

1 2 9 0



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Ricardo Alexandre Fernandes Ferreira

OS MEIOS ATÍPICOS DE PROVA E O EFEITO-À-DISTÂNCIA EM PROCESSO PENAL

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses orientada
pela Professora Doutora Anabela Miranda Rodrigues, apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Julho de 2022



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA

**OS MEIOS ATÍPICOS DE PROVA E O EFEITO-À-
DISTÂNCIA EM PROCESSO PENAL**

**The Atypical Means of Evidence and “Distance-Effect” in Criminal
Procedure**

**Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-
Forenses (conducente ao grau de Mestre)**

Autor: Ricardo Alexandre Fernandes Ferreira

Orientadora: Professora Doutora Anabela Miranda Rodrigues

Coimbra, 2022

AGRADECIMENTOS

Dedico esta dissertação à minha mãe Mirene, aos meus avós Aníbal e Arminda e à Diana, pela força, compreensão e ajuda que me deram ao longo de todo este processo. Muito obrigado.

Um obrigado também à professora Doutora Anabela Miranda Rodrigues, que gentilmente aceitou ser minha orientadora.

RESUMO E PALAVRAS-CHAVE

Na presente dissertação, vamos numa fase inicial versar sobre a problemática respeitante à matéria das proibições de prova e a sua relevância no Processo Penal Português.

Dentro deste primeiro capítulo vamos expor os princípios estruturantes do nosso processo penal relativo ao tema da matéria de prova, desenvolver o conceito de prova típica e de prova atípica, assim como a sua admissibilidade no nosso ordenamento jurídico no sentido de uma correta interpretação do art.º 125º CPP.

Vamos também abordar o regime próprio e autónomo que diferencia o regime das proibições de prova, com o regime as nulidades gerais, sempre através de diferentes posições doutrinárias consagradas na doutrina portuguesa.

Por último, e após analisar esta matéria vamos relacioná-la com o instituto do efeito-à-distância, instituto que deriva ou é consequência da forma como o legislador não conseguiu dar solução à problemática da matéria referida supra.

Para concluir, vamos identificar a consagração legal do efeito-à-distância nos Tribunais Portugueses, realizando uma análise crítica das posições jurisprudenciais do TC e do STJ.

Palavras-chave: Direito Processual Penal Português, Nulidades, Direitos Fundamentais, Proibições de Prova, Meios de Prova Atípicos, Efeito-à-Distância.

ABSTRACT AND KEY WORDS

In this dissertation, we are going to deal with the problem of the matter of prohibition of evidence and its relevance in the Portuguese Criminal Procedure.

Within this first chapter, we will expose the structuring principles of our criminal procedure about evidence, develop the concept of typical evidence and atypical evidence, as well as their admissibility in our legal system in the sense of a correct interpretation of art. 125th CPP.

We will also approach the proper and autonomous regime that differentiates the regime of prohibitions of evidence, with the regime of general nullities, always through different doctrinal positions enshrined in Portuguese doctrine.

Finally, and after analyzing this matter, we will relate it to the institute of effect-at-a-distance, an institute that derives or is a consequence of the way in which the legislator failed to solve the problem of the matter mentioned above.

To conclude, we will identify the legal consecration of the effect-at-a-distance in the Portuguese Courts, carrying out a critical analysis of the jurisprudential positions of the TC and the STJ.

Keywords: Portuguese Criminal Procedural Law, Nullities, Fundamental Rights, Prohibition of Evidence, Atypical Evidence, Distance Effect.

Lista de Abreviaturas e Siglas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.º	Artigo
BGH	Bundesgerichtshof
CEF	Centro de Estudos Judiciários
Cfr.	Confronte, compare
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DLG's	Direitos, Liberdades e Garantias
N.º	Número
Ob. Cit.	Na obra citada
OPC	Órgãos de Polícia Criminal
P.	Página
Pp.	Páginas
Proc.	Processo
Prof.	Professor
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
T.C.	Tribunal Constitucional
T.E.D.H	Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Índice

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I – O PROCESSO PENAL PORTUGUÊS	8
Breve contextualização do Processo Penal Português	8
CAPÍTULO II - ATIPICIDADE.....	10
Princípio da Investigação ou da Verdade Material.....	10
Princípio da Legalidade – Legalidade da Prova	11
Quais são os limites da admissibilidade da prova e como fazer uma correta interpretação do artigo 125º do CPP?	13
CAPÍTULO III - AS PROIBIÇÕES DE PROVA	15
As Proibições de Prova em Processo Penal	15
Proibições de Prova Vs. Regras de Proibição de Prova.....	17
Regras de Produção de Prova.....	18
O desrespeito pelas normas do artigo 32º, n.º 8, CRP e art.º 126º, n.º 1, e n.º 3, CPP	19
Interpretação do art.º 118º, n.º 3 do CPP	20
Considerações parciais	24
CAPÍTULO IV – EFEITO-À-DISTÂNCIA.....	28
Efeito-à-Distância ou Efeito Remoto das Proibições de Prova.....	28
Diferença entre os Conhecimentos Fortuitos e o Efeito-à-Distância.....	29
Fundamento e Exceções do Efeito-à-distância.....	30
Fruit of the Poisonous Tree	30
Independent Source Doutrine ou Teoria da Fonte Independente.....	35
Teoria da Mácula Dissipada ou Purged Taint Limitation	36
Teoria da descoberta inevitável ou dos cursos hipotéticos de investigação ou do comportamento lícito alternativo	39
Ponderação Casuística de Interesses.....	41
O Fim de Proteção da Norma	43
O Efeito-à-Distância e as suas exceções em Portugal: A perspetiva dos nossos Tribunais	44
CAPÍTULO V - CONCLUSÃO	50
BIBLIOGRAFIA.....	54
JURISPRUDÊNCIA	56

INTRODUÇÃO

Com esta dissertação, tal como o próprio título indica, pretendemos discutir algumas matérias acerca da prova no direito processual penal, utilizando o termo “prova” num sentido amplo, onde possamos incluir quer os meios de prova, quer os meios de obtenção de prova, tendo em conta o princípio da não taxatividade (art.º 125º do CPP) e os problemas que este princípio levanta na jurisprudência. Temos como objetivo abordar mais especificamente o tema da admissibilidade das chamadas provas atípicas, pois no nosso sistema processual penal a prova assume um papel de destaque desde o início até ao fim do processo. Não existe condenação sem prova e para existir prova, temos de recorrer aos meios de obtenção de prova, e esta tem de ser válida e não pode ser nula. A prova tem como finalidade a descoberta da verdade material no processo penal.

Tendo em conta o sistema processual penal português e o enquadramento geral das provas atípicas, é necessário compreender de que forma o plano da legalidade da prova se pode relacionar com a atipicidade da prova, atendendo aos limites impostos a esta admissibilidade que não podem ser ultrapassados. Estamos aqui a falar das situações de colisão ou conflito entre o uso da prova atípica com os direitos fundamentais das partes.

Esta liberdade dos meios de prova presente no artigo 125º do CPP demonstra-nos uma abertura quer do próprio legislador, quer do próprio sistema da admissibilidade da prova, com a consciência da sua própria incapacidade de antecipar e acompanhar o desenvolvimento técnico-científico que visam a descoberta da verdade material.

Temos como ponto de partida a convergência entre as finalidades do direito processual penal no momento probatório, sabendo que elas não são integralmente harmonizáveis e põem em causa os DLG's.

Deste modo, a admissão deste tipo de provas, em regra, acaba por estar limitada pela restrição dos Direitos Fundamentais, não podendo em nenhum caso, a violação das proibições de prova, colidir ou restringir os Direitos Fundamentais dos sujeitos processuais,

garantindo assim a tutela dos mesmos, através de princípios ordenadores do Processo Penal.

Finalizada a autonomia do regime das proibições de prova, cabe-nos, por fim e conseqüentemente, dissertar sobre as conseqüências que estas nulidades de prova comportam e os seus efeitos, nomeadamente o tema do instituto do efeito-à-distância, analisando os seus problemas e na forma como a nossa Constituição o acolhe ou não, e considerando que esta lacuna legislativa tem feito com que a jurisprudência e a doutrina portuguesa, para dar resposta a todos estes problemas, seja obrigada a criar, procurar e desenvolver soluções, baseando-se maioritariamente na doutrina norte americana, nomeadamente na doutrina dos frutos da árvore envenenada, que se refere à impossibilidade de valoração ou contaminação da prova sequencial, obtida através de uma anterior violação de proibição de prova, compreendendo esta teoria três exceções que são a teoria da fonte independente, da mácula dissipada, e dos percursos hipotéticos de investigação, que vamos profundamente analisar infra, como também referir a forte influência por parte da doutrina alemã particularmente através da tese da ponderação casuística de interesses e do fim da proteção da norma.

CAPÍTULO I – O PROCESSO PENAL PORTUGUÊS

Breve contextualização do Processo Penal Português

O Direito Processual Penal *“faz parte integrante da denominada ciência total do direito penal, onde se integra o direito penal em sentido amplo, a criminologia e a política criminal. É no direito penal em sentido amplo que, a par do direito penal (substantivo) e do direito da execução de penas e de medidas de segurança (direito penal executivo), se localiza o direito processual penal (direito adjetivo)”*¹.

Sem o direito processual penal não é possível realizar o próprio direito penal, esta é de facto uma característica *sui generis*, que faz com que inevitavelmente o distinga dos outros direitos

¹ ANTUNES, Maria João. (2017). *Direito Processual Penal*. Almedina, p. 7

processuais.

Também o Direito Processual Penal é a forma de realização ou de concretização do próprio Direito Penal, não podendo existir uma pena sem o processo penal.

Relativamente à relação entre o direito penal e o direito processual penal, este não é apenas uma ferramenta de auxílio em relação ao primeiro. Ambos estão ligados por uma “*relação mútua de complementaridade funcional*”², o que não significa que o direito processual penal perca a sua autonomia. São exemplos, “*diversos institutos cuja pertinência àquele ou a este se torna profundamente questionável (v.g. a prescrição do procedimento criminal, a denúncia e a acusação particular); e, mais do que isso, a circunstância de, relativamente a alguns de tais institutos, dever porventura concluir-se por uma sua natureza mista, simultaneamente participante de características jurídico-substantivas e jurídico - processuais*”³.

A tramitação do processo penal comum revela uma índole tendencialmente unitária, (não excluindo, porém, situações excepcionais), o processo será igual para todos os casos, não obstante a natureza ou a gravidade do crime em questão. Estas fases são a aquisição da notícia do crime art.º 241º CPP, a fase de inquérito art.º 262º e ss. do CPP, a fase de instrução art.º 286º e ss. do CPP e a fase de julgamento art.º 311º e ss.

Importa referir também as finalidades primárias do processo penal português, entre as quais, a realização da justiça e a descoberta da verdade material, que são autónomas entre si, a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos perante o Estado, e por último, o restabelecimento da paz jurídica comunitária que foi posta em causa com a prática do crime. Estas finalidades do processo penal assumem uma natureza claramente conflituante entre si, sendo que geralmente nos problemas concretos que ocorrem num processo penal é inexecutável a sua harmonização integral, “*sendo antes de concluir pelo seu carácter irremediavelmente antinómico e antitético*”⁴.

Fazendo uma remissão ao ensinamento de FIGUEIREDO DIAS, “*a forma de superação da impossibilidade de harmonização integral destas finalidades passa por “operar a concordância prática das finalidades em conflito; de modos a que de cada uma se salve, em cada situação o máximo conteúdo possível, otimizando os ganhos e minimizando as perdas*

² DIAS, Figueiredo. (1988-89). *Direito Processual Penal*. § 5

³ DIAS, Figueiredo. (1981). *Direito Processual Penal*, Vol.1, Coimbra, p. 32

⁴ DIAS, Figueiredo. *O Novo Código de Processo Penal*, p.13. E, ainda, *Direito Processual Penal*, (1988-98), § 29 e ss.

axiológicas e funcionais”⁵ tendo como limite, a intocável dignidade da pessoa humana. “A mútua compressão das finalidades em conflito por forma a atribuir a cada uma a máxima eficácia possível” como adianta o referido mestre, é evidente, também, no regime dos meios de obtenção de prova (artigos 171º e ss. do CPP) onde é manifesta a colisão entre a finalidade de realização da justiça e a descoberta da verdade material com a proteção dos direitos fundamentais das pessoas. Com o limite: “de se eleger esta finalidade em detrimento da outra quando está em causa a intocável dignidade da pessoa humana, proibindo determinados métodos de prova e fazendo corresponder às provas assim obtidas a sanção de nulidade e a proibição da sua utilização (artigo 126ºCCP)”⁶.

Em relação à estrutura do Direito Processual Penal Português, segundo a nossa doutrina, temos uma estrutura acusatória (art.º 32º, n.º 5, CRP) integrada por um *princípio de investigação*, sendo esta, a estrutura que melhor respeita a “concordância prática” das finalidades em conflito. A estrutura acusatória salienta o princípio de acusação, através do qual, quem investiga e acusa é o ministério público, e quem julga é o juiz. É integrada por um *princípio subsidiário de investigação*, a cargo do juiz, na medida em que o tribunal tem o poder-dever de independentemente do contributo dos outros sujeitos processuais, investigar os factos, criando ele mesmo as bases necessárias à sua decisão (art.º 340º, n.º 1, do CPP).

CAPÍTULO II - ATIPICIDADE

“Não existe um processo penal válido sem prova que o sustente, nem um processo penal legítimo sem respeito pelas garantias de defesa”⁷.

Princípio da Investigação ou da Verdade Material

Como referimos supra, a estrutura do direito penal português sendo acusatória (art.º 32º, n.º

⁵ DIAS, Figueiredo, *O Novo Código de Processo Penal*, p.13.

