

# O controlo pelo juiz de instrução das invalidades e proibições de prova durante a fase de inquérito

---

Jorge de Figueiredo Dias\*

Nuno Brandão\*\*

## I. O problema

A fase de inquérito e a repartição de funções entre Ministério Público e juiz de instrução que nela deve ter lugar constituem, há décadas, temas centrais das reflexões dogmáticas do Prof. Doutor Germano Marques da Silva. Pareceu-nos, por isso, que na homenagem que aqui lhe é rendida e à qual tão gostosamente nos juntamos, lhe poderíamos prestar justo tributo trazendo a debate um problema que se inscreve nesta matéria que lhe é tão cara: o da *competência do juiz de instrução* para, durante a fase de inquérito, apreciar e decidir questões, suscitadas por sujeitos ou participantes processuais, relativas a atos do Ministério Público ou de órgãos de polícia criminal feridos de *invalidade* ou violadores de *proibições de prova*.

O problema tem encontrado na *doutrina* distintas linhas de resposta, ora no sentido de que só o juiz de instrução teria competência para se pronunciar sobre tais questões<sup>1</sup>, ora no sentido inverso, de que seria o Ministério Público a dispor – senão exclusivamente, pelo menos primariamente – de competência para o efeito<sup>2</sup>. Na *jurisprudência*, por seu turno, tem prevalecido uma posição de princípio, assumida de forma expressa ou implícita, a favor do reconhecimento da legitimidade do juiz de instrução para intervir nesta

---

\* Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

\*\* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

<sup>1</sup> Germano Marques da SILVA (1990), pp. 475 e ss., e João Conde CORREIA (1999), pp. 189 e s., nota 439.

<sup>2</sup> Paulo Pinto de ALBUQUERQUE (2011), Art 53.º, nm. 2 (u.), Art. 118.º, nm. 5, e Art. 277.º, nm. 14. Também nesta direção, mas afastando ou não tomando em consideração os atos que infringem proibições de prova, respetivamente, José Souto de MOURA (1992), pp. 119 e ss., e Paulo Dá MESQUITA (2003), pp. 95 e s., nota 141.

sede, em especial quando estejam em causa atos que contendam com direitos fundamentais<sup>3</sup>.

Em direção divergente desta corrente jurisprudencial maioritária, emergiu nos últimos anos um *novo posicionamento jurisprudencial*, com expressão sobretudo na Relação de Lisboa, de crescente restrição dos poderes de intervenção do juiz de instrução, que vai ao encontro do pensamento doutrinal de que é «ao Ministério Público [que] compete declarar a inexistência, a nulidade, a irregularidade e a proibição de prova no inquérito, ressalvada a competência própria do juiz de instrução»<sup>4</sup>.

De acordo com esta visão jurisprudencial restritiva dos poderes jurisdicionais do juiz de instrução durante o inquérito, aquele só poderá intervir nos casos *expressa e taxativamente* tipificados nos artigos 268.º e 269.º do CPP<sup>5</sup>. Todos os atos que extravasem esse catálogo ficarão à margem da sua intervenção quer quanto à competência para a sua realização ou autorização quer quanto à competência para um seu escrutínio *a posteriori*, incluindo a destruição dos efeitos de atos processualmente inválidos e a declaração da proibição de utilização ou valoração de provas proibidas.

Nesta perspetiva, na pendência do inquérito, fora dos atos do catálogo constante dos artigos 268.º e 269.º do CPP só o Ministério Público terá, assim, legitimidade para retirar efeitos a atos inválidos e para declarar a inutilizabilidade de provas proibidas. No caso de reação contra esses atos ou provas que não colha a concordância do Ministério Público, o controlo judicial

---

<sup>3</sup> *Vd.*, por muitos outros, os seguintes acórdãos: do TRP de 13.09.2006 (Proc. n.º 0641683, *in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)); do TRL de 24.09.2015 (Proc. n.º 208/13.9TELSB-B.L1-9, *in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)); do TRL de 07.12.2016 (Proc. n.º 333/14.9TELSB-3, *in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)); do TRC 10.09.2018 (Proc. 1640/06.0TAAVR-C.C1, *in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>4</sup> Paulo Pinto de ALBUQUERQUE (2011), Art 53.º, nm. 2 (u.), acrescentando, em conformidade, que «o juiz de instrução não pode declarar durante o inquérito a invalidade de atos processuais presididos pelo MP ou de atos processuais presididos pelo órgão de polícia criminal, por delegação do MP» (*idem*, Art. 118.º, n.º 5). Por conseguinte, «do despacho do Ministério Público que decide durante o inquérito se ato processual é ou não inexistente, nulo ou irregular ou uma prova é ou não é proibida não cabe reclamação para o juiz, nem recurso para o tribunal superior, mas reclamação para o superior hierárquico do magistrado do MP» (*idem*, Art. 118.º, n.º 6).

<sup>5</sup> Acórdãos do TRL de 24.05.2011 (Proc. 1566/08.2TACSC.L1-5, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), de 06.06.2017 (Proc. n.º 208/13.9TELSB.G.L1-5, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), de 08.05.2018 (Proc. n.º 184/12.5TELSB-C.L1) e de 15.05.2018 (Proc. n.º 184/12.5TELSB-D.L1).

sempre poderá ser exercido aquando de fases processuais posteriores de natureza judicial, isto é, nas fases da instrução ou do julgamento<sup>6</sup>.

Em abono desta tese, invoca-se o princípio da autonomia do Ministério Público (art. 219.º, n.º 2, da CRP)<sup>7</sup> e outros princípios estruturais do processo penal, designadamente, o «princípio acusatório do processo penal e da titularidade do M.P. da função do exercício da acção penal, consagrados nos arts. 32.º, n.º 5 (primeira parte), e 219.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa»<sup>8</sup>. Pois, afirma-se, «cabendo a direcção do inquérito ao M.P., a intervenção do juiz de instrução, em fase de inquérito, só pode ter lugar nos casos excepcionais expressamente previstos na lei e que se prendam com a defesa dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos»<sup>9</sup>.

É este pensamento doutrinal e agora também jurisprudencial que nos propomos aqui apreciar criticamente. Adiantando desde já o sentido essencial da nossa ideia sobre o problema, cremos ser esta posição fruto de uma visão redutora do papel processual do juiz de instrução na fase de inquérito que dá sinais de uma compreensão equivocada da divisão de funções entre magistraturas postulada pelos princípios da estrutura acusatória e da autonomia do Ministério Público, que não pode ser acompanhada.

## II. O princípio da reserva de juiz e a categoria de atos da competência do juiz de instrução

1. É um dado adquirido, constitucionalmente fundado nos princípios da reserva de juiz (artigos 32.º, n.º 4, e 202.º da CRP), da estrutura acusatória do processo (art. 32.º, n.º 5, da CRP) e da tutela jurisdicional efetiva (art. 20.º, n.ºs 1 e 5, da CRP), que o inquérito deve contar com a intervenção do juiz de instrução relativamente a atos que se prendam diretamente com direitos fundamentais. Exigência que foi legalmente instituída como uma das travessuras da arquitetura do processo penal português, na linha do que foi preconizado pelo primeiro subscritor deste estudo<sup>10</sup> e, desde a primeira hora, também pelo Tribunal Constitucional<sup>11</sup>. Na lógica do sistema, inscrevem-se na

<sup>6</sup> Acórdão do TRL de 24.05.2011 (*supra*, nota 5).

<sup>7</sup> Acórdão do TRL de 21.02.2017 (Proc. 2/15.2IFLSB-D.L1-5, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>8</sup> Acórdãos do TRL de 06.06.2017 e de 15.05.2018 (*supra*, nota 5).

