

Tribunal da Relação do Porto

Processo nº 4332/04.0TDPRT.P1

Relator: MARIA DOLORES DA SILVA E SOUSA

Sessão: 23 Fevereiro 2011

Número: RP201102234332/04.0TDPRT.P1

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: REC PENAL.

Decisão: ANULADA A SENTENÇA.

SIGILO BANCÁRIO

PROIBIÇÃO DE PROVA

NULIDADE DE SENTENÇA

Sumário

I - Constituem prova de valoração proibida os documentos respeitantes a uma conta bancária obtidos com violação do sigilo bancário.

II - Se essa prova serviu para dar como provados factos que levaram à condenação do arguido, a sua nulidade acarreta a nulidade da sentença.

Texto Integral

Proc. n.º 4332/04.0TDPRT.P1

Acordam, em conferência, no Tribunal da Relação do Porto.

I-Relatório.

No Processo Comum com intervenção de Tribunal Colectivo nº 4332/04.0TDPRT.P1 da 4ª vara criminal do Porto, foi proferido Acórdão em 07 de Maio de 2010 (fls. 1018 a 1049) dele constando o dispositivo seguinte:

“Pelo exposto, e nos seus precisos termos, acordam os Juízes que constituem este Tribunal Colectivo em julgar parcialmente procedente, por parcialmente provada, a acusação pública e em consequência:

- Absolvem o arguido B... da pratica, em co-autoria e concurso real, dois crimes de falsificação de documentos, p. e p. pelo art. 256.º, n.º1 e 3 do Código Penal e um crime de burla qualificada, p. e p. pelo artigo 217.º e 218.º, n.º 2, al. a), ambos do Código Penal;

- Absolvem o arguido C... da pratica, em co-autoria e concurso real, dois crimes de falsificação de documentos, p. e p. pelo art. 256.º, n.º1 e 3 do

Código Penal e um crime de burla qualificada, p. e p. pelo artigo 217.º e 218.º, n.º2 al. a), ambos do Código Penal;

- Condenam o arguido D... pela pratica, em autoria material, na forma consumada e em concurso real de infracções, dois crimes de falsificação de documentos, p. e p. pelo art. 256.º, n.º1 e 3 do Código Penal, cada um na pena de 9 (nove) meses de prisão e de um crime de burla qualificada, p. e p. pelo artigo 217.º e 218.º, n.º 2, al. a) do Código Penal, na pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de prisão;

- Operam o cumulo jurídico das penas parcelares, à luz do disposto no art. 77º do Código Penal, e decidem aplicar o arguido D... a pena única de 4 (quatro) anos de prisão, pena esta que, à luz do disposto no art. 50º do Código Penal, na redacção introduzida pela Lei nº 59/2007 de 04/09, se suspende pelo período de 4 (quatro) anos, com a condição de proceder, em igual período, ao pagamento a favor do demandante E..., S.A. da quantia de € 148.000,00 (Cento e Quarenta e Oito Mil Euros), acrescida de juros moratórios, contados à taxa legal, desde 06/02/2004 até integral pagamento;

- Decidem julgar parcialmente improcedente, por parcialmente não provado, o pedido cível deduzido por E..., S.A. contra os arguidos/demandados B... e C... e, em consequência, vão os demandados B... e C... absolvidos do pedido;

- Decidem julgar parcialmente procedente, por parcialmente provado, o pedido cível apresentado por E..., S.A. contra o arguido/demandado D... e, em consequência, condena-se o demandado D... a pagar ao demandante E..., S.A. a quantia € 148.000,00 acrescida de juros moratórios, contados à taxa legal, 06/02/2004 até integral pagamento.

O arguido D... pagará 6 Ucs de taxa de justiça, 1% daquele valor nos termos do art. 13º, n.º 3 do D.L. 423/91 de 30/10, € 150,00 de Procuradoria.

As custas do pedido de indemnização são a cargo de demandante e demandado, na proporção do respectivo decaimento, à luz do disposto no art. 446º do C.P.C.

Boletins à D.S.I.C.

Notifique.

Procede-se ao depósito deste Acórdão após a sua leitura.

(...)”

*

Inconformado, o arguido D... interpôs recurso, apresentando a motivação de fls. 1156 a 1253 que remata com as seguintes conclusões:

.....

.....

.....

*

O M^o P^o junto do Tribunal a quo respondeu, conforme fls. 1260 a 1281, sem formular conclusões, mas pugnando pela improcedência do recurso.

