



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Márcia de Jesus Ribeiro Bito

**OS LIMITES DO EFEITO-À-DISTÂNCIA DAS
PROIBIÇÕES DE PROVA NO ORDENAMENTO
JURÍDICO PORTUGUÊS**

VOLUME 1

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, orientada
pela Professora Doutora Susana Maria Aires de Sousa e apresentada
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**

Julho de 2023



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Márcia de Jesus Ribeiro Bito

**Os limites do efeito-à-distância das proibições de prova no ordenamento
jurídico português**

**The limits of fruits of the poisonous tree doctrine of exclusionary rules in the
portuguese legal system**

**Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses,
conducente ao grau de Mestre, orientada pela Doutora Susana Maria Aires De Sousa
e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Coimbra, julho de 2023

Agradecimentos

Agradeço a todos os que me acompanharam no processo de elaboração desta dissertação.

À minha família e em particular aos meus pais que sofreram as minhas derrotas e celebraram as minhas vitórias. E em especial à minha avó, Salvina Bito, que me apoiou incondicionalmente em todos os momentos da minha vida: obrigada pela força e obrigada por todas as lições de vida que sabiamente me transmitiu durante todos estes anos.

Aos amigos que Coimbra me deu e que levo comigo para a vida.

E, por fim, um especial obrigado à Senhora Doutora Susana Maria Aires De Sousa por todos os ensinamentos e orientação.

Resumo

A presente dissertação versa sobre o efeito-à-distância das provas proibidas no ordenamento jurídico português, e dos seus eventuais limites. Este estudo encontra-se dividido em duas partes: a primeira parte corresponde ao complexo tema do instituto das provas proibidas e a segunda parte corresponde ao efeito-à-distância e todas as suas ilações.

Na primeira parte abordamos a definição, conceito e natureza das proibições de prova no contexto do ordenamento português. Prosseguimos para o enquadramento jurídico, traçando a distinção entre proibições de prova e regras de proibição e tratamos ainda dos vários tipos de proibições de prova. Posto isto, enveredamos pelo regime das proibições de prova e desenhamos o seu regime em função do regime das nulidades processuais, onde estabelecemos a autonomia entre eles, sendo que há duas grandes doutrinas neste sentido: a doutrina da autonomia completa e autonomia dogmática. Por fim, tomamos posição acerca da extensão dessa mesma autonomia.

Na segunda parte é composta por dois capítulos. No primeiro, introduzimos o efeito-à-distância como corolário do instituto das proibições de prova. Contextualizamos esta figura no ordenamento jurídico norte-americano, onde nasceu e viajamos até ao ordenamento jurídico germânico, onde analisamos as posições conciliatórias: posição norteada para o caso concreto; a esfera da proteção da norma como orientação e as posições baseadas nos percursos hipotéticos de investigação.

No segundo capítulo debruçamos nos sobre os três limites do efeito-à-distância propostos pelo direito norte-americano, onde analisamos os casos que originaram este instituto. Na última parte deste capítulo analisamos o problema no contexto jurisprudencial português invocando vários acórdãos para o efeito.

Palavras-chave: prova proibida • efeito-à-distância • fonte independente • descoberta inevitável • mácula dissipada

Abstract

This dissertation deals with the fruits of the poisonous tree doctrine in the portuguese legal system, and its limits. This study is divided into two parts: the first part corresponds to the complex theme of the institute of prohibited evidence and the second part corresponds to the fruits of the poisonous tree doctrine and all its conclusions.

In the first part we address the definition, concept and nature of the prohibitions of evidence in the context of the portuguese legal system. We proceed to the legal framework, drawing the distinction between prohibitions of evidence and prohibition rules and we also deal with the various types of prohibitions of evidence. Having said that, we go through the regime of prohibitions of evidence and draw its regime according to the regime of procedural nullities, where we establish the autonomy between them, and there are two major doctrines in this regard: the doctrine of complete autonomy and dogmatic autonomy. Finally, we take a position on the extent of that autonomy.

The second part is composed of two chapters. In the first, we introduce the distance effect as a corollary of the institute of prohibitions of evidence. We contextualize this figure in the North American legal system, where it was born and we travel to the German legal system, where we analyze the conciliatory positions: case-oriented position; the sphere of protection of the norm as guidance and the positions based on hypothetical paths of investigation.

In the last part of this chapter we analyze the problem in the portuguese jurisprudential context, citing several judgments to that effect.

Key-words: forbidden evidence • poisonous tree doctrine • independente source • inevitable discovery • attenuated connection

Lista de siglas e abreviaturas

Ac. – Acórdão

art. – artigo

arts. – artigos

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos

Cf. – Conferir

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948

EUA – Estados Unidos da América

MP – Ministério Público

p. – página

p. ex. – por exemplo

proc. – processo

RAF - Fração do Exército Vermelho

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

ss. – seguintes

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TJ – Tribunal de Justiça

TJO – Tribunal Judicial de Oeiras

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

V. – Ver

v. g. – *verbi gratia*, por exemplo.

Índice

Agradecimentos.....	3
Resumo.....	4
Abstract.....	5
Lista de siglas e abreviaturas.....	6
Índice.....	7
Introdução	9
Capítulo I: As proibições de prova: abordagem ao instituto.....	11
1. Conceito e natureza jurídica.....	11
2. Enquadramento Jurídico	17
3. Proibições de prova e regras de produção de prova	22
4. Tipos de proibições de prova	24
5. Autonomia das proibições de prova.....	26
6. Posição adotada	31
Capítulo II: Efeito-à-distância das provas proibidas	33
1. Introdução	33
2. Referência ao Direito Estrangeiro	34
2.1. EUA	34
2.2. Alemanha.....	38
3. Efeito-à-distância: Consagração legal	40
4. Análise de posições conciliatórias.....	43
4.1. Posições norteadas para o caso concreto	43
4.2. Posições inspiradas na teoria material da imputação objetiva:	45
4.2.1. A esfera de proteção da norma como orientação dogmática:	45
4.3. Posições baseadas nos percursos hipotéticos de investigação	47
Capítulo III: Os limites ao efeito-à-distância das provas proibidas.....	52

1. Fonte independente	52
2. Descoberta inevitável	55
3. Nódoo (ou mácula) dissipada.....	59
4. O problema em Portugal.....	67
Conclusão.....	69
Jurisprudência	71
Bibliografia	74

Introdução

A abordagem do *efeito-à-distância* das proibições de prova no direito português atual, exige necessariamente a análise de dois problemas prévios que são pressupostos de qualquer discussão acerca do *efeito remoto*, e sobre os quais a doutrina não encontra consenso: o que são as proibições de prova no Direito português e qual é o seu regime. De referir que a matéria da prova é um dos domínios mais complexos e relevantes do direito processual penal, e assim, o tema que nos propomos a tratar é uma conjugação de duas matérias importantíssimas: proibições de prova e o efeito-à-distância.

O CPP delimita o objeto da prova (ou *thema probandum*) no art.º 124, sendo que constituem objeto de prova ‘*todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis*’, e ainda os factos relevantes para a determinação da responsabilidade civil, se tiver havido pedido cível (art.º 124, n.º 2 do CPP).¹

Parafraseando Marques Ferreira, o direito probatório, abrangendo as normas relativas à produção e valoração de provas, constitui o verdadeiro cerne de qualquer processo. Na feliz expressão de Bentham ‘*a arte do processo não é essencialmente senão a arte de administrar as provas.*’²

Assim, o problema das proibições de prova encerra-se, por um lado, na necessidade do Estado de Direito de assegurar um processo penal efetivo, que é eficaz na sua missão de realizar Justiça e de descobrir a verdade material, e, por outro lado, capaz de assegurar e garantir os direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos, em geral, e do arguido, que se configura como a figura central do processo penal.

O arguido como sujeito processual goza de estatuto processual e este é conformado essencialmente, pelo seu direito de defesa, presunção de inocência e respeito pela vontade do arguido. A CRP no art.º 32, n.º 1 e n.º 8 do mesmo artigo confere garantias ao arguido no âmbito do efeito-à-distância. O Estado de Direito confere ao arguido certos direitos inalienáveis ou, em alguns casos, apenas excecionalmente ultrapassáveis e sob requisitos muito apertados, contendo a CRP, inclusive, e como vimos, uma disposição específica no que diz respeito às nulidades de prova (art.º 32, n.º 8 da CRP).

¹Ferreira, 1997, p. 222.

²Ferreira, 1997, p. 221.

Esta é uma das matérias mais complexas e controversas no âmbito do processo penal. Costa Andrade, voz autorizada na matéria das proibições de prova, afirma que “todos falam, mas pouco se entendem. Até porque, mesmo quando falam do mesmo, quase todos falam invariavelmente de coisas diferentes.”³

Visto que é uma área da experiência jurídica bastante insegura, concordando com o desejo de Costa Andrade, é expectável uma doutrina geral das proibições de prova, que compreenda um “conjunto de categorias e de princípios dogmáticos, consoantes com um pertinente e democraticamente legitimado programa politico-criminal.”⁴ Porém, este desejo não se concretizou.

Na segunda parte do nosso trabalho, cabe tratar do corolário das proibições de prova: o efeito que uma prova proibida pode ter nas provas subsequentes. Iremos procurar esclarecer as divergências de opinião e de fundamentação de alguns especialistas que se debruçaram sobre a matéria do efeito-à-distância. Para melhor compreensão dos problemas levantados por esta temática, é essencial contextualizar historicamente e comparar a situação portuguesa com as demais jurisdições, de maneira a melhor compreender o alcance do problema, assumindo maior importância a situação norte-americana e alemã, devido à sua relevância e divergências.

Deste modo, a questão que se coloca é a de saber se há “comunicabilidade ou não da proibição de valoração aos meios secundários de prova tornados possíveis à custa de meios ou métodos proibidos de prova.”⁵ Isto é, saber se a nossa CRP admite ou não a restrição do efeito-à-distância. Nesta linha irei ter em conta as posições tomadas pelos tribunais internacionais, tal como a posição adotada pela nossa jurisprudência.

³Andrade, 2008, p. 143.

⁴*Ibidem.*

⁵Andrade, 1992, p. 61.

Capítulo I: As proibições de prova: abordagem ao instituto

“Não existe um Processo Penal válido sem prova que o sustente, nem um Processo Penal legítimo sem respeito pelas garantias de defesa.”⁶

1. Conceito e natureza jurídica

Como já mencionado, a prova é essencial no âmbito do processo penal, e tem uma polissemia assinalável.⁷ A formação da convicção do Tribunal realiza-se através da análise das provas que são apresentadas, com vista a demonstrar a existência ou não dos factos imputados ao arguido, e à determinação da pena ou da medida de segurança aplicável.⁸ É devido a esta necessidade que o regime probatório deve obedecer a regras imperativas e cuidadosas.

Posto isto, e de maneira a podermos compreender verdadeiramente a dimensão dos problemas que este primeiro tema acarreta, é imperativo estudar o núcleo deste mesmo instituto.

A criação e evolução do instituto das proibições de prova português foi bastante influenciado pelo labor jurisprudencial americano (as *exclusionary rules*) e pela doutrina germânica (as *Bewiesverbote*). E como refere Dá Mesquita, “as proibições de prova (convidam) ao olhar comparativo entre o paradigma norte-americano e o germânico, ressaltando como ponto matricial da diferença metodológica a ênfase conferida no primeiro à *dimensão processual* como sede de proclamação e de tutela, enquanto no segundo se verifica o *primado da vertente substantiva*.”⁹

Isso visto que este instituto contende com os direitos fundamentais, *máxime* a dignidade da pessoa que é um valor absoluto, e por outro lado, com as instituições basilares do Estado de Direito democrático. Destarte, como explica o mesmo autor, surgem a propósito do acórdão *Mapp vs. Ohio*¹⁰ com o fim central de regulação da descoberta da

⁶Beleza *et al.*, 2011, p. 5.

⁷Silva, 2011, p. 143 e 144.

⁸Dias, 1974, p. 36: “o Processo Penal é uma sequência de atos juridicamente preordenados e praticados por certas pessoas, legitimamente autorizadas em ordem à decisão sobre se foi praticado algum crime e, em caso afirmativo sobre as respetivas consequências jurídicas e sua justa aplicação”. Silva, 2010, p. 35: “a função essencial do Processo Penal cumpre-se na decisão sobre se foi cometido algum crime e eu caso afirmativo, sobre as respetivas consequências jurídicas e a sua execução.”

⁹Mesquita, 2011, p. 275.

¹⁰367 U.S 643 (1961).

verdade material e com a missão de afastar a prova obtida por força da violação de imperativos constitucionais¹¹: “firmou-se que as proibições de prova decorrentes de atos violadores dos direitos fundamentais à privacidade consagrados pela Constituição (...) e as proibições de prova constitucionais constituem remédio para práticas incompatíveis com valores tutelados.”¹²

E tal como refere Marques da Silva “embora a sua formação inicial se deva à jurisprudência norte-americana, a expressão proibição de prova parece ter sido utilizada pela primeira vez por Beling no princípio deste século, mas o tema é agora dos que mais entusiasma a doutrina, não só pelo significado que assume na estrutura processual em ordem à descoberta da verdade, mas também pelo que representa na proteção autónoma dos direitos fundamentais, enquanto valores, fins ou instituições do moderno Estado de Direito.”¹³

Este instituto assenta na dicotomia entre Estado e Indivíduo¹⁴, pois no processo penal tem de existir uma harmonização no sentido de conciliar, por um lado, a descoberta da verdade para a realização da Justiça, e por outro, o respeito pelos direitos dos cidadãos.¹⁵ Assim, é exigido ao Estado que busque a verdade, mas não a todo o custo, sendo que só a busca e obtenção da verdade por meios justos e leais é conforme ao Estado de Direito.¹⁶ Dessarte, não basta que uma decisão seja justa, é necessário que a justiça seja lograda por meios processualmente válidos e controláveis.¹⁷

É neste quadro que surgem as proibições de prova¹⁸, como verdadeiros limites à descoberta da verdade material.

O nosso processo penal tem uma estrutura acusatória integrada por um princípio de investigação. Neste tipo de processo penal, é certo que a verdade que se busca é uma verdade

¹¹Mesquita, 2011, p. 270.

¹²Mesquita, 2011, p. 209, 218.

¹³Silva, 2011, p. 171 e 172.

¹⁴Andrade, 1992, p. 66.

¹⁵Assim também o Ac. do TRL, proc. n.º 640/15.3TDLSB.L2-3: “(...) constituem importantes fatores de equilíbrio entre os valores que justificam as proibições de prova – o interesse em assegurar a descoberta da verdade material indispensável à administração da justiça penal, por um lado, e a necessidade de investigar crimes com respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos, por outro lado.”

¹⁶Miranda *et al.*, 2010, p. 737.

¹⁷Ferreira, 1997, p. 221 e 222.

¹⁸Mesquita, 2011, p. 264: “a verdade processual pode (...) ser construída por meios que confinam o acesso à verdade material, as proibições de prova. Também se apresenta como uma ideia política conformadora da epistemologia judiciária o princípio de que mais vale absolver um culpado do que condenar um inocente. (...) Nas soluções jurídico-políticas conformadoras da verdade processual existem escolhas, implícitas ou explícitas, na tensão dos valores em jogo, com implicações na sua tutela, ainda que por via de efeitos colaterais.” E Starkie *apud* Mesquita, 2011, nota 55, p. 264.

material, mas é uma verdade que deve ser procurada e encontrada com inteiro respeito pelos Direitos Liberdades e Garantias do arguido, especialmente o seu direito de defesa (art.º 32, n.º 1 da CRP). Isto é, para se obter a verdade onde a matriz fundamental é a dignidade da pessoa humana, nenhuma proibição de prova pode ser valorada, pois caso tal acontecesse a verdade encontrada não seria uma verdade material, mas apenas uma verdade formal. Nas palavras de Dá Mesquita “o material probatório não é selecionado e utilizável exclusivamente em função do seu valor gnoseológico, existindo vias com potencial epistémico que são recusadas e material informativo disponível que não pode ser utilizado por outros motivos.”¹⁹ Acrescenta que mesmo os mais extremos defensores da verdade material remetem-no para uma dimensão formal, “verdade licitamente adquirida de acordo com as regras do processo, ou seja, admite-se que a verdade material do processo seja distinta da realidade passada dos eventos do mundo exterior supostamente reconstruídos pelo processo, a *verdade material* obtida há-de, no entanto, corresponder a uma verdade processualmente válida.”²⁰

Como Figueiredo Dias refere, a verdade que o processo penal serve, “não sendo «absoluta» ou «ontológica» há-de ser antes de tudo uma verdade *judicial, prática* e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço, mas processualmente válida.”²¹ Na formulação do BHG “não é nenhum princípio da ordenação processual que a verdade tenha de ser investigada a todo o preço”²² e que “o objetivo do esclarecimento e punição dos crimes é, seguramente, do mais elevado significado; mas ele não pode representar sempre, nem sob todas as circunstâncias, o interesse prevalecente do Estado.”²³ Como Costa Andrade instrui, “nem sempre o interesse do esclarecimento do crime e da perseguição de um suspeito terá, só por si, a força bastante para dirimir a ilicitude material indiciada pela tipicidade das pertinentes formas de produção ou valoração da prova.”²⁴

Ainda ecoando as palavras de Figueiredo Dias, “quando, em qualquer ponto do sistema ou da regulamentação processual penal, esteja em causa a garantia da dignidade da

¹⁹Mesquita, 2011, p. 266.

²⁰*Ibidem*.

²¹Dias, 1974, p. 194.

²²*NJW* 1960 *apud* Andrade, 1992, p. 117; Ferreira, 1997, p. 555 e Seíça, 1999, p. 130 defendendo a “perda da obtenção de prova” nos casos em que é necessário salvaguarda outros interesses de superior valia “pois a descoberta da verdade não se perfila como um valor absoluto ao qual tudo no processo se deva subordinar. Antes pelo contrário, a verdade só tem valor quando obtida pela forma processualmente válida, porquanto nessa forma reside a garantia da sua própria autenticidade.”

²³*NJW* 1964 *apud* Andrade, 1992, p. 117.

²⁴Andrade, 2022, p. 16 e 17.

pessoa – em regra do arguido, mas também de outra pessoa-, inclusive a vítima -, nenhuma transação é possível. A uma tal garantia deve ser conferida predominância absoluta em qualquer conflito com o interesse – se bem que, como disse, também ele legítimo e relevante do ponto de vista do Estado de Direito – no eficaz funcionamento do sistema da justiça penal.’’²⁵

Isto porque apesar da realização da justiça ser um valor constitucional, não é um valor absoluto, pois não pode ser atingido a qualquer custo ou por qualquer meio..²⁶ Pois ‘‘o Estado cairá em contradição normativa e comprometerá a legitimação da própria pena se, para impor o direito, tiver de recorrer, ele próprio, ao ilícito criminal’’, acrescentando que o ‘‘fim da pena é a confirmação das normas do mínimo ético, cristalizado nas leis penais. Esta demonstração será frustrada se o próprio Estado violar o mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena.’’²⁷

Porém, numa linha oposta, Schäfer defende que ‘‘não pode esquecer-se que este aparente ganho da ideia de Estado de Direito tem como reverso perdas mais onerosas da mesma ideia, uma vez que a proibição se afirma a expensas da reclamada e eficaz luta contra a criminalidade, também ela valendo, só por si, como uma tarefa legítima do Estado de Direito.’’²⁸A doutrina alemã foi baseando sob a bandeira duma justiça penal eficaz, a legitimação da valoração de proibições de prova e a denegação do efeito-à-distância, com o objetivo de punir a criminalidade grave.²⁹

Todavia, não concordamos com este ponto de vista, pois não se pode combater o crime com o crime, visto que sobre ‘‘um ilícito acaba por se edificar um outro.’’³⁰ O Estado tem aqui um dever ético na perseguição e combate ao crime³¹ e a realização da justiça não se trata de um valor absoluto, e não pode ser perseguido a qualquer custo, pelo que quando

²⁵Dias, 1983, p. 207.

²⁶Miranda *et al.*, 2017, p. 534: ‘‘A eficácia da Justiça é também um valor que deve ser perseguido, mas porque, numa sociedade livre os fins nunca justificam os meios, só é aceitável quando alcançada legalmente, pelo engenho e arte, nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem os sofre, mas não menos quem os usa’’ e p. 535: ‘‘Quando os meios utilizados para obtenção das provas forem proibidos ou condicionados pela CRP (...), os elementos probatórios (...) não podem ser utilizados em circunstância alguma; ficam radicalmente inquinados do vício de inconstitucionalidade e o sistema não pode tolerar que a Justiça seja prosseguida por meios inconstitucionais.’’

²⁷Amelung *apud* Andrade, 2022, p. 17 e Seiza, 1999, p. 1405, nota 5.

²⁸Schäfer *apud* Andrade, 1992, p. 67.

²⁹Schäfer *apud* Andrade, 1992, p. 68.

³⁰Sydow *apud* Andrade, 1992, p. 43.

