348.º-7 do CPP, que consiste em mostrar à testemunha, no decurso da audiência, “*quaisquer pessoas, documentos ou objetos relacionados com o tema da prova*” (art. 345.º-3 do CPP). Esta possibilidade serve, p. ex., aqueles casos em que é perguntado a quem depõe se conhece determinado indivíduo e, uma vez que o depoente não associa a ninguém o nome que lhe é indicado, chama-se então à sala de audiências a pessoa visada. Uma tal admissibilidade legal não deve, contudo, em circunstância alguma, constituir um modo de contornar as exigências formais típicas do meio de prova do reconhecimento⁶¹.

Há ainda uma outra situação muito comum na prática judiciária e que tem lugar quando, também em audiência, na altura do interrogatório “preliminar” relativo à identificação da testemunha (arts. 348.º-1 e 3 e 138.º-3 do CPP), esta é *questionada sobre se conhece o arguido* (aquelas normas prescrevem que a testemunha é inquirida, além do mais, acerca das suas “*relações de parentesco e de interesse*” com este) e nesse momento, antes de responder, a testemunha, num gesto espontâneo, confere visualmente a pessoa que está a ser julgada. À partida, esta prática é passível de cobrir qualquer das duas situações *supra* elencadas em a) e b), de tal forma que, se tiver lugar

⁶¹ Salientando este aspeto, cf. P. ALBUQUERQUE, *Comentário... cit.*, pp.869-870, e SANDRA O. SILVA, *Legalidade da prova... cit.*, p.566.

no contexto da que foi descrita em *b*), padecerá do vício aí apontado. Por essa razão, é de toda a conveniência que, quando estiver perante uma hipótese desse tipo, o Tribunal esteja especialmente atento e seja muito cauteloso no modo como procede àquele interrogatório “preliminar”.

3.2. Inobservância do regime fixado no art. 147.º do CPP

Qual a *consequência processual* da inobservância do regime fixado no art. 147.º do CPP?

O n.º 7 do preceito alude expressamente à “*falta de valor*” do reconhecimento, como vimos, e, por conseguinte, estamos perante um *meio de prova (típico) proibido*, sendo a prova assim obtida “*nula*” por intromissão ilegal no direito à privacidade (art. 32.º-8/2.ª parte da CRP e art. 126.º-3 do CPP) e que, por isso, *não pode ser utilizada (valorada)*⁶².

Será que, apesar da cominação legal aparentemente indiscriminada, *todas* as prescrições definidas como condição de admissibilidade da prova por reconhecimento são merecedoras daquela mesma radical sanção? Não podemos avançar aqui uma resposta definitiva e acabada mas tudo indica que sim, seja porque, em termos formais-positivos, a lei o impõe sem nenhuma restrição, seja porque, do ponto de vista material-substantivo, todas aquelas prescrições intentam a garantia e tutela do direito à privacidade do visado, pelo que o seu incumprimento redundará invariavelmente numa compressão, maior ou menor, desse direito.

Coisa diferente é saber se uma dada indicação legal corporiza uma *verdadeira prescrição de condição de admissibilidade* do reconhecimento. No AcRP 13mar2013, proc.1886/11.9JAPRT.P1, em www.dgsi.pt, ponderou-se que “*Trata-se [o reconhecimento de pessoas] de um meio de prova formalmente vinculado, havendo que distinguir as formalidades essenciais ou primárias, cuja preterição leva à inutilização*

⁶² Assim, P. ALBUQUERQUE, *Comentário... cit.*, p.413 – que, contudo, admite a utilização da prova se houver consentimento da pessoa submetida ao reconhecimento (art. 126.º-3/parte final do CPP), o que significa que esse consentimento pode ser prestado *depois* do ato de reconhecimento (esta doutrina reflete a conceção do Autor sobre a sanabilidade de algumas proibições de prova: cf. *supra* nt.40) –, e SANDRA O. SILVA, *Legalidade da prova... cit.*, pp.581 e 589; segundo o AcRC 5maiz2010, proc.486/07.2GAMLD.C1, em www.dgsi.pt, “*A ineficácia da prova contida no n.º 7 do artigo 147.º do Código de Processo Penal não é uma nulidade processual em sentido restrito nem uma «inexistência», mas sim uma proibição de valoração da prova*”. Diversamente, há quem considere tratar-se de um “*caso pontual de vício de inexistência*” (M. GONÇALVES, *Código de Processo Penal... cit.*, p.372) ou ainda de uma *nulidade sanável* ou de uma *mera irregularidade* (cf. AcsSTJ 14abr94, proc.046223, e STJ 20out96, proc.96P728, ambos em www.dgsi.pt; para mais referências, vd. M. SEIÇA, *Legalidade da prova... cit.*, p.1392, nt.15).

