

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de  
Lisboa

# **Os Limites do Efeito-à-Distância nas Proibições de Prova no Processo Penal Português**

---

**Mestrado de Investigação**

António Manuel de Jesus Teixeira

31 de Outubro de 2013

Orientado pelo Professor Doutor Paulo Dá Mesquita



## Índice

### Siglas e Abreviaturas

### Introdução

## Título I

<b>1. § – Dogmática das Proibições de Prova .....</b>	<b>9</b>
<b>Uma abordagem à essência das proibições de prova</b>	
1. Natureza Jurídica das proibições de prova.....	9
1.1 Enquadramento jurídico .....	12
1.2 Proibições de prova e regras de produção de prova .....	15
1.3 Tipos de proibições de prova .....	17
1.4 Delimitação jurídico-conceptual das proibições de prova e as nulidade .....	18
1.4.1 Consequências da Autonomia Técnica das Proibições de Prova ...	22
<b>2. § A Estrutura interna das Proibições de Prova – As teorias das proibições de prova .....</b>	<b>31</b>
2.1 A teoria da esfera jurídica .....	32
2.2 A teoria dos três graus ou das três esferas .....	33
2.3 A teoria da ponderação .....	36
2.4 A teoria da gravidade .....	38
2.5 A teoria do fim da proteção da norma .....	39
2.6 Processos hipotéticos de investigação .....	40
2.7 A teoria da dupla função dos actos processuais .....	42
2.8 A Teoria da dupla função dos atos processuais .....	44
<b>3. § Análise sumária dos diferentes momentos da Dogmática Alemã das Proibições de Prova .....</b>	<b>45</b>
<b>4. § Síntese da Dogmática das Proibições de Prova .....</b>	<b>48</b>
<b>5. § Uma nova Abordagem ao Instituto das Proibições de Prova – O Direito à Autodeterminação Informativa .....</b>	<b>50</b>
5.1 A tese do direito ao domínio da informação .....	52
5.2 Breve súmula do novo paradigma das Proibições de Prova .....	57
5.3 Doutrina nacional .....	59
<b>6. § Breve conclusão .....</b>	<b>61</b>

## Título II

<b>7. § – O efeito-à-distância das provas proibidas .....</b>	<b>63</b>
7.1 Fundamento normativo-constitucional .....	64

7.2 Destrinça de conhecimentos fortuitos e o efeito-à-distância .....	71
7.3 Teorias e pressupostos do efeito-à-distância .....	76
7.3.1 Posições norteadas para o caso concreto .....	76
7.3.2 Posições ensaiadas nas doutrinas da imputação objetiva originárias do Direito Penal Substantivo .....	79
7.3.2.1 A esfera de protecção da norma como orientação exegética .....	81
7.3.2.2 Posições baseadas nos percursos hipotéticos de investigação .....	84
7.4 Posição adoptada .....	91
<b>8. § – Os limites do efeito-à-distância .....</b>	<b>95</b>
8.1 <i>Independent source doctrine</i> [Fonte independente].....	95
8.2 <i>Inevitable discovery limitation</i> [Descoberta inevitável] .....	102
8.3 <i>Purged taint limitation</i> [Nódoa (ou mácula) dissipada] .....	106
<b>Considerações finais e conclusivas .....</b>	<b>115</b>
<b>Bibliografia .....</b>	<b>119</b>

## **Siglas e Abreviaturas**

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Ac. – Acórdão

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

Ob. Cit – obra citada

p. – página

PGR – Procurador-Geral de República

TC – Tribunal Constitucional

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRP – Tribunal da Relação do Porto

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

STJ – Supremo Tribunal de Justiça



## Introdução

O presente estudo visa, num primeiro momento, delimitar e enquadrar os diversos aspetos dogmáticos entre as proibições de prova e o regime das nulidades, e num segundo momento, após essa distinção serão analisadas as consequências jurídico-processuais que daí se possam retirar.

Após essa decomposição, procederemos à análise do regime próprio das proibições de prova, quais as finalidades que lhe estão subjacentes e, logo de seguida, encontrar qual o efeito jurídico que está subjacente à violação de uma norma protegida pelo instituto das proibições de prova. Esta abordagem levar-nos-á ao mecanismo jurídico-constitucional do efeito-à-distância, que permite afastar os meios de prova derivados, ou melhor, permite afastar os meios de prova que foram alcançados com a violação de uma norma jurídico-constitucional e foram fulminados com o vício da proibição de prova.

Finalmente, em último plano, iremos abordar se aquele tele-efeito comporta algum efeito-dominó, e em caso afirmativo, se a nossa Constituição admite ou não alguma restrição a esse mesmo efeito. No que toca a este último aspeto iremos ter em linha de conta as posições sufragadas pelos tribunais norte-americanos e bem como a posição assumida pela nossa jurisprudência.

Em face dessa investigação, pretendemos encontrar uma nova via que permita aplicar, sem restrições, o *efeito-remoto*, e com base nessa análise, afastar as exceções que se levantam a este entendimento, designadamente a fonte independente, descoberta inevitável e nódoa (ou mácula) dissipada.



# Título I

## § 1. Dogmática das Proibições de Prova

### Uma abordagem à essência das proibições de prova

#### 1. Natureza jurídica das proibições de prova

Numa primeira abordagem à dogmática das proibições de prova iremos referir qual o núcleo essencial que lhe está subjacente, sem prejuízo de ulteriores referências às teorias desenvolvidas por diversos autores de modo a podermos compreendê-la.

As proibições de prova surgem através do labor jurisprudencial norte-americano e da doutrina alemã, com uma estrutura comum, de um lado a proteção de violação dos direitos fundamentais, e por outro lado numa verdadeira limitação à descoberta da verdade material.<sup>1</sup>

Estes são os dois vetores propulsores das proibições de prova, mas que apesar de tudo existe, por força das diferentes concepções político-criminais, clivagens entre aqueles ordenamentos jurídicos.

Como destaca PAULO DÁ MESQUITA, "as proibições de prova (convidam) ao olhar comparativo entre o paradigma norte-americano e o germânico, ressaltando como ponto matricial da diferença metodológica a ênfase conferida no primeiro à dimensão processual como sede de proclamação e de tutela, enquanto no segundo se verifica o primado da vertente substantiva"<sup>2</sup>

Assim e no advento dos mais diversos estudos, decisões e monografias de norte-americanos e germânicos no âmbito desta temática, a nossa Constituição da República

---

<sup>1</sup> Paulo Dá Mesquita, in "A prova do Crime e o que se disse antes do julgamento, estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano", 2011, Coimbra Editora, p.209 e 218, dá-nos conta de que nos Estados Unidos da América, as proibições de prova surgem através de um famoso acórdão (*Mapp v. Ohio* de 1961. "Nesta decisão firmou-se que as proibições de prova decorrentes de actos violadores dos direitos fundamentais à privacidade consagrados pela Constituição (...) e as proibições de prova constitucionais constituem remédio para práticas incompatíveis com valores tutelados, em especial pelos Quarto, Quinto, Sexto e Décimo Quarto Aditamentos (...)

O mesmo autor, refere mais à frente, p. 226 que "Numa primeira fase da jurisprudência do *Supreme Court*, cujo marco inicial é constituído pelo acórdão *Boyd v. United States*, de 1886, a proibição de prova sustentou-se numa ideia, ainda que insuficientemente explicitada, de fusão ou combinação da protecção da privacidade e da autoincriminação." Adiante, p. 270 "A consagração das proibições de prova constitucionais, contudo, relaciona-se com uma linha marcante desenvolvida pela jurisprudência do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, em que se extrai da Constituição, para além do fim central de regulação da descoberta da verdade no respeito de direitos fundamentais, um novo patamar de afastamento da prova por força da violação de imperativos constitucionais na sua obtenção."

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 275

não lhes ficou indiferente e por isso foram consagradas as proibições de provas obtidas mediante “ (...) abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações” (artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa). O estudo do Direito Comparado foi, de facto, marcante para a conceção atual das proibições de prova no nosso ordenamento jurídico.

No direito português “consagração das proibições de prova constitucionais, contudo, relacionam-se com uma linha marcante desenvolvida pela jurisprudência do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, em que se extrai da Constituição, para além do fim central de regulação da descoberta da verdade no respeito de direitos fundamentais, um novo patamar de afastamento da prova por força da violação de imperativos constitucionais na sua obtenção”<sup>3</sup>. Por outras palavras “o próprio pensamento filosófico mais recente veio mostrar que toda a verdade autêntica passa pela liberdade da pessoa, pelo que a sua obtenção à custa da dignidade do homem é impensável. E é bom que isto se acentue, para que se não ceda à tentação de santificar a violação de proibições de prova em atenção ao fim da descoberta de uma (pretensa) verdade material”<sup>4</sup>

A nossa lei fundamental no âmbito da “Constituição Criminal” impõe verdadeiros limites à descoberta da verdade material impostos pela dignidade humana (art. 1º) ancoradas nos artigos citados: “nos princípios fundamentais do Estado de direito democrático (art. 2.º), não podendo, portanto, valer-se de actos que ofendam direitos fundamentais básicos. Daí as nulidades das provas obtidas sob tortura ou coação (...), obtidas com ofensa da integridade pessoal, da reserva da intimidade da vida privada, da inviolabilidade do domicílio e da correspondência ou das telecomunicações, não podendo tais elementos ser valorizados no processo.”<sup>5</sup>

Daqui resulta que as proibições de prova foram consagradas no nosso diploma fundamental, no sentido de impor uma verdadeira limitação operativa na busca e obtenção de meios de prova pelas instâncias formais de controlo, de modo a proteger os mais elementares direitos fundamentais da ordem jurídica.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Paulo Dá Mesquita, *Ob.Cit.*, p.270

<sup>4</sup> Jorge de Figueiredo Dias, *in* Direito Processual Penal, 1ª Edição. 1974, Reimpressão, Coimbra Editora., p.194

<sup>5</sup> J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *in* Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora,p.542.

<sup>6</sup> Podemos ver, igualmente neste sentido, Jacobo López Barja de Quiroga, *in* “Tratado de Derecho Procesal Penal”, 4ª Edición, Aranzadi – Thomson Reuters, p. 859 “ *El proceso penal nuestro Estado Social y Democrático de derecho, que se funda en los principios en la Constitución, tiene necesariamente que llevar consigo la interdicción de la ilicitude. Un procesi com todas las garantías – el derecho al proceso debido – exige que nos se permita la violación de lo dispuesto en las normas que*

Estão assim consagradas as proibições de prova no nosso diploma fundamental, no sentido de acautelar, por um lado os direitos fundamentais, e por outro lado, imporem verdadeiros limites à descoberta da verdade material.<sup>7</sup> Por outras palavras, a verdade material é aquela que seja considerada a verdade lícitamente adquirida, “ou seja, admite-se que a verdade material do processo seja distinta da realidade passada dos eventos do mundo exterior supostamente reconstruídos pelo processo, a verdade material obtida há-de, no entanto, corresponder a uma verdade processualmente válida”<sup>8</sup>

A vertente protetiva dos direitos fundamentais foi incorporada pela Constituição de 1976, através da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Em consequência o “enfoque na dignidade humana que pode ser um primeiro vector de identificação de base quanto a sistemas sustentados politicamente na liberdade, tendo sido um tópico central no direito constitucional pós segunda guerra mundial, conformador do núcleo central das provas proibidas que não podem ser utilizadas em Portugal”<sup>9</sup>

Creemos que, na esteira de CONSO<sup>10</sup>, as normas que disciplinam a prova são normas de garantia do acusado, e assim, todas elas vão dirigidas a assegurar a garantia de defesa do acusado. Daí que as proibições de prova sejam um mecanismo de proteção dos direitos fundamentais, e em consequência de garantia constitucional a favor do arguido<sup>11</sup>.(Cfr. artigo 32.º, n.º 1 da CRP).

Pelo exposto, e nesta primeira aproximação às proibições de prova, podemos afirmar que elas foram concebidas para proteger direitos fundamentais dos cidadãos, de um lado, e imporem verdadeiros limites à descoberta da verdade material, por outro lado.<sup>12</sup>

---

*conforman tales garantias, y en definitiva, deve considerarse absolutamente prohibida la vulneración de tales normas”*

<sup>7</sup> Neste último ponto, Paulo Dá Mesquita, *Ob.Cit.*, p. 264, refere que “ a reconstrução da verdade material do evento histórico pode ser condicionada por outros valores, a verdade processual pode, por boas razões no plano político, ser construída por meios que confinam o acesso à verdade material, as proibições de prova.”

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 266

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 268

<sup>10</sup> Conso *Apud*, Jacobo López Barja de Quiroga, *Ob.Cit.* p.860

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 861, “(...) las normas relativas a la prueba son normas de garantía, com todo lo que ello encierra, y por outra parte, que la prueba da de encontrarse desarrollada en preceptos legales”

<sup>12</sup> Igualmente neste sentido, Luís Bértolo Rosa, *in* Consequências Processuais das Proibições de Prova, Revista de Ciência Criminal, Ano 20, n.º 2, Abril-Junho 2010, Coimbra Editora, p.232, refere “as proibições de prova têm por fundamento a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos, que não devem ser automaticamente preteridos, mas antes conciliados com os valores próprios do processo penal, v.g. a verdade material e a eficácia da justiça penal. As proibições de prova são meios processuais de tutela de direitos fundamentais.”. Na jurisprudência portuguesa, v.g. Ac. da Relação de Lisboa, processo

Numa palavra, o regime das proibições de prova constituem um limite à descoberta da verdade - “essência e *conditio sine qua non* do processo penal é a prova, prova essa obtida com limites que bebam a sua razão de ser na dignidade da pessoa humana”,<sup>13</sup> e para este efeito podem ser identificados tópicos essenciais à sua natureza, (i) *proteção da verdade*; (ii) *efeito ordenador/disciplinador*; (iii) *legitimação para punir* e (iv) *o interesse do lesado*.<sup>14</sup>

### 1.1 Enquadramento jurídico

O legislador constituinte, dada a importância das proibições de prova, reconheceu dignidade constitucional a este instituto jurídico. Neste sentido, e como já referimos anteriormente, o diploma fundamental prescreve a “nulidade” de “*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*” (art. 32.º, n.º 8 da CRP), deixando ao legislador ordinário uma margem de grande amplitude normativa das proibições de prova nas matérias relativas à reserva da vida privada e da inviolabilidade da correspondência e das telecomunicações (art. 34.º, n.º 4 da CRP). Sendo certo no que a estas últimas proibições de prova concerne, apenas serão nulas em caso de as intromissões serem abusivas nos respetivos domínios. Ao passo que as violações dos direitos à integridade física e moral da pessoa humana, determina sempre a proibição de prova, não podendo nunca ser utilizadas.

Ao nível infraconstitucional, o legislador faz a transposição da regra prevista no artigo 32.º, n.º 8, para o artigo 126.º do Código de Processo Penal. Todavia, e antes desta regra prescrita no Livro III – [*Da Prova*] o legislador determinou no n.º 3 do artigo 118.º do CPP, que “*as disposições do presente título não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova*”.

---

n.º 10210/2008-9, de 28-05-2009, “As proibições de prova representam meios processuais de imposição da tutela de direitos materiais, constituindo limites à descoberta da verdade que têm em si subjacentes o fim de tutela de um direito. Nesta perspectiva as proibições de prova representam, portanto, «meios processuais de imposição do direito material» que visam «prevenir determinadas manifestações de danosidade social» e garantem «a integridade de bens jurídicos prevalentemente pessoais; Podemos ver ainda com Sílvia Patronilho, in “O regime das Nulidades e as Espécies de Proibições de Prova”, Relatório do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas 2000/2001, FDL, “É óbvio, portanto, que com a proibições de prova se pode sacrificar a verdade, mas a busca da verdade não é no nosso ordenamento um valor absoluto.”

<sup>13</sup> Cfr. José de Faria Costa, “Um olhar Cruzado olhar cruzado entre a Constituição e o Processo Penal”, in *A Justiça nos dois lados do Atlântico. Teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*. Lisboa: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1998, p.196

<sup>14</sup> Cfr. Maria de Fátima Mata-Mouros, in “Juiz das Liberdades – Desconstrução de um Mito do Processo Penal”, 2011, Almedina p. 326

Além desta realidade, na consagração de normas genéricas sobre proibições de prova, o legislador consagrou proibições de meios de prova ao longo do Código de Processo Penal, v.g. artigos 129.º, n.º 1, 130.º, n.º 1, 134.º, n.º 2 e 356, e ainda proibições de métodos de obtenção de prova que encontram a sua sede no artigo 126.º, cabendo distinguir as proibições absolutas do artigo 126.º, n.ºs 1 e 2, das proibições relativas do artigo 126.º, n.º 3.

O legislador ao ter consagrado a regra do artigo 118.º do CPP, parece não querer dar-lhe grande relevância prática, mas a verdade é que “contem a pedra angular de toda a arquitectura da invalidade processual”.<sup>15</sup>

Num primeiro momento, o artigo 118.º do CPP, determina o sistema de nulidades taxativas, ou dito de outro modo consagra o princípio da legalidade das nulidades, prescrevendo que “*a violação ou a inobservância das disposições da lei do processo penal só determina a nulidade do acto quanto esta for expressamente cominada na lei*” (Cfr. n.º 1). O legislador ao consagrar este sistema pretende significar que “as normas relativas a nulidades insanáveis ou sanáveis são normas excepcionais, dado o seu carácter taxativo (...), e, portanto, não admitem aplicação analógica”<sup>16</sup>. Deste modo fica vedado o recurso às normas do processo civil, relativamente a esta temática.<sup>17</sup>

Em segundo lugar, consagra o princípio da irregularidade de todos os demais atos ilegais, o que significa que o legislador quis estabelecer de modo inequívoco a fronteira entre as nulidades e as irregularidades, clarificando que, quando “*a lei não cominar a nulidade, o acto é irregular*” (Cfr. n.º 2 do artigo 118.º).

Em último lugar, por via do n.º 3 do artigo 118.º do CPP, pretende traçar a fronteira entre as nulidades e as proibições de prova, apesar desta não ser assim tão clara e de fácil percepção. Assim, esclarece o legislador que “*as disposições do presente título (das nulidades) não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova*”. Aqui, e tendo em conta doutrina mais avalizada, o legislador português “à semelhança do direito alemão, também o direito processual penal português privilegia a

---

<sup>15</sup> João Conde Correia, in “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, p.175

<sup>16</sup> Neste sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, in “Comentário do Código de Processo Penal, à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 3ª Edição, UCP Editora, 2009, p.298.

<sup>17</sup> Partilham esta opinião, João Conde Correia e Costa Pimenta, *Apud* Paulo Pinto de Albuquerque, *Ob.Cit.* p. 298

dimensão material-substantiva das proibições de prova. A interpretação e aplicação dos respectivos preceitos terão, por isso, de partir da compreensão das proibições de prova como instrumentos de garantia e tutela de valores ou bens jurídicos distintos – e contrapostos – dos representados pela procura da verdade e pela perseguição penal”<sup>18</sup>.

Nos precisos termos prescritos por esta norma, o legislador consagrou o princípio do tratamento autónomo das proibições de prova, diferenciando-o do regime jurídico das nulidades.<sup>19</sup>

Daqui resulta “a autonomia do instituto das proibições de prova, compreendendo as proibições de prova como instrumentos de garantia e tutela de bens jurídicos e valores, o que caracteriza o sistema com uma dimensão marcadamente material”<sup>20</sup>.

O esclarecimento do legislador, por via do n.º 3 do artigo 118.º do CPP, é o primeiro sinal da diferenciação das nulidades em relação às proibições de prova. Além do mais, querendo significar deste logo que as proibições de prova não estão sujeitas ao regime da taxatividade, podendo, portanto, ser dispersas pelo Código de Processo Penal e outros diplomas.

Apesar deste sinalização, a verificação de uma proibição de prova não se afigura fácil e muito menos distingui-la de uma nulidade e/ou irregularidade.<sup>21</sup>

Como iremos verificar ao longo deste estudo, frequentemente o legislador utiliza a palavra “nula”, não querendo com isso subtrair essa consequência legal ao regime das nulidades, mas antes ao regime das proibições de prova.

---

<sup>18</sup> Manuel da Costa Andrade, *Ob. Cit.*, p.196

<sup>19</sup> Neste sentido refere Luís Bértolo Rosa, *Ob.Cit.*, p. 233 “ Existe hoje um largo consenso no sentido de que a nulidade a que se refere o artigo 126.º não se identifica por completo com a nulidade dos actos processuais regulada nos artigos 118.º a 122.º uma autonomia que a própria lei consagra no artigo 118.º, n.º 3. E em sustento desta afirmação, e com opinião semelhante, Paulo Pinto de Albuquerque, *Ob.Cit.*, p.319; Germano Marques da Silva, in Curso de Processo Penal, Vol II, 5ªEdição, Verbo,2011, p. 172 e ss; Manuel da Costa Andrade, *Ob.Cit.*, p.194.

<sup>20</sup> Cfr. Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*, p. 294

<sup>21</sup> Como alerta João Conde Correia, *Ob.Cit.*, p.176 “ A identificação prática dos casos de prova proibida, subtraídos ao regime geral das nulidades, não tem sido tarefa fácil. Uma regulamentação, às vezes, algo confusa e deficiente e, sobretudo, uma interpretação incorreta, conduzem, frequentemente, a um resultado final deplorável: a indesejável e, mesmo que porventura bem intencionada, injustificável violação dos mais elementares direitos, liberdades e garantias individuais.”

## 1.2 Proibições de Prova e Regras de Produção de Prova

A precisão conceitual das proibições de prova obriga-nos a demarcá-las das regras de produção de prova, devido à ténue fronteira que as separa.

Assim, e como já referimos anteriormente as proibições de prova “*representam meios processuais de imposição da tutela de direitos materiais, constituindo limites à descoberta da verdade*”<sup>22</sup> tendo como fim último a proteção de um direito.

Por seu turno, as regras de produção de prova “*visam apenas disciplinar o procedimento exterior da prova na diversidade dos meios e métodos, não determinando a sua violação a reafirmação contrafáctica através da proibição de valoração*”<sup>23</sup>. Daí que FIGUEIREDO DIAS, lembre que tais regras são “*meras prescrições ordenativas de produção de prova, cuja violação não poderia acarretar a proibição de valorar como prova(...) mas unicamente a eventual responsabilidade (disciplinar, interna) do seu autor.*”<sup>24</sup> Com efeito, as proibições de prova não podem ser utilizadas, ao passo que as violações de regras de produção de prova não acarretam a sua não utilização, salvo se for declarada a sua invalidade.<sup>25</sup>

Problemática que pode ser sintetizada pela seguinte expressão: “*as regras de produção de prova são ordenações do processo que devem possibilitar e assegurar a realização da prova. Elas visam atingir o curso da obtenção da prova sem excluir a prova. As regras de produção da prova têm assim uma tendência oposta à das proibições de prova. Do que aqui se trata não é de estabelecer limites à prova como sucede com as proibições de prova, mas apenas de disciplinar os processos e modos como a prova deve ser regularmente levada a cabo*”<sup>26</sup>

Apesar da doutrina e jurisprudência delimitarem estas duas figuras entre si, a verdade é que a fronteira entre ambas não se afigura de fácil resolução. Assim, por exemplo, a omissão de informação a que alude o artigo 343.º, n.º 1 do CPP constitui uma

---

<sup>22</sup> Gossel, *apud* Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*, p.291

<sup>23</sup> Manuel da Costa Andrade, *in* “Sobre As Proibições de Prova em Processo Penal”, Reimpressão, Coimbra Editora, 2006, p. 84.

<sup>24</sup> Jorge de Figueiredo Dias, *Ob.Cit.*, p. 446. O autor para justificar tal afirmação avança com a disciplina estatuída no artigo 58.º, n.º 5 do CPP. No entanto, deixamos a advertência de que a disciplina atual, não permite retirar esta conclusão, uma vez que o artigo 58.º, n.º 5 do CPP, culmina com a proibição de prova a omissão das formalidades aí prescritas.

<sup>25</sup> Neste sentido Germano Marques da Silva, *in* Curso de Processo Penal, Vol. II, 5ª Edição, Verbo, 2011, p.170.

<sup>26</sup> Peters *Apud*, Manuel da Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*, p.85

verdadeira proibição de prova, ou pelo contrário será antes considerada como uma regra de produção de prova?<sup>27</sup>

Na esteira de COSTA ANDRADE, julgamos que se pode responder, ainda que de modo preliminar, à questão referida. Sabemos que o arguido é um sujeito processual e nessa medida é um participante ativo no processo, podendo convergir com os demais sujeitos processuais na conformação da decisão final, sendo a sua participação orientada pela sua liberdade e não estando obrigado a fomentar a descoberta da verdade, a omissão do esclarecimento e advertência a que se refere o artigo 343.º, n.º 1 do CPP, deve desencadear a sanção da proibição de valoração.<sup>28</sup>

Apesar do ilustre mestre não referir directamente, concordamos com a sua posição uma vez que a não advertência a que alude o artigo 343.º, n.º 1 do CPP porá, irremediavelmente em causa os direitos e garantias de defesa do arguido. Aliás, poderá suceder que o arguido, não advertido nos termos prescritos na norma citada, tenha um discurso voltado para uma confissão integral e sem reservas, ou invés poderá fechar-se a “sete chaves” e nada revelar.

Nunca é de mais relembrar que o artigo 32.º, n.º 1, determina que “*o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso*” e, como veremos, a consagração das proibições de prova tenderá a ser um mecanismo protetivo dos mais elementares direitos fundamentais do arguido, *in casu*, os direitos de defesa.

Assim, as finalidades impostas pelas regras de produção de prova são diferentes das prosseguidas pelas proibições de prova.

Aquelas pretendem disciplinar os processos e modos como a prova deve ser obtida, ao passo que estas visam estabelecer limites à prova ou seja, “o que define a proibição de prova é a prescrição de um limite à descoberta da verdade”<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Nesta matéria Paulo Pinto de Albuquerque, *Ob. Cit.*, p. 861, refere “ A omissão ou o deficiente cumprimento deste dever dá lugar a uma *proibição de prova*, na medida em que constitui uma intromissão ilegítima privacidade da pessoa sujeita a interrogatório. A violação desta proibição tem o efeito da nulidade da prova obtida, salvo consentimento do arguido (artigo 126.º, n.º 3, do CPP), podendo também ser sanada se, cumprido o dever de informação num momento ulterior, o arguido reafirma e mantém as declarações anteriormente feitas.”

<sup>28</sup> Manuel da Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*, p. 88

<sup>29</sup> Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*, p. 302. Prossegue a mesma autora, dizendo em nota de rodapé, que as regras de produção de prova são ordenações do processo que vêm possibilitar e assegurar a realização da prova. Têm uma tendência oposta às proibições de prova. Do que ali se trata não é estabelecer limites à prova mas apenas de disciplinar os processos e modos como a prova deve ser regularmente levada a cabo.

### 1.3 Tipos de proibições de prova

A doutrina e a jurisprudência têm vindo a distinguir as proibições de prova das chamadas regras de produção de prova, tal como acima descrevemos. No entanto, e dentro das proibições de prova distinguem entre: (a) *proibições de produção de prova*; (b) *proibições de valoração de prova*.<sup>30</sup>

Por sua vez, as primeiras subdividem-se em (i) *proibições de tema de prova* (v.g., art. 137.º do CPP, Segredo de Estado) – determinados factos não podem ser objeto de prova; (ii) *proibições de métodos de prova* (v.g., art. 134.º, n.º 2 do CPP, testemunhas não esclarecidas sobre a faculdade de recusa de depoimento) – na produção da prova não podem ser utilizados certos métodos de recolha da mesma; (iii) *proibições relativas de prova* – a ordem ou a obtenção de prova só pode ser levada a cabo por certas pessoas, ou nas palavras de KAI AMBIS, “aquelas que somente limitam a obtenção de provas, no sentido de que somente algumas e determinadas pessoas estão facultadas a produzir, adquirir ou realizar certa produção probatória, estabelecendo-se, em consequência, uma proibição em relação a qualquer outro sujeito”<sup>31</sup>, e (iv) *proibições de meios de prova* – quando determinados meios de prova não podem ser empregues.

Nas segundas, existe uma contraposição entre proibições (i) *dependentes* – aquelas que se fundam na lesão de uma proibição de produção de prova; e (ii) *independentes* de valoração – aquelas que não se baseiam na lesão da lei, mas sendo derivadas diretamente da Constituição.

Esta divisão ou diferenciação foi concebida para que o intérprete possa “captar” e perceber quando está diante de uma proibição de prova. No entanto, como já se referiu, nem sempre se afigura fácil perceber quando realmente estamos perante uma verdadeira proibição de prova.

---

<sup>30</sup> Cfr. Germano Marques da Silva, *Ob.Cit.*, p.171 e 172; Manuel da Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*, p.89 e 90

<sup>31</sup> Cfr. Kai Ambos/Marcellus Lima, *in* O Processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira, Rio de Janeiro, Livraria do Advogado editora, 2009, p.81

#### 1.4 Delimitação jurídico-conceptual das proibições de prova e as nulidades

Como já referimos anteriormente, ao enunciarmos a base normativa das proibições de prova, facilmente se constata que o legislador constitucional e ordinário não delimitaram a fronteira entre o que se entende por proibições de prova e nulidade (de prova, prova nula). A Constituição determina a nulidade das provas obtidas mediante tortura (Cfr. artigo 32.º, n.º 8), e o artigo 126.º do CPP, determina, igualmente, no seu número 1 “*São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas*”. Daqui se depreende que o legislador utiliza a expressão “nulas” para consagrar verdadeiras proibições de prova, o que potencia os conflitos, já existentes entre o conceito de proibições de prova e de nulidades. Aliás, como já tinha notado o professor Costa Andrade “a autonomia das proibições de prova volta a ganhar vulto no regime normativo que o legislador português lhes adscrive. O que daqui sobremodo releva é a imbricação íntima entre as proibições prova e o regime das nulidades (...)”<sup>32</sup>. Tal afirmação dá-nos legitimidade a diferenciar o regime das proibições de prova do das nulidades, não fazê-lo, seria, em primeira linha, negar qualquer relevo prático-jurídico à previsão do n.º 3 do artigo 118.º do CPP, que refere “*As disposições do presente título (das nulidades) não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova*”.

Ora, a norma citada, é para muitos autores o ponto de partida que diferencia e autonomiza o regime das proibições de prova face ao das nulidades.<sup>33</sup> Neste ponto julgamos que a posição assumida pela doutrina é unânime, no sentido em que o artigo 118.º, n.º 3 não foi produto de uma omissão mas de uma opção político-criminal.

É verdade, no entanto, que a previsão do n.º 3 do artigo 118.º por si só não nos permite, sem mais, demarcar o regime das proibições de prova em face do das nulidades, por isso no decurso temporal, tem originado, diversos tratados sobre esta

---

<sup>32</sup> Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*, p. 193

<sup>33</sup> Neste sentido, Germano Marques da Silva, *Ob.Cit.*,p.178 “Parece que o regime das proibições de prova não há-de reconduzir-se pura e simplesmente ao regime das nulidades, pois se assim fora seria dificilmente explicável o n.º 3 do art. 118.º”; Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*, p. 295 “Mas aquela imbricação (entre as proibições de prova e as nulidades) não dispensa a diferenciação entre as duas figuras. Aceitá-lo seria negar autonomia às proibições de prova, o que, desde logo, anularia razão de ser à ressalva contida no art. 118.º, n.º 3”; Costa Andrade, *Ob.Cit.*,p. 193 e 194; João Conde Correia, *Ob. Cit.*,p. 177; Paulo Sousa Mendes, *in* Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, “As Proibições de Prova no Processo Penal”, Almedina, 2004, p.146 e 147; Luís Pedro Martins de Oliveira, *in* Prova Criminal e Direito de Defesa, - Estudos Sobre a Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal, “Da Autonomia do Regime das Proibições de Prova”, Almedina, 2011, p. 258 e 259; Sílvia Patronilho, *Ob. Cit.*, p. 64, entre muitos outros autores.

matéria na doutrina nacional. Daqui se depreende que o verdadeiro problema, não é tanto o determinar a autonomia dos institutos em confronto, mas antes concretizar o seu grau de extensão, bem como as consequências que daí advêm.