³¹Ac. do STJ proc. n.º 07P4553: ‘‘Em nome de uma «exigência de superioridade ética» do Estado, das suas «mãos limpas» na veste de promotor da justiça penal, a violação da proibição de provas – que significaria o «encurtamento da diferença ética que deve existir entre a perseguição do crime e o próprio crime».

estejam em causa métodos de obtenção de prova proibidos pela CRP, a prova não pode ser utilizada, porque fica ‘radicalmente’ inquinada do vício de inconstitucionalidade, e não pode tolerar-se que a Justiça seja feita por esses meios.³² Portanto, as provas proibidas não podem ter efeitos no processo.³³

Assim, o legislador constitucional cria o art.º 32, n.º 8 da CRP e foi esta norma que ‘deu expressão positiva e explícita ao conceito e ao regime das proibições de prova.’³⁴ Para além deste preceito, ressaltam a tutela da dignidade da pessoa humana do art.º 1 e da integridade moral do art.º 25 da CRP.

Indo ao encontro dos ensinamentos de Costa Andrade, as proibições de prova são meios de imposição de tutela de direitos materiais que se sobrepõem aos interesses públicos de perseguição penal e que estando estabelecidos para proteger certos direitos e interesses fundamentais do cidadão, significam como um todo, um limite à descoberta da verdade material.³⁵

O vetor de proteção dos direitos fundamentais recebeu-se no texto da CRP de 1976³⁶ por incorporação de preceitos plasmados em diplomas internacionais, nomeadamente, na DUDH de 1948 (art.º 5 e 12º) e pela CEDH (art.º 3 e 8º) e Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (art.º 7). Em consequência, este enfoque na dignidade humana é ‘conformador do núcleo central das provas proibidas que não podem ser utilizadas em Portugal.’³⁷

Podemos concluir que as proibições de prova, contêm com as finalidades do processo penal, e este deve realizar a justiça no caso concreto através de meios processualmente válidos.³⁸ É hoje inquestionável que a justiça não pode ser alheia ao processo onde é gerada.³⁹ As proibições de prova encontram-se consagradas na CRP e foram concebidas para proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, e por outro lado, impõem limites à descoberta da verdade material.⁴⁰

³²Miranda *et al.*, 2017, p. 534 e 535.

³³Silva, 2008, p. 138.

³⁴Andrade, 2022, p. 14 e 15.

³⁵Andrade, 1992, p. 33, 75 e 142.

³⁶Andrade, 2022, p. 13 ‘proibições de prova como uma das instituições mais marcantes do novo ordenamento processual, erigido a partir dos alicerces sediados diretamente na Constituição de 1976.’

³⁷Mesquita, 2011, p. 268.

³⁸Miranda *et al.*, 2017, p. 534 e p. 535.

³⁹Correia, 2006, p. 177.

⁴⁰Rosa, 2010, p. 232: ‘as proibições de prova têm por fundamento a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos, que não devem ser automaticamente preteridos, mas antes conciliados com os valores próprios do processo penal, v.g. a verdade material e a eficácia da justiça penal.’; Costa, 1997, p. 196: ‘Essência e

Porém, é indispensável sublinhar que na doutrina portuguesa, como na alemã há dificuldade em construir um regime de proibições de prova, porque não existe nem unanimidade em relação à expressão, nem relativamente ao fundamento e aos fins das proibições de prova.

condição *sine qua non* do processo penal é a prova, prova essa obtida com limites que bebem a sua razão de ser na dignidade da pessoa humana.” e Ac. do TRL proc. n° 10210/2008-9.

2. Enquadramento Jurídico

A intervenção do direto constitucional é decisiva para a redução da complexidade do regime das proibições de prova, porque na conhecida intuição de Henkel, o direito processual penal é o direto constitucional aplicado.⁴¹ Também porque é a própria CRP que reconhece dignidade constitucional as proibições consagradas no art.º 32, n.º 8 (antigo n.º 6).

Esta norma da CRP apresenta-se como uma norma direta sobre a prova, mas teve consagração na lei ordinária do art.º 126 do CPP.

O n.º 1 surge como uma cláusula geral das proibições de prova⁴², onde proíbe e sanciona os atentados mais graves intoleráveis à dignidade e integridade pessoais.⁴³

As provas obtidas através dos métodos mencionados no art.º 126, n.º 1 e exemplificadas no n.º 2, jamais poderão ser utilizadas, e por isso, falamos na proibição absoluta.

Porém, a eficácia da justiça penal é um elemento essencial do Estado de Direito e a CRP, autoriza, em certas circunstâncias, a intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. Aqui, cabe ao legislador ordinário determinar as áreas de intervenção não abusiva, sendo que só são nulas se as intromissões forem abusivas (proibição relativa).⁴⁴

Posto isto, no n.º 1 e n.º 2 as provas assim obtidas são nulas, independentemente se o titular consente ou não, isto é, serão sempre nulas, porque são métodos que agridem diretamente a dignidade e a integridade física ou moral do Homem, que tem tutela nos art.º 24 e 25.º da CRP e são direitos totalmente indisponíveis e inalienáveis, por isso, o consentimento⁴⁵ do lesado ou a autorização por parte da lei é totalmente irrelevante para uma futura valoração das provas obtidas. Relativamente a estes direitos - integridade física e

⁴¹Andrade, 2008, p. 144.

⁴²Albuquerque, 2011, p. 334: “A amplitude da expressão usada na lei visa precisamente incluir todo e qualquer ‘método’ de prova, isto é, todo e qualquer instrumento intelectual utilizado com o fito de prova um facto juridicamente relevante.”

⁴³Andrade, 2009, p. 136.

⁴⁴Esta distinção remota a Canotilho *et al.*, 1984, p. 218 e significa que num caso a interdição é absoluta (não há forma de a contornar) e, noutro caso, é relativa (só vale se a restrição for abusiva). Criticando assim o Ac. do TC n.º 426/2005 onde menciona que a segunda parte do art.º 32, n.º 8 da CRP estabelece uma nulidade relativa. Este artigo não estabelece qualquer distinção e aceitar esta teoria seria aceitar a separação entre a nulidade do art.º 126, n.º 1 e n.º 3 do CPP. Em defesa desta separação Gonçalves, 1997, p. 195.

⁴⁵Correia, 2006, p. 182 diz que é irrelevante porque há uma enorme desigualdade dos intervenientes, estando de um lado as instâncias formais de controlo, e do outro lado, o individuo e não está numa situação de paridade com o Estado que lhe permita escolher de forma válida e livre, por isso, nestes casos não pode consentir.

moral da pessoa humana - as violações a estes direitos (v.g., a prova baseada na tortura), determinam sempre a proibição de prova, e nunca poderá ser utilizada (interdição absoluta). Estes métodos de prova apenas podem ser utilizados exclusivamente nos termos do art.º 126, n.º 4 do CPP, isto é, para basear uma condenação da pessoa que ilegalmente a obteve, seja magistrado, polícia ou particular.⁴⁶

Como já indicado, o n.º 3 também trata de métodos proibidos, respeitantes à vida privada e quanto a estes vigora o art.º 26 e o art.º 34 da CRP. Todavia, aqui os métodos de prova chocam com direitos disponíveis, por isso, o consentimento do titular do direito ou a autorização das autoridades (com competência legal e segundo as formas legalmente previstas) remove a proibição de prova, por isso, a busca domiciliária (art.º 177 do CPP), a apreensão de correspondência (art.º 179 do CPP), a apreensão de documentos em escritório de advogado ou consultório médico (art.º 180 do CPP) e as escutas telefónicas (art.º 187 do CPP) ou equiparadas (art.º 190 do CPP) são permitidas nas condições expressamente previstas na lei.⁴⁷

Conforme refere Costa Andrade, existe um “campo, constitucionalmente demarcado e apesar de tudo significativamente amplo, no interior do qual assiste ao legislador ordinário a competência para pôr de pé um regime processual penal assente em soluções de sobreposição dos valores ou fins servidos pelo processo penal aos bens jurídicos correspondentes aos direitos fundamentais relativos à privacidade, imagem, palavra, correspondência e telecomunicações. Campo que tem outrossim o significado de ditar, sem mais, a proibição constitucional de provas que o transcendem no sentido da afronta aos direitos fundamentais. E, nessa medida, de inquinar em termos de irremível inconstitucionalidade as pertinentes leis ordinárias.”⁴⁸

Assim, se o titular dos direitos afetados consentir e se for válido, não se trata de uma abusiva intromissão. É, p. ex., o que acontece “com a violação do domicílio fora dos casos previstos na lei ou sem o competente mandado judicial (art.º 34, n.º 2 da CRP e 174º, n.º 4, al. b) do CPP).”⁴⁹

⁴⁶Mendes, 2004, p. 147 e 154: “este preceito cumpre pelo menos a função de avisar órgãos de perseguição criminal de que ninguém está acima da lei, dizendo alto e bom som que não há diferenças de estatuto entre os representantes da lei e da ordem e os cidadãos delinquentes. (...) (este art.º) sintetiza, pois, o *ideário do Estado de direito*.”

⁴⁷Mendes, 2004, p. 137 e 138.

⁴⁸Andrade, 1984, p. 562.

⁴⁹Correia, 2006, p. 181 e 182 acrescenta que o consentimento “pressupõe a efetiva intervenção do titular do direito lesado e não da pessoa que tiver disponibilidade sobre ele.” Neste sentido o Ac. do TC n.º 507/94 julgou

Nestes casos o que é não é admissível é a abusiva⁵⁰ intromissão e fora dos casos previstos da lei. A determinação de *abusiva* só pode ser feita à luz do art.º 18, n.º 2 da CRP, sendo apenas admissível nos casos expressamente previsto na CRP devendo essas restrições ser aferidas mediante o princípio da proporcionalidade ou caso exista consentimento.

Assim, para ser possível esta restrição terá que “constar de Lei ou Decreto-Lei autorizado”⁵¹ (existir lei expressa que possibilite estas intromissões), “com caráter geral e abstrato e não retroativo (art.º 18, n.º 3 e 165.º, n.º 1, al. b) da CRP)”⁵²; estas intromissões não podem ser abusivas e tem de respeitar o princípio da proporcionalidade: “tem de ser adequada, ou seja, o meio de prova utilizado deve ser o apropriado/correto para prosseguir os fins que se propõe atingir e necessária “na medida em que só é admissível quando for impossível utilizar outro meio menos oneroso e proporcional em relação aos resultados obtidos. É o chamado princípio da proibição do excesso (art.º 18, n.º 2 CRP).” E, nunca poderá afetar o núcleo essencial do direito: a dignidade da pessoa humana.⁵²

No direito alemão, as proibições de prova foram muito discutidas a propósito do uso em processo penal de diários íntimos e estes casos tornaram-se casos de escola. De modo abreviado, no primeiro caso do diário, em 1964, “quando estão em causa registo atinentes à intimidade pessoal, está por princípio, excluída toda a intromissão na esfera privada não tendo, por isso, qualquer significado o modo como o diário chegou a conhecimento das autoridades. Lícito ou ilicitamente obtido, um diário íntimo não pode, contra a vontade do seu autor, ser valorado em processo penal.”⁵³

No segundo caso do diário, em 1989, o BGH “admitiu a valoração de qualquer diário (por mais íntimo que seja o seu conteúdo), desde que se trate da perseguição e punição da criminalidade mais grave. E, por essa via, a sancionar o entendimento subscrito pela jurisprudência em nome da ideia da ponderação de bens.”⁵⁴

inconstitucional a interpretação segundo a qual a busca domiciliária em casa habitada e a subsequente apreensões podem ser realizadas desde que se verifique o consentimento de quem, não sendo o visado por tais diligências, tiver a disponibilidade do lugar de habitação em que a busca seja efetuada.

⁵⁰Ac. do TC n.º 7/87 que segue a doutrina de Figueiredo Dias julgou não inconstitucional as normas do art.º 174, n.º 3 e n.º 4 referindo que o então art.º 32, n.º 6 da CRP só considera nula, as provas mediante abusiva intromissão na vida privada. Consagrou a teoria da ponderação de interesses através do princípio da proporcionalidade.

⁵¹Em todos Correia, 2006, 184.

⁵²Correia, 2006, p. 183 e 184 e Correia, 1999, p. 157, nota 358.

⁵³Andrade, 1992, p. 147.

⁵⁴Andrade, 1992, p. 149 e 148, nota 28: “admitiu a valoração de um diário em que o acusado se entrega a reflexões sobre as suas dificuldades e inibições, emoções, sentimentos e reações em matéria sexual.” Esta

Já em Portugal, esta questão é abordada pelo acórdão do TC n.º 607/2003⁵⁵, onde decidiu pela inadmissibilidade da valoração do conteúdo de diários apreendidos ao arguido, para efeitos da avaliação da existência dos factos que constituem os pressupostos da aplicação da prisão preventiva, na ausência de uma ponderação, efetuada à luz dos princípios de necessidade, proporcionalidade, sobre o conteúdo em concreto desses diários.

Antes de avançarmos, é importante ressaltar que o legislador não diferencia os conceitos de proibição de prova e de nulidade, e para além da não diferenciação entre a nulidade constantes dos artigos 118.º e ss. e a nulidade de prova no CPP existem vários termos para identificar uma proibição de prova, tais como: art.º 129, n.º 1 ‘‘não pode servir como meio de prova’’; 130.º, n.º 1 ‘‘não é admissível’’; 134.º, n.º 2 ‘‘sob a pena de nulidade’’ e 356.º e 357.º, n.º 1 ‘‘só é permitida’’, etc.⁵⁶

O art.º 118 ‘‘apesar da sua aparente inutilidade prática, contém a pedra angular de toda a arquitetura da invalidade processual.’’⁵⁷

Em primeiro, determina a taxatividade das nulidades ou o princípio da legalidade das nulidades⁵⁸, prescrevendo que ‘‘a violação ou inobservância das disposições da lei do processo penal só determina a nulidade do ato quando esta for expressamente cominada na lei’’ (n.º 1), ou seja, só são nulidades as expressamente previstas na lei. O legislador demonstra que ‘‘as normas relativas a nulidades insanáveis ou sanáveis são normas excepcionais, dado o seu carácter taxativo (...) e, portanto, não admitem aplicação analógica’’⁵⁹, ficando deste modo, vedado o recurso às normas do processo civil.⁶⁰

O n.º 2 estabelece que quando a ‘‘lei não cominar a nulidade, o ato é irregular’’, determinando o princípio da irregularidade de todos os demais atos ilegais, estabelecendo assim a fronteira entre as nulidades e as irregularidades.

Por fim, o legislador no n.º 3 dispõe que ‘‘as disposições do presente título não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova’’. Pretende definir a fronteira entre as nulidades e as proibições de prova. Assim, e de acordo com Costa Andrade,

decisão foi estruturada na doutrina de Rogal do princípio da ponderação de interesses muito criticada na doutrina alemã. V. Andrade, 1992, p. 34 e ss.

⁵⁵Ac. do TC n.º 607/2003.

⁵⁶Andrade, 2009, p. 121 critica a confusão terminológica, ‘‘uma tarefa que poderia começar por exemplo pela uniformização das plúrimas formas conceitual-terminológicas com que no texto originário da lei portuguesa são significados conceitos como o de proibição de prova.’’

⁵⁷Correia, 2006, p. 175.

⁵⁸Albuquerque, 2011, p. 313.

⁵⁹Albuquerque, 2011, p. 313.

⁶⁰Em sentido concordante, Correia e Pimenta *apud* Albuquerque, 2011, p. 313.

o legislador português “à semelhança do direito alemão, também o direito processual penal português privilegia a dimensão material-substantiva das proibições de prova. A interpretação e aplicação dos respetivos preceitos terão, por isso, de partir da compreensão das proibições de prova como instrumentos de garantia e tutela de valores ou bens jurídicos distintos – e contrapostos – dos representados pela procura da verdade e pela perseguição penal.”⁶¹ Consagra-se aqui o princípio do tratamento autónomo das proibições de prova, distinguindo-o do regime jurídico das nulidades processuais.⁶²

Apesar desta exposição, a identificação de uma proibição de prova continua a ser bastante atribulada, principalmente, quando é necessário distingui-la de uma nulidade e/ou irregularidade.⁶³

⁶¹Andrade, 1992, p. 196.

⁶²Albuquerque, 2011, p. 313 e 314; Silva, 2011, p. 116 e ss e 177 ss; Andrade, 1992, p. 193 e 194; Oliveira, 2011, p. 260; Mata-Mouros, 2011, p. 294; Rosa, 2010, p. 233 refere: “Existe hoje um largo consenso no sentido de que a nulidade a que se refere o art.º 126 não se identifica por completo com a nulidade dos atos processuais regulados nos artigos 118.º a 122.º: uma autonomia que a própria lei consagra no art.º 118, n.º 3.”

⁶³Como alerta Correia, 2006, p. 176: “A identificação prática dos casos de prova proibida subtraídos ao regime geral as nulidades, não tem sido tarefa fácil. Uma regulamentação (...) algo confusa e deficiente e, sobretudo, uma interpretação incorreta, conduzem, frequentemente, a um resultado final deplorável: a indesejável e, mesmo que porventura bem intencionada, injustificável violação dos mais elementares direitos, liberdades e garantias individuais.”

3. Proibições de prova e regras de produção de prova

Como fomos aludimos temos um problema de indefinição terminológica quanto às proibições de prova, e também um problema de incongruência de regime e na demonstração prática do mesmo.⁶⁴ Por isso, é absolutamente essencial proceder à separação das proibições de prova e das meras regras de produção de prova, que, mais das vezes, torna-se numa tarefa laboriosa, devido à linha ténue que as separa.⁶⁵

Esta questão é relevante, porque se se tratar de um atentado contra direitos fundamentais, sendo um princípio fundamental em matéria de prova, aplica-se o regime dos art.º 32, n.º 8 da CRP e o art.º 126 do CPP, o que implica a inadmissibilidade de uso. Se se tratar de uma mera formalidade para respeitar o procedimento, aplica-se o regime das invalidades constantes do art.º 118 e ss.

Entre nós, tem-se entendido que as proibições de prova constituem não só instrumentos de proteção de direitos individuais, mas também instrumentos de proteção de interesses de carácter supraindividual, representados pelo Estado e pela comunidade, que ultrapassam a esfera jurídica do arguido, e que enquanto valores do Estado de Direito, consubstanciam barreiras à busca da verdade.⁶⁶

Por seu lado, as regras de produção de prova, ‘visam apenas disciplinar o procedimento exterior da realização da prova na diversidade dos seus meios e métodos, não determinando a sua violação a reafirmação contrafáctica através da proibição de valoração.’⁶⁷ Por isso, no entender de Figueiredo Dias, estas regras configuram meras prescrições ordenativas de produção da prova, cuja violação não leva a proibição de valorar como prova, mas unicamente a eventual responsabilidade (disciplinar, interna) do seu autor.⁶⁸ Peters diz ‘as regras de produção da prova são ordenações do processo que devem possibilitar e assegurar a realização da prova. Elas visam dirigir o curso da obtenção da prova sem excluir a prova. (...) têm assim uma tendência oposto à das proibições de prova. (...) não é de estabelecer limites à prova como sucede com as proibições de prova, mas apenas

⁶⁴Mata-Mouros, 2011, p. 294.

⁶⁵Andrade, 2009, p. 135, diz que a principal diferença é entre estes dois conceitos e não tanto entre nulidades e provas proibidas, ou nulidades relativas e absolutas.

⁶⁶Helena Mourão, 2006, p. 586, Dias, 1983, p. 208 e ss; Andrade, 1992, p. 33, 74 e ss e 142; Silva, 2011, p. 170; Gonçalves *et al.*, 2002, p. 123. Destaca-se Gössel *apud* Andrade, 1992, p. 83: e Gössel *apud* Mata-Mouros, 2011, p. 291.

⁶⁷Andrade, 1992, p. 84.

⁶⁸Dias, 2016, p. 5 e 6.

de disciplinar os processos e modos como a prova deve ser regularmente levada a cabo.”⁶⁹ Ao encontro desta posição, Amelung dita: “muitas normas de condutas que os órgãos da perseguição penal têm de observar nos atos de intromissão na informação, não tutelam, porém, o domínio sobre a informação do portador do direito atingido, mas *outros* interesses. Daí que a inobservância de tais normas de conduta não determine, só por si, uma distribuição ilícita da informação.”⁷⁰

Visto isto, as proibições de prova implicam que a prova não possa ser utilizada, no entanto, a violação das regras de produção de prova não determinam a sua não utilização, salvo se for declarada a sua invalidade.⁷¹

Concluimos que têm finalidades diferentes, as regras visam apenas disciplinar os processos e modos como a prova deve ser regularmente levada a cabo, e as proibições de prova, como já referi, são verdadeiros limites à descoberta da verdade.⁷²

⁶⁹Peters *apud* Andrade, 1992, p. 85.

⁷⁰Amelung *apud* Andrade, 1992, p. 85.

⁷¹Silva, 2011, p. 170 e Andrade, 1992, p. 85 e 86: “uma regra de produção de prova, cuja violação não acarretará uma proibição de valoração. Quando muito, acarretará uma irregularidade (art.º 123 do CPP).”

⁷²Mata-Mouros, 2011, p. 302.