O E..., S.A. respondeu pugnando pela manutenção do julgado.

Nesta Relação, o Ministério Público emitiu parecer, no sentido da improcedência do recurso.

Cumprido o artigo 417^o, n.º 2, do Código de Processo Penal, o recorrente pronunciou-se uma vez mais pela procedência do recurso.

Colhidos os vistos, cumpre apreciar e decidir.

*

II- Fundamentação.

Como é jurisprudência assente, sem prejuízo das questões de conhecimento oficioso - vícios decisórios e nulidades referidas no artigo 410.º, n.º s 2 e 3, do Código de Processo Penal - é pelas conclusões que o recorrente extrai da motivação apresentada, em que sintetiza as razões do pedido (artigo 412.º, n.º 1, do CPP), que se delimita o objecto do recurso e os poderes de cognição do Tribunal Superior.

1.-Questões a resolver

Face às conclusões extraídas pelos recorrentes da motivação apresentada, pela ordem em que são enunciadas, são as seguintes as questões a apreciar e decidir:

Questão I - a) nulidade do acórdão, por ter levado em conta os documentos de fls. 94 a 108, obtidos com violação do sigilo bancário e por não terem sido examinados em audiência - artigo 355º do CPP- b)e por se ter estribado apenas nas declarações dos co-arguidos.

Questão II - erro de julgamento quanto aos factos 4, 5, 7 a 16 e 20 a 24.-

Questão III - não verificação dos elementos objectivos e subjectivos dos crimes de falsificação de documentos e de burla.

Questão IV - concurso aparente de normas que tipificam os elementos constitutivos dos crimes de falsificação de documento - artigo 256º e do crime de burla artigo 217º, do CP.

Questão V - Medida da pena.

Questão VI - Falta de verificação dos pressupostos do pedido de indemnização civil e verificação da excepção da autoridade de caso julgado.

*

2. Factos provados

.....

.....
.....

*

3.- Apreciação do recurso.

Questão I - a) nulidade da sentença por na prova dos factos ter levado em conta os documentos de fls. 94 a 108, obtidos com violação do sigilo bancário (prova proibida) e por não terem sido examinados em audiência - artigo 355º do CPP.

Vejamos, então.

Alguns elementos de facto relevantes para a decisão desta questão.

Os elementos bancários juntos a fls. 94 a 108 dos autos foram fornecidos pelo E... dos Açores, a pedido do Mº Pº consoante despacho de fls. 49 a 53.

Esses elementos bancários consistem especificamente em: cópia da ficha de assinaturas (digitalizada) e informação sobre condições de movimentação da conta n.º e bem assim o seu titular, e ainda cópia do extracto daquela conta no período compreendido entre 1 de Janeiro de 2004 e 31 de Março de 2004.

Não há durante o inquérito ou a instrução qualquer diligência onde tenha sido solicitado ao arguido D... o consentimento para obtenção dos elementos bancários ora, em análise, nem há qualquer acto posterior ou documento de onde esse consentimento resulte conferido.

Decorre da acusação constante a fls. 372 a 376 dos autos, que o Ministério público nessa peça processual indicou como prova documental os documentos de fls. fls. 73 a 112.

Vejamos:

Do modo como perspectivamos a questão da valoração dos elementos de prova obtidos do Banco E... dos Açores ela há-de solucionar-se com recurso aos instrumentos legais que nos são conferidos essencialmente pelas normas dos artigos 126º (26, nºs 1 e 2 e 32º, n.º8 da CRP), 135º e 182º do CPP, com recurso a normas que gravitam na sua esfera de acção como sejam os artigos 78º a 84 do RGICSF e mesmo o artigo 195º do C.P.

E começamos por, assim, enunciar o problema porque temos definitivamente afastada a tese sustentada, ainda que “en passant”, pelo MºPº, junto da primeira instância, de que a actuação dos E... dos Açores estaria a coberto do artigo 13º-A do regime jurídico-penal dos cheques sem provisão.

E afastada, porque em definitivo não estamos nestes autos, em face de um qualquer crime de emissão de cheque sem provisão, nem nunca esteve em cima do tabuleiro uma tal hipótese, não há no itinerário dos crimes em apreço nestes autos qualquer cheque devolvido por falta de provisão e, na conta do arguido/recorrente que levanta a questão, ora em análise, não existe sequer o

rasto de qualquer cheque dos que serviram para engendrar os crimes de que o arguido vem condenado em primeira instância.