<sup>9</sup> Acórdão do TRL de 06.06.2017 (*supra*, nota 5). Nesta conclusão, também o Acórdão do TRL de 15.05.2018 (*supra*, nota 5).

<sup>10</sup> Jorge de Figueiredo DIAS (1983), pp. 189 e ss.

<sup>11</sup> Acórdão n.º 7/87 (2.3).

competência do juiz, durante o inquérito, os «atos processuais singulares que, na sua pura objetividade externa, se traduzem em ataques a direitos, liberdades e garantias das pessoas constitucionalmente protegidos»<sup>12</sup>.

A intervenção do juiz de instrução deve ser conciliada com a atribuição ao Ministério Público – também ela, a nosso ver, constitucionalmente imposta (artigos 32.º, n.º 5, e 219.º, n.º 1, da CRP) – da direção da investigação criminal. Como é próprio de uma estrutura acusatória, a atuação do juiz de instrução ocorrerá sempre sob impulso de outros sujeitos ou participantes processuais. Tratando-se de atos processuais inseridos na investigação, terá lugar, em regra, a pedido do Ministério Público, o *dominus* do inquérito.

2. A tese de que, na fase de inquérito, ao juiz de instrução estará, em regra, vedada a possibilidade de controlar violações de proibições de prova e invalidades de atos processuais da autoria do Ministério Público ou dos órgãos de polícia assenta em boa medida na ideia de que o regime estatuído pelos artigos 268.º e 269.º do CPP concretiza, de forma exaustiva e esgotante, o princípio da reserva de juiz na fase de inquérito.

Creemos que esta premissa fundamental da posição a que nos vimos referindo não resiste, porém, ao teste do confronto com o regime legal vigente e não se coaduna com os princípios constitucionais da jurisdicionalidade e da tutela judicial efetiva que incidem sobre esta matéria.

De facto, nos artigos 268.º e 269.º do CPP materializa-se legalmente o princípio constitucional da reserva de juiz através da distinção entre *atos a praticar* pelo juiz de instrução e *atos a ordenar ou autorizar* pelo juiz de instrução; em ambos os casos ficando ressalvada a possibilidade de previsão de normas legais que expressamente concedam ao juiz de instrução poderes para *praticar* outros atos [art. 268.º, n.º 1, *f*] e poderes para *ordenar* ou *autorizar* outros atos [art. 269.º, n.º 1, *f*]. Porém, no nosso sistema legal, a participação do juiz de instrução no inquérito não se cinge à prática dos atos referidos no n.º 1 do art. 268.º do CPP e à ordenação ou autorização dos atos referidos no n.º 1 do art. 269.º do CPP.

O Código atribui-lhe ainda *competência para a tomada de decisões sobre atos processuais de terceiros*, as quais, em rigor, estão fora da órbita destes dois

---

<sup>12</sup> Jorge de Figueiredo DIAS (1988), p. 16. Para mais desenvolvimentos cf. Germano Marques da SILVA / Henrique Salinas MONTEIRO (2010), Art. 32.º, XVI, e Anabela Miranda RODRIGUES (2009), pp. 47 e ss.

preceitos, inclusivamente das suas alíneas *f*), pois não se trata de atos praticados pelo juiz, nem de decisões em que este ordena ou dá a sua anuência a atos a realizar. Os casos em que um ato é praticado pelo Ministério Público ou por um órgão de polícia criminal e só depois é levado ao conhecimento e controlo do juiz de instrução não estão cobertos pelos artigos 268.º e 269.º do CPP.

Um exemplo de atos legalmente atribuídos ao juiz de instrução que extravasam o elenco de competências previsto nos artigos 268.º e 269.º do CPP é o das *decisões de validação* que ao juiz de instrução são confiadas em vários domínios: *v.g.*, a validação da aplicação do segredo de justiça decidido pelo Ministério Público (art. 86.º, n.º 3, do CPP); ou a validação de buscas, não domiciliárias e domiciliárias, efetuadas por órgão de polícia criminal sem prévia autorização de autoridade judiciária nos caso de terrorismo e de criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa (artigos 174.º, n.º 6, e 177.º, n.º 4, do CPP).

A consagração legal destas intervenções judiciais *a posteriori*, com a natureza de atos de validação, é demonstrativa de que o Código reserva ao juiz de instrução um papel que vai para além da esfera de competência delimitada pelos artigos 268.º e 269.º do CPP. Poderá eventualmente entender-se que as validações de atos praticados por órgãos de polícia criminal que afetam direitos fundamentais dos visados serão ainda uma extensão natural do espectro de aplicação daqueles preceitos em matérias que seriam da competência própria do juiz de instrução (*v.g.*, buscas domiciliárias), mas que, devido a perigo na demora, foram levados a cabo por iniciativa própria desses órgãos. Mas o mesmo já não poderá dizer-se de uma hipótese como a da sujeição a validação da decisão de aplicação de segredo de justiça ao inquérito proferida pelo Ministério Público, nos termos do n.º 3 do art. 86.º do CPP. Este controlo judicial tem lugar numa *matéria que é da competência própria do Ministério Público* e à qual é estranho um receio de perigo na demora, o que é revelador do seu distanciamento do quadro normativo constante dos artigos 268.º e 269.º do CPP.

A previsão de validação judicial de um ato que é primariamente da competência do Ministério Público filia-se numa tendência legislativa de flexibilização do princípio da reserva de juiz em sede de limitações de direitos fundamentais que tenham lugar na pendência do inquérito. É a circunstância de se considerar que o ato em questão tange com direitos fundamentais que

legítima a intervenção do juiz de instrução<sup>13</sup>. Mas porque tal não sucede com uma *intensidade* que exija o monopólio judicial da primeira palavra<sup>14</sup>, admite-se que o juiz de instrução intervenha apenas *a posteriori*, para verificação da legalidade da atuação do Ministério Público ou dos órgãos de polícia criminal.

**3.** O regime legal engloba, desta forma, três categorias de atos do juiz de instrução no inquérito, que se diferenciam em função do envolvimento do juiz na produção dos atos de inquérito e no controlo da projeção dos seus efeitos e do momento – anterior, contemporâneo ou posterior à sua realização – em que exerce o seu poder jurisdicional: os atos a praticar pelo juiz de instrução (art. 268.º do CPP); os atos a ordenar ou autorizar pelo juiz de instrução (art. 269.º do CPP); e os atos de controlo de atos já praticados por outros sujeitos ou participantes processuais.

É nesta última categoria que se inscreve a problemática objeto deste nosso estudo, que por isso escapa à incidência das disposições previstas nos artigos 268.º e 269.º do CPP. Não será, pois, em função do que nelas se determina que deverá avaliar-se a admissibilidade da intervenção do juiz de instrução no âmbito das proibições de prova e das invalidades de atos processuais. A questão será antes de ponderar à luz da ideia que orienta e legitima a ação do juiz na fase de inquérito: o significado do ato para os direitos fundamentais das pessoas que por ele são afetadas.

Será sob esta perspetiva jusfundamental que de seguida analisaremos, separadamente, a proibição de controlo que a referida conceção restritiva dos poderes jurisdicionais do juiz de instrução lhe opõe nos planos normativos das proibições de prova e das invalidades de atos processuais. Considerando as diferenças dogmáticas e de regime normativo que as afastam<sup>15</sup>, não faz sentido amalgamá-las aqui numa compreensão conjunta e indistinta<sup>16</sup>, antes devendo cada uma destas vertentes do problema ser enfrentada autonomamente, tendo

---

<sup>13</sup> Cf. Acórdãos do TC n.ºs 110/2009 e 234/2011, sob a premissa de que a intervenção judicial diz respeito a um «ato que afeta negativamente vários direitos, liberdades e garantias constitucionalmente protegidos» (Acórdão n.º 234/2011).