⁶ ANTUNES, Maria João. (2017). *Direito Processual Penal*, Almedina, p.15

⁷ BELEZA, Teresa Pizarro e PINTO, Frederico da Costa. (2010). *Prova Criminal e Direito de Defesa: Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, Coimbra, Almedina, p. 5.

5, CRP) é integrada por um *princípio subsidiário de investigação*. Vamos falar sobre este princípio não de forma muito aprofundada, mas de maneira a compatibilizá-lo com o princípio da legalidade da prova.

Podemos considerar este princípio da investigação como o princípio da *verdade material*. De acordo este princípio, o tribunal pode investigar o facto sujeito a julgamento independentemente dos contributos da acusação ou da defesa, definindo ele, autonomamente, as bases da sua decisão. O juiz reserva para si, o poder-dever de ele mesmo, officiosamente, requerer a realização de diligências probatórias, esta é a ideia nuclear deste princípio. Como nos refere a título de exemplo o artigo 340º, n.º 1 do CPP “*o tribunal ordena, officiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhes afigure necessário à descoberta da verdade material e à boa decisão da causa*”⁸, aqui tem de se ter consciência, que esta finalidade de investigar e punir os crimes, sendo indispensável no processo penal, e estando nós, num Estado de Direito Democrático, não poderá de nenhuma forma colidir com os direitos fundamentais dos sujeitos processuais.

Também no artigo 348º, n.º 5 do CPP se denota o verdadeiro sentido deste *princípio da investigação*, “*o juiz e os jurados podem, a qualquer momento, formular à testemunha as perguntas que entenderem necessárias para esclarecimento do depoimento prestado e para boa decisão da causa.*”

Princípio da Legalidade – Legalidade da Prova

O princípio da “*legalidade constitui a pedra angular de todo o sistema jurídico e especialmente do direito penal*”⁹. Vamos falar deste princípio relativamente à prova.

Este princípio encontra-se consagrado no artigo 125º do CPP, que nos refere que, “*são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei*”. Apesar da sua aparente

⁸ Código de Processo Penal, art.º 340º, n.º 1

⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel. (1993). *Constitución y Derecho penal: El principio de legalidad en materia criminal, Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, apud CASTRILLO, Eduardo de Urbano e MORATO, Miguel Ángel Torres, *La Prueba Ilícita Penal : Estudio Jurisprudencial*, 6.ª Ed., Editora Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012;p. 36. Cfr. CASTRILLO, Eduardo de Urbano e MORATO, Miguel Ángel Torres, *La Prueba...ob.cit.*, pp. 35-37

simplicidade, o art.º 125º do CPP, através da epígrafe “legalidade da prova”, não se pode ficar por uma interpretação literal do seu texto, temos que realizar uma análise de facto mais profunda.

Deste artigo podemos tirar duas conclusões: ou as provas admitidas são só aquelas que se encontram dispostas na lei, ou, por contrapartida, só não são admitidas aquelas que forem proibidas por lei. No entendimento da nossa doutrina, quando a nossa lei nos diz que “*são admissíveis todas as provas não proibidas*”, temos aqui reconhecido o facto de que o nosso CPP, não consegue prever nem acompanhar, todo o desenvolvimento técnico-científico em busca de alcançar a *verdade material*.

Esta abertura do sistema, verificada através da liberdade dos meios de prova pode afirmar-se numa dupla perspetiva: ou o legislador não definiu um sistema taxativo relativamente aos meios probatórios admissíveis, ou, quaisquer meios de prova são igualmente admissíveis para a comprovação de qualquer facto.

Esta “liberdade” de admissibilidade dos meios de prova permite que as *autoridades judiciárias*¹⁰, em primeiro lugar, para obter a prova de qualquer facto, tenham a autonomia de se poder socorrer, dos meios típicos, ou tipificados na lei, as chamadas provas típicas (testemunhos, perícias, documentos, entre outros), como também, lhes é reconhecida a faculdade, de em certos casos excepcionais, recorrer a outros meios de prova, que não estejam expressos na lei, com a condição destes serem, os meios idóneos à prova do facto em causa e não estarem proibidos pelo legislador, referimo-nos aqui às chamadas *provas atípicas* ou *meios de prova inominados*, como refere PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “*o CPP consagra a regra da não taxatividade dos meios de prova. Ao invés do art.º 189º italiano, a lei portuguesa não estabelece um critério substantivo especial para a admissibilidade das provas não previstas na lei, pelo que a admissibilidade das provas não previstas na lei rege-se pelos critérios substantivos gerais do art.º 340º CPP*”¹¹.

Tradicionalmente, era com esta grande margem que se interpretava o art.º 125º do CPP. No entanto esta interpretação tem de ser realizada no contexto da nossa estrutura processual penal, uma estrutura acusatória integrada por um princípio de investigação, na qual, o objetivo, é chegar à verdade material, mas não através de todos os meios, e principalmente

¹⁰ Dispõe o Artigo 1º, al. b), do CPP “Autoridade judiciária”, o juiz, o juiz de instrução, e o Ministério Público, cada um relativamente aos atos processuais que cabem na sua competência;”

¹¹ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. (2011). *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª edição. Lisboa, Universidade Católica Editora, p. 332.

tendo sempre em conta os limites constitucionais que visam garantir os DLG's do arguido, e que se encontram consagrados nos artigos 25º, n.º 1, 32º, n.º 1 e art.º 34º da CRP.

Quais são os limites da admissibilidade da prova e como fazer uma correta interpretação do artigo 125º do CPP?

Em relação à obtenção de provas, o nosso legislador de Direito Processual Penal, determinou um conjunto de procedimentos que se encontram previstos e regulados desde o artigo n.º 128 ao 190º do CPP.

Estes procedimentos tiveram em consideração o enraizamento histórico, prático e legal daqueles meios de prova no nosso ordenamento jurídico, e noutros semelhantes. A intenção do legislador foi partir de uma presunção de que através de uma rigorosa utilização destes meios de prova, se mostrariam, epistemologicamente fiáveis, garantindo assim também o núcleo essencial das garantias de defesa.

Vamos tentar entender como funciona o art.º 125º do CPP, relativamente aos meios atípicos. No que diz respeito à admissibilidade dos meios atípicos, segundo o art.º 125º CPP, o primeiro corolário que retirarmos, é o facto das autoridades judiciárias, só poderem socorrer-se das provas atípicas quando não houver, ou na ausência de um meio idóneo, ou probatório típico, que lhes permita obter o mesmo resultado. Havendo uma prova típica concreta, que possa fornecer às autoridades judiciárias as informações pretendidas, não devem as autoridades judiciárias recorrer aos meios de prova atípicos, este formalismo previsto no CPP tem em vista a garantia dos direitos de defesa do arguido e deve ser seguido. O aplicador da lei processual penal deverá agir em conformidade com o normativamente estabelecido, ou seja, interpretar o sistema probatório positivamente, podendo apenas num segundo momento, usufruir da liberdade que lhe é garantida pela própria legalidade processual. GERMANO MARQUES DA SILVA, refere que *“a não tipicidade dos meios de prova que o art.º 125º CPP estabelece respeita apenas a meios de prova não previstos e a não tipicidade dos meios não pode significar liberdade relativamente aos meios já disciplinados”*¹².

¹² DA SILVA, Germano Marques, *Curso II*, vol. II, p. 199

O uso dos meios atípicos é legitimante utilizado, naqueles casos, em que o progresso científico-tecnológico se adiantou à capacidade de previsão do legislador. É esta a válvula de escape que o legislador criou face a estes avanços, tendo sempre em conta, determinadas condições constitucionais.

O segundo corolário para uma correta interpretação do artigo referido, tem como base o ideal de que não devemos confundir a ideia de liberdade de meios de prova com total fungibilidade dos meios de prova. Embora não haja uma imposição expressa na lei, de que para a prova de certos factos existe a obrigação de recorrer a meios de prova específicos, há casos excepcionais em que para a prova dos seus enunciados factuais tem de ser realizada através de meios de prova específicos. Aqui temos uma restrição à liberdade dos meios de prova a utilizar. Como exemplos podemos referir as situações em que está em causa um enunciado factual, em que seja necessário para o devido esclarecimento conhecimentos especiais, nestas situações deve-se recorrer à prova pericial (art.º 151º CPP); aquando da inimputabilidade ou imputabilidade do arguido, torna-se indispensável uma avaliação psiquiátrica. Nestas situações, como o art.º 151º CPP, o legislador não refere apenas os casos em que é admissível esta prova pericial, mas faz uma imposição, para que seja essa a prova a ser utilizada quando estejam em causa estes tipos de conhecimentos especiais (técnicos, científicos ou artísticos).

Por fim temos casos em que os meios de prova implicam uma sensível restrição dos direitos fundamentais, aqui torna-se imprescindível a existência de uma lei, que de forma clara e expressa, refira qual o direito que está a ser restringido, controlando o grau de agressão tolerado. Quando um meio de obtenção de prova colide com os direitos fundamentais, torna-se insuprível a atuação do legislador para regular a sua utilização, conforme as normas constitucionais expressas nos artigos (art.º 18º, n.º 2, da CRP) de carácter geral, e (art.º 34º, n.º 2 e 4, CRP) de carácter específico. Podemos concluir assim que a liberdade da prova não poderá perturbar a legalidade da prova.

CAPÍTULO III - AS PROIBIÇÕES DE PROVA

As Proibições de Prova em Processo Penal

“Quando, em qualquer ponto do sistema ou da regulamentação processual penal, esteja em causa a garantia da dignidade da pessoa - em regra do arguido, mas também de outra pessoa, inclusive a vítima -, nenhuma transacção é possível. A uma tal garantia deve ser conferida predominância absoluta em qualquer conflito com o interesse – se bem que, também ele legítimo e relevante do ponto de vista do Estado de Direito – no eficaz funcionamento do sistema da justiça penal”¹³.

No âmbito do princípio da legalidade, vamos agora contextualizar as proibições de prova, sabendo a sua complexidade e controvérsia dentro do processo penal. Ao nos referirmos a “provas proibidas”, estamos a falar da dignidade da pessoa humana, como também de uma das instituições basilares do Estado de Direito Democrático. As proibições de prova constituem verdadeiros limites à descoberta da verdade material, tendo em conta que apesar da gravidade do crime, a utilização de certos meios de prova está, de facto, longe de ser permitida. Temos por um lado necessidade cumprir as finalidades do processo penal ao assegurar um processo penal efetivo, capaz de punir os agentes que pratiquem atos ilícitos, e por outro, o respeito pelas normas constitucionais e processuais associadas ao dever de garantir um processo penal justo para todos os sujeitos processuais.

Citando o Prof. FIGUEIREDO DIAS, o processo penal serve uma verdade que, *“não sendo «absoluta» ou «ontológica». há-de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço, mas processualmente válida”¹⁴.*

Em relação à norma do art.º 32º, n.º 8 da CRP, em que o legislador constitucional se dirige especificamente à matéria das proibições de prova, e conforme o ensinamento da professora SÓNIA FIDALGO, vamos considerar os seguintes fundamentos axiológicos ou político-constitucionais:

¹³ DIAS, Figueiredo. (1983). *Para uma reforma global do processo penal português. Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais*, in *Para uma nova Justiça Penal*, Coimbra, p. 207

¹⁴ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*, p. 194.

- *A tutela da inviolabilidade dos direitos fundamentais dos cidadãos, e a sua projeção no regime jurídico das proibições de prova* - Quando falamos do regime de proibições de prova temos que ter em conta a tutela da inviolabilidade dos direitos fundamentais contrapondo-a com o interesse da investigação penal. Em primeiro lugar temos as proibições constitucionais absolutas referidas no art.º 32º, n.º8, CRP “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”, no entanto para além da tutela destes direitos, vêm sendo automatizados a partir da doutrina e da jurisprudência outras proibições de prova, com base e fundamento na dignidade da pessoa humana (art.º 1º CRP). Entre os quais podemos citar o direito à imagem, direito à palavra, integridade e confidencialidade dos sistemas informáticos, à autodeterminação informacional. Estes direitos apesar de não estarem expressamente consagrados na lei, não existe um *numerus clausum* de direitos fundamentais, o desenvolvimento da doutrina e jurisprudência mostra-nos que não é pelo facto de não estarem expressos que não têm de ser protegidos. Porém, podemos considerar que o princípio da dignidade da pessoa humana (art.º 1º CRP), como o direito à integridade pessoal (art.º 24º CRP) são indubitavelmente a verdadeira matriz axiológica e material que controla o regime das proibições de prova, “*parte-se, pois, da ideia de se buscar uma maior eficiência e funcionalidade do processo penal no interior da sua tradicional função de garantia*”¹⁵.

- *A preservação da integridade moral e axiológica do Estado*, o regime das proibições de prova não protege unicamente o titular dos direitos fundamentais que estão a ser postos em causa, como também, é uma forma de proteção da credibilidade, imagem e reputação de um processo penal de um verdadeiro Estado de Direito Democrático. O Estado não pode dar resposta à criminalidade com as mesmas “armas”, ou da mesma forma, que os delinquentes praticam atos ilícitos, a realização da justiça e a descoberta da *verdade material*, não podem comprometer a atuação da justiça, e devem obter-se, sempre tendo em conta os rigorosos limites dos direitos fundamentais. Cabendo ao Estado primordialmente salvaguardar os direitos, liberdades e garantias fundamentais, é-lhe imposto afirmar a sua “*superioridade ética*”¹⁶, no seu papel de administrador da ética penal.