desse meio de prova (147.º, n.º 7, do CPP), daquelas outras que são não essenciais ou secundárias e que, por isso, se reconduzem a meras irregularidades (123.º, n.º 3, do CPP)”. Concretizando este entendimento, decidiu-se no AcRE 29mar2016, CJ 2016 Tomo II p.323, que “O reconhecimento constitui um ato processual ao qual são aplicáveis as normas da invalidade dos atos processuais em tudo o que não respeite à sua «substância», isto é, à sua intrínseca força probatória. Num reconhecimento não se pode exigir a absoluta semelhança documentada nem a formalização de itens de identificação humana a constar do auto de reconhecimento. As dissemelhanças físicas na linha de identificação que não sejam graves não afetam a validade do ato nem a sua capacidade probatória. Apenas se pode exigir a inexistência de dissemelhança grave, manifesta, entre o arguido e os demais integrantes da linha de identificação que, essa sim, se demonstrada, constitui um caso de patente proibição de prova, equivalente aos casos de «reconhecimentos» físicos realizados sem o número mínimo de integrantes da «linha de identificação» previsto no art. 147.º-2 e na medida em que diminua ou exclua as hipóteses de diferenciação no ato de reconhecimento”. E no AcRC 17mai2017, CJ 2017 Tomo III p.42, exarou-se que “A semelhança entre as pessoas dispostas no acto de identificação deve ser a maior possível, sendo a eventual desconformidade apreciada pelo tribunal da condenação em sede de valoração da prova e não como condição de validade”⁶³.

3.3. Referências finais

Duas referências finais muito sucintas sobre a disciplina da prova por reconhecimento e seus (possíveis) vícios.

A primeira é que o arguido tem o dever de *submeter-se* ao ato de reconhecimento [arts.61.º-3/d) (“*Sujeitar-se a diligências de prova... especificadas na lei*”) e 272.º-2 (“*reconhecimento em que... deva participar*”) do CPP] mas não é obrigado a *proceder* a reconhecimentos⁶⁴ [art.61.º-1/d) do CPP⁶⁵], pelo que a sua intervenção no

⁶³ Para outros exemplos jurisprudenciais onde foi apreciada a relevância das *características individuais* das pessoas que, juntamente com o arguido, integraram a “linha de identificação”, cf. AcsRE 11out2011, proc.849/09.7TBFAR.E1, e RE 16out2012, proc.1987/10.0PBSTB.E1, ambos em www.dgsi.pt.

⁶⁴ No sentido da dupla afirmação contida no texto – de que o arguido está obrigado a *submeter-se* ao reconhecimento mas não tem o dever de a ele *proceder* –, vd. P. ALBUQUERQUE, *Comentário... cit.*, p.412, e SANDRA O. SILVA, *O Arguido como Meio de Prova... cit.*, p.754, incluindo nt.1715. O dever de o arguido se sujeitar ao reconhecimento é também acolhido por A. GAMA, *Reforma... cit.*, p.416.

⁶⁵ O preceito estabelece o direito do arguido a não responder a perguntas feitas “*sobre os factos que lhe forem imputados*”, locução que traduz, na plenitude, o seu direito ao silêncio e à não autoincriminação (cf. *infra* nt.78/2.ª parte) e que, enquanto tal, inclui, sem margem para dúvidas – que porventura podem assomar noutros domínios (cf. *infra* nt.90/parte final) –, o direito do arguido a *não reconhecer* (positiva ou negativamente).

reconhecimento na qualidade de “identificador” – hipótese pouco comum mas possível – contravontade constitui um *meio de prova (típico) proibido*, sendo a prova assim obtida “nula” por intromissão ilegal no direito à privacidade (art. 32.º-8/2.ª parte da CRP e art. 126.º-3 do CPP) e que, por isso, *não pode ser utilizada (valorada)*.

A segunda é que não é obrigatória a *presença de defensor do arguido* no ato de reconhecimento^{66 67}, mas este tem de ser *informado* do seu direito a ser assistido por defensor [art.61.º-1/f) e h) do CPP]. Claro que se o reconhecimento tiver lugar em *audiência de julgamento* o arguido estará obrigatoriamente assistido [art.64.º-1/c) do CPP], sob pena de nulidade insanável [art. 119.º/c) do CPP]. No caso de reconhecimento de *arguido detido ou preso* há quem defenda a obrigatoriedade da assistência, por interpretação extensiva das disposições que impõem essa assistência nos interrogatórios de arguidos que se encontram nessa condição [arts.64.º-1/a) e 144.º-3 do CPP]⁶⁸.

4. Reconstituição do facto

O art. 150.º-1 do CPP dispõe que “*Quando houver necessidade de determinar se um facto poderia ter ocorrido de certa forma, é admissível a sua reconstituição. Esta consiste na reprodução, tão fiel quanto possível, das condições em que se afirma ou se supõe ter ocorrido o facto e na repetição do modo de realização do mesmo*”.

⁶⁶ Salvo se o arguido for “cego, surdo, mudo, analfabeto, desconhecedor da língua portuguesa, menor de 21 anos, ou se suscitar a questão da sua inimputabilidade ou da sua imputabilidade diminuída” [art.64.º-1/d) do CPP].

⁶⁷ Assim, A. GAMA, *Reforma... cit.*, p.418, bem como os AcsRL 1jun2009, proc.155/05.8JBLSB.L1, em www.pgdlisboa.pt/jurel/jur_mostra_doc.php?nid=4736&codarea=57, e RE 6dez2011, proc.9/10.6PACTX.E1, em www.dgsi.pt (o AcTC 532/2006 já julgou não inconstitucional essa não obrigatoriedade). Como nos dá conta G. SOUSA, *O reconhecimento de pessoas no projecto do Código de Processo Penal*, *Julgar*, n.º 1 (2007), pp.165-166, a consagração legal da obrigatoriedade de o arguido a reconhecer ser assistido por defensor chegou a ser ponderada nos trabalhos que precederam a Reforma do CPP de 2007, acabando, todavia, por ser abandonada; ainda assim, SANDRA O. SILVA, *O Arguido como Meio de Prova... cit.*, p.762, nt.1732, pugna, mesmo *de iure constituto*, pela obrigatoriedade dessa assistência. Sobre a presença de defensor no reconhecimento, cf., mais desenvolvidamente, D. MESQUITA, *Anotação ao art. 147.º... cit.*, pp.344 ss.