<sup>14</sup> Apelando ao critério da intensidade ou relevância da restrição de direitos fundamentais para avaliar se o princípio da reserva de juiz reclamará uma intervenção do juiz de instrução anterior à ingerência ou, pelo contrário, contentar-se-á com um controlo judicial *ex post*, os Acórdãos do TC n.º 155/2007 (12.2.3.3.) e n.º 228/2007 (3.).

<sup>15</sup> Cf. João Conde CORREIA (2006), pp. 175 e ss.

<sup>16</sup> Assim, todavia, como vimos, Paulo Pinto de ALBUQUERQUE (2011), Art 53.º, nm. 2 (u.), e Art. 118.º, n.º 6.

em conta as respetivas especificidades e a sua conexão com a esfera dos direitos fundamentais.

### III. O controlo das invalidades de atos processuais

1. As *invalidades de atos processuais*, previstas e reguladas nos artigos 118.º a 123.º do CPP, correspondem a imperfeições fundadas em divergências, de natureza formal, substancial ou temporal, entre esses atos e o modelo legal abstratamente definido para a sua materialização. O Código consagra um *sistema unitário de invalidades*, que se desdobram em nulidades insanáveis, nulidades sanáveis e irregularidades, em função dos termos de que depende a cessação, *ex tunc*, da produção dos seus efeitos processuais<sup>17</sup>. É, pois, no plano da supressão desses efeitos que essa divisão categorial adquire relevo.

*Tendencialmente*, os efeitos dos atos inválidos não se estendem para lá dos «muros» do processo, detendo, por isso, mero relevo *intraprocessual*. Mas não será de excluir que vícios desse jaez assumam um significado *extraprocessual*, por afetarem ilegitimamente a esfera pessoal de sujeitos processuais ou de terceiros ou interesses de outra ordem de que aqueles sejam titulares. Se tal suceder, ao ponto de o ato ameaçar ou afetar direitos fundamentais das pessoas por ele visadas, estará aberto o caminho à entrada em cena do juiz de instrução.

É isso que, de seguida, procuraremos exemplificar, recorrendo aos atos de constituição de arguido e de levantamento do sigilo bancário que podem ser levados a cabo durante o inquérito. Em nenhum deles está legalmente prevista, de forma expressa, uma possibilidade de intervenção *ex post* do juiz de instrução. E todavia, como tentaremos demonstrar, uma proibição de controlo desses atos pelo juiz das liberdades seria insustentável sob a perspetiva da imediata necessidade de tutela judicial que concretamente se possa fazer sentir.

Além destes dois casos, outros haverá, por certo, que reclamarão também uma ação do juiz de instrução logo na fase de inquérito. Mas, estamos em crer, a adução destes dois exemplos será suficiente para dar a compreender a nossa posição, no sentido da admissibilidade de princípio da atribuição de competência ao juiz de instrução para conhecer e decidir arguições de invalidade de atos processuais que contendam com direitos, liberdades e garantias fundamentais dos visados.

---

<sup>17</sup> João Conde CORREIA (1999), pp. 102 e ss. e *passim*.

### a) *Constituição de arguido*

2. O primeiro exemplo com que nos propomos ilustrar a legitimidade de concessão de competência decisória ao juiz de instrução para sindicar a atuação do Ministério Público numa matéria que lhe é legalmente confiada é o da *atribuição do estatuto processual de arguido a pessoa contra quem a investigação corre*<sup>18</sup>. Controlo judicial que, obviamente, não poderá ser realizado sob o prisma da sua conveniência, só podendo centrar-se na aferição da conformidade dessa atuação com o quadro legal aplicável. Numa palavra, um controlo *de legalidade* e não de oportunidade.

Estando em questão a aquisição de um estatuto que fará do visado sujeito passivo do processo, tornando-o na sua figura central, a constituição de um suspeito como arguido é uma matéria que se encontra estrita e legalmente regulada. Essa regulação poderá ser perspetivada a partir de um duplo ângulo, digamos assim, positivo e negativo: o que se prende com a constituição propriamente dita de alguém como arguido; e o que diz respeito à não atribuição desse estatuto processual.

Num e noutro caso podemos deparar com inobservâncias do regime legal aplicável seja porque alguém *é constituído arguido* fora das hipóteses e condições legalmente previstas, seja porque alguém *não é constituído arguido* numa situação em que o deveria ter sido. Um e outro plano são como que duas faces de uma mesma moeda, cuja completa e devida compreensão pressupõe uma sua conjunta e articulada consideração. O que não pode deixar de refletir-se na definição dos poderes decisórios do juiz de instrução neste domínio. Mal se compreenderia que o inquérito pudesse conhecer uma intervenção do juiz de instrução em caso de abstenção indevida de constituição de um suspeito como arguido (por exemplo, para efetivação das consequências previstas no n.º 5 do art. 58.º do CPP) e já não em caso de constituição como arguido sem base legal.

---

<sup>18</sup> A possibilidade de exame judicial *ex post*, durante o inquérito, da legalidade da decisão do Ministério Público de constituir determinada pessoa como arguido foi admitida pela Relação de Lisboa já, pelo menos, por duas vezes, em casos em que aceitou conhecer do mérito de recursos interpostos de decisões judiciais, tomadas no inquérito por juiz de instrução, sobre a validade do ato de constituição como arguido – acórdãos do TRL de 15.04.2010 (Proc. n.º 56/06.2TELSB-B.L1-9, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) e de 20.02.2018 (Proc. n.º 5340/17.7T9LSB-A.L1-5, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). Sendo que no primeiro deles foi inclusivamente declarada a irregularidade do procedimento de constituição de arguido adotado pelo Ministério Público, tendo essa constituição sido conseqüentemente dada sem efeito.



Qualquer uma destas duas facetas insere-se num *domínio legalmente vinculado*, seja no sentido de vedar a atribuição do estatuto de arguido quando não haja fundamento legal para tal, seja no de exigir a colocação do visado nessa posição processual no caso de se verificar determinada situação. Nesta segunda vertente está mesmo em causa a prática de um *ato legalmente obrigatório*, isto é, que não resulta do exercício de um poder discricionário atribuído às autoridades judiciárias ou aos órgãos de polícia criminal, mas antes releva do cumprimento de um dever legal. Pois se a definição do momento da realização do *ato pressuposto* pela constituição de arguido (*v.g.*, o interrogatório de pessoa sobre a qual recai suspeita fundada, a promoção da aplicação de medida de coação, a detenção fora de flagrante delito) cabe na margem de liberdade de atuação do Ministério Público em função da estratégia definida para a investigação, já o mesmo não sucede com a constituição de arguido. Esta é legalmente vinculada não só quanto ao seu *se*, como também em relação ao seu *quando*: verificado o circunstancialismo de que depende a sua concretização, ela deve ter *imediatamente* lugar<sup>19</sup>.

Porque assim é, mesmo quando se pretenda escrutinar a legalidade de um certo ato de constituição de arguido já concluído, deparamo-nos ainda, de certo modo, com uma atividade de verificação da observância do cumprimento de uma obrigação legal. E isto, mesmo que acabe por concluir-se que o concreto ato em questão não era legalmente obrigatório, por ser legalmente proibido em virtude de lhe faltar uma base legal. Quando a autoridade judiciária ou o órgão de polícia criminal promovem a constituição de um suspeito como arguido fazem-no na pressuposição de que estão a dar satisfação a um dever legal.