¹⁵ FERNANDES, Fernando. (2001). *O Processo Penal como instrumento da política criminal*, Coimbra, Almedina, p. 54

¹⁶ ED. SCHMIDT, apud COSTA ANDRADE in ob. Cit., p. 73

“As proibições de prova são regras essenciais à caracterização do processo penal de um Estado de direito e é como tal que devem ser tratadas. Não se trata de simples caprichos do legislador ou excentricidades da doutrina, mas de prescrições fundamentais, que devem ser, religiosamente, observadas no dia a dia dos nossos tribunais. Como referiu (...) WINFRIED HASSEMER, os problemas do processo penal de um Estado de direito estão, normalmente, não na lex lata, mas na forma como o Estado, de facto, trata os cidadãos suspeitos da prática de um crime.”¹⁷

- *Considerações epistemológicas de veracidade do processo de determinação dos factos:* a veracidade do processo aquando da sua determinação dos factos, levam a que se devam afastar *ex ante* do tribunal, todas as provas às quais haja dúvida quanto à sua validade. Com isto se procura garantir a fiabilidade racional das provas obtidas, e o eventual risco de erro na sua valoração, citando GERMANO MARQUES DA SILVA, *“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 lealmente, pelo engenho e arte, e nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem os sofre, mas não menos quem os usa”*¹⁸

Proibições de Prova Vs. Regras de Proibição de Prova

As proibições de prova, como já referimos, constituem instrumentos de proteção de direitos individuais, como também, de interesses supraindividuais, que ultrapassam a esfera jurídica do arguido e que se encontram representados pelo Estado. Podemos considerá-las como verdadeiros obstáculos colocados à determinação dos factos que constituem objeto do processo, assumindo-se assim, como limites à descoberta da verdade material, e que podem culminar na nulidade de todo o processo. O carácter proibitivo da prova pode proceder de:

- *Uma proibição de obter prova de um determinado acontecimento*, por outras palavras, “proibição de tema de prova”, como ocorre nas situações elencadas no art.º 137º CPP sob a

¹⁷ CORREIA, João Conde, in *A distinção entre a prova proibida por violação de direitos fundamentais e a prova nula, numa perspetiva essencialmente jurisprudencial*, Revista do CEJ, n.º 4 (n.º especial), 1.º semestre, 2006, p. 202.

¹⁸ DA SILVA, Germano Marques. (2010) *Curso I*. pp. 82 e 83

epígrafe de “Segredo de Estado”.

- *Proibição de utilização de um certo meio de prova*, tomamos como exemplo a disposição legal prevista no art.º 134º, n.º 2, CPP, que prevê: “*A entidade competente para receber o depoimento adverte, sob pena de nulidade, as pessoas referidas no número anterior da faculdade que lhes assiste de recusarem o depoimento*”, a omissão desta advertência consubstancia uma verdadeira proibição de prova, na medida que resulta da intromissão na vida privada.

- *Proibição de um certo método de prova*, casos que remete o artigo 126º do CPP: “*São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas*”.

O incumprimento de qualquer destas perspetivas, faz com que não seja permitida a valoração processual da prova alcançada.

Regras de Produção de Prova

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 contra-fáctica através da proibição de valoração*”¹⁹, trata-se de disciplinar os *processos e os modos* de como a prova deve ser validamente produzida. A violação destas regras não acarreta, em princípio, a proibição da valoração da prova produzida, porém, pode acarretar a responsabilidade civil, disciplinar, criminal do infrator, na linha de FIGUEIREDO DIAS: “*as regras de produção da prova configuram meras prescrições ordenativas de produção de prova cuja violação não poderia acarretar a proibição de valoração como prova, mas unicamente a eventual responsabilidade disciplinar do seu autor*”²⁰, como também, a irregularidade do correspondente ato processual. Se for invocada a irregularidade, o ato praticado pode ser apreciado como inválido.

Temos situações que na prática geram conflitos entre vários autores, como podemos referir a título de exemplo, os casos em que o arguido não é previamente informado do seu direito

¹⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. (2006) “Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal”, Coimbra Editora, Reimpressão, p. 84

²⁰ DIAS, Figueiredo. (2004). *Direito Processual Penal*, p. 446

ao silêncio (art.º 61º, n.º 1, al. d) do CPP), e aqui, se suscita a questão, se nesta omissão, estamos perante uma verdadeira proibição de prova, ou perante uma mera violação das regras de produção de prova. COSTA ANDRADE e SÓNIA FIDALGO, defendem que esta omissão, não respeita o próprio estatuto do arguido no processo, convergindo assim com a ideia que a participação ativa deste na descoberta da verdade material, tem que depender sempre do respeito pela sua vontade, o que não ocorre nesta situação, remetendo-nos para o art.º 58º, n.º 6 do CPP: “A omissão ou violação das formalidades previstas nos números anteriores implica que as declarações prestadas pela pessoa visada não podem ser utilizadas como prova”, ou seja, em princípio, segundo a nossa doutrina de Coimbra, estamos perante uma verdadeira proibição de prova.

O desrespeito pelas normas do artigo 32º, n.º 8, CRP e art.º 126º, n.º 1, e n.º 3, CPP

“Proibições de prova em sentido próprio no sistema processual penal português é somente aquela norma probatória cuja violação possa redundar na afetação de um dos direitos pertencentes ao núcleo eleito no artigo 32.º n.º 8 e que o artigo 126.º manteve sem alargar”²¹.

Segundo o estatuído nas normas supracitadas, o desrespeito pelo princípio da legalidade, tem a consequência, das provas obtidas mediante métodos proibidos, serem nulas, não podendo ser utilizadas. Esta característica faz com que possamos distinguir autonomamente dois tipos de provas proibidas, conforme os Direitos Fundamentais em causa. Em relação à primeira parte da norma do artigo 32º, n.º 8, CRP, este refere-nos que: “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa(..)”, ou seja, nestes casos, estamos perante *proibições absolutas*, há aqui a violação de um Direito Fundamental substantivo iminente, o legislador ordinário não tem qualquer espaço de manobra de conformação e não há forma de as evitar.

Na segunda parte da norma, “(..) abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”²², a expressão “abusiva”, revela-nos que só há

²¹ MORÃO, Helena. (2006). *O efeito à distância das proibições de prova no Direito Processual Português* in Revista portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, pp. 588 e 589

proibição, se “a intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”, for, de facto, “abusiva”, esta qualificação surge na norma constitucional relacionada apenas com estes direitos, com a tutela constitucional dos direitos à privacidade; ao domicílio; à correspondência e telecomunicações. Para considerar se efetivamente são “abusivas”, o papel cabe ao legislador ordinário, é a ele a quem lhe compete a definição do estatuto processual, diferenciação ou tipificação entre as intromissões serem “abusivas”, ou “não abusivas”, pois é-lhe concedida uma autorização constitucional, ou “*margem de manobra*”, na maneira como pode validar certos meios de aquisição de prova, apesar de convergirem com a inviolabilidade destes direitos fundamentais.

Em relação à norma do art.º 126º, n.º 1 e n.º 2 do CPP, sob a epígrafe “*Métodos proibidos de prova*”, mesmo que haja consentimento do titular, os métodos são proibidos e geram nulidade. Por sua vez, no n.º 3 do mesmo artigo, apenas são proibidos os métodos descritos, obtidos *sem o consentimento* do titular “*Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respetivo titular*”.

A conclusão que tiramos desta norma, será que esta dualidade da disciplina legal não tem repercussões nas consequências do regime das provas, visto que os métodos proibidos de prova referidos no n.º 1, n.º 2 ou n.º 3, em regra, vão ter como sanção a nulidade, acrescida com a proibição de valoração das provas, não podendo ser permitida a sua utilização.

*“As proibições de prova constituíram de acordo com o preâmbulo, a manifestação porventura mais expressiva da ideologia social e não meramente liberal que conformou o diploma, consagradas por força da obediência a imperativos constitucionais, de proteção efetiva de valores fundamentais que podem ser atingidos na atividade de descoberta da verdade”*²³

Interpretação do art.º 118º, n.º 3 do CPP

Tendo em conta os artigos acima citados (art.º 34º, n.º 2, CRP e art.º 126º CPP), em que está

²³ MESQUITA, Paulo Dá. (2011). *A Prova do Crime*, p. 270

em questão a tutela de Direitos Fundamentais, daí possuírem um regime bastante mais apertado, a disposição legal do art.º 118º, n.º 3 do CPP refere-nos que *“As disposições do presente título não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova”*, cabe ao aplicador processual penal, realizar uma correta interpretação do artigo, e do sentido da expressão *“não prejudicar”*. Aqui existe a dúvida, se esta expressão nos remete para institutos diferentes, se a matéria explanada no artigo 118º do CPP e seguintes não se refere às proibições de prova, ou, por sua vez, deve haver uma harmonização entre os dois regimes. Um ponto em que a doutrina é unânime, é no facto, de todos afirmarem a existência de uma *autonomia*.

Temos uma corrente doutrinal que defendida por JOÃO CONDE CORREIA e SANDRA OLIVEIRA SILVA, que desta norma resulta, *“uma total independência do regime das proibições de prova relativamente ao regime geral da invalidade dos atos processuais regulados no art.º 118º e seguintes”*²⁴, no fundo entendem que são regimes tecnicamente independentes. Nesta corrente, podemos citar outros autores como TEREZA BELEZA, HELENA MORÃO, LUÍS PEDRO MARTINS DE OLIVEIRA. JOÃO CONDE CORREIA refere-nos que, *“o legislador prescreveu, no artigo 118º n.º 3 do Código de Processo Penal, a autonomia técnica das proibições de prova, estabelecendo, de forma expressa, que «as disposições deste capítulo não prejudicam as normas deste código relativas a proibições de prova». Ou seja, que as regras gerais sobre as nulidades processuais penais não se aplicam às proibições de prova”*²⁵, acrescenta ainda que deve existir *“a 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”*²⁶. Na linha de pensamento deste autor, o legislador quando se referiu ao termo *nulidade*, não fez uma correta interpretação do seu sentido dogmático, sendo o termo *nulidade*, utilizado apenas, para se referir à impossibilidade de utilização de tais provas. Seguindo esta ideia, temos a professora TERESA BELEZA, que entende, que em relação às proibições de prova, o termo *nulidade* nos indica *“que se alguém – o ministério público, ou seja, quem for - obtiver qualquer prova através de um destes métodos proibidos, essa prova será totalmente inútil porque em*

²⁴ Ac. Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 368/19.5GCVFR.P1 de 16/03/2022

²⁵ CORREIA, João Conde. (1999). *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, Coimbra Editora, p. 156.

²⁶CORREIA, João Conde. (2006). *A distinção entre prova proibida*, p.177, apesar de consagrar como uma nulidade atípica na p. 192

*absoluto não utilizável. Ou melhor, ela poderá ser utilizada com o fim exclusivo de basear uma condenação da pessoa que ilegalmente a obteve: o magistrado, ou o polícia, ou o particular – é o que dispõe o n.º 4 do artigo 126”*²⁷. Por sua vez, HELENA MORÃO, acerca desta autonomia técnica diz-nos 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 sanção das violações decorrente de proibições relativas de prova, que demonstra os inconvenientes da aproximação do regime das proibições de prova ao regime das nulidades processuais*”²⁸, por outras palavras, a razão de não existir um regime unitário relativamente às proibições de prova, constitui uma omissão por parte do legislador.

Podemos concluir, que para esta corrente doutrinária, defendida pelos autores citados, as disposições legais dos artigos 118º e seguintes do CPP, não se aplicam em matéria de prova de proibições de prova, como também, a nulidade expressa nos art.º 32º, n.º 8 da CRP e art.º 126º do CPP, não materializa uma nulidade em sentido técnico-processual, constituindo uma *consequência jurídica específica*, a impossibilidade total de utilização das provas obtidas.

Por contrapartida, outro grupo de autores, como os Professores COSTA ANDRADE, GERMANO MARQUES DA SILVA, PAULO DÁ MESQUITA, com apoio maioritário na doutrina, referem-nos, que apesar de haver uma certa autonomia entre o regime das proibições de prova e o regime das invalidades processuais, existem também *certos pontos de contacto*. Apesar de defenderem esta posição, não há um consenso entre eles, quanto à forma como o regime das nulidades e irregularidades processuais se relaciona com as proibições de prova. A ideia basilar desta corrente, será que a produção de uma prova proibida, apresentará os mesmos efeitos de uma nulidade insanável, compreendendo também a possibilidade de conhecimento oficioso até transito em julgado da decisão final. Nas palavras de COSTA ANDRADE, temos uma “*imbricação íntima entre as proibições de prova e o regime das nulidades*”, apesar de a “*ligação estreita das proibições de prova ao regime das nulidades não deve, todavia, ser entendida como homogeneização pura e simples das duas figuras reduzindo as proibições de prova a meras manifestações tipificadas de nulidade.*”²⁹, afirmando que o regime das nulidades não oferece uma resposta evidente à

²⁷ BELEZA, Teresa Pizarro. (1992). *Apontamentos de Direito Processual Penal - Volume II*, AAFDL, pp. 151 e 152

²⁸ MORÃO, Helena. (2006). *O efeito à distância das proibições de prova no Direito Processual Penal Português*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, pp. 594 e 595

²⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. (2006) “Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal”, Coimbra

problemática das proibições de prova. Declara ainda, que o artigo 118º, n.º 3, do CPP, *“deverá ser interpretado como expressão positivada da intencionalidade do legislador de consagrar as proibições de prova uma disciplina que transcende o regime das nulidades processuais, pesem embora os significativos momentos de continuidade que medeiam as duas figuras³⁰”*.

PAULO DÁ MESQUITA, na mesma linha de raciocínio, considera que o nosso ordenamento jurídico, consagrou a *“ideia de proibições de prova, com subsistência do esquema de invalidades – superando a tentação para analisar os dois esquemas numa relação de alternatividade”*, continuando que o *“sancionamento ao nível do procedimento probatório, das violações de imperativos constitucionais ultrapassa a mera aplicação das regras do procedimento e exige efeitos centrados em juízos substanciais sobre os princípios em causa”*. Acrescenta ainda que *“as normas relativas a invalidades processuais não prejudicam as proibições de prova e estas não prejudicam aquelas³¹”*.