⁶⁸ Neste sentido, P. ALBUQUERQUE, *Comentário... cit.*, p.410.

Deriva, portanto, da própria lei que o meio de prova da reconstituição do facto não visa apurar como é que um facto *ocorreu* – não procura a comprovação de um dado histórico – mas sim verificar empiricamente se um facto *poderia (pode) ter ocorrido* nas condições em que se afirma ou se crê que aconteceu⁶⁹, replicando o modo de efetivação do mesmo. É este, e apenas este, o *objeto/fim* da reconstituição, sendo, pois, ilícito o aproveitamento desta para, a pretexto da sua realização, se prosseguirem outras finalidades probatórias, *maxime* aquelas para as quais a lei tipifique outros meios de prova (p. ex., as declarações do arguido reguladas nos arts. 140.º e ss. do CPP).

A reconstituição do facto efetuada de acordo com o modelo procedimental fixado no art. 150.º do CPP é valorada segundo o *princípio da livre apreciação da prova* (art. 127.º do CPP)⁷⁰.

4.1. Declarações do arguido no decurso da reconstituição

No contexto da reconstituição do facto emerge frequentemente a questão de saber *qual o valor das declarações que os intervenientes na reconstituição produzem no decurso desta*.

Trata-se, por certo, de um problema suscetível de irromper no âmbito de uma reconstituição realizada em qualquer fase do processo, por qualquer sujeito processual e seja qual for a entidade que dirige ou orienta o ato, mas, na prática judiciária, na generalidade das situações, sobrevém nas reconstituições efetuadas no *inquérito*, com a participação do *arguido* e levadas a efeito por *OPC*. O que se explicará, além do mais, pela circunstância de, não raro, o ato de reconstituição acabar, no final – umas vezes na base de uma opção intencional e preordenada de

⁶⁹ Assim, G. M. SILVA, *Curso... cit.*, p.151, bem como os AcsRC 16nov2005, proc.1793/05, e RP 9set2009, proc.230/08.7PDVNG.P1, ambos em www.dgsi.pt; com interesse, *vd.* ainda o AcSTJ 6dez2018, proc.22/98.0GBVRS.E2.S1, em www.dgsi.pt. Em sentido diferente, admitindo a reconstituição para o apuramento da existência do facto *em si mesmo*, E. DUARTE, *Making of – A reconstituição do facto no processo penal português*, in *Prova Criminal... cit.*, p.25, e T. MILHEIRO, *Anotação ao art. 150.º*, in *Comentário Judiciário... cit.*, pp.372-373.

⁷⁰ Assim, M. FERREIRA, *Meios de prova... cit.*, p.253, e T. MILHEIRO, *Anotação ao art. 150.º... cit.*, p.370, bem como, p. ex., o AcSTJ 5Jano5, proc.04P3276, em www.dgsi.pt.

quem a conduz, outras vezes por falta de zelo colocado na sua execução –, não por revelar se um facto poderia ter ocorrido de determinada forma mas por redundar, ainda que de maneira tácita, numa *confissão*⁷¹.

Neste plano avultam duas correntes.

Uma corrente defende que só os *atos materiais* praticados na reconstituição e os correspondentes resultados factuais são atendíveis para a formação da convicção do Tribunal, mas já não as declarações verbais proferidas pelo arguido durante a diligência, as quais só poderão servir para formar aquela convicção se submetidas aos requisitos impostos pelo art. 357.º do CPP⁷².

A outra corrente entende que as *declarações verbais* (que, por vezes, apelida de “afirmações” ou “informações”) do arguido que possibilitaram e contribuíram (para) a realização da reconstituição se integram e diluem nos próprios termos desta, confundindo-se nos seus resultados e no modo como o meio de prova foi processualmente adquirido (“a reconstituição do facto não é um ato mudo”⁷³), sendo, então, tais declarações prova validamente constituída – e, como tal, valorável à luz do princípio da livre apreciação da prova (art. 127.º do CPP) –, mesmo quando o arguido venha a remeter-se ao silêncio em audiência de julgamento⁷⁴. Para esta orientação, contudo, todas as declarações prestadas pelo arguido que não sejam necessárias à concretização da reconstituição devem merecer o mesmo tratamento das

⁷¹ Com efeito, a prática demonstra que, com frequência, o arguido, decidindo remeter-se ao silêncio num interrogatório feito no inquérito, escusando-se a prestar declarações sobre a factualidade que lhe é imputada, acaba, em momento posterior, ainda na mesma fase processual, ao longo de uma reconstituição, não só por tomar posição sobre a dita factualidade em relação à qual, em sede de interrogatório, nada declarou, como até por confessar a prática do crime e desvendar, reproduzindo os seus termos, como o perpetrrou.