Tratando-se então de uma questão que pode e deve ser perspetivada no plano da legalidade, de modo algum poderá considerar-se imune a uma possibilidade de controlo judicial<sup>20</sup>. Questão é saber se tal intervenção poderá ter

<sup>19</sup> Cf. o proémio do n.º 1 do art. 58.º («é obrigatória a constituição de arguido logo que...») e o n.º 1 do art. 59.º do CPP («Se, durante qualquer inquirição feita a pessoa que não é arguido, surgir fundada suspeita de crime por ela cometido, a entidade que procede ao ato *suspende-o imediatamente* e procede à comunicação e à indicação referidas no n.º 2 do artigo anterior»).

<sup>20</sup> Indo mais longe ainda, José Lobo MOUTINHO (2000), p. 91, para quem «falece competência ao Ministério Público e portanto, delegadamente, aos órgãos de polícia criminal para a constituição definitiva de arguido como ato processual», concluindo que a palavra final terá de pertencer sempre ao juiz de instrução (pp. 91-93).

lugar ainda durante o inquérito ou se terá de aguardar por uma fase processual posterior, já dirigida por um juiz.

3. A circunstância de, durante o inquérito, caber em regra ao Ministério Público a decisão sobre a constituição de um suspeito como arguido não significa que se trate de ato ao qual é alheio um carácter jurisdicional, podendo por isso ficar isento de uma imediata verificação judicial, naturalmente sob impulso da pessoa visada.

O contraponto com a constituição de outro sujeito processual permite, aliás, que comecem por se extrair ilações para o presente problema<sup>21</sup>: ao contrário do que sucede com o arguido, é o juiz de instrução que detém competência para apreciar e decidir a questão da admissão da intervenção como *assistente* de quem manifeste tal propósito. Dir-se-ia ser isso sinal de que o legislador terá considerado o ato de constituição de assistente como matéria de natureza jurisdicional, mas já não o ato de constituição de arguido. Só que não é assim: o facto de a decisão de atribuição do estatuto de arguido pertencer, *prima facie*, ao Ministério Público não decorre de uma qualquer espécie de menorização do significado desse ato, resultando antes da necessidade de garantir que aquele que é alvo de um inquérito e é a ele «chamado», para efeitos que poderão implicar uma sua colaboração probatória ou restrições das suas liberdades fundamentais, possa de imediato adquirir um estatuto processual que lhe permita exercer, com a máxima amplitude possível, o direito de defesa constitucional e legalmente garantido. Só mediante atribuição do poder de constituição de arguido a quem está na linha da frente da investigação, o Ministério Público e os órgãos de polícia criminal, será possível assegurar ao visado pelo processo a plenitude do direito de defesa de que deve dispor.

Sendo fundamentalmente essa a razão pela qual é ao Ministério Público que cabe, imediata ou mediamente (cf. art. 58.º, n.º 3, do CPP), a decisão sobre a constituição do suspeito como arguido, não há motivo para pensar que foi intenção do legislador manter o juiz de instrução totalmente à margem do procedimento de constituição de arguido, ainda que só através de um controlo *ex post*. O confronto com a constituição de assistente é disso sintomático: se o juiz de instrução tem um papel determinante na constituição como sujeito processual de quem pretende adquirir uma posição processual de *colaborador do Ministério Público* (art. 69.º, n.º 1, do CPP), seria incompreensível que

---

<sup>21</sup> Nesta direção, já Lobo MOUTINHO (2000), p. 91.

ficasse completamente arredado do processo decisório respeitante à elevação de alguém a *protagonista do processo*.

4. Poder-se-á porventura contrapor que seria pernicioso permitir ao juiz de instrução retirar efeitos à decisão do Ministério Público de constituir certa pessoa como arguido num processo penal, porque tal implicaria privá-la de um largo conjunto de direitos (de defesa) que a beneficiam. Mas, levado este argumento ao limite, não haveria afinal razão para que o Ministério Público pudesse – como pode (art. 58.º, n.º 3, do CPP) – não validar uma constituição de arguido promovida por um órgão de polícia criminal.

Ora, se é certo que ao adquirir a posição de arguido o visado pela investigação passa a deter um estatuto que lhe permite defender-se de um modo de que de outro jeito não disporia, esse dado não há de poder ser o único a tomar em consideração para ponderar a afirmação ou a negação da competência decisória do juiz de instrução neste âmbito. Há na verdade outros aspetos do maior relevo envolvidos na constituição de alguém como arguido, que depõem decisivamente a favor da admissibilidade de uma ação de controlo a cargo do juiz, em especial os que dizem respeito a interesses pessoais do visado, juridicamente relevantes e, nessa medida, dignos de tutela judicial.

Se não há dúvida que a aquisição dessa condição processual o coloca numa posição privilegiada para se defender no processo, não menos certo é que ela está longe de ser inócua para a esfera pessoal daquele a quem é atribuído.

Pressupondo a constituição de arguido a existência de uma suspeita fundada da prática de um crime pelo visado, frequentemente – e sobretudo em casos de criminalidade grave, fruto do avassalador fenómeno do chamado *trial by media*, cada vez mais frequentemente – se abate sobre aquele que é constituído arguido uma profunda e negativa alteração da sua imagem social, daí resultando um evidente *menoscabo do seu bom nome e reputação*, valores objeto de tutela constitucional (art. 26.º, n.º 1, da CRP). O estigma que se cola à pele de um indivíduo pelo simples facto de ser arguido num processo criminal pode inclusivamente ir ao ponto de o rodear de uma espécie de «cordão sanitário» que conduz ao seu ostracismo profissional: nesta era económica dominada pelo ideário da *compliance*, não raro a mera circunstância de certa pessoa ser arguida num processo criminal, em especial se os crimes sob investigação tiverem índole económico-financeira, é suficiente para comprometer a subsistência de vínculos profissionais ou empresariais do sujeito em causa ou de uma empresa a que esteja ligado.

Além disso, a constituição como arguido é necessariamente acompanhada da prestação de termo de identidade e residência [art. 61.º, n.º 3, al. c), do CPP], por força do qual fica ele legalmente obrigado a manter o processo permanentemente informado sobre o seu paradeiro: qualquer mudança de residência deve ser comunicada ao processo e qualquer ausência superior a 5 dias da morada indicada nos autos gera um dever de informação do lugar onde poderá ser encontrado [art. 196.º, n.º 3, al. b), do CPP]. Do processo poderão ficar, assim, a constar informações sobre as mais variadas deslocações do arguido que possam vir a ocorrer, a partir das quais será possível inferir rotinas profissionais, destinos de férias, problemas de saúde, etc. Informações que, mais tarde ou mais cedo, acabarão por poder ser acedidas por um conjunto indeterminado, e não raro muito vasto, de pessoas. Estes deveres inerentes ao termo de identidade e residência representam, enfim, uma ingerência estadual nada despicienda no direito fundamental do arguido à reserva da intimidade da vida privada (art. 26.º, n.º 1, da CRP).

Os vários riscos apontados não constituem, como é óbvio, razão bastante para obstar à constituição de um suspeito como arguido quando ela seja legalmente fundada e devida. Mas são, em todo o caso, motivo suficiente para, dado o relevo potencialmente negativo desse ato para os seus direitos fundamentais ao bom nome e reputação e à reserva da intimidade da vida privada, justificar uma tutela judicial quando o visado se insurja contra a atribuição desse estatuto *com fundamento na sua ilegalidade*. Tutela judicial que se mostrará justificada pelas normas constitucionais constantes dos artigos 32.º, n.º 4, e 20.º, n.ºs 1 e 5, da Constituição.