Por sua vez, mas através de uma versão diferente do mesmo pensamento, GERMANO MARQUES DA SILVA, assinala que sendo entidades *distintas e autónomas*, os efeitos das proibições de prova compreendem os mesmos efeitos das nulidades. Profere também que o n.º 3 do artigo 118.º CPP *“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 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”*. *“(…) o efeito das proibições de prova é sempre o da sua não utilização, ou seja, efeitos análogos aos da nulidade insanável, será de conhecimento oficioso até decisão final, mas diversamente da nulidade que fica sanada com a decisão final transitada em julgado, a*

Editora, Reimpressão., pp. 193 e 194

³⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. (2006) “Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal”, Coimbra Editora, Reimpressão, pp. 193 e 194. Refere ainda este autor, recorrendo à linguagem e conceptuologia da teoria do sistema (LUHMANN): *“proibições de prova e nulidades perfilam-se (entre si) como sistemas (normativos) distintos, reciprocamente ambiente e, por isso, interpenetrados. Como tais, as proibições de prova «interiorizam muita da complexidade» (LUHMANN) do sistema ambiente (sc., das nulidades).”*

³¹ MESQUITA, Paulo Dá. (2011). *A Prova do Crime*, pp. 271, 272 e 273.

*utilização de provas proibidas obtidas por meios proibidos para fundamentar a condenação é fundamento para recurso extraordinário de revisão o [art.º 449.º, n.º 1, al. e)]*³², apesar de não haver um absoluto consenso, desta afirmação podemos compreender a ideia plasmada nesta corrente, ou seja, a produção de prova proibida terá os mesmos efeitos que uma nulidade insanável, incluindo a hipótese de “conhecimento oficioso até ao trânsito em julgado da decisão final”. O que não estiver legalmente expresso como nulidade, será tido como irregularidade. Em relação ao regime das nulidades sanáveis, estas dependem da sua arguição, e neste caso, entende-se que serão nulidades sanáveis. Como refere o artigo 449º, n.º 1, al. e) do CPP “*A revisão de sentença transitada em julgado é admissível quando (...) Se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos n.ºs 1 a 3 do artigo 126º*”.

Considerações parciais

Na minha opinião, estamos perante um tema bastante problemático, confuso, sem definições legais expressas, quer do ponto de vista ordinário, quer constitucional, e que nos pode levar a confundir o regime das proibições de prova com o regime das nulidades (art.º 118º e ss. ao art.º 123º CPP), ficando sem perceber qual a melhor solução para a resolução deste problema. O que é relevante averiguar, será se determinada norma sanciona o procedimento ou se sanciona a violação de um Princípio Fundamental.

Aplicamos o regime das proibições de prova, quando estivermos perante métodos de obtenção de prova que contendam com a salvaguarda dos Direitos Fundamentais, algo inadmissível num Estado de Direito. Por contrapartida, se estivermos perante vícios procedimentais, embora estes também estejam indiretamente ligados aos Direitos Fundamentais, aplicamos o regime das nulidades dos artigos 118º e seguintes do CPP. As nulidades processuais, visam em primeira linha, “*regular o funcionamento do processo*”³³, sendo uma resposta para vícios formais, “*Através da sua previsão o legislador não se propõe assegurar, em primeira linha, a proteção de bens jurídicos fundamentais, antes assume um*

³² DA SILVA, Germano Marques. (2011). *Curso II*, p. 179

³³ CORREIA, João Conde, *A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial*, Revista do CEJ, 1.º Semestre 2006, Número 4 – Número especial, p. 184

programa mais restrito que é o de ordenar o modo como o processo se desenrola (quem, quando, onde e como devem produzir-se os atos processuais)”³⁴.

Seguindo a ideia de COSTA ANDRADE, GERMANO MARQUES DA SILVA, PAULO DÁ MESQUITA, quando consideram, que o art.º 118º, n.º 3, CPP “não prejudica as proibições de prova”, podemos também retirar que, para além de não prejudicarem as proibições de prova, estas ainda podem aproveitar os princípios das “invalidades” ou “irregularidades” dos artigos 118ª e seguintes do CPP. Na opinião de ANA RAQUEL CONCEIÇÃO, “apesar de ser uma nulidade diferente e autónoma, face às demais nulidades presentes no nosso código, a mesma não deixa de poder beneficiar de parte do regime das nulidades processuais”³⁵.

Relativamente às diferenças entre ambos os regimes, as nulidades processuais produzem efeitos até à sua declaração de nulidade, ao contrário das proibições de prova, que não podem de forma imperativa, subsistir no processo, nem de ser valoradas, não exigindo qualquer declaração de nulidade. As proibições de prova são insanáveis, podendo servir de fundamento do recurso extraordinário de revisão do art.º 449º, n.º 1, al. e) do CPP, se, “se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos nºs 1 a 3 do artigo 126º”, logo diferem das nulidades “insanáveis” do artigo 119º CPP, que se consideram sanadas após transito em julgado. Apenas podemos considerar a sanção da prova proibida, tendo como base a expressão legal do artigo 126º, n.º 3 CPP, considerando, que podem estar em questão, direitos disponíveis, que dependem do consentimento ou vontade do titular do direito lesado.

A própria constituição usa o termo nulidade no artigo 32º, n.º 8, como também o art.º 126º, n.º 1, CPP refere que estas “São nulas, não podem ser utilizadas (...)” a prova é proibida quando a sua obtenção compreende uma lesão direta dos direitos fundamentais.

O nosso Código de Processo Penal não apresenta um catálogo fechado, ou um *numerus clausum* de provas que são proibidas, ou seja, revestem um carácter não taxativo, apesar de poderem ser de conhecimento oficioso.

Importa aqui realçar que os adeptos desta autonomia “absoluta” entre estes dois institutos encontram dificuldades no momento de justificação normativa sobre o problema do efeito

³⁴ PRAIA, João de Matos Cruz. (2019). *Proibições de prova em processo penal: algumas particularidades no âmbito da prova por reconhecimento e da reconstituição do facto*. Revista JULGAR Online, dezembro 2019, p. 6

³⁵ CONCEIÇÃO, Ana Raquel. (2009). *Escutas telefónicas-Regime Processual Penal*, Quid Juris, p.197.

sobre os elementos de prova advindos da proibição de prova, qual a contaminação que esta terá na prova consequencial, *efeito-à-distância*, o que por sua vez, para quem defende uma ligação entre ambos os regimes, mais facilmente o explica, através do art.º 122, n.º 1, CPP, é esta a linha que pensamos seguir.

A jurisprudência e a doutrina, têm tentado adaptar dois institutos, em regra, a prova proibida, ou ilicitamente produzida não pode ser valorada, no entanto encontramos casos excepcionais, como o explanado no art.º 126º, n.º 4, CPP, passo a citar “ *Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo*”, ou seja, o que compreendemos deste artigo, é que as provas obtidas por meio destes métodos proibidos, podem ser utilizadas contra os agentes que praticaram crimes quando os utilizaram, esta exceção vale para quando estes métodos são realizados por particulares ou autoridades públicas.

O legislador consagrou alguns métodos proibidos de prova para além dos previstos no 126º CPP, como o art.º 58º, n.º 6, art.º 129º, art.º 147º, n.º 7, art.º 190º, art.º 345º, n.º 4, art.º 355º, n.º 1, do CPP, que nos indicam a presença de uma certa autonomia de regimes, através de termos mais assertivos: “não tem valor como meio de prova, “não podem ser utilizadas como prova”, “ou também “só valem como meios de prova”.

Para concluir, podemos afirmar que acolhemos uma certa autonomia técnica entre o regime de *proibições de prova*, enquanto limite à descoberta da verdade material, tutelando assim os Direitos Fundamentais, tendo um regime especial de nulidade, com consagração legal no art.º 118º, n.º 3, CPP, e *regras de produção de prova*, como disciplina dos vícios processuais referentes à prova, tendo como limite, perfilhando a opinião de JOÃO CONDE CORREIA, “*a delimitação da área proibida deverá encontrar-se na Constituição: seja na identificação das provas absolutamente proibidas (que em caso algum poderão ser utilizadas) seja, sobretudo, na identificação das provas relativamente proibidas (que a Constituição autoriza mas sujeita, como vimos, a uma série de apertados pressupostos materiais sem os quais a prova é considerada abusiva e, como tal, proibida)*, sendo assim, “*Serão proibidas todas as provas obtidas mediante uma compressão dos direitos fundamentais em termos não consentâneos com a autorização constitucional, ainda que aparentemente a prova seja admissível e apenas tenham sido violadas as formalidades processuais necessárias para a levar a cabo. É o caso de todas aquelas situações em que o processo penal, explicitando os*

princípios constitucionais, permite a realização da diligência e a consequente agressão àqueles direitos fundamentais, mas subordina-a à verificação de certos requisitos materiais tendentes a reduzir a margem de risco e sem os quais a restrição não é admissível e a prova não se pode considerar permitida. Por outras palavras, repetimos uma vez mais, é abusiva”³⁶.

O STJ já se manifestou acerca desta problemática declarando que “*o regime das provas nulas, que se traduz na desconsideração ou impossibilidade de produção ou de valoração das provas afetadas por vício que produz nulidade, constitui, no rigor, um regime de exclusão; o concreto meio de prova afetado é excluído do processo e, por isso, não pode ser considerado nem valorado pelo tribunal*”³⁷, tudo nos leva a crer que estamos perante dois regimes diferentes.

Não é objeto da nossa dissertação, o estudo intensivo das particularidades ou minuciosidades do elenco de ambos os regimes.

O nosso interesse ao dissertar sobre estas matérias, corresponde também com a realização de uma introdução e relação com o instituto do efeito-à-distância. Contudo para nos inserir no estudo destes temas era devido, fazer de forma sucinta, um esclarecimento destas matérias, de forma a obtermos bases essenciais para avançar para outras questões.

Importa-nos sim, agora, incidir numa matéria particularmente importante, e que diz respeito ainda, às consequências práticas destas divergências doutrinárias referidas, que é o tema do efeito-à-distância.

³⁶ CORREIA, João Conde, *A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial*, Revista do CEJ, 1.º Semestre 2006, Número 4 – Número especial, pp. 189-190

³⁷ Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 7352/14.3TDLSB.L1-9, de 8/10/2020, relator: Abrunhosa de Carvalho

CAPÍTULO IV – EFEITO-À-DISTÂNCIA

Efeito-à-Distância ou Efeito Remoto das Proibições de Prova

Aceitamos que o instituto das proibições de prova tem carácter constitucional, tutela os direitos fundamentais da pessoa humana e apresenta-se como uma barreira ou limites na busca e na descoberta pela verdade material, sendo inadmissíveis provas obtidas através de métodos proibidos.

A problemática do efeito-à-distância traduz-se na questão de saber se a impossibilidade de utilização, incide apenas sobre a prova primária ou direta, que foi obtida através de meios ilegais, ou se por sua vez, também se vai transmitir aos meios probatórios secundários, indiretos, mediatos, de maneira que a proibição de prova se estende a todas as provas que apenas foram alcançadas através daquela ilegalidade inicial, *“pelo facto de uma prova não poder ser valorada, por ter sido adquirida para o processo através de um método de obtenção de prova proibido, essa mesma proibição de valoração, que recai sobre a prova primária, se estende à prova obtida por intermédio daquela (prova secundária), de tal forma que também esta seja afectada por aquela proibição de valoração. No fundo, trata-se de saber se existe, ou não, uma projecção da proibição de valoração que inquina a prova primária de tal sorte que afecte a prova secundária”*³⁸.

No fundo, importa saber se existe possibilidade, e em que circunstâncias, de utilizar como prova válida, uma prova produzida na sequência de uma prova proibida.

Podemos considerar o *efeito-à-distância*, como uma das grandes consequências das proibições de prova, que terá como efeito, a sua nulidade, e a sua afetação, ou não, das provas que foram obtidas através do meio de prova ilegal.

Nas palavras de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, a verificação do efeito-à-distância resulta *“de uma necessária ponderação do nexó que liga a prova proibida e a prova mediata dela resultante”*³⁹. Por sua vez, também o nosso Código de Processo Penal no seu artigo 122º, n.º 1, fala dos efeitos da declaração de nulidade quando nos refere que *“As nulidades*

³⁸ RODRIGUES, Cláudio Lima, *Das Proibições de Prova no âmbito do Direito Processual Penal: escutas telefónicas e da valoração da prova proibida pro reo*, Verbo Jurídico, p.14

³⁹ DE ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. (2011). *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem* p.338.

tornam inválido o ato em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afetar”, justificando assim legalmente o efeito-à-distância, mas não fazendo a sua aplicação em sentido prático, utilizando o nosso legislador, a ideia de dependência de atos, mas não especificando que tipo de atos, se são posteriores ou anteriores, nem a dependência que entre eles se verifica.

Diferença entre os Conhecimentos Fortuitos e o Efeito-à-Distância

Em primeiro lugar, compete-nos fazer uma distinção entre estes dois conceitos. Em relação aos conhecimentos fortuitos *“quid inde quanto aos conhecimentos ou factos fortuitamente recolhidos, isto é, que não se reportam ao crime cuja investigação legitimou a sua realização?”*⁴⁰. Os conhecimentos fortuitos, estão intimamente relacionados com o regime das escutas telefónicas (art.º 187º CPP), só podendo ser admissíveis nas situações previstas no seu elenco taxativo do CPP.

Por conhecimentos fortuitos entende-se: *“aquele conjunto de factos que foi casualmente descoberto, que não era objeto de investigação; aqueles que foram obtidos por mero acaso”*⁴¹. Por aqui podemos ver que a diferença entre estes dois conceitos passa pela maneira de saber se o que está em causa, nos conhecimentos fortuitos, é a existência de um meio de obtenção lícito e válido, onde se descobriram factos que não fazem parte da investigação do crime, e que proporcionou recurso àquele meio de obtenção de prova, obtendo-se a informação fora do âmbito do crime, pelo qual, esse meio de prova foi possibilitado, mas sendo ele, um resultado direto de uma prova legal. Por sua vez, no efeito-à-distância está em causa uma obtenção de prova e a sua condicional valoração através da violação de uma proibição de prova. Na prática a distinção é feita com base na legalidade/ilegalidade do meio de prova utilizado para a obtenção de novos elementos probatórios.

