

INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA



O Limite da Aquisição da Prova no Processo Disciplinar:

Papel do Instrutor

Luís Amorim da Cunha

Comissário

Trabalho individual final

5.º Curso de Comando e Direção Policial

Estudo teórico

Lisboa, 22 de julho de 2022

Resumo

O ponto de partida para este estudo teórico, foi o facto de o Estatuto Disciplinar da Polícia de Segurança Pública, aprovado em anexo à Lei 37/2019, de 30 de maio, prever no seu artigo 71º que, com as devidas adaptações, sejam aplicadas ao processo disciplinar todas as disposições do Código do Processo Penal, referentes à recolha, produção e custódia da prova. Esta imposição legal levou-nos a questionar quais os limites da prova naquele processo. Para resposta ao problema que formulamos, utilizamos como método a pesquisa bibliográfica, a análise de trabalhos científicos e de artigos publicados em revistas da especialidade, alguns acórdãos proferidos por tribunais sobre a matéria e ainda diplomas legislativos. Concluimos que, pese embora ao processo disciplinar se apliquem, com as devidas adaptações, todas as disposições do Código de Processo Penal, referentes à recolha, produção e custódia da prova, este processo não admite ao instrutor a recolha de toda prova suscetível de ser produzida nos termos daquele código.

Palavras-chave: nulidade, obtenção de prova, processo disciplinar

Abstract

The starting point for this theoretical study was the fact that the Disciplinary Statute of the Polícia de Segurança Pública, approved in an annex to Law 37/2019, of 30 May, provides in its article 71 that, with the necessary adaptations, be applied to the disciplinary process all the provisions of the Criminal Procedure Code, referring to the collection, production and custody of evidence. This legal imposition led us to question the limits of evidence in that process. In order to answer the problem that we have formulated, we used as a method the bibliographic research, the analysis of scientific works and articles published in specialized magazines, some judgments handed down by courts on the matter and even legislative diplomas. We conclude that, although all the provisions of the Criminal Procedure Code, referring to the collection, production and custody of evidence, are applied to the disciplinary process, with the necessary adaptations, this process does not allow the instructor to collect all evidence susceptible of being produced. under that code.

Keywords: disciplinary proceedings, nullity, obtaining evidence

Introdução

A questão da prova em processo sancionatório *lato sensu*, quanto aos seus métodos de aquisição, validação ou proibição, tem sido objeto de apurados estudos teóricos, ficando demonstrada a sua direta relação com o respeito pelos direitos, liberdades e garantias constitucionais do arguido.

No âmbito do presente estudo teórico, delimitado que se encontra à particularidade da admissibilidade da prova, podemos referir à priori que “o direito penal e o direito disciplinar são ambos direitos punitivos, mas distinguem-se pela natureza da sanção e pelos fins que cada um prossegue” (Silva, 1997, p. 129).

Todas as teorias que encontramos e que nos levaram a escolher o objeto de estudo, apontam para situações de proibição taxativas de prova, considerando o princípio da legalidade, e meios de obtenção de prova, e ainda para nulidades de prova e meios de prova que, em algumas circunstâncias, se apresentam suscetíveis de suprimento por parte do titular do direito ou bem jurídico violado.

Estas teorias têm aplicação concreta no processo disciplinar na Polícia de Segurança Pública (PSP), face às suas exigências *ad probationem*. Isto levou-nos a questionar até onde a lei permite ao instrutor a liberdade para recolher e produzir prova, ou seja, o *thema probandum*, no âmbito da lide que esteja a ser averiguada em determinado processo.

Formulamos, então, o seguinte problema:

Considerando que o Estatuto Disciplinar da PSP (EDPSP), aprovado em anexo à Lei n.º 37/2019, de 30 de maio, prevê no seu artigo 71.º, a aplicação ao processo disciplinar, “com as devidas adaptações, de todas as disposições do Código de Processo Penal referentes à recolha, produção e custódia da prova” (n.º 1), “com exceção da realização de escutas telefónicas” (n.º 2), quais os limites legais impostos ao instrutor naqueles procedimentos?

Para o alcance do objetivo deste estudo teórico, assentamos a nossa metodologia na procura e análise de obras de referência, doutrinárias e jurisprudenciais, nas áreas científicas dos Direitos Constitucional, Processual Penal e Disciplinar. Foram também pesquisados trabalhos em sites de referência, bem como artigos publicados em revistas científicas da especialidade e ainda legislação nacional. Será também feito um breve estudo de direito comparado com o normativo disciplinar que rege as relações laborais no

Cuerpo Nacional de Policía, em Espanha, por ser uma força com características idênticas às da PSP.

Consideramos o presente estudo pertinente, uma vez que, após as exaustivas consultas efetuadas, não nos foi possível verificar pela existência de qualquer trabalho, ou publicação científica, que se dedicasse à abordagem da temática ora em crise, além de ser um tema suscetível de contribuir para melhorar a qualidade técnica do trabalho instrutório na justiça disciplinar da PSP, fonte de garantia do cumprimento dos princípios da função institucional legalmente definida, o que o torna relevante para a segurança interna, uma vez que “a conduta policial tem de se estribar exatamente dentro destes princípios” (Cipriano, 2003, p. 109).

Por outro lado, é uma temática reconhecidamente importante para a imagem institucional, conforme se encontra plasmado no ponto 5.5, da Estratégia PSP/20/22, que aposta, para aquele efeito, na “responsabilização dos polícias que (...) violem as suas obrigações.

Estado da Arte

Contextualização teórica

Nos termos do artigo (art.º) 341º, do Código Civil (CC), à prova, a lei atribuí a função de demonstrar a realidade dos factos, considerada num sentido imediato ou restrito. Por seu turno, o n.º 1, do art.º 124.º, do Código do Processo Penal (CPP), que se apresenta em sentido lato ou mediato, estabelece que a prova não deverá ou poderá incidir apenas sobre os elementos acidentais e essenciais da infração, mas sim sobre toda a matéria que se configura objeto do processo, ou seja, por tudo o que é alegado pela acusação ou pela defesa.