4. Tipos de proibições de prova

Ademais, para além da distinção acima referida, dentro das proibições de prova temos de distinguir dois conceitos distintos: *proibições de produção de prova* e *proibições de valoração de prova*.⁷³ As primeiras subdividem-se em três espécies: proibição de *tema* de prova, proibição de *meio* de prova e proibição de *métodos* de prova e proibições relativas de prova.⁷⁴

Nas primeiras, determinados factos não podem ser objeto de prova, p. ex., factos que constituam segredo de Estado (v.g., art.º 137 do CPP).

A segunda verifica-se quando determinados meios de prova não podem ser empregues. É proibida a utilização de certo meio de prova, p. ex., em caso de testemunha não esclarecida sobre a faculdade de recusa de depoimento (art.º 134, n.º 2 do CPP) ou a leitura em audiência de autos e declarações fora dos casos expressamente permitidos (art.º 356 do CPP).

A terceira significa que certos métodos de investigação não são admissíveis para a obtenção de meios de prova e são os postulados no art.º 126 do CPP (v.g., um interrogatório com uso de tortura).

Por fim, a obtenção de prova só pode ser ordenada ou produzida, verificados determinados pressupostos e por certas pessoas e observando determinado ritualismo, p. ex., art.º 177, 179.º, 180.º e 187.º do CPP.

A violação de uma destas espécies culmina na recusa de valoração no processo da prova alcançada.⁷⁵

Já nas proibições de valoração de prova estas dividem-se em: *dependentes* e *independentes* de valoração.⁷⁶

As primeiras são aquelas que dependem da violação de uma proibição de produção de prova (v.g. buscas domiciliárias). As segundas não são dependentes de uma proibição de produção porque derivam diretamente da CRP. Por outras palavras, “não dependem da prévia violação duma proibição de produção, derivando diretamente da danosidade da própria prova, nomeadamente, sob a forma de atentado a um direito constitucionalmente

⁷³Andrade, 1992, p. 90; Mendes, 2004, p. 134 e Silva, 2011, p. 171 e 172.

⁷⁴Esta distinção aparece por todos, em Claus Roxin *apud* Mendes, 2004, p. 135; Dias, 2016, p. 6; Andrade, 1992, p. 90 e Silva, 2011, p. 171 e 172.

⁷⁵Dias, 2016, p. 6

⁷⁶Andrade, 1992, p. 90; Albergaria, 2021, p. 70 e Rosa, 2010, p. 233, nota 36.

reconhecido (*diários íntimos*⁷⁷ e nalguns países, *fotografias* ou *gravações ilícitas*).⁷⁸ Porém esta distinção não tem relevo no alcance da proibição: a consequência é sempre a impossibilidade de a prova integrar a convicção do juiz.⁷⁹

Esta diferenciação surgiu como um mecanismo de auxílio para que se possa perceber quando estamos perante uma verdadeira proibição de prova, mas como já referi várias vezes, nem sempre é uma tarefa fácil.

Costa Andrade defende que estamos perante uma proibição de prova sempre que se viole um direito fundamental.⁸⁰ Marques da Silva diz que há proibições de prova que tutelam valores fundamentais e que resultam de imposição constitucional e por determinação da lei.⁸¹

Pinto de Albuquerque refere que as “proibições de prova se fundam em princípio na ilicitude criminal do meio de prova (...) mas nem todas as violações (...) constituem ilícito criminal, há proibições de prova fundadas em condutas substancialmente neutras, como por exemplo, as do art.º 355” e “nem todas as provas criminalmente ilícitas são provas processualmente proibidas, (havendo) provas ilícitas cuja valoração é admissível se o titular do direito o autorizar.”⁸²

Helena Mourão, por sua vez, entende que o âmbito da ilicitude das proibições de prova reporta-se à violação do conjunto específico de direitos fundamentais constantes no art.º 32, n.º 8 da CRP (e que o art.º 126 manteve sem alargar). Defende também que o art.º 32, n.º 8 da CRP não é taxativo e defende a aplicação analógica.⁸³

Posto isto, seguimos a posição de Costa Andrade, Marques da Silva e Pinto de Albuquerque, segundo a qual estamos perante uma proibição de prova, sempre que implicar a violação de um direito fundamental, mas nem sempre. Podemos encontrar uma proibição de prova mesmo quando não se trata de um direito fundamental, p. ex., o segredo de Estado e as condutas substancialmente neutras, v.g. art.º 355.

⁷⁷Foi o caso do Ac. do TC n.º 607/2003 onde o diário íntimo foi obtido na sequência de busca domiciliária autorizada em respeito de todos os requisitos legais, mas não foi valorado.

⁷⁸Andrade, 2008, p. 149.

⁷⁹Albergaria, 2021, p. 70.

⁸⁰Andrade, 1992, p. 14.

⁸¹Silva, 2011, p. 171.

⁸²Albuquerque, 2011, p. 335.

⁸³Mourão, 2006, p. 588 a 590.

5. Autonomia das proibições de prova

O legislador usa a expressão *nulas* para consagrar verdadeiras proibições de prova (como vemos no art.º 32, n.º 8 da CRP e no art.º 126, n.º 1 do CPP), o que agrava os atuais conflitos entre o conceito de proibições de prova (prova nula) e de nulidade processual (geral). Todavia, entre estes dois institutos existe autonomia e a intenção do legislador ao utilizar a expressão *nulas* não foi a de reconduzir simplesmente as proibições de prova ao regime das nulidades gerais.

É consensual na doutrina que o legislador quis estreimar o regime das proibições de prova e o regime das nulidades com o disposto no n.º 3 do art.º 118 do CPP. Marques da Silva clarifica que o regime das proibições de prova “não há-de reconduzir-se pura e simplesmente ao regime das nulidades, pois se assim fora seria dificilmente explicável o n.º 3 do art.º 118.”⁸⁴ Tal como Costa Andrade denota “a autonomia das proibições de prova volta a ganhar vulto no regime normativo que o legislador português lhes adscrive. O que daqui sobremodo releva é a imbricação íntima entre as proibições de prova e o regime das nulidades.”⁸⁵ Fátima Mata-Mouros acrescenta que “aquela imbricação não dispensa a diferenciação entre as duas figuras. Aceitá-lo seria negar a autonomia às proibições de prova, o que, desde logo, anularia razão de ser à ressalva contida no art.º 118, n.º 3.”⁸⁶

A norma *supra* é para vários autores o trampolim para a diferenciação e autonomização do regime das proibições de prova face ao regime das nulidades.⁸⁷ É unânime na doutrina que art.º 118, n.º 3 é uma opção político-criminal e não uma omissão.⁸⁸

Considero seguro, tendo em conta toda a exposição realizada, considerar estes institutos como autónomos. Não obstante o centro da questão reside na concretização desse grau de autonomia e as consequências que daí decorrem. Na doutrina portuguesa, surgiram duas correntes que pretendem estabelecer o cerne desta independência.

⁸⁴Silva, 2011, p. 178.

⁸⁵Andrade, 1992, p. 193.

⁸⁶Mata-Mouros, 2011, p. 295.

⁸⁷Todos os já referenciados Albuquerque, 2011, p. 313: “O princípio do tratamento autónomo das proibições de prova (o regime jurídico das proibições de prova não se identifica nem se sobrepõe ao das nulidades nem ao das irregularidades)”;

Correia, 2006, p. 175: “O artigo (...) apesar da sua aparente inutilidade prática, contém a pedra angular de toda a arquitetura da invalidade processual penal.” e p. 177; Mendes, 2004, p. 146 e 147; Oliveira, 2011, p. 258 a 260;

⁸⁸Silva, 2011, p. 177.

Numa primeira linha de opiniões, temos entre nós uma doutrina constituída por autores como Teresa Beleza, Conde Correia, Helena Mourão, Luís Pedro Martins de Oliveira, Costa Pimenta, e Alves Meireis, que defendem a autonomia dogmática e jurídica.⁸⁹

Na conceção de Teresa Beleza a proibição de prova é “totalmente inútil porque em absoluto inutilizável”⁹⁰, mas poderá “ser utilizada com o fim exclusivo de basear uma condenação da pessoa que ilegalmente a obteve” conforme o n.º 4 do art.º 126 do CPP.⁹¹

Conde Correia reforça que deve existir “separação entre os diversos mecanismos das nulidades *stricto sensu* e as proibições de prova. Só conhecendo as diferentes realidades dogmáticas que lhe são subjacentes, se poderá compreender a necessidade de utilizar instrumentos processuais distintos”, acrescentando que “as diversas técnicas destrutivas não terão sido um mero capricho do legislador.”⁹² Prossegue dizendo que o legislador opta por um regime que assenta na distinção entre proibições de produção e proibições de valoração e que a prova é nula, mas esclarece que “a consequência dessa nulidade atípica é a impossibilidade de utilizar a prova assim conseguida: «não podem ser utilizadas».”⁹³

Este autor afirma também que havendo um regime quanto à proibição de prova implica a coexistência de “diversas sanções nomeadamente proibições de valoração; que constitui uma sanção processual autónoma, independente do regime das nulidades, muito ligada às causas de sanção, e nessa medida, suscetíveis de permitir a recuperação do valor de provas obtidas contra lei.” E frisa que nesta matéria devem distinguir-se “consoantes (os vícios) que respeitem à obtenção ou valoração de uma prova interdita ou à obtenção de uma prova admissível, mas conseguida sem observância das formas legais.”⁹⁴

Luís Pedro Oliveira, por sua vez, garante que o efeito é a inexistência jurídica e não a nulidade.⁹⁵ Rejeitamos esta posição na sua totalidade pois é uma solução *contra legem*, e a inexistência deve ser um recurso excecional, “uma válvula de segurança, capaz de evitar efeitos perniciosos, resultantes da natural incompletude dos sistemas taxativos.”⁹⁶ E também porque iria contra o art.º 126, n.º 4 do CPP, onde a prova existe e pode ser valorada.

⁸⁹ Beleza, 1998, p. 43 e ss; Correia, 2006, p. 191 e também Correia, 1999, p. 156 e ss; Mourão, 2006, p. 591 e ss; Oliveira, 2011, p. 261 e ss; Pimenta, 1991, p. 378 e 398; Meireis, 1999, p. 222.

⁹⁰Beleza, 1998, p. 44.

⁹¹*Ibidem*.

⁹²Correia, 2006, p. 177.

⁹³Correia, 2006, p. 192.

⁹⁴Correia, 1999, p. 109.

⁹⁵Oliveira, 2011, p. 282 a 286.

⁹⁶Correia, 1999, p. 78.

Helena Mourão defende a autonomia técnica, referindo que “não só é difícil defender, em termos de técnica legislativa, que o regime das proibições de prova equivale ao regime das nulidades processuais insanáveis, como na prática judiciária tem prevalecido a tese contrária da possibilidade de sanação das violações decorrente de proibições relativas de prova, o que demonstra os inconvenientes da aproximação do regime das proibições de prova ao regime das nulidades processuais”, entendendo que o “regime das nulidades processuais não é, na sua globalidade, o mais adequado a tal proteção.”⁹⁷ Defende que a aplicação deste regime parte do princípio que o art.º 126 do CPP está “incompleto”⁹⁸, porém esta autora não partilha da mesma opinião e diz que “não parece que (...) padeça de qualquer incompleição”, defendendo que o facto de não haver um regime unitário nesta matéria constitui uma omissão eloquente do legislador, “existe um regime implícito: perante a importância fundamental dos valores em causa a dependência da arguição dos interessados para a relevância do vício e a possibilidade da sua sanação, a existirem, teriam que estar previstas.”

Em suma, defendem a independência completa, dogmática e técnica e, por conseguinte, defendem que o art.º 118 e o art.º 122, n.º 1 e n.º 3 do CPP nunca encontram aplicação em matéria de proibições de prova.⁹⁹ Para além disso, a expressão “nulidade” prevista nos art.º 32, n.º 8 da CRP e art.º 126 do CPP não é uma nulidade em sentido técnico-processual, mas uma nulidade dotada de uma independência técnica completa face ao regime das nulidades processuais¹⁰⁰, cuja consequência jurídica específica é a impossibilidade total de utilização.”¹⁰¹ Utilizam como argumento o art.º 126, n.º 4 do CPP para diferenciar entre o regime das proibições de prova e o regime das nulidades, *máxime* o regime das nulidades insanáveis.¹⁰²

Numa outra linha de orientações temos autores que defendem a autonomia dogmática das proibições de prova face ao instituto da nulidade, defendendo a independência conceptual de ambos os regimes.

⁹⁷Mourão, 2006, p. 594 a 595.

⁹⁸Mourão, 2006, p. 596 neste e nos próximos.

⁹⁹Beleza, 1998, p. 43; Meireis 1999, p. 191; Correia, 1999, p. 156 e ss; Pimenta, 1991, p. 378 e 389.

¹⁰⁰Mourão, 2006, p. 592; Pimenta, 1991, p. 378 e Meires, 1999, p. 191, 192 e 222, fala na nulidade *sui generis*, que é a nulidade de prova.; Correia, 1999, p. 156 e ss e p. 160, nota 366, defende que se deveria alterar a terminologia constitucional para autonomizar claramente estas duas figuras e os seus respetivos regimes.

¹⁰¹Mourão, 2006, p. 592; Beleza, 1998 p. 44; Meireis, 1999, p. 191 e 232, frisando que tais provas “devem ser desentranhadas e desanexadas dos autos.”

¹⁰²Assim, Mourão, 2006, p. 592; Beleza, 1998, p. 43 e 44 e Meires, 1999, p. 191 e 192.

No sentido desta orientação Costa Andrade defende ‘‘uma imbricação íntima entre as proibições de prova e o regime das nulidades’’. Acrescenta que ‘‘a ligação estreita das proibições de prova ao regime das nulidades não deve, todavia, ser entendida como a homogeneização pura e simples das duas figuras reduzindo-se as proibições de prova a meras manifestações tipificadas de nulidade’’¹⁰³, pois este regime não oferece resposta de plano e sem resíduos à extensa área problemática das proibições de prova.¹⁰⁴

Quanto ao art.º 118, n.º 3 do CPP, este deve ser interpretado, no entendimento deste autor, como ‘‘expressão positivada da intencionalidade do legislador de consagrar as proibições de prova, adscrevendo-lhes uma disciplina que transcende o regime das nulidades processuais, pesem embora os significativos momentos de continuidade que medeiam entre as duas figuras’’, sendo que ‘‘formam sistemas (normativos) distintos’’, mas ‘‘interpenetrados.’’¹⁰⁵ Defende ainda ‘‘a fidelidade ao programa legislado aponta, assim, para uma compreensão das proibições de prova assente seguramente na doutrina e nos princípios subjacentes ao regime das nulidades, mas aberta também e necessariamente a tópicos excêntricos e alheios a esta figura.’’¹⁰⁶

Já no entendimento de Marques da Silva, as proibições de prova e nulidades processuais constituem ‘‘realidades distintas e autónomas’’¹⁰⁷, porém acaba por afirmar que os ‘‘efeitos da proibição de prova são os mesmo da nulidade.’’¹⁰⁸ Reconhece, porém, que as proibições de prova correspondem ‘‘à sua inadmissibilidade no processo, não pode ser tida em conta para os fins do processo.’’¹⁰⁹

Quanto ao n.º 3 o autor defende que ‘‘deve ser interpretado como ressalva das disposições sobre nulidade, por se tratar de realidades diversas. As disposições sobre nulidade dos atos processuais são as constantes dos artigos 118.º a 123.º, aplicáveis também aos atos probatórios, mas além das invalidades há que atender a uma outra realidade, a

¹⁰³Andrade, 1992, p. 194.

¹⁰⁴*Ibidem*.

¹⁰⁵Andrade, 1992, p. 194 e seguido por Aguilar, 2004, p. 88, nota 359.

¹⁰⁶Andrade, 1992, p. 313; Mesquita, 2011, p. 271 e 272, nesta linha esclarece que se consagrou as proibições de prova com subsistência do esquema das invalidades, superando a tentação de analisar os dois esquemas numa relação de alternatividade. Dizendo também que a violação de imperativos constitucionais ultrapassa a mera aplicação das regras do procedimento e exige efeitos centrados em juízos substanciais sobre os princípios em causa.

¹⁰⁷Silva, 2011, p. 177.

¹⁰⁸*Ibidem*.

¹⁰⁹*Ibidem*.

inadmissibilidade e a proibição de prova, que não têm necessariamente de ser efeito da invalidade do ato processual e também não segue exatamente o mesmo regime.”¹¹⁰

Assim, quanto ao regime das proibições de prova entende que o efeito é “sempre o da sua *não utilização*, ou seja, os efeitos análogos aos efeitos da nulidade insanável”, incluindo a possibilidade de “conhecimento oficioso até decisão final”, porém ao contrário da “nulidade que fica sanada com a decisão final transitada em julgado, a utilização de provas proibidas obtidas por meios proibidos para fundamentar a condenação é fundamento para o recurso extraordinário de revisão (art.º 449, n.º 1, al. e do CPP).¹¹¹

Dito isto, importa salientar que a tomada de uma certa posição acarreta consequências práticas, porém não interessa versar sobre todos os detalhes dessas consequências, por motivos de escassez de espaço. Desta matéria das proibições de prova interessa-nos, em particular, o enquadramento jurídico da problemática do efeito-à-distância.

Na primeira teoria, o efeito-à-distância poderá estar legalmente desamparado, à primeira vista.

Já para a segunda o *efeito remoto* encontrará a sua consagração genérica no art.º 122, n.º 1 do CPP.¹¹²

Porém, Helena Mourão defende que não é necessária a aplicação subsidiária do regime das nulidades processuais às proibições de prova e que o recurso a este art.º 122 do CPP é desnecessário. Acrescenta que da mesma maneira que o regime das proibições de prova como plasmado no art.º 126 do CPP nasce diretamente do art.º 32, n.º 8 da CRP, também o mecanismo do efeito-à-distância das provas proibida encontra aí a sua sede constitucional, nascendo daí um verdadeiro fundamento constitucional do *tele-efeito*.¹¹³

¹¹⁰*Ibidem*.

¹¹¹Silva, 2011, p. 178 e 179 e Aguilar, 2004, p. 88 a 91.

¹¹²Neste sentido, Andrade, 1992, p. 195 e 196, Silva, 2011, p. 181; Mendes, 2004, p. 153; Correia, 1999, p. 185, nota 429 e Aguilar, 2004, p. 91 a 93; Meireis, 1999, p. 234; Gonçalves *et al.*, 2002, p. 125. Contra Pimenta, 1991, p. 378: “A lei não prevê a extensão do efeito das proibições de prova – em contraste com os efeitos da declaração de nulidade (art.º 122, n.º 1) e de irregularidade (art.º 123, n.º 1).”

¹¹³Mourão, 2006, p. 596 e 597.

6. Posição adotada

No nosso entender, o art.º 118, n.º 3 do CPP não prejudica as normas de proibições de prova, pois tal seria frustrar o sentido da norma. Temos uma autonomia entre os dois institutos.

O regime das proibições de prova é um regime mais forte do que o regime das nulidades, tem como efeito a *não utilização da prova proibida*. As proibições de prova não podem subsistir no processo e em caso algum devem ser valoradas. São passíveis de recurso nos termos do art.º 399 e 410º, n.º 3 do CPP.

Já as nulidades do art.º 119 do CPP também tem fundamento de recurso nas normas referidas, porém sanam-se com o trânsito em julgado da decisão. Porém, nas proibições de prova estas podem ser objeto de recurso extraordinário nos termos do art.º 449, n.º 1 e) do CPP, pelo que nunca são sanáveis, pois a decisão condenatória é sindicável mesmo após trânsito em julgado.

Assim sendo, rejeitamos por completo a tese de Maia Gonçalves, onde defende que os métodos proibidos do art.º 126, n.º1 e n.º 2 são “fulminados por uma nulidade absoluta, insanável e de conhecimento officioso” e que os métodos do n.º 3 “são dependentes de arguição, e portanto sanáveis, pois não são apontadas como insanáveis no art.º 119 ou em qualquer outra disposição da lei.”¹¹⁴ Não podemos aceitar esta tese porque a diferença de desvalor que torna os primeiros métodos proibidos em quaisquer circunstâncias e os segundos permitidos em certas circunstâncias, não justificam que sejam sujeitos a regimes distintos de nulidade. Com a reforma de 2007, torna-se ainda mais indefensável esta posição devido à expressão utilizada “não podendo ser utilizadas” no n.º 3 do art.º 126.º só pode significar que o regime da nulidade aqui postulado é igual ao do n.º 1 do art.º 126.º.

Pinto de Albuquerque após a revisão de 2007 retomou esta tese e aperfeiçoou-a. Também não aceitamos esta posição, pois o autor defende que o n.º 1 e n.º 2 prevê nulidades absolutas e o n.º 3 prevê nulidades relativas.¹¹⁵ Este entendimento das coisas leva a possibilidade de sanção da nulidade da prova proibida no caso do n.º 3, o que nunca poderá acontecer porque levaria ao enfraquecimento da função da prova proibida.