Por outro lado, na mesma linha de afastamento do artigo 13ºA), referido, verifica-se que o dever (obrigação) de colaboração na investigação aqui consagrado, em relação às instituições de crédito, se dirige concretamente ao fornecimento às autoridades judiciais competentes de todos os elementos necessários para a prova do motivo do não pagamento de cheque que lhes for apresentado para pagamento nos termos da LURC, através da emissão da declaração de insuficiência de saldo com indicação do valor deste, da indicação dos elementos de identificação do sacador e do envio de cópia da respectiva ficha de assinaturas. E, apenas.

A razão desta norma excepcional em relação ao artigo 78º do RGICSF resulta da constatação prática de que aqueles elementos imprescindíveis de prova do crime de emissão de cheque sem provisão, estão sempre em poder das instituições financeiras, pelo que não faria qualquer sentido no caso inexistir uma norma com este conteúdo, e obrigar as autoridades judiciais na concatenação do artigo 78º e 79º do RGICSF, citados, com os artigos 135º e 182º do CPP, a fazer uma ponderação de interesses sempre essencial e universal para este tipo de crime, que o legislador podia fazer de antemão, como efectivamente acabou por fazer, com a reforma de 1991.

A propósito escreve P. Pinto Albuquerque, no seu Comentário do C.P.P., pags. 373, (...) “no caso de obtenção de elementos de identificação do sacador e da ficha de assinaturas de pessoa indiciada de crime de emissão de cheque sem provisão, o próprio legislador procedeu a um juízo definitivo de prevalência absoluta do dever de colaboração das instituições de crédito sobre o sigilo bancário, nos termos do artigo 13º-A) do DL 454/91, de 28.12, na redacção do Dec.Lei n.º 316/97, de 19.11...”

Outrossim, impõe-se referir que o caso dos autos não cabe nos regimes especiais de restrições ao dever de sigilo bancário, previstos, no art. 60º do DL 15/93, de 22.01 (diploma de Combate à droga), no artigo 63º-B, nº3 do DL 398/98 de 17.12 na redacção dada pela lei n.º 55-B/2004 de 30.12 (Lei Geral Tributária), no artigo 385º, n.º1 al. a) do DL 486/99 de 13.11 (código dos valores mobiliários), no artigo 2º da Lei 5/2002 de 11.01 (Lei de combate à criminalidade organizada) e finalmente no artigo 18º da Lei 25/2008, de 5.06 (Combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo). Afastado o artigo 13º A) do Regime Jurídico-Penal dos Cheques sem provisão, e não estando em causa qualquer dos regimes especiais de autorização legal de quebra do sigilo bancário, cabe analisar as normas anteriormente indicadas como relevantes para solucionar o problema.

As regras de quebra do sigilo do artigo 135º do CPP (e 519 do CPC) são

tidas como o regime geral de autorização legal de quebra do segredo.

Em processo penal a regra é que «são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei» - art. 125.º do C.P.P.

Formula-se neste artigo a regra geral da admissibilidade de qualquer meio de prova. Para que um meio de prova não possa ser usado, terá que a proibição ser estabelecida por disposição legal.

O artigo 32º, n.º8 da CRP estatui “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

O artigo 26º, n.º1 da CRP dispõe “A todos são reconhecidos dos direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

E o n.º2 do artigo 26º da CRP, incumbe a lei de conferir efectiva protecção a esse direito, assim: A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

No número 1 do artigo 126º do CPP, a lei denomina de nulas as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, mediante ofensa à integridade física ou moral das pessoas e proíbe a sua utilização.

O nº 2 enumera situações de provas obtidas com ofensa à integridade física ou moral das pessoas.

O n.º3 do artigo 126 do CPP dispõe que: 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 respectivo titular. (negrito e sublinhado nosso).

Por seu lado, dispõe o artigo 78º do Regime geral das instituições de crédito e sociedades financeiras aprovado pelo Decreto-lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, sob a epígrafe "Dever de segredo": «1- Os membros dos órgãos de administração ou de fiscalização das instituições de crédito, os seus empregados, mandatários, comitidos e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional não podem revelar ou utilizar informações sobre factos ou elementos respeitantes à vida da instituição ou às relações desta com os seus clientes cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços. 2 - Estão, designadamente, sujeitos a segredo os nomes dos clientes, as contas de depósito e seus movimentos e outras operações bancárias. 3 - O

dever de segredo não cessa com o termo das funções ou serviços».