De acordo com Valente (2020, p. 45), “A prova é fundamento material de um facto com relevância jurídica subsumível a uma norma que se afirma como dimensão positiva de um valor”. Por outro lado, e como nos ensina Silva (1999, p. 92) “a prova, entendida como atividade é também garantia de um processo justo, de eliminação do arbítrio” e cuja conclusão “(...) é a demonstração da realidade dos factos e é um juízo de certeza” (Ferreira, 1986, p. 205), aqui interpretada na sua dimensão mediata ou em sentido lato.

Os meios de obtenção de prova, ou seja, a forma, meios ou procedimentos através dos quais se carrega a prova para o processo têm, forçosamente, sob pena da sua nulidade, de respeitar os limites previstos no n.º 1, do art.º 126.º, do CPP, por referência ao disposto no n.º 8, do art.º 32.º, da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Como nos mostra Ferreira (1986, p. 208) “Os meios de prova são pessoas ou coisas, e a prova diz-se então prova pessoal e prova real” e “os meios de obtenção de prova não são, de per si fonte de convencimento, mas permitem obter coisas ou declarações dotadas de aptidão probatória” (Silva, 1999, p. 95).

A prova pode ter finalidades ofensivas ou defensivas e esta distinção “não deve ser considerada dependente nem da questão de saber quem a obteve ou (...) quem requer a admissão da prova nem da finalidade com que a sua admissibilidade foi requerida” (Aguilar, 2018, p. 286).

Assim, a prova deverá ser considerada ofensiva quando a mesma seja na sua totalidade “desfavorável ao agente, seja ela destinada a obter a sua condenação (...) seja ela demandante de uma mais severa punição” (Aguilar, 2018, p. 286). Em sentido inverso, Aguilar (2018, p. 286) refere que a prova defensiva será toda aquela que seja “favorável ao agente, seja ela destinada a demonstrar a inocência, a suscitar uma dúvida razoável quanto à sua culpabilidade, em qualquer dos casos procurando obter a sua absolvição (...) ou, ainda mais simplesmente, a conseguir uma menos gravosa punição”.

Em termos doutrinários, prova há que pode ser em simultâneo e sincronicamente ofensiva-defensiva numa vertente tridimensional, ou seja, quando “for ambíguo, o sentido da prova, (...) quando a mesma prova implicar para o mesmo agente uma consequência favorável e uma consequência desfavorável, (...) [e por fim] quando a mesma prova for ofensiva para um agente e defensiva para outro agente” (Aguilar, 2018, p. 287).

No processo disciplinar na PSP, enquanto construção processual forçosamente transparente e honesta, a aquisição e valoração da prova rege-se por princípios legais, estes entendidos enquanto orientações gerais e abstratas, na aplicação do direito, por parte do Estado. Pelas delimitações do trabalho, analisaremos apenas aqueles princípios que se nos apresentam mais relevantes para o estudo.

Começamos então pelo princípio da competência. Este princípio, de extrema e vital importância para o processo disciplinar, prescreve que só a partir de um despacho emitido pela entidade competente se pode instruir licitamente o processo disciplinar. Como tal, a recolha, tratamento e validação da prova, por parte do instrutor, encontra-se subordinada à existência de um despacho habilitante de sentido bidirecional: determinar a instauração do processo disciplinar, por um lado, e, por outro lado, que nomeie instrutor.

O princípio da legalidade da competência exige uma norma, despacho ou ato jurídico-administrativo habilitante prévio, que determine a competência, uma vez que nos termos do n.º 1 do art.º 3.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA) “os órgãos

da Administração Pública devem atuar dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos”.

Segundo Morais (2002, p. 127) “A competência pode ser definida como a atribuição a um órgão, com eventual exclusão dos demais, do poder funcional de aprovar atos jurídicos públicos no âmbito de uma determinada matéria e nos limites de um determinado espaço”.

Na PSP, nos termos do art.º 62.º do EDPSP, apenas “são competentes para instaurar ou mandar instaurar o procedimento disciplinar, os superiores hierárquicos que exerçam funções de comando, direção ou chefia, referidos no anexo II do estatuto” e esta “fixa-se no momento em que é praticado o ato que dá origem à punição, e não se altera pelo facto de posteriormente cessar a subordinação”, de acordo com o previsto no n.º 5, do art.º 58º, do EDPSP.

O princípio do ónus da prova que incumbe à administração pública, retira ao arguido qualquer obrigação de provar a sua inocência, para dela poder beneficiar. Isso mesmo se retira do Acórdão (2008), quando refere que a par das regras “do ónus da prova, em processo disciplinar (...) vigora o princípio da presunção da inocência do arguido, competindo ao titular da ação disciplinar (...) o ónus da prova dos factos constitutivos da infração imputada ao arguido”.

A produção da prova necessária à formulação da verdade material e a sua cautela será, sem prejuízo dos direitos que assistem ao arguido, da responsabilidade do instrutor, de acordo com o que resulta da conjugação dos artigos 83.º, 85.º, 97.º e 99º, todos do EDPSP.

Outro princípio essencial na valoração da prova é o princípio do contraditório. Este princípio, com enquadramento constitucional do n.º 1 do art.º 32.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), assegura ao arguido “todas as garantias de defesa”.

Estas garantias englobam “indubitavelmente todos os direitos e instrumentos necessário e adequados para o arguido defender a sua posição e contrariar a acusação” (Canotilho & Moreira, 2007, p. 516), e que se traduz “na adoção de uma determinada estratégia processual (...) [que] deve ser exercido de forma efetiva e eficaz”, (Miranda & Medeiros, 2017, p. 517).

O princípio agora em análise, “traduz-se (...) [num] debate ou discussão entre acusação e a defesa” (Silva, 2000, p. 77), sendo, pois, “essencial para a valoração da prova em termos tais que a prova que não lhe for submetida não vale para formar a convicção” (Silva, 1999, p. 98). A ausência de contraditório no processo disciplinar na PSP, é, nos

termos do n.º 1 do art.º 74º do EDPSP, uma nulidade insuprível, o que “do ponto de vista sobretudo prático, (...) [constitui] o fenómeno mais importante da inviabilidade processual” (Correia citado por Sacoji, 2020, p. 75).