Em prol da admissibilidade de um *imediato* escrutínio judicial depõe sobretudo a última das normas ora convocadas, o n.º 5 do art. 20.º da CRP, dada a necessidade de garantir *efetividade* à tutela judicial. Travar uma pronta ação judicial significaria imunizar estas ingerências sofridas pelo visado na sua esfera jusfundamental do controlo de legalidade que a previsão constitucional de tutela judicial visa garantir. Desse modo, seria ele colocado numa situação de indefesa enquanto o inquérito perdurasse, com o inerente risco de compressão indevida dos direitos fundamentais afetados durante todo esse período.

### **b) Quebra do segredo bancário**

5. Desde 2010 que se admite, para recolha de elementos bancários no âmbito da investigação que tem lugar durante o inquérito, a quebra do sigilo bancário a que estão sujeitas as instituições de crédito (art. 78.º do RGICSF) *apenas e imediatamente por decisão do Ministério Público*, nos termos da atual

alínea e) do n.º 2 do art. 79.º do RGICSF: «[...] os factos e elementos cobertos pelo dever de segredo só podem ser revelados: e) Às autoridades judiciárias, no âmbito de um processo penal».

Esta norma é representativa da tendência de flexibilização do princípio da reserva de juiz a que fizemos referência *supra*. Introduzida sobretudo por razões de ordem pragmática, para agilização do procedimento de obtenção de dados bancários<sup>22</sup>, com ela operou-se um duplo desvio ao modelo legal de quebra do segredo profissional previsto no art. 135.º do CPP: por um lado, o levantamento do sigilo deixou de ter lugar no âmbito de um incidente processual autónomo, decidido por um tribunal superior; e por outro lado, durante o inquérito passou a poder ser decidido pelo Ministério Público (e já não necessária e exclusivamente por um juiz). Isto, sem prejuízo naturalmente de a entidade competente dever (continuar a) tomar em consideração o critério de proporcionalidade constante do n.º 3 do art. 135.º do CPP<sup>23</sup>, o que implicará um *dever de fundamentação* da decisão que afaste o segredo eventualmente oponível à colaboração probatória solicitada, por exemplo, mediante prestação de depoimento testemunhal (art. 135.º, n.º 1, do CPP) ou entrega de documentos (art. 182.º do CPP).

Esta *desjudicialização* foi instituída não obstante o segredo bancário, à semelhança dos demais sigilos profissionais, desempenhar um papel de proteção de determinados direitos fundamentais da pessoa a quem a matéria coberta pelo sigilo diz respeito, *maxime* a reserva da intimidade da vida privada e a autodeterminação informacional dos dados pessoais, e do interesse público na confiança e credibilidade necessárias ao exercício da atividade bancária<sup>24</sup>.

É inegável que através do conhecimento das operações bancárias realizadas pelos clientes das instituições de crédito e dos documentos com dados sobre a sua situação e movimentações patrimoniais será muitas vezes possível formar uma ideia sobre as rotinas, hábitos, gostos e preferências do cliente bancário e, não raro até, traçar um seu detalhado perfil pessoal. Uma realidade que conta já com algumas décadas, mas que se tem exasperado nesta era da internet e da digitalização, dada a irrefreável tendência para a acumulação massiva dos

<sup>22</sup> Referindo-se aqui a uma «desburocratização», José M. Damião da CUNHA (2017), p. 70.

<sup>23</sup> Serão de ressaltar os casos de normas em que se admite um automático afastamento do segredo bancário, decorrente de uma prévia e imediata ponderação valorativa do legislador (*v.g.*, o art. 60.º do Decreto-Lei n.º 15/93, em matéria de investigação de crimes de tráfico de estupefacientes).

<sup>24</sup> Acórdãos do TC n.ºs 278/1995, 42/2007 e 442/2007, e Acórdão do STJ n.º 2/2008 (DR, I Série, de 31.03.2008, pp. 1882 e s.).

dados e informações dos clientes que faz parte do *modus operandi* de grande parte das empresas atuais.

O segredo bancário constitui, assim, uma barreira à tentação de entes públicos e privados de obter, compactar, tratar, usar e até mercadejar os dados bancários dos clientes das instituições de crédito. Nessa medida, serve a proteção da vida privada das pessoas, sobretudo na vertente do seu direito fundamental à autodeterminação informacional, concebido como o direito do titular de dados relativos à personalidade e à condução da vida privada de decidir quais desses dados podem ser desvelados e a quem podem ser revelados. Um direito que protege tais dados independentemente da sua concreta relevância, já que, como bem nota Di Fabio, é hoje possível, mediante recurso às modernas tecnologias informáticas, proceder-se a uma compilação de todos os dados disponíveis sobre uma pessoa de modo a formar-se um completo perfil da sua personalidade (*Persönlichkeitsprofil*)<sup>25</sup>.

Tudo o que leva, enfim, a generalidade da doutrina<sup>26</sup> e da jurisprudência<sup>27</sup> nacionais a integrar o segredo bancário no âmbito normativo do *direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada* (art. 26.º, n.º 1, da CRP) e, em particular, à esfera de tutela jusfundamental do concomitante direito à autodeterminação informacional<sup>28</sup>.

6. Dada esta inequívoca e substancial ligação do segredo bancário ao domínio dos direitos fundamentais, o seu levantamento não poderá ser tido como um puro ato de investigação. Deverá, bem pelo contrário, atenta tal conexão, continuar a reconhecer-se a sua *natureza materialmente jurisdicional*. Dessa perspetiva, considerando sobretudo o disposto no n.º 4 do art. 32.º da Constituição, só poderá transigir-se com o afastamento da reserva *absoluta* de juiz que decorre da atribuição de competência decisória ao Ministério Público para determinar a sua quebra se e na medida em que for possível um *imediato* controlo judicial *ex post*, suscitado pela instituição que se encontre obrigada ao segredo ou pela pessoa cujos dados bancários são devassados<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Maunz / Dürig / DI FABIO (2015), GG, Art. 2, nm. 174.

<sup>26</sup> Cf., entre tantos outros, Alberto LUÍS (1981), p. 458, Manuel da Costa ANDRADE (2012), Art. 195.º, §§ 16 e s., e Rui MEDEIROS / António CORTÊS (2010), Art. 26.º, XXVII.

<sup>27</sup> Acórdãos do TC n.ºs 278/1995, 42/2007 e 442/2007, e Acórdão do STJ n.º 2/2008 (*supra*, nota 24, pp. 1882 e s.).

<sup>28</sup> Assim, de novo, COSTA ANDRADE (2012), e Acórdão do TC n.º 442/2007 (16.).

<sup>29</sup> Admitindo também a possibilidade de uma intervenção judicial subsequente ao levantamento do segredo bancário pelo Ministério Público, os Acórdãos do TRL de 19.10.2011

Controlo que, como se disse, deve poder ser *imediato*, só assim ficando assegurada a efetividade da tutela judicial a que os visados têm constitucionalmente direito (art. 20.º, n.º 5, da CRP). Como já se sublinhou, os direitos fundamentais aqui afetados são do tipo daqueles cuja compressão se dá através do acesso aos dados e elementos bancários por um conjunto indeterminado de pessoas à revelia da vontade do respetivo titular (autodeterminação informacional) e da própria análise do seu conteúdo, com a inerente devassa da intimidade da vida privada. De modo que o bloqueio de uma pronta intervenção judicial, adiando-o para fases processuais posteriores, implicaria uma perda de tutela judicial durante todo o período da investigação, ficando a sua efetividade substancialmente comprometida. Solução incompatível com os princípios constitucionais da jurisdicionalidade (art. 32.º, n.º 4, da CRP) e da tutela judicial efetiva (art. 20.º, n.ºs 1 e 5, da CRP) e que, como tal, deverá ser repudiada.