Prevê o art. 79º. do mesmo diploma um regime de excepções ao dever de segredo:

«1 - Os factos ou elementos das relações do cliente com a instituição podem ser revelados mediante autorização do cliente, transmitida à instituição.

2 - Fora do caso previsto no número anterior, os factos e elementos cobertos pelo dever de segredo só podem ser revelados:

a).Ao Banco de Portugal, no âmbito das suas atribuições;

b).À Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, no âmbito das suas atribuições;

c).Ao Fundo de Garantia de Depósitos e ao Sistema de Indemnização aos Investidores, no âmbito das respectivas atribuições;

d).Nos termos previstos na lei penal e de processo penal;

e).Quando exista outra disposição legal que expressamente limite o dever de segredo».

O artigo 84º do RGICSF prescreve que a violação do dever de sigilo bancário é punível nos termos do Código Penal (artigo 195), sem prejuízo de outras sanções aplicáveis.

Dispõe o artigo 135º, n.º1 do CPP que: “Os ministros de religião ou confissão religiosa, e os advogados, médicos, jornalistas, membros de instituições de crédito e as demais pessoas a quem a lei permitir ou impuser que guardem segredo podem escusar-se a depor sobre os factos por ele abrangidos.

As pessoas indicadas nos artigos 135 a 137 apresentam à autoridade judiciária, quando esta o ordenar, os documentos ou quaisquer objectos que tiverem na sua posse e devam ser apreendidos, salvo se invocarem, por escrito, segredo profissional ou de funcionário ou segredo de Estado - artigo 182º, n.º1 do CPP.

Se a recusa se fundar em segredo profissional ou de funcionário, é correspondentemente aplicável o disposto nos números 2 e 3 do artigo 135º e no n.º 2 do artigo 136º - n.º2 do artigo 182º do CPP.

Em face do exposto e do disposto no artigo 78º do RGICSF não há dúvidas que as instituições bancárias estão obrigadas a guardar segredo das informações que possuem, e nomeadamente sobre os nomes dos clientes, as contas de depósito e seus movimentos e outras operações bancárias.

E no caso dos autos, não há qualquer dúvida que esse segredo não foi, voluntariamente, guardado, atentos os específicos elementos revelados.

Decorre dos artigos acima enunciados que tal segredo podia ser quebrado, por duas vias.

Ou pela via da autorização legal (e geral) da quebra de segredo, esquema decorrente da conciliação dos artigos 79º, nº2 al. d) do RGICSF com os artigos

182º, n.ºs 1 e 2 e 135, n.ºs 2 e 3 do CPP, ou através do consentimento do arguido, portador do segredo.

No caso dos autos, os elementos de prova contidos nos documentos de fls. 94 a 108, foram obtidos, a pedido do Ministério Público, sem autorização prévia ou posterior do arguido, isto é sem o seu consentimento.

E foram ainda obtidos sem que a instituição bancária se tenha escusado com o seu dever de segredo e, conseqüentemente, sem que se tenha procedido à consideração da legitimidade da escusa e posterior e superior justificação da escusa, para obtenção dos elementos probatórios - artigo 135º, n.ºs 2 e 3 do CPP.

“No Estado de direito democrático, deve considerar-se que a lei é a expressão temporal do ideal de justiça e, por isso, o juízo sobre a hierarquia de valores tutelados por lei pertence primariamente ao legislador. Tendo o legislador expressamente previsto os termos em que as instituições bancárias devem colaborar na investigação ..., revelando às autoridades judiciárias factos cobertos, em geral, pelo dever de segredo, e estabelecendo também por lei o procedimento para a quebra do segredo para efeitos de investigação criminal, é legítimo admitir que o legislador considerou que, para além dos termos do dever de colaboração expressamente previstos, a quebra do segredo só é lícita nos termos previstos na lei, isto é, através do procedimento expressamente consagrado no artigo 135º, n.º3, do Código de processo penal.» Vide Germano Marques da Silva, in Regime Jurídico-Penal dos Cheques sem provisão, pag. 114.

A falta de licitude da actuação da instituição bancária decorre também do seguinte.