Neste ponto, na doutrina portuguesa afiguram-se duas correntes que têm pontos divergentes quanto à fixação dessa independência, bem como as consequências que daí se devem extrair.

A primeira corrente admite uma autonomia dogmática das proibições de prova face ao instituto da nulidade. Portanto, os autores que defendem esta posição adotam a independência conceptual de ambos os regimes. Nesta temática o critério que nos permite separar estes dois institutos é a circunstância de as proibições de prova, como acima referimos, serem verdadeiras limitações à descoberta da verdade, ao passo que as nulidades são uma resposta para os vícios exclusivamente formais, relativo ao *iter* processual.<sup>34</sup>

Como é bom de ver, de um lado está em causa um problema de natureza substancial e do outro um problema de natureza estritamente formal.

No entanto, os autores que defendem esta autonomia dogmática, não demarcam, do ponto de vista jurídico, as proibições de prova do regime das nulidades. Como refere GERMANO MARQUES DA SILVA: “É razoável considerar que a opção do legislador de se abster de uma definição unitária sobre as causas e efeitos gerais de um instituto geral de proibições de prova constitui o fruto de uma opção e não de uma omissão. Parece-nos, porém, que os efeitos da proibição de prova são os mesmos da nulidade”<sup>35</sup>, ou ainda COSTA ANDRADE: “A fidelidade ao programa legislado aponta, assim, para uma compreensão das proibições de prova assente seguramente na doutrina e nos princípios subjacentes ao regime das nulidades, mas aberta também e necessariamente a tópicos excêntricos e alheios a esta figura.”<sup>36</sup>

O que daqui se depreende é que o regime das proibições de prova apresentam, apenas, algumas particularidades face ao regime das nulidades e ao fim e ao cabo as

---

<sup>34</sup> Neste sentido Germano Marques da Silva, *Ob. Cit.*, p. 175 “ (...) as proibições de prova são estabelecidas por lei para protecção de certos direitos ou interesses fundamentais e representam, por isso, limites à descoberta da verdade”, e ainda João Conde Correia, *Ob. Cit.*, p.178 “ num Estado de direito a descoberta da verdade não é um valor absoluto e as proibições de prova – ao interditar temas, meios, métodos ou simples possibilidades de valoração – apresentam-se como compreensíveis e claras limitações ao total esclarecimento daquela” e mais à frente p.184 “ Embora também exista uma certa articulação entre elas [nulidades] e os direitos fundamentais, está em causa apenas o regular funcionamento do processo de forma a que ele decorra segundo as formalidades previstas na lei(...)”

<sup>35</sup> *Ob. Cit.*, p.177

<sup>36</sup> *Sobre as Proibições.....*, p.195

proibições de prova reconduzem-se a uma relação de especialidade face ao das nulidades.<sup>37</sup>

Em relação a esta corrente, LUÍS PEDRO MARTINS DE OLIVEIRA refere “o problema essencial a resolver pelos autores que se filiam nesta posição é o estabelecer, com exactidão, o modo de aplicação do regime geral ao regime especial do artigo 126.º. Mas é justamente essa aplicação que fica por fazer (...)”<sup>38</sup>

Aliás para demonstrar esta incongruência, que foi salientada pelo autor supra referido, o professor Germano Marques da Silva, apesar de demarcar conceptualmente as proibições de prova do regime das nulidades, afinal, reconduz os efeitos das proibições de prova ao regime das nulidades. Problemática que é amplamente discutida na doutrina, e que na conhecida expressão de PAULO SOUSA MENDES: “o regime especial consiste no seguinte: as nulidades do art. 126.º CPP podem – em nossa opinião – ser atacadas excepcionalmente depois do trânsito em julgado da decisão final, caso só fossem descobertas depois disso.”<sup>39</sup> Como se depreende desta conclusão, o autor não diz claramente como deve ser aplicado o regime especial (proibições de prova) e o regime geral. Julgamos legítimo questionarmo-nos ao verificarmos alguma das “nulidades” do artigo 126.º qual a consequência práctico-jurídica? Não podem ser utilizadas as provas na sua violação? É-lhes aplicável o regime dos artigos 118.º e ss do CPP? Em que situações é de aplicar o regime especial em derrogação do geral?

São estas, a nosso ver, questões de grande importância e não resolvidas pela corrente que supracitada.

A segunda teoria reúne os autores que defendem não só a autonomia dogmática, mas igualmente a autonomia jurídica<sup>40</sup>.

Primeiramente, estes autores entendem que o teor n.º 3 do artigo 118.º do CPP foi introduzido no Código no sentido de ajudar o intérprete na demarcação da estrutura subjacente às nulidades face às proibições de prova. A demarcação filia-se na ideia de que a autonomia existente entre ambos os regimes é de tal ordem que, de maneira alguma se amparam, para qualquer efeito, na aplicação do artigo 126.º, do regime

---

<sup>37</sup> Paulo Sousa Mendes, *Ob.Cit.*,p.147

<sup>38</sup> *Ob. Cit.*, p. 261

<sup>39</sup> *Ob. Cit.*,p.149

<sup>40</sup> Teresa Pizarro Beleza, *in* Apontamentos de Direito Processual Penal, II Volume, AAFDL, 1993, p.151, e “Tão Amigos que nós éramos”: O valor probatório do depoimento de co-arguido no processo penal português, *in* Revista do Ministério Público, ano 19, n.º 74, 1998, p. 43 e ss; José da Costa Pimenta, *in* Código de Processo Penal Anotado, Rei dos Livros, 1991, p. 378 e 398; Manuel Alves Meireis, *in* O regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal, Almedina, 1999, p. 222; João Conde Correia, *Ob. Cit.*, 191 e ss

previsto no título V [*Das nulidades*] - art. 118.º e ss, uma vez que o regime previsto para as proibições de prova não “padeça de qualquer incompleição”<sup>41</sup> e defendem ainda que a expressão “nulidade” previstas nos artigos 32.º, n.º 8 da CRP e 126.º do CPP não é uma “nulidade técnico processual, mas uma nulidade dotada de uma independência técnica completa relativamente ao regime das nulidades processuais e cuja consequência jurídica específica é a impossibilidade total de utilização”<sup>42</sup>

Esta divergência de posições, aparentemente, apenas parece ter relevância teórica, mas na verdade tem uma grande relevância prática. Assim e no que respeita ao tema do efeito-à-distância a relevância prática é a seguinte: “é que para a primeira orientação (no nosso caso é a segunda) o efeito-à-distância poderá estar legalmente desamparado; enquanto para a segunda (no nosso caso a primeira) o efeito remoto encontrará provavelmente a sua consagração genérica no artigo 122.º, n.º 1 do Código de Processo Penal: As nulidades tornam inválido o acto em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afectar”<sup>43</sup>.

Da nossa parte entendemos que a melhor orientação a seguir será a segunda tese em relação às explanadas. No entanto, no referente ao nosso estudo, iremos demonstrar em sede própria que será desnecessário fundamentar o efeito-à-distância através do regime previsto no artigo 122.º do CPP.

Em jeito de síntese, importa reter o seguinte: As proibições de prova foram desenhadas como verdadeiras limitações à descoberta da verdade e são um instituto jurídico de proteção dos direitos fundamentais. Ao passo que as nulidades são a reposta jurídico-processual para os vícios estritamente formais. Como nos dá conta JOÃO CONDE CORREIA, “o que está em causa é apenas um ilícito processual (nulidades): a violação dos pressupostos formais previstos para a prática de um acto lícito ou, no domínio restrito da prova, a preterição das formalidades previstas para a produção e valoração de uma determinada prova. Em suma: um simples error in procedendo, um vício relativo ao *modus procedendi*.”<sup>44</sup>

As proibições de prova são a resposta aos vícios de substância, ao passo que as nulidades, como referimos, são a resposta a vícios formais. Numa palavra “sem prejuízo

---

<sup>41</sup> Helena Mourão, *in* O Efeito-à-Distância das Proibições de Prova no Direito Processual Penal Português, Relatório de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais – Seminário de Direito Processual Penal, FDL, 2002, p. 27

<sup>42</sup> Cfr Helena Mourão, *Ob. Cit.*, p.24

<sup>43</sup> Helena Mourão, *Ob. Cit.*, p.25

<sup>44</sup> *Ob. Cit.*, p.185

de irrecusáveis momentos de comunicabilidade e interpenetração, a verdade é que as proibições de prova e nulidades são sistemas dogmáticos e normativos autónomos.”<sup>45</sup>

#### **1.4.1 Consequências da Autonomia Técnica das Proibições de Prova**

Após o descortinar a diferença entre proibições de prova e as nulidades, cumpre por ora, explicar em traços necessariamente gerais as linhas do regime jurídico-processual das proibições de prova.

Como já tivemos oportunidade de referir “ *As disposições do presente título [das nulidades] não prejudicam as normas deste código relativas a proibições de prova*” (Cfr. artigo 118.º, n.º 3 do CPP). Aqui verifica-se que o legislador não definiu em termos gerais qual o regime da figura das proibições de prova, e portanto, perguntar-se-á qual o seu regime?

Inicialmente, importa saber qual a consequência da violação de uma proibição de prova ao nível do inquérito, da pronúncia, e sobretudo ao nível da decisão final. Assim, parece, “o propósito assumido pelo legislador português no sentido de consagrar um regime das proibições de prova assente na distinção entre proibições de produção e proibições de valoração”.<sup>46</sup>

Nesta contenda, caso paradigmático é o artigo 126.º, n.º 1 do CPP, que não trouxe nada de novo, uma vez que é uma cópia do teor do artigo 32.º, n.º 8 da CRP. Em ambas as normas o legislador determina a nulidade das provas proibidas, para logo reafirmar que não podem ser utilizadas.

Uma ilação que daqui podemos retirar é que o legislador não quis que as proibições de prova seguissem o regime geral das nulidades, ou seja, os efeitos destrutivos que são gerados pela nulidade não se lhes aplica. Com efeito, “o legislador antecipou, assim, o seu programa de tutela, proibindo a própria produção dessas provas e, caso as mesmas tenham, ainda assim, sido produzidas, proibindo a sua valoração. As provas proibidas não podem, por isso, ser utilizadas. É como se não existissem no processo.”<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Cfr. Manuel da Costa Andrade, *in* “Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal”, observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente, Coimbra Editora, 2009, p.135

<sup>46</sup> Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*, p. 191

<sup>47</sup> João Conde Correia, *Ob.Cit.*, p. 192. Neste sentido também refere Germano Marques da Silva, dizendo que, “O efeito primeiro da proibição de prova é a de não poder ser utilizada no processo, não podendo, por isso servir para fundamentar qualquer decisão”, *Ob.Cit.*, p.178

Uma segunda constatação que se pode retirar e na esteira de uma larga maioria doutrinária que refere a expressão “nulas” não são utilizadas no seu sentido tradicional, técnico, ou seja, não significa que as proibições de prova se circunscrevam ao regime das nulidades.<sup>48</sup>

Como já deixámos bem exposto nos pontos anteriores, as proibições de prova são um instituto jurídico de proteção dos mais elementares direitos fundamentais dos cidadãos e por isso mesmo, não se coadunam com o regime da mera nulidade. Como bem sabemos o artigo 32.º da CRP consagra as garantias fundamentais em processo criminal, e em razão da sua estrita ligação ao princípio do Estado de Direito, que assenta na dignidade da pessoa humana, o instituto das proibições de prova deve consagrar um regime mais rígido e protetivo de tais direitos.

Esta dimensão protetiva é muito bem salientada por LUÍS BÉRTOLO ROSA, segundo o qual “as proibições de prova têm por fundamento a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos, que não devem ser automaticamente preteridos, mas antes conciliados com os valores próprios do processo penal, v.g. a verdade material e a eficácia da justiça penal.”<sup>49</sup>

O Estado não pode tolerar que os seus agentes de perseguição penal possam utilizar todos os meios desumanos para alcançar a verdade material, e ao mesmo tempo, colocar-se na mesma posição que um delinquente que age à margem da lei. Neste sentido ter-se-á que proibir os atentados à dignidade da pessoa humana, quer através da repressão criminal, quer através de uma disciplina rígida dirigida às instâncias formais de controlo. Portanto, o entendimento que se deve retirar do artigo 32.º, n.º 8 da CRP e do artigo 126.º do CPP, é no sentido de não atribuir qualquer valor e eficácia jurídicas à prova proibida, não devendo ser utilizadas, salvo em determinadas circunstâncias que a seu tempo iremos analisar.<sup>50</sup>

A este propósito é bastante feliz a expressão utilizada por JOÃO CONDE CORREIA, “o termo nulidade, utilizado no artigo 32.º, n.º 8 da CRP tem (...) um sentido simbólico, não técnico e que apenas quer dizer que tais provas jamais podem ser utilizadas”.<sup>51</sup> Em consequência desta interpretação, a expressão “nulas” contida no artigo 126.º, que deriva diretamente da Constituição, “podemos concluir que, desde logo

---

<sup>48</sup> Neste sentido, Teresa Beleza, *Ob. Cit.*, p. 151; Germano Marques da Silva, *Ob. Cit.*, p.177; Luís Bértolo Rosa, *Ob. Cit.* 233 e ainda Luís Pedro Martins Oliveira, *Ob. Cit.*, p.262

<sup>49</sup> *Ob. Cit.*, p.232

<sup>50</sup> Referimo-nos à problemática do efeito-à-distância das provas proibidas.

<sup>51</sup> *Ob.Cit.*, p.263.

e por igualdade de razão, também nele não se utilizou com exactidão a categoria conceptual da nulidade, conquanto no CPP, ao contrário do que sucede na Constituição, a utilização dos conceitos devesse ser feita com a máxima preocupação de rigor técnico”<sup>52</sup>

De tudo quanto dissemos a este propósito é de salientar, que tendo o legislador querido densificar o instituto das proibições de prova com um regime próprio e diferente do das nulidades, a primeira das consequências a observar através de uma decisão final ou interlocutória, que seja baseada na produção e valoração de prova proibida será a sua impugnação imediata. O recurso será a via normal para a destruição do ato e consequente reposição da justiça processual.<sup>53</sup>

Prosseguindo o que expusemos acerca da delimitação entre os institutos das proibições de prova e das nulidades, este último está sujeito a um regime de taxatividade (cfr. art. 118.º, n.º 1), e o outro não está<sup>54</sup>. Portanto, não existe nenhum catálogo taxativo e/ou exaustivo do que são proibições de prova. Aliás, a própria lei apesar de muitas situações não utilizar linguagem uniforme, a verdade é que consagra verdadeiras proibições de prova, v.g., 58.º, n.º 5, 59.º, n.º 3, 129.º, n.º 1, 147.º, n.º 5, 148.º, n.º 3, 167.º, n.º 1 ou 355.º.

Por outras palavras, as nulidades estão sujeitas aos princípios da legalidade e da taxatividade e “são afirmadas com base numa ponderação fundada principalmente em razões de economia processual”<sup>55</sup>, ao passo que as regras para as proibições de prova, como vimos, fundam-se em imperativos constitucionais, nomeadamente, a dignidade da pessoa humana, o que possibilitou a construção do instituto com base em conceitos indeterminados de modo a abranger um leque de situações bastante mais vasto.

Como nota JOÃO CONDE CORREIA, “ a violação do direito a um processo justo teria como consequência, mesmo no silêncio do legislador, a proibição da valoração das provas assim obtidas.”<sup>56</sup> Se bem compreendemos o exemplo aditado pelo referido autor, e a sua explicação posterior, somos da opinião de que não sendo disciplinada a cominação legal pelo legislador, não significa sem mais que o vício se enquadre em alguma nulidade ou irregularidade. Portanto, sendo a prova proibida os

---

<sup>52</sup> Luís Pedro Martins de Oliveira, *Ob. Cit.*, p. 264

<sup>53</sup> João Conde Correia, *Ob. Cit.*, p. 192

<sup>54</sup> Neste sentido, Beulke, Werner, a propósito da doutrina alemã no que toca à não taxatividade das proibições de prova referem que “(...) *uma proibição de prova não depende da sua consagração legal expressa*” *apud* João Conde Correia, *Ob. Cit.*, 193

<sup>55</sup> Luís Pedro Martins de Oliveira, *Ob. Cit.*, p. 266

<sup>56</sup> *Ob. Cit.*, p. 193

órgãos formais de controlo não podem valorar nem utilizar para qualquer efeito essa prova.

No âmbito do segundo vetor que agora analisamos, nem sequer seria necessário, em bom rigor, consagrar uma qualquer cominação legal, quando a proibição decorre diretamente da violação de um direito fundamental.<sup>57</sup> Esta afirmação nem podia sequer colocar-se em dúvida, porque, como já acima referimos, as proibições de prova são um instituto para proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, pelo que, a violação de um qualquer desses direitos, só podia determinar a não utilização e valoração dessa prova.

Em abono desta posição, poder-se-ia lançar mão, no limite, do regime próprio e específico dos direitos, liberdades e garantias, cuja disciplina se encontra regulada no artigo 18.º da Constituição. Com efeito, e colhendo os ensinamentos de VITAL MOREIRA e GOMES CANOTILHO, sempre se diria que “ a aplicabilidade directa transporta, em regra, direitos subjectivos, o que permite: (1) invocar as normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias na ausência de lei; (2) invocar a invalidade dos actos normativos que, de forma directa, ou mediante interpretação, infringem os preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias, impondo-se, assim, na solução dos casos concretos, contra a lei em vez da lei, ou contra determinada interpretação da lei.”<sup>58</sup>

Daqui resulta a possibilidade de o intérprete poder lançar mão deste regime para fazer face às nossas tendências de combate desleal à criminalidade, enquanto o legislador não consagrar diretamente uma disciplina para determinados atos de agressão a bens jurídicos de cariz constitucional.<sup>59</sup>

Ainda uma importante consequência da autonomia técnica das proibições de prova que vimos defendendo, é a possibilidade do seu conhecimento officioso.<sup>60</sup> Portanto, ao contrário da generalidade das nulidades que estão dependentes de arguição pelos interessados, as proibições de prova são de conhecimento officioso.

Como se compreende a regra da oficialidade foi concebida para evitar a omissão dos sujeitos processuais, ou para aqueles que querem branquear as suas ações que

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, *Ob. Cit.* p 193

<sup>58</sup> J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Ob.Cit.*, p.382 e 383

<sup>59</sup> Neste sentido, João Conde Correia, *Ob.Cit.*,p 194

<sup>60</sup> Assim, Germano Marques da Silva, *Ob.Cit.*, p. 178; João Conde Correia, *Ob. Cit.*, p. 194; Luís Bértolo Rosa, *Ob. Cit.*, p. 243; Luís Pedro Martins de Oliveira, *Ob. Cit.*, p. 267 e também na jurisprudência, AC. TRE, processo n.º 1991/07-1, de 03.06.2008, ou ainda AC.TRP, processo n.º 736/03.4TOPRT.T1, de 07.07.2010.

ofendam os direitos, liberdades e garantias. Assim, mesmo que o sujeito processual não se aperceba do vício, deve o tribunal declará-lo.

Mais ainda, tendo em conta que os bens jurídicos tutelados são tendencialmente indisponíveis, impõe-se a sua proteção, e por isso é que “elas [*proibições de prova*] têm carácter *erga omnes* e que as nulidades têm carácter relativo.”<sup>61</sup>

As proibições de prova além de protegerem diretamente os direitos, liberdades e garantias individuais, protegem toda a comunidade dos abusos que podem ser cometidos em prol da busca da verdade a todo o custo.

As proibições de prova por protegerem os mais elementares direitos dos cidadãos, são a espinha dorsal de todo o ordenamento jurídico-criminal, e como não podia deixar de ser regem-se pelas regras do Estado de Direito. Por tudo quanto dissemos, as proibições de prova podem e devem ser de conhecimento officioso.

Assim, o vício poderá ser conhecido pelo juiz até decisão final, inclusive. No entanto, e caso assim não suceda, poderá ser declarado o vício mesmo depois do trânsito em julgado da decisão final. A reforma operada em 2007, trouxe-nos uma nova alínea ao artigo 449.º, n.º 1, que determina no seu corpo “ A revisão de sentença transitada em julgado é admissível quando: [al. e)] “ Se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos do n.º s 1 a 3 do artigo 126.º”<sup>62</sup>. Como se pode ver, esta regra consagra uma clara exceção à imutabilidade do caso julgado.<sup>63</sup>

A possibilidade introduzida pela referida alínea e), veio vincar a diferença existente entre a violação de regras estritamente formais [nulidades] e a violação de regras substanciais [*proibições de prova*]. Por outras palavras, o legislador quis evidenciar a dissemelhança do desvalor jurídico a que corresponde a violação das regras formais da que corresponde a violação das regras atinentes às proibições de prova.

---

<sup>61</sup> João Conde Correia, *Ob. Cit.*, p. 195

<sup>62</sup> No entanto, e mesmo antes da introdução desta nova alínea, já Paulo Sousa Mendes, *Ob. Cit.*, p.151, referia, “as nulidades cominadas no art. 126.º CPP, dada a perversão do processo inerente à violação dos direitos de liberdade, não podem escapar à sindicância a pretexto do trânsito em julgado da decisão final. O Código de Processo penal não prevê, porém, a possibilidade de recurso extraordinário (i.e., sem prazo) nos casos em que essas nulidades não tivessem sido arguidas, nem conhecidas em qualquer fase do procedimento. Que fazer? O art. 449.º, n.º 1, alínea d), CPP admite expressamente a revisão de sentença transitada em julgado quando se descubram novos meios de prova (por exemplo, uma testemunha anteriormente desconhecida ou incontactável), os quais suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação. Se a revisão de sentença é admissível quando são descobertos novos meios de prova, então vale o argumento a *simile* de a revisão de sentença ter de ser admitida quando os meios de prova realmente utilizados estivessem gravemente viciados, desde logo porque a verdade material obtida através desses meios de prova resultava afinal da injustiça da condenação.”

<sup>63</sup> Nesta matéria há quem entenda que esta norma seja inconstitucional. Assim Paulo Pinto de Albuquerque, *Ob. Cit.*, p.928

Como refere JOÃO CONDE CORREIA, “(...) nas proibições de prova, o “mito do caso julgado” perdeu (e bem) a parte do seu fulgor inicial. Se as proibições de prova são regras essenciais ao Estado de Direito como é que ele [poderia] assistir (como Pilatos) impávido à sua violação”<sup>64</sup>. Por assim ser é que a segurança do trânsito em julgado da sentença, consagrado na CRP, pode ser restringido em função da proteção de bens jurídicos essenciais ao Estado de Direito.

Ora, por ser um instituto transversal a toda a comunidade apresenta diferenças face às nulidades, mesmos as insanáveis, que, como se sabe, sanam-se com o trânsito em julgado da decisão final.<sup>65</sup> Bem se compreende a inserção desta alínea no âmbito dos recursos de revisão.

Na verdade, e como já salientámos, as proibições de prova são uma limitação à descoberta da verdade material, e portanto, qualquer decisão deve basear-se em provas processualmente admissíveis e válidas, pelo que, alguma decisão final condenatória que possa, porventura, ter ancorado o seu raciocínio numa prova proibida deve ser destruída através do recurso de revisão.

Em jeito de conclusão, sempre se dirá que “ no elenco das diferenças entre as nulidades processuais e as proibições de prova, avulta a sanabilidade de umas e a tendencial insanabilidade das outras. Em bom rigor: esta é, mesmo, a principal divergência técnica entre ambas”<sup>66</sup>

Continuando no seguimento do ponto anterior, podemos referir que a renovação do ato inválido é mais um ponto de atrito entre os meios destrutivos das nulidades e as proibições de prova.

Assim, reza o artigo 122.º, n.º 2 do CPP, “*A declaração de nulidade determina quais os actos que passam a considerar-se inválidos, sempre que necessário e possível, a sua repetição, pondo as despesas respectivas a cargo do arguido, do assistente ou das partes civis que tenham dado causa, culposamente, à nulidade*”. Daqui resulta que o juiz ordenará a repetição dos atos inválidos sempre que for necessário e possível, e isto

---

<sup>64</sup> *Ob. Cit.*, p.195 e 196, e igualmente neste sentido Luís Pedro Martins de Oliveira, *Ob. Cit.*, p. 268. Em sentido divergente, o AC. TC n.º 411/202 de 10 de Outubro.

<sup>65</sup> Em sentido convergente, Germano Marques da Silva, *Ob. Cit.*, p. 178; Luís Pedro Martins de Oliveira, *Ob. Cit.*, p 267 e 268; e ainda no sumário do Ac. TRP, processo n.º 736/03.4TOPRT.T1, de 07.07.2010, pode-se ler “Não é pelo facto de existir essa discussão em julgamento (na fase de produção de prova), que o tribunal fica dispensado de, no acórdão, apreciar a legalidade das provas que foram indicadas e produzidas v.g. pela acusação (ou no despacho de pronúncia nos termos do art. 308, n.º 2, do CPP) e pela defesa (na contestação); as nulidades relacionadas com proibições de prova são de conhecimento oficioso, devendo ser apreciadas pelo tribunal do julgamento até à decisão final (o que significa que também podem ser conhecidas e apreciadas antes de ser proferida decisão final).”

<sup>66</sup> João Conde Correia, *Ob. Cit.*, p. 195

relativamente às nulidades. Ora, e no encadeamento lógico do que já expusemos, não sendo aplicável o regime aí previsto [*Do título VI*], às proibições de prova, já se depreende que a declaração de “nulidade” relacionada com uma proibição de prova não poderá em caso algum, esse meio de prova, ser repetido.

A sentença que seja anulada com preterição de uma diligência que se ache essencial para descoberta da verdade, implica que a prova seja toda ela (re) produzida. Já o mesmo não se aplica às proibições de prova, aliás caso assim fosse poderia acarretar a violação, uma vez mais, do bem jurídico tutelado pela proibição de prova.

Uma questão que advém no seguimento do que expusemos relaciona-se com o seguinte: Em geral, é admitida a redução do ato processual penal inválido, claro está, se este for cindível da componente inválida.<sup>67</sup> Aliás, vai neste sentido o disposto no artigo 122.º, n.º 3 do CPP, que prevê o seguinte: “*Ao declarar uma nulidade o juiz aproveita todos os actos que ainda puderem ser salvos do efeito daquela*” e ainda o artigo 201.º, n.º 2 do Código de Processo Civil, que por sua vez, determina “*Quando um acto tenha de ser anulado, anular-se-ão também os termos subsequentes que dele dependam absolutamente. A nulidade de uma parte do acto não prejudica as outras partes que dela sejam independentes*”. Como se vê, quer o processo penal quer o processo civil permitem a redução do ato inválido, para daí se aproveitar a componente válida.

Ora, nesta matéria e como se compreende, em geral, nem os métodos nem os meios de prova parecem ser faccionáveis. Por exemplo: Parece divisível uma confissão que, parte dela tenha sido tendo sido “arrancada” através da tortura ou coação moral? Não nos parece de todo aceitável. Aliás, como bem sabemos, o meio de prova testemunhal é tendencialmente irrepetível, pelo que, seria inaceitável e até duvidoso utilizar parte do seu testemunho, quando parte dele havia sido conseguido à custa da violação dos mais elementares direitos fundamentais. Será que este testemunho seria credível? Ou mesmo livre de qualquer vício, quando em momento imediatamente anterior fora violado os mais elementares direitos fundamentais? Não estaria, ainda assim, a testemunha sob coação com receio de vir a sofrer novamente ofensas ao seu corpo? Não nos parece de todo aceitável!

No entanto, e como nos elucida JOÃO CONDE CORREIA, “se num depoimento forem, para além do mais, incluídos certos factos abrangidos pelo segredo

---

<sup>67</sup> Neste mesmo sentido, João Conde Correia, *Ob.Cit.*, p.199

de Estado (art. 137.º do CPP) ou pelo sigilo profissional (art. 135.º do CPP) não parece difícil reduzir o acto à parte válida”<sup>68</sup>

Colocamos certas reservas a esta afirmação proferida pelo autor, uma vez que, por exemplo, tendo o depoimento início em factos abrangidos pelos mencionados segredos e o depoente continue fluentemente o discurso pensando que tudo quanto disse não viola a lei e por isso mesmo afirma factos que se soubesse essa violação não o fazia. Se entendermos que é possível compartimentar um qualquer depoimento, então aqueles depoimentos que se iniciaram com recurso a torturas, mas que a meio desse interrogatório já deixara de ser utilizado, poder-se-á ser tentado a admitir a componente que não foi esmiuçada pela tortura. Julgamos, portanto, sendo casos semelhantes e que merecem um tratamento igual, logo não pode ser utilizado o auto onde conste a declaração do depoente.

A última característica que nos permite diferenciar as nulidades das proibições de prova fundamenta-se na problemática do efeito-à-distância.

Nesta matéria, o legislador consagrou no artigo 122.º, n.º 1 do CPP, o conceito de invalidade derivada, nestes precisos termos “ *As nulidades tornam inválido o acto em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afectar*”.

Fazemos esta alusão porque a distinção que acima fizemos dos autores que defendem apenas uma autonomia dogmática das proibições de prova, socorrem-se de algumas normas do regime das nulidades para aplicar ao regime das proibições de prova. Por outro lado, os autores que, como nós, defendem não só uma autonomia dogmática mas também jurídica das proibições de prova, o efeito-à-distância seria praticamente uma miragem porque não encontra suporte legal. No entanto e como já referimos, ainda que sumariamente, o efeito-à-distância encontra a sua sede normativa na Constituição da República Portuguesa, e que se compreende, se por um lado as proibições de prova têm um cariz constitucional para proteger os mais elementares direitos fundamentais, por outro lado em caso de falhar esta proteção, ter-se-á que lançar mão do efeito-à-distância para o garantir.

Não faria qualquer sentido atribuir uma força bastante mais intensa aos vícios derivados de uma violação de normas atinentes ao formalismo processual, como são as nulidades, e depois prosterger as normas relativas às proibições de prova que, como se

---

<sup>68</sup> *Ob.Cit.*, p. 199

sabe, são verdadeiros limites à verdade material e regras em prol dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Nesta linha argumentativa, podemos afirmar que a falta de consagração, ao nível da legislação infraconstitucional, de um regime específico para o efeito-à-distância, não poderá ser considerada como um ato de omissão, mas antes de uma opção de política-criminal. E portanto, não podemos excluir liminarmente o recurso a este instituto caso falhe a primeira barreira protetiva dos direitos fundamentais.<sup>69</sup>

Não querendo entrar, para já, em terrenos mais profundos, queremos apenas deixar bem claro que a consagração da autonomia técnico-dogmática das proibições permite, posteriormente, fundamentar a base jurídico-constitucional do efeito-à-distância. Portanto, iremos, abordar esta problemática quando tratarmos especificamente do efeito-à-distância.

Em jeito de conclusão, as proibições de prova são um instituto diverso do regime das nulidades, em razão da sua diferente missão protetiva, que, como sabemos, são uma barreira imposta aqueles que tendem a busca da verdade material a todo o custo, e ao mesmo tempo uma proteção dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Ao passo que o regime das nulidades são a resposta a vícios estritamente formais.

---

<sup>69</sup> Julgamos que vai no mesmo sentido, João Conde Correia, *Ob. Cit.*, p. 200 e Helena Mourão, *Ob. Cit.*, p.29

## § 2. A Estrutura interna das Proibições de Prova – As teorias das proibições de prova

Volvidos mais de cem anos sobre os primeiros estudos acerca de toda a problemática das proibições de prova, permanecem ainda a distinção e contraposição entre proibição de produção e a proibição de valoração, “bem como a mediação entre os dois momentos, que continuam a oferecer à doutrina e à jurisprudência o horizonte normativo e dogmático de equacionamento e superação dos problemas fundamenais das proibições de prova.”<sup>70</sup>

Pese embora o labor da doutrina e da jurisprudência, os consensos em torno desta matéria, parecem ainda, ser pouco expressivos.