⁷² Assim, P. ALBUQUERQUE, *Comentário... cit.*, pp.418-419 (cf. *supra* nt.30). Para este Autor, portanto, quer os atos materiais quer as declarações verbais são provas validamente *constituídas*, embora ambas tenham regimes de *valoração* distintos.

⁷³ S. CABRAL, *Anotação ao art. 150.º... cit.*, p.637.

⁷⁴ Assim, S. CABRAL, *Anotação ao art. 150.º... cit.*, pp.634-635, e T. MILHEIRO, *Anotação ao art. 150.º... cit.*, pp.374 e 381-382, bem como os AcsSTJ 5Jan05, proc.04P3276, STJ 20abr2006, proc.06P363, RP 12dez2007, proc.0714692, RE 30set2008, proc.1357/08-1, RC 1abr2009, proc.91/04.5PBCTB.C1, RC 15set2010, proc.79/07.4GCSRT.C1, RC 10jul2013, proc.39/12.3GDAND.C1, e RC 17maiz2017, proc.225/12.6 GCSCD.C1, todos em www.dgsi.pt.

denominadas “conversas informais”⁷⁵ e, à vista disso, carecer de qualquer validade processual⁷⁶.

Sobre isto cumprirá dizer o seguinte.

Se a reconstituição é um meio de prova típico, ela deve ser reservada em exclusivo para o *objeto/fim* para que foi pensada: determinar se um facto poderia ter ocorrido de certa forma. A tal se cingirá a reconstituição, que integrará tanto os *atos materiais* nela praticados (as posições, as movimentações e os gestos do arguido), como certamente também as *declarações verbais* aí proferidas, quando ambos concorrerem para o objeto/fim da diligência. Quer aqueles, quer estas, são perfeitamente lícitos e admissíveis, ficando, conforme os arts.99.º e 275.º-1 do CPP, registados em *auto* (que pode ser complementado com fotografias, dando lugar às chamadas “reconstituições ilustradas”, ou com meios audiovisuais)⁷⁷, cuja valoração

⁷⁵ Sobre estas “conversas informais”, vd. D. CUNHA, *O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento* (arts. 356.º e 357.º do CPP), RPCC, ano 7 (1997), pp.422 ss., e SANDRA O. SILVA, *Legalidade da prova...* cit., pp.567-568, e *O Arguido como Meio de Prova...* cit., pp.525-526.

⁷⁶ Vão neste exato sentido os arestos citados *supra* nt.74, alguns de forma explícita, como os AcsSTJ 20abr2006 cit. (“Convém precisar um conceito que está implícito nestes Acórdãos do STJ [que o aresto analisa e que tratam do valor da reconstituição do facto que contém declarações do arguido] e que assume particular relevo no caso dos autos. É que as contribuições verbais do arguido que se têm de considerar diluídas nos termos da reconstituição são só as que se mostrarem indispensáveis à compreensão dos atos que o arguido pretende reconstituir. Assim, tudo o mais que na altura da reconstituição o arguido tenha adiantado e que esteja para além do âmbito intrínseco da diligência, designadamente porque lhe foi perguntado, excede o âmbito probatório do meio de prova em causa e tem de merecer o mesmo tratamento das «conversas informais», que, como refere o mesmo Acórdão, «em rigor processual, não existem»”), RC 15set2010 cit. (“Entendemos é que só podem ser valoradas as declarações do arguido indispensáveis à reconstituição do facto. Quaisquer declarações do arguido que constem do auto de reconstituição ou de gravações da reconstituição que não sejam indispensáveis à reconstituição do facto merecem o tratamento das «conversas informais», isto é, são tratadas como se não existissem”), RC 10jul2013 cit. (“Assim, quaisquer declarações do arguido que constem do auto de reconstituição ou de gravações da reconstituição que não sejam indispensáveis à reconstituição do facto merecem o tratamento das «conversas informais», isto é, são tratadas como se não existissem”) e RC 17mai2017 cit. (“De todo o modo, só podem ser valoradas as declarações do arguido indispensáveis à reconstituição do facto. Quaisquer declarações do arguido que constem do auto de reconstituição ou de gravações da reconstituição que não sejam indispensáveis à reconstituição do facto merecem o tratamento das «conversas informais», isto é, são tratadas como se não existissem”), e outros de maneira implícita, como, de resto, sublinha o AcSTJ 20abr2006 cit. na passagem supratranscrita.

⁷⁷ O nome atribuído ao auto deve, por princípio, corresponder ao *conteúdo material* do que nele se exara mas nem sempre assim sucede, sendo comuns as reconstituições do facto que tomam o designativo de “Reconhecimento do local”, “Reconhecimento externo” ou “Diligência externa”. Uma tal divergência não encerra, à partida, nenhum problema: ponto é que o dito conteúdo material reflita efetivamente, apenas e só, uma reconstituição e não incorpore elementos probatórios de outra espécie

(utilização) em julgamento se rege pela disciplina processual plasmada nos arts. 355.º-2 e 356.º-1/b) do CPP: no primeiro caso (atos materiais), quando, p. ex., o arguido *se debruça* sobre uma janela situada a uma altura de 1,50 m do chão para assim se perceber se dali poderia ter efetuado disparos na direção da vítima que caminhava na via pública; no segundo caso (declarações verbais), quando, p. ex., o arguido *esclarece* que a dita janela já não tem as portadas que existiam na data indicada na acusação (o que traduz um esclarecimento “neutro” do ponto de vista da sua culpabilidade e visa tão-só concorrer para a reprodução mais fiel das condições vigentes no momento em que se afirma que o facto aconteceu).