Do artigo 135º do CPP, parece resultar numa primeira análise uma faculdade de escusa, mas bem vistas as obrigações decorrentes do artigo 78º e 79º, da LGICSF, e o interesse público reconhecido na protecção do segredo bancário atenta a tutela penal dispensada à violação deste dever (artigo 195º do CPP, cujo bem jurídico protegido é a privacidade de outra pessoa), está aqui em causa uma verdadeira obrigação de escusa de fornecimento das informações submetidas ao segredo bancário.

Uma verdadeira obrigação de escusa, decorrente não só da redacção de todo o n.º2 do artigo 79º do RGICSF, mas também de a lei penal prever a revelação do segredo profissional, sem consentimento, como crime.

Por outro lado, no seguimento do interesse público acima referido, que resulta expresso na tutela penal dispensada à violação do segredo profissional, o Tribunal Constitucional vem entendendo também que o sigilo bancário não pode deixar de ser um instrumento de garantia do direito à reserva da vida privada.

E fê-lo assim:

No Acórdão 278/95, o Tribunal Constitucional afirmou que “A situação económica do cidadão, espelhada na sua conta bancária, incluindo operações activas e passivas nela registadas, faz parte do âmbito de protecção do direito à reserva da intimidade da vida privada, condensado no artigo 26º, n.º1 da Constituição, surgindo o segredo bancário como um instrumento de garantia deste direito”.

No Acórdão número 442/2007, o Tribunal Constitucional - parafraseando o Ac. n.º 110/1984 de 26 de Novembro do TC espanhol - destacou que, na sociedade moderna, «uma conta corrente pode constituir a ‘biografia pessoal em números’ do contribuinte» (...) e continuou por conta própria, «Através das análise do destino das importâncias pagas na aquisição de bens ou serviços pode facilmente ter-se uma percepção clara das escolhas e do estilo de vida do titular da conta, dos seus gostos e propensões, numa palavra do seu perfil concreto enquanto ser humano. O conhecimento de dados económicos permite, afinal, a invasão da esfera pessoal do sujeito, com revelação de facetas da sua individualidade própria - daquilo que ele é e não apenas daquilo que ele tem. Conhecimento que por sua vez, e para além de tudo o mais, é susceptível de exploração económica (veja-se o florescente mercado de informações sobre dados dos consumidores), propiciando afinadas estratégias de marketing, frequentemente violadoras do direito à reserva, agora na veste de direito a estar só.” - disponível no site do Tribunal Constitucional.

Conclui-se, assim, no referido Acórdão, que o bem protegido pelo sigilo bancário cabe no âmbito de protecção do direito à reserva da vida privada consagrado no artigo 26º, n.º1, da Constituição da República, embora tal segredo se localize «no âmbito da vida de relação, à partida fora da esfera mais estrita da vida pessoal, a que requer maior intensidade de tutela. Ainda que compreendido no âmbito de protecção, ocupa uma zona de periferia, mais complacente com restrições advindas da necessidade de acolhimento de princípios e valores contrastantes».

Do que resulta essencialmente que estando o âmbito de protecção de um tal segredo numa área de periferia se vem também amplamente admitindo a susceptibilidade de restrições [aliás, anteriormente mencionadas (e muitas delas objecto prévio de fiscalização preventiva da constitucionalidade que deram origem a pelo menos a um dos mencionados Acórdãos do TC), quer as resultantes de autorizações legais especiais, por ex. na lei de combate à droga ou no regime de cheques sem provisão, quer as resultantes de autorizações legais gerais de quebra de segredo bancário, estas últimas as previstas no artigo 135º e do CPP e 519 do CPC] a esse segredo impostas pela necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos,

como sejam a efectiva perseguição da criminalidade grave ou altamente organizada.

No caso presente, foi quebrado o dever de segredo bancário, pela instituição bancária E... dos Açores. Essa quebra de segredo não teve na sua origem o consentimento do arguido recorrente, no caso portador do segredo, nem esteve na sua génese, igualmente, o procedimento expressamente consagrado no artigo 135º, n.º3, do Código de processo penal, sendo que é nosso entendimento que só neste procedimento haveria de ser efectuada a ponderação judicial sobre a necessidade e proporcionalidade da quebra de sigilo em relação à gravidade dos crimes em investigação.

Por outro lado, como vimos, o bem protegido pelo sigilo bancário cabe no âmbito de protecção do direito à reserva da vida privada consagrado no artigo 26º, n.º1, da Constituição da República. Assim, atento o exposto em consequência da quebra do sigilo bancário pela instituição bancária, em desobediência do procedimento legalmente imposto, foi violado o direito do portador do segredo à reserva da sua vida privada.