O Princípio do *in dubio pro reo* relaciona-se com a prova no sentido que, se esta não for capaz de demonstrar, sem margem para dúvidas, a prática dos factos, impõe-se, nestes termos, “que, (...) a dúvida sobre o objeto do processo – facto – se deve decidir em favor do arguido” (Valente, 2010, p. 176).

Como já tivemos ocasião de referir e face à complementaridade dos princípios, deve partir-se “da inocência do acusado, e não da sua culpabilidade, [pois] cabe à acusação a desconstituição do estado de inocência” (Giacomolli, 2014, p. 96), sendo certo que “a dúvida sobre a culpabilidade do acusado é a razão de ser do processo” (Miranda & Medeiros 2017, p. 526).

Já o princípio da liberdade da prova é outra característica do processo disciplinar na respetiva produção de prova. Aqui, “Os intervenientes, defesa e a acusação, podem fazer uso de todos os meios de prova, sejam eles típicos ou atípicos, para poderem provar todos os factos relevantes para o processo, desde que esse meio seja idóneo e legítimo” (Gonçalves, 2013, p. 13).

O princípio da livre apreciação da prova, cuja previsão legal se encontra plasmada no art.º 127.º do CPP, é garantido ao instrutor pela sua aplicação subsidiária prevista no art.º 7º do EDPSP.

Como nos refere Gonçalves (1996, p. 262), com o qual concordamos, “a livre apreciação da prova não se confunde de modo algum com a apreciação arbitrária da prova nem com a mera impressão gerada no espírito do julgador pelos diversos meios de prova”. Também para Ferreira (1986, pp. 211-212), “a apreciação das provas no sistema da livre convicção (...) não consiste na afirmação do arbítrio (...) mas vinculada aos princípios em que se consubstancia o direito probatório e às normas de experiência, de lógica, regras incontestáveis de natureza científica (...)”.

É, *conditio sine qua non*, que na prova disponível para livre apreciação, o instrutor tenha em consideração que “a prova livre tem como pressupostos valorativos a obediência a critérios da experiência comum e da lógica do homem médio suposto pela ordem jurídica, (Gonçalves, 1996, p. 262). Assim, “a livre apreciação da prova não deve, pois, ser entendida como uma operação puramente subjetiva”, devendo obedecer a uma valoração “racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica” (Silva, 1999, p. 126).

Também as teorias da valoração da prova, sua custódia e suficiência, são aspetos importantes a considerar em sede deste estudo.

A valoração da prova obedece ao princípio do acusatório e tem proteção constitucional no n.º 5, do art.º 32.º, da CRP. É com base neste normativo que é reconhecido e garantido ao arguido, enquanto sujeito processual, “a efetiva liberdade de atuação para exercer a sua defesa” (Miranda & Medeiros, 2017, p. 529).

É reconhecido tanto na doutrina como jurisprudência, que com a acusação se fixa o objeto do processo, isto é, é com a acusação que o arguido fica, efetivamente, a conhecer os factos que lhe são imputados e o respetivo enquadramento jurídico-sancionatório. Como refere Giacomolli (2014, p. 112), “o direito de defesa integra a própria condição humana” na aceção que lhe é conferida pelo art.º 1.º da CRP. Trata-se, pois, “de uma garantia essencial do julgamento independente e imparcial” (Canotilho & Moreira, 2007, p. 523), e onde a justificação ou condenação de uma ação humana como típica, ilícita, culposa e punível “é um juízo complexo, que interrelaciona a lógica, a moral e a ação social” (Palma, 2019, p. 257).

O direito de defesa do arguido no processo disciplinar encontra previsão no n.º 10, do art.º 32º, da CRP, segundo o qual “(...) em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa”. O exercício deste direito é complementado com o “direito de ser informado da acusação, de forma clara, precisa e compreensível” (Giacomolli, 2014, p. 119). Desta forma, “o direito de audiência e defesa deve considerar-se inerente a todos os procedimentos sancionatórios, incluindo os de natureza privada (disciplina laboral, disciplina das organizações coletivas, etc.) como regra inerente à ordem jurídica de um Estado de direito” (Canotilho & Moreira, 2007, p. 526).

Por seu turno, a custódia de prova destina-se a garantir a salvaguarda da integridade dos elementos probatórios. Nestes termos, não “é uma prova resultado, não é um meio de prova e não pode ser considerado um meio de obtenção de prova (...) [,] é uma técnica jurídico-científica processual que tem como fundamento [e pressuposto], fim e limite conservar a identidade (originalidade) e a autenticidade (integridade) da prova recolhida (...)” (Valente, 2020, pp. 51 e 93), abrangendo, obviamente, a prova requerida ou produzida pelo arguido. Até porque, “na perspetiva do arguido, o direito à prova é uma consequência do seu direito de defesa, de defender-se provando” (Silva, 1999, p. 112).

Outro ponto essencial que, no nosso entender, o instrutor deve observar relativamente à prova é o conceito de indícios ou indiciação suficiente para a justificação da verdade material. Assim, de acordo com Silva (1999, p. 99) “por indiciação suficiente

entende-se a possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, em razão dos meios de prova já existentes, uma pena ou medida de segurança; a prova é a certeza dos factos”.

Transpondo este entendimento para o processo disciplinar, com o qual se concorda, verifica-se que o valor indiciário da prova vai condicionar a decisão do instrutor quanto à proposta para o desfecho do processo: ou propõe o arquivamento, finda a instrução, se considerar os indícios insuficientes, entendendo-se para esse efeito o n.º 2, do art.º 283.º, do CPP *ex vi* do art.º 7º do EDPSP, sem prejuízo da proposta surgir na sequência de a prova levar a concluir que os factos não constituem infração disciplinar – n.º 1, do art.º 86.º, do EDPSP; ou, finda a instrução, deduz acusação nos termos do n.º 4, do art.º 86.º, do EDPSP ou propõe a suspensão do processo, nos termos do n.º 3, do art.º 86.º conjugado com o art.º 87.º, ambos do EDPSP.