Isto não obsta, porém, a que durante o ato de reconstituição o arguido, de livre vontade e até a sua própria solicitação – sempre depois de devida e expressamente elucidado de que não tem o dever de colaborar no esclarecimento dos factos⁷⁸ –, num exercício voluntário de autodeterminação processual, norteados pelas motivações cuja pertinência só a ele cabe aquilatar, coopere na investigação e contribua, com *atos materiais* e *declarações verbais*, para aquisições probatórias que porventura *extravasam o objeto/fim típico da reconstituição*, ou seja, que estão para além do

(ou, pelo menos, não o faça sem observar todos os mecanismos legais de defesa do arguido, como aqueles que a seguir se expõem no texto).

⁷⁸ Só desse modo ficará cumprido o *dever de informação* sobre o seu *direito ao silêncio* e à *não autoincriminação* [art.61.º-1/d) e h) do CPP], dever esse que, se for omitido, reclamará uma *proibição de valoração* da prova produzida (na conclusão, C. ANDRADE, *Sobre as Proibições...* cit., pp.88, 126 e 202-203, F. DIAS/C. ANDRADE, *Poderes de supervisão...* cit., pp.39 e 43, M. JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal...* cit., p.176, e SANDRA O. SILVA, *O Arguido como Meio de Prova...* cit., pp.364 ss.; com interesse, *vd.* ainda F. DIAS, *Direito Processual Penal...* cit., pp.446-447). Em geral sobre o direito do arguido ao silêncio e à não autoincriminação – o qual aflora como a expressão normativa mais visível do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, que a CRP não consagra *expressis verbis* mas que é consensualmente reconhecido como um princípio constitucional implícito a que corresponde um direito fundamental não escrito –, *vd.*, entre outros, C. ANDRADE, *Sobre as Proibições...* cit., pp.120 ss., VÂNIA C. RAMOS, *Corpus Juris 2000: Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*, RMP, n.º 108 (2006), pp.131 ss., e n.º 109 (2007), pp.58 ss., F. DIAS/C. ANDRADE, *Poderes de supervisão...* cit., pp.37 ss., LARA S. PINTO, *Privilegio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido*, in *Prova Criminal...* cit., pp.91 ss., SOFIA S. MENEZES, *O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito*, in *Prova Criminal...* cit., pp.117 ss., e SANDRA O. SILVA, *O Arguido como Meio de Prova...* cit., pp.342 ss. e 414 ss. (com posteriores desenvolvimentos ao longo da obra), bem como os AcsTC 695/95, 304/2004, 181/2005, 155/2007, 461/2011, 340/2013 [com anotação de C. ANDRADE, *Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional*, RLJ, ano 144 (2014-2015), pp.129 ss.] e, muito recentemente, 298/2019, e ainda o AFJ/STJ 14/2014.

necessário para verificar se o facto poderia ter ocorrido de determinada maneira e que contendem já com a explicitação do facto histórico em si mesmo. Em tais hipóteses, os contributos que o arguido presta *em paralelo* com a reconstituição, mas que caem fora do objeto/fim desta preservam a sua natureza originária de “declarações do arguido” (nestas se incluindo, no domínio de que agora curamos, também os atos materiais por si praticados) enquanto meio de prova tipificado nos arts. 140.º e ss., *maxime* no art. 144.º, do CPP⁷⁹, e não devem ser tratados, p. ex., como “conversas informais”, desprovidos de validade alguma, tanto mais que esses contributos ficam até – têm de ficar! – formalmente inscritos em *auto* (arts. 99.º e 275.º-1 do CPP)⁸⁰.

Por conseguinte, esses contributos/“declarações do arguido” mantêm a sua *autonomia processual* em relação à reconstituição (e aos atos materiais e declarações verbais que tipicamente a compõem e integram) e são, portanto, prova validamente *produzida* (recolhida/obtida), embora a sua *valoração* (utilização) em julgamento fique sujeita às especificações dos arts. 355.º-2 e 357.º do CPP⁸¹. Deste modo se respeita por inteiro a decisão de vontade do arguido e, em simultâneo, se evita, por um lado, que tais contributos – repete-se: que o próprio arguido informado quer fornecer – sejam desaproveitados do acervo probatório cognoscível pelo Tribunal e, por outro lado e em contraponto, que o ato de reconstituição assuma o cariz de veículo transformador da natureza das declarações proferidas pelo arguido quando estas transcendem o círculo típico da reconstituição.

⁷⁹ Note-se que este entendimento das coisas não contraria em nada – pelo contrário, está em plena sintonia (com) – o que se deixou escrito a respeito do *princípio da legalidade da prova*, mormente a afirmação de que as provas típicas têm associadas um concreto (típico) regime legal e que este tem sempre de ser observado: isto porque aqueles contributos prestados pelo arguido, de forma livre e informada, que extravasam o objeto/fim da reconstituição obedecem na íntegra ao formalismo processual previsto na lei para as típicas “declarações do arguido”, em particular no art. 144.º do CPP (o modelo procedimental dos arts. 141.º e 143.º do CPP não tem aqui aplicação porquanto não se trata nesta sede do primeiro interrogatório judicial ou não judicial de arguido detido).