¹¹⁴Gonçalves, 1997, p. 195. Posteriormente, Gonçalves, 2009, p. 327 (art.º 118 ponto 5) corrigiu a sua posição anterior.

¹¹⁵Albuquerque, 2011, p. 335 e 336.

Posto isto, as provas proibidas são nulidades de conhecimento oficioso a todo o tempo e podem ser atacadas após transito em julgado da decisão final.

Quanto ao enquadramento do efeito-à-distância, salvo melhor entendimento, subscrevemos o pensamento de Costa Andrade. Este defende que o art.º 122 do CPP representa um *início de resposta* ao problema do efeito-à-distância, indiciando uma propensão para reconhecer o efeito-à-distância, sem as hesitações que se fizeram sentir no ordenamento alemão, porém não irrestritamente.¹¹⁶ Reconhecendo a autonomia destes dois institutos, porém uma autonomia dogmática e não completa tal como defende Helena Mourão.

Finalizamos reconhecendo que a confusão que estes institutos trazem ao ordenamento jurídico português e que está longe de ser dissipada e compartilhamos a frustração sentida por Costa Andrade relativamente à revisão do CPP de 2007, onde se esperaria que o legislador desse solução a todos estes problemas e consolidasse a doutrina das proibições de prova.¹¹⁷

¹¹⁶Andrade, 1992, p. 195 e 196.

¹¹⁷Andrade, 2009, p. 139.

Capítulo II: Efeito-à-distância das provas proibidas

1. Introdução

Nesta parte da matéria pretende-se responder à questão de saber se a proibição vale apenas para o meio de prova obtido diretamente de modo proibido, ou se também afeta outros meios de prova obtidos indiretamente através da prova proibida.¹¹⁸ Ou seja, saber se a proibição de valoração que eventualmente inquiere a prova primária ou direta, se comunica, e em que medida, às provas secundárias ou indiretas, impondo a sua exclusão em cadeia.¹¹⁹ Isto é, saber se as proibições de prova são ou não dotadas de um efeito-à-distância, que por vezes é designado por *tele-efeito* ou *efeito-remoto*.¹²⁰

Frederico da Costa Pinto afirma que a prova proibida contamina a prova secundária caso haja uma “dependência lógica, material e axiológica.”¹²¹ Pinto de Albuquerque, também neste sentido, explica que a prova proibida contamina a prova secundária no caso de existir um “nexo de dependência cronológica, lógica e valorativa” entre as provas (se lermos o art.º 122 do CPP à luz da jurisprudência do acórdão do TC n.º 198/2004).¹²² É possível concluir que o apuramento do efeito-à-distância se traduz numa “necessária ponderação do nexo que liga a prova proibida e a prova mediata dela resultante.”¹²³

Para que se verifique o *tele efeito* é necessário que o meio de prova proibido seja a causa do meio de prova obtido. Caso assim não fosse, o instituto das proibições de prova seria despojado de qualquer eficácia. Todavia, não há consenso doutrinal ou jurisprudencial acerca do critério a adotar, uma vez que alguns perfilham um critério mais restrito e outros um critério mais amplo.

E é no desenrolar desta problemática que se desenharão os próximos tópicos.

¹¹⁸V. exemplos em Mourão, 2006, p. 576.

¹¹⁹Andrade, 1992, p. 61 e 169.

¹²⁰Andrade, 1992, p. 61 e 169 e Correia, 1999, p. 137.

¹²¹Pinto, 2010, p. 1071.

¹²²Albuquerque, 2011, p. 338.

¹²³*Ibidem*.

2. Referência ao Direito Estrangeiro

2.1.EUA

Foi nos EUA que nasceu a doutrina da ‘*fruit of the poisonous tree doctrine*’ onde se estabeleceu o princípio do efeito-à-distância das *exclusionary rules*, segundo o qual uma proibição de prova se estende aos meios de prova obtidos indiretamente.¹²⁴

Apesar da diferença entre o regime de *common law* e *civil law* (a nível jurídico e a nível policial), é essencial analisar os contributos que o ordenamento norte-americano ofereceu ao reconhecer a importância deste instituto, sendo o primeiro a aceitar o efeito-à-distância, e, ao mesmo tempo, a consagrar as suas limitações.¹²⁵

A primeira decisão a reconhecer esta doutrina foi o caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*¹²⁶, pelo juiz Wendell Holmes. Porém, foi só no caso *Nardone v. United States* que se utilizou a expressão ‘*fruit of the poisonus tree*’ pela primeira vez.¹²⁷

Em termos muito simplistas esta teoria defende a proibição de utilização de toda a prova cuja obtenção derive de meio de prova proibido: o fruto (a prova secundária) de uma árvore envenenada (prova primária proibida) está também ele envenenado, e por isso, esse fruto não pode ser utilizado.

No decurso da investigação à empresa *Silverthorne Lumber Co.*, foi realizada uma busca às instalações sem autorização judicial, e foram apreendidos documentos contabilísticos da empresa.

O juiz, na fase de julgamento, a requerimento da defesa, ordenou a devolução dos documentos apreendidos aos seus titulares, baseando a sua decisão no princípio da propriedade que se encontra estabelecido na Quarta Emenda da Constituição Federal, e ainda no precedente estabelecido no caso *Weeks v. United States*.¹²⁸ A ordem judicial foi cumprida, mas antes da devolução, o procurador tirou fotocópias desses documentos.

¹²⁴V. G. Sousa, 2006, p. 10 e ss; Andrade, 1992, p. 170 e ss; LaFave *et al.*, 1992, p. 471.

¹²⁵Análise essa que será feita no próximo capítulo.

¹²⁶251 U.S 385 (1920).

¹²⁷308 U.S. 338 (1939). O STJ utiliza a argumentação deste primeiro caso para elaborar ‘*fruit of the poisonous tree doctrine*’. Argumentos esses que são explanados no seguimento da análise do caso *Silverthorne* no capítulo da análise do limite da fonte independente *infra*.

¹²⁸232 U.S 383 (1914); Gallardo, 2001, p. 54 a 56 e Mesquita, 2011, p. 215: neste acórdão sublinha-se a exigência ético-política de integridade judicial e a necessidade de aplicação efetiva da Constituição, concluindo pela inadmissibilidade probatória de «buscas ilegais e confissões forçadas», e que «os esforços dos tribunais e seus agentes de aplicar a punição aos culpados (...) não devem ser desenvolvidos com sacrifício dos princípios (do Quarto Aditamento). A atuação ilícita dos agentes constitui uma conduta pela qual deve ser

O MP, mais tarde, iniciou uma nova investigação, dos mesmos factos, sustentada nas tais fotocópias. Na fase judicial deste novo processo, o juiz ordena à arguida a entrega dos documentos originais, ordem que nunca foi cumprida e resultou em condenações por desobediência a ordem legítima do tribunal.

De facto, os órgãos de investigação atuaram sempre de forma legítima: com base numa interpretação literal da Quarta Emenda, esta não se aplica às pessoas coletivas. Assim, não era exigido uma autorização judicial para realizar apreensões a pessoas coletivas.¹²⁹ Porém, a ordem de devolução dos documentos é uma imposição por um precedente (*Weeks*), onde os objetos apreendidos devem ser devolvidos ao seu legítimo proprietário.¹³⁰

Por outro lado, afirmou-se expressamente no caso *Hale v. Henkel*¹³¹ que as pessoas coletivas não gozavam do privilégio contra a autoincriminação da Quinta Emenda, e os seus representantes legais (sendo eles administradores ou gerentes), não podiam socorrer-se da Quinta Emenda para negarem a entrega de documentos prejudiciais da empresa que representam.

Logo, apesar de estas atuações serem legais, eram polémicas e geradoras de riscos de abusos e arbitrariedade, por isso, foram levadas ao conhecimento do STJ. O Supremo entendeu ser inadmissível a utilização desses documentos no novo procedimento e criou duas regras: a proteção da Quarta Emenda estende-se também a pessoas jurídicas (não só à pessoa humana, mas também às pessoas coletivas); e deu o primeiro passo em direção à construção da teoria dos frutos da árvore envenenada, já que o Tribunal não admitiu a utilização do fruto da apreensão ilegal na investigação posterior.¹³²

Em grosso modo, o Tribunal decidiu proibir a aquisição de prova ilegal e a sua utilização em tribunal e não admitiu também a utilização das cópias dos documentos apreendidos ilegalmente na investigação posterior. Foi aqui aplicada a *exclusionary rule* a todas as provas manchadas pela pesquisa considerada ilegal, e essa mancha estendeu-se à

responsabilizado o Estado (...) a proibição não se apresenta como um remédio de uma anterior violação, mas forma de impedir a violação da Constituição no tribunal.”

¹²⁹Gallardo, 2001, p. 57 e esta interpretação de que as garantias da Quarta Emenda não se aplicam às pessoas coletivas, tem como base a expressão ‘*the right of the people*’, que não se pode interpretar como extensível as pessoas coletivas. porém, o Tribunal não debateu esta questão, e entendeu-se que na falta de uma norma legal infraconstitucional, a atuação das forças de investigação foi formalmente lícita e ajustada à carta ‘*Bill of Rights*.’

¹³⁰251 U.S 385 (1920).

¹³¹201 U.S 43 (1906) e Gallardo, 2001, p. 57.

¹³²Gallardo, 2001, p. 57 e 58.

prova subsequentemente obtida através da utilização da informação adquirida durante tal pesquisa.¹³³

Este instituto foi criado com base numa intencionalidade político-criminal que confere racionalidade teleológica ao regime das *exclusionary rules*. Logo, o propósito normativo aqui presente é o de disciplinar preventivamente a atividade investigatória dos órgãos de polícia criminal, relativamente aos direitos garantidos constitucionalmente ao cidadão. Assim, a jurisprudência entendeu que a eficácia de dissuasão da abstenção de práticas ilegais (tendo como destinatários principais, os agentes das instâncias formais de controlo, *máxime* a polícia) só seria assegurada se fosse reconhecido o *tele-efeito*.¹³⁴

Todavia, até mesmo nos EUA o efeito remoto não é absoluto e, como refere Dá Mesquita ‘‘a jurisprudência constitucional projeta um pensamento substancial, com uma exigente ponderação pragmática com nexos causais e processos inferenciais. O problema do fruto da árvore venenosa expressa a necessidade de balanceamento crítico em que, além da exigência de proibição de utilização da prova obtida por força da violação do direito constitucional, se escortina a prova obtida indiretamente.’’¹³⁵ Destarte, o *tele-efeito* não é automático sem qualquer ponderação. Assim, é certo que a jurisprudência criou exceções a esta corrente, tanto no direito norte-americano como no direito alemão.¹³⁶

A primeira exceção no ordenamento jurídico norte-americano¹³⁷ surgiu precisamente com o caso *Silverthorne*, a chamada exceção de fonte independente (*independent source doctrine*).

Do caso *Nardone v. United States*¹³⁸, surgiu outra limitação: a nódoa (ou mácula) dissipada (*purged taint limitation*). Segundo o juiz, neste caso, as provas secundárias podem ser admitidas ‘‘se a conexão se tiver tornado tão atenuada a ponto de dissipar a mácula.’’¹³⁹ Esta limitação é proclamada neste primeiro caso e reconfirmada e reforçada na sua

¹³³Gallardo, 2001, p. 57 e 58.

¹³⁴Andrade, 1984, p. 581 a 582; Andrade, 1992, p. 170 a 171; LaFave *et al.*, 1992, p. 471 e ss e segundo 308 U.S 338 (1939): ‘‘proibir o uso direto de certos métodos de prova, mas não por limites ao seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal.’’

¹³⁵Mesquita, 2011, p. 220.

¹³⁶O direito alemão criou soluções compromissórias para admitir o efeito-à-distância e o seu alcance e vão ser analisados nos próximos títulos.

¹³⁷Mourão, 2006, p. 577 e Andrade, 1992, p. 171: ‘‘A história da emergência e afirmação do princípio é também a história do enunciado e das tentativas de fundamentação e sistematização de uma gama alargada de exceções.’’

¹³⁸Andrade, 1992, p. 171 e 172.

¹³⁹LaFave *et al.*, 1992, p. 472 e Mendes, 2013b, p. 3.

plausibilidade no caso *Wong Sun v. United States*. Neste último foi criada a exceção “a não ser” (“*but for*”), conforme a qual não basta “defender que todas as provas são frutos da árvore proibida simplesmente porque não teriam sido descobertas a não ser por causa das ações ilegais da polícia.”¹⁴⁰

Em 1984, no caso *Nix v. Williams*, surge a terceira limitação estabelecida pelo STJ norte-americano: descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*).¹⁴¹

E por fim, temos a exceção da “boa-fé da conduta policial” (“*good-faith exception to the exclusionary rule*”), defendida por decisão no caso *United States v. Leon*, com seguimento no caso *Arizona v. Evans*.¹⁴²

Esta limitação surge a propósito da constatação, em julgamento, de que o magistrado errou ao emitir os mandados de busca, pois tinha a convicção errada de que se encontravam reunidos os requisitos quanto à existência de “causa provável”. Neste caso, o Tribunal entendeu que a confiança que o oficial de polícia depositou na decisão do magistrado quanto à existência de “causa provável”, que permitiria a emissão dos mandados de busca, era objetivamente razoável. E, por isso, concluiu-se que a exclusão da prova assim obtida seria uma sanção extremamente inapropriada.¹⁴³

¹⁴⁰371 U.S 471 (1963) e LaFave *et al.*, 1992, p. 472.

¹⁴¹467 U.S 431 (1984) e LaFave *et al.*, 1992, p. 475 e ss.

¹⁴²468 U.S 897 (1984) e 514 U.S 1 (1995) Gallardo, 2001, p. 187, 199 a 200, 226 a 227, 301, 310 e ss e G. Sousa, 2006, p. 15.

¹⁴³G. Sousa, 2006, p. 15 e 16.

2.2.Alemanha

No sistema alemão, a questão da *Fernwirkung* (efeito-à-distância) das proibições de prova é bastante mais complexa e menos consensual do que no sistema norte-americano.

Inicialmente, a doutrina nega por completo o *Fernwirkung*, argumentando que o ‘‘processo penal não pode desenvolver-se como se os meios de prova mediato pura e simplesmente não existissem.’’¹⁴⁴ O argumento mais recorrente funda-se em razões de índole político-criminal e entendendo que o efeito pode comprometer seriamente a eficácia da justiça penal. Na voz de Schäfer: ‘‘Só como afronta inescapável às exigências da justiça se poderia ligar a uma capitulação da ordenação jurídico-penal a uma violação da lei por parte dos órgãos da administração da justiça penal relativamente ligeira em comparação com a gravidade do crime; e, por essa via, se deixando impunes as mais intoleráveis infrações só porque não se logra isolar um meio inequívoco de prova de uma declaração ilegítimamente obtida e, por isso, não valorável como prova.’’¹⁴⁵

Para além destes argumentos, invocam-se argumentos de cariz literal, sistemático e dogmático e que por falta de espaço não irei conseguir desenvolver.¹⁴⁶

Entrementes, ao longo dos anos, surge uma corrente doutrinária no sentido oposto designada *Makel-Theorie*. Esta teoria é a manifestação alemã da teoria americana dos *fruit of the poisonous tree doctrine*. Esta corrente tem entendido que negar a *Fernwirkung* levaria a uma inutilidade das proibições de prova, isto é, esta negação contraria o sentido do instituto e contraria a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos bem como os próprios fundamentos dos Estado de Direito, por meras considerações de conveniência.¹⁴⁷

Esta teoria também procura fundamentar a aceitação do *tele-efeito* em razões de política-criminal, concretamente, numa perspetiva de ‘‘prevenção e repressão de condutas ilícitas por parte de órgãos de investigação.’’¹⁴⁸

Hassemer diz que a negação do efeito-à-distância estagnaria ‘‘a força expressiva da proibição de tortura, tanto no plano cultural como no jurídico’’¹⁴⁹ e, segundo Roxin

¹⁴⁴Meyer *apud* Andrade, 1992, p. 173.

¹⁴⁵Schäfer *apud* Andrade, 1992, p. 174.

¹⁴⁶Para estes argumentos v. Andrade, 1992, p. 173 e ss.

¹⁴⁷Mourão, 2006., p. 580 e Andrade, 1992, p. 175 e ss.

¹⁴⁸*Ibidem*.

¹⁴⁹Hassemer *apud* Andrade, 1992, p. 175.

“também no processo penal alemão se deve admitir um efeito extensivo pois, de outro modo, as proibições de prova podiam ser iludidas muito facilmente.”¹⁵⁰

Já no lado da jurisprudência o BGH adotou uma orientação favorável ao *tele-efeito*, nos casos em que a proibição de valoração que atinge uma determinada prova terá de se comunicar às provas derivadas.¹⁵¹ O caso ficou conhecido como o caso *Traube*¹⁵², estando aqui em causa provas secundárias (documentos) cuja obtenção só se tornou possível a partir de uma escuta telefónica ilegal, fundamentando a sua decisão na equiparação entre provas primárias e provas secundárias. “Como conhecimentos e documentos obtidos através das escutas devem considerar-se não só aqueles que foram obtidos imediatamente a partir da intromissão na comunicação, mas também aqueles para que as conversas telefónicas apenas abriram caminho e, por isso, só vieram a ser encontradas ao cabo de ulteriores investigações, para além das escutas telefónicas”. E ainda “à luz da Constituição não há nenhuma diferença essencial entre (...) expor-se à perseguição penal na base de meios de prova obtidos de forma imediata ou mediata.”¹⁵³

Infelizmente, esta posição não foi seguida nos sucessivos acórdãos do BGH. Concretamente no Caso do Companheiro de Cela¹⁵⁴ negou o *tele-efeito* aos métodos proibidos de prova.

Em suma, é possível concluir que tanto a doutrina como a jurisprudência (apesar de reticente), caminham na direção do acolhimento, pelo menos em alguma medida, do *Fernwirkung* das *Beweisverbote*.

¹⁵⁰Cf. Roxin, 2000, p. 205.

¹⁵¹Andrade, 1992, p. 180.

¹⁵²18/04/1998 - v. Mourão, 2006, p. 579; Andrade, 1992, p. 180 e 181; Gössel, 1992, p. 436 e Meireis, 1999, p. 234.

¹⁵³Andrade, 1992, p. 180 e 181.

¹⁵⁴De 28/4/1987 - v. Mourão, 2006, p. 579 e Andrade, 1992, p. 62 e nota 106: “O que o arguido contou ao companheiro de cela (...) não pode ser valorado. Já pode, porém, valorar-se o depoimento feito em julgamento por uma testemunha a que a polícia só teve acesso a partir das informações prestadas pelo arguido ao seu companheiro de cela.”

3. Efeito-à-distância: Consagração legal

Tendo em conta o que fomos expondo é inegável que o ordenamento jurídico português acolhe o *efeito-à-distância*, segundo o qual uma proibição de prova se estende aos meios de prova derivados, pois de outro modo, poderia fazer entrar por uma porta o que se proíbe por outra, pode frustra-se absolutamente objetivo do instituto das proibições de prova.¹⁵⁵

Como já ilustrado anteriormente, há diversas posições relativamente ao fundamento do efeito-à-distância.

No entendimento de quem defende a autonomia jurídica, na voz de Helena Mourão, sustenta que a base legal do efeito-à-distância se encontra abrangido pelo âmbito de proteção da norma do art.º 32, n.º 8 da CRP.¹⁵⁶ A favor desta perspetiva, a autora invoca ‘o teor literal da própria norma constitucional citada, e refere que a norma não introduz qualquer diferenciação ao nível do grau mediato da sua obtenção.¹⁵⁷ Para além disso, invoca o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.¹⁵⁸

Luís Pedro Oliveira tem uma posição semelhante a esta autora, mas defende que o efeito-à-distância se encontra no art.º 32, n.º 1 da CRP e defende ser inconstitucional qualquer leitura que não retire deste artigo o efeito à distância.¹⁵⁹

Porém, há parte da doutrina portuguesa que defende que este problema não encontra suporte constitucional e que apenas poderá lograr encontrar soluções jurisprudenciais e doutrinárias.¹⁶⁰

Aqueles que não sustentam a total autonomia entre os dois institutos, sustentam esta figura na norma do art.º 122 do CPP.¹⁶¹ Costa Andrade salienta que, diversamente do que se verifica na lei alemã, as proibições de prova estão associadas à figura e ao regime das nulidades. Acrescenta em adimplemento da injunção constitucional constante do art.º 32, n.º

¹⁵⁵Silva, 2011, p. 181. Todavia, a jurisprudência e doutrina portuguesa invocam exceções que iremos ver mais à frente.

¹⁵⁶Mourão, 2006, p. 597. ss e de encontro a este entendimento: Ac. do STJ, proc. n.º 09P0395: ‘o efeito à distância da prova proibida como um fator que reforça a ideia da autonomia total (...) e, ainda, que tal efeito tem gênese na própria norma. (...) é inequívoca a conclusão de que o conteúdo normativo do direito fundamental previsto no art.º 32, n.º 8 da CRP inclui no seu âmbito o efeito remoto da utilização de métodos proibidos de prova (...) Conclui-se, pois, na esteira da mesma autora, que o efeito-à-distância se encontra abrangido pela esfera normativa do art.º 32/8 da CRP.’