Mesmo ao nível da terminologia se pode dizer que se alcançou uma utilização uniformizada.<sup>71</sup>

Nos primórdios dos estudos elaborados sobre as proibições de prova, e na linha do pensamento de BELING, o seu conceito era única e exclusivamente sobre proibições de aquisição de prova. Contemporaneamente, a utilização da expressão proibições de prova abrange um patamar completamente diferente de outrora, englobando: proibição de aquisição de prova e a proibição de valoração da prova. Sendo certo que nos últimos anos surgiu uma última vertente, englobando a proibição de utilização.<sup>72</sup>

De início a doutrina das proibições de prova foi exclusiva do processo penal. Aliás, a doutrina que defende uma concepção de proibição de prova, de cariz material, voltada para a proteção dos direitos, liberdade e garantias, esgota a sua análise na problemática de proibição da valoração. No entanto, e em tempos recentes, podemos afirmar que se registou uma abertura a outros horizontes, os quais se projetam em limiares bastante mais vastos do processo inicial.

Neste sentido, iremos analisar a evolução da doutrina das proibições de prova na referida primeira fase, e que, como dissemos, foi puramente dominada pela sua dimensão processual penal.

---

<sup>70</sup> Costa Andrade, *Sobre as Proibições...* p.90

<sup>71</sup> Gossel, *Apud* Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*,p.309, o autor começa por indicar que por doutrina de proibições de prova compreende-se “ a doutrina das proibições de investigação de determinados factos relevantes para o objecto do processo, bem como das proibições de levar determinados factos ao objecto da sentença e, finalmente, das consequências processuais da violação daquelas proibições”. E ainda, Arloth, *Ibidem*, “ se nem ao nível da terminologia foi possível encontrar consenso, muito menos o foi ao nível da sistemática, função e determinação de proibições de valoração de prova”.

<sup>72</sup> Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*,p.309

Nos estudos iniciais das proibições de prova, foram encontradas as mais variadas justificações para sua existência. O labor da doutrina norte-americana e alemã foram fulminantes para o sucesso da evolução das proibições de prova.<sup>73</sup>

Não podendo elaborar uma análise exaustiva como merecia este tema, iremos fazer uma breve referência descritiva às teorias mais expressivas neste domínio.

## 2.1 – A teoria da esfera jurídica

A teoria da esfera jurídica ou teoria do âmbito de direitos de origem jurisprudencial, foi lapidada pelo *BGH*, foi acolhida durante algum período de tempo pela jurisprudência. A sua aplicação estava dependente de um recurso, o qual deveria demonstrar uma violação, em sede de produção de prova, de uma norma que visasse a tutela da esfera jurídica do arguido e não de quaisquer outros interesses.

Por outras palavras, “trata-se de dar resposta à questão de saber se a violação da lei atinge de modo relevante a esfera jurídica do recorrente ou, pelo contrário, não tem significado de relevo.”<sup>74</sup>

Com aplicação desta tese, para os seus defensores, a questão da valoração da prova apenas surge de modo indireto, visando, assim, delimitar a legitimidade para a interposição do recurso de revista.<sup>75</sup>

Apesar das críticas àquela orientação, nomeadamente, a circunstância de ser demasiado redutora porque apenas se centra na esfera jurídica do arguido, e aparentemente, parece ignorar, por um lado que o arguido tem direito a um processo organizado em conformidade com as exigências do Direito, *rectius* da Justiça, e por outro lado, que nem todas as violações apuradas na esfera jurídica do arguido importam uma proibição de prova<sup>76</sup>, há ainda autores que a defendem, com alguma fidelidade, caso de *SCHÄFER*.

---

<sup>73</sup> Joachim Herrmann, *Apud* Maria de Fátima Mouros, *Ob. Cit.*, p. 310, refere que “A ciência processual penal alemã procura, desde há muito, na linha da tradição continental europeia, elaborar uma teoria das proibições de prova. Pelo contrário, nos EUA domina, como é típico da Common Law, a compreensão prática dos problemas, ganhando especial relevo a perspectiva de política criminal das proibições de prova e a sua influência na prática dos órgãos de investigação ou a preocupação de saber até que ponto as proibições de prova impendem um combate ao crime eficaz”

<sup>74</sup> Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*, p.311, e ainda neste Schmidt, *Apud* Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*, p.92 “ tudo está em saber se a violação da lei atinge de modo essencial a esfera jurídica de quem pretende interpor recurso ou, pelo contrário, se tal é para ele de reduzido ou mesmo nenhum significado. Neste juízo deverá atender-se sobretudo à razão de ser dos preceitos legais bem como aos portadores dos interesses em nome dos quais eles foram proclamados”

<sup>75</sup> Cfr. Costa Andrade, *Sobre proibições...* p. 91 e 92; Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob. Cit.*, p.311

<sup>76</sup> Cfr. Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob. Cit.*, p.311

Este autor defende-a em nome do “princípio geral e fundamental do processo penal segundo o qual o arguido só pode impugnar um vício processual se e na medida em que é por ele prejudicado. O arguido não está legitimado a recorrer em nome da garantia geral da conformidade do processo aos princípios do Estado de Direito.”<sup>77</sup>

Os autores tendem a criticar esta teoria pelo seu carácter reducionista<sup>78</sup>, sendo consensual o entendimento, segundo o qual nem todas as violações que colidem com a esfera jurídica do arguido devem implicar, sem mais, uma proibição de valoração e que de resto, foi reconhecido pelo próprio *BGH*.<sup>79</sup>

## 2.2 – A teoria dos três graus ou das três esferas

Esta teoria, igualmente, reconhecida entre a doutrina, foi uma vez mais uma criação da jurisprudência, sendo agora a sua paternidade do Tribunal Constitucional Federal Alemão.<sup>80</sup>

No seu início, esta teoria foi pensada para a “área específica dos meios de prova que contendem com a esfera da privacidade e segredo – v.g., gravações, fotografias, diários, fichas dos doentes de um consultório médico, etc”.<sup>81</sup>

O Tribunal Federal ao construir esta teoria veio de certa forma densificar material e axiologicamente a problemática associada às proibições de prova, uma vez que, veio distinguir três áreas ou esferas na vida privada, circunscrevendo-se à esfera da intimidade pessoal e nessa medida tem carácter contínuo e absoluto em prol da respetiva tutela.

A primeira área identificada pelo Tribunal prende-se com a esfera da intimidade, área nuclear inviolável, expressão da inviolabilidade da dignidade humana, que exclui qualquer tipo de ponderação. A exclusão da ponderação prende-se com a circunstância de se querer proteger a esfera da intimidade contra qualquer intromissão perpetrada pelas autoridades formais de controlo ou dos próprios particulares. O que determina “ a

---

<sup>77</sup> Schäfer e Sax, *Apud* Costa Andrade, *Sobre as Proibições.....*, p. 92

<sup>78</sup> Neste Roxin, *Apud* Costa Andrade, *Sobre as Proibições.....*, p.93, refere que “ao arguido assiste não só o direito de que sejam observados os preceitos especificamente preordenados à sua tutela, mas também o direito geral de que seja assegurada a conformidade do processo à ideia e às exigências da justiça”

<sup>79</sup> Cfr. Grünwald *Apud* Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*, p. 311 e 312, dá-nos conta de dois exemplos, nos quais o *BGH* “contradiu a teoria por si elaborada: a) a decisão do 2.Senado *BGH* 33,148, em que o depoimento de um médico obtido em violação do § 53º StPO foi considerado insusceptível de valoração nos casos em que a relação de confiança violada não envolve o arguido, mas sim um terceiro, com o argumento de que cada arguido tem o direito a um processo legal; b) noutra decisão do 3. Senado do *BGHSt* 37, 30 (32), entendeu-se que uma proibição de valoração só pode ser reconhecida se expressamente prevista ou se se verificarem razões extraordinariamente ponderosas no caso concreto”.

<sup>80</sup> Em especial, a sua decisão de 31 de Janeiro de 1973

<sup>81</sup> Costa Andrade, *Sobre Proibições, ... Ob. Cit.*, p.94

proibição radical e sem exceções de todas as provas que contendam com este círculo”,<sup>82</sup>o da esfera da intimidade.

Este primeiro propulsor desta “primeira esfera” é imposto por imperativos constitucionais, na medida em que se deve respeitar o núcleo fundamental da esfera íntima do indivíduo, e alicerça-se no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, garantido pelo artigo 2.º, n.º 1 da Lei Fundamental Alemã. O Tribunal na determinação do seu conteúdo tem presente a dignidade da pessoa humana, que é inviolável, e por esta via o Estado tem de respeitar a esfera de intimidade do cidadão. A par destes normativos o mesmo Tribunal filia-se na norma do n.º 2 do artigo 19.º da Lei Fundamental, que determina a inviolabilidade do conteúdo essencial do direito, e nesta medida nem sequer os superiores interesses da comunidade podem justificar uma agressão ao núcleo fundamental da esfera da vida privada.

A segunda área identificada pelo Tribunal Federal, estende-se à área normal da vida privada também ela projeção, expressão e condição do livre desenvolvimento da personalidade ética da pessoa.<sup>83</sup>

Como é bem de ver, este bem jurídico está protegido pela Constituição e também pelo direito ordinário. Porém, já não pode ser visto isoladamente à margem das exigências da vida em comunidade, mas através de uma ponderação de interesses.

Nesta contenda o sacrifício a este bem jurídico, em sede de produção de prova, estará sempre legitimado na medida em que possa salvaguardar os valores e interesses da comunidade, mas em obediência do princípio da proporcionalidade.

Foi com base nesta tese que o Tribunal Constitucional Federal baseou e fundamentou um dos seus acórdãos a admitir e valorar escutas telefónicas, ainda que, sem o consentimento do visado, mas desde que não violasse o núcleo fundamental da intimidade e ao mesmo tempo fossem essenciais para o combate à perseguição e repressão criminais.

A terceira e última área, identificada pelo Tribunal, liga-se à esfera social, que é toda uma extensa e periférica área de relacionamento, que não se reduzindo necessariamente ao domínio da publicidade, por vezes ocasiona restrições dos direitos que são socialmente toleradas, não reclamando, portanto, tutela autónoma.

---

<sup>82</sup> Costa Andrade, *Sobre proibições.....*, p. 94

<sup>83</sup> Neste sentido, Maria de Fátima Mata Mouros, *Ob.Cit.*,p.314 e Costa Andrade, *Sobre as Proibições.....*,p.95

Aqui o Tribunal eleva a sua argumentação à circunstância de, em bom rigor, já não ter grande sentido falar-se em direito à própria palavra suscetível de lesão, e por isso, necessitado de tutela. Para o efeito, explicita o Tribunal “ quando num armazém se gravam as encomendas de um cliente, ou o corrector da bolsa grava as ordens de transacção de um investidor. Nestas situações (...) é o conteúdo objectivo da comunicação que aparece em primeiro plano, de tal forma que a personalidade do interlocutor desaparece quase por completo, perdendo, por isso, a palavra o seu carácter privado”:<sup>84</sup>

Compreende-se a preocupação do Tribunal em defender esta tese, na medida em que, todo e qualquer cidadão tem direito à sua intimidade e o Estado deve garantir a sua proteção. Portanto, é um direito que nasce com a pessoa e por isso deve ser protegido pelo Estado.

Nesta perspetiva, a tese em apreço oferece um inegável contributo para a doutrina das proibições de prova e “uma densidade axiológico-material e político-criminal de irrecusável fecundidade heurística e hermenêutica.”<sup>85</sup> Esta densidade parte do pressuposto de que uma qualquer valoração ou utilização de um meio de prova ilícito representa um atentado à dignidade humana.

Pese embora a versatilidade desta doutrina, a verdade é que surgem críticas que incidem sobre as dificuldades que suscita na aplicação prática, uma vez que, nem sempre se afigura fácil diferenciar os três níveis apontados pelo Tribunal, e em especial, nas áreas de fronteira de cada um deles.<sup>86</sup>

As críticas que mencionamos permitem concluir que a tese em apreço reconheceu um relativo acolhimento quer na doutrina<sup>87</sup> quer na jurisprudência não constitucional.<sup>88</sup>

---

<sup>84</sup> Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*, p.96

<sup>85</sup> *Ibidem*, p.97

<sup>86</sup> Vamos ao encontro do que diz o Tribunal Federal, *apud* Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*,p.97, que “É difícil balizar em abstracto quanto uma gravação oculta contende com a área pura e simplesmente inviolável da conformação privada da vida ou quando, inversamente, ela atinge apenas aquela área da vida privada exposta, sob determinados pressupostos, à intervenção estadual. Esta é uma questão que só pode ser respondida caso a caso, atendendo a todas as circunstâncias particulares. ”

<sup>87</sup> Adeptos desta doutrina, encontramos eco em Otto, Gössel ou Amelung, *apud* Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*,p.99 adere à posição do Tribunal Constitucional, embora contestando o paradigma geral, privilegia o momento da proibição da valoração, e advoga concretamente um regime diferenciado das gravações ocultas a partir da respectiva localização “topográfica” na área da privacidade. E também Amelung que refere a propósito da apreensão e valoração dos diários pessoais, se pronuncia a favor da uma área absolutamente inviolável e precludindo, por isso, toda a utilização e valoração processual probatória. Para o efeito, privilegia o autor a liberdade de consciência, protegida pelo artigo 4.º da Lei Fundamental: um preceito que assegura ao individuo um *fórum internum*, isto é, um diálogo com a sua própria consciência a coberto de todas as ingerências ou pressões exterior.

### 2.3 – A teoria da ponderação

Esta teoria foi uma criação essencialmente da doutrina e procura dar resposta aos problemas centrais das proibições de prova. Procura replicar ao problema da identificação das hipóteses de proibição de valoração, objetar a problemas derivados e tão específicos como o dos conhecimentos fortuitos ou do efeito-à-distância.<sup>89</sup>

A doutrina que a defende, sustenta-a, partindo da ideia base que a proibição de valoração de uma prova não pode estar predefinida. Antes pressupõe uma ponderação valorativa a estabelecer caso a caso entre o interesse individual e o interesse da perseguição penal.<sup>90</sup> Para este efeito, encontra fundamento expresso na Constituição, que a proibição de valoração de prova proibida não necessita de decorrer diretamente de norma expressa.

Desta forma a procura de cada proibição de valoração deve ser o resultado de uma concreta ponderação de interesses, e nessa medida deve-se balançar, por um lado, o interesse na proteção do bem jurídico do cidadão afetado, e por outro lado o interesse do Estado na perseguição penal.<sup>91</sup>

A jurisprudência alemã também seguiu esta doutrina. Para este efeito o BGH tem edificado o princípio da ponderação de interesses como o alicerce fundamental à problemática das proibições de prova, e neste sentido, aceita a ingerência nos direitos fundamentais dos cidadãos quando e na medida em que haja evidências de proteção de outros interesses mais importantes. É precisamente com este fundamento que o BGH admite a valoração de gravações realizadas de forma encoberta quando produzidas em estado de necessidade, bem como a valoração de conteúdo de diários íntimos quando os seus escritos sejam essenciais para a descoberta e esclarecimento de crimes graves.<sup>92</sup>

---

<sup>88</sup> Como lembra Roxin, *apud* Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*, p. 97, “é duvidoso que o BGH tenha assumido expressa e conseqüentemente a contraposição entre os três regimes correspondentes às três áreas diferenciadas da privacidade”, antes pelo contrário verifica-se “a tendência deste tribunal [Constitucional] vai claramente no sentido da generalização de um princípio de ponderação que não conhece a barreira de uma área nuclear inviolável.”

<sup>89</sup> Roggal, *apud* Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*, p.100, sintetiza desta forma “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 de tutela do interesse sacrificado.”

<sup>90</sup> Rogall, *apud* Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*, p.315

<sup>91</sup> Roxin, *apud* Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*, p.316, apela à ponderação dos vários interesses. Lembrando que, apesar de inúmeros esforços da doutrina e da jurisprudência até hoje não foi possível construir uma teoria das proibições de prova que alcançasse um reconhecimento geral, aconselha à renúncia a princípios globais na matéria, sustentando que a solução deve ser procurada na ponderação dos diversos interesses.

<sup>92</sup> Herrmann, *apud* Maria de Fátima Mouros, *Ob.Cit.*, p.316

Afigura-se-nos que o Tribunal Constitucional Federal eleva ao primeiro patamar da pirâmide dos direitos fundamentais a realização da justiça penal, em detrimento dos direitos mais elementares dos cidadãos.<sup>93</sup>

Pese embora este acolhimento por parte de alguma doutrina e ainda dos tribunais, surgem diversas críticas de vozes habilitadas como GRÜNWARD, HASSEMER, WOLTER ou AMELUNG, as quais põem em a causa a sua adequação dogmática, pertinência da fundamentação e essencialmente a falta de enquadramento jurídico-constitucional. Nesta última, os referidos autores entendem que esta teoria é demasiada consequencialista e, por isso, colide frontalmente com os alicerces do Estado de Direito.<sup>94</sup> Continuam os mesmos autores a mencionarem que a ponderação de interesses gera insegurança e permite contradições, o que implica um enfraquecimento das posições jurídicas dos cidadãos, cujo instituto das proibições de prova visa proteger.

Em bom rigor, esta tese falece pela circunstância de os seus mentores não conseguirem desenhar de forma cabal as suas regras gerais e não se sabe quando se deve proibir a valoração de determinada prova. No limite, esta tese tende a enfraquecer os direitos fundamentais dos cidadãos à medida que a gravidade do crime aumenta. O que é de todo inaceitável, uma vez que, o instituto das proibições de prova visa proteger os mais elementares direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, e por essa via, esta tese peca por desprotegê-los. Nesta medida, não admira que esta tese seja conhecida como aquela que protege de forma cabal os interesses do Estado na perseguição penal a todo o custo.<sup>95</sup>

Uma outra crítica que se pode aditar a esta tese prende-se com a circunstância de em sede de regulação da recolha de prova, não restar espaço algum para a ponderação de interesses, uma vez que o legislador ordinário ao regular diretamente estas questões tomou logo partido da ponderação de interesses.

Por fim, os defensores da nova corrente que une as proibições de prova ao direito à informação, como AMELUNG<sup>96</sup>, criticam a tese da ponderação por representar uma conceção especificamente focalizada no resultado do processo e que confia a proteção daquele direito (à informação) unicamente à regulamentação da proteção de dados, o que é notoriamente insuficiente.

---

<sup>93</sup> *Idibem*, p.317

<sup>94</sup> Cfr. João da Costa Andrade, "Testemunhas-de-Ouvir-Dizer Novos Desafios, Velhos Problemas (Diferentes Constelações Típicas à Luz das Proibições de Prova em Processo Penal)", *in* Estudos de Homenagem ao Juiz Conselheiro António da Costa Neves Ribeiro, In Memoriam, Almedina, 2007, p.349

<sup>95</sup> Grünwald, *apud* Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*,p.318

<sup>96</sup> AMELUNG, *apud* Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*,p.319

## 2.4 – A teoria da gravidade

Esta teoria foi produto do labor da doutrina e para ela a identificação de uma proibição de valoração depende da gravidade da ingerência proibida na obtenção da prova. Como diz o seu grande defensor, HERMANN MÜLLER, “ será a gravidade da infração à lei, em sede de produção de prova – sc., a existência duma violação processual grosseira – que decidirá em primeira linha da cominação da proibição de valoração.”<sup>97</sup> Portanto, para esta teoria a identificação da proibição vai ao encontro da lesão causada pela ilegalidade cometida, e em consequência a prova obtida não poderá ser valorada.

Esta teoria teve inicialmente defensores, mas rapidamente avançaram as primeiras críticas. Com efeito, a teoria não se adequa ao direito vigente na Alemanha, que prevê na sua lei processual penal (§ 136º *StPO*) a proibição de prova por violação de qualquer um dos métodos de prova aí previstos. Portanto, à semelhança do nosso artigo 126.º do CPP, que prescreve constantemente a proibição de valoração para a sua violação, qualquer que seja a respetiva gravidade. Por outras palavras, caso se verifique alguma violação da norma citada, não depende de um determinado grau de gravidade a produção de efeitos da sua estatuição.<sup>98</sup>

No entanto, e como alerta MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, “apesar de não encontrar correspondência no regime definido na lei, pelo menos enquanto critério de delimitação geral, esta teoria não deixa de conter, em si mesma, uma ideia nuclear correcta: quanto mais grave for a violação da lei praticada, tanto mais necessitado de tutela ficará o visado.”<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> *Apud* Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*,p.100

<sup>98</sup> Neste sentido Rogall, *apud* Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*,p.101

<sup>99</sup> *Ob.Cit.*,p.313

## 2.5 – A teoria de Peters

A doutrina de PETERS, segundo o professor Costa Andrade, é de certa forma, a continuidade material-axiológica da teoria da gravidade, mas com uma maior consistência dogmática e rigor sistemático.<sup>100</sup> Para tanto, PETERS pretende dedicar um tratamento global da problemática das proibições de valoração e o respetivo regime.

O autor exclui liminarmente as regras de produção da prova porque não são proibições de prova, e contrapõe *proibições de perseguição da prova* – de que constituirá manifestação paradigmática o § 136a) *StPO* “limitam a perseguição penal (...) pondo a descoberto um espaço livre de perseguição penal”<sup>101</sup>, o que implica a inadmissibilidade de produção de prova, por exemplo o caso de prova obtida mediante tortura, sendo de conhecimento oficioso implica a produção de efeito à distância (reação em cadeia) – e *proibições do processo de prova* – apenas limitam (excepcionalmente) o espaço em princípio aberto à perseguição penal, *i.e.*, a obtenção da prova pode ser levada a cabo desde que vinculada a certos pressupostos, por exemplo, o consentimento do visado<sup>102</sup>, e neste sentido devem ser suscitadas (tendo o MP e o arguido sempre legitimidade processual para tanto, em defesa de um processo justo no interesse de todos)<sup>103</sup>.

A consequência legal para a inobservância destes pressupostos gera um vício processual. Por outras palavras, e como nos diz PETERS, “o tribunal não ultrapassa aqui as fronteiras da prova mas apenas os limites processuais que lhe são postos”<sup>104</sup>. Este vício aplica-se tanto às proibições de perseguição da prova como às proibições do processo de prova.

Uma apreciação global desta tese permite-nos concluir que ainda está longe de assegurar uma resposta fundada e definitiva às diversas e complexas questões suscitadas pela identificação das hipóteses concretas de proibição de valoração.<sup>105</sup> A doutrina cuja defesa se deveu em grande parte a GRÜNWALD argumenta que aquela teoria acaba por admitir que as violações ao mesmo preceito legal possam, consoante as circunstâncias

---

<sup>100</sup> Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*, p.101

<sup>101</sup> *Idibem*

<sup>102</sup> Maria de Fátima Mata- Mouros, *Ob.Cit.*, p.313

<sup>103</sup> Desta forma, a teoria em análise afasta-se da teoria da esfera jurídica, e neste contexto PETERS *Apud* Costa Andrade, *Ob.Cit.*, p.102, relembra “uma vez que o tribunal tem de observar as regras da prova no interesse de todos os participantes processuais, o ministério público e o arguido podem arguir sempre a violação de uma proibição de processo de prova”.

<sup>104</sup> *Ibidem*

<sup>105</sup> Neste sentido, Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*, p.314 e Costa Andrade, *Sobre as Proibições...* p.102

do caso, ter de qualificar-se como proibições de perseguição da prova, proibições do processo de prova, ou mesmo, como meras regras de produção de prova.<sup>106</sup>

## 2.6. A Teoria do fim da proteção da norma

Um número considerável de autores vem procurando dar resposta às questões relacionadas com a problemática das proibições de prova, através da dogmática penal substantiva, e para este efeito recorrem às mais recentes teorias da imputação objetiva.

Neste contexto, surge a teoria do fim da proteção da norma ou teoria do erro quanto ao fim, sendo, uma vez mais, uma criação da doutrina pela mão de GRÜNWARD e RUDOLPHI.

Esta doutrina parte do fim protegido pela norma de proibição de aquisição da prova para dar resposta à pergunta da possibilidade de valoração. Para o efeito, se proibir uma valoração de prova é absolutamente determinante saber se o fim de proteção da norma de proibição da aquisição de prova se encontra, ou não, comprometido definitivamente com o conhecimento daquela prova. Portanto, se o fim de proteção da norma se achar definitiva e irreversivelmente atingido pela medida já não haverá lugar para uma proibição da valoração do seu resultado. Pelo contrário, se a eventual valoração do resultado da medida ainda potenciar a confirmação ou o aprofundamento da violação do interesse protegido pela norma desrespeitada, haverá lugar à proibição de valoração.<sup>107</sup>

Na ótica deste autor a problemática da valoração de uma prova não deve ser apreciada apenas de uma perspectiva, sendo de rejeitar sistemas unidimensionais de proibições de valoração de prova como a teoria da esfera jurídica, bem como a solução defendida por BELING ao sustentar que qualquer violação de uma proibição de aquisição de prova devia acarretar uma proibição da sua valoração.

Problemática que é salientada por GRÜNWARD, cuja argumentação se circunscreve a uma apreciação diferenciada caso a caso, ao apontar para a faculdade de valoração em benefício do arguido. Portanto, a multiplicidade de situações que podem estar no alicerce da inadmissibilidade de uma ingerência em direitos individuais não

---

<sup>106</sup> *Apud* Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*,p.102

<sup>107</sup> Cfr. Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*,p.319. Neste mesmo sentido Grünwald, *apud* Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*,p.103, tudo está em saber” a produção ilegal da prova representa já, de per si, a frustração definitiva e irreversível do fim de protecção 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.”

permite responder da mesma forma, em sede de proibições de valoração, a todas as situações. Este autor parte da premissa de que se justifica uma proibição de valoração da prova quando o fim de proteção da norma processual violada não se mostra definitivamente frustrado, podendo a valoração da prova assim obtida conduzir ainda à consumação ou mesmo aprofundamento daquela frustração.<sup>108</sup>

Estas premissas de que parte o autor permitem-lhe, para além de definir as hipóteses de proibição de valoração, dar resposta a problemas como o do efeito-à-distância.

Portanto, através da sua análise, o autor chega a diversas conclusões, as quais se densificam, em primeiro lugar, se houve uma violação de uma norma jurídica que tem como fim a proteção de interesses do arguido, o material probatório obtido com essa violação não pode ser valorado; em segundo lugar nos casos em que a norma violada visasse a proteção de terceiros, a obtida com essa violação só poderá ser valorada no caso de a violação daqueles interesses se encontrar finda e não puder ser renovada; por fim, mesmo no caso de se verificarem os pressupostos que dissemos no ponto anterior, não podem ser valoradas declarações obtidas com recurso a métodos de interrogatório proibidos, ou de prova conseguida através de uma violação jurídica propositada.<sup>109</sup>

Pese embora tudo quanto dissemos, terá de ser sobpesado em resultado das considerações a fazer em sede de meios hipotéticos de aquisição das provas insuscetíveis de valoração pelas regras acabadas de definir.

Já RUDOLPHI entende que a previsão normativa que deva fazer acionar uma proibição de prova deriva da circunstância de o legislador, com a norma violada, pretender evitar a contaminação da sentença através de determinados meios de prova, no caso da referida contaminação poder, ainda, surgir como consequência inevitável daquela violação.<sup>110</sup>

Outro ramo desta doutrina representada por GÖSSEL, não se conforma com os resultados alcançados pelos estudos desenvolvidos no âmbito da dogmática das proibições de prova, ensaia uma nova abordagem no sentido de delimitar o conteúdo daquelas proibições, recorrendo a critérios diversificados, como o da natureza das coisas, sentido literal da norma, sistemática da lei e orientações político-criminais.

---

<sup>108</sup> Grünwald, *apud* Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*,p.320

<sup>109</sup> Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*,p. 103 e 104

<sup>110</sup> Störmer, *apud* Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*,p320 e Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*,p.104

Embora esta doutrina tenha vários adeptos, a verdade é que, mesmo na versão consolidada por GRÜNWALD, tem atraído sobre si críticas fundamentadas, que vêm por em causa a sua plausibilidade como sistema dogmático de delimitação lata da problemática das proibições de valoração.

Estas críticas prendem-se fundamentalmente com as dificuldades de aplicação prática e ainda com sólido fundamento material e acerto político-criminal.<sup>111</sup>

Em primeiro lugar, há normas que suscitam dificuldades na identificação do fim de proteção da norma, e nesta medida tudo se resume, afinal à interpretação e aplicação do intérprete.

Em segundo lugar, existem normas “de intencionalidade teleológica pluridimensional, a suscitar complexos problemas de hierarquização dos vários fins de proteção e, sobretudo, de aplicação dos critérios da consumação e aprofundamento do dano”.<sup>112</sup> Prossegue o mesmo autor, dando exemplo desta última crítica a própria configuração da norma do artigo § 136 a) da *StPO* alemã, e a nossa equivalente do artigo 126.º do CPP.

Pese embora as críticas que foram dirigidas a esta teoria, a verdade, é que conseguiu algumas vantagens face à teoria da ponderação ao proporcionar maior segurança, por possibilitar o estabelecimento de um panorama geral das regras orientadoras que definem o *se* e *em*, ou seja as condições a infração das regras da prova deverá conduzir a uma proibição de valoração.

## **2.7 Processos hipotéticos de investigação**

Considerando a discussão em torno da teoria do fim da proteção da norma preconizada por GRÜNWALD, perspectiva-se o caminho para entrar em contacto com os processos hipotéticos de investigação, que são nem mais nem menos do que uma réplica dos comportamentos lícitos alternativos da dogmática penal e em torno dos quais se vai desenhar uma nova doutrina das proibições de prova.

Esta tese na sua formulação mais simplista afirmar: a violação de uma proibição de produção de prova não determina definitiva e automaticamente a exclusão de valoração do meio de prova sempre que se possa afirmar que aquele concreto meio de

---

<sup>111</sup> Neste sentido Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*,p.104 e Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*,p.321

<sup>112</sup> Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*,p.104

prova seria, igualmente, alcançado ou obtido se não se verificasse a violação daquelas normas.

A tese surge com KLUG, e numa primeira abordagem o autor privilegia o argumento da causalidade, e para este efeito, “a inevitabilidade da violação da lei – dada a possibilidade de obtenção do mesmo resultado através de processo alternativo e conforme ao direito – retira àquela violação a eficácia ou relevância causal no contexto da produção da prova.”<sup>113</sup>

Esta doutrina tem acolhido diversos defensores, entre os quais sobressai o nome ROGALL, paralelamente tendo um campo de atuação mais alargado no que toca à sua intervenção dogmática. Inicialmente o seu campo de atuação circunscrevia-se à problemática das proibições de valoração, mas estendeu-se ao domínio das questões relacionadas com o efeito-à-distância, área que seria amplamente tratada por WOLTER.

Pese embora o seu acolhimento pela doutrina, de uma parte, e da jurisprudência, por outra, a verdade é que as coisas estão longe de estarem suficientemente clarificadas.

A única coisa que parece segura é o reconhecimento por parte de todos os atores judiciários da necessidade de evitar soluções extremadas. Nesta linha, defende ROXIN, que o processo hipotético deve partir do caso concreto, isto é, tem-se em conta o que, no caso concreto seria de admitir como processo alternativo com base no estado das coisas, e não com base no que o processo penal admite, em geral, como alternativo.<sup>114</sup>

A somar a esta ponderação salientada por ROXIN, defende-se na esteira de ROGALL, que, no processo alternativo, a obtenção de prova seja altamente provável, portanto, exclui-se a mera probabilidade, exigindo-se um grau de “quase” certeza. Todavia, mesmo nestas circunstâncias da obtenção altamente provável da prova, ROXIN, defende que deverá sempre ser considerado uma proibição de valoração quando haja uma grave violação da lei. Continua o mesmo autor, esclarecendo que não se poderá legitimar uma escuta telefónica quando não seja ordenada pelo juiz nos termos legais, com o pretexto de que, se tivesse sido requerida ao juiz, este a teria seguramente ordenado.<sup>115</sup>

Pode compreender-se esta posição do ilustre mestre, aliás caso assim não fosse entraria pela janela o que não encontrou pela porta, ou seja, a lei prescreve a autorização do juiz quando determinados atos possam contender com os mais elementares direitos

---

<sup>113</sup> *Apud* Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*, p.107 e 108

<sup>114</sup> *Apud*, Costa Andrade, *Sobre as Proibições...*, p.109

<sup>115</sup> *Ibidem*.

fundamentais dos cidadãos, e caso fosse possível praticar atos como o que descrevemos acima, seria praticamente inútil pedir uma autorização judicial, porque esta omissão estaria sempre autorizada pela hipotética autorização.