A nossa jurisprudência e doutrina não tinham nenhuma solução, nem nenhum método para ser devidamente explicado este conceito dos conhecimentos fortuitos, porém, aquando da reforma do CPP de 2007, o legislador apenas se focou em acrescentar ao artigo 187º CPP,

⁴⁰ Questão colocada como introdução ao tema dos conhecimentos fortuitos por Manuel da Costa Andrade, in Ob. Cit., p. 304

⁴¹ DE JESUS, Marcolino. (2011). *Os meios de obtenção de prova em processo penal*”, Almedina, p.251

os seus números 7 e 8, dando uma breve contextualização dos casos em que os conhecimentos fortuitos podem ser utilizados. Todavia, tem sido aceite entre a doutrina, a valoração destes conhecimentos fortuitos, claro, dentro dos parâmetros estabelecidos no artigo 187º e no seu catálogo de crimes taxativamente previsto que possibilita a utilização das escutas telefónicas. A correta interpretação que pode ser feita do artigo 187º CPP, será a válida utilização deste meio de obtenção de prova, através da verificação dos pressupostos nele previstos. Ao contrário do mecanismo do efeito-à-distância, em que a prova proibida esta ferida de invalidades, no caso do artigo 187º CPP, cumprindo os requisitos da sua admissibilidade, tornando a escuta telefónica lícita, admitimos a admissibilidade destes conhecimentos fortuitos, tendo como fundamento, o emprego de um meio de obtenção de prova lícito, para a investigação de outro processo.

Fundamento e Exceções do Efeito-à-distância

Fruit of the Poisonous Tree

Esta questão do efeito-à-distância surgiu nos Estados Unidos, no US Supreme Court através de uma base jurisprudencial, onde nasceu a doutrina da “*Fruit of the Poisonous Tree*” ou “Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada”, na presença de casos que se tornaram modelos nesta matéria: o *Silverthorne Lumber Co. V. United States*, de 1920 e o *Nardone v. United States* de 1939, “*Universalmente conhecida a metáfora empregue pelo Juiz do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos, Felix Frankfurter, na decisão Nardone v. United States (1939), esta e as outras decisões do Supremo Tribunal dos Estados Unidos adiante referidas, «Fruit of the poisonous tree» («Fruto da árvore venenosa») podendo, através dela, dizer-se constituir um meio de prova inválido a «árvore venenosa», importando determinar se a prova que aparece depois constitui «fruto» daquela «árvore» estando, por isso, também ele – o «fruto» –, «envenenado»*”⁴².

Esta doutrina defende que, em regra, uma prova que só foi conseguida através de uma anterior violação de proibição de prova, fica também ela contaminada por essa mácula anterior e não poderá ser valorada como prova para servir de fundamento à decisão do tribunal em matéria de facto. Só desta forma é que as proibições de prova podem ambicionar

⁴² Ac. do T.C. n.º 198/2004, de 24/03/2004

o mínimo de eficiência e convicção sobre quem dirige a investigação criminal.

A exportação desta doutrina para a Europa, não teve um acolhimento unânime, teve alguns autores que não concordavam com esta teoria como SHAFTER, este “*denega por princípio qualquer efeito à distância e que o princípio da fernwirkung paralisaria a administração da justiça penal e comprometeria irremediavelmente a sua eficácia*”⁴³, MEYER, “*o processo penal não pode desenvolver-se como se os meios de prova mediatos pura e simplesmente não existissem*”⁴⁴ estes autores defendiam que não deveriam existir efeitos-à-distância com base no princípio da eficácia da justiça. No entanto esta linha de pensamento de não atribuir um efeito à distância da prova nula iria contra o objetivo do regime de proibições de prova e da proteção do Direitos Fundamentais. Por outro lado, autores como HASSEMER e HENKEL apoiam a integração deste efeito-à-distância “*só o conhecimento do efeito à distância pode, em concreto, purificar o processo da nódoa da ilegalidade, consumada com a violação da proibição de prova. O que só poderá alcançar-se se o processo seguir o seu curso como se a ilegalidade não tivesse, pura e simplesmente, acontecido*”⁴⁵.

O acolhimento do efeito dominó dos efeitos à distância sem qualquer ponderação também não é aceite nos Estados Unidos, como PAULO DÁ MESQUITA refere: “*a jurisprudência constitucional projeta um pensamento substancial com uma exigente ponderação pragmática com nexos causais e processos de inferência. O problema 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*”⁴⁶.

Segundo a jurisprudência do nosso TC, o “*contexto destas decisões foi o da afirmação da «regra de exclusão» (exclusionary rule) segundo a qual a prova obtida pela acusação através da violação dos direitos constitucionais do acusado, não pode ser usada contra este (...). Trata-se, assim, com a doutrina do «fruto da árvore venenosa», de estender a «regra de exclusão» às provas reflexas. Porém, esta projecção de invalidade aparece, desde os primórdios da formulação da doutrina, matizada por uma série de circunstâncias em que a prova derivada (derivada porque de alguma forma relacionada com a prova inválida) pode,*

⁴³ Schafter, apud ANDRADE, Manuel Costa in ob. Cit., pp. 68, 173 e 174

⁴⁴ Meyer, apud ANDRADE, Manuel Costa in ob. Cit., p. 173

⁴⁵ Henkel, apud ANDRADE, Manuel Costa in ob. Cit., p. 176

⁴⁶ MESQUITA, Paulo Dá. (2011). *A Prova do Crime*, p. 220

*não obstante, ser aceite como prova válida*⁴⁷”.

Como casos típicos dos efeitos à distância podemos aludir de uma forma muito simplista os seguintes:

- Num crime de homicídio e ocultação de cadáver, através do recurso à tortura consegue-se obter a confissão da localização do cadáver, onde vêm a ser identificados vestígios do arguido, ou seja, provas que o arguido participou naquele crime de homicídio. Poderá o tribunal valorar estes vestígios que apenas foram encontrados através da utilização da tortura?

- Recorrendo a escutas telefónicas ilegais, e consequentemente nulas, os órgãos de OPC tomam conhecimento de que certos arguidos estavam a transportar ou a traficar produtos estupefacientes. Esses produtos foram descobertos e apreendidos no veículo que a transportava. Durante o processo os arguidos confessam o crime. Será que a droga pode ser utilizada como prova? Numa decisão da nossa Jurisprudência num caso semelhante a este, a decisão do acórdão do T.C. n.º 198/2004, de 24/03/2004 concluiu que: *“Tudo se prende, assim, com o entendimento do próprio artigo 122º, n.º 1 do CPP e com o relacionamento de uma prova de natureza confессória com anterior prova inválida, consubstanciada em intercepções telefónicas. Quanto ao primeiro aspeto, como já se referiu, está em causa uma doutrina que entende o «efeito-à-distância» como uma construção interpretativa que possibilita considerar em determinada circunstância, e recusá-lo noutras, que os fundamentos jurídicos da invalidade de determinada prova se mantêm (e, por isso, se devem projetar) numa prova que aparece depois. Quanto à confissão, o que foi considerado é que esta tem tal autonomia que possibilita um acesso aos factos totalmente destacável de qualquer outra forma de acesso anteriormente surgida e afetada por um valor negativo este Tribunal, no Acórdão n.º 288/99 entendeu como constitucionalmente conforme a livre valoração, enquanto prova, de declarações confessorias relativamente às quais não se verificou o condicionalismo estabelecido no n.º 1 do artigo 344º do CPP; Ora, e assim se alcança uma conclusão, o entendimento do artigo 122º, 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 confessoria, mostra-se constitucionalmente conforme, não comportando qualquer sobreposição interpretativa a essa norma que comporte ofensa ao disposto nos*

⁴⁷ Ac. do T.C. n.º 198/2004, de 24/03/2004

*preceitos constitucionais invocados*⁴⁸”.

O artigo 122º CPP menciona os efeitos da declaração de nulidade, esta norma também justifica o efeito à distância. “O art. 122.º do CPP é um afloramento do problema denominado de «efeito à distância»”⁴⁹, ou seja, quando se trata de indagar da comunicabilidade (ou não) da valoração aos meios secundários da prova tornados possíveis à custa de meios ou métodos proibidos de prova. Para a corrente de autores que defendem que o regime das nulidades é independente do regime das proibições de prova, estes baseiam-se apenas na ideia da própria CRP consagrada no artigo 32º, n.º 8, “São nulas todas as provas obtidas (...)”, o legislador não faz uma distinção entre provas imediatas e provas mediatas, considerando-as todas nulas. No caso desta norma ser violada, através do recurso a outros mecanismos que não permitam a utilização do material probatório obtido ilicitamente. O efeito-à-distância surge assim como forma de limitação e proteção do ordenamento jurídico, em relação a ilegalidades, na sua íntegra.

“As proibições de prova produzem, na sua atendibilidade e valoração, aquilo a que se costuma chamar “efeito à distância”, no sentido (que, porém, não esgota o conteúdo da figura) de que da mesma maneira que não é admissível a prova proibida direta, também não é tolerável a prova mediata, fundada naquela outra”.

Estes são os fundamentos legais que justificam o efeito à distância, são nulas todas as provas obtidas à custa de uma anterior violação de prova. Citando GERMANO MARQUES DA SILVA: “*Quem se arroga da moral para combater a imoral, não pode alguma vez combatê-la com imoralidade*”⁵⁰”.

Esta seria a regra, mas, no entanto, temos exceções como a referida na decisão do acórdão acima citado, caso de uma prova sequencial, ou mediata como também temos exceções em relação às provas imediatas como veremos de seguida.

O “efeito dominó”, expressão frequentemente utilizada na jurisprudência espanhola, vem no sentido de que temos que perceber que não é pelo facto de termos uma prova proibida, que todas as outras provas vão também ser proibidas. É a lei Orgânica do Poder Judicial que em

⁴⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional 198/2004, de 24 de março de 2004, processo nº39/04, relator: Moura Ramos

⁴⁹ Ac. do STJ, Processo n.º 07P4553, de 20/02/2008, Relator: Armino Monteiro

⁵⁰ DA SILVA, Germano Marques. (2001). *Ética polícia e Sociedade Democrática*, Ed. ISCPSI, p.43

Espanha estabelece o efeito à distância, no seu artigo 11.1, mencionando “*No suirtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”, no entanto, têm que estar preenchidos dois requisitos cumulativos, a existência de uma causalidade natural e uma conexão de antijuridicidade; “*tais provas reflexas são, de um ponto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por isso, para se concluir que a proibição de valoração se estende também a elas, terá de se estabelecer que as mesmas se encontram vinculadas às que vulneraram o direito fundamental substantivo de modo directo. Significa isto que terá de estabelecer-se um nexo entre umas e outras que permita afirmar que a ilegitimidade constitucional das primeiras se estende também às segundas (conexão de antijuridicidade). Na presença ou ausência desta conexão reside, pois, a ratio da interdição de valoração das provas obtidas a partir do conhecimento derivado de outras que vulneram o direito ao segredo das comunicações*”⁵¹.

Entre a nossa doutrina e jurisprudência, podemos dizer que também se trata de saber se existe uma relação de natureza causal entre a prova proibida e a prova sequente, ou se uma pode ser objetivamente imputada à outra. Se entre as duas provas tivermos uma relação causal, valerá o efeito-à-distância, se por contrapartida, não existir essa relação causal, ou se houver interrupção dessa relação, já consideramos uma exceção do efeito-à-distância. Temos uma corrente que admite correspondência entre o conceito de efeito-à-distância e doutrina dos frutos da árvore envenenada, como também uma doutrina que faz a sua distinção relativamente aos seus efeitos.

Para esta última corrente, a teoria da doutrina dos frutos da árvore envenenada compreende efeitos muito mais radicais e ilimitados, o que nos leva à fulcral conclusão da iniquação do processo probatório e a sua absolvição, por contrapartida com o efeito-à-distância que realiza sempre uma ponderação jurisprudencial aplicada ao caso em questão.

A doutrina do efeito à distância não é uma regra absoluta, e considera também ela os seus limites e exceções. Podemos referir três tipos de casos, baseados na jurisprudência norte-americana em que podemos considerar a utilização de provas, embora a prova da qual estas derivam seja proibida, ou seja, exceções a esta doutrina denominada “*fruit of the poisonous tree*”.

⁵¹ Sentença nº 81/1998 *Jurisprudencia Constitucional*, Tomo 50º, p. 1146

Independent Source Doctrine ou Teoria da Fonte Independente

“O sentido profundo de um preceito proibindo a aquisição de prova de determinada forma não é apenas que essa prova, assim adquirida, não seja usada em tribunal naquelas circunstâncias. É, também, que ela não seja, pura e simplesmente, utilizada em quaisquer circunstâncias. Claro que isto não significa que os factos resultantes dessa prova se tornem sagrados e inacessíveis. Se o conhecimento deles é adquirido por uma fonte independente podem ser provados, como quaisquer outros, mas o conhecimento adquirido através do procedimento ilegal do Governo não pode ser utilizado”⁵².

Silverthorne Lumber Co. Vs United States, de 1922, foi por intermédio da jurisprudência norte americana que teve origem esta exceção da “fonte independente”, também muito discutida nos casos de Wong Sun vs. United States, de 1963 e Segura vs. United States, de 1984.