⁸⁰ Esse registo em *auto* é, obviamente, uma *condição primordial de validade* desses contributos e do seu tratamento como típicas “declarações do arguido”.

⁸¹ Também no sentido do aproveitamento probatório em audiência de julgamento de declarações do arguido prestadas aquando do ato de reconstituição e que extrapolam esta diligência de prova, submetendo tais declarações aos limites traçados nos “*artigos 356.º e 357.º*” (*sic*), se pronuncia SANDRA O. SILVA, *O Arguido como Meio de Prova... cit.*, pp.526-527, ainda que em termos não totalmente coincidentes com os expostos no texto.

Em suma, diremos que o aspeto fundamental por que deve demarcar-se aquilo que pode e aquilo que não pode compor e integrar a reconstituição com a participação do arguido não reside no *tipo* de desempenho (*performance*) assumido por este – atos materiais vs. declarações verbais –, nem tão-pouco no *propósito* com que procede quem dirige ou orienta a diligência – sem intenção preordenada de a direccionar para a obtenção de uma confissão⁸² –, mas no *objeto/fim* desse desempenho.

Questão de grande pertinência prático-jurídica (e também dogmática) consiste no tratamento a dar à “reconstituição do facto” operada no inquérito em cujo decurso o *arguido faz a indicação, registada em auto, do local onde consumou o facto criminoso* (p. ex., lugar onde ateou o incêndio), indicação essa *a partir da qual* foi possível apreender objetos pessoais que lhe pertencem e que, objetivamente, corroboram a sua presença no dito local no dia e hora do evento criminoso. Vindo depois o arguido a exercer o direito ao silêncio em audiência de julgamento, a não valoração dessa informação (arts. 355.º-1 e 2/a *contrario* e 357.º/a *contrario* do CPP) – na medida em que extravasa claramente o objeto/fim da reconstituição – afetará os atos posteriores (apreensões) que dependam da indicação antes obtida, implicando igualmente a sua não valoração? O problema reconduz-se, claro está, ao *efeito-à-distância* das proibições de prova (assim como à extensão que lhe deva ser conferida no quadro da *ponderação das valorações conflitantes*)⁸³ e é, pois, nessa esfera que deve ser solucionado.

4.2. Testemunhos de OPC

Relacionado com a problemática acabada de versar, e, tal como esta, com importante e reiterado relevo prático, é o problema de saber se e em que medida é *lícito aos OPC depor em audiência de julgamento acerca do que ocorreu na reconstituição do facto realizada no inquérito pelos mesmos OPC e na qual participou o arguido*.

A matéria contende com o preceituado nos arts. 356.º-7 e 357.º-3 do CPP, que impede a inquirição dos OPC como testemunhas sobre o conteúdo das declarações

⁸² Quer dizer, não é pelo facto de quem dirige ou orienta a reconstituição a não conduzir deliberadamente com o intuito de lograr uma confissão do arguido que tudo o que nela se passa compõe e integra, só por isso, esse meio de prova.

⁸³ Cf. *supra* ponto 2.5.

do arguido cuja leitura em audiência não seja permitida, procurando-se, deste modo, obstar a que o Tribunal deixe “entrar pela janela” (através do depoimento testemunhal dos OPC) material probatório que não pode deixar “entrar pela porta” (o acesso direto às declarações do arguido). E também aqui se perfilam duas orientações que, no fundo, derivam das correntes *supra* indicadas acerca daquilo que, neste âmbito, se deve entender por “declarações do arguido”.

Uma orientação assume que os OPC só podem depor acerca dos *factos que diretamente observaram durante a reconstituição*, mas não sobre as declarações proferidas pelo arguido durante a diligência⁸⁴.

A outra orientação sustenta que os OPC podem depor acerca de *tudo o que se passou na reconstituição, incluindo as declarações/afirmações/informações do arguido, e que sirva os efeitos desse meio de prova*, por essa prestação cair fora da alçada da previsão dos arts. 356.º-7 e 357.º-3 do CPP⁸⁵.

Julgamos dever seguir-se aqui uma linha de compreensão análoga à que expusemos a respeito dos parâmetros que regem a participação do arguido na reconstituição. Os OPC podem depor acerca do que diretamente percecionaram no decorrer da reconstituição e que tipicamente *se contenha no objeto/fim da diligência* – determinar se um facto poderia ter ocorrido de certa forma –, incluindo, portanto, os *atos materiais* nela praticados pelo arguido e as *declarações verbais* por ele proferidas, desde que aqueles e estas se integrem naquele objeto/fim [arts. 355.º-2 e 356.º-1/b) e 7/a contrario e 357.º-3 do CPP]⁸⁶. Tudo o mais que exorbite desse objeto/fim, conformando embora também, como atrás notámos, prova validamente

⁸⁴ Assim, P. ALBUQUERQUE, *Comentário... cit.*, pp.900-901, e E. DUARTE, *Making of... cit.*, p.59, incluindo nt.212 (o qual, contudo, admite o depoimento dos OPC acerca do que o arguido verbalizou na reconstituição se for cumprido o formalismo ditado pelo art. 357.º do CPP, conjugado com o art. 356.º-7), bem como o AcSTJ 14jun2006, proc.06P1574, em www.dgsi.pt.