#### IV. O controlo das proibições de prova

1. Diferentes das invalidades são as *proibições de prova*, que veem a sua autonomia reconhecida e salvaguardada pelo próprio Código (art. 118.º, n.º 3)<sup>30</sup>. Em qualquer uma das vertentes em que tradicionalmente se declinam – proibição de temas de prova, métodos proibidos de prova, proibição de valoração da prova, etc. –, sucede exatamente o oposto do que ocorre nas invalidades de atos processuais: *tendencialmente*, a aquisição e/ou a valoração proibidas de prova envolvem uma *ofensa ilegítima de direitos fundamentais* ou uma *afronta injustificada a interesses coletivos de primeira ordem*, sendo difícil conceber casos de proibições de prova cujos efeitos se esgotem numa simples perturbação da ordem processual. Numa visão das coisas a partir das consequências jurídico-processuais do procedimento inquinado<sup>31</sup>, quando isto suceda – isto é, quando a ilegalidade não apresente quaisquer efeitos extraprocessuais – o mais certo é não estar verdadeiramente em causa uma autêntica proibição de prova.

Estando o meio probatório afetado por uma proibição de prova, é a *prova ela mesma* que se torna *processualmente imprestável*. Será assim, nomeadamente,

---

(Proc. n.º 2061/08.5PFLRS, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)) e de 25.10.2011 [Proc. n.º 1410/09.3JDLS-B-A.L1-5, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt): «c) A possibilidade de acesso aos dados pelo MP pode sempre ser controlável, naquela afetação, por uma autoridade judicial». Contra, porém, o Acórdão do TRL de 15.05.2018, (*supra*, nota 5).

<sup>30</sup> Sobre a génese deste preceito Jorge de Figueiredo DIAS (2016), pp. 7 e s.

<sup>31</sup> Figueiredo DIAS (2016), p. 7.

desde logo, no caso de previsão legal que decreta a proibição da sua utilização (*v.g.*, os n.ºs 1 e 3 do art. 126.º do CPP). Consequência que se abate sobre a prova *qua tale* e que, embora se possa ligar, como as mais das vezes sucede, a um procedimento maculado a montante por um desvio ao regime normativo que define os termos da sua obtenção ou produção, dele acaba por emancipar-se, adquirindo significado autónomo<sup>32</sup>.

Mesmo nos casos em que a mácula tem a sua génese num modo inválido de obtenção dessa prova<sup>33</sup>, que por norma será censurado processualmente através de uma declaração de invalidade, o relevo *processual* da proibição de prova far-se-á sentir sobretudo no plano da *admissibilidade da prova como tal*: não podendo ser utilizado, porque proibido, o meio de prova será insuscetível de indiciar ou provar factos de cuja verificação depende a tomada de decisões de carácter adjetivo ou substantivo. Esta autonomia torna-se ainda mais nítida nas situações, por certo menos frequentes, em que a proibição de valoração não decorre de uma prévia invalidade do procedimento aquisitivo e radica antes no dano para bens jusfundamentais – tido como ilegítimo porque desproporcionado ou desnecessário ou porque atentatório da dignidade pessoal de quem deles é titular – que a apreciação da prova, sem mais, envolverá<sup>34</sup>.

2. Quando ligada à sua projeção extraprocessual, esta consequência, típica das proibições de prova, de insuscetibilidade de utilização da prova proibida, dá a perceber que a sua efetivação no processo não é matéria que se revista de um interesse pura e exclusivamente processual.

A generalidade das proibições de prova funda-se num *propósito de salvaguarda de direitos, liberdades e garantias fundamentais*.

Em boa parte delas, a ofensa à esfera jusfundamental dos afetados pelo procedimento probatório consuma-se no momento da aquisição da prova, exaurindo-se aí o seu efeito nefasto sobre o direito fundamental agredido. Em situações desta natureza, a proibição de utilização da prova assim obtida já não terá o condão de apagar a violação de direitos fundamentais anteriormente ocorrida, mas é justificada, além do mais, pela necessidade de garantir eficácia às proibições, mediante uma sua reafirmação contrafáctica, de modo a prevenir

---

<sup>32</sup> Cf. Souto de MOURA (1992), pp. 125 e s.

<sup>33</sup> Trata-se das chamadas «proibições de valoração dependente» (*unselbstständige Beweisverwertungsverbote*): cf. Manuel da Costa ANDRADE (1992), p. 90.

<sup>34</sup> Como poderá suceder, por exemplo, quando esteja em causa a valoração do conteúdo de um diário íntimo validamente apreendido (cf. o Acórdão do TC n.º 607/2003).



futuras violações das proibições e, deste modo, também futuros ataques a esses direitos fundamentais.

Em muitas outras, porém, o decretamento no caso de espécie da proibição de *utilização* de uma prova inadmissível possui efeitos que vão muito para além dessa finalidade preventiva de carácter geral. Há, na realidade, desde logo, todo um conjunto de meios de prova em que a colisão com direitos fundamentais pessoalíssimos se dá não apenas no momento da sua aquisição, mas também e sobretudo depois, *aquando da sua valoração*. É o que sucede, concretamente, com direitos fundamentais como os direitos à reserva da intimidade da vida privada, à inviolabilidade das telecomunicações e da correspondência, à auto-determinação informacional, à imagem ou à palavra.

Com efeito, em provas que contendam com tais direitos fundamentais, a intensidade da ofensa tenderá a ser mais acentuada nos planos da análise e apreciação do conteúdo das provas, para os mais diversos efeitos (*v.g.*, para investigação, aplicação de medidas coativas, acusação, pronúncia, sentença, *etc.*), do que no plano prévio da sua recolha. Numa escuta telefónica, por exemplo, não é só no momento da interceção e gravação da conversa captada, mas igualmente depois, e em muito maior grau, no momento da sua audição e valoração processual, que substancialmente ocorre a devassa da intimidade da vida privada e a afronta à inviolabilidade das telecomunicações e à auto-determinação informacional dos emissores da palavra falada<sup>35</sup>. A valoração probatória é, como tal, portadora de uma danosidade própria e autónoma quando os meios de prova contendem com direitos fundamentais desta natureza. E porque assim é, a proibição da utilização de tais provas assume um significado de específica e *imediata* defesa desses direitos fundamentais.

Esta função de imediata salvaguarda de direitos fundamentais desempenhada pelas proibições de prova é acompanhada de uma outra função de tutela jusfundamental, também por elas exercida no próprio processo, de natureza *mediata*. Temos em mente decisões que implicam restrições de direitos fundamentais previstas em autorizações legais que incorporam elementos de suspeita ou de perigo<sup>36</sup>. Por regra, na fase de inquérito, tais decisões serão da competência de um juiz de instrução, mas em certos casos, sobretudo de

---

<sup>35</sup> Assim, de forma concludente, com referências doutrinárias e jurisprudenciais alemãs concordes, Manuel da Costa ANDRADE (2013), pp. 369 e ss.

<sup>36</sup> Sobre os chamados tipos de suspeita, que envolvem a emissão de um juízo, no presente, sobre uma realidade passada, e os tipos de perigo, que pressupõem uma prognose sobre algo que poderá vir a acontecer, *vd.* Nuno BRANDÃO (2006), pp. 120 e s.

perigo na demora, poderão caber ao Ministério Público (*v. g.*, a detenção fora de flagrante delito, prevista no n.º 1 do art. 257.º do CPP) ou até a órgãos de polícia criminal (*v. g.*, as buscas domiciliárias previstas no n.º 3 do art. 177.º do CPP).