## **2.8. A teoria da dupla função dos atos processuais**

Os defensores desta teoria partem da diferença existente entre a função material e processual dos atos processuais, e para o efeito sustentam que só existe proibição de prova quando a lei processual penal o preveja. Portanto, o atos praticados pelas instituições de controlo formal que desrespeitem os limites fixados na lei processual penal terão como consequência a proibição de prova obtida com essa violação.

Os autores que dirigem críticas a esta tese, salientam o facto de que a diferenciação entre o direito material e o direito processual nada contende com a adequação de uma proibição de prova e muito menos que a violação de uma norma processual, que acarreta sempre uma proibição de prova. Esta última crítica que lhe é dirigida encontra fundamento no regime já alcançado nos direitos fundamentais, aliás a jurisprudência constitucional tem mostrado ao longo dos tempos que este núcleo de direitos foi alcançando uma projeção completamente diferente daquela que era conhecida nos seus primórdios. A força dos direitos fundamentais, que hoje em dia é por todos (re) conhecida, permite sem margem para grandes dúvidas afastar a teoria da dupla função dos atos processuais na medida em que apenas reconhece uma proibição de prova quando haja violação de normas processuais.<sup>116</sup>

---

<sup>116</sup> Rogall, *apud* Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*,p.314. A descrição desta tese tem por base a exposição do referido autor, e que foi explanado na obra citada.

### **§ 3. Análise sumária dos diferentes momentos da dogmática alemã das proibições de prova**

Após a abordagem, ainda que descritiva, às diferentes teorias alemãs das proibições de prova, cumpre agora, na esteira de DENCKER<sup>117</sup>, mencionar o plano evolutivo da dogmática das proibições de prova.

Em primeiro lugar, surge a autonomização do conceito de proibições de prova pela mão de BELING, onde o autor constrói os alicerces do conceito com base nas proibições de violação de regras de prova e no seu raciocínio lógico tenta determinar quais as consequências processuais e materiais subjacentes à violação de tais proibições.

Com efeito, procura-se sob a capa do conceito de proibição de prova, fixar uma sanção, ainda que genérica, para a inobservância da lei processual relativa às regras de prova.

Num segundo estágio da evolução da dogmática das proibições de prova, percebeu-se que os conceitos desenvolvidos por BELING eram demasiado genéricos e em consequência não permitiam uma adequada diferenciação na sua aplicação prática, apesar de hoje em dia ser corrente a divisão entre proibições absolutas e proibições relativas, a verdade é que naquele tempo não havia tal diferenciação, o que permitiu transpor as críticas então dirigidas para um novo estágio evolutivo, deixando, portanto, para trás a preocupação em determinar as consequências, genéricas, da violação de uma proibição de prova, para passar a determinar os casos em que uma violação de uma proibição de prova deve fundamentar uma proibição de valoração.

Por fim, e na decorrência lógica do processo evolutivo, através da indagação da distinção dos casos em que uma proibição de prova fundamenta uma proibição de valoração, acaba por reconhecer-se que não deverá ser somente uma violação de uma regra de prova a poder originar uma proibição de valoração, surgindo, assim, o reconhecimento de proibições de valoração independentes da verificação de alguma irregularidade na sua obtenção.

Face a esta diferenciação surgem as chamadas proibições de prova independentes da forma como são produzidas, e que constituem como exemplo

---

<sup>117</sup> Seguiremos a exposição de Maria de Fátima Mata Mouros, bem como a de Costa Andrade, que seguem o autor alemão referido, visto que, ao nível nacional são muito poucos aqueles que abordam a doutrina alemã de forma completa.

expressivo certas referências a diários pessoais que são uma agressão nítida à esfera íntima do visado.<sup>118</sup>

A evolução da dogmática das proibições de prova só poderá ser concluída com uma análise dos resultados alcançados.

Uma primeira meta alcançada pela dogmática das proibições de prova permitiu-nos compreender, no essencial, a diferença entre as proibições na recolha de prova -que são a sanção para os incumprimentos das regras relativas às regras de produção de prova - e as proibições de valoração de prova.

Ao entrarmos no núcleo de cada um destes conceitos, conseguimos compreender que o momento da recolha da prova é distinto do momento da sua valoração. Com efeito, e neste momento inicial é possível perceber que a inobservância de uma regra de produção de prova não acarreta necessariamente a sua proibição. No entanto, é possível compreender, ao mesmo tempo, que nem todas as proibições de valoração terão no seu cerne a violação de uma regra de produção de prova.

Daqui resulta que a linha que separa as proibições de recolha e proibições de valoração, permitem-nos encontrar dois caminhos distintos. O primeiro encaminhar-nos-á para o reconhecimento de que nem toda a violação de uma regra de prova gera uma proibição de valoração.<sup>119</sup> Pelo segundo, consegue-se alcançar as proibições de prova autónomas, *i.e.*, o reconhecimento da existência de proibições de valoração de prova independentes de uma violação de uma regra de prova.

O segundo resultado alcançado na nossa perspetiva, contribui maioritariamente para a compreensão das proibições de prova como um instituto autónomo. Foi, portanto, a compreensão das proibições de prova como um instituto de base constitucional. Aliás, esta conclusão já foi avançada nos pontos precedentes do presente estudo. É a partir daqui que se encontra o alicerce fundamental para sustentar a ideia de que as proibições de valoração de prova decorrentes de normas constitucionais visam a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Esta autonomização das proibições de valoração de prova permitiu ampliar o campo de aplicação da dogmática das proibições de prova, que até então se circunscrevia à diferença entre as proibições na recolha de prova, para passar a compreender proibições de prova resultantes de ingerências ilegais ou abusivas nos mais elementares direitos fundamentais. É precisamente neste ponto do percurso da

---

<sup>118</sup> Dencker, *apud* Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*,p.321 e 322

<sup>119</sup> Grünwald, *apud* Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*,p.323

evolução da dogmática das proibições de prova em que se reconhece o seu afastamento do progresso da sua dimensão processual, para operar, como dissemos, na dimensão material em prol dos direitos fundamentais.

Em jeito de conclusão podemos afirmar, apesar de todas as teorias acima descritas, que a dogmática das proibições de prova se desenvolve à volta de duas grandes orientações. A primeira que defende a autonomização das proibições de prova, partindo, portanto, da própria essência da prova, sem considerar as suas consequências jurídico-penais. Tomando as palavras de MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, esta primeira tese “vê as proibições de prova como um instituto processual autónomo, pretendendo encontrar a sua essência, limites e significado no próprio instituto da prova”.<sup>120</sup> No entanto, GÖSSEL<sup>121</sup> defende que dentro desta teorização se podem encontrar duas ramificações. A saber: (i) por um lado existem as teorias formais, que permitiram uma distinção, ainda que formal, entre proibições de produção de prova e proibições de valoração de prova; (ii) do outro lado, as teorias materiais que privilegiam a dimensão material do instituto das proibições de prova. Através de um percurso que privilegia o conteúdo das proibições de prova, tentam alcançar a prova proibida, por exemplo, através de uma violação do fim protegido pela norma, justifica-se a proibição da prova que daí se obteve.

A segunda grande orientação fundamenta uma não autonomização das proibições de prova, ou dependente de recurso, claramente acolhida pela jurisprudência alemã. Portanto, aqui as proibições de prova são vistas sob o prisma da sua função no processo. Por outras palavras, as proibições de prova são compreendidas através dos limites imanentes aos recursos.

Dentro das teses supra referidas, podemos apontar como as prediletas para esta dimensão, a teoria da esfera jurídica, a da gravidade, entre outras que foram acolhidas pela jurisprudência alemã. Portanto, a jurisprudência através da revisitação ao instituto dos recursos procura dar uma resposta ao problema das proibições de prova.

---

<sup>120</sup> *Ob. Cit.*, p.325

<sup>121</sup> *Apud*, Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob. Cit.*, p.325

#### **§ 4. Síntese da dogmática das proibições de prova.**

O estudo da dogmática das proibições de prova não conseguiu definir as linhas orientadoras e delimitar as consequências de uma violação das regras de prova, tal como acima demonstrámos. No entanto, as teses que defendem a autonomização do conceito de proibições de prova permitiram algumas destrições até então desconhecidas, como temas proibidos de prova e meios proibidos de prova, mas mesmo assim, não se conseguiu uma harmonia suficientemente consolidada para que se pudesse aplicar tais regras de forma uniforme em todo o processo.

As teorias que defendem um conceção estritamente processual das proibições de prova, não conseguiram ir além do campo processual em detrimento das consequências ao nível constitucional. Todavia, mesmo as teorias materialistas não foram isentas de críticas e de subseqüentes aperfeiçoamentos.

Por fim, as teorias acolhidas, essencialmente, pela jurisprudência alemã não conseguiram de forma cabal traçar em linhas gerais a dogmática das proibições de prova, bem como determinar quais as consequências da sua violação.

Ao longo deste estudo fizemos uma abordagem ao tema da autonomia das proibições de prova no seio da doutrina nacional, e logo depois fizemos uma análise necessariamente descritiva das teorias alemãs sobre o tema. Não fizemos o inverso porque para o presente estudo não teria grande relevância material a sua ordenação temporal.

Dito isto, fácil é de compreender que, mesmo entre nós, o panorama relativo às proibições de prova não sofre grandes alterações em relação ao que se passou na doutrina alemã. Problemática que é discutida na doutrina nacional em torno da autonomia dogmática e jurídica das proibições de prova, e relacionado para o efeito a sua destrição entre o regime das nulidades, tal como acima expusemos. Como vimos, existe uma certa dificuldade, por parte da doutrina e da jurisprudência, face ao silêncio da lei, em determinar e sistematizar as diferentes categorias de proibições de prova, bem como os efeitos associados aos respetivos incumprimentos.

A doutrina usualmente trata o instituto das proibições de prova numa perspetiva estritamente processual, mesmo quando lhes reconhece uma dimensão protetiva de direitos, liberdade e garantias. Aliás, esta conclusão não é nem mais nem menos do que acima expusemos acerca da destrição entre o regime das nulidades e das proibições de prova.

Como demonstrámos, e na linha de João Conde Correia, podemos configurar como características fundamentais da autonomia do instituto das proibições de prova: (i) a sua não utilização na dimensão de não produção e não valoração; (ii) não taxatividade, decorrente da sua dimensão protetiva dos direitos fundamentais; (iii) conhecimento oficioso; (iv) carácter *erga omnes*, embora limitado ao processo penal; (v) a sua insanabilidade e tendo ainda o efeito-à-distância.<sup>122</sup>

Pese embora estas características da autonomia dogmática e jurídica das proibições de prova, e tendo ainda em linha da conta o seu fundamento como mecanismo protetivo dos direitos fundamentais dos cidadãos, na verdade, e como alerta MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, “a não taxatividade das proibições de prova, embora abrindo o horizonte do instituto ao remeter o seu fundamento para a Constituição, acaba, todavia, por colher também um tratamento estritamente direcionado para o âmbito do processo, e como tal, sujeito ao seu formalismo, pressupostos de legitimidade e admissibilidade de recurso”<sup>123</sup>. Significa, pois, que mesmo tendo em conta a perspetiva que acima mencionámos, continua, o instituto, a ser maltratado entre nós, na medida em que é olhado como um mecanismo focado nos vícios formais do processo.

Dito isto, é inegável que os estudos desenvolvidos sobre a temática das proibições de prova foram fundamentais para uma compreensão da sua estrutura, mas nem por isso, ficariam isentos de críticas. Para o efeito, urge apreciar, ainda que de modo descritivo, a nova tese que foi entretanto elaborada sobre a temática das proibições de prova.

---

<sup>122</sup> João Conde Correia, *Ob. Cit.*, p.191 a 202

<sup>123</sup> *Ob. Cit.*,p.352

## **§ 5. Uma nova abordagem ao instituto das proibições de prova – O Direito à Autodeterminação Informativa.**

Esta tese, ao que parece, inculca a ideia de progressão em relação à tese das três esferas. Esta última abordava a questão da privacidade, e a nova tese aborda-a, mas incorpora nos seus alicerces as inovações tecnológicas.

Sendo assim, no virar do século, e em especial, a partir do momento em que se passou a admitir as escutas telefónicas para além do suspeito, testemunha, ou mero detentor de provas, o processo penal teve de se adaptar a essa nova realidade. É de fácil constatação que nos últimos anos a matéria alvo de investigações criminais aumentou drasticamente, o que implicou uma transmissão bastante acentuada de informações sigilosas, o que implica um risco progressivo na violação da informação pessoal dos cidadãos.

Com o advento das inovações tecnológicas surgiram condições de captação, armazenamento e transmissão de informações pessoais bastante mais fáceis do que algumas décadas anteriores. Ninguém ignora que este avanço foi benéfico para toda a sociedade e ainda mais para as instituições formais de controlo, mas ao mesmo tempo trouxe riscos acrescidos ao controlo da informação pessoal dos cidadãos.

De modo a atenuar os referidos riscos, cedo se percebeu que seria desejável um equilíbrio entre o poder do Estado, por um lado, e a liberdade dos cidadãos, por outro. Este equilíbrio foi sendo reconhecido na jurisprudência alemã, através de uma decisão judicial do BVerfG datada de 1983, por conta da interpretação que se devia dar à Lei de 25 de Março de 1982 (Lei do Censo) <sup>124</sup> e a construção do direito à auto-determinação

---

<sup>124</sup> Cfr. Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*,p.354. A autora em nota de rodapé, explica o teor desta sentença, e simplificando, estava em causa a recolha e tratamento de dados pessoais, designadamente dados sobre profissão, morada e local de trabalho, para fins estatísticos. Sucede que, esta mesma lei permitia a comparação destes dados com os dados contidos em registos públicos e a sua posterior transmissão para fins administrativos. No entanto, ocorreram diversas queixas dos cidadãos alegando que estariam em causa violações diretas de alguns direitos fundamentais, em especial o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Com efeito, o tribunal declarou nulos os dispositivos normativos que permitiam a comparação e troca de dados e ainda sobre a competência para esse mesma transmissão. O tribunal argumentou que o individuo estando protegido pelo direito geral de personalidade, que lhe permite, salvaguardar os seus dados pessoais, se só a ele cabe decidir a *quem, o como e em que termos* deve divulgar a sua informação pessoal. No entanto, para contrabalançar este direito, permite restrições à auto-determinação sobre a informação por razões de interesse da coletividade. Para o efeito, exige que estas restrições têm de ser permitidas pela lei Constitucional e que essas mesmas exigências devem distinguir entre dados pessoais que são levantados e manipulados individualmente, não anonimamente, e aqueles que são destinados a objetivos estatísticos. Ainda como limite à divulgação de dados, defende o tribunal que devem existir dentro do sistema informático barreiras que permitam um melhor tratamento dos dados pessoais de modo a evitar lesões dos direitos fundamentais dos cidadãos. Finalmente, refere

informativa, enquanto direito fundamental de cada um em determinar em que termos e condições devem ser utilizados os seus dados pessoais. Pese embora a jurisprudência alemã ter sido uma das protagonistas para este novo pensamento, a verdade, e em bom rigor, este “novo” direito já era referido, nos E.U.A, por volta de 1980 na *Harvard Law Review*, sob o título “*Right of Privacy*”, da autoria de SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS, no qual se estabeleciam as bases doutrinárias deste direito como o “direito a ser deixado só”, aproximando-o mesmo da tutela da personalidade.<sup>125</sup>

Face ao exposto, fácil se torna encontrar qual o núcleo fundamental destes direitos à auto-determinação informativa, que reside na circunstância de cada cidadão, individualmente considerado, dispor da sua esfera privada, ou seja, cada um por si, decide *o quê, a quem e o como* na forma de divulgação dos seus dados pessoais.<sup>126</sup>

Como já dissemos supra, o direito à auto-determinação informativa não vem consagrar propriamente novos feixes de direitos na esfera pessoal de cada um, já que, como também referimos, este direito é na sua globalidade um direito geral de personalidade, mas a novidade trazida prende-se com a sua maior amplitude no que tange às ingerências no direito de personalidade, o que permite chamar à colação os problemas e perigos relacionados com a investigação, recolha e armazenamento de dados, bem como a sua divulgação.<sup>127</sup>

Portanto, a decisão que mencionámos do *BVerfg*, não veio propriamente determinar ou constituir um novo direito, veio antes balizar a forma como a ingerência nesses direitos deve ser feita em face das novas condições tecnológicas.<sup>128</sup>

O que importa reter em relação às novas ramificações do direito à autodeterminação informativa prende-se com a circunstância de que, quem tem conhecimento onde se encontram os seus dados e quem os possui é quem pode exercer cabalmente o exercício do seu direito. Portanto, é com base nesta regra geral que, o ordenamento jurídico alemão<sup>129</sup>, por exemplo, impõe às instituições formais de controlo

---

que mesmo no levantamento de dados para fins estatísticos devem ser criados mecanismos processuais com vista à realização e organização da pesquisa. Neste sentido Armando Veiga e Benjamin Silva Rodrigues, *in* A Monitorização de dados Pessoais de tráfego nas comunicações electrónicas, RAÍZES JURÍDICAS, Curitiba, v. 3, n. 2, jul./dez. 2007 , p.67

<sup>125</sup> Cfr. Armando Veiga e Benjamin Silva Rodrigues, *Ob.Cit.*,p.63

<sup>126</sup> Neste sentido, Rita Castanheira Neves, *in* “ As ingerências nas Comunicações Electrónicas em Processo Penal”, Natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2011, p.58

<sup>127</sup> Cfr. Dencker, *apud* Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*,p.355

<sup>128</sup> Cfr. Guniker, *apud* Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*,p.355 e 356

<sup>129</sup> Cf, § 101.º STPO

a notificação do visado por uma escuta telefónica assim que esta realize o seu fim ou quando cesse esta intromissão.

De forma lapidar refere ULRICH EISENBERG:“ Só a lei permite a sua limitação (do direito à autodeterminação informativa) no caso de o interesse público o justificar. No respeito pelo princípio da proporcionalidade apenas podem ser admitidas limitações se, e enquanto, se revelarem indispensáveis à tutela de interesses públicos”

130

A barreira colocada por esta nova abordagem é acima de tudo uma forma de limitação do poder punitivo do Estado, aliás AMELUNG refere que o Estado ao reconhecer este direito subjetivo, a da autodeterminação informativa, tende a impedir recolhas de informação, e nesta medida terá necessariamente de se limitar essa mesma recolha para fins de perseguição penal.<sup>131</sup>

### **5.1 A tese do direito ao domínio da informação**

Após uma abordagem inicial, cumpre por ora, fazer uma análise, ainda que estritamente descritiva, da tese do direito ao domínio da informação, proposta por AMELUNG.<sup>132</sup>

A teoria em análise tem como ponto de partida o reconhecimento da existência de direitos subjetivos que concedem ao seu titular mecanismos destinados à salvaguarda da sua informação pessoal. Com efeito, estes direitos concedem a prerrogativa ao seu titular de guardar informação e impedir que a mesma seja compilada, deslocada ou ainda que seja valorada por terceiros sem autorização para o efeito.<sup>133</sup>

Uma teoria que nasceu para densificar e ampliar os mencionados direitos, e num primeiro patamar protetivo é reconhecido e dada uma nova densidade normativa ao direito à reserva ou segredos pessoais. Estes direitos vão ao encontro e proteção dos dados pessoais, recolhidos ou compilados por terceiros, e autorizam o respetivo titular a recusar a sua transmissão a pessoas não autorizadas e, ao mesmo tempo, bloquear a sua transmissão para fins que não os acordados.

As instituições formais de controlo quando atuam à margem da lei, e violam, em primeira linha, o direito de domínio sobre a informação, este configura-se num novo direito, ou melhor dizendo, permite uma retroação ao estado em que se encontrava o

---

<sup>130</sup> *Apud*, Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob. Cit.*, p.356

<sup>131</sup> *Cfr.* Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob. Cit.*, p.357

<sup>132</sup> Iremos seguir de perto a exposição de Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob. Cit.*, p.358

<sup>133</sup> Amelung, *apud* Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob. Cit.*, p.358

titular do direito antes da respetiva violação. Esta segunda prerrogativa permitida pelo direito de domínio de informação é muito semelhante ao que sucede no domínio da responsabilidade civil, na vertente de restituição natural. Daqui se depreende que o fim máximo deste direito é a expurgação de resultados informacionais ilícitos.

Em traços necessariamente gerais, podemos afirmar que os direitos ao domínio da informação têm dois feixes de garantias fundamentais. A saber: (i) Como todos os demais direitos subjetivos, não gozam de uma proteção absoluta, podendo, para o efeito, o legislador constituinte ordinário conferir permissões legislativas para que os órgãos formais de controlo, verificados determinados pressupostos, possam limitar o âmbito protetivo de tais direitos; (ii) São direitos de defesa. Numa primeira vertente desde direito de defesa é permitido ao seu titular que vede a recolha de informação protegida e, em segundo lugar, permite, uma vez recolhida e armazenada a informação, bloquear a transferência, divulgação ou valoração dessa mesma informação para além dos fins que foi requisitada.<sup>134</sup>

Nestes termos, estes direitos permitem, num segundo plano, o afastamento das consequências do vício e bem como à sua cessação que se dirigem contra a recolha, valoração ou transferência da informação obtida de modo ilegal.

Esta teoria veio a estabelecer uma estreita relação entre a tutela jurídica contra ingerências em direitos fundamentais e proibições de valoração fundadas em direitos subjetivos numa dimensão até então ignorada.<sup>135</sup> Com efeito, veio a teoria a permitir uma antecipação da tutela dos direitos fundamentais em momento anterior ao da sentença, e substituir os conceitos de proibição de produção de prova e de valoração de prova, que sabemos, são relegados para o momento final do processo, pelos conceitos de proibição de recolha, de armazenamento e de utilização de informação.

Além do que referimos, esta tese tem a virtualidade de estender o seu campo de aplicação contra as ingerências em direitos fundamentais a situações extrínsecas ao processo penal.

Pese embora, a elevada qualidade do estudo de AMELUNG, surgiram autores como ROGALL e STÖRMER que dirigem severas críticas a esta tese.

O primeiro dos referidos autores questiona a legitimidade desta nova designação para direitos que há muito se encontram reconhecidos e, para o efeito, critica a

---

<sup>134</sup> Cfr. Neste sentido Maria de Fátima Mata Mouros, *Ob.Cit.*,p.359, e Armando Veiga, *in* O Direito à Autodeterminação Informativa, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade Coimbra, Coimbra 1998, p.13 e ss.

<sup>135</sup> Cfr. Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*,p.356

qualificação de “novos” aplicada a direitos que já se encontram garantidos por proibições ou restrições legais impostas às ingerências em direitos fundamentais.<sup>136</sup>

O primeiro dos argumentos esgrimidos por ROGALL vai ao encontro de uma elevada subjetivação da tese em análise. Isto é, o autor defende que é desnecessário partir de proibições de valoração de prova para alcançar os ditos direitos subjetivos e, nesta medida, a tese peca por ser demasiado subjetivista, tendo como consequência a sua incompatibilidade com os fins, de interesse público, prosseguidos pelo direito processual penal. Portanto, a mera possibilidade de reconduzir o regime das proibições de valoração de prova a um direito subjetivo (direito ao afastamento) de afastamento das consequências negativas daquela proibição, teria como consequência a sujeição do direito público ao direito privado.

O autor para estruturar o seu pensamento recorre a institutos exclusivos de outros ramos do direito, como o direito administrativo. Com efeito, afirma que, já seria possível pensar no direito ao afastamento das consequências, aplicado ao direito processual penal, uma vez que, no âmbito das medidas coercivas penais, já estão consagradas normas, caso das permissivas a eliminação da gravações de escutas ou a restituição de meios de prova, que facultam afastar ingerências ilegais nos direitos fundamentais.<sup>137</sup>

Nestes precisos termos, o direito processual penal já tem instituído o princípio da restituição in natura, visto que permite afastar as consequências desfavoráveis de uma qualquer ingerência ilegal.

Defende ainda que a circunstância de AMELUNG reconduzir o direito ao afastamento das consequências de uma ingerência ilegal a direito subjetivo, em nada traduz, já que, a ideia fundamental que importa é a circunstância de os direitos fundamentais se relacionarem imediatamente com as garantias processuais.

O segundo argumento esgrimido pelo autor prende-se com a circunstância de a tese sufragada por AMELUNG ser insuficiente para afastar, em definitivo, as consequências ilegais. Para o efeito, refere que a tese mencionada não trata do afastamento das consequências ilegais originadas por violações de normas atinentes às regras de produção da prova, o que não permite culminar as provas com violação de lei como proibições de valoração, fazendo com que esta violação, como se depreende do predito, passe a ser considerada uma mera regra processual de um importante

---

<sup>136</sup> *Apud*, Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob. Cit.*, p.360

<sup>137</sup> Rogall, *Ididem*

mecanismo de reserva judicial. Este argumento é sinalizado através de um exemplo bastante elucidativo, onde o autor demonstra que, a não intervenção de um juiz no âmbito da uma busca domiciliária, com a respetiva autorização, não determina automaticamente a proibição de valoração<sup>138</sup> do material probatório que aí se encontrou, desde que fosse possível estabelecer o necessário direito à obtenção da informação encontrada, o que tornaria a obrigação de obtenção da competente autorização judicial num mera regra ordenadora.

De modo ripostando a esta crítica, AMELUNG refere que as normas que determinam a reserva do juiz para determinados atos não podem ser vistas como não tendo qualquer consequência jurídica. Para o efeito, menciona que a violação de direitos fundamentais dos cidadãos em detrimento da competente autorização judicial é culminada com um ilícito criminal. Em resposta ao exemplo tecido por ROGALL, AMELUNG observa que uma qualquer busca domiciliaria sem a competente autorização judicial, preenche a conduta de ilícito criminal de crime de entrada em casa alheia. Portanto, neste caso, como noutros, é a própria conduta criminal que determina a inutilização dos dados recolhidos naquela diligência processual.<sup>139</sup>

A terceira crítica tecida por ROGALL vai ao encontro de uma suposta falta de valoração dos meios de prova ilegais, mas favoráveis ao arguido. AMELUNG, de forma lapidar afasta esta crítica, dizendo apenas que, a sua tese permite ao respetivo titular dos dados violados, sempre que o entender, conceder uma autorização para o que lhe aprouver.

Portanto, nesta matéria a crítica dirigida por ROGALL, não fará grande moossa porque denota uma incompreensão da tese sufragada por AMELUNG.

Por fim, ROGALL menciona que a tese peca por não conferir proteção a terceiros.<sup>140</sup> Esta crítica é afastada por AMELUNG, o autor remete para a norma do § 98.º, II, *StPO*, equivalente ao nosso artigo 178.º, n.º 6 do CPP, que permite a terceiros reagir contra as apreensões de bens levadas a cabo pelos órgãos de polícia criminal, e este mecanismo pode muito bem ser acionado antes do julgamento, e durante o inquérito, o que permite a salvaguarda de terceiros mesmo antes dos dados serem divulgados.<sup>141</sup>

---

<sup>138</sup> Rogall, *apud* Maria de Fátima Mata Mouros, *Ob.Cit.*,p361

<sup>139</sup> Amelung, *Ibidem*

<sup>140</sup> Rogall, *apud* Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*,p.360

<sup>141</sup> Amelung, *apud* Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*,p.362

A única situação que poderá ser ainda considerada como não protetiva de terceiros é na fase da sentença e depois de conhecidos os dados, porque pura e simplesmente terceiros que não sejam sujeitos processuais não podem reagir contra a sentença. Portanto, o que se pode depreender desta relaciona-se com terceiros lesados devendo lançar mão do mecanismo processual atrás referido, antes da sentença.

Por seu turno, STÖRMER sustenta que as proibições de prova são consideradas exceções legais à descoberta da verdade e por isso, afirma que tais proibições devem ter um fundamento normativo.<sup>142</sup> Pese embora esta crítica, este autor reconhece que as teorias tradicionais não conseguem dar uma resposta cabal aos problemas relacionados com as proibições de valoração, e por isso entende que deve ser lançado um novo olhar sobre esta matéria. Com efeito, partindo da ideia de que o direito processual penal é um ramo do direito público, deve-lhe ser aplicável os princípios deste. O autor avança para o recurso aos institutos já estudados no âmbito do direito administrativo para que possam ser aplicáveis ao direito processual penal. Mais refere que as normas processuais que visem assegurar o interesse público, são ao mesmo tempo, normas que conferem verdadeiros direitos subjetivos públicos. Portanto, até aqui em nada contende com a teoria de AMELUNG.

A clivagem entre os dois autores acentua-se a partir do momento em que STÖRMER entende que uma proibição de prova não figura mais do que uma simples abstinência do uso de uma informação, portanto, o fundamento da proibição de prova é a pretensão a uma omissão ou abstenção de há muito reconhecida no direito público, e não o afastamento das consequências sustentado por AMELUNG.<sup>143</sup> Indica ainda que nem sempre estão na base das proibições de valoração a violação de direitos ao domínio da informação. Com efeito, basta pensar no dever de informação do arguido aquando de uma inquirição judicial no inquérito.

No entanto, a crítica com mais peso, assenta na via do exercício da tutela de direito público, eleita por AMELUNG para a aplicação das proibições de prova no processo penal.

Essencialmente este autor entende que o direito público reconhece desde há muito tempo diferentes vias de defesa dos particulares. Portanto, o Estado quando atua em violação dos direitos dos cidadãos é-lhes reconhecido uma via que permite a reconstituição *in natura*. O autor destas conceções do direito público entende que

---

<sup>142</sup> Störmer, *Ibidem*

<sup>143</sup> Störmer, *Ibidem*

AMELUNG faz uma aplicação errada do direito geral de defesa dos particulares contra as ingerências dos órgãos formais de controlo. Assim, entende que uma proibição de valoração de uma prova não impõe necessariamente uma ação. Antes impõe um *non facere*. Portanto, é imposto aos órgãos formais de controlo que se abstenham de utilizar as informações ilegalmente obtidas, e não tomem uma ação em concreto para afastar essa lesão.

Neste precisos termos, a crítica dirigida por STÖRMER reside no facto de a teoria sustentada por AMELUNG não se ajustar à função de uma proibição de valoração, já que exige *facere* por parte do Estado, ao passo que a proibição de prova se basta com uma mera abstenção.

O que daqui resulta é a proibição de prova originar uma obrigação de *non facere* ao invés de uma obrigação de *facere*. Para este efeito, entende o autor que só a obrigação de *non facere* é que permite alcançar uma extensão completa de todos os efeitos ligados à proibição de valoração ou utilização. Assim, e para reagir contra a constatação de uma ingerência ilegal na esfera do particular e ao mesmo tempo evitar futuras violações, mostra-se necessária a convergência de duas pretensões reativas para repor a situação inicial, tanto no momento da verificação como no futuro.