⁸⁵ Assim, S. CABRAL, *Anotação ao art. 150.º... cit.*, pp.636-637, e T. MILHEIRO, *Anotação ao art. 150.º... cit.*, pp.382-383, bem como, p. ex., os AcsSTJ 11dez96, BMJ 462 p.299 (habitualmente citado neste contexto), RC 1abr2009, proc.91/04.5PBCTB.C1, e RC 17mai2017, proc.225/12.6 GCSCD.C1, os últimos em www.dgsi.pt.

⁸⁶ Isto sem prejuízo de, por via de regra, o depoimento dos OPC ser dispensável uma vez que todos os termos da diligência ficaram obrigatoriamente registados em auto (que pode até ter sido enriquecido com fotografias ou com meios audiovisuais, como atrás assinalámos no texto).

produzida (recolhida/obtida) – contanto que exprima uma vontade livre e informada do arguido nos termos acima delineados – sob a forma de “declarações do arguido” tipificadas nos arts. 140.º e ss., *maxime* no art. 144.º, do CPP, só é *valorável* (utilizável) em julgamento através do depoimento dos OPC desde que obedeça à disciplina traçada nos arts. 355.º-2, 356.º-7/a *contrario* e 357.º do CPP.

4.3. Inobservância do regime fixado no art. 150.º do CPP

Qual a *consequência processual* da inobservância do regime fixado no art. 150.º do CPP?

O art. 150.º do CPP – ao contrário do que sucede com o art. 147.º do CPP para o reconhecimento, como vimos – não contém nenhuma cominação expressa correspondente à infração do seu regime, pelo que deverá lançar-se mão do *critério geral* distintivo entre proibições de prova e nulidades processuais já exposto⁸⁷. Para o efeito, haverá que precisar a *natureza* da prescrição desrespeitada.

Se essa prescrição está diretamente ligada à *salvaguarda dos direitos fundamentais* – como, p. ex., quando o arguido foi obrigado a participar na reconstituição –, estaremos perante um *meio de prova (típico) proibido*, sendo a prova assim obtida “*nula*” por intromissão ilegal no direito à privacidade (art. 32.º-8/2.ª parte da CRP e art. 126.º-3 do CPP) e que, por isso, *não pode ser utilizada (valorada)*⁸⁸.

Se essa prescrição intenta somente obrigar ao *cumprimento de um determinado caminho ou respeito de certas cautelas* na obtenção da prova – como, p. ex., quando a reconstituição foi realizada sem precedência de despacho ordenativo, ao contrário do previsto no art. 150.º-2 do CPP –, sobrevirá uma *irregularidade* (art. 118.º-2 do CPP) sujeita ao regime do art. 123.º do CPP⁸⁹.

⁸⁷ Cf. *supra* ponto 2.2.

⁸⁸ Neste sentido, P. ALBUQUERQUE, *Comentário... cit.*, pp.419-420 – que, porém, admite a utilização da prova se houver consentimento do visado (art. 126.º-3/parte final do CPP), o que traduz a aceitação de que esse consentimento pode ser prestado *depois* do ato de reconstituição (esta solução provém do entendimento do Autor acerca da sanabilidade de algumas proibições de prova: cf. *supra* nt.40) –, sem distinguir a natureza da prescrição desrespeitada.

⁸⁹ Assim, E. DUARTE, *Making of... cit.*, p.36, bem como o AcRP 12dez2007, proc.0714692, em www.dgsi.pt. T. MILHEIRO, *Anotação ao art. 150.º... cit.*, p.375, fala a este respeito em “*dever de proferir despacho*” (ainda que, segundo nos parece, só nalgumas situações), sem, todavia, apontar a cominação

4.4. Referências finais

À semelhança do que fizemos quando tratámos da prova por reconhecimento, seguem-se duas referências finais sumárias acerca da disciplina da reconstituição do facto e seus (possíveis) vícios.

A primeira é que o arguido não é obrigado a *participar* no ato de reconstituição [arts.61.º-1/d)ºº e 61.º-3/d) (“*Sujeitar-se a diligências de prova... especificadas na lei*”) a *contrario* do CPP], pelo que a sua intervenção na diligência contravontade constitui um *meio de prova (típico) proibido*, sendo a prova assim obtida “*nula*” por intromissão ilegal no direito à privacidade (art. 32.º-8/2.ª parte da CRP e art. 126.º-3 do CPP) e que, por isso, *não pode ser utilizada (valorada)*⁹¹. Há, porém, quem divida os planos da “participação ativa” (que implicará um comprometimento/empenho na reconstituição) e da “participação passiva” (que traduzirá uma mera tolerância, através da presença física no cenário da reconstituição) e proclame que a participação contravontade será proibida naquele plano mas não neste⁹² – solução que, contudo,

para a respetiva omissão. Em sentido diferente, os AcsRL 8Fevo7, proc.849/2007-9, e RG 28jan2019, proc.1111/17.9JABRG-A.G1, ambos em www.dgsi.pt, decidiram que da falta de despacho não advém sanção processual alguma, o que exprime o juízo de que o dito despacho conforma, portanto, uma simples *regra processual probatória* (regra de produção de prova) (cf. *supra* nt.13).