¹⁵⁷Mourão, 2006, p. 597.

¹⁵⁸Mourão, 2006, p. 598 e 599.

¹⁵⁹Oliveira, 2011, p. 288.

¹⁶⁰Neste sentido Dias *apud* Mourão, 2006, p. 597.

¹⁶¹Silva, 2011, p. 181: ‘É, aliás, o que resulta do art.º 122.º, n.º 1 do CPP no que respeita às nulidades.’

8 da CRP (antes n.º 6), o que aponta para a submissão de princípio das proibições de prova à sanção prevista para as nulidades. O que, nos termos do art.º 122, n.º 1 do CPP, ‘*tornam inválido o ato em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afetar.*’¹⁶²

Salienta a diferença entre os art.º 126 do CPP e o §136a) da legislação alemã. O legislador alemão limita-se a prescrever a proibição de valoração ‘das declarações obtidas à custa da violação desta proibição’ (§ 136a), 3,2). Já o legislador português optou por proibir, sem mais, a valoração de *todas as provas obtidas* mediante recurso aos métodos proibidos de prova. Revelando a intencionalidade de, em vez de circunscrever às declarações diretamente obtidas, generalizar a proibição de valoração a todas as provas inquinadas pelo ‘veneno’ da violação inicial.¹⁶³

Refere ainda que o *tele efeito* parece ‘configurar um momento nuclear do fim de proteção do art.º 126 do CPP na direção do arguido. Uma conclusão reforçada pela consideração suplementar e decisiva de que só o efeito-à-distância pode aqui prevenir uma tão frontal como indesejável violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare.*’¹⁶⁴ Como já aludimos *supra* subscrevemos a posição de Costa Andrade relativamente ao fundamento do tele-efeito.

O acórdão do TC n.º 198/2004 afirma: ‘com segurança que o sentido de uma norma prescrevendo que a invalidade do ato nulo se estende aos que deste dependerem ou que ele possa afetar (art.º 122, n.º 1 do CPP) é, desde logo, o de abrir caminho à ponderação que – como adiante se verá – subjaz à chamada doutrina dos «frutos proibidos». Isto, cotejado com a apontada amplitude das garantias de defesa contidas no art.º 32 da CRP, leva a que este Tribunal considere que, efetivamente, certas situações de «efeito-à-distância» não deixam de constituir uma das dimensões garantísticas do processo criminal, permitindo verificar se o nexo naturalístico que, caso a caso, se considere existir entre a prova inválida e a prova posterior é, também ele, um nexos de antijuridicidade que fundamente o «efeito-à-distância», ou se, pelo contrário, existe na prova subsequente um tal grau de autonomia relativamente à primeira que a destaque substancialmente daquela.

Outro sentido não tem, aliás, a doutrina dos «frutos da árvore venenosa», desde a sua formulação no direito norte-americano, que não seja aquele que exige a ponderação do caso

¹⁶²Andrade, 1992, p. 313.

¹⁶³Andrade, 1992, p. 313 e 314.

¹⁶⁴Andrade, 1992, p. 314.

concreto determinando a existência, ou não, desse nexo de antijuridicidade entre a prova proibida e a prova subsequente que exige para esta última o mesmo tratamento jurídico conferido àquela.’’¹⁶⁵

Independentemente das várias divergências quanto ao fundamento do *tele-efeito*, regista-se, como notou Costa Andrade, numa impossibilidade de remeter para uma pura aceitação ou uma pura negação do *tele-efeito*. Acabando por resultar numa convergência a nível da doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, no sentido de admissibilidade de limitações do *efeito remoto*, numa tentativa de conciliação dos valores inerentes às proibições de prova com a necessidade de conferir eficácia à justiça penal.¹⁶⁶

No capítulo seguinte, irei analisar as várias posições *conciliatórias*, e escolher aquela que, por um lado, concilie o melhor possível os direitos fundamentais em conflito, e por outro, encontrar os pressupostos da aplicação do *tele-efeito*. Irei adotar a estrutura principiada por Helena Mourão, onde a análise terá em conta orientações globais e não propriamente os autores.¹⁶⁷

¹⁶⁵Ac. do TC n.º 198/2004.

¹⁶⁶Andrade, 1992, p. 170 e ss, e 312 e ss e Mourão, 2006, p. 600 e 601.

¹⁶⁷Mourão, 2006, p. 601 e Andrade, 1992, p. 176 e ss.

4. Análise de posições conciliatórias

4.1. Posições norteadas para o caso concreto

Neste âmbito, os autores procuram resolver o problema do *tele-efeito* através da ponderação casuística dos interesses que surgem em cada caso concreto, sem, porém, adotar princípios gerais.

Esta solução tem vindo a ser exaltada por autores alemães como Rogall¹⁶⁸, Ernest-Walter Hanack, e entre nós, por Maia Gonçalves¹⁶⁹, Simas Santos e Leal-Henriques.¹⁷⁰

Estes autores defendem que deve haver uma ponderação de interesses, no caso concreto, e fundamentam esta decisão no valor da realização da justiça e eficácia da justiça, na punição dos responsáveis, visto que são valores constitutivos do Estado de Direito. Aceitam o afastamento do *tele efeito*, neste quadro, principalmente no contexto da criminalidade especialmente grave. Todavia, se estiver em causa um atentado grave aos direitos individuais protegidos a solução tende para o reconhecimento do efeito-à-distância.¹⁷¹

É certo que estes valores – *realização da justiça e eficácia da justiça* – são valores constitucionais, mas não são valores absolutos e ao existir a ponderação de interesses sempre que estivéssemos perante criminalidade grave, isto levaria a uma insegurança e incerteza jurídica. Algo que não é compatível com o instituto da proibição de prova e o efeito-à-distância.¹⁷²

Como resultado esta solução possibilita fortes atentados aos direitos fundamentais e destrói por completo a função preventiva e dissuasora do instituto das proibições de prova. Tal como nos ilustra Costa Andrade: “*Brevitatis causa*, a gravidade do crime a perseguir não será, só por si e enquanto tal, razão bastante para legitimar a danosidade social da violação das proibições de prova.”¹⁷³

¹⁶⁸Rogall *apud* Andrade, 1992, p. 176 refere que “só (...) a ponderação de interesses poderá oferecer uma resposta adequada às questões doutrinárias e pragmáticas do *Fernwirkung*.”

¹⁶⁹Gonçalves, 2009, p. 328.

¹⁷⁰Santos *et al.*, 1999, p. 672.

¹⁷¹Cf. Rogal *apud* Andrade, 1992, p. 176, e Wolter *apud* Andrade, 1992, p. 179.

¹⁷²Mourão, 2006, p. 602 defende que esta orientação não deve ser acolhida pela “imprevisibilidade das soluções que acarreta, máxime nas situações em que se encontram simultaneamente em conflito os valores de repressão da criminalidade grave e da proteção dos direitos fundamentais contra fortes atentados processuais, amplificando substancialmente a insegurança jurídica nesta matéria e contribuindo fortemente para a destruição da importante função preventiva relativamente a práticas ilícitas, inerente ao instituto das proibições de prova.”

¹⁷³Andrade, 1992, p. 201.

Para além disto, o nosso CPP é ele próprio uma expressão dos juízos de ponderação do legislador em matéria de criminalidade grave¹⁷⁴, como podemos ver pelas normas contidas nos arts. 143.º, n.º 4 e 174.º, n.º 5, al. a), 187.º, n.º 2, al. a), e o julgador não se encontra legitimado para quebrar essa intenção normativa.¹⁷⁵

Helena Mourão acrescenta ainda que o julgador não pode socorrer-se de soluções casuísticas baseadas em considerações de política criminal em relação à criminalidade grave, porque ao fazê-lo o julgador não está a atuar no âmbito das suas competências jurisdicionais, mas sim ao abrigo de funções político legislativas. Deste modo, essas considerações são da competência do legislador e o intérprete não o pode substituir.¹⁷⁶

Por todos as razões elencadas esta orientação não pode ser acolhida no ordenamento jurídico português.

¹⁷⁴Helena Mourão, 2006, p. 603 e Andrade, 1992, p. 202.

¹⁷⁵Larenz *apud* Mourão, 2006, p. 603: ‘o limite do desenvolvimento judicial do Direito radica aí onde a resolução exigida já não pode ser fundamentada só em considerações jurídicas, mas exige uma decisão política, orientada a ponto de vista de oportunidade. Encontrá-la é, no Estado democrático (...) matéria do legislador.’

¹⁷⁶Mourão, 2006, p. 603 e Andrade, 1992, p. 202.

4.2. Posições inspiradas na teoria material da imputação objetiva:

4.2.1. A esfera de proteção da norma como orientação dogmática:

Esta doutrina defende que a apuração de cada proibição de prova se deve realizar tendo em conta o fim que ela visa tutelar, isto é, verificar se o *fim de proteção* da norma de cada proibição de prova exige ou não que as provas secundárias obtidas com a violação inicial sejam também afastadas.¹⁷⁷ Esta corrente é defendida por Grünwald e, entre nós, representada por Costa Andrade e Costa Pimenta.

Pinto Albuquerque aponta esta tese como *limite intrínseco*¹⁷⁸ ao efeito-à-distância e também neste sentido Costa Andrade, “não haverá efeito à distância em relação às proibições de prova acima de tudo ditadas pelo propósito de prevenir perigos para a descoberta da verdade.”¹⁷⁹

Helena Mourão refere quanto à “norma que proíbe o depoimento indireto, tal como a generalidade das regras de proibições de prova que tutelam a descoberta da verdade material, não reclamam, em regra, a impossibilidade de utilização das provas indiretamente conseguidas através da sua violação. Efetivamente, a esfera de proteção desta proibição visa sobretudo assegurar os princípios da imediação, da igualdade de armas, e da *cross examination*, valores que não ficam de modo algum comprometidos com a valoração de provas indiretas.”¹⁸⁰ E que segundo Costa Andrade estas exigências cuja satisfação integral pode perfeitamente compatibilizar-se com a utilização das provas mediatamente produzidas pelo testemunho de ouvir dizer.¹⁸¹

Já a generalidade das proibições de prova contidas no art.º 126 do CPP vedam a utilização de determinados métodos contra o arguido. Estas que têm no seu âmbito de proteção a defesa de liberdade de declaração do arguido reclamam a aplicação do *tele-efeito*.¹⁸² Pois as proibições de prova servem para impedir atentados contra a dignidade humana e contra os transcendentais valores associados ao Estado de Direito. Por isso, a *ratio*

¹⁷⁷Andrade, 1992, p. 177 e 134 e ss; Correia, 1999, p. 185, nota 429; Pimenta, 1991, p. 378 e 379.

¹⁷⁸Albuquerque, 2011, p. 338 onde demonstra a aceitação desta doutrina pelo STJ.

¹⁷⁹Andrade, 1992, p. 177.

¹⁸⁰Mourão, 2006, p. 605.

¹⁸¹Andrade, 1992, p. 316 a 317. A título exemplificativo do acolhimento da jurisprudência portuguesa desta teoria invocamos o Ac. do TC n.º 213/94.

¹⁸²Mourão, 2006, p. 606.

destas proibições de prova só pode ser assegurado através da inadmissibilidade de valoração de qualquer prova, direta ou indiretamente decorrente da violação.¹⁸³

Pois, tal como afirma Roxin, se assim não fosse, “incentivar-se-ia o recurso aos métodos proibidos de prova e frustrar-se-ia irreparavelmente a correspondente proibição”¹⁸⁴ e “a recusa do efeito-à-distância equivaleria a neutralizar a expressividade cultural e jurídica da proscrição dos métodos proibidos de prova”¹⁸⁵, tal como refere Hassemer.

Todavia, Helena Mourão critica esta teoria, proclamando que esta traça a distinção entre proibição de prova, que são instrumentos jurídicos de proteção de determinados direitos individuais, que podem ser reconduzidos às proibições constitucionais de prova, e aquelas que protegem valores supra individuais, do Estado e da Comunidade, que transcendem o âmbito de proteção da esfera jurídica do indivíduo.¹⁸⁶ Criando assim, um regime diverso em matéria do *tele-efeito* para cada uma destas categorias.¹⁸⁷

Argumentos em sincronia com o entendimento da referida autora sobre o fundamento do efeito-à-distância. Esta autora, como já aludido, entende que as proibições de prova tem a sua sede normativa na CRP no seu art.º 32, n.º 8.¹⁸⁸ Assim sendo, a proibição de prova na conceção da autora é somente a “norma probatória proibitiva cuja violação possa redundar na afetação de um desses direitos.”¹⁸⁹ Destarte, as proibições de prova que não se encontram intrinsecamente conectadas com a dignidade da pessoa humana, devem ser resolvidos atendendo os artigos 122.º e 123.º do CPP, pois são verdadeiras nulidades e devem ser resolvidas pelo sistema de invalidades processuais.

Opinião que não partilhamos, pois entendemos que são proibições de prova as ligadas aos direitos fundamentais, mas também as ligadas aos princípios estruturantes do processo penal. Perfilhamos a posição defendida por Costa Andrade e Pinto Albuquerque quanto ao entendimento do fim da proteção da norma como um *limite intrínseco* ao efeito-à-distância.

¹⁸³Correia, 1999, p. 185, nota 429; Pimenta, 1991, p. 378 e 379 e Andrade, 1992, p. 314 a 315.

¹⁸⁴Roxin *apud* Andrade, 1992, p. 315.

¹⁸⁵Hassemer *apud* Andrade, 1992, p. 315. Como acrescenta Andrade: “O efeito-à-distância parece, assim, configurar um momento nuclear do fim de proteção do art.º 126 do CPP na direção do arguido. (...) só o efeito-à-distância pode aqui prevenir uma tão frontal como indesejável violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Na verdade, e como assinala Beulke, a valoração de meios de prova tornados possíveis a partir de declarações obtidas a custa de coação ou meios enganosos, equivaleria a compelir o arguido a colaborar na sua própria condenação.” A sentença do TJ de Oeiras de 5/03/1993, utiliza como argumento o fim de proteção da norma conjuntamente com o art.º 126, n.º 1 e 2, al. a) do CPP.

¹⁸⁶Mourão, 2006, p. 607.

¹⁸⁷Seguindo este pensamento, Dias, 1983, p. 208 e 209 e Pimenta, 1991, p. 378 e 379.

¹⁸⁸Mourão, 2006, p. 608.

¹⁸⁹*Ibidem*.

4.3. Posições baseadas nos percursos hipotéticos de investigação

Esta tese, essencialmente, reproduz a doutrina penal substantiva dos *comportamentos lícitos alternativos*¹⁹⁰, mas na corrente processual é designado como “processos hipotéticos de investigação.”

Apesar das divergências quanto à concretização e extensão desta teoria, ela é a teoria dominante na Alemanha e é defendida por Wolter¹⁹¹ e Grünwald. Em Portugal, a tese é defendida por Costa Andrade¹⁹² e Sousa Mendes.¹⁹³

Esta doutrina defende que o *tele-efeito* “esbater-se-ia” e a “valorização da prova secundária será admissível sempre que entre ela e a violação originária não subsista um nexo efetivo de causalidade. O mesmo será o regime nos casos em que, à margem da violação da lei, as autoridades competentes teriam seguramente ou, pelo menos, com alta probabilidade chegado à prova secundária.”¹⁹⁴ Esta teoria representa a “projeção no plano processual do instituto substantivo do comportamento lícito alternativo e da elevação do risco.”¹⁹⁵ Ou seja, aplica-se esta doutrina quando for possível afirmar que as autoridades de investigação teriam decididamente, ou com fortes probabilidades, alcançado o mesmo meio de prova (secundário), através de outro percurso de indagação, lícito e respeitador das proibições de prova.¹⁹⁶

Tal como Costa Andrade afirma o “efeito-à-distância só será de afastar quando tal seja imposto por razões atinentes ao nexo de causalidade ou de imputação objetiva entre a violação da proibição de produção de prova e a prova secundária.”¹⁹⁷

No coração desta tese está a ideia de que, mesmo que fossem observadas todas as exigências legais para a obtenção de prova, o arguido em nada ficaria beneficiado, ou seja, não iria proteger o arguido da condenação.¹⁹⁸ Isto é, a violação de normas imperativas sobre proibições de prova, em nada prejudicaram o arguido.

¹⁹⁰Mourão, 2006, p. 609; Andrade, 1992, p. 107, 178 e ss; Mendes, 2000, p. 99 e Aguilar, 2004, p. 94 e 95.

¹⁹¹Wolter *apud* Andrade, 1992, p. 178 argumenta que “à vista da dignidade constitucional do valor de uma justiça penal eficaz com o princípio da legalidade, não pode pretender-se que a violação de uma qualquer norma processual, mesmo de relevo constitucional, haja de desencadear, sem mais a total proibição.”

¹⁹²Andrade, 1992, p. 178 e 316.

¹⁹³Mendes, 2004, p. 152 e Mendes, 2000, p. 99.

¹⁹⁴Andrade, 1992, p. 178, 315 e 316.

¹⁹⁵Andrade, 1992, p. 178 e Mourão, 2006, p. 609.

¹⁹⁶Andrade, 1992, p. 178 e 316 e Wolter *apud* Mourão, 2006, p. 609.

¹⁹⁷Andrade, 1992, p. 316.

¹⁹⁸Andrade, 1992, p. 178 e Mourão, 2006, p. 609 e 610.

Todavia, quando se trata de averiguar o grau de probabilidade exigido para aplicarmos esta teoria e afastar o efeito-à-distância, a resposta varia de autor para autor.¹⁹⁹ Assim, quanto maior for o grau de certeza exigido, menor será a amplitude desta restrição.

O BGH em 1987, entendeu que para rejeitar o *tele-efeito* basta que não fique provado que, sem a violação, os órgãos de investigação não teriam alcançado as provas mediatas.²⁰⁰

Já Roxin numa posição intermédia desta teoria, entende que para contornar o efeito-a-distância ter-se-á que aferir um “alto grau de probabilidade” de obtenção das provas mediatas por outro meio que não o da proibição de valoração a aferir com base nas investigações já efetuadas.²⁰¹ Esta posição apresenta uma inversão do ónus da prova, ou seja, não é o arguido a quem compete provar a não existência do elevado grau de probabilidade, mas é o órgão de investigação criminal que compete realizar a prova desse elevado grau.

Entre nós, Costa Andrade seguindo Beulke, entende que se acompanhe este autor na parte em que deve ser exigido um grau de convicção semelhante às exigências correspondentes para fundar a convicção do juiz necessária para sustentar a condenação do arguido. Uma vez que a valoração da prova mediata, equivalerá, na prática, ao afastamento do último obstáculo que se ergue à sua condenação.²⁰²

Uma parte da doutrina alemã, na voz de Eisenberg, recusa a possibilidade de uma mera consideração abstrata do grau de probabilidade, julgando que os pressupostos do juízo de causalidade hipotética têm de ser colhidos da base fáctica do caso concreto, que a sua prova incumbe às autoridades de investigação e que a dúvida que possa subsistir deve ser valorada a favor do arguido.²⁰³ Entre nós, Costa Andrade segue uma linha idêntica a este autor e diz que “uma compreensão das coisas que obriga a valorar *pro reo* os coeficientes de dúvida e indeterminação em concreto subsistentes.”²⁰⁴

Porém, há autores que não aceitam esta doutrina e todas as suas variantes.²⁰⁵ Nós subscrevemos às críticas tecidas a esta doutrina por Pinto de Albuquerque e Helena Mourão.

Em primeiro, é fundamental contextualizar a escolha do ordenamento jurídico alemão nesta matéria. Não podemos ignorar aqui a existência de um pré-entendimento que

¹⁹⁹Mourão, 2006, p. 610.

²⁰⁰BGH *apud* Andrade, 1992, p. 316. Incidiu sobre o Caso do Companheiro de Cella (ponto 2.2 *infra*) e Mourão, 2006, p. 610.

²⁰¹Roxin *apud* Andrade, 1992, p. 316 e Roxin *apud* Aguilar, 2004, p. 95.

²⁰²Andrade, 1992, p. 316 e Mourão, 2006, p. 610.

²⁰³Eisenberg *apud* Mourão, 2006, p. 611.

²⁰⁴Andrade, 1992, p. 316.

²⁰⁵Mourão, 2006, p. 611; Aguilar, 2004, p. 95 e ss, Albuquerque, 2011, p. 339.

condiciona a doutrina alemã ²⁰⁶ - em 1970, um grupo chamado RAF iniciou a sua atividade terrorista que durou durante mais três décadas. Este elemento histórico condicionou a posição germânica devido à pressão sentida para lhe fazer frente. Contudo, o ordenamento jurídico português não sofreu tal pressão.