Pese embora as críticas que são dirigidas a esta tese, a verdade é que, permitiu um novo olhar sobre a dogmática das proibições de prova, atenuando de forma paradigmática a distinção entre direito subjetivo e direito adjetivo e dando uma grande expressão às proibições de prova em momento anterior ao do julgamento<sup>144</sup> e ao mesmo tempo permitiu encarar o processo penal essencialmente como um processo de preparação e recolha da informação.<sup>145</sup>

## **5.2 Breve sùmula do novo paradigma das proibições de prova**

Partindo do que acima referimos, fácil se torna encontrar a resposta há ingerência nos direitos fundamentais dos cidadãos que atinge um número incalculável de cidadãos, e relativamente às quais é recolhida informação que não foi previamente definida na medida inicial e, desta forma, impõe que sejamos paradigmáticos na metodologia a seguir, o que nos permite olhar para a tutela de direitos fundamentais à luz da proteção de dados pessoais.<sup>146</sup>

---

<sup>144</sup> Cfr. Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*, p.365

<sup>145</sup> Frank Riepl, *apud* Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob. Cit.*, p.366

<sup>146</sup> Neste sentido Dencker, *apud* Maria de Fátima Mata-Mouros, *Ob.Cit.*, p.366

A par dos conceitos trazidos pelas doutrinas tradicionais, tais como as proibições de recolha de prova e proibições de valoração, agora, com este novo olhar sobre a dogmática das proibições de prova é possível chegar-se a um novo conceito: as proibições de utilização referidas por DENCKER.<sup>147</sup> Este novo conceito permite estabelecer o passo lógico entre as normas protetivas de dados pessoais e as normas processuais penais. Portanto, e como já mencionamos ao longo deste estudo, este novo conceito permite ao titular dos dados bloquear a transmissão de elementos para fins que não os previstos para a sua recolha.

Este novo olhar sobre o instituto das proibições de prova permitiu, por um lado, evoluir num sentido mais favorável à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, e por outro lado, quebrou com a sistemática constante na apreciação deste instituto com base nas ingerências nos direitos fundamentais através da prisão ou mesmo aquando da apreensão de bens. Foi possível, paralelamente, registar um avanço significativo na jurisprudência, na medida em que, num primeiro momento, a apreciação do referido instituto estava intimamente ligada a uma frustração na perceção de que não existia uma qualquer medida processual penal suficientemente autónoma para reagir contra as ingerências ilegais, para num momento posterior, se reconhecer essa autonomia na medida que as ingerências processuais penais têm a suscetibilidade de lesar direitos fundamentais e por isso é imperativo reconhecer uma verdadeira tutela jurisdicional efetiva.

Esta evolução, ao nível jurisprudencial, prosseguiu, tendo ultrapassado as medidas que não conseguiam dar resposta a todos os problemas, para, medidas que conseguiam dar um tratamento cabal e adequado ao problema da recolha e armazenamento de informação muito antes da sua consumação.

Concomitantemente com esta evolução a nível europeu, Portugal também reconheceu e conhece atualmente uma resposta mais eficaz ao problema das proibições de prova.

---

<sup>147</sup> *Ibidem*

### 5.3 Doutrina Nacional

Portugal foi pioneiro em matéria de proteção jurídico-constitucional, na Europa, ao consagrar no artigo 35.º da CRP<sup>148</sup>, o direito à autodeterminação informacional, que é “simultaneamente um direito garantia do direito à reserva da vida privada e um direito fundamental que se traduz na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais.”<sup>149</sup>

Apesar disso, em Portugal, ainda são muito escassos os contributos da doutrina<sup>150</sup> para este novo olhar sobre esta proteção, mais ampla, à esfera da vida privada. No entanto, ao nível da jurisprudência<sup>151</sup> já podemos encontrar alguns indícios dessa temática

O legislador constitucional visou proteger as mais variadas formas de comunicação eletrónica, e nessa medida, determinar com carácter de inviolabilidade o sigilo das comunicações. Com efeito, foi criada uma barreira legal que impede as ingerências nas comunicações eletrónicas, visando nas palavras do parecer n.º 21/2000 do Conselho Consultivo da PGR “*salvaguardar a liberdade de comunicar e a proibição de nela intervir.*”

Portanto, este novo modelo, protetivo dos direitos fundamentais, permite uma conceção diferenciada sobre o regime das proibições de prova, abarcando atualmente a proibição de utilização.

Aliás, este mecanismo excecional, o das proibições de prova, foi constituído para proteger os direitos fundamentais, e nessa medida qualquer atentado aos referidos direitos, permiti-los-á acioná-los.

Tal como temos vindo a demonstrar ao longo deste estudo, as teses clássicas não nos permitem corrigir todos os atentados contras os direitos dos cidadãos e nessa medida, esta nova tese, permite-nos responder de forma mais enérgica aos problemas derivados das novas tecnologias.

---

<sup>148</sup> Este direito teve, pela primeira vez, consagração legal através da Lei n.º 10/91, de 29 de Abril. Este diploma veio a ser revogado mais tarde pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (LPDP), que transpôs para o ordenamento jurídico a Diretiva 95/45/CE, de 24 de Outubro.

<sup>149</sup> Cfr. Helena Moniz, *in* “ Os problemas Jurídico-Penais da Criação de uma Base de Dados genéticos para fins Criminais”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 12, n.º 2, Abril-Junho 2002, p.247.

<sup>150</sup> Ver, por todos, Armando Veiga, “O direito à autodeterminação informativa,” Dissertação de Mestrado e “O direito à autodeterminação informativa e comunicativa”, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito de Coimbra.

<sup>151</sup> Ver, o Ac. TC n.º 241/2002, de 29,05.2002

Não podendo analisar mais a fundo esta nova realidade, porque seria um desvio ao nosso percurso, apenas queremos deixar patente que esta nova visão permite estabelecer, digamos assim, uma “nova” proibição, a proibição de utilização.

## **§ 6. Breve conclusão**

As proibições de prova têm no seu âmago a proteção contra a violação de direitos fundamentais, e ao mesmo tempo são um mecanismo jurídico de limitação da descoberta da verdade material. Portanto, é no diploma fundamental, a Constituição da República Portuguesa, que se encontram as traves mestras da sua estrutura interna.

É de constatar que a verdade material terá de ser aquela que se alcança de modo processualmente válido e no respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Por outras palavras, as normas, em relação às quais se comina a sua violação com uma proibição de prova, são normas de garantia do acusado. Com efeito, as proibições de prova são um mecanismo de proteção dos direitos fundamentais, e consequentemente de garantia constitucional.

As proibições de prova por serem um meio que limita a descoberta da verdade material, são por assim dizer, um verdadeiro mecanismo com efeito ordenador/dissuasor disciplinar na medida em que os órgãos formais de controlo estão limitados na sua atividade de recolha de prova.

No entanto, o grau de amplitude conferido aos órgãos formais de controlo é autorizado, em determinadas circunstâncias, pela Constituição, por um lado, e depois densificado pela legislação ordinária, por outro lado.

Assim, e dada a importância do instituto das proibições de prova, legislador consagrou a sua autonomia dogmática e jurídica em face do regime próprio das nulidades.

O que daqui resulta é o seguinte: As provas que sejam fulminadas com o vício da proibição em caso algum podem ser utilizadas, nem sequer, alguma informação que daí resultou. No limite, poder-se-á lançar mão do regime próprio dos direitos, liberdades e garantias para, na ausência de norma expressa que comine uma proibição de prova, proteger os direitos fundamentais atingidos pela violação. Daí, a possibilidade do seu conhecimento oficioso.

Nestes precisos termos, existem vários tipos de proibições de prova, e esses estão perfeitamente identificados, mas outros há em que nada se diz, mas que por violarem direitos fundamentais dos cidadãos devem ser fulminados com a proibição.

Podemos assim dizer que uma proibição de prova é um instituto jurídico de cariz constitucional que visa a proteção dos direitos fundamentais, e ao mesmo, um verdadeiro mecanismo de garantia de defesa dos cidadãos.

A identificação de uma concreta proibição de prova decorre, das duas uma, ou o legislador comina diretamente como proibida determinada conduta, ou existe uma norma que tenha como no seu âmbito de proteção um determinado e concreto direito fundamental.

Com a evolução das proibições de prova, ao invés de tratarmos o problema da proibição só no momento final do processo, na sentença, passou-se a permitir uma antecipação da proteção dos direitos violados em fases processuais anteriores àquela.

Neste sentido as proibições de prova são um verdadeiro mecanismo de defesa do arguido. Sendo assim, pensamos que este instituto, em geral, consagra dois feixes de direitos: (i) uma vertente de *facere*, direcionada para as garantias de defesa do arguido, e que lhe permitem lançar mão deste instituto caso ocorra alguma violação no âmbito da recolha, tratamento ou armazenamento da prova em detrimento dos seus direitos fundamentais; e (ii) uma vertente de *non facere*, dirigida ao Estado, na veste dos seus órgãos formais de controlo que devem abster-se de praticar qualquer ação que tenha na sua base qualquer informação relacionada com uma prova proibida.

As proibições de prova tal como as concebemos permitem uma proteção bastante acentuada dos direitos fundamentais dos cidadãos, e nesta medida, caberá a estes utilizar todos os meios de defesa ao seu dispor para os proteger. Numa palavra, os cidadãos, em geral, podem utilizar este “meio processual” para que determinado meio de prova considerado proibido não possa em caso algum ser utilizado.

Tudo considerado, mesmo assim ainda podem ocorrer brechas na proteção dos direitos fundamentais, e aí ter-se-á que lançar mão de um outro mecanismo, intimamente ligado a este, ou seja o efeito-à-distância. Este instituto será abordado no Título II do presente estudo.

## Título II

### § 7. O efeito-à-distância das provas proibidas

No âmbito desta temática cumpre dar resposta aos casos em que uma determinada prova proibida torna possível a descoberta de novos meios de prova contra o arguido ou contra terceiro. Cabe saber se a proibição de valoração que eventualmente inquine a prova primária ou direta se comunica, e em que medida, às provas secundárias ou indiretas, impondo a sua exclusão em cadeia.<sup>152</sup> Esta questão torna-se problemática não só ao nível concetual, mas também ao nível prático-jurídico, onde o problema ganha mais acuidade quando confrontados com a realização ilegal de buscas domiciliárias, apreensões, exames, escutas telefónicas, gravações, detenções, ou ainda o recurso a métodos proibidos de prova.

Esta questão tem sido amplamente discutida pela doutrina nacional e estrangeira.

Foi nos Estados Unidos que nasceu a doutrina da “*fruit of the poisonous tree doctrine*”, segundo a qual uma proibição de prova se estende aos meios de prova obtidos indiretamente.<sup>153</sup> Foi, portanto, pela mão da jurisprudência americana, através dos famosos casos de *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920)<sup>154</sup> e *Nardone v. United States* (1939)<sup>155</sup>. Nestes arestos vigora, de forma tão pacífica, o princípio do efeito-à-distância das *exclusionary rules*.

---

<sup>152</sup> Costa Andrade, *Sobre as proibições...* p.169; Neste mesmo sentido nos diz Cláudio Lima Rodrigues, in *Das Proibições de Prova no âmbito do Direito Processual Penal: escutas telefónicas e da valoração da prova proibida pro reo*, Verbo jurídico, p.24” No que concerne à temática do efeito-à-distância das proibições de prova, a questão que se coloca é a de sabermos se 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, esse 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”

<sup>153</sup> Germano Marques da Silva, *Curso*, Vol. II, p.181; João Henrique Gomes de Sousa, in “Das nulidades à *fruit of the poisonous tree doctrine*” *ROA*, Ano 2006, Vol. II

<sup>154</sup> Neste acórdão o Supremo Tribunal Federal discutiu a seguinte factualidade: Houve uma apreensão ilegal de documentos de uma empresa, e o juiz determinou a sua devolução, e os agentes de investigação tiraram cópias a esses documentos para que, posteriormente, utilizassem num procedimento criminal distinto. O Supremo entendeu ser inadmissível a utilização desses documentos no novo procedimento e criou duas novas regras: A proteção da Quarta Emenda estende-se também às pessoas jurídicas (não só à pessoa humana, mas também às pessoas coletivas); e deu o primeiro passo em direção à construção da teoria dos frutos da árvore envenenada”, já que, o tribunal, não admitiu a utilização do fruto da apreensão ilegal na investigação posterior. Neste Sentido, Thiago André Pierobom de Ávila, in *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 136; Carlos Figaldo Gallardo, in *Las Pruebas Ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p.434

<sup>155</sup> No âmbito deste processo o Juiz Frankfurter, do Supremo Tribunal dos EUA, afirmou o seguinte:” *proibir o uso direto de certos métodos de prova, mas não por limites ao seu pleno uso indireto apenas*

Pese embora naqueles arestos a doutrina do efeito-à-distância, como dissemos, aparente ser pacífica, muitos casos posteriores demonstraram que não é bem assim, e a discordância aumenta de tom à medida que se vão encontrando problemas associados à referida doutrina.

Portanto, nesta temática iremos tentar encontrar uma solução ou uma nova via para abordar o efeito dominó de uma prova proibida, e saber em que medida poderá haver ou não exceções a esta doutrina, e em caso afirmativo quais os pressupostos necessários que terão de ser verificados.

### **7.1 Fundamento normativo-constitucional**

Ao longo do presente estudo, defendemos a autonomia dogmática e jurídica das proibições de prova, o que de certa forma, nos causa algum embaraço relativamente à permissão legal em relação ao efeito-à-distância. Como também já referimos, aqueles que não sustentam esta total autonomia em relação às nulidades, sustentam a figura do efeito-à-distância na norma do artigo 122.º do Código de Processo Penal.

Assim, entendemos que o próprio instituto das proibições de prova, para que tenha uma eficácia total deverá permitir o uso do tele-efeito. Nestes precisos termos, o regime jurídico das proibições de prova incorpora na sua essência a possibilidade de no caso de falhar a sua eficácia enquanto instituto dissuasor, utilizar o mecanismo do efeito-à-distância. Da mesma maneira que “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 directa, também não é tolerável a prova mediata, fundada naquela outra”<sup>156</sup>. Embora alguma doutrina entenda que este problema não encontra qualquer suporte constitucional<sup>157</sup>, parece-nos pelo contrário, que o instituto do efeito-à-distância se encontra abrangido pelo âmbito de protecção da norma do artigo 32.º, n.º 8 da CRP, e ainda no próprio artigo 126.º do CPP, que é uma cópia integral daquele outro<sup>158</sup>

---

*provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal”, cfr. Thiago André Pierobom de Ávila, Ob.Cit.,p.152*

<sup>156</sup> Cfr. AC. TRC, processo n.º 595/07.8TMBRG, de 30-04-2009

<sup>157</sup> Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *in* Direito Processual Penal, Textos, Lisboa, 1992, p.81

<sup>158</sup> Neste sentido, Helena Mourão, *Ob.Cit.*,p.29; e ainda, a título de exemplo na jurisprudência do STJ, pode-se ler “É inequívoca a conclusão de que o conteúdo normativo do direito fundamental previsto no art. 32.º, n.º 8, da CRP inclui no seu âmbito o efeito remoto da utilização de métodos proibidos de prova”, *in* AC.STJ, processo n.º 09P0395, de 12-03-2009

Como primeiro argumento a esta interpretação, e na esteira de HELENA MOURÃO, pode-se invocar o próprio “teor literal da própria norma constitucional citada (art. 32.º, n.º 8), uma vez que esta declara *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, sem introduzir qualquer diferenciação ao nível do grau imediato ou mediato da sua obtenção”<sup>159</sup>

Nesta temática, MANUEL DA COSTA ANDRADE, em abono deste entendimento salienta a diferença que ao nível da verbalização separam entre si preceitos como o artigo 126.º do CPP, que é uma cópia do artigo 32.º, n.º 8 da CRP, do § 136a) da legislação alemã. Ao passo que “o legislador alemão limita-se a prescrever a proibição de valoração das declarações obtidas à custa da violação desta proibição (§ 136a), 3,2), o legislador português optou por proibir, sem mais a valoração de todas as provas obtidas mediante recurso aos métodos proibidos de prova. Uma formulação que parece denunciar a intencionalidade de, em vez de a circunscrever às declarações directamente obtidas, generalizar a proibição de valoração a todas as provas inquinadas pelo “veneno” do método proibido”<sup>160</sup>

Por outras palavras, “o efeito-à-distância parece, assim, configurar um momento nuclear do fim de protecção do artigo 126.º do CPP, na direcção do arguido, i.e., só o efeito-à-distância pode aqui prevenir uma tão frontal como indexável violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”<sup>161</sup>

Face a isto, concordamos com HELENA MOURÃO, quando diz que “um tal exercício interpretativo deve ser efectuado, desde logo, em torno da esfera normativa do próprio art. 32/8 da Lei Fundamental, que o artigo 126.º do Código de Processo Penal se limita, nessa parte, a reproduzir, e até de forma menos contundente, uma vez que afirma a nulidade das provas obtidas mediante métodos proibidos e não a nulidade de todas as provas obtidas mediante métodos proibidos.”<sup>162</sup> Além do mais estas normas que, recorde-se, estão no Título II [Direitos, liberdades e garantias], e as normas que prevêm direitos, liberdades e garantias estão sujeitas ao disposto no artigo 18.º da CRP, *i.e.*, têm aplicabilidade directa.<sup>163</sup>

---

<sup>159</sup> *Ob. Cit.*, p.29, Itálico nosso.

<sup>160</sup> Costa Andrade, *Sobre as proibições...*, p.314

<sup>161</sup> Cfr. Manuel Monteiro Guedes Valente, *in* Conhecimento Fortuitos – A busca de um Equilíbrio Apuleiano, Almedina, 2006, p.92

<sup>162</sup> *Ob. Cit.*, p. 30

<sup>163</sup> Nesta matéria “deve ter-se em conta o sentido de aplicabilidade directa de preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias (...) Recorde-se o sentido fundamental desta *aplicabilidade directa*: os

Além deste elemento literal, podemos avançar com outro argumento, que até já referimos neste estudo, que se prende com a circunstância de “ *o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso*” (art.32.º, n.º 1 da CRP), *i.e.*, a fórmula do n.º 1 é, sobretudo, uma expressão condensada de todas as normas restantes deste artigo, que todas elas são, em última análise, garantias de defesa”<sup>164</sup>. Significa que, além do n.º 8 consagrar as proibições de prova, inclui no seu âmbito de aplicação o tele-efeito, mas o n.º 1 da norma referida permite, igualmente, retirar da sua interpretação a consagração do efeito-à-distância, como um verdadeiro mecanismo que brota das garantias de defesa.

Assim, o n.º 1, do artigo 32.º da CRP embora seja “um preceito introdutório serve também de cláusula geral englobadora de todas as garantias que, embora não explicitas nos números, hajam de decorrer do princípio da protecção global e completa dos direitos de defesa do arguido em processo criminal. Em “todas as garantias de defesa” engloba-se indubitavelmente todos os direitos e instrumentos necessários e adequados para o arguido defender a sua posição e contraria a acusação. (...) Este preceito pode, portanto, ser fonte autónoma de garantias de defesa. Em suma, a “orientação para a defesa” do processo penal revela que ele não pode ser neutro em relação aos direitos fundamentais (um processo em si, alheio aos direitos do arguido), antes tem neles um limite infrangível.”<sup>165</sup>

Nestes precisos termos, sendo o direito de defesa um dos vários direitos fundamentais, elencados nos direitos, liberdades e garantias, pode e deve incluir no seu âmbito de protecção o mecanismo do tele-efeito, de modo a que o arguido se possa defender das várias tentativas, levadas a cabo pelos órgãos formais de controlo, de ofensa aos seus direitos fundamentais. Como diz JORGE MIRANDA, “os direitos,

---

direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via directa da Constituição e não através da *auctoritas interpositio* do legislador. Não são simples *norma normarum* mas *norma normata.*, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas directamente reguladoras de relações jurídico-materiais. Lembremos, de novo, que se esta ideia de aplicabilidade directa significa uma normatividade qualificada, nem sempre os direitos, liberdades e garantias dispensam a concretização através de entidades legiferantes. Por outras palavras: a aplicabilidade directa das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias não implica sempre, de forma automática, a transformação destes em direitos subjetivos, concretos e definitivos.”, J.J. Gomes Canotilho, *in* Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª Edição, Almedina, 2003, p.438

<sup>164</sup> J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Ob.Cit.*,p.516

<sup>165</sup> *Ibidem*

liberdades e garantias referem-se tando a formas de realização e de defesa das pessoas como a padrões objectivos da ordem jurídica”<sup>166</sup>

Daqui resulta, através de interpretação conjugada do n.º 1 e n.º 8 do artigo 32.º CRP, e ainda dos artigos arts. 8.º e 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e dos arts. 6.º e 13.º da CEDH, que o tele-efeito seja considerado, por um lado, um meio de defesa do arguido, e por outro lado, que o próprio instituto das proibições de prova preveja este mecanismo de modo aquele seja protegido a jusante das violações perpetradas pelos órgãos formais de controlo.

Além destes elementos literais, é possível retirar dos princípios de interpretação da Constituição, elementos que permitem assimilar a ideia de que o tele-efeito se encontra no âmbito normativo do artigo 32.º, n.º 1 e 8 da CRP. Com efeito, é através do *princípio da máxima efetividade* que se pode, igualmente, retirar do normativo citado que à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Como refere GOMES CANOTILHO: “É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.”<sup>167</sup>

Daqui resulta o seguinte: a melhor interpretação é aquela em que, justamente o intérprete consiga fazer prevalecer os fins últimos da Constituição e, ponderadas as diversas interpretações, optar por aquela que melhor satisfaça aqueles fins.<sup>168</sup>

Ainda nesta temática, e como nos diz JORGE MIRANDA, “ a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê, (...) e a cada norma constitucional é preciso conferir (...) o máximo de capacidade de regulamentação.”<sup>169</sup> Portanto, a melhor interpretação dos n.ºs 1 e 8 do artigo 32.º da CRP, é aquela que permite retirar do seu âmbito normativo o tele-efeito, e caso assim não fosse, frustrar-se-ia a divisão que a constituição não faz entre provas proibidas imediatas e as mediatas.<sup>170</sup> Aliás caso não fosse possível retirar este efeito das normas citadas, frustrar-

---

<sup>166</sup> Jorge Miranda, *in* Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p.366

<sup>167</sup> *Ob.Cit.*, p. 1224

<sup>168</sup> Neste sentido Helena Mourão, *Ob.Cit.*,p.31

<sup>169</sup> Jorge Miranda, *in* Manual de Direito Constitucional - Tomo II – Constituição, 3ª Edição, Coimbra Editora, 1996, p. 162

<sup>170</sup> Neste sentido, Helena Mourão, *Ob.Cit.*,p.31

se-ia, igualmente, o seu efeito dissuasor<sup>171</sup> que, como sabemos, em primeira linha culmina com o vício da prova proibida no caso da violação dos direitos fundamentais, e num segundo plano, caso não seja, por qualquer motivo, possível acionar o dispositivo anterior, entraria em acção o efeito-à-distância. Mais, o efeito-à-distância fornece uma maior eficácia ao instituto das proibições de prova, na medida em que, os órgãos formais de controlo caso violem algum direito fundamental, e tenha sido declarado o correspondente vício, permite bloquear o uso de qualquer informação ou meio de prova que tenha sido obtido através do primitivo vício.

A par deste princípio, há que introduzir o *princípio da concordância prática ou da harmonização*, o qual “impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros. O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais. (...) Subjacente a este princípio está a ideia de igual valor dos bens constitucionais (...) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.”<sup>172</sup> Com efeito, qual seria a concordância prática entre, por um lado, a prerrogativa punitiva do Estado, na busca dos reais infratores, em detrimento dos mais elementares direitos fundamentais dos cidadãos, na pertença busca da verdade material, e, por outro lado, os direitos de defesa do arguido? Não haveria, certamente, porque aqueles que não retiram dos preceitos constitucionais supra referidos o efeito-à-distância, é, na prática retirar uma eficácia necessária ao instituto das proibições de prova, e ao mesmo tempo, negar o uso de qualquer expediente que assegure *todas* as garantias de defesa.

De tudo quanto dissemos é de concluir com segurança que o efeito-à-distância se encontra abrangido no âmbito normativo do disposto nos artigos n.ºs 1 e 8 da CRP, e “há agora que ter em conta a orientação que, especificamente virada para o campo dos direitos, liberdades e garantias, e à dialéctica que se estabelece entre eles e a lei,

---

<sup>171</sup> Neste sentido AC. STJ, n.º 09P0395, de 12.03.2009, “ Considerando por tal forma é liminar a conclusão de que a interpretação que assume um papel mais abrangente na finalidade protectora dos direitos elencados no artigo 32.º, n.º8 da Constituição é aquela que não conduz à destrição entre prova directa e indirectamente obtida através de métodos proibidos, uma vez que quanto menor for a possibilidade de aproveitamento do material probatório obtido na sequência de um meio ilícito, maior será, inequivocamente, a *eficácia dissuasora* da norma relativamente a comportamentos contrários à sua lógica de protecção” (Itálico nosso)

<sup>172</sup> J.J. Gomes Canotilho, *Ob. Cit.*, p.1225

considera estes direitos fundamentais verdadeiras normas de decisão e não meras normas de acção.”<sup>173</sup>

Esta perspetiva tem como ponto de partida a ideia basilar de que “as normas que os reconhecem e garantem [*direitos, liberdades e garantias*] serem directamente aplicáveis”<sup>174</sup>, e as que a torna uma verdadeira imposição constitucional é a circunstância de não serem normas “enfraquecidas, imperfeitas ou programáticas que só adquirem operacionalidade jurídica através de leis de regulamentação (...). Os direitos, liberdades e garantias não estão, *prima facie*, dependentes de lei concretizadora.”<sup>175</sup> A par desta aplicabilidade direta, não nos esqueçamos que elas são, igualmente, directamente aplicáveis às entidades públicas (Cfr. n.º 1 do artigo 18.º da CRP). Por outras palavras e conforme J.J GOMES CANOTILHO, “os direitos, liberdades e garantias não são apenas medidas de acção, conformadoras do processo, ou normas de controlo da validade das normas jurídicas, mas também normas de decisão para a aplicação e interpretação do direito da lei”<sup>176</sup>. De tal ordem que “esteja proibida a concretização das normas legais nos casos concretos de modo contrário aos direitos, liberdades e garantias e à imposição de que as autoridades judiciárias as concretizem de modo que melhor se conforma com tais direitos.”<sup>177</sup>

Do referido resulta que o intérprete, através da vinculação que sobre ele impende, está obrigado a estabelecer o efeito-à-distância em *direito de decisão* e a materializar as normas legais probatórias reguladoras do processo penal do modo mais conforme aos direitos, liberdades e garantias constantes da Lei Fundamental.<sup>178</sup>

No entanto, esta nossa interpretação não resolve todos os problemas associados ao tema do tele-efeito. Como nos elucida HELENA MOURÃO “por vezes, os direitos, liberdades e garantias podem colidir com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Será que, por força das necessidades de harmonização e concordância prática com outros valores, o efeito-à-distância não acabará afinal por ter,

---

<sup>173</sup> Helena Mourão, *Ob.Cit.*,p.32

<sup>174</sup> J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Ob.Cit.*,p.382

<sup>175</sup> *Ibidem*

<sup>176</sup> J.J. Gomes Canotilho, *in* Anotação ao Acórdão n.º 70/90 do Tribunal Constitucional, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3792 (Ano 123), p.95

<sup>177</sup> *Ibidem*

<sup>178</sup> Neste sentido, Helena Mourão, *Ob.Cit.*,p.32, AC. STJ n.º 09P0395, de 12.03.2009, e ainda J.J. Gomes Canotilho, *Anotação ao Acórdão*...p.96

no âmbito do nosso sistema constitucional, uma eficácia menos ampla do que pareceria a uma primeira análise?”<sup>179</sup>

No advento de uma resposta a esta questão somos cômicos que o problema colocado não é tanto de assento normativo do tele-efeito, mas antes em que circunstâncias este direito pode prevalecer perante outros direitos jurídico-constitucionais, e em que termos poderá ser afastado.

Aliás este “problema” já não é novo na doutrina, e muito menos em relação ao tele-efeito, na medida em que se entenda que aquele direito tem relevância e assento constitucional. Nas considerações de J.J. GOMES CANOTILHO “as ideias de ponderação ou de balanceamento surge em todo o lado onde haja necessidade de “encontrar o direito” para resolver “casos de tensão” entre bens juridicamente protegidos. O método da ponderação de interesses é conhecido há muito tempo pela ciência jurídica.”<sup>180</sup>

Na tentativa de dar resposta à questão atrás referida, podemos encontrar, igualmente, nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, “a lógica da ponderação de valores (...) e que tem conduzido a soluções intermédias ou conciliatórias, em que o efeito-à-distância é reconhecido, mas apenas limitadamente.”<sup>181</sup> Afirma neste sentido MANUEL DA COSTA ANDRADE que existe uma “convergência dos Direitos alemão e norte-americano, no sentido da admissão de limitações razoáveis ao princípio do efeito remoto, numa tentativa de conciliação dos valores inerentes às proibições de prova com a necessidade de conferir eficácia à justiça penal”<sup>182</sup>

É portanto, no dealbar deste caminho que iremos abordar as construções dos diversos autores, sempre na perspectiva jurídico-constitucional, que se procuram balançar os interesses que conflituam com o reconhecimento constitucional *pleno* do efeito-à-distância, a par, dos pressupostos jurídico-constitucionais de restrição de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. É com base nestas linhas orientadoras que iremos abordar um dos próximos pontos do nosso estudo.

Apesar das diversas posições existentes, iremos optar por aquela, ou tentar encontrar uma, que concilie o melhor possível os direitos fundamentais em conflito, por um lado, e finalmente encontrar os pressupostos de aplicação do *tele-efeito*, se é que existem. No entanto, este trabalho não poderá ser feito sem antes se estabelecer, com

---

<sup>179</sup> *Ob. Cit.*, p.33

<sup>180</sup> *Ob. Cit.*, p.1237

<sup>181</sup> Helena Mourão, *Ob. Cit.*, p.33

<sup>182</sup> Costa Andrade, *Sobre Proibições...*, p.170 e seg. e 312 e seg.

base no que já dissemos, a linha divisória entre o *efeito-à-distância* e os *conhecimentos fortuitos*.

## 7.2 A destriça entre Conhecimentos Fortuitos e o Efeito-à-Distância

Nesta temática, iremos apenas enaltecer as suas diferenças essenciais. Não cabendo, por questões de espaço, uma análise detalhada como mereceria o tema.<sup>183</sup>

Os *conhecimentos fortuitos* estão intimamente conexiados com as escutas telefónicas na medida em que os problemas a ele relacionados prendem-se com este meio de obtenção de prova. No essencial o que está em causa é o seguinte: “suposta a realização legal de uma escuta telefónica, *quid inde* quanto aos conhecimentos ou factos fortuitamente recolhidos, isto é, que não se reportam ao crime cuja investigação legitimou a sua realização?”<sup>184</sup> Com efeito, compreende-se a dimensão do problema à medida que os conhecimentos fortuitos se vão reportando a crimes não abrangidos no catálogo (art.187.º do CPP).

No entanto, e antes de debater frontalmente o problema dos *conhecimentos fortuitos*, importará esclarecer e clarificar a extensão dos *conhecimentos fortuitos*. Noutras palavras, ter-se-á que estabelecer a linha que separa os *conhecimentos fortuitos* dos factos relacionados com a própria investigação, *i.e.*, os *conhecimentos da investigação*. Com o estabelecimento desta linha divisória entre os factos a levar à tona dos conhecimentos fortuitos, e aqueles que devem preencher os ditos conhecimentos da investigação, reportamo-nos a questões que se connexionam com o problema do objeto do processo.<sup>185</sup>

Assim, e na linha de pensamento do WOLTER, os factos que se reportam diretamente aos *conhecimentos da investigação* são aqueles que “estejam numa relação de concurso ideal ou aparente com o crime que motivou e legitimou a investigação por meio da escuta telefónica. O mesmo valendo para os delitos alternativos que com ele

---

<sup>183</sup> Para uma análise mais detalhada sobre este tema vide, Manuel Monteiro Guedes Valente, *in* Conhecimentos Fortuitos, A busca de um Equilíbrio Apuleiano, Almedina, 2006; Costa Andrade, *in* Sobre Proibições...,p.304 a 312; Costa Andrade, *in* Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal, Coimbra Editora, 2009, p.172 a 187; Francisco Aguilar, *in* Dos conhecimentos Fortuitos Obtidos Através de Escutas Telefónicas, Almedina, 2004

<sup>184</sup> Costa Andrade, *Sobre Proibições...*,p.304. Para compreender esta questão, o mesmo autor avança com o seguinte exemplo: “Na base da suspeita de que **A** terá cometido vários crimes de Roubo (crime do catálogo: punível com prisão de um a oito anos pelo art.306.º do CP), é ordenada a escuta do seu telefone. A audição de uma conversa entre o suspeito **A** e a testemunha **B** permite apurar que **A** terá cometido o crime de Falsificação de documentos (crime não pertinente ao catálogo, porquanto punido com prisão até dois anos pelo ar.228.º do CP). Não se confirmando a suspeita dos crimes de Roubo, poderá a escuta ser valorada para obter a condenação de **A** pelo crime de Falsificação de documentos?”