ºº A convocação, no espaço da reconstituição, deste art.61.º-1/d) do CPP, no qual se contém, como sabemos, a cláusula geral que positiva o direito ao silêncio e à não autoincriminação do arguido (cf. *supra* nt.78/2.ª parte) – sem que para a reconstituição se preveja qualquer desvio, ao contrário do que sucede, p. ex., com o reconhecimento a que o arguido tem de submeter-se, como vimos (cf. *supra* ponto 3.3.) –, está em linha com a ideia de que o âmbito da tutela desse direito se não confina à exteriorização das típicas “declarações do arguido” (embora aceitemos que aí se situa o seu núcleo essencial) mas abrange também outras formas de produção de prova, *ao menos aquelas que estão coenvolvidas no meio de prova da reconstituição do facto*. A questão prende-se, num plano mais vasto, com o *âmbito/extensão* do direito ao silêncio e à não autoincriminação: por outras palavras, saber se, em que termos e com que limites um tal direito veda a obtenção, à custa do arguido (= contra a sua decisão de vontade livre e informada), de materiais probatórios distintos das suas declarações (sobre o problema, que, evidentemente, ultrapassa os propósitos do presente artigo, cf. VÂNIA C. RAMOS, *Corpus Juris... cit.*, n.º 108, pp.132-133, e n.º 109, pp.87-96, F. DIAS/C. ANDRADE, *Poderes de supervisão... cit.*, pp.44 ss., C. PINTO, *Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processos de contraordenação*, in *Supervisão... cit.*, pp.95 ss., LARA S. PINTO, *Privilegio... cit.*, pp.108-110, SOFIA S. MENEZES, *O direito ao silêncio... cit.*, pp.133-135, e SANDRA O. SILVA, *O Arguido como Meio de Prova... cit.*, pp.30, 42-43, 641 ss. e 687 ss.).

⁹¹ Assim, P. ALBUQUERQUE, *Comentário... cit.*, pp.417 e 419-420.

⁹² Assim, E. DUARTE, *Making of... cit.*, pp.45-46, e S. CABRAL, *Anotação ao art. 150.º... cit.*, p.633. Na mesma linha, T. MILHEIRO, *Anotação ao art. 150.º... cit.*, pp.377-378, para quem, apesar de tudo, “*Não é a imposição de um comportamento ativo ao arguido que define os contornos da (in)admissibilidade de sujeição à diligência de prova. O que se veda é a sujeição a diligências de prova que implicam comportamentos do arguido «susceptíveis de levar à autoincriminação»*” (p.378). No AcRC 17nov2010,

se nos afigura muito problemática, desde logo pelas dificuldades da sua aplicação prática relacionadas com a destrição entre o que sejam a “participação ativa” e a “participação passiva”⁹³.

A segunda é que não é obrigatória a *presença de defensor do arguido* no ato de reconstituição⁹⁴, mas este tem de ser *informado* do seu direito à assistência por defensor [art.61.º-1/f) e h) do CPP]. É óbvio que se a reconstituição for realizada durante a *audiência de julgamento* o arguido estará obrigatoriamente assistido [art.64.º-1/c) do CPP], sob pena de nulidade insanável [art. 119.º/c) do CPP]. Na reconstituição com a participação de *arguido detido ou preso*, tal como vimos suceder quanto à prova por reconhecimento, há quem defenda a obrigatoriedade da assistência, por interpretação extensiva das disposições que impõem essa assistência nos interrogatórios de arguidos que se encontram nessa condição [arts.64.º-1/a) e 144.º-3 do CPP]⁹⁵.

proc.250/09.4]ALRA.C1, em www.dgsi.pt, decidiu-se que “Na medida em que supõe uma participação activa do arguido na reconstrução do ilícito, passa ser um facere que pode contrariar o privilégio contra a autoincriminação, sendo certo que o mesmo se encontra na sua inteira disponibilidade”.

⁹³ Como se sabe, a dicotomia “participação ativa”/“participação passiva” é paralela à estabelecida pela doutrina tradicional alemã entre “colaboração ativa” e “colaboração passiva”, a qual vem sendo alvo de críticas pelas limitações de que padece no plano teórico e pela insegurança que gera no plano prático [sobre isto, C. ANDRADE, *Sobre as Proibições...* cit., pp.127 ss., e *Nemo tenetur...* cit., pp.143-144, incluindo nt.26, LARA S. PINTO, *Privilégio contra a auto-incriminação...* cit., pp.97 ss., R. BRAVO, *Direito ao silêncio corporal: significado crítico de uma metáfora em processo penal*, RMP, n.º 155 (2018), pp.62 ss., e SANDRA O. SILVA, *O Arguido como Meio de Prova...* cit., pp.643 ss.; com interesse, vd. ainda K.-H. GÖSSEL, *As proibições de prova...* cit., p.423].

⁹⁴ Salvo se o arguido for “cego, surdo, mudo, analfabeto, desconhecedor da língua portuguesa, menor de 21 anos, ou se suscitar a questão da sua inimputabilidade ou da sua imputabilidade diminuída” [art.64.º-1/d) do CPP]. Segundo T. MILHEIRO, *Anotação ao art. 150.º...* cit., pp.379-380, o direito comunitário, em princípio, impõe sempre a presença de defensor no ato de reconstituição quando o arguido nele participa.

⁹⁵ Neste sentido, P. ALBUQUERQUE, *Comentário...* cit., p.417, e E. DUARTE, *Making of...* cit., p.47.