Desta forma, e como sabemos foi utilizada tortura para obter confissão. Nesse caso, não é por existir a possibilidade de fazer uso de um processo de investigação hipotético, alternativo, lícito que vai “bloquear” a condenação, mas sim o facto e se basear numa autoincriminação não livre do arguido.²⁰⁷ E é precisamente este tipo de situações que se quer impedir com a edificação da doutrina das proibições de prova.²⁰⁸ Tal como enfatiza Castanheira Neves “a dimensão pessoal postula o valor da pessoa humana e exige *o respeito incondicional* da sua dignidade. Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira. Assim, se o homem é sempre membro da uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que ele é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária e social. Será por isso inválido, e inadmissível, o sacrifício desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe. Por outras palavras, o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe. Pelo que o juízo que histórico-socialmente mereça uma determinada comunidade, um certo grupo ou uma certa classe não poderá implicar um juízo idêntico sobre um dos membros considerado pessoalmente – a sua dignidade e responsabilidade pessoais não se confundem com o mérito e do demérito, o papel e a responsabilidade histórico-sociais da comunidade, do grupo ou classe de que se faça parte.”²⁰⁹ Ou seja, a pessoa e os seus direitos fundamentais terão de ser respeitados, independentemente do que tenha feito ou fará no futuro.

²⁰⁶Mourão, 2006, p. 611.

²⁰⁷Mourão, p. 612.

²⁰⁸Aguilar, 2004, p. 95 e 96: “ninguém põe em causa se a verdade era acessível ou não por meios lícitos; o facto é que só se lá chegou com a violação de direitos fundamentais, sendo que é isso precisamente que as proibições de prova visam evitar. Como lapidarmente expõe o autor: “a tónica da questão das proibições de prova não se coloca no resultado (chegar ou não à verdade) mas no meio (como se deve lá chegar). A existência de uma outra via diferente da seguida não poderá, por conseguinte, ter o efeito de ocultar a violação de direitos fundamentais.”

²⁰⁹Neves, 1976, p. 207.

Ora, como podemos ver, as consequências práticas desta doutrina levariam a violações dos direitos fundamentais da pessoa humana, direitos esses que como sabemos, foram erigidos na nossa CRP.²¹⁰ A concordância prática do sistema de direitos fundamentais só poderá funcionar plenamente se houver um respeito absoluto pela dignidade da pessoa humana. Para além disso, o próprio Estado têm de dar esse mesmo exemplo, não violado, portanto, os direitos fundamentais e não encontrando subterfúgios para alcançar uma verdade material que não é a verdade processualmente válida.²¹¹

Por fim, este tipo de argumentos tem efeitos perversos do ponto de vista da investigação criminal.

A admissibilidade desta doutrina levaria a um incentivo ao recurso aos métodos proibidos de prova o que frustra o sentido do instituto das proibições de prova, assim como o seu efeito dissuasor e a sua função de prevenção geral.²¹² A figura das proibições de prova funciona de maneira a demover os órgãos de investigação criminal de lançar mão de métodos proibidos de prova, com o objetivo de alcançar a verdade material. Para além disso, no caso da existência de meios de prova obtidos através de métodos proibidos de prova, essas provas proibidas podem ser expurgadas do processo através do *efeito remoto*.

Também pode levar à renúncia aos meios lícitos em favor de meios ilícitos, pois é possível que os órgãos de investigação criminal (que violaram uma proibição de prova) pensem que através da demonstração, com um elevado grau de probabilidade, conseguiriam alcançar os meios de prova secundários através de um percurso lícito alternativo. Ora, assim podem simplesmente dar por encerrada a investigação, em vez de proceder à obtenção de outros meios de prova, independentes e não maculados.²¹³ Acabariamos por ter uma renúncia aos meios lícitos em proveito de meios ilícitos, porque sempre se conseguiria o resultado através de um meio lícito.

Pinto de Albuquerque, por seu turno, também critica os percursos hipotéticos de investigação tal como a descoberta inevitável, dizendo que “não deve ser excluído o efeito-à-distância da proibição de prova mesmo que possam ser invocados percursos hipotéticos de investigação que conduziriam a uma prova lícita”, refere ainda “nestes casos a prova

²¹⁰Mourão, 2006, p. 611: “as consequências práticas (...) resultam na inviabilização dos objetivos constitucionais e na afetação do conteúdo essencial do conteúdo essencial”. Sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, V. Miranda, 2000, p. 341.

²¹¹Miranda, 2008, p. 197.

²¹²Mourão, 2006, p. 612.

²¹³*Ibidem*.

inicialmente proibida tem um efeito-à-distância destruidor da provas posterior, mesmo que este pudesse vir a ser descoberto de outra forma lícita, resultando este efeito-à-distância destruidor da provas posterior, mesmo que este pudesse vir a ser descoberto de outra forma lícita, resultando este efeito-à-distância da conatural incerteza e, sobretudo, dos riscos político-criminais inerentes a estes juízos hipotéticos, que poderiam facilitar ações ilegais e mesmo abusos do uso da força por parte da polícia.” O autor remata ao sustentar que “depois de ter sofrido maus-tratos físicos o arguido que confessa o local onde enterrou o cadáver da vítima ou onde escondeu a arma do crime, nem o cadáver, nem a arma do crime podem ser utilizados como meio de prova, mesmo que a polícia já se encontrasse perto da descoberta do local do cadáver ou da arma.”²¹⁴

Por todos estes motivos, esta doutrina iria deturpar o sentido das proibições de prova e iria conduzir à inércia do instituto e à violação de direitos fundamentais dos cidadãos, porque o recurso a métodos proibidos seria legal porque haveria sempre um meio semelhante, alternativo e hipotético.²¹⁵

²¹⁴Albuquerque, 2011, p. 339.

²¹⁵Em sentido oposto e a favor da consideração dos percursos hipotéticos Ac. do TC n.º 198/2004.

Capítulo III: Os limites ao efeito-à-distância das provas proibidas

A questão que se coloca é saber quais: as limitações aceitáveis ao *tele-efeito* à luz das proibições de prova portuguesas.

Depois da exposição e análise das construções doutrinárias, é possível concluir que poderão ser, em geral, admissíveis quaisquer exceções que não destruam a eficácia das proibições de prova, que não inviabilizem os seus objetivos, não frustrem o seu sentido ou a sua função dissuasora.²¹⁶

1. Fonte independente

Esta doutrina, como já mencionei *supra*, surgiu pela primeira vez no caso *Silverthorne Lumber Co v. United States*, em 1920, e mais tarde no aresto *Wong Sun v. United States*, de 1963 e ainda *Segura v. United States* de 1984.

É essencial distinguir entre a exceção da fonte independente e a exceção da descoberta inevitável, pois a doutrina portuguesa tende, por vezes, a tratá-las como se fossem a mesma limitação²¹⁷, mas são duas exceções distintas, com conteúdos distintos e baseadas em precedentes diversos.

Segundo a fonte independente, “admite-se a possibilidade de valoração das provas mediatas, nos casos em que, ao lado do caminho proibido, existe um outro caminho autónomo, independente, de onde as mesmas provas podem *também* ser retiradas”²¹⁸, ou seja, “aceita as provas que foram ou poderiam ter sido obtidas por via autónoma e lícita, mantendo-se a prova primária ilícita abrangida pela regra de exclusão.”²¹⁹

Neste sentido foram os argumentos do STJ dos EUA, no caso *Wong Sun* ‘*the exclusionary rule has no application when the Government learned of the evidence from an independent source.*’²²⁰

Por outras palavras, segundo esta doutrina quando as provas secundárias derivam de uma prova proibida, mas derivam *também* de fonte independente e autónoma dessa prova originária proibida e quando, os requisitos legais de produção de prova foram respeitados,

²¹⁶Mourão, 2006, p. 613.

²¹⁷Assim Andrade, 1992, p. 172. E ao encontro da distinção entre as duas exceções, Mourão, 2006, p. 613.

²¹⁸Mourão, 2006, p. 613 e LaFave *et al.*, 1992, p. 473 e ss.

²¹⁹G. Sousa, 2006, p. 14.

²²⁰LaFave *et al.*, 1992, p. 473

não podemos aplicar o *tele-efeito* da prova proibida e não se verificam os seus efeitos (a exclusão da prova secundária).²²¹

Ora, como já sabemos a decisão *Silverthorne Lumber Co.* representa o arranque da doutrina dos frutos da árvore envenenada. Neste caso, a primeira investigação acabou por “desmornar” por falta de material probatório. O MP, mais tarde, abriu uma nova investigação sobre os mesmos factos e usou elementos da prévia investigação.²²²

Todavia, o que está em causa neste precedente jurisprudencial, não é uma “sacra inacessibilidade” das provas secundárias derivadas da prova proibida primária. Aqui, as provas secundárias que devem ser excluídas são aquelas que só existem devido ao procedimento ilegal. Se por outro lado, o conhecimento dos factos traduzidos à luz por essas provas se der “também” por fonte independente e autónoma do processo inicial ilícito, esses conhecimentos podem considerar-se provados por estas provas derivadas de fonte independente e, por isso, legítimos. E é exatamente isto que o juiz Wendell Holmes proclama: “a essência da proibição que proíbe a aquisição de prova, em certa medida, é que a prova adquirida por essa via não pode ser utilizada perante o tribunal, mas também que ela não deve ser usada de todo. Obviamente isto não significa que os factos obtidos se tornem sagrados e inacessíveis. Se o seu conhecimento é obtido por uma fonte independente, eles podem ser provados como quaisquer outros, mas o conhecimento adquirido por via do erro do Estado não pode ser aproveitado por ele na via pretendida.”²²³

Por outras palavras “significa isto que, o que se considerou ilegítimo foi o uso indireto (para além do uso direto, que é pressuposto pela proibição) do procedimento probatório ilegal. O Tribunal, porém, não excluiu em *Silverthorne* que esses mesmos factos pudessem ser obtidos no processo, desde que essa aquisição proviesse de uma “fonte independente”, ou seja, que não se traduzisse numa atribuição de eficácia indireta à prova proibida.”²²⁴

Para além dos casos mencionados, existem várias decisões nas quais o STJ afirmou esta limitação, p. ex., o caso *Segura v. United States*²²⁵, onde a uma busca inicial sem mandado, na qual foi observada uma “*parafernália própria para o tráfico de droga*”, mas

²²¹Andrade, 1992, p. 171 e ss e Mourão, 2006, p. 614 e ss.

²²²Caso explicado em detalhe no ponto 2.1 (Cap. II).

²²³251 U.S., 385 (1920).

²²⁴Ac. do TC n. ° 198/2004.

²²⁵468 U.S 796 (1984); Ac. do TC n. ° 198/2004 e LaFave *et al.*, 1992, p. 481.

não a própria droga, a que se seguiu uma segunda busca com mandado (baseado este numa “causa provável” anterior à primeira busca) em que a droga foi efetivamente encontrada. O Tribunal, excluindo o que foi encontrado na primeira busca (ilegal), manteve, no entanto, como prova válida o estupefaciente apreendido na segunda busca (legal), considerando-o proveniente de uma “*independent source*”.

Aqui o Tribunal concluiu que a prova em causa é admissível, e, é inteiramente consistente com os casos anteriores, que representam mais de meio século de decisões. O Tribunal nunca considerou que a prova constitua “fruto da árvore venenosa” apenas porque não teria “vindo à tona” se não fosse pela atividade ilegal da polícia. Desses casos decorre, claramente, que a prova não será excluída como “fruto” a não ser que a ilegalidade tenha sido causa *sine qua non* da própria descoberta.²²⁶

Entre nós é dominante este entendimento, segundo o qual “a doutrina (...) «dos frutos da árvore venenosa», nunca teve, na sua origem e desenvolvimento no direito norte-americano, o sentido (...) de um «efeito dominó» que arrasta todas as provas que, em quaisquer circunstâncias, apareçam em momento posterior à prova proibida e com ela possa, de alguma forma, ser relacionadas.”²²⁷

Assim para a admissibilidade da prova por fonte independente ser legítima, é necessário que o processo da sua descoberta seja independente, isto é, que exista um *clean path*, um caminho *lícito, diferente, independente* (do caminho que levou à prova proibida), e *atual* que conduza às provas secundárias. E para além deste “caminho independente” é necessário que nestas situações não haja qualquer relação de causalidade entre o comportamento ilícito inicial e a prova mediadamente obtida. Pois se tal nexos causal existisse, a prova secundária seria inutilizável, pois seria fruto da árvore envenenada.²²⁸

Em suma, as provas secundárias podem ser valoradas, quando resultam de um processo de conhecimento *independente e efetivo* e não se verifique um nexos de causalidade entre a prova primária e a prova derivada.

²²⁶468 U.S 796 e Ac. do TC n.º 198/2004.

²²⁷Ac. do TC n.º 198/2004.

²²⁸ Mourão, 2006, p. 614. Também Meireis, 1999, p. 234: “O critério das provas a invalidar por funcionamento do efeito-à-distância é a exigência da causalidade.” Em sentido próximo Ac. do STJ, proc. n.º 96P176, cujo sumário dita: “Tendo sido utilizadas, tais gravações, enquanto provas, são nulas (art.º 126, n. 1, do CPP), bem como o são os demais atos processuais que delas dependerem (cf. art.º 122, n. 1, do CPP) e apenas estes (o n.º 3 do dispositivo citado, manda aproveitar todos aqueles que ainda puderem ser salvos). Também o STF brasileiro *apud* Mourão, 2006, p. 614, nota 103: “Descabe concluir pela nulidade do processo quando o decreto condenatório repensa em outras provas que exsurtem independentes, ou seja, não vinculadas à que se aponta como ilícita.”

2. Descoberta inevitável

Esta limitação foi fundada nas importantes decisões *Brewer v. Williams*²²⁹ e *Nix v. Williams*.²³⁰

Esta exceção determina que o efeito da prova proibida não impossibilita a admissão de outras provas derivadas, quando estas tivessem inevitavelmente (*would inevitably*) sido descobertas, através de outra atividade investigatória legal.²³¹

Ao contrário da primeira exceção mencionada onde há efetivamente uma investigação autónoma por meio da qual se chegou à mesma prova secundária. Aqui, o que está em causa é, a demonstração por parte da acusação de que uma outra atividade de investigação, que *não* foi levada a cabo, mas que seguramente iria ocorrer naquela situação, não fora a descoberta através da prova proibida, conduziria *inevitavelmente* ao mesmo resultado.²³²

O caso *Nix v. Williams* constituiu o paradigma da limitação da descoberta inevitável. Na fase de inquérito, foi realizado um interrogatório, ao qual não foi precedido a leitura dos ‘*Miranda Warnings*’, logo é um interrogatório ilegal. Nesse mesmo interrogatório o suspeito acabou por indicar a localização do cadáver da vítima. Sendo certo, porém, que já ocorriam concomitantemente buscas no local onde o cadáver foi encontrado, onde viria seguramente, *embora eventualmente* mais tarde, a ser descoberto.²³³

O STJ aceitou a validade da prova derivada argumentando que o cadáver seria descoberto pelas equipas de busca já constituídas, ainda que o arguido não tivesse confessado: ‘O fundamento da extensão da regra da exclusão à prova que constitui «fruto» da atuação ilegal da polícia, é a de que essa consequência extrema se mostra necessária para dissuadir a polícia de violar os direitos constitucionais dos suspeitos, não obstante o elevado custo social que representa deixar impunes óbvios culpados [*letting go obviously guilty persons go unpunished*]. Significa este fundamento que a acusação não deve ser colocada numa melhor posição do que aquela em que estaria na ausência da ilegalidade. Por contraste, a doutrina da fonte independente permitindo a admissão de prova descoberta por meios inteiramente independentes de qualquer violação constitucional - assenta no fundamento

²²⁹430 U.S 387 (1977).

²³⁰476 U.S 431 (1984).

²³¹Ac. do TC n.º 198/2004; Andrade, 1992, p. 172. Mourão, 2006, p. 612 e 613.

²³²Ac. do TC n.º 198/2004 e LaFave *et al.*, 1992, p. 475 e ss.

²³³476 U.S 431 (1984) e Ac. do TC n.º 198/2004.

lógico de que o interesse da sociedade em evitar condutas policiais ilegais e o interesse público em que os jurados tenham acesso a toda a prova existente de um crime, sejam postos em equilíbrio, colocando a polícia na mesma, e não em pior, posição do que aquela em que estaria, não fora o seu erro ou conduta incorreta. Embora a doutrina da fonte independente não se aplique nesta situação, a sua razão de ser é consistente e justifica a adoção da exceção da descoberta inevitável à regra de exclusão.

Quando a acusação logra estabelecer, por critérios de preponderância da prova, que determinada informação, em última análise ou inevitavelmente, teria sido descoberta por meios legais, neste caso buscas que estavam em curso, então o fundamento da dissuasão [de procedimentos ilegais] apresenta uma base tão reduzida que não impede a admissão da prova [*then the deterrence rationale has so little basis that the evidence should be received*].²³⁴

Segundo este acórdão a acusação não ficará em melhor posição do que se não tivesse sido cometida a ilegalidade, mas também não pode ficar numa pior posição simplesmente por causa de um erro ou mau comportamento de um polícia.²³⁵ Aplica-se quando a conduta ilegal, ocorre no decurso de uma investigação que resultou na descoberta de provas que teriam sido obtidas posteriormente de qualquer maneira por meio de ações policiais de rotina. As ilegalidades em tais casos simplesmente tinham o efeito de acelerar a descoberta.²³⁶

Assim, quando a acusação puder demonstrar que determinada prova teria sido inevitavelmente descoberta por meios legais e que no caso particular *Nix v. Williams*, já estaria em processo uma investigação que iria levar inevitavelmente ao encontro do corpo, visto que se tratava de um grupo de 200 voluntários, o fundamento da proibição de prova terá uma base tão reduzida que não se justificará a rejeição da prova.²³⁷

Todavia, mesmo no caso, alguns juízes acharam que esta exceção é um simples palpite ou especulação, porém, a maioria concluiu que a descoberta inevitável não era especulação, mas sim uma demonstração histórica dos factos capaz de fazer entender o que realmente poderia ter sucedido sem a verificação da ilegalidade.²³⁸

Desta forma, este caso estabeleceu que a probabilidade “necessária” deve ser medida em termos “do que podia” ter ocorrido sem a ilegalidade e que é a acusação que

²³⁴Cf. resumo de 467 U.S 431 (1984) e a tradução em Ac. do TC n.º 198/2004.

²³⁵LaFave *et al.*, 1992, p. 476.

²³⁶Gallardo, 2001, p. 309.

²³⁷467 U.S 431 (1984).

²³⁸467 U.S. 431 (1984). LaFave *et al.*, 1992, p. 475 e 477.

tem de estabelecer a preponderância da evidência de que a informação teria sido descoberta em última instância ou inevitavelmente por meios legais.²³⁹

Esta regra é aceite pela maioria dos *lower courts* e foi aceite pelo STJ e é uma variante da fonte independente.²⁴⁰ A diferença entre elas reside na obtenção da prova secundária. Em ambas exceções é necessário que exista um *clean path*, um caminho alternativo lícito, que conduza às provas secundárias, mas, enquanto no primeiro caso (fonte independente) esse percurso é atual, neste (descoberta inevitável) é meramente hipotético (‘*imminent, but in fact unrealized source of evidence*’).’’²⁴¹ Nesta exceção, o órgão de investigação, através de uma violação de um direito fundamental obtém uma prova fulminada com ilegalidade e por isso, considerada prova proibida, vem a descobrir uma nova prova, mas que teria sempre sido descoberta (mesmo que mais tarde) sem aquela violação (através de outro tipo de investigação). E na *fonte independente*, o órgão de investigação através de uma investigação paralela, legal e atual descobrem a mesma prova que descobriram através da violação anterior.

A jurisprudência nacional tem admitido a existência desta exceção, concordando com a argumentação sufragada pelo STJ norte-americano, quando for possível demonstrar que ‘o resultado seria inexoravelmente alcançado.’’²⁴²

Por fim, aludimos à tendência por parte de alguma jurisprudência portuguesa, nomeadamente, no âmbito da atividade de tráfico de estupefacientes, de manipular a *descoberta inevitável* de modo a servir de ‘arma de arremesso’ para combater o crime, utilizando esta exceção para alcançar a descoberta da verdade material a todo o custo. A título exemplificativo temos o acórdão do STJ que proclama o seguinte: ‘A *premência da luta entre nós contra o crime de tráfico de estupefacientes, face à posição privilegiada que Portugal nele ocupa enquanto plataforma para a Europa, ao nível de infiltração de correios, já não só sul americanos, mas agora também nigerianos e guineenses, à fragilidade costeira*

²³⁹LaFave *et al.*, 1992, p. 477.

²⁴⁰LaFave *et al.*, 1992, p. 475 e Mendes, 2013b, p. 3. Como eu já referi anteriormente que a doutrina portuguesa tende a tratar estas duas exceções como se fossem o mesmo limite do efeito-à-distância.

²⁴¹Mourão, 2006, p. 614.

²⁴²Ac. do TRP, proc. n.º 251/06.4JAPRT.P1: ‘as exceções à invalidade dos efeito-à-distância da prova proibida (...) b) a descoberta inevitável – as restante provas (...) seriam descobertas através de outro tipo de investigação’. Este entendimento encontra-se no Ac. do TC n.º 198/2004 e Ac. do STJ, proc. n.º 09P0395: ‘a exceção da descoberta inevitável, surgida como um aperfeiçoamento da teoria da prova independente (...). Se pela prova lícita se chega inevitavelmente ao conhecimento do facto delitivo está eliminada a eficácia reflexa da prova proibida.’

nacional, levaria inexoravelmente ao resultado alcançado e à limitação da descoberta inevitável.'²⁴³

Todavia, do ponto de vista dogmático, há autores que se erguem refutando a aceitação deste limite.