<sup>185</sup> Neste sentido, Manuel Guedes Valente, *Ob.Cit.*,p.75

estejam numa relação de comprovação alternativa de factos.”<sup>186</sup> Cabem no âmbito dos conhecimentos de investigação as diferentes formas de participação (autoria e cumplicidade), bem como as diferentes formas de favorecimento pessoal, auxílio material ou recetação.<sup>187</sup>

O que importa aqui salientar é a circunstância de os *conhecimentos da investigação* configurarem uma categoria processual distinta dos *conhecimentos fortuitos*.

Da concepção dos *conhecimentos da investigação* que acima traçámos, podemos afirmar que a sua estrutura anda em torno de *identidade de investigação no sentido processual*<sup>188</sup>, *i.e.*, a escuta telefónica em torno da qual se descobre factos atinentes ao crime do catálogo, não se poderá reduzir apenas e tão só a esses factos, mas a um conjunto de factos vistos no seu conjunto.<sup>189</sup>

Do lado dos *conhecimentos fortuitos*, e nesta como noutras matérias que temos vindo a tratar ao longo deste estudo, a evolução do estudo dos *conhecimentos fortuitos* deve-se, sobretudo, à doutrina e jurisprudência alemãs. Esta temática foi pela primeira vez abordada pelo *BGH*, através de uma decisão proferida em 1976<sup>190</sup>, a qual lançou os fundamentos em torno dos quais se pode dizer que é relativamente consensual a doutrina aí proclamada e o enquadramento normativo. No entanto, e já em 1973, havia OLG Hamburg proferido uma decisão sobre esta temática, e terá sido, este, um dos primeiros pronunciamentos sobre a temática dos conhecimentos fortuitos.

Foi através da referida decisão do *BGH* que se lançou o princípio da proibição de valoração dos conhecimentos fortuitos “*que não estejam em conexão com um crime do catálogo*”<sup>191</sup>. Este princípio viria a converter-se num tópico sagrado entre a doutrina e jurisprudência alemãs, e claro está, veio a tornar-se a exigência mínima para

---

<sup>186</sup> Wolter, *Apud* Costa Andrade, *Sobre Proibições*....,p.306; Ou ainda como nos diz Manuel Guedes Valente, *Ob. Cit.*,p.80 “ Os conhecimentos da investigação são aqueles que, recolhidos por meio de escuta telefónica lícita, se encontram em uma relação de concurso ideal ou aparente com o crime catálogo que fundamentou o recurso à escuta telefónica, que compreendem os designados delitos alternativos que comprovam de modo alternativo os factos do crime catálogo, que, no âmbito dos crimes que fundamentam a autorização relativamente ao crime de associação criminosa, que constituem a finalidade ou a actividade daquela.” Ou ainda como afirma RIESS, *Apud* Costa Andrade, *Sobre Proibições*, p.306, estes conhecimentos da investigação “integram o processo histórico que, a seu tempo, ofereceu o motivo para uma ordem legítima de escuta”, e, ainda, em um plano de igualdade com os conhecimentos da investigação, se devem acrescenta a participação (autoria e cumplicidade), as formas de favorecimento pessoal, auxílio material e a receptação ”

<sup>187</sup> *Ibidem*

<sup>188</sup> Manuel Guedes Valente, *Ob. Cit.*,p.80

<sup>189</sup> Störmer, *apud* Francisco Aguilar, *Ob. Cit.*, p.18

<sup>190</sup> Cfr. Costa Andrade, *Sobre as Proibições*....,p.307

<sup>191</sup> Costa Andrade, *Sobre as Proibições*....,p.308

existência e a possibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos. Trata-se de um princípio que veio a ser consagrado no § 100a) da *StPO*.

Mais tarde o *BGH*, em decisões que veio a proferir, determinou que não seria necessário, para a valoração dos conhecimentos fortuitos, uma conexão com o crime do catálogo que motivou a escuta.<sup>192</sup> Nestes termos, permite-se, portanto, que os conhecimentos fortuitos sejam reportados a um crime do catálogo ou a outro, que seja da responsabilidade do arguido ou ainda de terceiro não suspeito. Este alargamento permite uma valoração dos conhecimentos fortuitos conhecidos através das associações criminosas<sup>193</sup> e ainda crimes de terrorismo.

Pese embora esta evolução que foi sendo traçada pelo *BGH*, a doutrina ensaia ainda os primeiros passos, mas há autores como W. SHÜNEMANN ou PRITTWITZ que defendem a valoração dos conhecimentos fortuitos sem restrições.<sup>194</sup> Todavia, uma ampla maioria doutrinária, e pela voz de WELP vai ao encontro da tese defendida pela jurisprudência, segundo a qual “a valoração dos conhecimentos fortuitos só é possível no interior da classe dos crimes do catálogo”.<sup>195</sup>

Há ainda que uma ala da doutrina alemã, como MEYER, SCHRÖDER, MAUNZ, DÜRIG, HERZOG e SCHLÜCHTER, que tem o entendimento segundo o qual a valoração dos conhecimentos fortuitos tem como pressuposto básico a conexão com o crime do catálogo e a ainda a concorrência de outros pressupostos ou requisitos adicionais. Assim, estes autores introduzem um juízo de proporcionalidade para a valoração destes conhecimentos, que já preside ao regime jurídico das escutas telefónicas. Nesta linha argumentativa, e pela voz de RUDOLPHI, os autores propendem para submeter os conhecimentos fortuitos a “um juízo hipotético de intromissão, fazendo incidir sobre eles aquela ideia de “estado de necessidade investigatório” em nome do qual o legislador abre a porta à admissibilidade da devassa da escuta”.<sup>196</sup>

---

<sup>192</sup> Costa Andrade, *Ibidem*.

<sup>193</sup> Esta valoração poderá ser levada ao extremo, em situações que nem sequer foi abordada na acusação que antecedeu a condenação pelo crime de associação. Neste sentido, o *BGH*, proclama de forma unívoca “Os conhecimentos de factos obtidos através de uma escuta telefónica regularmente feita, nos termos do § § 100a) e 100b) da *StPO*, com base na suspeita de um crime do § 129 *StGB* (associações criminosas), podem também ser utilizados para prova dos crimes que no momento da autorização da escuta ou no decurso da sua realização podem ser imputados à associação como sua finalidade ou actividade. Isto vale mesmo para a hipótese de, no momento oportuno, as autoridades competentes para a acusação deixarem cair a acusação pelo crime do catálogo”. Costa Andrade, *Sobre Proibições.....*,p.309

<sup>194</sup> W. Schünemann e Prittwitz, *Apud* Costa Andrade, *Sobre Proibições.....*,p.309

<sup>195</sup> Welp, *Apud* Costa Andrade, *Sobre Proibições.....*,p.310

<sup>196</sup> Rudolphi, *Apud* Costa Andrade, *Sobre Proibições.....*,p.310

À semelhança do que o *BGH* vem definindo nas suas decisões, a doutrina também as acompanha na parte que há a possibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos respeitantes a crimes que constituem a finalidade ou atividade da associação criminosa cuja perseguição determinou a escuta telefónica.<sup>197</sup>

Dito isto, e à semelhança da Alemanha, também entre nós, e à vista do silêncio da lei processual, que só em 2007 tenta dar uma resposta ao problema em apreço, só com o labor da doutrina e da jurisprudência é possível dar a resposta a estas questões.

De início, e tal como na Alemanha, exigia-se no mínimo que os conhecimentos fortuitos se reportassem a um crime do catálogo, portanto, a um dos crimes previstos no artigo 187.º do CPP. Mais tarde, vieram os autores a introduzir aquele estado de necessidade investigatório que os alemães já faziam questão de salientar como fundamento de legitimação das escutas telefónicas.

Por fim, a par dos congéneres alemães, tendem os autores portugueses a valorar os conhecimentos fortuitos no caso de perseguições relativas a crimes de associação criminosa, desde que, integrassem a finalidade ou a actividade dessa mesma associação. Mesmo entre nós ainda continua a ser problemática a questão relacionada com as hipóteses em que não se confirma a suspeita pelo crime de associação criminosa.<sup>198</sup>

Deste modo e tendo em consideração a evolução desta problemática na Alemanha, e relativamente ao caso português, parece exigir-se como pressuposto mínimo de valoração dos conhecimentos fortuitos, a acusação pelo crime do catálogo.

Para dar resposta a esta problemática o legislador ordinário, através da reforma operada em 2007, introduziu o novo n.º 7 do artigo 187.º do CPP, segundo o qual os conhecimentos ou os dados obtidos através de escutas validamente realizadas, só podem ser utilizados e valorados no contexto de outro processo penal se este outro processo justificasse, só por si – se a questão nele se suscitasse – o recurso às escutas telefónicas. Esta resposta há-de reconhecer-se adequada e ajustada, pelo menos, na parte em que há resposta.<sup>199</sup> Portanto, com a reforma operada em 2007, é possível remeter os

---

<sup>197</sup> No entanto e apesar de a doutrina ir ao encontro das decisões do *BGH*, já o mesmo não se poderá afirmar em relação às hipóteses em que a suspeita pelo crime de associação criminosa acaba por não se confirmar. Aqui existe uma fração da doutrina, que ainda parece ser a maioritária, que admite a valoração dos conhecimentos fortuitos mesmo na hipótese extremada acabada de referir. Sendo certo, que outra parte da doutrina, pelas vozes de Roxin, Wolter ou Welp, opõem-se a esta tese extremada. Para o efeito, e nas palavras de Roxin, esta tese poderá facilmente induzir a expediente fácil da invocação de um crime de associação criminosa, apenas com o propósito de, em contravenção da intencionalidade da lei, estender as escutas telefónicas a crimes a que a medida não poderia, pura e simplesmente, aplicar-se. Cfr. Costa Andrade, *Sobre Proibições.....*,p.311

<sup>198</sup> Costa Andrade, *Sobre Proibições.....*,p.312

<sup>199</sup> Costa Andrade, *Bruscamente no Verão.....*,p. 173

conhecimentos e dados que se descobriam para o outro processo, caso este permitisse a realização de escutas telefónicas. No fundo, esta resposta reconduz ao que a doutrina alemã designa de princípio da intromissão sucedânea hipotética<sup>200</sup>. No entanto, o legislador de 2007, deixou de fora a consideração dos problemas suscitados pela “exportação” de dados para processos de natureza diferente.<sup>201</sup>

Após esta abordagem à temática dos *conhecimentos fortuitos* passa-se a demonstrar e clarificar a linha de fronteira entre eles e o *tele-efeito*.

Como já tivemos oportunidade de clarificar o efeito-à-distância, “parece configurar um momento nuclear do fim de protecção do artigo 126.º do CPP na direcção do arguido”.<sup>202</sup> Com efeito, e a par desta interpretação, legítima, do artigo referido, o *tele-efeito* afigura-se mais um mecanismo de protecção do arguido, e nessa medida integra o núcleo essencial das suas garantias de defesa.

Do que fica dito, poder-se-á aduzir que “os conhecimentos fortuitos – factos recolhidos fortuitamente que não se reportam ao crime que legitimou a escuta telefónica – não se confundem com o efeito-à-distância – no qual se interroga da possibilidade de valoração do material probatório obtido por intermédio de uma violação de uma proibição de prova – *i.e.*, enquanto que nos conhecimentos fortuitos – situamo-nos face ao resultado directo de um meio de obtenção de prova legal, no efeito-à-distância – situamo-nos face ao resultado indirecto de um meio, método ou tema de prova ilegal.”<sup>203</sup>

Assim, o *tele-efeito* apresenta-se, nas palavras de ROGALL, como um problema “desesperadamente controverso”<sup>204</sup> ou, nas locuções de MEYER “extraordinariamente discutido”<sup>205</sup>, face à indagação da “comunicabilidade ou não da proibição de valoração aos meios secundários de prova tornados possíveis à custa de meios ou métodos proibidos de prova”<sup>206</sup>. Por sua vez, temos os *conhecimentos fortuitos* que se tornam notados através da realização *legal* de uma intercepção telefónica ou por meio de registo de voz (*off*) e imagem ou por meio de agente infiltrado ou por meio de apreensão de correspondência.

---

<sup>200</sup> Costa Andrade, *Bruscamente no Verão*....p. 174

<sup>201</sup> Não iremos analisar detalhadamente esta questão, por extravasar o objeto do presente estudo. Poderá, no entanto, ser analisada com mais detalhe com Costa Andrade, *Bruscamente no Verão*., p.174 a 187

<sup>202</sup> Costa Andrade, *Sobre Proibições*....,p. 315

<sup>203</sup> Manuel Guedes Valente, *Ob.Cit.*,p.83

<sup>204</sup> Rogall, *Apud* Costa Andrade, *Sobre Proibições*....,p.173

<sup>205</sup> Meyer, *Apud* Costa Andrade, *Sobre Proibições*....,p.173

<sup>206</sup> Costa Andrade, *Sobre Proibições*....,p.61

Do exposto, tudo se resume ao conhecimento de *factos* - elementos probatórios ou não – que foram conhecidos através de meios legais – *conhecimentos fortuitos*, ou ilegais – *efeito-à-distância*.

### 7.3 Análise de posições intermédias ou conciliatórias

Após esta destrinça que se afigura fundamental, vamos abordar a questão que acima referimos que se prende com a análise das diversas posições existentes, e iremos optar por aquela, ou tentar encontrar uma, que concilie o melhor possível os direitos fundamentais em conflito, por um lado, por outro lado encontrar quais os pressupostos de aplicação do *tele-efeito*, caso existam. Durante esta análise iremos adotar a mesma estrutura encetada por HELENA MOURÃO, cuja análise terá em conta orientações globais e não propriamente de autores<sup>207</sup>

#### 7.3.1 Posições norteadas para o caso concreto

No âmbito dos argumentos orientados para o caso concreto, os autores procuram responder ao problema do *tele-efeito* através da ponderação casuísta dos interesses que emergem em cada caso concreto, sem, no entanto, adotarem soluções baseadas em princípios gerais.

Esta solução vem sendo preconizada pelas vozes de ROGALL<sup>208</sup>, ERNEST-WALTER HANACK, e entre nós, por MANUEL MAIA GONÇALVES, SIMAS SANTOS E LEAL-HENRIQUES<sup>209</sup>, que defendem, tendo em conta os valores díspares existentes em cada caso concreto e a busca da verdade material, que é um valor igualmente constitutivo do próprio Estado de Direito, e da punição dos reais culpados, em especial no âmbito de crimes mais graves, a solução mais justa para cada caso concreto.

Nestes precisos termos, os autores mencionados socorrem-se de um elevado poder punitivo do Estado no âmbito da criminalidade especialmente grave, para muitas das vezes, em cada caso concreto, afastar o *efeito-à-distância* das proibições de prova. Nesta linha de pensamento, WOLTER sustenta a admissibilidade da valoração da prova

---

<sup>207</sup> Helena Mourão, *Ob.Cit.*, p.33

<sup>208</sup> Rogall refere que “só a doutrina da ponderação de interesses poderá oferecer uma resposta adequada às questões doutrinárias e pragmáticas do *Fernwirkung*”. *apud* Costa Andrade, *Sobre Proibições...*, p.176

<sup>209</sup> Veja-se em Manuel Maia Gonçalves, *in* Código de Processo Penal – Anotado e Legislação Complementar, Almedina, 17.ª Edição, 2009, p.315; e Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques, *in* Código de Processo Penal Anotado – Vol. I, Rei dos Livros, 3ª Edição, 2008, p.672

secundária, mesmo que normativamente imputável à violação originária da proibição de prova, no contexto da luta contra a criminalidade grave.<sup>210</sup> Todavia, este mesmo autor e outros defendem que quando estejam em conflito fortes limitações de direitos subjetivos fundamentais, a solução será tendencialmente no sentido do reconhecimento do *efeito-à-distância*.<sup>211</sup>

Parece, no entanto, outra e divergente a solução preconizada pela lei portuguesa. Com efeito e já se está a ver que esta solução conduz à imprevisibilidade, *maxime* nas hipóteses em que se encontram conjuntamente em atrito os valores da repressão da criminalidade grave, por um lado, e a proteção dos direitos fundamentais, por outro lado. Com efeito, as soluções orientadas para o caso concreto permitem fortes atentados aos mais elementares direitos fundamentais e ampliam drasticamente a destruição da importante função preventiva e dissuasora do instituto das proibições de prova. Aliás, com estas soluções os autores permitem que a ilicitude “entre” pela janela quando o legislador quis a “fechar” pela porta principal, *maxime* através da Constituição.<sup>212</sup> Por outras palavras, o “que dita as proibições de prova e determina as suas consequências em termos que não apelam para uma ponderação com os valores subjectivados sub nomine e no interesse da realização da justiça penal.”<sup>213</sup>

A ordem jurídica portuguesa no seu todo parece assentar no desfasamento e distanciação qualitativa entre duas ordenações de valores: os valores material-substantivos tutelados pelo direito penal substantivo e, também e em primeira linha, pelas proibições de prova; e os princípios adjetivos de relevo reconduzíveis à ideia de eficácia funcional da justiça penal. Tudo se resume à expressão de MANUEL DA COSTA ANDRADE: “*Brevitatis causa*, a gravidade do crime a perseguir não será, só por si e enquanto tal, razão bastante para legitimar a danosidade social da violação das proibições de prova.”<sup>214</sup>

A acrescentar a esta ideia, não pode ignorar-se o regime probatório instituído no Código de Processo Penal é já, ele próprio, uma expressão dos juízos de ponderação do

---

<sup>210</sup> Wolter, *Apud* Costa Andrade, *Sobre Proibições...*, p.179

<sup>211</sup> Wolter, *Apud* Helena Mourão, *Ob.Cit.*, p.36 e 37; Rogall refere que “ se um elevado interesse punitivo em relação à criminalidade grave falta contra o efeito-à-distância, já inversamente um atentado grave aos direitos individuais protegidos sugere a intervenção do efeito-à-distância”, *Apud*, Costa Andrade, *Sobre Proibições...*, p.176

<sup>212</sup> Igualmente neste sentido, Helena Mourão, *Ob.Cit.*, p.36

<sup>213</sup> Costa Andrade, *Sobre Proibições...*, p.201

<sup>214</sup> *Ibidem*

legislador em sede de problemática de criminalidade grave<sup>215</sup>. Afirmação que se pode retirar com facilidade das normas contidas, por exemplo, nos artigos 143.º, n.º 4, 174.º, n.º 5, alínea a) e ainda 187.º, n.º 2, alínea a), e como sabemos o decisor não se encontra legitimado a romper essa intenção normativa. Não parece ser outro o caminho trilhado pelo legislador, e recorde-se, a perseguição do criminoso e a descoberta do crime, por mais grave que ele seja, não bastam para abrir as portas, por exemplo, às gravações feitas ou utilizadas à custa de atentado ao direito à palavra ou à imagem.

Não pode o intérprete socorrer-se de teorias casuísticas, e muito menos devem os autores desenvolvê-las baseando-se em considerações de política criminal em relação à criminalidade grave, porque, recorde-se, não está a atuar no âmbito das suas competências jurisdicionais, vai ao invés, atuar ao abrigo de funções legislativas.

Por fim, os argumentos aqui referidos parecem não conhecer as limitações impostas pelos valores inerentes à condição do ser humano, e mais, colocam como objetivo primário a descoberta da verdade material, não processualmente válida, quando na realidade, e com base no conceito de proibições de prova que delineamos, terá de haver uma concordância entre a descoberta da verdade material e o respeito pela dignidade humana.<sup>216</sup>

A estrutura imanente ao nosso Direito Processual Penal impõe a busca da verdade material, mas aquela que se alcança no respeito pelos direitos fundamentais, e que conhece fortes limitações em virtude do instituto das proibições de prova. Assim, “os princípios constitucionais da busca da verdade material e da realização da justiça, mesmo em matéria de funcionalidade da justiça, penas e da tutela de valores, têm limites, impostos pela dignidade e pelos direitos fundamentais das pessoas, que se traduzem processualmente nas proibições de prova”<sup>217</sup>.

Portanto, face ao exposto, estas soluções são de afastar.

---

<sup>215</sup> Helena Mourão, *Ob.Cit.*,p.36 e Costa Andrade, *Sobre Proibições...*,p.202

<sup>216</sup> Nesta linha de pensamento, Figueiredo Dias, *Ob.Cit.*,p194, refere que “o próprio pensamento filosófico mais recente veio mostrar que toda a verdade autêntica passa pela liberdade da pessoa, pelo que a sua obtenção à custa da dignidade do homem é impensável. E é bom que isto se acentue, para que se não ceda à tentação de santificar a violação de proibições de prova em atenção ao fim da descoberta de uma (pretensa) verdade material.” Ou ainda Paulo Dá Mesquita, *Ob.Cit.*,p.270 “a consagração das proibições de prova constitucionais, contudo, relacionam-se com uma linha marcante desenvolvida pela jurisprudência do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, em se extrai da Constituição, para além do fim central de regulação da descoberta da verdade no respeito de direitos fundamentais, um novo patamar de afastamento da prova por força da violação de imperativos constitucionais na sua obtenção.”

<sup>217</sup> Neste sentido, Ac. STJ, processo: 886/07.8PSLSB.L1.S1, de 03.03.2010, e ainda Helena Mourão, *Ob.Cit.*,p.37

### 7.3.2 Posições ensaiadas nas doutrinas da imputação objetiva originárias do Direito Penal Substantivo ou soluções mistas

Como se poderá constatar as doutrinas que aqui se irão referenciar recorrem, na sua esmagadora maioria, aos institutos já desenvolvidos pela doutrina penal substantiva. Com efeito, paradigmática é a posição de WOLTER, que partindo da inexistência de um princípio ou regra geral de solução do problema, procura pôr pé uma doutrina de enquadramento e solução, assente num conjunto articulado de considerações e de tópicos reconduzíveis a dois momentos ou estádios fundamentais.<sup>218</sup>

No primeiro momento o referido autor começa por reproduzir, ao nível processual, a doutrina penal substantiva da *causalidade* e da *imputação* preponderante nesta matéria, e começando com uma consideração de causalidade: a valoração da prova secundária será admissível sempre que entre ela e a violação originária não substitua umnexo efetivo de causalidade.<sup>219</sup> Recorrendo aos ensinamentos da doutrina penal substantiva, podemos afirmar como premissa básica desta teoria de que a causa de um resultado é toda a condição [*prova primária*] sem a qual o resultado [*prova secundária*] não teria tido lugar.<sup>220</sup> Por isso, todas as condições que, de alguma forma, contribuíram para que o resultado se tivesse produzido são causais em relação a ele e devem ser consideradas em pé de igualdade, já que o resultado é indivisível e não pode ser pensado sem a totalidade das condições que o determinaram.<sup>221</sup>

Assim, e nas palavras de FIDALGO GALLARDO “a doutrina dos frutos da árvore envenenada é sustentada com base num argumento relacional: para considerar uma determinada prova como fruto da árvore envenenada ter-se-á que estabelecer uma conexão entre ambos, de modo lógico, e importa verificar quando a prova proibida, a primária, é *conditio sine qua non*, e motor da obtenção posterior das provas secundárias, que não se teriam sido obtidas sem a violação originária”<sup>222</sup>. Portanto, mesmo entre nós, a jurisprudência vai no mesmo sentido, dizendo para o efeito, “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 mediatemente

---

<sup>218</sup> Wolter, *Apud* Costa Andrade, *Sobre Proibições...*, p.178

<sup>219</sup> *Ibidem*

<sup>220</sup> É a chamada fórmula da *conditio sine qua non*. Neste sentido, e para uma análise da doutrina penal substantiva, por todos, Figueiredo Dias, *Direito Penal...*, p.324

<sup>221</sup> Figueiredo Dias, *Direito Penal...*, p.324

<sup>222</sup> Carlos Fidalgo Gallardo, *Ob.Cit.*, p.434

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.”<sup>223</sup>

Com efeito, para apurar quais as condições que deram causa a um certo resultado deveria o juiz suprimir mentalmente cada uma delas: caso pudesse afirmar que o resultado não se teria produzido sem essa condição, tal significaria que esta seria relevante para efeitos de estabelecimento do nexo de causalidade. Tomando como exemplo a descoberta do *modus operandi* e ainda produtos estupefacientes no apartamento do **A** através de uma escuta telefónica ilegal, *i.e.*, sem autorização judicial, serão causais dessa descoberta o facto de os **OPC** terem recebido uma denúncia com base na qual o **A** estaria a traficar estupefacientes e ainda o facto de o **C** ter feito a identificação do apartamento de **A**, pois sem qualquer uma destas condições os OPC, após a violação nas telecomunicações do **A** [prova proibida] não teriam descoberto o *modus operandi* e ainda os estupefacientes [provas secundárias].

Portanto e como principais argumentos contra esta formulação são de referir os seguintes. Esta fórmula acaba por abranger a mais longínqua condição, implicando uma espécie de *regressus ad infinitum*, e deveria excluir da problemática qualquer consideração sobre a interrupção do nexo causal devido a atuação do arguido ou de terceiro<sup>224</sup>, ou ainda por efeito de uma circunstância extraordinária ou imprevisível.<sup>225</sup> Com efeito, o principal defeito desta doutrina “*reside na exagerada extensão que confere ao objecto da valoração jurídica.*”<sup>226</sup>

Portanto, e de modo a reduzir o campo de aplicação de *teoria da causalidade*, a doutrina, ainda com base nas teorias penais substantivas, tenta estabelecer o devido *nexo de anti juridicidade*<sup>227</sup> para que se possa ou não aplicar o efeito dominó do *tele-efeito*.

---

<sup>223</sup> Ac. STJ, processo n.º 09P0395, de 12-03-2009

<sup>224</sup> Costa Andrade refere o seguinte “O *Fernwirkung* será ainda(..) de excluir nos caos em que o nexo de causalidade é interrompido por força de acção livre e autoresponsável do arguido”. Pois, com a sua conduta, o arguido desonera ao mesmo tempo as autoridades de perseguição penal do risco da violação do processo.” Para ilustrar esta afirmação, o referido autor recorre ao seguinte exemplo de Wolter:” a partir de escutas telefónicas ilegais o arguido é detido e levado a produzir declarações auto-incriminatórias. Posteriormente, já depois de restituído à liberdade, e apesar de devidamente esclarecido sobre a absoluta irrelância das provas até então reunidas, o arguido mantém-se fiel ao teor das suas primeiras declarações. “, *Sobre Proibições...*,p.178 e 179. No fundo, poder-se-á ver estas constelações típicas no caso *Wong Sun v. United States* (1963) face ao qual também o Supreme Court dos Estados Unidos denegou a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. Pode-se ler com mais detalhe em Wayne R. Lafave, Jerold H.Israel e Nancy J.King, *Criminal Procedure*, Third Edition, HornBook Series, 2000, p.502 e ss

<sup>225</sup> *Ibidem*

<sup>226</sup> Figueiredo Dias, *Direito Penal...*,p.327

<sup>227</sup> Neste sentido Jacobo López Barja de Quiroga, *Ob.Cit.*,p.937 e ss

Para este efeito foram (re) utilizadas as doutrinas penais substantivas, mas agora aplicadas ao campo processual.

### 7.3.2.1 A esfera de protecção da norma como orientação exegética

Nesta área existem as soluções compromissórias ou mistas que vêm colhendo o aplauso maioritário dos autores alemães. Esta orientação que foi espoletada pelo *BGH* num dos seus arestos de 1958, no qual “a valoração de provas secundárias está dependente da lesão produzida, e, se esta, a norma violada contempla no seu âmbito de protecção a esfera pessoal do ofendido”.<sup>228</sup>

Estas orientações, no essencial, tendem a determinar quais os critérios de identificação e demarcação das hipóteses concretas de efeito-à-distância, o que já é bom de ver, e torna o universo de respostas bastante mais lato.

A este propósito, podemos referir que existe uma corrente doutrinária, representada por GRÜNWALD<sup>229</sup> e, entre nós, pela mão de MANUEL DA COSTA ANDRADE<sup>230</sup> e JOSÉ DA COSTA PIMENTA<sup>231</sup>, que sustenta a averiguação caso a caso de cada proibição de prova e, através do *fim de protecção* constatar se existe ou não o afastamento das provas secundárias obtidas com a violação. Para este efeito, GRÜNWALD, sustenta que, num primeiro momento, para que se suscite qualquer questão relacionada com o efeito-à-distância é necessário que em relação à prova secundária exista uma ligação e “cujo rasto as autoridades da perseguição penal não teriam chegado sem a violação da lei”<sup>232</sup>. Depois num segundo momento, e após a demarcação do domínio das provas secundárias causalmente dependentes da prova primária, caberá, “indagar em que medida a exclusão daquelas provas é reclamada pelo fim de protecção da proibição de prova concretamente violada.”<sup>233</sup>

Paradigmática, e a título de exemplo, é o regime contido no artigo 129.º do CPP, depoimento indirecto, e mais conhecido como proibição das testemunhas-de-ouvir-dizer<sup>234</sup> e bem como as demais normas que consagram verdadeiras proibições de

---

<sup>228</sup> Jacobo López Barja de Quiroga, *Ob.Cit.*, p.876

<sup>229</sup> *Apud* Costa Andrade, *Sobre Proibições...*, p.177

<sup>230</sup> Costa Andrade, *Sobre Proibições...*, p.177 e 178

<sup>231</sup> José da Costa Pimenta, *in* Código de Processo Penal Anotado, Rei dos Livros, 1991, p.378 e 379

<sup>232</sup> *Apud* Costa Andrade, *Sobre Proibições...*, p.177

<sup>233</sup> *Ibidem*

<sup>234</sup> Costa Andrade, *Sobre Proibições...*, p.177. Cumpre um pequeno esclarecimento, ao contrário do que é correntemente afirmado, a lei processual penal não proíbe o depoimento indirecto. Só a admissibilidade do “depoimento de ouvir dizer” justifica que haja um preceito legal (o artigo 129, do C.P.P.) a regular os

prova, e que já tivemos oportunidade de referir, que na sua r cio permitem uma tutela mais ampla da descoberta da verdade material, n o reclamam, em regra, a impossibilidade de utilizar as provas secund rias que da  se obtenham atrav s da respetiva viola o.<sup>235</sup> De facto, o  mbito de prote o, ou melhor dizendo, a proibi o aqui imposta visa sobretudo assegurar os princ pios da imedia o, da igualdade de armas, e da *cross-examination*, valores que n o ficam de todo comprometidos com a valora o de provas indiretas. Com efeito, e neste sentido se pode ler as palavras s bias de MANUEL DA COSTA ANDRADE: “o efeito- dist ncia transcende claramente o fim de protec o das normas do direito processual portugu s que prescrevem a proibi o do testemunho-de-ouvir-dizer. E que obedecem fundamentalmente a exig ncias pr prias dos princ pios da imedia o, de igualdade de armas e da regra da *cross-examination*. Tudo exig ncias cuja satisfa o integral pode perfeitamente compaginar-se com a utiliza o processual das provas mediatamente produzidas pelo testemunho-de-ouvir-dizer”<sup>236</sup>

Pelo contr rio, recordamos, o que se afigura na manifesta o paradigm tica e porventura a mais un voca de aplica o do efeito- dist ncia, de m todos proibidos de prova contra o arguido. Com efeito, as proibi es contidas no artigo 126.  do CPP, como por exemplo, as que t m no seu  mbito de prote o a defesa de liberdade de declara o do arguido, permitem sem margem para grandes d vidas o *tele-efeito*<sup>237</sup>.