Há um sem número de medidas processuais de natureza coativa, não necessariamente de carácter probatório, que pressupõem a verificação de uma suspeita, mais ou menos forte ou qualificada, da prática de um crime ou de um perigo de certo tipo. Naturalmente, a indiciação de tais suspeitas ou perigos terá de basear-se em meios de prova recolhidos ou produzidos no decurso do processo. Ora, o veto à utilização de provas proibidas também relevará para este efeito, bloqueando a utilização de elementos probatórios proibidos que porventura poderiam ser mobilizados para afirmar uma suspeita ou um perigo, com o estatuto de pressuposto de atos processuais cerceadores de direitos fundamentais. Também nesta vertente, por isso, as proibições de prova exercem um papel de proteção – neste caso, *mediata* – de direitos fundamentais.

3. Esta multifacetada função de tutela de direitos fundamentais que, como acaba de ver-se, é cometida às proibições de prova fá-las intersetar-se, evidentemente, com a função que, por seu turno, é atribuída ao juiz de instrução na fase de inquérito. Negar-lhe competência para as conhecer e levar a efeito implicaria amputar a esfera de competência desta autoridade judiciária de uma das suas dimensões essenciais e deste modo, do mesmo passo, enfraquecer a própria efetividade das proibições de prova.

As proibições de prova constituem um domínio por excelência de exigência de controlo judicial *ex post* de atos do Ministério Público ou de órgãos de polícia criminal. É certo que no Código não se define expressamente qual a entidade que detém competência para, na pendência do inquérito, excluir uma prova com fundamento na violação de uma proibição de prova. Tal não tem porém, como é óbvio, de significar que, por isso e sem mais, deva ser deferida ao Ministério Público, dada a sua qualidade de *dominus* do inquérito, uma competência primária e exclusiva para a tomada de decisões dessa natureza. Bem pelo contrário, a natureza materialmente jurisdicional da matéria desvia a questão da área de competência do Ministério Público e encaminha-a direta e claramente para o campo de atuação do juiz de instrução.

A simples circunstância de determinada proibição de prova radicar num propósito de tutela de direitos fundamentais é por si só suficiente para que deva considerar-se que assume *carácter jurisdicional* e, nessa medida, se reconduz ao domínio de competência do juiz de instrução previsto no art. 17.º do

CPP. Pois se, como logo afirmou o Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 7/87, a intervenção do juiz de instrução se justifica «para salvaguardar a liberdade e a segurança dos cidadãos no decurso do processo-crime e *para garantir que a prova canalizada para o processo foi obtida com respeito pelos direitos fundamentais*»<sup>37</sup>, não se vê a que título lhe poderá ser negada legitimidade para, no decurso do inquérito, sindicar a observância de proibições de prova e determinar a exclusão de provas que as contrariem, nomeadamente quando assentem numa *ratio* de tutela de direitos fundamentais. Uma tal margem de atuação não só não é inconciliável com uma estruturação do processo segundo um modelo acusatório, como, pelo contrário, é por ela *reivindicada*<sup>38</sup>.

4. Não ignoramos que a corrente dogmática em análise, restritiva dos poderes do juiz de instrução, não afasta a possibilidade de um escrutínio judicial dos atos de inquérito da sua autoria ou dos órgãos de polícia criminal não previstos nos artigos 268.º e 269.º do CPP, incluindo os que envolvam a infração de proibições de prova. Só que esse controlo, afirma-se, apenas deverá ter lugar em fases processuais posteriores ao inquérito, quando o processo transitar para o domínio de um juiz, na instrução ou no julgamento.

Este adiamento da intervenção judicial que assim se preconiza não é, todavia, consentido pela função de salvaguarda de direitos fundamentais que às proibições de prova é cometida.

---

<sup>37</sup> Acórdão do TC n.º 7/87 (2.3, itálico nosso).

<sup>38</sup> Este modo de articulação das áreas de competência das autoridades judiciais no âmbito do inquérito tem feito curso na própria prática decisória do Tribunal Constitucional. Disto são exemplo os acórdãos n.ºs 155/2007 e 228/2007, nos quais foram julgadas inconstitucionais, com fundamento em afetação inadmissível do princípio da reserva de juiz (art. 32., n.º 4, da CRP), certas normas, então vigentes, quando interpretadas no sentido de atribuírem ao Ministério Público competência para a decisão de recolha de provas através de método atentatório de vários direitos fundamentais e de permitir a ulterior utilização e valoração das provas assim obtidas. Nessa decorrência, o Tribunal Constitucional ordenou a reforma, em conformidade, das decisões judiciais recorridas. O que sucedeu sem que a intervenção em causa estivesse coberta pelas disposições dos artigos 268.º e 269.º do CPP, na redação à data em vigor. Considerando terem ocorrido violações de proibições de prova, o Tribunal Constitucional, atuando como tribunal penal, não só não se coibiu de as conhecer e afirmar, como inclusivamente determinou uma pronta intervenção judicial no sentido de pôr imediato termo à sua utilização e valoração. Decisões que, naturalmente, não teriam sido tomadas se se tivesse entendido que poderiam ter o significado de afronta aos princípios constitucionais da estrutura acusatória do processo penal e da autonomia do Ministério Público. Significado que, de facto, não têm, dado o seu cariz jurisdicional.

Como ficou evidenciado *supra*, nesse seu papel de tutela jusfundamental, as proibições de prova são suscetíveis de assumir um relevo extraprocessual tanto imediato, como mediato. Uma vez que através delas se procura prevenir ou pôr termo a ingerências estaduais ilegítimas na esfera dos direitos fundamentais das pessoas, precisamente mediante exclusão, *hoc sensu*, de provas proibidas, o retardamento da possibilidade de uma sua cognição judicial para uma fase processual posterior frustraria de modo substancial a possibilidade de cumprimento dessa sua função, desguarnecendo os direitos fundamentais a cuja proteção estão afetadas.

Desse modo, naqueles casos em que *a própria valoração da prova* contende com direitos fundamentais (como se referiu, por exemplo, à reserva da intimidade da vida privada, à autodeterminação informacional, à inviolabilidade das telecomunicações e da correspondência, à palavra ou à imagem), ficariam eles privados de uma *tutela judicial efetiva* enquanto o inquérito estivesse em curso. Com o que se correria o risco de uma sua continuada e abusiva compressão para os mais variados fins, incluindo a decisão de encerramento do inquérito, durante todo esse período.

Mais, mesmo nos casos de *proibições de valoração de prova dependente* de um prévio emprego de métodos proibidos de aquisição de provas, poderiam os meios de prova, assim invalidamente adquiridos, ser utilizados enquanto o inquérito perdurasse, para justificar iniciativas processuais, probatórias ou não, restritivas de direitos fundamentais, algumas das quais nem sequer carecidas de prévia intervenção do juiz de instrução (*v.g.*, a detenção fora de flagrante delito da competência do Ministério Público). Aliás, levado o raciocínio ao extremo, um tal protelamento poderia mesmo implicar uma absurda inibição de escrutínio judicial até naqueles casos em que fossem invocados meios de prova proibidos para justificar a verificação de pressupostos de medidas coativas da competência do juiz de instrução (*v.g.*, medidas de coação, buscas domiciliárias, escutas telefônicas, etc.), algumas das quais desprovidas da possibilidade de exercício de um contraditório prévio pelos visados.