Helena Mourão, discorda desta concepção e faz corresponder esta exceção à doutrina dos percursos hipotéticos de investigação de concepção germânica e ambos encontram fundamentos em argumentos idênticos que na opinião da autora são indefensáveis.²⁴⁴

Subscrevemos as críticas expostas por esta autora, pois na nossa opinião, este entendimento não é coerente com o instituto das proibições de prova nem com a doutrina dos frutos da árvore envenenada. Este limite iria ferir gravemente os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, e iria permitir que os órgãos de investigação utilizassem um método ilegal, mais fácil, para mais tarde alegar a possibilidade de um método legal, que levaria à mesma prova. Estaríamos a tornar uma exceção numa regra, pois os órgãos de investigação fazem precisamente isso – investigar – e estaria, assim, sempre verificada a exceção da descoberta inevitável.

²⁴³Ac. do STJ, proc. n. ° 07P4553.

²⁴⁴Ponto 4.3 (Cap. II).

3. Nódoo (ou mácula) dissipada

Por fim, temos a doutrina da mácula dissipada, gerada no STJ norte-americano a propósito do caso *Nardone v. United States* de 1939²⁴⁵. Baseada também no caso *Wong Sun v. United States*, de 1963²⁴⁶ e *United States v. Ceccolini* de 1978²⁴⁷, e para além disso, também se encontra presente nas conceções de alguns autores germânicos, como Wolter.²⁴⁸

Em *Nardone v. United States* a valoração de uma prova obtida em consequência de interceção telefónica ilegal, produzida em violação de direitos constitucionais processuais, veio a ser admitida, não obstante a conexão entre primeira violação e a prova derivada, devido à consideração de que a conexão estar tão atenuada que permitia expurgar o primeiro vício.²⁴⁹

E tal como explicava o juiz Frankfurter: ‘‘Aqui tal como no caso *Silverthorne*, os factos indevidamente obtidos não se tornam sagrados e inacessíveis. Se o conhecimento deles for obtido de uma fonte independente, podem ser provados como quaisquer outros, mas o conhecimento obtido por erro do próprio Governo não pode ser utilizado por este simplesmente porque é utilizado de forma derivada. (...) Na prática, esta afirmação generalizada pode esconder complexidades concretas. Uma argumentação (...) pode provar a existência de um nexo de causalidade entre a informação obtida através de escutas telefónicas ilícitas e a prova do Governo. No entanto, por uma questão de bom senso, essa ligação pode ter-se tornado tão atenuada que dissipou a mácula.’’²⁵⁰ Ou seja, poderemos aceitar a prova secundária, mesmo que derivada de uma prova ilegal primária, quando se possa demonstrar que os meios utilizados são suficientemente afastados, apresentam uma forte autonomia relativamente à prova inicial, de tal modo, que se produza uma «atenuação da ilegalidade» que precede a prova derivada.

A respeito desta exceção versou em mais detalhe a decisão *Wong Sun v. United States*. Neste caso, agentes realizaram uma busca domiciliária sem autorização judicial ao apartamento de *Blackie Toy*, e na sequência desta busca apreenderam diversos materiais, porém, ambos foram considerados inadmissíveis, por aplicação da doutrina dos frutos da árvore envenenada. Todavia, no âmbito da busca, *Toy* foi detido como suspeito e

²⁴⁵308 U.S 338 (1939).

²⁴⁶371 U.S 471 (1963).

²⁴⁷435 U.S 268 (1978).

²⁴⁸Mourão, 2006, p. 615.

²⁴⁹308 U.S 338 (1939).

²⁵⁰Tradução pela autora do caso 308 U.S 338 (1939).

seguidamente interrogado, onde declarou que *Yee* lhe tinha fornecido a droga. Consequentemente, e já na posse de um mandado judicial, os agentes dirigiram-se ao apartamento de *Yee* e realizaram uma busca, onde localizaram novos produtos estupefacientes. *Yee* foi também detido e sujeito a interrogatório, onde declarou que a heroína lhe tinha sido fornecida por *Toy* e *Wong Sun*.

Ambos foram conduzidos a prestar declarações, porém tais declarações foram feitas sem que lhes tivesse sido feita a advertência dos *Miranda Rights*, e assim, violando normas de garantia processual. Ambos os suspeitos foram acusados por tráfico ilícito de droga e deixados em liberdade.

Porém, alguns dias depois *Wong*, de *livre* vontade, regressa à esquadra e reitera o conteúdo das declarações já prestadas anteriormente por si, mas desta vez, devidamente advertido dos *Miranda Warnings* e depois de devidamente informado de que as declarações anteriores não o poderiam prejudicar.²⁵¹

O STJ considerou ilícita as apreensões realizadas à casa de *Blackie Toy* e *Yee*, e considerou também ilícita as declarações de *Blackie Toy*: ‘‘Consideramos agora se a exclusão das declarações de *Toy* exige também a exclusão dos estupefacientes retirados a *Yee*, aos quais essas declarações levaram a polícia. O procurador do Ministério Público disse francamente ao tribunal de julgamento que ‘‘não teríamos encontrado essas drogas se o *Toy* não nos tivesse ajudado.’’ Por conseguinte, este não é o caso previsto por este Tribunal em que a regra de exclusão não tem aplicação pelo facto de o Governo ter tido conhecimento das provas ‘‘através de uma fonte independente’’, *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, (...) nem é um caso em que a ligação entre a conduta ilegal da polícia e a descoberta das provas contestadas ‘‘se tornou tão atenuada que dissipou a mácula’’, *Nardone v. United States* (...). Não temos de considerar que todas as provas são ‘‘fruto da árvore venenosa’’ simplesmente porque não teriam vindo à luz do dia se não fossem as ações ilegais da polícia. Em vez disso, a questão mais adequada em tal caso é ‘‘se, concedendo o estabelecimento da ilegalidade primária, a prova a que é feita a objeção imediata foi obtida através da exploração dessa ilegalidade ou, em vez disso, através de meios suficientemente distinguíveis para serem expurgados da mancha primária’’ (...). Parece-nos claro que os estupefacientes foram

²⁵¹371 U.S 471 (1963); Andrade, 1992, p. 179, nota 113 onde resume este caso e também LaFave *et al.*, 1992, p. 477 e ss.

“obtidos através da exploração dessa ilegalidade” e, por conseguinte, não podem ser utilizados contra *Toy*.”²⁵²

O STJ principia assim a delimitação desta última exceção ao articular o seguinte: “nem todas as provas ilegais o são simplesmente porque não teriam sido descobertas a não ser pelas ações ilegais da polícia.”²⁵³ Assim, a questão decisiva não é a mera possibilidade de estabelecer uma conexão, seja ela qual for, mas considerar “se, com base na determinação da ilegalidade primária, os elementos probatórios [derivados] contra os quais é suscitada a exceção [de inadmissibilidade] foram obtidos através da exploração dessa ilegalidade ou pelo contrário por métodos suficientemente distinguíveis para serem expurgados da mancha original.”²⁵⁴

Este Tribunal julgou que a confissão de *Wong Sun* era válida, apesar de ter sido causada pela violação inicial, pois a confissão só “ocorreu num momento ulterior”, depois de ter sido posto em liberdade, e de “depois de repostas as condições de liberdade de declaração.”²⁵⁵ Em outros termos, a conexão ficou tão diluída ao ponto de não afetar a validade da prova de confissão, logo, a confissão de *Wong* foi considerada *untainted*.²⁵⁶ O STJ entendeu que “a invalidade de uma detenção inicial, não assente em «causa provável», não afetava uma posterior confissão voluntária e esclarecida quanto às suas consequências, tratando-se esta de um «ato independente praticado de livre vontade» (*independent act of free will*).”²⁵⁷

E a este respeito “constata-se mesmo a existência de um sentido uniforme nas decisões do STJ norte-americano, considerando que nos casos de prova derivada envolvendo atos de vontade (*derivative evidence involving volitional acts*), traduzidos, p. ex., no depoimento de testemunhas ou na decisão do suspeito de confessar o crime ou de prestar declarações relevantes quanto a este, a invalidade da prova anterior não se projeta na prova posterior, porque assente em decisões autónomas e produto de uma livre vontade.”²⁵⁸ Podemos concluir que este Tribunal tem valorado este tipo de depoimentos, desde que sejam considerados um *independent act of free will*.

²⁵²Tradução livre de 371 U.S 471 (1963).

²⁵³371 U.S 471 (1963).

²⁵⁴Gallardo, 2001, p. 307 e 371 U.S 471 (1963).

²⁵⁵Andrade, 1992, p. 179, nota 113.

²⁵⁶371 U.S 471 (1963): “*become so attenuated as to dissipate the taint*” e LaFave *et al.*, 1992, p. 477.

²⁵⁷Ac. do TC n.º 198/2004.

²⁵⁸*Ibidem*.

Não obstante, a determinação de quando se deverá entender que a conexão foi suficientemente atenuada deve ser decidida caso a caso. E a doutrina na tentativa de especificar esses parâmetros vagos, deduziu dos precedentes os fatores cuja concomitância pode contribuir para essa determinação, sem que a mera presença de um deles seja capaz de fazer com que a própria mancha seja expurgada.²⁵⁹

O primeiro consiste no tempo decorrido entre a ilegalidade primária e a obtenção das provas derivadas. Quanto mais tempo tenha decorrido entre estas duas situações (prova primária e a obtenção da prova derivada) mais provável que os Tribunais considerem que ‘mancha’ foi ‘suficientemente atenuada.’²⁶⁰

Outro pressuposto é a necessidade de se verificarem outros acontecimentos durante o período compreendido entre a ilegalidade primária e a prova secundária. Faz-se referência à ‘longitude’ da cadeia de causas e efeitos. Quanto mais acontecimentos, mais factos tenham ocorrido entre a prova inicial e a prova derivada, mais provável é que o Tribunal considere que o fruto não foi afetado pelo vício inicial.²⁶¹

O terceiro reside na gravidade da prova primária. Quanto mais grave e flagrante for a violação dos direitos que origina a obtenção da prova derivada, mais difícil será aceitar a admissibilidade desta última. Tal como alertou o STJ ‘quanto mais envenenada estiver a árvore, mais difícil será que os frutos estejam sãos.’

Por fim, a natureza da prova derivada.²⁶² Tomando o caso *United States v. Ceccolini* onde se decidiu que há maior probabilidade de ‘atenuar a mancha’ quando a prova derivada é prova testemunhal do que quando se trata de prova material, porque na primeira a violação é menos grave devido à voluntariedade.

Para concluir, poderá ser utilizada no processo toda a prova secundária a que, de uma perspetiva causal, os órgãos de investigação criminal não teriam chegado sem a violação de uma norma proibitiva de prova, desde que se possa afirmar que já nenhum nexos causal efetivo *subsiste* entre tal prova mediata e a violação inicial. E isto pode acontecer em duas situações: a nódoa do processo é ‘limpa’ pela atuação das próprias autoridades judiciais

²⁵⁹Gallardo, 2001, p. 307 e 308.

²⁶⁰Este e os próximos pressupostos encontram-se elencados por Gallardo, 2001, p. 308 e 309.

²⁶¹Gallardo, 2001, p. 308. Entre os vários atos que podem ‘quebrar’ a cadeia, os mais relevantes são os atos livres e voluntários do suspeito, tal como se verificou com a confissão de *Wong*. Porém, isto não significa que qualquer ato voluntário simulado seja suficiente para romper a cadeia causal. A mera instrução de direitos previamente a um interrogatório policial não é suficiente para dissipar a mancha de uma detenção ilegal – *Brown v. Illinois*.

²⁶²Gallardo, 2001, p. 308 e 309.

ou pela atuação livre do arguido ou de um terceiro, desde que se possa considerar que a ‘prova mediata cessa de poder ser perspectivada como tendo sido obtida através do comportamento ilícito inicial.’²⁶³

Este limite também é reconhecido pela nossa jurisprudência.²⁶⁴ O acórdão n.º 198/2004 é chamado a decidir sobre a eventual inconstitucionalidade da ‘norma do art.º 122, n.º 1 do CPP, entendida como autorizando, face à nulidade/invalidade de interceções telefónicas realizadas, a utilização de outras provas, distintas das escutas e a elas subsequentes, quando tais provas se traduzam nas declarações dos próprios arguidos, designadamente quando tais declarações sejam confessórias”, concluiu que ‘o entendimento do art.º 122, n.º 1, do CPP, subjacente à decisão recorrida, segundo o qual este abre a possibilidade de ponderação do sentido das provas subsequentes, não declarando a invalidade destas, quando estiverem em causa declarações de natureza confessória, mostra-se constitucionalmente conforme, não comportando qualquer sobreposição interpretativa a norma que comporte ofensa aos preceitos constitucionais.’

O tribunal considerou essencial verificar ‘se o nexa naturalístico que, caso a caso, se considere existir entre a prova inválida e a prova posterior é, também ele, um nexa de anti juridicidade que fundamente o ‘efeito-à-distância’, ou se pelo contrário, existe na prova subsequente um tal grau de autonomia relativamente à primeira que a destaque substancialmente daquela’’, pois ‘por referência ao art.º 122 do CPP, (...) se pode dizer que esta norma abre um espaço interpretativo no qual há que procurar relações de dependência ou de produção de efeitos (...) que, com base em critérios racionais, exijam a proteção do mesmo valor negativo que afeta o ato anterior.’

No caso concreto estava em causa ‘o aproveitamento de prova traduzida em confissão, (...) declarações relevantes dos próprios arguidos. Esta a confissão funciona, de forma quase intuitiva, como verdadeiro paradigma de uma prova subsequente autónoma, concretamente por decorrer de um ato de vontade - de uma decisão de agir de determinada

²⁶³Mourão, 2006, p. 616. E Wolter *apud* Mourão, 2006, nota 110, p. 616, refere-se a uma interrupção do nexa de causalidade devida a um ato livre e responsável do arguido e relacionando-a com tópicos argumentativos fundados na proibição de regresso e na esfera de tutela da norma. Rogall *apud*, Mourão, 2006, nota 110, p. 616, falando em falha normativa entre o comportamento ilícito e a obtenção da prova ao invés de interrupção do nexa causal.

²⁶⁴Ac. do STJ, proc. n.º 09P0395: ‘Não está abrangida pela conexão de ilicitude a prova produzida quando os órgãos de investigação criminal dispõem de um meio alternativo de prova, ou seja, de um processo de conhecimento independente e efetivo, nem nas situações em que a “mancha” do processo é apagada pelas próprias autoridades judiciais ou através da atuação livre do arguido ou de um terceiro’ e Ac. do TC n.º 198/2004. O TC Português segue o sentido da decisão da Sentença n.º 8/2000 do TC Espanhol.

forma - de quem é advertido (trata-se de prova produzida na audiência de julgamento) do sentido das declarações que eventualmente venha a prestar (vg art.º 343, n.º 1 do CPP) e que, enfim, se encontra assistido por advogado.

Ora, “o recorrente havia contestado, desde o debate instrutório, a legalidade das escutas telefónicas, (...) os seus argumentos foram a esse respeito aceites pelo tribunal de julgamento e (...), por isso, não tem qualquer sentido a afirmação, constante das suas alegações, de que a confissão, dele recorrente e do coarguido não recorrente, não foi 'livre e esclarecida, pois, só o seria caso o Tribunal o tivesse informado de que as escutas [eram] ilegais e que não podiam] ser utilizadas contra ele.”

Porém não podemos pensar que toda e qualquer declaração posterior do arguido ou de um terceiro produz sempre este efeito e dá origem a uma prova válida. A doutrina e jurisprudência portuguesa e internacional, mostram-se bastante exigentes relativamente à garantia das condições de liberdade de declaração, principalmente quando se trata da confissão do arguido. É necessário que, o arguido seja informado que a prova inicial e as provas derivadas obtidas, não podem ser utilizados e não o podem prejudicar, e por último, que as suas declarações não sejam necessárias ao exercício do direito de defesa.²⁶⁵

Esta última exigência é exemplificada na Sentença do TJO de 5/03/1993.²⁶⁶ Este tribunal considera que a busca domiciliária representava, no referido caso, um “fruto” proibido da atividade “envenenada” do agente provocador que se destinava a deter o arguido em “flagrante delito”, o tribunal discutiu a questão da relevância das declarações do arguido, proferidas no julgamento onde expôs todos esses factos, concluindo identicamente no sentido da impossibilidade da sua valoração, por força do *efeito remoto* da proibição de prova inicialmente violada. Não estava, de facto, perante uma das hipóteses abordadas de confissão espontânea subsequente do arguido (*limpeza do processo*), quando este relata, em audiência de julgamento o sucedido, mas antes diante do exercício legítimo do seu direito de defesa.²⁶⁷

²⁶⁵Mourão, 2012, p. 719.

²⁶⁶TJO *apud* Helena Mourão, 2006, p. 617: “É nula a prova obtida através da atuação de agente da Guarda Fiscal que, ocultando a sua identidade, se insinua junto de alguém e, após conquistar a sua confiança, o induz à prática de um crime. É igualmente insuscetível de valoração contra o arguido toda a restante prova que radique na atividade do agente provocador, nomeadamente a busca domiciliária destinada a comprovar a prática do crime induzido, e as declarações em que o arguido descreve a atividade do agente provocador.”

²⁶⁷Mourão, 2012, p. 720. Assim a respetiva fundamentação do TJO *apud* Helena Mourão, 2006, p. 618 nota de rodapé 113: “Limitou-se o mesmo, em audiência de discussão e julgamento, a relatar tais acontecimentos, invocando ter sido alvo de uma cilada e defendendo-se com base na ilicitude do método investigatório contra

Quanto à primeira exigência - recolocação das condições de liberdade de declaração – iremos usar como exemplo o acórdão n.º 198/2004.

De forma bastante resumida e de acordo com a opinião de Helena Mourão²⁶⁸, penso que esta primeira condição não se encontra preenchida, pois não podemos aceitar a equiparação que o TC advoga entre a arguição da nulidade das escutas pelos arguidos e informação prestada pelo juiz de que o seu conteúdo não pode ser valorado contra eles. Isto não é suficiente para repor as condições de liberdade de confissão, pois a opinião jurídica dos arguidos não pode ser comparada ao valor de uma decisão judicial.

Recorrendo à experiência do direito processual penal inglês, onde a problemática do efeito-à-distância anda associada ao tema da confissão. A favor do reconhecimento do *efeito remoto*, em matéria de confissão, do efeito *cat out of the bag*, invoca-se a seguinte argumentação: ‘*The principal reason why a suspect might make a second or third confession is simply that, having already confessed once or twice, he might think he has little to lose by repetition.*’²⁶⁹

Esta lógica pode ser aplicada neste caso. Se o tribunal de julgamento, não reconheceu a impugnação da ilegalidade das escutas telefónicas invocada desde a fase de instrução pelos arguidos, antes de eles prestarem as declarações autoincriminatórias, então é razoável concluir que estes só prestaram tais declarações por terem achado que não trazia nada de novo ao processo. Entendemos que a falta de informação do tribunal acerca da invalidade da prova já obtida, não garante a autonomia necessária para que se possam considerar meios probatórios independentes.

Por fim, invocamos ainda a decisão do TEDH no caso Gäfgen v. Alemanha.²⁷⁰ Considera não violar o direito a um processo justo previsto no art.º 6 da CEDH, a utilização de uma confissão do arguido realizada em julgamento como base essencial da condenação, depois de este ter sido informado de que todas as suas anteriores declarações no processo, conseguidas através de coação, ou como seu resultado sequencial, ou seja, prestadas sem aquela advertência, não poderiam ser usadas como prova contra ele.

si utilizado. É evidente que tais declarações - produzidas dentro do condicionalismo referenciado - não servem de suporte probatório à acusação deduzida.

Não valendo como prova os métodos e resultados utilizados, é óbvio que não se presta a tal desiderato o depoimento do arguido, no exercício do seu direito de defesa, em que os denuncia.’’

²⁶⁸Mourão, 2012, p. 720 a 726.

²⁶⁹Peter Mirfield *apud* Mourão, 2012, p. 722.

²⁷⁰Proc. n.º 22978/05.

E como já vimos, a confissão não antecipada dessa ‘informação qualificada’ que o TEDH considera crucial para a garantia de um processo equitativo.

4. O problema em Portugal

O acórdão do TC n.º 198/04 é crucial nesta matéria, onde foi feita uma abordagem histórica sobre o surgimento deste instituto nos EUA. Neste acórdão chega-se a uma aceitação do efeito-à-distância, porém, tal como no ordenamento norte-americano, não é uma aceitação plena. Aceita-se este instituto com as várias limitações apresentadas pelo direito norte-americano. Podemos considerar este acórdão como o “acórdão mãe” neste tema, visto que se torna “referência” tanto para o STJ como para a generalidade dos tribunais.