Num breve resumo, as proibi es de prova aqui em causa est o preordenadas a evitar o que a lei pressup e como os atentados mais intoler veis tanto   dignidade humana como aos transcendentais valores institucionais que numa perspetiva de Estado de Direito lhe andam associados.<sup>238</sup> Ora, a ratio destas proibi es de prova permitem assegurar que as provas secund rias obtidas n o sejam valoradas. Ali s, e como relembra ROXIN, caso assim n o fosse “incentivar-se-ia o recurso a m todos proibidos de prova e frustrar-se-ia irreparavelmente a correspondente proibi o”<sup>239</sup>, ou na formula o proposta por HASSEMER, “ a recusa do efeito- dist ncia equivaleria a

---

termos em que pode ser produzido e valorado em julgamento o depoimento indirecto. Neste sentido AC.TRL, processo n.  35/07.2PJAMD.L1-5, de 24-01-2012

<sup>235</sup> Neste sentido, Helena Mour o, *Ob.Cit.*,p.39

<sup>236</sup> Costa Andrade, *Sobre Proibi es*....,p.317. Neste sentido se manifestou o Tribunal Constitucional, no seu aresto n.  213/94 de 02 de Mar o de 1994.

<sup>237</sup> Cfr. Costa Andrade, *Sobre Proibi es*....,p.315 “ O efeito- dist ncia parece, assim, configurar um momento nuclear do fim de protec o do artigo 126.  do CPP na direc o do arguido. Uma conclus o refor ada pela considera o suplementar e decisiva de que s o o efeito- dist ncia pode aqui prevenir uma t o frontal como indesej vel viola o do princ pio *nemo tenetur se ipsum accusare*.”

<sup>238</sup> Cfr. Costa Andrade, *Sobre Proibi es*....,p.315 e Helena Mour o, *Ob.Cit.*,p.40

<sup>239</sup> *Apud* Costa Andrade, *Sobre Proibi es*....,p.315

neutralizar a expressividade cultural e jurídica” da proscricção dos métodos proibidos de prova”<sup>240</sup>

Pese embora os argumentos sustentados por esta fração da doutrina, existem argumentos que permitem discordar dela.

Em primeiro lugar, a tese em apreço, no essencial, acaba por traçar uma linha divisória entre as proibições de prova que, como sabemos, são um instituto de protecção dos direitos fundamentais, que podem ser conduzidos por isso a proibições constitucionais<sup>241</sup>, e, aquelas outras que protegem valores supra individuais, designadamente do Estado e da Comunidade, o que como se sabe, transcendem o âmbito de protecção dos valores estritamente individuais. Nas belíssimas palavras de COSTA PIMENTA: “A teoria da “árvore envenenada” deve, sem dúvida, valer, mesmo no nosso direito, não obstante o silêncio da lei, para os casos em que a proibição de prova tenha directamente em vista a protecção da dignidade da pessoa – cfr. artigo 126.º, n.º2.”<sup>242</sup>

Recorde-se o que já dissemos ao longo deste estudo, o instituto das proibições de prova têm a sua sede normativa no nosso diploma fundamental, a Constituição da República Portuguesa, nomeadamente no artigo 32.º, n.º 1 e 8. Além do mais, e como também já referimos as proibições de prova transcendem em muito o núcleo essencial das normas referidas, uma vez que este instituto tal como o concebemos protege, por um lado a dignidade da pessoa humana, e por outro lado, coloca verdadeiros limites à descoberta da verdade material. Ora, daqui resulta que este sistema, reforçado, de protecção dos direitos fundamentais, transcende e muito a normal ponderação de valores que o legislador decidiu consagrar na lei processual penal. Como efeito, as proibições de prova, tal como as entendemos no direito processual penal português são aquelas normas probatórias proibitivas cuja violação possa atentar contra os direitos fundamentais, e em consequência a tese do *fim de protecção da norma* vem apenas incorporar um princípio geral de *tele-efeito* quanto aos métodos proibidos, que visam directamente a protecção do valores mais intrinsecamente ligados à dignidade da pessoa humana, e que de resto, como já sabemos, são protegidos pela própria Constituição, e ao afirmar a valoração das provas secundárias em certos casos, seria um atentado à dignidade da pessoa humana, e em consequência um atentado à própria ideia de Estado

---

<sup>240</sup> *Apud* Costa Andrade, *Sobre Proibições.....*,p.315

<sup>241</sup> Cfr. Helena Mourão, *Ob.Cit.*,p.41

<sup>242</sup> Costa Pimenta, *Ob.Cit.*,p.380

de Direito Democrático. Como também já tivemos oportunidade de salientar, o problema que se nos coloca não deve ser resolvido à luz do regime previsto nos artigos 122.º e 123.º do CPP, tal como defende HELENA MOURÃO<sup>243</sup>, porque isso seria admitir que as proibições de prova não têm autonomia dogmática e jurídica em relação às nulidades, o que não é de admitir, tal como já procurámos demonstrar neste estudo.

Portanto, pensamos que a resposta deve ser resolvida com base nas próprias normas constitucionais que consagram no seu âmbito de proteção o *tele-efeito*, e seria desrazoável e feria ao mais elementares valores constitucionais permitir a valoração das provas secundárias.

Pelo exposto, a tese em análise, acaba afinal, por não oferecer uma resposta adequada à questão que formulámos<sup>244</sup>, que é o de saber se o *efeito-à-distância*, nos casos de proibições de prova estreitamente ligadas à tutela da dignidade humana, comportam ou não uma eficácia menos ampla desse instituto, em virtude da sua colisão com outros valores constitucionais.

### **7.3.2.2 Posições baseadas nos percursos hipotéticos de investigação**

Esta tese, no essencial, reproduz com melhor ou menor cuidado a doutrina penal substantiva sob a epígrafe geral dos *comportamentos lícitos alternativos*. A doutrina comunga das seguintes ideias. Aplica-se a todas aquelas situações em que o agente adota um comportamento negligente, não observa os deveres de cuidado a que está obrigado e de que é capaz e, com esse comportamento ilícito por ele adotado, dá origem a um resultado lesivo; no entanto, prova-se que, mesmo que o agente atuasse diligentemente, observando todos os deveres de cuidado, o resultado lesivo seria o mesmo, *i.e.*, o agente teve um comportamento ilícito, mas caso o seu comportamento tivesse sido lícito, o resultado seria exatamente o mesmo.<sup>245</sup>

Nesta temática, como referimos os autores recorrem à teoria dos comportamentos lícitos alternativos, e na sua vertente processual, designam de processos hipotéticos de investigação. No que à problemática do efeito-à-distância concerne, importa, no essencial, referir que o tele-efeito “esbater-se-ia, sempre que, com base num juízo de causalidade hipotética, fosse possível afirmar que os órgãos de polícia criminal teriam, com elevado grau de probabilidade, chegado à prova secundária

---

<sup>243</sup> Helena Mourão, *Ob.Cit.*,p.42

<sup>244</sup> *Vide*, parte final do ponto 7.1

<sup>245</sup> Neste sentido podemos ver em Jorge de Figueiredo Dias, *in* Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p.336 e ss.

através de outro método de obtenção de prova, que não colidisse com as proibições de prova.”<sup>246</sup>

Na doutrina alemã, e pela voz de ROGALL, pese embora as divergências quanto à concretização e à extensão desta teoria, admitem que esta tese é já dominante entre o seu meio jurídico, sendo, aliás defendida, entre outros, por WOLTER<sup>247</sup> e GRÜNWALD<sup>248</sup>. Entre nós esta tese é defendida por MANUEL DA COSTA ANDRADE<sup>249</sup> e ainda PAULO SOUSA MENDES<sup>250</sup>.

A tese agora em análise pretende sustentar a irrelevância do *tele-efeito* das proibições de prova e a admissibilidade da utilização da prova secundária nos casos em que, com base num juízo de causalidade hipotética, seja permissível certificar que os órgãos formais de controlo teriam decididamente, ou com fortes probabilidades, alcançado o mesmo meio de prova (secundário), através de outro percurso de indagação, lícito e respeitador das proibições de prova.<sup>251</sup> No âmago desta doutrina está a verificação de que, nas situações em apreço, o respeito pelos limites impostos aos métodos de obtenção de prova não teria protegido o arguido da condenação.<sup>252</sup> Nas sábias palavras de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS “não podemos afastar alienadamente o efeito-à-distância sob pena de, por um lado, se ofender intoleravelmente a dignidade da pessoa”<sup>253</sup> e os transcendentais valores institucionais que lhe estão associados em um Estado de Direito, e por outro, na esteira de ROXIN “poder-se-ia incentivar o recurso a métodos proibidos de prova e frustra-se de modo irreparável a correspondente proibição”<sup>254</sup>, e, ainda, na linha de HASSEMER, “neutralizar a expressividade cultural e jurídica da proscrição dos métodos proibidos de prova”<sup>255</sup>.

---

<sup>246</sup> Cfr. Cláudio Lima Rodrigues, *Ob.Cit.*,p.29 e 30

<sup>247</sup> Wolter, após referir o primeiro nível de análise como sendo a teoria da causalidade, sobe a um segundo patamar onde recorre aos princípios do comportamento lícito alternativo e da elevação do risco. É que, argumenta o autor, à vista da dignidade constitucional do valor duma justiça penal eficaz como do princípio da legalidade, não pode pretender-se que a violação da uma qualquer norma processual, mesmo de relevo constitucional, haja de desencadear, sem mais, a total proibição” *Apud*, Costa Andrade, *Sobre Proibições...*,p.178

<sup>248</sup> Grünwald, *Apud* Helena Mourão, *Ob.Cit.*,p.43

<sup>249</sup> Costa Andrade, *Sobre Proibições...*,p.316

<sup>250</sup> Paulo Sousa Mendes, *Ob.Cit.*,p.152

<sup>251</sup> Costa Andrade, *Sobre Proibições...*,p.316, igualmente neste sentido Wolter, *Apud* Helena Mourão, *Ob.Cit.*,p.43

<sup>252</sup> Costa Andrade, *Sobre Proibições...*,178 e Helena Mourão, *Ob.Cit.*,p.178

<sup>253</sup> Jorge de Figueiredo Dias, “Para uma reforma global do processo penal português (Da necessidade e de algumas orientações fundamentais)”, in *Para uma Nova Justiça Penal*, Almedina, 1983, p.206 e ss

<sup>254</sup> Roxin, *Apud* Costa Andrade, *Sobre Proibições...*,p.315

<sup>255</sup> Hassemer, *Apud* Costa Andrade, *Sobre Proibições...*,p.315

A doutrina nacional e internacional não têm grandes oscilações de opinião quanto a estas ideias iniciais, mas já têm no que respeita ao *grau de certeza* de que deve envolver o processo hipotético para que se possa rejeitar liminarmente o efeito-à-distância.

Nesta problemática o Tribunal federal alemão, em decisão proferida em 1987, entendeu que, para rejeitar o *tele-efeito* das proibições de prova, basta que não fique provado que, sem a ilicitude, os órgãos formais de controlo não teriam alcançado as provas mediatas.<sup>256</sup> Por seu turno ROXIN entende que para afastar o efeito-à-distância ter-se-á que verificar um “alto grau de probabilidade” de obtenção das provas mediatas.<sup>257</sup> Entre nós, e contra esta corrente MANUEL DA COSTA ANDRADE, seguindo para o efeito BEULKE, entende na parte em que o autor alemão reclama exigências correspondentes às da convicção do juiz necessária para sustentar a condenação do arguido, partindo, portanto, de constelações mais problemáticas onde a valorização da prova mediata equivalerá, na prática, à condenação do arguido.<sup>258</sup>

Uma fração da doutrina a alemã, e pela voz de EISENBERG, recusa a possibilidade de uma mera consideração abstrata do grau de probabilidade, julgando que os pressupostos do juízo de causalidade hipotética têm que ser colhidos da base fáctica do caso concreto, que a sua prova incumbe às autoridades formais de controlo e que a dúvida que, a final, possa subsistir deve ser valorada a favor do arguido.<sup>259</sup> Entre nós, e com uma linha de raciocínio idêntica à do autor alemão MANUEL DA COSTA ANDRADE diz-nos que “uma compreensão das coisas que obriga a valorar pro reo os coeficientes de dúvida e indeterminação em concreto subsistentes.”<sup>260</sup>

Pese embora estes argumentos, há quem entenda que qualquer das suas variantes é inaceitável.<sup>261</sup> Seguimos, em certa medida, os autores que se afastam desta corrente.

Em primeiro lugar, julgamos que não é pela circunstância de poder existir uma possibilidade hipotética de ter obtido aquela prova secundária, ainda que seja com um alto grau de probabilidade<sup>262</sup> ou ainda a existência de uma convicção semelhante à que o

---

<sup>256</sup> BGH, *Apud* Costa Andrade, *Sobre Proibições...*,p.316. Nesta decisão o BGH refere que “ *não pode demonstra-se que, sem a violação da lei, a polícia não teria descoberto as testemunha*”

<sup>257</sup> Roxin, *Apud* Costa Andrade, *Sobre Proibições...*,p.316

<sup>258</sup> Costa Andrade, *Sobre Proibições...*,p.316

<sup>259</sup> Eisenberg, *Apud* Helena Mourão, *Ob. Cit.*,p.44

<sup>260</sup> Costa Andrade, *Sobre Proibições...*,p.316

<sup>261</sup> Helena Mourão, *Ob. Cit.*,p.45

<sup>262</sup> Roxin, *Apud* Costa Andrade, *Sobre Proibições...*,p.316

juiz teria de ter para sustentar uma condenação<sup>263</sup> que se poderá afastar, sem mais, o *telefeito*. Um argumento por maioria de razão dará cobro a estas situações. Se houvesse de facto a possibilidade, ainda que remota, de obtenção do meio de prova secundário com o recurso a um processo, respeitando, portanto, os direitos fundamentais do arguido, então as autoridades formais de controlo podiam e deviam ter utilizado esse meio alternativo. Não podemos aceitar a violação dos mais elementares direitos fundamentais da pessoa humana cujos alicerces se encontram enraizados na Constituição da República Portuguesa, pelo menos desde o começo do Estado Social de Direito<sup>264</sup>, e inscritos nos diplomas internacionais, para, em busca de uma pretensa verdade material, aniquilar tudo aquilo que demorou décadas a construir. É a própria CRP que confere uma unidade de sentido, de valor e concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. Ele repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na conceção que faz da pessoa o fundamento e fim da sociedade e do Estado.<sup>265</sup> A concordância prática do sistema de direitos fundamentais só poderá funcionar plenamente se houver um respeito absoluto pela dignidade da pessoa humana e ainda que o próprio Estado dê esse mesmo exemplo, não violado, portanto, os direitos fundamentais, e não encontrando subterfúgios para alcançar uma verdade material que não é a verdade processualmente válida.

Em segundo lugar, e recordando um elemento histórico de modo a compreendermos a posição dos germânicos nesta matéria, que se liga ao facto de existir um pré-entendimento que condiciona o modelo de decisão na doutrina alemã<sup>266</sup>, *i.e.*, o facto de se ter querido fazer frente ao grupo terrorista Fração do Exército Vermelho (*RAF*), que iniciou o seu terror em 1970 e por mais de três décadas, condicionou e muito a sua posição devido à pressão que se fazia sentir para lhe fazer frente. Esta experiência alemã, como se sabe, felizmente não conheceu paralelo no ordenamento português. Em consequência da vivência de um período de terrorismo severo permitiu-se que o conteúdo essencial das garantias previstas na lei fundamental alemã, semelhante ao nosso artigo 32.ºCRP, não fosse respeitado, e portanto, os mais elementares direitos fundamentais fossem comprimidos sem uma devida autorização constitucional.

Ora, e de modo a responder a esta criminalidade extremamente grave os órgãos formais de controlo tiverem de utilizar métodos de investigação mais enérgicos. Para o

---

<sup>263</sup> Costa Andrade, *Sobre Proibições...*, p.316

<sup>264</sup> Jorge Miranda, *Manual...*, Tomo IV, p.194

<sup>265</sup> Jorge Miranda, *Manual...* Tomo IV, p.197

<sup>266</sup> Helena Mourão, *Ob.Cit.*, p.45

efeito, e a história não diz o contrário<sup>267</sup>, os órgãos formais de controlo recorriam à tortura de arguidos para obter uma confissão ou de modo a descobrirem testemunhas das atividades criminosas. Neste caso concreto, não seria a possibilidade de fazer uso de um processo lícito alternativo que faria bloquear a condenação, mas antes a prerrogativa de condenações baseadas na autoincriminação do arguido. Este resultado prático não é aceitável, aliás e como temos tentado demonstrar ao longo deste estudo, não é precisamente este tipo de efeitos que o instituto das proibições de prova visa, precisamente, acautelar? A nosso ver tal condenação acarretaria um intolerável atentado à dignidade da pessoa humana e ao mesmo tempo contra o nosso Estado de Direito democrático.

Como enfatiza CASTANHEIRA NEVES, cujas palavras assentam como uma luva neste caso, “a dimensão pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito incondicional da sua dignidade. Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira. Assim, se o homem é sempre membro da uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que ele é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária e social. Será por isso inválido, e inadmissível, o sacrifício desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe. Por outras palavras, o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe. Pelo que o juízo que histórico-socialmente mereça uma determinada comunidade, um certo grupo ou uma certa classe não poderá implicar um juízo idêntico sobre um dos membros considerado pessoalmente – a sua dignidade e responsabilidade pessoais não se confundem com o mérito e do demérito, o papel e a responsabilidade histórico-sociais da comunidade, do grupo ou classe de que se faça parte.”<sup>268</sup>

Daqui resulta simplesmente isto: a pessoa humana independentemente do que tenha feito ou faça terá de ser respeitada, e os seus direitos fundamentais terão de ser considerados por todos nós, e com carácter mais vinculativo e simbólico pelo Estado, que, como sabemos, tem como missão a proteção da pessoa humana.

---

<sup>267</sup> Smith, J. & Moncourt, A.. *in* The Red Army Faction: *a documentary history. Projectiles for the people*, 2009, kersplebedeb, p.107 e ss

<sup>268</sup> Castanheira Neves, *in* A revolução e o Direito, *Digesta*, Vol. I, Coimbra Editora, 1995, p.207

Por fim, e como dissemos inicialmente, este tipo de argumentos têm efeitos perversos do ponto de vista da investigação criminal.

Esta construção doutrinal permite que os órgãos formais de controlo possam fazer uso de meios ou métodos de investigação ilícitos, pensando sempre que através da demonstração, com um elevado grau de probabilidade ou grau equivalente, conseguiriam alcançar os meios de prova secundários através de um percurso lícito alternativo. Com efeito, seria uma renúncia aos meios, de facto, lícitos em proveito de condutas ilícitas porque sempre se conseguiria o resultado através de um meio lícito.

Nestes precisos termos, pensamos nós, que seria mais um expediente com efeito perverso no que tange ao instituto das proibições de prova, o qual, como já mencionamos ao longo deste estudo, tem um duplo efeito. Por um lado, e a título preventivo, previne que os órgãos formais de controlo sejam demovidos em descobrir a verdade material com base em métodos proibidos de prova, e por outro lado, caso não funcione o mecanismo preventivo, permite às entidades judiciárias expurgar do processo qualquer meio de prova obtido através de métodos proibidos de prova com base no tele-efeito.

Daqui resulta que o recurso a processos hipotéticos de investigação determinava, por um lado, a inércia do instituto das proibições de prova, e por outro lado faria com que os órgãos formais de controlo pudessem utilizar expedientes que ofendessem os direitos fundamentais dos cidadãos, ficando na esperança de que, afinal, sempre seria legal porque haveria um meio semelhante, ainda que alternativo e hipotético.



#### 7.4 Posição adoptada

Perante o exposto tudo se resume à questão de saber se o efeito-à-distância se impõe regamente ou se, tendo em conta que se devem interpretar restritivamente as normas que limitam o gozo e o exercício de direitos, liberdades e garantias, como se manifestam, *v.g.*, as escutas telefónicas, em determinadas situações se deve olhar para o caso concreto e afastar o tele-efeito, ou seja, atender ao nexo de causalidade ou à imputação objetiva entre a violação da proibição de prova e prova secundária?

Não obstante todas as teses supramencionadas, que mais não são do que tentativas doutrinárias para encontrar o modelo ideal que permita atenuar o efeito dominó do tele-efeito. Nesta contenda há autores que defendem uma verificação de um alto grau de probabilidade na obtenção de provas mediatas caso essa obtenção não tivesse sido alcançada como base na violação da lei<sup>269</sup>, ou ainda há quem reclame exigências correspondentes às da convicção do juiz necessária para sustentar a condenação do arguido.<sup>270</sup>

Aqui o que importa notar é que, e como já dissemos ao longo deste estudo, “todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento”.<sup>271</sup> Portanto a todas as normas jurídicas deve-se dar uma interpretação que “não lhe retire ou diminua a razão de ser. Mais: a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação.”<sup>272</sup> O que ainda importa salientar nesta matéria é o facto de que “os preceitos constitucionais devem ser interpretados não só no que explicitamente ostentam como também no que implicitamente deles resulta.”<sup>273</sup>

Dito isto, o instituto das proibições de prova, contido genericamente no artigo 32.º, n.º 8 da CRP, para que desempenhe uma função útil e de modo a que não lhe seja retirado a sua eficácia terá de ser interpretado no sentido de consagrar no seu âmbito normativo o tele-efeito, e em consequência desta interpretação deverá, de modo a que lhe seja atribuída a maior eficácia possível e capacidade normativa, ser instituído um regime constitucional de efeito-à-distância da proibição de valoração a todas as provas secundárias sem que se lhe imponha um limite constitucional.

---

<sup>269</sup> Roxin, *apud* Costa Andrade, *Sobre Proibições...*, p.316

<sup>270</sup> Beulke, *apud* Costa Andrade, *Sobre Proibições...*, p.316

<sup>271</sup> Jorge Miranda, *Manual...*, Tomo II, p.260

<sup>272</sup> *Ibidem*

<sup>273</sup> *Ibidem*

No entanto, cumpre referir o seguinte. É verdade que o Estado, na sua vertente de perseguição penal, tem o dever jurídico-constitucional de encontrar os verdadeiros agentes dos crimes e em consequência puni-los em obediência aos cânones jurídico-constitucionais e jurídico-penais. Ao mesmo tempo que tem este dever, tem igualmente de fazer esta perseguição em obediência aos direitos fundamentais de todos os cidadãos e respeitá-los na sua plenitude. Portanto, e como já dissemos, coloca-se o problema de ponderação ou o balanceamento de bens<sup>274</sup>. De um lado, a perseguição penal com vista à descoberta da verdade material, *i.e.*, encontrar os reais culpados e todos os factos associados à prática do crime, e por outro lado, salvaguardar os direitos fundamentais dos cidadãos.

Este conflito surge, em primeiro lugar, porque existem duas normas jurídicas que, tendo em conta as circunstâncias do caso, não podem ser realizadas ou otimizadas em todas as suas potencialidades.<sup>275</sup> Este é o primeiro pressuposto para que possa ser aplicado o instituto da ponderação de bens e, adicionalmente, é necessário que se verifique a inexistência de regras abstratas de prevalência<sup>276</sup>. Sucede que, a nosso ver, não existe um real conflito de bens ou normas jurídicas, senão vejamos.

Em primeiro lugar, pelo menos desde o Estado Social de Direito, que todas as normas constitucionais têm de ser interpretadas tendo em vista a dignidade da pessoa humana<sup>277</sup>, e nessa circunstância não nos esqueçamos que o Direito trata sobretudo e antes de tudo da pessoa humana.<sup>278</sup> Isso dá primazia à pessoa sobre o grupo como critério aferidor da juridicidade das soluções criadas e aplicadas.<sup>279</sup> Portanto, isto significa, que as normas constitucionais, mesmo que estejam em conflito, têm de ser interpretadas e aplicadas em homenagem à dignidade de pessoa humana.

A pretensa descoberta da verdade material terá de ser alcançada com respeito pela dignidade da pessoa humana e, por essa via terá, o correspondente preceito constitucional, ser aplicado e interpretado com base nesse respeito. Daqui resulta o seguinte: a busca da verdade material quando em conflito com alguns direitos, liberdades e garantias é automaticamente restringida em prol dos direitos fundamentais dos cidadãos. Significa, na verdade, que nem sequer chega a existir um real conflito

---

<sup>274</sup> J.J. Gomes Canotilho, *Ob.Cit.*,p.1240

<sup>275</sup> *Ibidem*

<sup>276</sup> *Ibidem*

<sup>277</sup> Jorge Miranda, *Manual...*, Tomo IV, p.194

<sup>278</sup> Eduardo Vera-Cruz Pinto, *in* Curso Livre de Ética e Filosofia do Direito, Princípios, 1ª Edição, 2010, p.19

<sup>279</sup> Plínio Saraiva Melgaré, *apud* Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Ob.Cit.*,p.19

entre os direitos constitucionais discutidos na nossa análise, porquanto, muito antes de se chegar a esse ponto, os preceitos constitucionais respeitantes à prerrogativa estadual na busca da verdade material já foram interpretados de modo a ajustarem-se a futuros conflitos.

O instituto das proibições de prova deve ser interpretado como abrangendo no seu âmbito normativo o tele-efeito, e em consequência sendo este último efeito um mecanismo que visa a proteção, em última instância, dos direitos fundamentais deve ser aplicado em cadeia sem qualquer restrição. A acrescer a este argumento, não nos esqueçamos que as normas constitucionais que permitam qualquer restrição aos direitos, liberdades e garantias, devem sempre garantir o seu núcleo essencial (art.18.º da CRP), e em consequência caso não fosse admissível o efeito dominó do efeito-à-distância, seria frustrado o conteúdo essencial das normas do n.ºs 1 e 8 do artigo 32.º CRP, que determina a nulidade, com a devida interpretação, de todas as provas obtidas mediante a violação dos direitos fundamentais. Portanto, pertence ao núcleo essencial das normas citadas o tele-efeito e a sua consequente propagação em cadeia.

Em segundo lugar, de todas as teses que analisámos a maioria vacila visto que partem com base em argumentos que afetam irremediavelmente os objetivos fundamentais do instituto das proibições de prova, *i.e.*, a sua função dissuasora, a sua função de garante de proteção dos direitos fundamentais e a sua função de limitador da descoberta da verdade material.

Num palavra a doutrina do efeito-à-distância determina que a prova ilícita é uma “árvore” que se contaminou com uma mancha (um vício) e, em decorrência, todas as outras provas que derivem daquela “árvore envenenada”, ainda que a sua obtenção tenha ocorrido de forma lícita, também ficam contaminadas pela ilicitude da prova originária.<sup>280</sup>

Todavia, não nos podemos ignorar que a doutrina e a jurisprudência entendem que existem determinados limites necessários a impor ao tele-efeito.

Estes limites estão enunciados nesta parte visto que serão tratados autonomamente no ponto seguinte. Portanto, estas limitações decorrem de distinções efetuadas pela doutrina e jurisprudência americanas, no âmbito das exceções à *fruit of the poisonous*

---

<sup>280</sup> Cfr. Ac. TRL, processo n.º14538/10.4TFLSB.L1.5, 03.07.2012

*tree doctrine*, entre elas a *independent source doctrine*, *attenuated connection principle*, e *inevitable discovery rule*.<sup>281</sup>

O que iremos analisar no ponto seguinte é saber se estas limitações brigam com o efeito dominó pleno que defendemos ou se, afinal são verdadeiras limitações ao tele-efeito.

---

<sup>281</sup> V.g., Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel, Nancy, J. King, *Ob.Cit.*,p.502 a 529; Carlos Fidalgo Gallardo, *Ob.Cit.*,p.434; Helena Mourão, *Ob.Cit.*,p.47; Costa Andrade, *Sobre Proibições...*,p.172; João Henriques Gomes de Sousa, *Ob.Cit.* ; Ac. TC n.º 198/2004

## § 8. Os limites ao efeito-à-distância das provas proibidas

### 8.1 *Independent source doctrine* [Fonte independente]<sup>282</sup>

A doutrina da fonte independente foi reconhecida pela primeira vez no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, em 1920 e mais tarde no aresto *Wong Sun v. United States*, de 1963, e ainda *Segura v. United States* de 1984, segundo a qual quando as provas que se pretendem excluir [*provas mediatas*] derivam da prova proibida [primária], mas que na realidade derivam de uma fonte independente e autónoma, onde os órgãos formais de controlo haveriam de proceder em conformidade com todos os requisitos legais, não poderá ser aplicado o *tele-efeito*.<sup>283</sup> Neste sentido foram os argumentos do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, no caso *Wong Sun* “ *the exclusionary rule has no application (...) when (...) the Government learned of the evidence from an independent source*”<sup>284</sup> Portanto, é pela mão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos que nasce esta suposta exceção ao *tele-efeito*.

Cumprido, nesta temática, mencionar o que estava em causa no primeiro aresto que, pela primeira vez, esgrime argumentos relacionados com os efeitos reflexos de uma prova proibida, sem, no entanto, aprofundar a sua doutrina.

Assim, a sentença do caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, de 1920, redigida pelo Juiz Oliver Wendell Holmes, foi a que mais contribuiu, naquela época, para a futura doutrina da “árvore venenosa”.

No âmbito de uma investigação conduzida por agentes federais à empresa *Silverthorne Lumber Co*, foi realizada uma busca às suas instalações sem qualquer autorização judicial e, no decurso da qual foram apreendidos documentos relacionados com a sua contabilidade. Sucede que, já na fase judicial, em julgamento, o juiz titular do processo, a requerimento da defesa, ordenou que aqueles documentos fossem devolvidos aos seus titulares, baseando esta decisão no princípio da propriedade que se encontra plasmado na Quarta Emenda da Constituição Federal, e ainda no precedente estabelecido no caso *Weeks v. United States (1914)*.<sup>285</sup> Com a ordem judicial o procurador titular do processo, cumpriu-a, não sem antes tirar fotocópias dos referidos documentos.

---

<sup>282</sup> Vide, Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel, Nancy J. King, *Ob.Cit.*,p. 504, Carlos Fidalgo Gallardo, *Ob.Cit.*,p.438; Jacobo López Barja de Quiroga, *Ob.Cit.*, p.878; Costa Andrade, *Sobre Proibições*,p.170 e ss; Helena Mourão, *Ob.Cit.*,p.47; Cláudio Lima Rodrigues, *Ob.Cit.*,p.25 e ss; Thiago André Pierobom de Ávila, *Ob.Cit.*, p.153 e ss;

<sup>283</sup> Carlos Fidalgo Gallardo, *Ob.Cit.*,p.438; Helena Mourão, *Ob. Cit.*, p.48

<sup>284</sup> Cfr. Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel, Nancy J. King, *Ob.Cit.*,p. 504

<sup>285</sup> Cfr. Carlos Fidalgo Gallardo, *Ob.Cit.*,p.115

A investigação deste caso prolongou-se e os órgãos de investigação começaram a desvanecer-se devido à falta de provas, pelo que, posteriormente, o Ministério Público, atendendo a estas circunstâncias, iniciou uma nova investigação, dos mesmos factos, mas sustentada nas fotocópias retiradas anteriormente. Já na fase judicial, o juiz tomou uma atitude diferente, desta vez ordenou à arguida, *Silverthorne Lumber Co*, que juntasse ao processo os originais das fotocópias juntas pelo Ministério Público, ordem essa que, nunca foi cumprida pela arguida, e, em consequência foi por diversas vezes condenada por desobediência a ordem legítima do tribunal.