O papel do instrutor no contexto teórico

É espectável que o instrutor, *ab initio et finem*, seja o sujeito processual que garanta a legalidade do processo, nomeadamente a legalidade da recolha, produção e validação da prova e que a sua atuação se reja por princípios éticos e legais, aos quais se encontra vinculado por força do previsto no n.º 2, do art.º 266.º e n.º 1, do art.º 272.º, ambos da CRP.

Antes de mais, o instrutor deve encarar o seu papel com lealdade, porque “a lealdade é um valor moral que assenta no respeito de outrem e no reconhecimento de direitos e deveres igualitários” (Valente, 2010, p. 197) e está, ética e deontologicamente, obrigado a afastar qualquer influência da vontade de punir ou de ilibar, porquanto “O processo destina-se à aplicação do direito; a aplicação do direito tem por objeto a realidade dos factos” (Ferreira, 1986, p. 203), e não os *animus* dos sujeitos processuais.

O Princípio da lealdade processual, pela sua natureza ética e deontológica, apresenta-se como um pilar da justiça sancionatória, daí que Silva (1999, p. 161) refira com total legitimidade que “a lealdade pretende imprimir a priori toda uma atitude de respeito pela dignidade das pessoas e da justiça e nessa perspetiva é fundamento da proibição de prova”.

Outro princípio orientador do trabalho instrutório é o da celeridade processual, como corolário do princípio da presunção da inocência (Valente, 2010, p. 173). Este princípio, decorrência do n.º 2, do art.º 32.º, da CRP e com acolhimento supraconstitucional no art.º 6º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, traduz-se no “direito a ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa” (Miranda & Medeiros, 2017, p. 527).

Um outro princípio que preside às normas processuais é o da economia processual, o qual se consubstancia na “proibição da prática de actos inúteis” (acórdão, 2009). Este princípio obriga o instrutor a excluir atos não necessários, tendo subjacente os interesses de uma justiça rápida, eficaz e eficiente, devendo o processo “comportar apenas os atos indispensáveis na execução do processo” (Sousa, 2014, p. 62).

O princípio de obrigatoriedade de investigação de todas as condutas que se possam subsumir ao conceito de infração disciplinar previsto no art.º 3.º do EDPSP, resulta do preceituado no art.º 68.º daquele mesmo diploma. Este princípio da investigação “sofre as limitações impostas pelos princípios da necessidade, pois só são admissíveis os meios de prova cujo conhecimento se afigure necessário para a descoberta da verdade (...)” (acórdão, 2021).

No EDPSP, este princípio tem reflexo no n.º 1, do art.º 70.º, de acordo com o qual “A forma dos atos, quando não seja regulada por lei, ajusta-se ao fim em vista e limita-se ao indispensável”.

A economia processual não entra em conflito com o princípio do inquisitório, previsto no art.º 58.º do CPA, uma vez que o n.º 1, do art.º 83º, do EDPS, estabelece que “o instrutor procede (...) às diligências convenientes para a instrução, designadamente ouvindo o participante, o queixoso, o denunciante e as testemunhas, procedendo a exames e mais diligências que possam esclarecer a verdade (...)”. Este princípio do inquisitório “implica para a Administração um poder-dever de ação na procura, seleção e avaliação dos factos que considera relevantes para o procedimento e seu desfecho final” (acórdão, 2019).

O princípio da tutela da prova, previsto no art.º 85.º do EDPSP, implica que o instrutor, desde o momento da sua nomeação, deve levar a cabo, enquanto poder-dever, todas “as providências adequadas para que não se possa alterar o estado dos factos e documentos em que se descobriu ou se presume existir alguma irregularidade, nem subtrair as provas desta”.

Ainda relativamente à prova, e no âmbito do direito da livre apreciação, o instrutor tem de ter em conta que nem toda a prova se encontra disponível. Apenas se admite a livre apreciação da prova relativamente à qual a lei não dispuser de forma diferente (art.º 127º do CPP).

A exceção a tal regra recai no valor probatório dos documentos autênticos, prevista no art. 169.º do CPP, e na prova pericial, prevista no art.º 163.º do CPP (Gonçalves, 1996, p. 262).

No processo disciplinar na PSP, encontra-se ainda subtraída à livre apreciação do instrutor, a prova dos factos e seus autores, resultante de decisão judicial condenatória, conforme n.º 5, do art.º 6º, do EDPSP.

O instrutor está vinculado ao tema da prova, entendendo-se como tal “os factos que devem ser provados, e em princípio são todos os factos juridicamente relevantes para o processo” (Ferreira, 1986, p. 205).

A característica atípica da norma disciplinar (que abordaremos singelamente mais à frente num breve estudo comparativo com um caso espanhol) é outra particularidade que requer cautelas do instrutor, em especial no momento da categorização dos factos como sendo integrantes da prática de infração disciplinar. Este não pode esquecer que aquela atipicidade não é sinónimo de arbitrariedade e que a necessidade de reserva de lei, ou seja, a “conexão entre liberdade e lei (...) que remonta ao constitucionalismo liberal” (Miranda, 2000, p. 327), é incontornável na constatação da infração disciplinar (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).

Este princípio da legalidade, previsto no art.º 60.º, n.º 1, do EDPSP e enformador de todo o ordenamento jurídico nacional, “possibilita o prévio conhecimento dos fatos típicos e das penas, garantindo que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta” (Avila & Azileiro, 2012, p. 31), sendo certo que, num Estado de Direito é “inconcebível condenar alguém sem uma previsão jurídica” (Tzistzis, 1999, p. 19).

A fixação do objeto da investigação e do objeto do processo, são duas fases que condicionam o trabalho do instrutor, relativamente à produção da prova.