Segundo esta teoria, nas situações em que a prova sequencial em causa, é obtida através de uma fonte independente, manifestamente autónoma da prova inquinada, não existe efeito à distância. Mantem-se a ideia da inadmissibilidade das provas primárias obtidas ilicitamente, no entanto aceitam-se as provas que foram obtidas de uma forma lícita, independente. HELENA MORÃO defende a ideia de legitimação da admissibilidade da prova por fonte independente, na condição que a sua descoberta seja de facto independente, e que não exista um nexo de causalidade da prova indireta com a prova primária proibida, o que a tornaria inutilizável.

Um dos fundamentos desta teoria assenta na não existência de um nexo de causalidade entre ambas as provas, podendo a prova obtida legalmente ser valorada. Existem dois cursos probatórios autónomos, num utilizou-se um meio ilícito de prova, porém no outro, foi utilizado um meio lícito. A título exemplificativo, temos o caso que *“remonta à decisão Silverthorn, onde o Juiz Holmes excepcionou, expressamente, a existência de uma independent source corroborando os conhecimentos que também eram derivados da prova proibida; tal fonte possibilitaria a aceitação daqueles conhecimentos. Existem*

⁵² Excerto da sentença norte-americana, in. Acórdão do STJ, de 20-02-2008, proc. 07P4553, disponível em www.dgsi.pt

diversas decisões do Supreme Court afirmando esta limitação (...), a título de exemplo cita-se Segura v. United States de 1983(...), onde a uma busca inicial sem mandado, na qual foi observada “parafernália própria para o tráfico de droga”, mas não a própria droga, 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 «fonte independente»⁵³, temos também a situação em que através do recurso a escutas ilegais, se identifica uma pessoa que assistiu a um crime de tráfico de estupefacientes. De seguida, chamamos essa pessoa na qualidade de testemunha para realizar um depoimento. Consequentemente, esta é uma prova proibida, foi obtida através de recursos proibidos, a escuta ilegal. Não obstante, se paralelamente, houver a hipótese, de modo lícito, captar imagens relativas ao tráfico de estupefacientes, não temos uma relação causal entre as escutas ilegais e a captação de imagens, logo estas imagens captadas, podem ser utilizadas como meio probatório sendo provas autónomas. Inversamente, entre as escutas, (prova ilegal), e o testemunho, temos uma relação causal, tornando-as inválidas e impossibilitando a sua utilização. É um facto que pode ser provado quer através de meios lícitos e meios ilícitos.

“A fonte independente respeita a um recurso probatório destacado do inválido, usualmente com recurso a meio de prova anterior que permite induzir, probatoriamente, aquele a que o originário tendia, mas foi impedido, ou seja, quando a ilegalidade não foi conditio sine qua da descoberta de novos factos”⁵⁴.

Teoria da Mácula Dissipada ou Purged Taint Limitation

Proveniente do Supremo Tribunal norte americano no caso *Nardone vs. United States*, de 1993, onde estava em questão a valoração de uma prova sequencial obtida através de uma ilegal interceção telefónica.

⁵³ Excerto da sentença norte-americana, in. Acórdão do STJ, de 20-02-2008, proc. 07P4553, disponível em www.dgsi.pt

⁵⁴ Ac. do STJ, Processo n.º 07P4553, de 20/02/2008, Relator: Armino Monteiro

Esta teoria refere-se às hipóteses em que uma prova sequencial, ou secundária, a que os OPC, não teriam chegado sem o recurso à prova proibida. Poderá esta prova secundária ser valorada apesar do nexa causal entre uma e outra, ser considerado tão débil, ao ponto de se considerar inexistente? Segundo o US Supreme Court “the causal connection... may have become so attenuated as to dissipate the taint”⁵⁵, também a nossa jurisprudência nos diz “A terceira limitação da «mácula dissipada» leva a que uma prova, não obstante derivada de outra prova ilegal, seja aceite sempre que os meios de alcançar aquela representem uma forte autonomia relativamente a esta, em termos tais que produzam uma decisiva atenuação da ilegalidade precedente”⁵⁶ por aqui entendemos que ao contrário do que ocorre com o critério da fonte independente, a doutrina da mácula dissipada contempla que a prova “limpa” seja posterior à prova “manchada”. No caso da mácula dissipada, como acontece na teoria da fonte independente, não se pode afirmar uma rigorosa independência entre a prova primária e secundária, existindo entre ambas uma relação causal, no entanto esta relação causal é considerada tão frágil que não podemos afirmar a sua autenticidade, considerando a prova secundária como autónoma em relação à prova proibida. Temos duas situações paradigmáticas, que são a situação onde através da “limpeza da nódoa”, pelos próprios agentes de direito penal, segundo os princípios de investigação e prossecução do processo penal com meios lícitos e alternativos de investigação, acabam por continuar a recolher a prova de modo autónomo, estabelecendo uma independência entre o método probatório primário e secundário. Outro caso, são as situações em que após a recolha de prova primária proibida, a prova sequencial é obtida através de atos livres e esclarecidos do arguido ou de terceiro, como por exemplo o depoimento de uma testemunha, que consistem numa “limpeza da nódoa”, e conseqüentemente da prova proibida. Temos esta ideia explanada no excerto do Acórdão n.º 198/2004 quando refere “A terceira limitação estabelecida pelo Supremo Tribunal norte-americano à doutrina dos «frutos de uma árvore venenosa», pode ser denominada, numa tradução algo livre, «mácula dissipada» (...). Nesta, admite-se que uma prova, não obstante derivada de outra prova ilegal, seja aceite, sempre que os meios de alcançar aquela apresentem uma forte autonomia relativamente a esta, em termos tais que produzam uma decisiva atenuação da ilegalidade precedente. Como se viu (...) o Juiz Frankfurter já falava em 1939 numa conexão tão atenuada com a prova proibida que

⁵⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional 198/2004, de 24 de março de 2004, processo nº39/04, relator: Moura Ramos

⁵⁶ Ac. do STJ, Processo n.º 07P4553, de 20/02/2008, Relator: Armindo Monteiro

«dissipava a mácula». O Supreme Court vem, desde então, ao longo de seis décadas, exprimindo esta ideia ao falar de meios de aquisição da prova derivada “suficientemente distintos” da prova ilegal que a tornam algo de tão longínquo que a «mácula» se dissipa. Foi o que se disse, em 1962, em *Wong Sun e al. v. United States* (...). Nesta decisão considerou-se 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*) (...). A este respeito constata-se mesmo a existência de um sentido uniforme nas decisões do Supremo Tribunal norte-americano, considerando que nos casos de prova derivada envolvendo atos de vontade (...) traduzidos, por exemplo, 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 (...)”⁵⁷.

Sobre estas duas teorias, seguimos a linha de pensamento de HELENA MORÃO, considerando-as verdadeiras restrições do efeito-à-distância, “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 judiciais 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.⁵⁸”, a excecionalidade da mácula dissipada também se apresenta nas situações em que estamos perante uma testemunha que presta um testemunho ou um arguido que presta uma confissão que não poderá ser validada por uma proibição de prova, no entanto, numa fase mais adiantada do processo, volta a realizar os mesmos atos de livre e espontânea

⁵⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional 198/2004, de 24 de março de 2004, processo nº39/04, relator: Moura Ramos

⁵⁸ MORÃO, Helena. (2006). *O efeito à distância das proibições de prova no direito processual penal português*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, pp.619 e 620.

vontade. Mesmo nestes casos, relativamente aos arguidos ou testemunhas, tem de haver uma *informação qualificada*, ambos têm de ser previamente informados que a prova não poderá ser contra eles valorada para ocorrer uma “limpeza da mácula”. Caso contrário, não sendo devidamente informados, entendemos que o efeito distância, vai englobar, ambas as próprias declarações destes sujeitos processuais. Opção defendida pelo TEDH e pela própria jurisprudência americana. Estas teorias até agora citadas, são genericamente admitidas entre nós.

Teoria da descoberta inevitável ou dos cursos hipotéticos de investigação ou do comportamento lícito alternativo

Esta doutrina consagra um limite ao efeito distância, tendo em conta que a prova secundária, poderá sempre ser valorada, quando num juízo hipotético, seja possível afirmar que quem está a investigar, conseguiria com toda a segurança, ou com grande probabilidade, obter o meio de prova secundário, através de um comportamento lícito alternativo, mesmo que não se utilizasse o meio de prova originário, ferido de nulidade. Entre os defensores desta teoria como limite do efeito distância temos autores como COSTA ANDRADE e PAULO SOUSA MENDES, ambos defendem que mesmo que fossem cumpridas todas as exigências legais dos métodos de obtenção de prova, o arguido não iria sair beneficiado. A violação de normas legais sobre os métodos proibidos, não iriam causar grande transtorno às expectativas do arguido. Segundo COSTA ANDRADE, seguidor do pensamento do autor alemão WOLTER, profere que *“a valoração da prova secundária será admissível sempre que entre ela e a violação originária não subsista um nexó 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”*. Esta doutrina *“representa a projeção no plano processual do instituto substantivo do comportamento lícito alternativo e da elevação do risco”*⁵⁹.

Apesar desta linha de pensamento, na doutrina e jurisprudência portuguesa não existe unanimidade em relação a esta teoria, autores como PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE e HELENA MORÃO recusam estas opiniões, afirmando o primeiro que *“a prova*

⁵⁹ ANDRADE, Manuel Costa in ob. Cit., p. 178

inicialmente proibida tem um efeito à distância destruidor da prova posterior, mesmo que esta pudesse vir a ser descoberta de outra forma lícita, resultando este efeito à distância da co-natural 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”⁶⁰ e a autora acrescenta ainda que “a relevância dos percursos hipotéticos de investigação traduz-se, em última análise, no incentivo ao recurso aos métodos proibidos de provas que frustra o sentido das proibições, o seu efeito dissuasor e a sua função de prevenção geral, uma vez que o uso de métodos ilícitos pode afinal trazer vantagem pelo menos em alguma medida”⁶¹.

Segundo o critério desta teoria, não será suficiente a “mera” possibilidade de os OPC conseguirem aceder à prova com outros meios de prova, para a concretização desta teoria, é imprescindível provar-se que a descoberta seria inevitável através de meios que seriam inevitavelmente utilizados.

“Por contraste, a doutrina da fonte independente – permitindo a admissão de prova descoberta por meios inteiramente independentes de qualquer violação constitucional – assenta no fundamento 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 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 da 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.”⁶²

Em síntese, contrapondo esta teoria com a teoria da fonte independente onde os meios lícitos de obtenção de prova foram realmente utilizados, na teoria dos cursos hipotéticos de

⁶⁰DE ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. (2011). *Comentário*, p. 339.

⁶¹MORÃO, Helena. (2006). *O efeito à distância das proibições de prova no direito processual penal português*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, p. 612

⁶² Acórdão do Tribunal Constitucional 198/2004, de 24 de março de 2004, processo nº39/04, relator: Moura Ramos

investigação, os meios lícitos são apenas hipotéticos, supondo que a prova seria obtida através de métodos lícitos que inevitavelmente seriam utilizados, ou que já estariam em curso. Como exemplo podemos referir a seguinte hipótese: através do recurso à tortura, o arguido que confessa o local onde enterrou o cadáver da vítima ou onde escondeu a arma do crime, mas independentemente do recurso à tortura, já estavam a ser realizadas escavações muito próximas do local onde o cadáver estaria, e seria encontrado. Admite-se, segundo esta teoria, neste caso concreto, uma valoração da prova (cadáver), porque independentemente do recurso ao método proibido, aquele meio de prova seria inevitavelmente obtido. Estamos perante uma fonte independente sem realização prática. “O segundo obstáculo ao funcionamento da doutrina da «árvore envenenada» tem lugar quando se demonstre que uma outra atividade investigatória, não levada a cabo, seguramente iria ocorrer na concreta situação, não fora a descoberta através da prova proibida, conducente inevitavelmente ao mesmo resultado, ou seja, quando, apesar da proibição, o resultado seria inexoravelmente alcançado”⁶³.

Estas são as três exceções aceites e inerentes à doutrina do fruto da árvore envenenado.

Ponderação Casuística de Interesses

Esta teoria, ao contrário das últimas teorias que temos vindo a referir, não nos dá uma conjuntura genérica de solução do problema do efeito-à-distância. Caracteriza-se por ser uma limitação ao instituto do efeito-à-distância na medida em que considera uma ponderação dos interesses conflitantes em causa no caso concreto. Entre nós LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS, e na doutrina alemã onde teve origem, autores como WOLTER, ERNST WALTER HANACK e KLAUS ROGALL, são defensores desta doutrina. Este último refere-nos “*que pertence às premissas desta doutrina que a ponderação terá de proceder em termos concretizadores e globalizantes. Saber se a uma violação processual deve ou não reagir-se com a proibição de valoração é uma questão que só comporta uma resposta normativa, fazendo, nomeadamente, relevar o interesse concreto na perseguição penal, a gravidade da violação legal bem como a dignidade de tutela e a carência da tutela do*

⁶³Ac. do STJ, Processo n.º 07P4553, de 20/02/2008, Relator: Armino Monteiro

interesse sacrificado''⁶⁴, neste sentido, podemos compreender que é admissível a valoração da prova derivada sempre que haja uma ponderação casuística dos interesses em conflito, e se mostrar que a busca da verdade material é o critério a valorar. Na minha opinião, a ponderação casuística de interesses põe ela mesmo em causa o princípio da confiança e da segurança jurídica, tendo a possibilidade de o cidadão, o arguido, vir a ser surpreendido pela atuação do Estado, relativamente a atos processuais, a decisões, ou com provas com as quais não esperaria em determinado processo. A aplicação desta teoria contenderia com a regra do art.º 29º, n.º 1, CRP, nomeadamente princípio da legalidade, pois tal admitiria a existência de uma lei indeterminada e incerta, dependente da opinião do legislador.