Nada disto poderá, obviamente, considerar-se admissível à luz do *princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva* (art. 20.º, n.ºs 1 e 5, da CRP) e do próprio *dever estadual de proteção de bens jusfundamentais* que sobre o Estado impende como corolário da vertente objetiva dos direitos, liberdades e garantias fundamentais das pessoas<sup>39</sup>. Com efeito, o cumprimento daquele princípio não se basta com a garantia de acesso a um juiz para defesa de direitos fun-

---

<sup>39</sup> Josef ISENSEE (2011), nm. 158 e ss.

damentais ou outros direitos e interesses legalmente protegidos. Exige *ainda* que essa tutela *judicial* seja, de facto, *efetiva*.

Tal como se prevê no n.º 5 do art. 20.º da Constituição, a defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais dos cidadãos deve ser legalmente assegurada de um modo tal que permita «obter tutela *efetiva e em tempo útil* contra ameaças ou violações desses direitos». Como bem sublinham Gomes Canotilho e Vital Moreira, este «princípio da efetividade articula-se, assim, com uma compreensão unitária da relação entre *direitos materiais* e direitos processuais, entre *direitos fundamentais* e *organização e processo* de proteção e garantia»<sup>40</sup>, implicando uma proibição de criação de «situações de indefesa».

Impedir que o cidadão, arguido ou não, afetado substancialmente na sua esfera pessoal por medidas processuais penais restritivas de direitos fundamentais da autoria do Ministério Público ou de órgãos de polícia criminal não pudesse imediatamente reagir contra elas senão perante o próprio Ministério Público, relegando o seu conhecimento judicial para uma futura e incerta fase processual de natureza judicial, significaria privá-lo da proteção do juiz de instrução durante toda fase do inquérito, logo ali num dos domínios em que a sua necessidade se faz sentir com maior acuidade. A *impossibilidade* de obter uma tutela judicial em *tempo útil* que daí decorreria seria flagrante e atentaria contra a exigência de *efetividade* imposta pelo n.º 5 do art. 20.º da Constituição à tutela judicial de direitos fundamentais.

É, enfim, a todos os títulos inaceitável uma interpretação da lei processual penal vigente que imponha ao juiz de instrução que bata com a porta do seu tribunal na cara do sujeito processual que a ele recorre para defesa dos seus direitos fundamentais, assistindo impavidamente a uma restrição ilegítima desses direitos que se adivinhe iminente ou que se encontre até já em curso. E inaceitável, desde logo, *no plano constitucional*, por flagrante violação dos princípios da reserva de juiz (arts. 32.º, n.º 4, e 202.º da CRP), da tutela judicial efetiva (art. 20.º, n.ºs 1 e 5, da CRP) e dos direitos fundamentais objeto de ingerência estadual ilegítima.

## V. Síntese conclusiva

Todos os dados normativos, constitucionais e legais, apontam enfim, de modo cabal, no sentido de que *o juiz de instrução detém competência* para, durante o inquérito, conhecer e decidir pedidos que lhe sejam dirigidos pelo arguido

<sup>40</sup> J. J. Gomes CANOTILHO / Vital MOREIRA (2007), Art. 20.º, XII.

ou por outras pessoas com interesse em agir para sindicar atos, do Ministério Público ou de órgãos de polícia criminal, que possam contrariar normas consagradoras de *proibições de prova*. Poder decisório que não se encontra limitado ao elenco de atos previsto nos artigos 268.º e 269.º do CPP e no qual vai implicada a possibilidade de o juiz de instrução decretar a proibição de utilização ou valoração das provas maculadas em virtude de inobservância dessas normas. Proibição que, quando devida, pode (e desejavelmente, deve) ser declarada mesmo antes de efetivamente ocorrer a ingerência estadual questionada.

Será do mesmo modo esta a conclusão, substancialmente pelas mesmas razões, a tirar relativamente aos *atos processuais restritivos de direitos fundamentais* dos visados aos quais sejam opostas arguições de *invalidade*: também em relação a eles deve ser reconhecida a competência do juiz de instrução para, na pendência da fase de inquérito, proceder ao controlo da sua legalidade.

## Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed., Lisboa, UC Editora, 2011; ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992; IDEM, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, I, 2.ª ed., Jorge de Figueiredo Dias (dir.), Coimbra, Coimbra Editora, 2012, Art. 195.º; IDEM, «O regime dos “conhecimentos da investigação” em processo penal – reflexões a partir das escutas telefónicas», *RLJ*, n.º 3981, 2013, pp. 352-377; BRANDÃO, Nuno, *Justificação e Desculpa por Obediência em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006; CANOTILHO, J. J. GOMES / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007; CORREIA, João Conde, *Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999; IDEM, «A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial», *Revista do CEJ*, n.º 4, 2006, pp. 175-202; CUNHA, José M. Damião da, *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Porto, UC Editora, 2017; DIAS, Jorge de Figueiredo, «Para uma reforma global do processo penal português. Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais», in *Para uma Nova Justiça Penal*, Coimbra, Almedina, 1983, pp. 189-242; IDEM, «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal», in *O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 3-34; IDEM, «Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal: também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa», *RLJ*, n.º 4000, 2016, pp. 3-16; ISENSEE, Josef, «Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht», in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3.ª ed., IX, Isensee / Kirchhof (orgs.), Heidelberg: C. F. Müller, 2011, § 191; LUÍS, Alberto, «O segredo bancário em Portugal», *ROA*, 1981, II, p. 458; MAUNZ /

/ DÜRIG / DI FABIO, *Grundgesetz Kommentar*, 78. Ergänzungslieferung, München: C. H. Beck., 2015, GG, Art. 2; MEDEIROS, Rui / CORTÊS, in *Constituição Portuguesa Anotada*, Jorge Miranda / Rui Medeiros (coords.), Coimbra, Coimbra Editora, I, 2.<sup>a</sup> ed., 2010, Art. 26.º; MESQUITA, Paulo Dá, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003; MOURA, José Souto de, «Inexistência e nulidades absolutas em processo penal», in *Textos*, Centro de Estudos Judiciários, 1992, pp. 119-130; MOUTINHO, José Lobo, *Arguido e Imputado no Processo Penal Português*, Lisboa, UC Editora, 2000; RODRIGUES, Anabela Miranda, «A jurisprudência constitucional portuguesa e a reserva do juiz nas fases anteriores ao julgamento ou a matriz basicamente acusatória do processo penal», in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 47-65; SILVA, Germano Marques da, *Do Processo Preliminar*, Lisboa, 1990; SILVA, Germano Marques da / MONTEIRO, Henrique Salinas, in *Constituição Portuguesa Anotada*, Jorge Miranda / Rui Medeiros (coords.), Coimbra, Coimbra Editora, I, 2.<sup>a</sup> ed., 2010, Art. 32.º

HOMENAGEM AO  
PROFESSOR DOUTOR

Germano  
Marques  
da  
Silva

VOLUME I

UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA







CATÓLICA  
FACULDADE DE DIREITO

LISBOA · PORTO

Deveis estar cientes  
de que para combater as  
injustiças deste mundo  
é preciso renunciar  
à comodidade.

Esta obra, em quatro volumes e que reúne noventa e quatro textos das mais diversas áreas da ciência jurídica, tem por objetivo prestar a devida e tão justa homenagem ao Senhor Professor Germano Marques da Silva.

Na última lição que dirigiu aos seus Estudantes lembrou o desafio que o futuro lhes dirige: o da coragem para combater as injustiças deste mundo, procurando constantemente o bem de todos e de cada um.

Fundador da nossa Escola, o nosso Mestre incorpora essa lição, deixando junto dos seus alunos a marca indelével de um exemplo de liberdade, de serviço e de inconformismo perante a iniquidade.