No nosso exercício hermenêutico, entendemos que o âmbito da investigação disciplinar é fixado pelo despacho que determina a instauração do processo disciplinar, ou seja, fica limitado aos factos que deram origem ao processo disciplinar, por força dos artigos 61º e seguintes do EDPSP e, como tal, a prova a recolher será a relacionada com o tema. Caso o instrutor, durante a investigação, se depare com novos factos indiciários que, de acordo com a sua perspetiva, constituam infração disciplinar e que não se apresentem suscetíveis de serem enquadrados no espírito que originou o despacho de instauração de processo disciplinar, fica sujeito ao dever imposto pela al.^a b), do n.º 1, do art.º 15.º do EDPSP.

Esta questão não prejudica o respeito pelo princípio da unidade processual, previsto no n.º 1, do art.º 66.º, do EDPSP, porque “a lei pretende que as infrações disciplinares de que haja conhecimento até ao momento da decisão (...) sejam apreciadas todas num mesmo processo” (Oliveira, 1998, p. 232), podendo o instrutor socorrer-se da figura da

apensação prevista no n.º 2, do art.º 76.º, do EDPSP, sem prejuízo da prevalência do interesse na aplicação da justiça disciplinar, previsto no n.º 4 do mesmo preceito.

Por outro lado, e considerando o princípio da segurança jurídica, “a acusação fixa o objeto do processo” (Valente, 2020, p. 93) e, por esse facto, “Na decisão não podem ser invocados factos não constantes da acusação nem referidos na resposta do arguido, exceto quando excluam, dirimam ou atenuem a sua responsabilidade disciplinar”, de acordo com o n.º 5, do art.º 101.º, do EDPSP.

Hipóteses conceptuais

Aqui chegados, e na procura da resposta ao problema inicialmente formulado, articulamos as seguintes hipóteses:

Hipótese expectável: Apesar de no processo disciplinar na PSP, nos termos do nº 1, do artigo 71º, do EDPSP, aprovado em anexo à Lei 37/2019, de 30 de maio, serem admissíveis todas as disposições do Código do Processo Penal, referentes à recolha, produção e custódia da prova, este processo não permite ao instrutor a recolha de toda prova suscetível de ser produzida nos termos daquele código, incluindo as escutas telefónicas.

Ponderamos uma hipótese alternativa: O Processo disciplinar na PSP admite, ao instrutor, a recolha de toda a prova capaz de ser produzida nos termos do Código do Processo Penal, porque o Estatuto Disciplinar da PSP, aprovado em anexo à Lei 37/2019, de 30 de maio, permite, através do nº 1, do artigo 71º, com as devidas adaptações, todas as disposições daquele código, referentes à recolha, produção e custódia da prova, com exceção das escutas telefónicas.

Perspetivas e Diretrizes

Relações das teorias com o objeto do estudo

As teorias que serviram de base a este estudo, relacionam-se diretamente com a prova no processo disciplinar na PSP, nomeadamente no que à sua recolha, produção e custódia diz respeito. No entanto, nunca devemos desconsiderar que “a realização da justiça do caso é um valor constitucional, mas não é um valor absoluto, que possa ser perseguido de qualquer forma” (Miranda & Medeiros, 2017, p. 535).

É assim “manifesto que com a proibição de prova se pode sacrificar a verdade” (Silva, 1999, p. 116), mas num Estado de Direito esta não pode ser alcançada a qualquer preço. O respeito pelos limites legais da obtenção da prova, que são pressupostos de *fumus boni iuris*, representam a fronteira a partir da qual não é possível avançar na descoberta da verdade material.

Uma das formas de garantir a viabilidade de um processo, passa por assegurar que a prova produzida é legalmente admissível em toda a sua extensão. Não sendo admissível, logo será proibida. Esta expressão “abrange (...) [a] proibição de aquisição de prova e a proibição de valoração da prova” (Sacoji, 2020, p. 62). De acordo com Silva (1999, pp. 73 e 116), “A proibição da prova corresponde à sua inadmissibilidade no processo, isto é, não pode ser tida em conta para os fins do processo” (...) e por esse facto “é um dos meios de que a lei se serve para proteger os cidadãos contra ingerências abusivas nos seus direitos”.

O limite da prova no processo disciplinar deve ser entendido em duas perspetivas: a sua proibição e a sua nulidade. As primeiras têm “como fundamento básico o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto as (...) [segundas] se reportam à legalidade e a questões formais ou ligadas à economia processual” (Oliveira, 2011, p. 280).

Na perspetiva da proibição, começamos pelos métodos proibidos de prova, previstos no art.º 126º do CPP, “por se tratar da manifestação mais inequívoca e normativamente mais consistente e congruente (...) de proibição de prova” (Andrade, 1992, p. 209). Aqui se enquadram todas as provas obtidas mediante tortura, coação ou ofensa à integridade física ou moral das pessoas (n.º 1, do art.º 126.º, do CPP e n.º 8, do art.º 32.º, da CRP). Mas muito importante é também o facto do consentimento do visado não colmatar a proibição do método de prova, se este violar a ofensa e integridade física e moral das pessoas (n.º 2, do art.º 126º, do CPP), pois “parece ser hoje pacífico o entendimento que a sua proibição aproveita tanto ao arguido, como às testemunhas e peritos” (Andrade, 1992, p. 212), e que “como métodos proibidos de prova hão de (...) valorar-se os demais atentados que realizam a mesma danosidade de afronta à dignidade humana” (Andrade, 1992, 126).

No processo disciplinar, são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei (art.º 125.º, do CPP, conjugado com art.º 7.º, do EDPSP).

Quanto à nulidade da prova, esta encontra-se sujeita aos princípios da legalidade e da tipicidade. A prova só é nula quando esta nulidade for expressamente cominada na lei, nomeadamente no que possa decorrer da inobservância das disposições legais para a sua aquisição. Nos casos em que a lei não cominar na nulidade, o ato ilegal é apenas irregular (n.º 1 e 2, do art.º 118º, do CPP).