Por sua vez, esta é uma posição já assumida pela jurisprudência alemã, tendo como alicerce fundamental o tema das proibições de prova baseado na teoria da ponderação de interesses, constituindo já várias decisões do BGH, como também o seu Tribunal Federal, consagra a primazia da finalidade da realização da justiça e da descoberta da verdade material, sobre os DLG's em causa, que se encontram em segundo lugar nesta hierarquia. Consequentemente, não podemos concordar com esta corrente doutrinária alemã na medida em que a ponderação de interesses é realizada de forma quase totalmente arbitrária.

Não defendemos a ideia de que determinada situação merece determinado tratamento, mas em determinados casos específicos, como por exemplo situações de criminalidade organizada, pelos aspetos negativos que apresenta para a comunidade, poderíamos ser persuadidos a considerar os benefícios que a aplicação desta teoria, nos poderia trazer, isto claro, sempre com o respeito máximo, possível, pelos DLG's. No entanto não é esta a linha que vamos seguir, de facto, não precisamos de ponderação de interesses, mas sim de princípios gerais de solução. Ao abirmos esta exceção da ponderação de interesses relativamente aos casos de criminalidade mais grave, compreendemos que teríamos que comprimir ou afastar o efeito-à-distância, e como refere HELENA MORÃO, "*este tipo de orientações não deve, no entanto, ser acolhida, desde logo, pela imprevisibilidade das soluções que acarreta, máxime nas situações em que se encontram simultaneamente em conflito os valores da repressão da criminalidade grave e proteção dos direitos mais fundamentais contra fortes atentados processuais, amplificando substancialmente a insegurança jurídica neste matéria e contribuindo fortemente para a destruição da*

⁶⁴ Cfr. Rogall Apud ANDRADE, Manuel Costa, Ob. Cit. p. 100

importante função preventiva relativamente a práticas ilícitas, inerente ao instituto das proibições de prova”⁶⁵. Estando a tratar de matérias tão sensíveis, como são as proibições de prova e os efeitos à distância, não podemos acolher esta exceção da ponderação casuística de interesses pois acarreta uma grande incerteza e insegurança jurídica. A mesma autora não aceita também a solução casuística, *“pois o julgador cria soluções casuísticas baseadas em considerações de política criminal relativamente à criminalidade grave, porque, ao fazê-lo, não está a actuar no âmbito de uma competência jurisdicional, mas ao invés, ao abrigo de uma função política legislativa*”⁶⁶.

O Fim de Proteção da Norma

Na Alemanha, GRÜNWALD, entre nós MANUEL DA COSTA ANDRADE e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, defendem o critério do fim de proteção da norma, considerando estes autores, que é necessária uma análise do “momento nuclear do fim de proteção”. Devemos considerar em cada proibição, qual o fim que ela pretende proteger, e de seguida saber se para a proteção desse fim, as provas secundárias terão que ser também frustradas. Por outras palavras, esta tese encontra-se conectada com a negação do efeito-à-distância, particularmente nos casos do depoimento dos testemunhos de ouvir dizer. Como COSTA ANDRADE nos refere: *“Segundo Grünwald, tudo está em saber se: a produção ilegal de prova representa já, de per si, a frustração definitiva e irreversível do fim da proteção da norma que proíbe a prova; ou se, inversamente, é só a valoração da prova ilegalmente obtida que consuma ou, pelo menos aprofunda a lesão do interesse protegido. Na primeira hipótese não ocorrerá qualquer proibição de valoração; já na segunda a regra tenderá a ser a proibição de valoração.”;*” (...) *“Como primeiro momento de separação das águas considera o autor que o problema do efeito-à-distância só pode suscitar-se em relação a provas secundárias «a cujo rasto as autoridades da perseguição penal não teriam chegado sem a violação da lei».*” (...) *cabará, num segundo momento, indagar em que medida a exclusão daquelas provas é reclamada pelo fim de proteção da proibição de prova concretamente violada.”;*” (...) *não haverá efeito-à-distância em relação às proibições de*

⁶⁵ MORÃO, Helena. (2006). *O efeito à distância das proibições de prova no direito processual penal português*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, p. 602

⁶⁶ MORÃO, Helena. (2006). *O efeito à distância das proibições de prova no direito processual penal português*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, p. 603

prova acima de tudo ditadas pelo propósito de prevenir perigos para a descoberta da verdade. Como sucederá, por exemplo com a proibição das testemunhas-de-ouvi-dizer”⁶⁷. Também PAULO PINTO ALBUQUERQUE se refere a esta exceção definindo-a como um “limite intrínseco” do efeito-à-distância, excluindo-o “quando o fim de protecção da norma processual penal que prescreve a proibição de prova se possa conciliar com a utilização processual das provas mediatamente conseguidas por intermédio da prova proibida”⁶⁸. Em síntese, a linha de raciocínio destes autores, consiste no facto, de que, a possibilidade de valoração da prova inquinada e a exclusão do efeito-à-distância, está dependente de perceber se a norma de proibição é ou não posta em causa com a valoração daquela prova.

O Efeito-à-Distância e as suas exceções em Portugal: A perspetiva dos nossos Tribunais

No acórdão do Tribunal Constitucional 198/2004, de março de 2004⁶⁹, foi reconhecido o efeito-à-distância. Nesta decisão, os juízes do Tribunal Constitucional, acolheram o denominado efeito à-distância, embora através de certas limitações. Toda a jurisprudência do STJ, que vamos referir, adotou incondicionalmente a perspetiva do acórdão 198/2004 de março de 2004, na medida que este serviu de base e referência, formando doutrina para a resolução da problemática da aceitação do efeito-à-distância e da circunscrição dos seus limites.

Relativamente a este aresto, o Tribunal Constitucional, através de uma perspetiva histórica e de Direito Comparado, e através de remissões ao surgimento do efeito-à-distância nos E.U.A, decide-se pela sua aceitação, não se podendo caracterizar como absoluta, porque compreende certas limitações, mas que marcou a aplicação prática dos Tribunais ordinários em relação a este instituto.

No mesmo entendimento, o acórdão do STJ de 7 de junho de 2006, declarou 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*

⁶⁷ Grünwald apud ANDRADE, Manuel Costa, Ob. Cit. pp. 103 e 177

⁶⁸ DE ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, Ob. Cit. *Comentário do Código de Processo Penal*, pp. 322 e 323

⁶⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional 198/2004, de 24 de março de 2004, processo n.º 39/04, relator: Moura Ramos

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”, acrescentando 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”;” (...) *A doutrina do fruit of poisonous tree nunca teve, mesmo no sistema que a formulou, um «efeito-dominó» que arraste todas as provas em quaisquer circunstâncias.*”⁷⁰, a exceção em causa seria a teoria da fonte independente, justificada pela falta de nexo de juridicidade, e da conclusão do Tribunal que chegou à mesma conclusão pelo recurso a outros meios probatório (confissões e buscas) lícitas, não havendo nenhuma relação entre elas e neste caso as escutas ilegais;

Por conseguinte, também o acórdão do STJ, 12 de março de 2009, nos refere que: *“o efeito à distância da prova proibida nunca poderá alcançar uma abrangência que congrege 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”;*” (...) *Nada obsta a que as provas mediatas possam ser valoradas quando provenham de um processo de conhecimento independente e efetivo, uma vez que não há nestas situações qualquer relação de causalidade entre o comportamento ilícito inicial e a prova mediatamente obtida. Pode afirmar-se que o efeito metastizante da violação das regras de proibição de prova apenas tem razão de ser em relação à prova que se situa numa relação de conexão de ilicitude.”;* *“(…)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; (...)O mesmo se dirá em relação à prova produzida através de uma prova ilícita pela sua proibição quando for imperativa a conclusão de que o mesmo resultado probatório seria sempre atingido por outro meio de obtenção de prova licitamente*

⁷⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de junho de 2006, processo 06P650, relator: Henrique Gaspar

conformado.”⁷¹, aludindo à exceção da descoberta inevitável ou dos cursos hipotéticos de investigação;

Também o Acórdão do STJ de 16 de abril de 2009: *“doutrina dos ‘frutos da árvore venenosa’ não teve nunca entre nós o ‘efeito dominó’ de inquinare 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 nexo de dependência não só cronológica, como lógica e valorativa, entre a prova inquinada e a que se lhe seguiu”*⁷², neste caso o tribunal refere, mas sem demonstrar como, que as apreensões e exames realizados, foram meios probatórios obtidos autonomamente, sem conexão com as a prova primária proibida que também foram as escutas ilegais.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 2008, *“de qualquer modo será justamente no âmbito dos efeitos à distância dos métodos proibidos de prova que se poderá dar consistência prática à distinção entre métodos previsto no n.º 1 do artigo 126.º e [como no caso] os previstos no n.º 3, pois que, enquanto os meios radicalmente proibidos de obtenção de provas inutilizará – expansivamente - as provas por eles directa e indirectamente obtidas, já deverá ser mais limitado - em função dos interesses conflitantes - o efeito à distância da inutilização das provas imediatamente obtidas através dos demais meios de obtenção de prova (ofensivos não do valor absoluto da dignidade do homem, mas de interesses individuais não directamente contententes com a garantia da dignidade da pessoa, como a intromissão sem consentimento do respectivo titular na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações)”*⁷³, e também o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Maio de 2004 *“Pois que a optimização dos interesses em conflito (aqueles, por um lado, e os de um eficaz funcionamento do sistema de justiça penal, por outro) poderá demandar – ante a (estrita) necessidade de protecção proporcionada dos últimos (também eles juridicamente protegidos por essenciais à vida comunitária) – a conjugação (ou concordância prática) de ambos em termos de criação e conservação de uma ordem na qual uns e outros ganhem realidade e consistência”*⁷⁴, se

⁷¹ Acórdão Supremo Tribunal de Justiça 12 de março de 2009, processo 09P0395. relator: Santos Cabral

⁷² Acórdão Supremo Tribunal de Justiça 16 de abril de 2009, processo 4805/2007, relator: Carmona da Mota

⁷³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de janeiro de 2008, processo 06P4805, relator: Carmona da Mota

⁷⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de maio de 2004, processo 04P774, relator: Pereira Madeira

reportam à teoria da ponderação casuística dos interesses em conflito;

Da análise destes acórdãos⁷⁵, e das citações transcritas, podemos afirmar que do ponto de vista dogmático, a nossa jurisprudência, aceita o efeito-à-distância, mas raramente o aplica. No entanto, tal como a jurisprudência americana, impõe-lhe vários limites. Não podemos negar também, a influência em relação a esta doutrina por parte da doutrina alemã.

Esta delimitação do mecanismo do efeito-à-distância, compreende uma diferenciação entre o regime das nulidades absolutas presentes no n.º 1 e n.º 2 do artigo 126º CPP, com as nulidades relativas do seu n.º 3. No entendimento do STJ, apenas as nulidades do n.º 1 do artigo 126º CPP, são tratadas como verdadeiros métodos proibidos de prova, e apenas a estas seria aplicado o efeito-à-distância. Este entendimento, tem como base o facto, de que estas nulidades do n.º 1, como já foi referido supra, ao conflituarem diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, como os restantes Direitos Fundamentais, não poderão ser valoradas, pois o que está em questão, são valores absolutos e indisponíveis do Homem, os quais não admitem nenhuma sobreposição. Por contrapartida, no que se refere às nulidades do art.º 126º, n.º 3, CPP, o entendimento é bastante diverso, e aqui, segundo o STJ, quando estes interesses não colidirem de forma direta com os Direitos Fundamentais, já se considera a hipótese de se sacrificar estes interesses protegidos pela norma em função de outros (descoberta da verdade material, realização da justiça), isto claro, sempre com o respeito pelos princípios da igualdade e da necessidade.

O acórdão 198/2004, de março de 2004, consagrou expressamente a doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada, assim como a sua própria delimitação. Neste acórdão estava em questão, o recurso de um arguido da decisão do STJ, da qual foi condenado pela prática do crime de estupefacientes, tendo servido como base da sua condenação, o recurso a escutas telefónicas feridas de nulidades. Este acórdão começou por fazer uma referência histórica dos efeitos à distância e das suas “regras de exclusão”, segundo as quais, a prova obtida pela acusação através da violação dos direitos constitucionais do arguido, não pode ser usada nem valorada contra ele, rejeitou expressamente o efeito-dominó, no entanto, acabou por consagrar várias das suas exceções mediante uma mitigação do próprio efeito-à-distância:

- *“não é proibido o que resulta da mera constatação da realidade emergente – assim se das*

⁷⁵ Todos estes acórdãos podem ser consultados em www.dgsi.pt

escutas resulta a identificação dos arguidos o «efeito-à-distância» não impede a aquisição dessa identificação, se os identificados se apresentarem como tal; isto é, não pode ser o arguido directamente identificado através da produção ilegítima de prova ou de prova ilegitimamente produzida, porém se a identificação do arguido foi possível, também por actos investigatórios legítimos (depoimentos, buscas, interrogatórios...) mesmo que encontrados depois das escutas não é ilegítima a aquisição deste dado; do mesmo modo quanto a outros factos”;

- “o «efeito-à-distância» não faz comunicar a invalidade aos dados conclusivos - como sejam para a fixação do nexo de causalidade, para a imputação objectiva, para os processos hipotéticos de investigação, para a obtenção de provas mediatas (a normal alegação de que sem a violação da lei, a polícia não teria descoberto as testemunhas, implica a demonstração)”;

- “o «efeito-à-distância» não contamina a prova “coisificada” persistente – como sejam os objectos do crime encontrados (o automóvel, a droga), o acto de apreensão da droga fica contaminado, mas a existência da droga não pode ser ignorada”;

- “o «efeito-à-distância» não atinge a confissão livre do arguido - assim, se a confissão não resulta directamente das escutas, não pode deixar de ser valorada a confissão do arguido em audiência, porque liberta de toda a pressão psicológica”.