Por outro lado, em consequência dessa violação foram obtidos documentos importantes para a condenação do arguido (pois deles se retira definitivamente a conclusão de que a quantia de 148.000,00€ veio afinal a entrar na conta do arguido ali identificado).

Aliás a fundamentação de facto da sentença em análise refere a este propósito: “Foram relevantes os seguintes meios probatórios ...- os documentos bancários de fls. 94 a 108, no que tange à titularidade pelo arguido D... de uma conta junto do E... e do depósito em numerário de € 148.000,00 em 06/02/2004;”

E ainda que constante da parte em que o Tribunal refere a motivação dos factos não provados relativamente aos arguidos absolvidos, o certo é que o Tribunal expôs a sua motivação nestes termos: “Visto numa outra perspectiva, caso todos os demais arguidos, que não o arguido D... tivessem os seus propósitos criminosos, e com eles tivessem mancomunados, o trajecto seguido por aqueles títulos de crédito - visto à luz das regras da experiência comum, as que regem a conduta do homem médio - decerto seria diverso, nomeadamente na sua “parte final”, isto é na repartição dos activos e dos débitos; isto porque visto o resultado da operação bancária, o activo foi depositado em numerário na conta do arguido D... e o débito foi operado na conta do arguido B..., que por tal foi já condenado no pagamento de tal quantia.

Pois não podemos esquecermos que o arguido D..., tal como os demais arguidos era, à data do depósito dos cheques sacados sobre a “F...”, titular de uma conta junto do E... e, assim, não necessitaria de empreender todos os

movimentos bancários levados a cabo para aceder ao valor titulado nos referidos cheques, bastava depositá-los na sua conta; todavia, conhecendo a sua proveniência e querendo alcançar o desiderato de enriquecer ilegitimamente necessitou criar uma “teia” labiríntica para tentar iludir o seu verdadeiro intuito e eximir-se de qualquer responsabilidade.

Não há assim quaisquer dúvidas que aqueles documentos foram considerados, como prova da condenação.

Estão assim reunidos os pressupostos de verificação de uma prova obtida mediante intromissão não consentida na vida privada do seu titular, pelo que tal prova é nula, nos termos do artigo 26º, n.º3 do CPP,

Pode, então, este documento ser considerado para o efeito que foi usado pela primeira instância ou, inversamente, dado que incorpora uma proibição de produção de prova, é uma prova nula e não pode ser utilizada?

A propósito Costa Andrade, 2004: págs. 240 e 241 defende, em relação à testemunha obrigada a segredo profissional (situação que segue o mesmo regime de quebra de segredo dos documentos obtidos através do Banco), que não tenha invocado o seu direito a escusa, “a existência de uma irrestrita proibição da produção de prova e uma proibição de valoração de prova se o segredo pertence ao acusado e sustenta a sua condenação”, citado por Paulo Pinto de Albuquerque no seu Comentário do Código de Processo Penal, pág. 374, embora o mesmo P. Pinto de Albuquerque se pronuncie nessa mesma página em sentido diverso.

Do exposto e acompanhando o pensamento de Costa Andrade entendemos que a produção da prova em causa nos termos em que foi obtida é proibida e a sua valoração ou utilização igualmente proibida para a condenação do arguido, ao abrigo dos artigos 126º, n.º3 do CPP, por o processo de obtenção não seguir o procedimento legal (artigos 182 e 135º, nºs 2 e 3 do CPP), por obtida mediante intromissão na vida privada do arguido, sem o seu consentimento e por na sua génese ter a violação de um dever imposto à instituição que colocou tal prova nos autos.

Concluímos, assim, que estamos perante uma prova proibida, que não pode ser valorada, pelo que cumpre averiguar qual a consequência desta decisão no processo.

Nos termos do artigo 32º, n.º8 da CRP as proibições de prova dão lugar a provas nulas.

Nos termos do artigo 118º, n.º 3, do CPP as disposições do capítulo das nulidades não prejudicam as normas deste código relativas a proibições de prova.