Pormenor relevante na nulidade da prova, é o facto desta poder ser usada contra o agente, caso os métodos utilizados na sua obtenção tenham constituído crime, de acordo com o previsto no n.º 4, do art.º 126º, do CPP.

A exclusão das escutas telefónicas no âmbito do processo disciplinar, conforme previsto no n.º 2, do art.º 71º, do EDPSP, poder-nos-ia levar a aceitar que todos os outros meios de obtenção de prova concebíveis em processo penal, se apresentam legalmente admissíveis. O certo é que, mesmo excluindo as escutas telefónicas, nem todas as provas permitidas por lei em processo penal, estão ao alcance de serem atingidas pela iniciativa do instrutor, em sede disciplinar.

O direito à reserva da vida privada e familiar, constante do n.º 1, do art.º 26º, da CRP, é um limite à obtenção da prova por parte do instrutor, uma vez que “a proteção da intimidade da vida privada assume expressões ou dimensões relevantíssimas no âmbito das relações jurídico-laborais” (Canotilho & Moreira, 2007, p. 468).

A CRP, no seu art.º 26º, n.º 2, vem dispor que a lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias. Desta forma, “a Constituição consagra o princípio de reserva de lei para a admissibilidade da restrição da reserva da intimidade da vida privada e familiar, (Valente, 2020, p. 75).

Por outro lado, também o n.º 4, do art.º 34º, da CRP, vem impor a reserva de lei (salvo nos casos previstos na lei), para poderem ser recolhidas provas no âmbito da correspondência, telecomunicações e demais meios de comunicação, encontrando-se excluídas tais provas para efeitos disciplinares, por aquela possibilidade se limitar ao processo criminal.

Assim, de acordo com a nossa interpretação, quando a prova se incluir na esfera da correspondência, telecomunicações e demais meios de comunicação, o instrutor, por sua iniciativa, salvo nas situações em que a “nulidade resultante da obtenção da prova com violação do direito à reserva da vida privada do visado, enquanto direito de personalidade e direito fundamental, é sanada pelo seu consentimento” (Carolino, 2021, p. 18), num contexto de consentimento legalmente admissível na conjugação do n.º 2, do art.º 38º, do Código Penal (CP), com n.º 1, do art.º 126º, do CPP, fica impedido de proceder à sua recolha.

Mas estas limitações constitucionais não significam que, em caso algum, o instrutor possa utilizar, no processo disciplinar, prova produzida com base na proteção dos artigos 26º e 34º, ambos da CRP. Uma decisão judicial final condenatória transitada em julgado, vincula o instrutor à verificação da existência material dos factos e dos seus autores, para efeitos de enquadramento jurídico em sede disciplinar (n.º 5, do art.º 6º, do EDPSP).

Em termos práticos, isto significa que uma decisão judicial enquadrável no n.º 5, do art.º 6.º, do EDPSP, pode trazer ao processo disciplinar prova cujo acesso estava, sob pena de nulidade, legalmente impedida à iniciativa do instrutor.

Contradições e inconsistências

Relativamente à recolha, produção e valoração da prova em processo sancionatório, não nos deparámos com contradições ou inconsistências teóricas que, face aos objetivos do estudo, nos obriguem a fazer opções.

Verificamos, no essencial para as hipóteses que formulamos, um consenso que nos permite aferir quais são os meios de prova permitidos e os que estão proibidos à iniciativa do instrutor, no âmbito de um processo organizado ao abrigo do EDPSP.

Em simultâneo, deparamo-nos que existe esse mesmo assentimento, no que toca à proibição de prova e ao efeito das nulidades da prova.

Caso português vs espanhol

Fazemos aqui um breve estudo de direito comparado entre a realidade da PSP e da sua congénere espanhola, Cuerpo Nacional de Policía. Entendemos que tal comparação se justifica, porque assistimos a uma diferença significativa entre os dois estatutos disciplinares, no que se refere à tipificação da infração disciplinar o que, em última instância, na nossa opinião, marca uma diferença significativa na amplitude dada pela lei ao instrutor, para a aquisição e produção de prova nos respetivos processos.

No caso português, “o entendimento da jurisprudência, no que à natureza jurídica da infração disciplinar diz respeito, é que a mesma é atípica” (Raposos, 2018, p. 147).

Relativamente ao EDPSP, defendemos efetivamente a teoria da atipicidade da infração disciplinar, por entendermos que as suas normas integrantes apresentam ao intérprete possibilidades para além daquelas concretamente enunciadas, decursivas da utilização, quase sistemática, do advérbio de modo «nomeadamente», aquando do enquadramento normativo das infrações disciplinares aplicáveis aos polícias.

Para Abreu (1999, p. 30) “a criação de verdadeiros tipos deixaria de fora muitas condutas disciplinarmente relevantes”. Trata-se de um entendimento que não partilhamos, uma vez que o caso espanhol, que seguidamente comparamos, é demonstrativo que as infrações disciplinares aplicáveis a forças de segurança com as características da PSP, podem ser tipificadas, sem que daí resulte prejuízo para a essência da respetiva disciplina.

Ao analisarmos o caso espanhol, concretamente a «Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía», verificamos que, tal

como no caso português e relativamente à PSP, as infrações são classificadas como leves, graves, e muito graves (art.º 6.º).

Contudo, o n.º 1, do art.º 25.º, da Constituição Espanhola (CE), impede a condenação por infração administrativa que não tenha tipificação vigente no momento da sua prática (ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de produzir-se não constituam delito, falta ou infração administrativa, segundo a legislação vigente nesse momento (n.º 1, do art.º 25.º, da CE).

Esta exigência constitucional acarreta uma garantia formal que se traduz “na exigência de uma norma adequada com base na qual se possa aplicar a condenação ou sanção administrativa.” (Fraga, citado por Raposo, 2018, p. 70).