Como vemos, não vingam no nosso ordenamento jurídico posições extremadas, sem qualquer tipo de ponderação, tal como podemos observar pela jurisprudência emitida pelo TC.²⁷¹

Neste sentido temos o acórdão do STJ²⁷² onde afirma que “a projeção da invalidade de prova em matéria de legitimidade ou validade da prova sequencial à prova nula, não é automática, e que em cada caso há que determinar se existe um nexo de antijuridicidade que fundamente o efeito à distância, ou se, em diverso, existe na prova subsequente um tal grau de autonomia, relativamente à prova inválida que destaque o meio de prova subsequente substancialmente daquela.” Expressando que “esta distinção esteve, aliás sempre presente na doutrina do *fruit of the poisonous tree* desde a formulação na jurisprudência do Supreme Court, que exige a ponderação de cada caso, determinado a existência, ou não, desse nexo de antijuridicidade entre a prova proibida e a prova subsequente.”

O acórdão do STJ²⁷³: “o efeito à distância (...) nunca poderá alcançar uma abrangência que congregue no seu efeito anulatório provas que só por uma mera relação colateral, e não relevante, se encontram ligados a prova proibida ou que sempre produziriam, ou seria previsível a sua produção, independentemente da existência da mesma prova proibida.”

A doutrina do fruto da árvore venenosa aparece “matizada por uma série de circunstâncias em que a prova derivada (derivada porque de alguma forma relacionada com a prova inválida) pode, não obstante, ser aceite como prova válida.”²⁷⁴ Este acórdão apenas reconhece os três limites, não reconhecendo aquele último – exceção da boa-fé –

²⁷¹Ac. do TC n.º 213/94 e n.º 198/2004.

²⁷²Ac. do STJ proc. n.º 06P650.

²⁷³Ac. do STJ, proc. n.º 09P0395.

²⁷⁴Ac. do TC n.º 198/2004.

mencionado no capítulo do direito norte-americano. Seguindo a mesma linha de pensamento de Gomes de Sousa, pensamos que a não menção desta exceção se deve à sua discutível aceitação pelo STJ dos EUA.²⁷⁵

Assim, aceitamos o *tele efeito*, mas não têm ‘entre nós o “efeito dominó” de inquinar todas as provas que em qualquer circunstância apareçam posteriormente à prova proibida e com esta relacionadas. Daí que, só caso a caso e perante uma prudente análise dos interesses em jogo é que se poderá avaliar a extensão dos efeitos da prova inquinada. Importa apurar um nexó de dependência não só cronológica, como lógica e valorativa, entre a prova inquinada e a que se lhe seguiu.’²⁷⁶

A jurisprudência portuguesa aceita para além daqueles três limites, a tese da conciliação de interesses em causa, principalmente a teoria da ponderação de interesses e da esfera da proteção da norma.

No acórdão de 2004²⁷⁷, o STJ aceita o efeito-à-distância, mas bastante mitigado. O tribunal distingue entre nulidades absolutas do art.º 126, n.º 1 e nulidades relativas do art.º 126, n.º 3. Salvo melhor entendimento, a posição do tribunal não foi a mais feliz, porque não é a intenção do legislador fazer estas distinções entre nulidade absoluta e relativa como o tribunal faz, tendo em conta o conteúdo do art.º 32, n.º 8 da CRP. A única possível distinção baseia-se no já descrito ponto 2 do Capítulo I, onde há a possibilidade de valorar aquelas provas se estas não forem consideradas abusivas. Posto isto, não há diferenciação possível. Se a prova é nula, trata-se do mesmo vício, da mesma nulidade, pelo que não faz sentido um tratamento diferenciado. Não concordamos com a teoria da ponderação de interesses, não é porque estes direitos serem disponíveis que não haverá efeito-à-distância.

²⁷⁵G. de Sousa, 2006, p. 14, 15 e nota 62. No acordão referido, os Justice Brennan e Marshal discordaram da aplicação desta limitação devido ao gradual estrangulamento da ‘*exclusionary rule*.’

²⁷⁶Ac. do STJ proc. 08P3375.

²⁷⁷Ac. do STJ proc. n.º 04P774.

Conclusão

A prova com fomos aludindo ao longo do trabalho é o tema central desta dissertação, pois o *iter* inicia-se na prova e todas as “opções” que tomamos ao longo deste percurso levam a uma determinada conclusão.

Para determinar a existência da prática de um crime e o seu autor é necessário reunir provas que revelem essa verdade, porém, é uma verdade que tem de ser descoberta de uma certa forma. Visto que não estão ao dispor das autoridades judiciárias todos e quaisquer meios e métodos de obtenção de prova.

Surgem assim as proibições de prova assentes na dignidade da pessoa humana constituindo por isso limites à descoberta da verdade. Invocando aqui a ideia de que “os fins não justificam os meios”.

Defendemos que as proibições de prova possuem uma autonomia dogmática relativamente às nulidades, mas que nunca podem ser sanadas, são objeto de recurso e de conhecimento oficioso.

No entanto, não ocultámos a dificuldade que o regime das proibições apresenta e que a resposta a que cada um dos autores chega, nós inclusive, é apenas uma interpretação do problema, e que pelo estado das coisas, são possíveis várias interpretações acerca da mesma matéria, cada um com o seu mérito.

Contudo, repudiamos o entendimento de que a prova constante do art.º 126, n.º 3 do CPP é uma nulidade relativa e que poderá, eventualmente, ser sanada.

Posto isto, aceitamos o *tele-efeito* como um efeito necessário das proibições de prova. Esta consciencialização fica a dever-se à atuação dos EUA, no sentido de advertir que a atuação do Estado tem de obedecer a certas regras e que para logarmos justiça, o processo penal deve ser justo, leal e processualmente válido.

Todavia, a doutrina do efeito-à-distância sofreu limites logo no início do seu nascimento. O direito alemão, por sua vez, mostrou-se relutante, mas acabou por aceitar também o tele efeito com as suas teorias compromissórias doutriniais.

O direito português, como vemos, bebeu dos dois ordenamentos jurídicos. O *tele efeito* é aceite entre nós e o acórdão que serviu de base é o famoso acórdão n.º 198/2004: onde adotou os limites norte-americanos e também as teorias da doutrina alemã.

Assim, no que respeita à fonte independente e à mácula dissipada, na mesma linha de pensamento de Helena Mourão, pensamos que não se trata de verdadeiras limitações ao

efeito-à-distância, mas sim de delimitações do efeito-à-distância. Ora vejamos, “parece-nos que, quer nos casos em que os órgãos de investigação criminal dispõem de um meio alternativo de prova, ou seja, de um processo de conhecimento independente e efetivo, quer nas situações em que a mancha do processo é apagada pelas próprias autoridades judiciárias ou através de uma atuação livre do arguido ou de um terceiro, nem se verifica realmente uma interrupção ou quebra do nexo de imputação entre a primitiva conduta violadora e o resultado probatório secundário, nem, muito menos, uma sanção na nódoa do processo (...) A prova mediata continua a ser atribuída ao comportamento ilícito inicial e, portanto, proibida. O que vai ser objeto de valoração são outras provas que, por não estarem causalmente vinculadas à prova primária obtida e que podem nem ser mediatas, não se pode pretender que sejam contagiadas pelo processo ilegal paralelo: são meios probatórios autónomos, independentes.” Ou para quem fundamente no art.º 122 do CPP o *tele-efeito*, como nós o fazemos, não se estabelece aqui a relação de dependência exigida pelo n.º 1.

Relativamente à descoberta inevitável, repudiamos essa exceção devido aos efeitos nocivos que acarreta para o instituto das proibições de prova.

Quanto as doutrinas alemãs, repudiamos a ponderação de interesses e percursos hipotéticos de investigação (pelos mesmos motivos que repudiamos a descoberta inevitável). Porém, aceitamos a teoria da proteção da norma como *limite intrínseco*, porém reconhecemos que o alcance desta teoria é limitado, pois não resolve todos os problemas que o efeito-à-distância levanta. Para além dos casos de depoimento indireto a sua amplitude é quase nula, portanto, apesar de concordamos e subscrevermos esta teoria reconhecemos que peca por falta de amplitude prática.

Jurisprudência

Jurisprudência Nacional:

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87, processo n.º 302/86 de 9/02/1987 disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/7-1987-257410>;
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 213/94, processo n.º 719/92 de 2/03/1994 disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940213.html>;
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 507/94, processo n.º 129/93 de 14/07/1994, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940507.html>;
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 426/2005, processo n.º 487/05 de 25/08/1995, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050426.html>;
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 607/2003, processo n.º 594/03 de 05/12/2003 disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030607.html>;
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 198/2004, processo n.º 39/2004 de 24/03/2004 disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/198-2004-888370>;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 96P176 de 14/01/1999, não publicado, mas cujo sumário pode ser consultado em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/975f99ecdcdca073802568fc003bb205?OpenDocument&Highlight=0,96P176>;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 04P774 de 6/05/2004 disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/67040755ea9a3f3b80256ea900376465?OpenDocument&Highlight=0,04P774>;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 06P650 de 7/06/2006 disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9743ee6dd3e2fdc8025724c003dd838?OpenDocument&Highlight=0,06P650>;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça processo n.º 07P4553 de 20/02/2008 disponível em <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/07p4553-2008-89342775>;

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça processo n.º 09P0395, 12/03/2009 disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao/09p0395-2009-89503475>;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça processo n.º 08P3375 de 16/04/2009 disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1b7c366c3607570c802575a0004e78ee?OpenDocument&Highlight=0,08P3375>;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 10210/2008-9, de 28/05/2009 disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/bf96f48dbb8bd5d0802575de0037c6a2?OpenDocument&Highlight=0,n%C2%BA,10210%2F2008-9>;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 640/15.3TDLSB.L2-3, de 29/09/2021 disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/e0dd48e39f00f7e980258774003680f7?OpenDocument&Highlight=0,Ac,do,TRL,proc,n.%C2%BA,640%2F15.3TDLSB.L2-3>;
- Acórdão o Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 251/06.4JAPRT.P1, de 04/07/2012, (disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/f947e6142a2111b080257a46002f4f98?OpenDocument>);
- Sentença do Tribunal Judicial de Oeiras de 5/03/1993 publicada na revista *Sub Justice*, n.º 4, 1992.

Jurisprudência Estrangeira:

- *Hale v. Henkel*, 201 U.S 43 (1906) disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/201/43/>;
- *Weeks v. United States*, 232 U.S 383 (1914) disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/232/383/>;
- *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S 385 (1920) disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/251/385/>;
- *Nardone v. United States*, 308 U.S 338 (1939) disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/338/>;

- *Mapp v. Ohio*, 367 U.S 643 (1961) disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/367/643/>;
- *Wong Sun v. United States*, 371 U.S 471 (1963) disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/>;
- *Brewer v. Williams*, 430 U.S 387 (1977) disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/430/387/>;
- *United States v. Ceccolini*, 435 U.S 268 (1978) disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/435/268/>;
- *Nix v. Williams*, 467 U.S 431 (1984) disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/>;
- *Segura v. United States* 468 U.S 796 (1984) disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/796/>;
- *U.S v. Leon*, 468 U.S 897 (1984), disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/468/897/>;
- *Arizona v. Evans*, 514 U.S 1 (1995) disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/514/1/>;
- Caso Gäfgen v. Alemanha Processo n.º 22978/05, disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/Eng#{%22itemid%22:\[%22001-99015%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/Eng#{%22itemid%22:[%22001-99015%22]}).
- Sentença n.º 8/2000 do Tribunal Constitucional Espanhol disponível em <https://hj.tribunalconstitucional.es/>.

Bibliografia

AGUILAR, Francisco - *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas* - Contributo para o seu estudo nos ordenamentos jurídicos alemão e português. Coimbra: Almedina, 2004. 117 p. ISBN 972-40-2184-X

ALBERGARIA, Pedro Soares De - *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo II - 3. ed. Coimbra: Almedina, 2021. ISBN 9789724092737.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto De - *Comentário do Código Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4. ed. atualizada. Lisboa: Universidade Católica, 2011. 1712p.. ISBN 978-972-54-0295-5

ANDRADE, João Da Costa Andrade - Testemunhas-de-ouvir-dizer novos desafios, velhos problemas (Diferentes Constelações típicas à luz das proibições de prova em Processo Penal). Estudos de homenagem ao juiz conselheiro António da Costa Neves Ribeiro, 2007, p. 323-377

ANDRADE, Manuel Da Costa, 1944 - *Sobre a valoração como meio de prova em processo penal das gravações produzidas por particulares in: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, 1984.

- . Proibições da Prova em Processo Penal (Conceitos e Princípios Fundamentais). *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*. Nº 13, 2008.

- . *Bruscamente no Verão Passado, reforma do Código de Processo Penal* - Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. *Coimbra Editora*, 2009.

- . *Sobre As Proibições de Prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, ISBN: 9723206137

- . *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*. 2.ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2022, ISBN: 9789898951922

ANTUNES, Maria João - *Direito Processual Penal*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2021.

BELEZA, Teresa Pizarro – ‘*Tão amigos que nós éramos*’ o valor probatório do depoimento de co-arguido no processo penal português in: ‘*Revista do Ministério Público*’, Lisboa, A.19, N.74 (Abr.-Jun. 1998) 39–60.

BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa - *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. Reimp. Coimbra: Almedina, 2011. 290 p.. ISBN 978-972-40-4090-5

BELO, Paulo Renato De Freitas - *O recurso de revisão e a reforma penal in: Julgar*. – Coimbra: Coimbra Editora. - ISSN 1646-6853. N.º 23 (maio-agos. 2014) 83–105.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital; Portugal. Constituição, 1976 - *Constituição da República Portuguesa: anotada*. 2 ed. revista e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora, 1984-1985. 2v

CANOTILHO, J. J. Gomes – Anotação ao Acórdão n. 70/90 do Tribunal Constitucional. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. A.123, N. 3792, 1990.

- . Direito constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003

CORREIA, João Conde - *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. 210, [2] p.. ISBN 972-32-0917-9

- . *A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspetiva essencialmente jurisprudencial*. *Revista do CEJ*. [Lisboa], 2004-. - ISSN 1645-829X. - N.º 4 (1.º semestre 2006), p. 175-202

COSTA, José De Faria - *Um olhar cruzado entre Constituição e o Processo Penal*. A Justiça nos dois lados do Atlântico. Teoria e prática do Processo Penal em Portugal e nos Estado Unidos da América. Teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América. Lisboa: Fundação Luso-Americana para o desenvolvimento, Novembro 1997

DIAS, Jorge De Figueiredo -. Direito Processual Penal. 1. ed. 1974 reimpressão, Coimbra Editora.

- *Para uma reforma global do processo penal português da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais. Para uma nova Justiça Penal*, Almedina, 1983

- Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal (Também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa). *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. A: 146 N: 4000, 2016, 3–16.

DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno - *Direito processual penal: os sujeitos processuais*. 1. ed. Coimbra: Gestlegal, 2022. 313 p.. ISBN 978-989-9136-04-5

FERREIRA, Marques - *Meios de Prova*. In: Jornadas de direito processual penal. O novo código de processo penal. - Coimbra: Almedina, 1997. p. 219–270.

GALLARDO, Carlos Fidalgo - *Las pruebas ilegales en el proceso penal de los Estados Unidos de América* - Dissertação de doutoramento, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001, disponível no depósito de investigação da Universidade de Sevilla <https://idus.us.es/handle/11441/24010>

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João Alves - *Os tribunais as polícias e o cidadão - o processo penal prático*. 2. Ed revista e atualizada, Coimbra: Almedina Editora, 2002

GONCALVES, M. Maia - *Meios de prova*, Jornadas de direito processual penal. O novo código de processo penal. - Coimbra: Almedina, 1997, p. 191-218

- *Código do processo penal: anotado – legislação complementar* 17. ed. revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3777-6

GOSSEL, Karl-Heinz - *As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha*. ‘‘Revista Portuguesa de Ciência Criminal’’, Lisboa, A. 2 (3), Junho-Setembro 1992, p. 397-441

LAFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H. - *Criminal procedure*. 2. ed. St. Paul: West Publishing, 1992. XXXIX, 1309 p.. ISBN 0-314-79327-5

MATA-MOUROS, Maria De Fátima - *Juiz das liberdades* - Desconstrução de um mito do processo penal. Coimbra: Almedina, 2011. 472 p.. - Dissertação de doutoramento, 2011, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. ISBN 978-972-40-4567-2

MATTA, Paulo Saragoça - A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença. *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

MEIREIS, Manuel Augusto - *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*. Coimbra: Almedina, 1999. 269 p.. - Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISBN 972-40-1219-0

MENDES, Paulo De Sousa – “O processo penal em ação” in *Questões Avulsas de processo penal*. 2000, Lisboa, 2000

- . As proibições de prova no processo penal. *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina Editora, 2004

- . *Lições de Direito Processual Penal*. 2. reimp. da edição de 2013a. Coimbra: Almedina, 2014. 238 p.. ISBN 978-972-40-5205-2

- . O efeito-à-distância das proibições de prova. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, N:74. (jul. 2013– dez. 2013) 2013b

MESQUITA, Paulo Dá - *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. 766 p.. - Dissertação de doutoramento em direito, apresentado na Universidade Católica Portuguesa, em 2010. ISBN 978-972-32-1951-7

MIRANDA, Jorge, 1941 – *Manual de direito constitucional – Tomo IV (Direitos Fundamentais)* Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

–. Manual de direito constitucional – Tomo IV (Direitos Fundamentais). 4 ed. revista e atualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 2008

MIRANDA, Jorge; 1941 -; MEDEIRO, Rui – Portugal. Constituição, 1976 - *Constituição Portuguesa Anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010-. vols. ISBN 972-32-1307-9
-. *Constituição Portuguesa Anotada*. 2. ed. revista. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017-2020. 3 vols.

MONIZ, Helena - Os problemas jurídicos-penais da criação de uma base de dados. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. A:12. N:2 (2002).

MOURÃO, Helena - O Efeito-à-Distância das Proibições de Prova no Direito Processual Penal Português. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. A:16. N:4, 2006, p 575–620.

- . Efeito-à-Distância das Proibições de Prova e Declarações Confessórias - O Acórdão n.º 198/2004 do Tribunal Constitucional e o Argumento “The Cat Is Out Of The Bag”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. A:22. N:4, 2012.

NEVES, A. Castanheira - *A revolução e o Direito* - A situação de crise e o sentido do Direito no atual processo revolucionário. 1. ed. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1976. p. 236

NEVES, Rita Castanheira - *As ingerências nas comunicações electrónicas em Processo Penal, Natureza e respetivo regime jurídico do correio eletrónico enquanto meio de obtenção de prova*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011

OLIVEIRA, Luís Pedro Martins De - Da autonomia do regime das proibições de prova. In *Prova criminal direito de defesa – Estudos sobre a teoria da prova garantias de defesa em processo penal*, Coimbra: Almedina Editora, 2011.

PIMENTA, José Da Costa – Portugal. Leis, decretos, etc. Código de processo penal, 1987 - *Código de processo penal: anotado*. 2ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1991.

PINTO, Frederico De Lacerda Da Costa - *Depoimento Indirecto, Legalidade da Prova e Direito de Defesa*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. - Coimbra: Coimbra Editora, 2009. - Vol. 3, p. 1041-1088

ROSA, Luís Bértolo - *Consequências Processuais das Proibições de Prova*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. - Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias, 1991- . - ISSN 0871-8563. - A. 20, N° 2 (Abr.-Jun. 2010), p. 219-277

ROXIN, Claus - *Derecho Procesal Penal*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2000.

SANTOS, Manuel Simas; HENRIQUES, Manuel Leal; Portugal. Leis, decretos, etc. Código de processo penal, 1987 - *Código de processo penal*: anotado. 2. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 1999-2000. 2 vols.

SEIÇA, António Alberto Medina de - *O conhecimento probatório do co-arguido*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. 244, [2] p.. ISBN 972-32-0901-2

- *Legalidade da prova e reconhecimentos "atípicos" em processo penal*: Notas à margem de jurisprudência (quase) constante
In: Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. - Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.1387-1421

SILVA, Germano Marques da - *Curso de Processo Penal* – Vol. II 4. ed. rev. actual. Lisboa: Verbo, 2008

- *Curso de Processo Penal* – Volume I. 6. ed. rev. actual. Lisboa, Verbo, 2010

- *Curso de Processo Penal* – Volume II. 5. ed. rev. actual. Lisboa, Verbo, 2011

SILVA, Sandra Oliveira E - Legalidade da prova e provas proibidas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. A:21. N:4, 2011, 545–591, disponível em <https://www.researchgate.net/publication/302920506> LEGALIDADE DA PROVA E PROVAS PROIBIDAS

SOUSA, João Henrique Gomes De - *Das nulidades à “fruit of the poisonous tree doctrine”*.
In: Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, A. 66, N.2 (Set. 2006). Disponível em:
<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/joao-henrique-gomes-de-sousa-das-nulidades-a-fruit-of-the-poisonous-tree-doctrine/>.