“Nesta matéria o Código consagrou ainda as denominadas proibições de prova como sanção adequada para os casos em que, tendo havido violação dos

critérios legalmente estipulados para a produção e aferição dos meios de prova, se entendesse estar fora de causa a aplicabilidade automática do regime das nulidades, com a conseqüente destruição de todo o processado”, vide Maia Gonçalves, in Código Processo Penal. 17ª Edição, 2009, pag. 325. A nulidade das provas proibidas obedece a um regime distinto da nulidade insanável e da nulidade sanável. Trata-se de um regime complexo, que distingue dois tipos de proibições de provas, consoante as provas atinjam a integridade física e moral da pessoa humana ou a privacidade da pessoa humana. A nulidade da prova proibida que atinge o direito à integridade física e moral previsto no artigo 126º, n.ºs 1 e 2 do CPP é insanável. A nulidade da prova proibida que atinge os direitos de privacidade previstos no artigo 126º, n.º3 é sanável pelo consentimento do titular do direito. Vidé Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP Anotada, Volume I, pags. 524.

De acordo com P. Pinto de Albuquerque (pags. 326 e 327 do seu Comentário do CPP) o consentimento pode ser dado ex. ante ou ex post facto. Contra Maia Gonçalves, Obra cit. Pag. 326 que entende não poder haver provas nulas, por obtidas mediante métodos proibidos, cuja nulidade seja sanável mediante consentimento ex post facto, que no dizer do autor seria um “consentimento” espúrio, porque consentimento pressupõe anterioridade.

Mas, continua P. Pinto de Albuquerque, se o titular do direito pode consentir na intromissão na esfera jurídica do seu direito, ele também pode renunciar expressamente à arguição da nulidade, com conseqüências no regime de conhecimento de tais nulidades, que neste caso concreto (nulidade que atinge os direitos à privacidade previstos no artigo 126º, n.º3 do CPP) só pode ser conhecida a requerimento do titular do direito infringido. Concordamos aqui, inteiramente, com P. Pinto de Albuquerque, pois nos parece que a sua tese, afastando, afigura-se-nos, o regime do artigo 120º, do CPP, é toda ela construída sobre o enunciado dos artigos 32º, n.º8 da CRP, 126º e 118º do CPP, tirando deles as devidas ilações lógicas.

Assim, inexistindo consentimento do recorrente para obtenção da prova em causa, e tendo sido o mesmo (titular do direito violado) quem arguiu a nulidade de tal prova, e podendo tal nulidade ser conhecida (e arguida) em qualquer fase do processo, temos tal prova por nula, o que se declara.

«As nulidades tornam inválido o acto em que se verificarem, bem como os que dela dependerem e aquelas puderem afectar» - art. 122º, nº 1, do C.P.P.

A sentença fundada em provas nulas é também ela nula, nos termos do artigo 122º, n.º1 do CPP.

O fundamento de recurso da sentença para conhecimento de uma nulidade de prova reside no artigo 410º, n.º3 do CPP, pelo que a procedência da nulidade tem como conseqüência a repetição da sentença pelo tribunal recorrido, sem a

ponderação da prova proibida.

Assim, pelo exposto declara-se nula, a prova consubstanciada nos documentos de fls. 94 a 108, que, por isso, não pode ser utilizada, e, em consequência nula a sentença proferida que a levou em conta para a condenação do arguido, devendo ser elaborada nova sentença sem a ponderação da prova proibida, afigurando-se-nos que o depoimento do arguido/recorrente pode ter uma outra valoração, atento o relevante conteúdo das suas declarações, consoante transcrições juntas em recurso.

Procede, deste modo, a questão colocada, cuja procedência prejudica o conhecimento de todas as demais e, bem assim, da restante questão (em análise) suscitada pelo recorrente.

*

III- Decisão.

Pelo exposto, acordam os juízes desta secção do Tribunal da Relação do Porto em julgar parcialmente procedente o recurso interposto pelo recorrente D..., declarando nula, a prova consubstanciada nos documentos de fls. 94 a 108, que, por isso, não pode ser utilizada, e, em consequência nula a sentença proferida que a levou em conta para a condenação do arguido, devendo ser elaborada nova sentença sem a ponderação da prova agora declarada nula. Consequentemente, fica prejudicado o conhecimento das demais questões suscitadas pelo recorrente e bem assim da restante questão suscitada.

*

Sem custas.

*

Processado em computador e revisto pela relatora - artigo 94º, n.º 2, do C.P.P.
Porto, 23 de Fevereiro de 2011
Maria Dolores da Silva e Sousa
José João Teixeira Coelho Vieira