Como nos refere Raposo (2018, p. 72), “Atualmente, no direito da função pública espanhola, todas as infrações disciplinares estão tipificadas”, sendo esse facto extensível ao regime disciplinar do Cuerpo Nacional de Policía, encontram-se, como tal, tipificadas as condutas que, para feitos disciplinares, se consideram muito graves, graves ou leves (artigos 7.º, 8.º e 9.º da Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo).

Constatamos que aquele estatuto disciplinar, contrariamente ao EDPSP, não contempla qualquer possibilidade do seu intérprete poder considerar qualquer outra factualidade, como infração disciplinar, para além das tipificadas.

Contudo, no caso da PSP, apesar de apreendermos a norma disciplinar como atípica, consideramos que tal não traduz a violação do princípio da reserva de lei, uma vez que “devem ser considerados ilícitos, sob o ponto de vista disciplinar, todos os factos que impliquem, por parte dos seus agentes, o não cumprimento dos deveres que lhe incumbem, legalmente especificados ou não” (Silva, 1997, p. 131).

Não podemos desta forma “afirmar que as exigências de tipicidade valham no domínio disciplinar com o mesmo rigor que no direito criminal” (acórdão, 2012). Até porque, “da generalidade e abstração presentes no momento de criação da lei e (...) da respetiva aplicação resultam, para os cidadãos, uma previsibilidade e calculabilidade da atuação administrativa” (Valente, 2019, pp. 234-235).

Em termos práticos e no que à recolha de prova num processo disciplinar ao abrigo do EDPSP diz respeito, no nosso entendimento, o instrutor encontra-se legitimado (e aqui a diferença que pretendemos assinalar com o caso espanhol), para procurar a prova de factos para além daqueles que se encontram tipificados, sem que daí resulte a violação dos princípios da lealdade, legalidade, necessidade ou economia processual, desde que aqueles se mostrem suscetíveis de enquadrar os limites do espírito do legislador.

Conclusão

Verificamos que a recolha, produção e validação da prova em processo disciplinar na PSP, obedece, em tudo, aos princípios teóricos da prova em Processo Penal e que foram elencados neste estudo, sem prejuízo de, face à natureza administrativa do processo, a lei não permitir que a prova produzida nesta sede se caracterize pela profundidade da prova criminal.

A implicação prática das teorias abordadas, traduz-se no facto de serem admissíveis no processo disciplinar, as provas que não forem proibidas por lei (art.º 125.º, do CPP conjugado com artigo 7.º, do EDPSP) e a prova só é nula quando esta nulidade for expressamente cominada na lei. Nos casos em que a lei não cominar na nulidade, o ato ilegal é apenas irregular (n.º 1 e 2, do art.º 118.º, do CPP).

Os métodos proibidos de prova estão previstos no art.º 126º, do CPP, aplicável *ex vi* do artigo 7º, do EDPSP.

O direito à reserva da vida privada e familiar, constante do n.º 1, do art.º 26.º, da CRP, é um limite à obtenção da prova por parte do instrutor. A CRP, no seu art.º 26º, n.º 2, vem dispor que a lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

Por outro lado, o n.º 4, do art.º 34.º, da CRP, vem impor também a reserva de lei para poderem ser recolhidas provas no âmbito da correspondência, telecomunicações e demais meios de comunicação, excluindo aquela possibilidade para efeitos disciplinares, por ser limitada a processos criminais, sendo certo que a exclusão das escutas telefónicas já está prevista na lei, através do n.º 2, do artigo 71.º, do EDPSP.

A nulidade resultante da obtenção da prova com violação do direito à reserva da vida privada do visado, pode ser sanada com o seu consentimento, dado num contexto de conjugação do n.º 2, do art.º 38.º, do CP, com o n.º 1, do art.º 126º, do CPP e, fora esta exceção, o instrutor está impedido de recolher prova, quando esta se incluir na esfera da correspondência, telecomunicações e demais meios de comunicação.

No nosso entendimento, uma decisão judicial enquadrável no n.º 5, do art.º 6.º, do EDPSP, é a única forma legal de trazer para um processo disciplinar, prova obtida nos termos do n.º 1, do art.º 26.º e n.º 4, do art.º 34.º, da CRP.

Na sua missão, o instrutor também não se pode esquecer que o processo disciplinar, pelo seu enquadramento no direito sancionatório administrativo, traduz um conflito entre a PSP e o arguido, e que o seu desempenho requer sólidas bases éticas e deontológicas.

Numa perspetiva kantiana, o respeito pelo dever preencherá esses valores, sendo certo que o processo disciplinar apenas pode ter como objetivo o alcance da justiça.

As referências doutrinárias e judiciais recolhidas neste trabalho, levaram-nos a concluir pela hipótese que formulamos como expectável, ou seja:

“Apesar de no processo disciplinar na PSP, nos termos do nº 1, do artigo 71º, do EDPSP, aprovado em anexo à Lei 37/2019, de 30 de maio, serem admissíveis todas as disposições do Código do Processo Penal, referentes à recolha, produção e custódia da prova, este processo não permite ao instrutor a recolha de toda prova suscetível de ser produzida nos termos daquele código, incluindo as escutas telefónicas.”

Logo, é nossa opinião que o trabalho de recolha, produção e custódia da prova, a levar a cabo pelo instrutor no processo disciplinar na PSP, se encontra limitada nos termos das conclusões formuladas neste estudo.

Referências

ABREU, L. (1993). *Para o estudo do procedimento disciplinar no direito administrativo português vigente: as relações com o Processo Penal*. Almedina.