Neste sentido, o acórdão do TC de 198/2004, restringiu erroneamente o efeito-à-distância. Sendo considerado como principal base doutrinária para toda a jurisprudência portuguesa, a forma como delimitou a aceitação dos efeitos à distância não foi na nossa perspectiva, a forma mais indicada de o fazer. Apesar de fazer referência às *exclusionary rules*, este acórdão foi fundamental para a expressão das ideias provenientes quer da doutrina norte americana como a teoria da *fonte independente*, admitindo a valoração de provas obtidas por fonte independente, de forma autónoma e lícita; também se mostrou essencial na consagração da tese da *mácula dissipada*, onde abordou a situação da confissão existente, considerando-a como autónoma em relação à prova proibida e admitindo a sua valoração, “*Está em causa na situação que nos ocupa o aproveitamento da prova traduzida em confissão, ou num sentido mais amplo em 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 acto de vontade – de uma decisão de agir de*

determinada forma – de quem é advertido (trata-se de prova produzida na audiência de julgamento) do sentido das declarações que eventualmente venha a prestar ((v. artigo 343º n.º1 do CPP) e, que, enfim, se encontra assistido por advogado. (...) não pode deixar de se sublinhar que o recorrente havia contestado, desde o debate instrutório, a legalidade das escutas telefónicas, que os seus argumentos foram a esse respeito aceites pelo Tribunal de julgamento, e que, por isso, não tem qualquer sentido a afirmação constante das suas alegações, de que a confissão, dele recorrente e co-arguido 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”. Trata-se, obviamente, de um absurdo, quando, sublinha-se de novo, era o próprio recorrente que desde muito antes defendia veementemente a ilegalidade dessas escutas.”⁷⁶, neste sentido, em conformidade com este entendimento que o TC realizou, todas as situações de confissões de um arguido, passaram a ser consideradas provas independentes por serem atos livres de vontade, que não tinham tido origem nem nexos causais com provas proibidas. A condenação do arguido, neste caso concreto, baseou-se nas suas declarações, não especificando nem aplicando, o tribunal, as condições indicadas para a verificação do verdadeiro sentido de confissão de livre vontade e esclarecimento. Aquando da confissão do crime por parte dos arguidos, estes não detinham, como referimos supra, das tais “informações qualificadas”, ambos teriam de ter sido previamente informados de que a prova não poderia ser contra eles valorada para ocorrer uma “limpeza da mácula”. Caso contrário, não sendo devidamente informados, entendemos que o efeito-à-distância, deveria ter englobado ambas as próprias declarações destes sujeitos processuais, o que não acabou por acontecer, tendo resultado na sua valoração e posterior condenação. Seguimos a orientação crítica de HELENA MORÃO relativamente a este acórdão quando nos refere que “Se os arguidos impugnaram a legalidade das escutas telefónicas desde a fase da instrução e o tribunal de julgamento não lhes deu razão antes da prestação de declarações autoincriminatórias, é razoável concluir que só as prestaram porque terem achado que não traziam nada de novo ao material probatório que já constava do processo: gravações, flagrante delito e apreensão de estupefaciente”⁷⁷.

⁷⁶ Ac. do Tribunal Constitucional 198/2004, de 24 de março de 2004, processo n.º39/04, relator: Moura Ramos

⁷⁷ MORÃO, Helena. *Efeito-à-distância das proibições de prova e declarações confessórias – o acórdão n.º198/2004 do Tribunal Constitucional e o argumento “the cat is out of the bag”*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 22, outubro-dezembro 2012, p. 723

Concluindo, apesar de todas as críticas, podemos considerar o Acórdão n.º 198/2004 como o acórdão primordial no que diz respeito a esta matéria do efeito-à-distância e à exceção da mácula dissipada. A jurisprudência portuguesa, como referido, ao aceitar o efeito-à-distância, mas não o aplicar, revela-nos que dá primazia à descoberta da verdade material sobre a tutela dos Direitos Fundamentais consagrados na CRP e sobre a verdadeira realização da justiça.

Como pudemos verificar, muitos destes acórdãos tratam de crimes de tráfico de estupefacientes, recaindo sobre eles, uma perseguição penal muito mais intensa comparativamente com outro tipo de delitos. Isto deve-se ao facto de serem crimes que afetam ou destroem grande parte da sociedade, o que faz com que por vezes, a justiça ignore ou relativize certos princípios ou institutos legais que pretendem garantir todos os direitos de defesa dos arguidos. Podemos afirmar que, mesmo que os tribunais não apliquem nenhuma das exceções da Teoria Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada, têm sempre a possibilidade do recurso aos institutos da ponderação dos interesses que estão em conflito, decidindo-se na maior parte das vezes, pela persecução da máxima eficácia penal.

CAPÍTULO V - CONCLUSÃO

O CPP português consagra um amplo catálogo de meios probatórios e de obtenção de prova admissíveis. Todavia, existem contextos em que, para provar determinado facto, não nos podemos restringir a este catálogo previsto legalmente e temos que recorrer a provas que, como nos refere o art.º 125º CPP, apesar de não estarem previstas, também não são proibidas – referimos-mos aqui às provas atípicas. A admissibilidade do recurso a estes meios atípicos de prova em processo penal está limitada, no nosso entendimento, pela circunstância de que as autoridades judiciárias só podem socorrer-se das provas atípicas, na ausência de um meio idóneo, ou probatório típico, que lhes permita obter o mesmo resultado, de outra forma estaríamos a violar e desrespeitar a garantia dos direitos de defesa do arguido e a pôr em causa todo o processo penal.

Como temos vindo a referir desde o começo da nossa dissertação, o instituto das proibições de prova, apresenta-se indubitavelmente como um instrumento constitucional de tutela dos Direitos Fundamentais dos cidadãos e de garantia constitucional no processo penal. Ao considerarmos o instituto das proibições de prova como garantias de defesa, é ele também irremediavelmente um limite à descoberta da verdade material.

Por conseguinte, acolhemos a autonomia que o legislador concede a este instituto das proibições de prova relativamente ao regime das nulidades gerais, mas também entendemos, do meu ponto de vista, que o resultado quer da prova original, quer da prova derivada, feridas pela mínima ilicitude, terão que se rejeitar, não podendo ser utilizadas, ou valoradas. A consagração das normas constitucionais previstas como referimos supra para este tema, revela-nos que qualquer sujeito, possa lançar, ou tenha a possibilidade de lançar mão destes direitos liberdades e garantias para se proteger dos ataques que contra ele possam surgir, tendo claro, estes ataques, surgido por meios ilícitos. Através da tutela dos Direitos Fundamentais, as proibições de prova surgem como um recurso disponível, de maneira a garantir a máxima eficácia das garantias de defesa do processo criminal. Podemos acrescentar que através de uma conjugação, entre o artigo 32º, n.º 1 e n.º 2 da CRP e art.º 126º CPP, asseguramos o núcleo essencial do processo penal de um Estado de Direito Democrático. Admitimos também que este instituto terá as suas falhas, ou as suas deficiências de aplicação, e sabendo da ambiguidade de todo o processo, não podemos refutar que existe uma grande margem de erro, como também, uma grande margem de melhoria na sua aplicação.

A sua função reguladora, depende para a sua concretização, da execução de novos mecanismos derivados do regime das proibições de prova como é o caso do efeito-à-distância. Em relação ao efeito-à-distância, defendemos a sua imposição. Rejeitamos categoricamente a aplicação dos seus limites criados pela doutrina norte americana, como a teoria da fonte independente, da mácula dissipada, ou dos cursos hipotéticos de investigação, pois claro, estaríamos a ludibriar e a desrespeitar as proibições de prova. Para garantir a eficácia do artigo 32º, n.º 8 da CRP, é estritamente necessário incluir e controlar o efeito remoto das suas proibições. Este último, apesar de não ter nenhuma norma constitucional que o preveja, o que não concordo, deveria existir no catálogo normativo da CRP, normas que previssem estas situações, pois também ele se rege pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Em relação à tese da ponderação casuística de interesses em conflito, também rejeitamos a sua admissão como restrição do efeito-à-distância, na medida em que não corresponde à verdadeira finalidade do efeito-à-distância, que é o controlo dos meios utilizados para a obtenção da verdade material, e o que a ponderação casuística dos interesses compreende, é uma restrição ou compressão dos próprios Direitos Fundamentais do arguido, como meio para a descoberta da verdade material.

Por último e em relação à doutrina do fim da proteção da norma, seria a mais compreensível de aceitar, tanto a doutrina como a jurisprudência, compreendem a sua aplicação quando estejam preenchidos certos requisitos, no entanto, compreendemos que a força desta teoria se restringe apenas a situações específicas como é o caso do depoimento indireto, e que apesar da sua correta estruturação dogmática, a sua aplicação prática, é na nossa opinião bastante limitada.

Não podemos negar o papel do Estado, como entidade à qual compete a função de investigação criminal, descobrir os crimes, punir os agentes que o praticaram, como também lhe está adstrita a obrigação de proteção dos Direitos, Liberdades e Garantias dos cidadãos. Esta será a sua função primordial, sendo o Estado o promotor da Justiça penal, deve afirmar a sua superioridade ética, de administrador da justiça, tendo em conta que as finalidades da descoberta da verdade material, da realização da justiça, não podem ser executadas através de quaisquer meios, nem de todas as formas que se comprovem eficazes na perseguição criminal.

Na nossa doutrina, a conformação do pensamento de que em busca da verdade, da realização da Justiça, nenhuma prova deveria ser proibida, independente da legalidade da sua obtenção, compreende cada vez menos defensores. Contudo, resíduos mínimos deste pensamento, fundamentados por uma maior eficácia da perseguição penal, têm vindo a que estejam a ser consideradas legítimas algumas doutrinas referenciadas supra, que justificam a aceitação da validade e utilização de provas proibidas. Em relação a estas teorias restritivas ou limitadoras do instituto do efeito-à-distância, não consideramos, como referido, a sua aplicação, devido ao facto de que o objetivo deste instituto não é a descoberta da verdade, mas sim os meios utilizados para a atingir. Não podemos dar primazia à atividade acusatória sobre a defesa do arguido.

Porém, acreditamos que o sistema, quer constitucional, quer penal, com todas as suas

deficiências e valências, instrui as pessoas à prática de uma conduta correspondente com o Direito, como pelo respeito pelos seus Direitos Fundamentais, principalmente pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. (2021) “*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, 4ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora.

ANDRADE, Manuel da Costa. (2006) “*Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*”, Coimbra Editora, Reimpressão.

ANTUNES, Maria João. (2019) “*Direito Processual Penal*”, 2ª Edição, Almedina.

BELEZA, Teresa Pizarro. (1993) “*Apontamentos de Direito Processual Penal*” – Vol. II, AAFDL;

BELEZA, Teresa Pizarro e PINTO, Frederico da Costa. (2017) “*Prova Criminal e Direito de Defesa: Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*”, Coimbra, Almedina.

CASTRILLO, de Urbano e MORATO, Miguel Ángel Torres. (2012). “*La Prueba Ilícita Penal : Estudio Jurisprudencial*”, 6.ª Ed., Editora Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona;

CONCEIÇÃO, Ana Raquel. (2009). “*Escutas telefónicas-Regime Processual Penal*”, Quid Juris;

CORREIA, João Conde. (1999) “*Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*”, Coimbra Editora.

_____ (2006) “*A distinção entre a prova proibida por violação de direitos fundamentais e a prova nula, numa perspetiva essencialmente jurisprudencial*”, Revista do CEJ, n.º 4 (n.º especial), 1.º semestre;

DIAS, Figueiredo. (1981) “*Direito Processual Penal*”

_____ (1988-89) “*Direito Processual Penal*”

_____ (2004) “*Direito Processual Penal*”

_____ (1983). “*Para uma reforma global do processo penal português. Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais*”, in Para uma nova Justiça Penal,

Coimbra.

FERNANDES, Fernando. (2001) *“O Processo Penal como instrumento da Política Criminal”*, Coimbra, Almedina.

JESUS, Marcolino de. (2011) *“Os meios de obtenção de prova em Processo Penal”*, Almedina;

MESQUITA, Paulo Dá. (2011) *“A Prova do Crime”*

MORÃO, Helena. (2006). *“O efeito à distância das proibições de prova no direito processual penal português”*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra;

_____ *“Efeito-à-distância das proibições de prova e declarações confessórias”* – o acórdão nº198/2004 do Tribunal Constitucional e o argumento “the cat is out of the bag”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22, outubro-dezembro 2012;

PRAIA, João de Matos Cruz. (2019). *“Proibições de prova em processo penal: algumas particularidades no âmbito da prova por reconhecimento e da reconstituição do facto”*, *Revista JULGAR Online*, dezembro 2019;

RODRIGUES, Cláudio Lima. *“Das Proibições de Prova no âmbito do Direito Processual Penal: escutas telefónicas e da valoração da prova proibida pro reo”*, *Verbo Jurídico*;

SILVA, Germano Marques da. (2010) *“Curso I”*;

_____ (2011) *“Curso II”* – Vol. II;

_____ (2001) *“Ética polícia e Sociedade Democrática”*, Ed. ISCPSI;

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Processo n.º 368/19.5GCVFR.P1 de 16/03/2022, relator: Maria Joana Grácio

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Processo n.º 7352/14.3TDLSB.L1-9, de 8/10/2020, relator: Abrunhosa de Carvalho

Acórdão do Tribunal Constitucional 198/2004, de 24 de março de 2004, processo nº39/04, relator: Moura Ramos

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 07P4553, de 20/02/2008, Relator: Armindo Monteiro

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de junho de 2006, processo 06P650, relator: Henrique Gaspar

Acórdão Supremo Tribunal de Justiça 12 de março de 2009, processo 09P0395. relator: Santos Cabral

Acórdão Supremo Tribunal de Justiça 16 de abril de 2009, processo 4805/2007, relator: Carmona da Mota

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de janeiro de 2008, processo 06P4805, relator: Carmona da Mota

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de maio de 2004, processo 04P774, relator: Pereira Madeira

Sentença nº 81/1998 *Jurisprudencia Constitucional*, Tomo