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, nº 035498, de 07/11/1996.
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/e0ca5ddc5db96b43802568fc00399652>

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, nº 08P3168, de 12/03/2009.
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/817f446416a75cfb8025759a004b5d49>

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, nº 69/18.1YFLSB, de 04/07/2019.
<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/aed428d882d576948025842e0032e6c5>

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO DO NORTE, nº 01551/05.
BEPRT, de 02/10/2008.
<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/cb876e49a06c01d5802574db004b1436?>

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, nº 131/18.0 GTSTB.L1-5, de 22/06/2021.
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d05df5e5c59aab258025870600392dfe?OpenDocument>

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, nº 229/2012, de 23 de maio. Publicado em Diário da República 100/2012, páginas 2726 – 2741. <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao-tribunal-constitucional/229-2012-177866>

- AGUILAR, F. (2018). A destriça tipológica entre prova defensiva e prova ofensiva em sede de proibições de prova em processo penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 28, nº 2. (2018, 279-318).
- ANDRADE, M. (1992). *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra Editora.
- ÁVILAG & ANZILEIRO D. (2012). Princípios Limitadores do Direito Penal: Garantias para a liberdade do indivíduo. In D. Rudnicki, (Org.), *Sistema Penal e Direitos Humanos:(im)possíveis interlocuções*,(pp. 29-42). Coleção Experiências Académicas. UniRitter.
- CANOTILHO, J. & MOREIRA, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I* (4ª ed.). Coimbra Editora.
- CAROLINO, C. (2021). Trabalho Individual Final 4º Curso de Comando e Direção Policial – *Do procedimento disciplinar na PSP – Entre a admissibilidade e inadmissibilidade probatório-processual das mensagens do WhatsApp*. Nº 128 - ISCPSP.
- CIPRIANO, F. (2003). Normas de conduta policial. In A.H.R. Maximino (coord.), *Controlo externo da atividade policial*, Vol. II. Imprensa Nacional Casa da Moeda.
- CODIGO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO, Aprovado pelo DL 4/2015, publicado em DR nº 4, de 07 de janeiro. <https://data.dre.pt/eli/dec-lei/4/2015/p/cons/20201116/pt/html>
- CODIGO DO PROCESSO PENAL. Aprovado pelo Dec.-Lei 78/87, publicado em Diário da República nº 40, Série I, em 17 de fevereiro. <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/78-1987-662562>
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Publicado em Diário da República nº 86, Série I, 4 de outubro de 1976. <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-aprovacao-constituicao/1976-34520775>
- CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM.
https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf

ESTRATÉGIA PSP 20/22

https://www.psp.pt/Documents/Instrumentos%20de%20Gest%C3%A3o/Documents%20Estrat%C3%A9gicos/Estrat%C3%A9gia%20PSP%202020_2022.pdf?lang=pt

FERREIRA, M. (1986). *Curso de Processo Penal, Volume 1º*. Editora Danúbio, LDA.

GIACOMOLLI, N. (2014). *O Devido Processo Penal*. Editora Atlas.

GONÇALVES, H. (2013). *O Valor probatório das imagens recolhidas nas redes sociais*.

Dissertação de Mestrado XXV CFOP/ISCPSI. Retirado de:

<https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/32203/1/O%20Valor%20Probat%C3%B3rio%20das%20Imagens%20Recolhidas%20nas%20Redes%20Sociais%20-%20Asp.%20Gon%C3%A7alves.pdf>

GONÇALVES, M. (1996). *Código de Processo Penal Anotado* (7ª ed.). Almedina.

LEI 37/19. *Estatuto Disciplinar da Polícia de Segurança Pública*. Publicado em Diário da República, 1ª Série, nº 104, de 30 de maio.

<https://data.dre.pt/eli/lei/37/2019/05/30/p/dre/pt/html>

LEY ORGANICA 4/2010, de 20 de mayo – *Regimen disciplinário del Cuerpo Nacional de Policía*. Publicado no Boletín Oficial del Estado núm. 124, de 21 de mayo

<https://www.boe.es/buscar/pdf/2010/BOE-A-2010-8115-consolidado.pdf>

MIRANDA, J. (2000). *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV* (3ª ed.). Coimbra Editora.

MIRANDA, J. & Medeiros, R. (2017). *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I* (2ª ed.) – Universidade Católica Editora.

MORAIS, C. (2002). *Justiça Constitucional, Tomo I – Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*. Coimbra Editora.

NOVAIS, J. (2019). *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*. Almedina.

- OLIVEIRA, A. (1998). Processos disciplinares/processos-crime; Suspensão do procedimento disciplinar; Fracionamento do objeto do processo disciplinar. In A.H.R. Maximino (coord.), *Controlo externo da atividade policial*. Imprensa Nacional Casa da Moeda.
- OLIVEIRA, L. (2011). *Da autonomia do regime das proibições de prova*. In T. P. Beleza at F. L. C. Pinto (Coord.), *Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal* (pp. 257-290). Almedina.
- PALMA, F. (2019). *Direito Penal – Parte Geral. A Teoria da Infração como teoria da decisão penal* (4ª ed.). AAFDL EDITORA.
- RAPOSO, M. (2018). *Contributo para o estudo do poder disciplinar no direito da função pública – As suas relações com os princípios da legalidade e segurança jurídica*, (1ª ed.). Chiado Books.
- SACOJI, E. (2020). *Proibições de prova e nulidades processuais*. AAFDL Editora.
- SILVA, G. (1997). *Direito Penal Português – Parte Geral I, Introdução à teoria da lei penal* (1ª ed.). Verbo.
- SILVA, G. (1998). *Direito Penal Português, II – Parte Geral, Teoria do Crime* (1ª ed.). Verbo.
- SILVA, G. (1999). *Curso de Processo Penal II* (2ª ed.). Verbo.
- SILVA, G. (2000). *Curso de Processo Penal I* (4ª ed.). Verbo.
- SOUSA, J. (2014). *O procedimento disciplinar para aplicação de sanções conservatórias*. VidaEconómica
- TZITZIS, S. (1999). *Filosofia Penal*. Legis Editora
- VALENTE, M. (2000). *Da publicação da matéria de facto nas condenações nos processos disciplinares* (1ª ed.). Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.
- VALENTE, M. (2010). *Processo Penal, Tomo I* (3ª ed.). Almedina
- VALENTE, M. (2020). *Cadeia de Custódia de Prova* (2ª ed.). Almedina

VALENTE, M. (2020). *Direito Processual Penal – Da Sociedade Internético-Personocêntrica*.

Biblioteca Nacional de Portugal.