Por um lado, cumpre referir que a atuação das forças de segurança foi sempre legítima em face do direito vigente, uma vez que, entendia-se, com base numa interpretação literal das garantias conferidas pela Quarta Emenda da Constituição Federal, que estas não se aplicavam às pessoas coletivas. Assim sendo, a imposição constitucional em obter uma autorização judicial para, nomeadamente, apreensões não seria aplicável às pessoas coletivas. Era feita esta interpretação com base na expressão contida na Quarta Emenda “*the right of the people*”, a qual em nenhum momento se podia interpretar como extensível às pessoas coletivas. Todavia, neste caso o Tribunal não entrou no debate desta questão, pelo que na falta de norma legal infraconstitucional, entendeu-se que a atuação das forças de segurança havia sido formalmente lícita e ajustada à carta “*Bill of Rights*”.<sup>286</sup> Ainda assim, a primeira ordem judicial, de devolução dos documentos, foi uma imposição estabelecida por um precedente, no caso *Weeks*, segundo o qual os objetos apreendidos devem ser devolvidos ao seu legítimo proprietário.<sup>287</sup>

Por outro lado, o mesmo Supremo Tribunal afirmou expressamente anos antes, no caso *Hale v. Henkel*<sup>288</sup>, que as pessoas coletivas não gozavam do privilégio contra a autoincriminação plasmado na Quinta Emenda, e, os seus representantes legais, sendo eles administradores ou gerentes, não podiam invocar o referido privilégio para se negarem a entregar documentos prejudiciais à empresa que representam.

No entanto, este caso colocava em causa diversas traves mestras da regulação processual, através das quais eram possíveis atuações dos órgãos formais de controlo que, embora perfeitamente legais, eram polémicas, moralmente discutíveis, e geradoras de riscos de abuso e arbitrariedade contra tudo o que era a consciência jurídica nos

---

<sup>286</sup> *Ibidem*

<sup>287</sup> *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S., p.385

<sup>288</sup> *Hale v. Henkel*, 201 U.S., p.43

Estados Unidos da América<sup>289</sup>. Daí que, tendo estes casos sido levados ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, mais não podiam do que tecer argumentos que contrariassem estes abusos.

Num primeiro nível, *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, foi o caso em que o Supremo Tribunal, contra a interpretação literal da garantia constitucional, decide estender a proteção da Quarta Emenda, e portanto, a regra da exclusão que dela deriva, às pessoas coletivas.

Todavia, uma análise mais aprofundada revela-nos diversas contribuições do caso *Silverthorne Lumber Co*, enquanto precedente jurisprudencial. Em primeiro lugar, este caso constitui a pedra angular, embora não a tratando diretamente, para o arranque da doutrina “*fruit of the poisonous tree doctrine*”<sup>290</sup>. Na verdade esta é a contribuição que mais colhe apoio nesta fase da jurisprudência norte-americana. Deste modo e seguindo as palavras do Juiz Oliver Wendell Holmes, “a ração de uma disposição legal que proíbe a aquisição de provas de uma certa forma não é simplesmente que essa prova adquirida não seja utilizada nesse processo, mas antes que não possa ser utilizada em qualquer outro. 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 [*independent source*] podem ser provados, como quaisquer outros, mas o conhecimento adquirido através do procedimento ilegal do Governo não pode ser utilizado”<sup>291</sup>

Por outras palavras “significa isto que, o que se considerou ilegítimo foi o uso indirecto (para além do uso directo, que é pressuposto pela proibição) do procedimento probatório ilegal. O Tribunal, porém, não excluiu em *Silverthorne* que esses mesmos factos pudessem ser obtidos no processo, desde que essa aquisição proviesse de uma “fonte independente”, ou seja, que não se traduzisse numa atribuição de eficácia indirecta à prova proibida”<sup>292</sup>

Depois deste precedente, o Supremo Tribunal, anos mais tarde, no caso *Nardone*, de 1939<sup>293</sup>, veio utilizar esta argumentação para elaborar detalhadamente “*fruit of the poisonous tree doctrine*”.

---

<sup>289</sup> Cfr. Carlos Fidalgo Gallardo, *Ob.Cit.*,p.117

<sup>290</sup> S. Silas & W.J. Wasserstrom, *apud* Carlos Fidalgo Gallardo, *Ob.Cit.*,p.117

<sup>291</sup> *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, U.S., 251 p.392

<sup>292</sup> Ac. TC n.º 198/2004, de 24.03.2004

<sup>293</sup> *Nardone v. United States*, U.S., 308, p.338

Importa salientar que o labor da jurisprudência norte-americana foi preponderante no que concerne à doutrina dos frutos da árvore envenenada, e ao mesmo tempo criou situações de exclusão para a sua aplicação. Entre elas, importa aquela que agora estamos a analisar, a fonte independente.

Como já dissemos anteriormente, esta situação remonta ao caso *Silverthorne*, onde o juiz excecionou, expressamente, a existência de uma *independent source*, corroborando os conhecimentos que também eram derivados da prova proibida, deste modo, tal fonte possibilitaria a aceitação daqueles conhecimentos.

Além da decisão que criou o seu precedente, o caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, existem diversas decisões nas quais o Supremo Tribunal afirmou esta limitação, e a título de exemplo cita-se o caso *Segura v. United States* de 1984<sup>294</sup>, no qual se abordou a questão de uma busca inicial sem mandado, na qual foi observada uma “*parafernália própria para o tráfico de droga*”, mas não a própria droga, a que se seguiu uma segunda busca com mandado (baseado este numa “causa provável” anterior à primeira busca) em que a droga foi efetivamente encontrada. O Tribunal, excluindo o que foi encontrado na primeira busca (ilegal), manteve, no entanto, como prova válida o estupefaciente apreendido na segunda busca (legal), considerando-o proveniente de uma *independent source*.

Neste aresto o Tribunal chegou à conclusão, segundo a qual a prova em causa é admissível, e, é inteiramente consistente com os casos anteriores, que representam mais de meio século de decisões. O Tribunal nunca afirmou que a prova constituía “fruto da árvore venenosa” apenas porque não teria aparecido se não fosse a atividade ilegal da polícia. Desses casos decorre, claramente, que a prova não será excluída como “fruto” a não ser que a ilegalidade tenha sido causa *sine qua non* da própria descoberta.<sup>295</sup>

Entre nós é dominante este entendimento da jurisprudência, segundo o qual “ a doutrina dos frutos da árvore venenosa, nunca teve, na sua origem e desenvolvimento no direito norte-americano, o sentido de um forçoso e inevitável efeito dominó que devesse arrastar, forçosamente, em cascata, todas as provas que, em quaisquer circunstâncias, apareçam em momento posterior à prova proibida e com ela possa, de alguma forma, ser relacionadas”<sup>296</sup>.

---

<sup>294</sup> *Segura v. United States*, 468 U.S., p. 796

<sup>295</sup> *Segura v. United States*, 468 U.S., p. 815

<sup>296</sup> Ac. TRL, processo n.º 14538/10.4TFLSB.L1-5, de 03-07-2012

No aresto citado em nota de roda pé, o Tribunal foi bastante permissivo às exceções ao *tele-efeito*. Aqui estava em causa a divulgação de informações, protegidas ao abrigo do instituto do segredo bancário, por parte do cidadão **A**, que estava vinculado ao referido instituto, ao cidadão, **B**, o qual já não se encontrava vinculado ao segredo bancário, e que, por sua vez, forneceu as referidas informações ao Banco de Portugal, e com base nessas informações instaurou um processo de contra-ordenação contra uma instituição bancária.<sup>297</sup> O Tribunal concluiu que é legítima a utilização pelo Banco de Portugal, como simples base de investigação ou como notícia, das informações que lhe foram transmitidas (licitamente) pelo mencionado cidadão, e que vieram a servir (por si ou em conjugação com outras) de base de ulteriores investigações levadas a cabo pelo mesmo Banco, no exercício dos seus poderes públicos de supervisão, conduzindo, por sua vez, à recolha de elementos de prova (que até podiam incluir os originais dos mesmos documentos, agora devidamente obtidos), ainda que, a montante, quem entregou tais elementos a **B**, o tenha feito com violação do segredo bancário a que estava vinculado. No máximo, haverá apenas que desconsiderar, para o efeito de prova dos factos no processo de contra-ordenação, os ditos documentos entregues por **B**, sem qualquer outra consequência.<sup>298</sup>

Ao que nos parece esta decisão tem bastantes semelhanças com o primitivo caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, em que, como sabemos, o Tribunal argumenta em abono da exceção da fonte independente.

Pese embora tudo quanto dissemos, e sabendo que a jurisprudência e a doutrina são bastante permissivos à exceção da fonte independente, será que mesmo assim se poderá falar numa exceção? Pergunta à qual tentaremos dar a melhor resposta.

Face ao referido a nossa argumentação tem em conta o seguinte: No âmbito desta exceção o que acontece é que existe um caminho lícito, diferente daquele outro que deu origem à prova proibida. Portanto, os órgãos formais de controlo através de um percurso diferente, independente e atual, e no cumprimento de todos os pressupostos legais, alcançam a mesma prova que derivou daquela primeira. Todavia, pensamos que a prova alcançada foi obtida com base em elementos informativos que estiveram subjacentes ou que foram utilizados após a violação do instituto das proibições de prova.

---

<sup>297</sup> *Ibidem*, p.68

<sup>298</sup> *Ibidem*, p.74 e 75

Não querendo tecer argumentos como alguns<sup>299</sup>, segundo os quais a prova obtida através do processo independente não está numa relação de causalidade com a prova primitiva, e por isso não deve ser considerada como fruto da árvore envenenada, pensamos que nesta linha argumentativa sempre estaria aberta a hipótese, pese embora não haja a tal relação de causalidade, de usar essas informações, obtidas com a violação de prova proibida, como alavanca inicial para uma “nova” via investigativa. Portanto, mesmo havendo um processo autónomo e independente sempre persistia uma dúvida, quiçá insanável, segundo a qual terão os órgãos formais de controlo utilizado a primitiva informação para, a partir daí, enveredar por uma nova linha de investigação que respeitasse todos os trâmites legais? O normal da investigação criminal é que cada processo-crime apenas conheça um titular da magistratura do Ministério Público, embora coadjuvada pelos órgãos de polícia criminal, e portanto, como poderão as mesmas pessoas no âmbito da mesma investigação alinharem duas vias investigativas, paralelas, sem haver uma comunicação informacional? Perante isto, tendo ocorrido a violação de um direito fundamental, que culminou com a prova proibida, como poderão, agora, órgãos formais de controlo empreender uma nova linha investigativa, independente daquela outra, sem utilizarem os fluxos informativos da primeira?

A resposta a todas estas questões só poderá ser uma, a prova obtida através desta nova investigação não poderá, pura e simplesmente, ser utilizada, senão vejamos.

Dentro da linha argumentativa que temos vindo a traçar ao longo deste estudo, o instituto das proibições de prova é um verdadeiro mecanismo de protecção dos direitos fundamentais e nessa medida terá uma protecção equivalente a estes últimos, e portanto, só poderá ser restringido de acordo com as regras próprias da Constituição.

Além do mais, recordamos que as proibições de prova, também, integram a previsão normativa do n.º 1 do artigo 32.º da CRP, segundo o qual o processo criminal assegura *todas* as garantias de defesa, incluindo o recurso. Portanto, as proibições de prova são consideradas como um verdadeiro mecanismo de defesa e por essa via, pertencendo ao núcleo duro dos direitos, liberdades e garantias, apenas poderá ser comprimido, como dissemos, de acordo com as regras da Constituição da República Portuguesa.

Face ao referido, ainda que se entenda que a exceção da fonte independente pudesse integrar algumas das regras previstas na CRP para comprimir os direitos,

---

<sup>299</sup> Helena Mourão, *Ob.Cit.*, p.48

liberdades e garantias, sempre teria um problema inultrapassável, dominado pelo *núcleo essencial* do direito fundamental em causa.<sup>300</sup>

Feita esta referência, cumpre em primeiro lugar, determinar qual o objeto de protecção da norma constitucional de modo a determinar em que termos poderá ou não haver restrições. Assim, e como tem sido largamente explanado, a norma do n.º 8 do artigo 32.º CRP permite uma reacção em cadeia contra eventuais lesões das normas consagradoras de proibições de prova, tal é o seu sentido literal “*São nulas todas as provas...(...)*”, o que, por si só, permite alinhar argumentos em favor do efeito dominó do efeito à distância.

Em segundo lugar, é nossa convicção de que a norma em apreço “possui substancialidade própria, delimitável independentemente da colisão de interesses verificada no caso concreto”<sup>301</sup>, *i.e.*, o conteúdo da norma referida permite, por si só, perceber que o *tele-efeito* é extensível as provas secundárias independentemente de algum conflito com normas jurídico-constitucionais. Mais, caso fosse possível uma restrição do conteúdo essencial da norma em apreço, que consagra, como sabemos o instituto das proibições de prova cujo núcleo essencial engloba, igualmente, o tele-efeito, qual seria o seu sentido útil?<sup>302</sup> Porventura não teria nenhum, e dificilmente desempenharia a sua finalidade.

No caso de *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, onde, como sabemos, foi declarada proibida a primitiva prova, mas com base em cópias retiradas aos documentos “proibidos”, os órgãos formais de controlo usaram essa informação para empreenderam uma nova linha de investigação que culminou na obtenção da mesmíssima prova, e, podendo afinal ser utilizada. Questionamo-nos se a função predestinada para o instituto das proibições de prova foi alcançada? Qual, foi, afinal o seu sentido útil ao ter sido

---

<sup>300</sup> Neste sentido podemos ver em J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Ob.Cit.*,p.388. “O regime próprio dos direitos, liberdades e garantias não proíbe de todo em todo a possibilidade de **restrição**, por via de lei, do exercício dos direitos, liberdades e garantias. Para que a restrição seja constitucionalmente legítima, torna-se necessária a verificação *cumulativa* das seguintes condições: (a) que a restrição esteja expressamente admitida (ou, eventualmente, imposta) pela Constituição, ela mesma (n.º 2, 1ª parte [art.18.º]); (b) que a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (n.º 2, *in fine*); (c) que a restrição seja exigida por essa salvaguarda, seja apta para o efeito e se limite à medida necessária para alcançar esse objectivo (n.º 2, 2ª parte); (d) *que a restrição não aniquile o direito em causa atingido o conteúdo essencial do respectivo preceito* (n.º 3, *in fine*). Mais à frente referem que seja viável a restrição de algum direito fundamental é ainda necessário delimitar duas figuras distintas. “A figura da *restrição do exercício de direitos fundamentais* deve ser distinguida da figura da *delimitação do âmbito* do próprio direito fundamental. Na verdade, só se pode falar em restrições do exercício de um direito depois de juridicamente garantido estar delimitado o seu âmbito, ou seja, depois de definido o seu conteúdo.”

<sup>301</sup> J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Ob.Cit.*,p.395

<sup>302</sup> *Ibidem*

chamado a desempenhar a sua finalidade, para, com essa violação usarem informações “proibidas” e obterem novamente o “fruto proibido”?

Numa palavra, “a garantia do conteúdo essencial é uma baliza última de defesa dos direitos, liberdades e garantias, delimitando um núcleo que em nenhum caso deverá ser invadido”.<sup>303</sup>

Deste modo, somos da opinião de que a interpretação com base na qual se permite utilizar uma fonte independente para obter o mesmo fruto proibido viola frontalmente a Constituição da República Portuguesa por atentar contra o conteúdo essencial das normas do n.º 1 e 8 do artigo 32.º.

Não partilhamos da opinião daqueles que entendem<sup>304</sup> não existir um nexo de causalidade entre a prova proibida e a prova obtida através da fonte independente porque julgamos que, assim, sempre estaria a porta aberta para futuras violações ao instituto das proibições de prova, na medida em que bastaria encontrar um processo autónomo e independente para, ao mesmo tempo, encontrar o fruto proibido.

Assim, a tão apelidada exceção da fonte independente, não passa, afinal de uma utopia processual, ou melhor uma engenharia processual daqueles que pretendem aniquilar o instituto das proibições de prova.

## **8.2 *Inevitable discovery limitation* [Descoberta inevitável]**

A construção desta exceção foi elaborada pelo Supremo Tribunal norte-americano no caso *Nix v. Williams* de 1984<sup>305</sup>, e assenta na ideia de que a projeção do efeito da prova proibida não impossibilita a admissão de outras provas derivadas quando estas tivessem inevitavelmente (*would inevitably*) sido descobertas, através de outra atividade investigatória legal. O que está aqui em causa note-se, não é, contrariamente ao que sucede no caso da “fonte independente”, a constatação de que através de uma atividade de investigação autónoma daquela que originou a prova ilegal se chegou efetivamente à prova derivada. Contrariamente, nestas situações, está em causa a demonstração pela acusação de que uma outra atividade investigatória *não*

---

<sup>303</sup> *Ibidem*

<sup>304</sup> Carlos Fidalgo Gallardo, *Ob. Cit.*, p.438 e 439

<sup>305</sup> Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel, Nancy J. King, *Ob. Cit.*, p. 506; Carlos Fidalgo Gallardo, *Ob. Cit.*, p.443; Helena Mourão, *Ob. Cit.*, p.47; Costa Andrade, *Sobre Proibições...* p.172; Ac. TC n.º 198/2004, 24.03.2004

levada a cabo, mas que seguramente iria ocorrer naquela situação, não fora a descoberta através da prova proibida, conduziria inevitavelmente ao mesmo resultado.<sup>306</sup>

No caso *Nix v. Williams* de 1984, no âmbito da fase de investigação foi realizado um interrogatório, o qual não foi precedido da leitura dos *Miranda Warnings*, sendo, portanto ilegal, levando a que o suspeito indicasse o cadáver da vítima. Sendo certo, porém, que ocorriam concomitantemente buscas no local onde foi encontrada, onde viria seguramente, embora eventualmente mais tarde a ser descoberta. Neste aresto o Tribunal teceu diversos argumentos, nos quais sustentou a validade da prova derivada da forma seguinte:

O fundamento da extensão da regra da exclusão à prova que constitui “fruto da atuação ilegal da polícia, é a de que essa consequência extrema se mostra necessária para dissuadir a polícia de violar os direitos constitucionais dos suspeitos, não obstante o elevado custo social que representa deixar impunes óbvios culpados [*letting obviously guilty persons go unpunished*]. Significa este fundamento que a acusação não deve ser colocada numa melhor posição do que aquela em que estaria na ausência da ilegalidade. Quando a acusação logra estabelecer, por critérios de preponderância da prova, que determinada informação, em última análise ou inevitavelmente, teria sido descoberta por meios legais, neste caso buscas que estavam em curso, então o fundamento da dissuasão [de procedimentos ilegais] apresenta uma base tão reduzida que não impede a admissão da prova [*then the deterrence rationale has so little basis that the evidence should be received*].<sup>307</sup>

Esta regra, como podemos ver, foi aceite pelo Supremo Tribunal Americano, e na sua essência é uma variante da fonte independente.<sup>308</sup> As doutrinas diferem na questão relacionada com a obtenção da prova secundária, ou seja, aqui a polícia com uma violação anterior de um direito fundamental que culminou na prova proibida vem a descobrir uma nova prova, mas teria sempre descoberto mesmo sem aquela violação. Ao passo que na doutrina da fonte independente a polícia através de uma investigação paralela, legal, descobre a mesma prova que descobriu através da violação anterior.<sup>309</sup> Por outras palavras “em ambas as exceções é necessário que exista um clean path, um caminho lícito, que conduza às provas secundárias mas enquanto neste

---

<sup>306</sup> Neste sentido, Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel, Nancy J. King, *Ob.Cit.*,p. 506, e Ac. TC n.º 198/2004, 24.03.2004

<sup>307</sup> Tradução do caso *Nix v. Williams* de 1984 no Ac. TC n.º 198/2004, 24.03.2004

<sup>308</sup> Cfr. Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel, Nancy J. King, *Ob.Cit.*,p. 506

<sup>309</sup> *Ibidem*

último [fonte independente] o percurso é actual, no primeiro [*descoberta inevitável*] é meramente hipotético (“imminente, *but in fact unrealized source of evidence*”).”<sup>310</sup>

A jurisprudência nacional, pela voz do Supremo Tribunal de Justiça, tem entendido que “a limitação da descoberta inevitável baseia-se no princípio que o efeito da prova proibida não impossibilita a admissão de outras provas derivadas quando essas mesmas provas tenham sido descobertas através de outra actividade investigatória legal e só neste caso”<sup>311</sup>, ou, ainda como se pode ler num acórdão do mesmo Tribunal “para a excepção da descoberta inevitável (*inevitable source*), surgida como um aperfeiçoamento da teoria da prova independente o fundamento reside na circunstância de que é possível chegar validamente a uma conclusão probatória, obtida de forma lícita de que um determinado facto aconteceu, ainda que se tenha conhecido esse mesmo facto através de forma ilícita, sempre que a prova válida seja independente, ou seja, sem conexão causal com a prova ilícita directa ou derivada. Se pela prova lícita se chega inevitavelmente ao conhecimento do facto delitivo está eliminada a eficácia reflexa da prova proibida”<sup>312</sup>

Do que fica dito, resulta que os Tribunais portugueses estão em sintonia com a doutrina sufragada pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos, e admitem que possa existir um “segundo obstáculo ao funcionamento da doutrina da “*árvore envenenada*” e que 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 inevitavelmente, apesar da proibição, o resultado seria inexoravelmente alcançado.”<sup>313</sup>No entanto, e salvo o devido respeito não partilhamos desta opinião. Julgamos que as bases desta teoria são sustentadas por uma conceção errada, quer das proibições de prova, quer da doutrina da árvore envenenada.

Em primeiro lugar, esta tese admite que sejam levados a cabo meios de investigação ilegais, e num primeiro momento, admite excluir qualquer meio de prova que daí advenha, para logo depois, permitir que essa mesma prova possa ser admitida e valorada no processo caso fosse demonstrável que num processo hipotético e alternativo se viria a descobrir. Ora, esta argumentação é uma contradição nos seus termos.

---

<sup>310</sup> Helena Mourão, *Ob. Cit.*, p.48

<sup>311</sup> Ac. STJ – Proc. n.º 593/09.7TBBGC.P1.S1, de 06-02-2013

<sup>312</sup> Ac. STJ – Proc. n.º 09P0395, de 12-03-2009

<sup>313</sup> Ac. TRP – Proc. n.º 251/06.4JAPRT.P1, de 04-07-2012

A República Portuguesa é um Estado de Direito democrático (cfr. artigo 2.º da CRP), e isso significa entre outras coisas, que ao Estado “incumbe não apenas respeitar os direitos e liberdades fundamentais, mas também garantir a sua efectivação”<sup>314</sup> e, a componente democrática impõe ao Estado uma protecção dos seus cidadãos contra “a prepotência, o arbítrio e a injustiça (especialmente por parte do Estado).”<sup>315</sup> E recordamos ainda de acordo com o artigo 3.º da CRP, o Estado está vinculado ao princípio da constitucionalidade, e funda-se na legalidade democrática, e isso significa que as autoridades públicas encontram-se submetidas à lei em geral, de acordo com o princípio da legalidade ou, mais amplamente, o princípio da juridicidade.<sup>316</sup>

Ora, daqui resulta que o próprio Estado, através dos seus órgãos formais de controlo não pode praticar ações que lesem os direitos fundamentais dos seus cidadãos, e com base nessa lesão condená-los, ainda sob a veste de um processo hipotético e não atual. Mais, através de ações ilegais, o Estado estaria a subverter todos os princípios jurídico-constitucionais que o constituem, e ao mesmo tempo, pune aqueles que cometem ações ilegais. Portanto, não pode o Estado para aquilo que lhe convém fazer uso de procedimentos ilegais, por um lado, e no sentido paralelo, tende a punir os agentes que cometem crimes. Seria, como dissemos, uma contradição nos seus termos.

Em segundo lugar, ao usar-se a máscara de uma hipotética ação legal que alcançaria os mesmos meios de prova, seria o permitir entrar por uma janela o que se quis fechar pela porta, *i.e.*, o legislador através do instituto das proibições de prova pretende assegurar que os órgãos formais de controlo não utilizam expedientes ilegais para obterem provas, ou seja, pretende que aquele instituto tenha um efeito dissuasor sobre as instituições democráticas.

Numa palavra, uma das funções do instituto das proibições de prova seria totalmente inutilizada em virtude de se permitir que um processo hipotético possa sobrepor-se a um processo atual e real.

Ao defender-se a tese em análise estaríamos a munir os órgãos formais de controlo de mais um expediente que potencialmente poderia ferir os mais elementares direitos fundamentais dos cidadãos, e ao mesmo tempo, permite-se que recorram ao método mais fácil, o ilegal, para vir mais tarde alegar a possibilidade de ter utilizado um método legal para obterem a mesma prova. Assim e no dizer de MANUEL DA COSTA

---

<sup>314</sup> J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Ob.Cit.*,p.208

<sup>315</sup> J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Ob.Cit.*,p.206

<sup>316</sup> J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Ob.Cit.*,p.217

ANDRADE “a utilização das provas secundárias, argumenta-se nesta linha, permitiria ladear as proibições de prova, minando a eficácia das normas e neutralizando o respectivo conteúdo de tutela.”<sup>317</sup> Recordando o que já dissemos relativamente à primeira suposta exceção, e, ao admiti-la faria com que o instituto das proibições de prova ficasse enfraquecido e restringido de modo a que não pudesse desempenhar a sua finalidade.<sup>318</sup> Portanto ao admitirmos esta exceção, a da descoberta inevitável, seria o ladear das proibições de prova.

Em terceiro lugar, esta doutrina baseia-se no princípio de que efeito da prova proibida não impossibilita a admissão de outras provas derivadas quando essas mesmas provas tenham sido descobertas através de outra atividade investigatória legal e só neste caso.

Ora, se os órgãos formais de controlo podiam e deviam ter alcançado o meio de prova através de uma atividade investigatória legal, porque não o fizeram? Mesmo tendo em linha de conta os processos criminais mais complexos e de grande alarido social, nomeadamente os homicídios, que tendencialmente são mais susceptíveis de uma investigação mais demorada ou sujeita a pressões exteriores, julgamos que os órgãos formais de controlo, em respeito pelos mais elementares direitos fundamentais dos cidadãos, devem ainda que demore o seu tempo, empreender um atividade investigatória legal e não ir pelo caminho mais fácil e perigoso de ofensa aos direitos, liberdades e garantias.

Numa palavra, não pode o Estado perseguir os agentes do crime, usando, ele próprio, meios ilegais e em desrespeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos. Com efeito, esta doutrina esbarra, tal como a sua antecedente, com as regras próprias do instituto das proibições de prova e os efeitos próprios do *tele-efeito*.

Assim será de rejeitar a sua admissibilidade no ordenamento jurídico português.

### **8.3 *Purged taint limitation* [Nódoa (ou mácula) dissipada]**

Esta doutrina foi estabelecida pelo Supremo Tribunal norte-americano no caso *Nardone v. United States* de 1939, segundo a qual os materiais probatórios obtidos com consequência remota de um atuação policial em violação dos direitos processuais constitucionais seriam, não obstante a conexão entre a primeira violação e a prova

---

<sup>317</sup> Costa Andrade, *Sobre Proibições...* p.175.

<sup>318</sup> J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Ob.Cit.*, p.395

derivada, admissíveis em virtude de a conexão estar tão atenuada que permitiria expurgar o vício primário.<sup>319</sup>

No entanto, e com mais detalhe acerca desta exceção se ocupou o aresto de *Wong Sun v. United States* de 1963, segundo o qual o fator determinante não é a mera possibilidade de estabelecer uma conexão, qualquer que seja, mas considerar "se, com base na determinação da ilegalidade primária, os materiais probatórios [*derivados*], contra os quais surge a objeção [*de inadmissibilidade*] foram obtidos por via da exploração dessa ilegalidade, ou então foram-no através de meios suficientemente distinguíveis dos métodos originários e que por essa via permitem expurgar a mancha resultante da primeira violação."<sup>320</sup>

Por outras palavras, admite-se que uma prova, não obstante derivada de outra prova ilegal, seja aceite, sempre que os meios de a alcançar apresentem uma forte autonomia relativamente a esta, em termos tais, que produzam uma decisiva atenuação da ilegalidade precedente.<sup>321</sup> Tanto mais que já no caso *Nardone II*, o juiz Frankfurter já falava, em 1939, numa conexão tão atenuada com a prova proibida que "*dissipava a mácula (such conection have become so attenuated as to dissipate the taint)*".<sup>322</sup>

Retomando o caso de *Wong Sun v. United States* que, com mais detalhe, tratou desta exceção, no qual foram recolhidas diversas provas e evidências como consequência de uma busca e apreensão inconstitucionais, realizadas no apartamento de *Blackie Toy* e, por isso mesmo, reputadas inadmissíveis por aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. Como referido a polícia realizou uma busca domiciliar sem autorização judicial e nessa sequência apreendeu diversos materiais. No âmbito desta busca, *Blackie Toy* foi detido enquanto suspeito, e foi realizado um interrogatório, no qual lhe indicaram que foi *Yee* que lhe tinha cedido a droga; já na posse de um mandado judicial, os órgãos de polícia criminal realizaram uma busca ao apartamento de *Yee*, localizando novos produtos estupefacientes; *Yee* foi igualmente detido e no decurso do seu interrogatório proferiu declarações que incriminaram *Wong Sun*; este por sua vez, tendo sido o último suspeito interrogado, foi conduzido a um posto policial para prestar declarações. Sucede que, antes de serem proferidas as suas declarações os

---

<sup>319</sup> Carlos Fidalgo Gallardo, *Ob.Cit.*,p.440

<sup>320</sup> *Ibidem*; a ainda Thiago André Pierobom de Ávila, *Ob.Cit.*,p,155

<sup>321</sup> Neste sentido Ac. do TC n.º 198/2004, 24.03.2004; ou ainda como nos diz Thiago André Pierobom de Ávila, *Ob.Cit.*,p,155 " quando uma prova deriva de outra prova ilícita, mas em circunstâncias tais que o vício pode considera-se diluído (*dissipate the taint*), não se aplica a teoria dos frutos da árvore envenenada. "

<sup>322</sup> *Ibidem*

órgãos de polícia criminal não o advertiram dos *Miranda Warnings*, tendo aquelas declarações conteúdo incriminatório, não foram valoradas devido à circunstância de o interrogatório onde foram proferidas ser considerado ilegítimo e ilegal por violação daquelas garantias. Com efeito, o suspeito foi libertado. Todavia, e posteriormente, de forma livre e voluntária, retomou à esquadra e reiterou novamente as declarações anteriores, mas desta feita foi advertido dos *Miranda Warnings*.<sup>323</sup>

Neste caso o Supremo Tribunal entendeu não apenas como provas ilícitas os materiais apreendidos na casa de *Blackie Toy* e Yee, mas também as declarações proferidas por *Blackie Toy*.

O Supremo Tribunal deixou delineado o caminho a trilhar para a posterior exceção, ao afirmar que “ *nem todas as provas ilegais o são simplesmente porque não teriam sido descobertas a não ser pelas ações ilegais da polícia*”<sup>324</sup>

No entanto, o Supremo Tribunal chegou a uma conclusão diferente em relação à confissão feita por *Wong Sun*, dias depois de ter sido posto em liberdade, segundo a qual a confissão é válida, pois o vício decorrente da violação dos direitos de *Blackie Toy* já tinha se tinham dissipado até chegar a *Wong Sun*, bem como a circunstância de terem ocorrido novos factos que fizeram com que o vício se diluísse entre a prova inicial, a confissão, sem a leitura dos *Miranda Warnings*, e a segunda prova, a confissão alcançada em respeito por todos os trâmites legais. Por outras palavras, após *Wong Sun* ter sido posto em liberdade, dias depois, regressou espontaneamente à esquadra, confessando o crime de tráfico de droga. Evidentemente, esta segunda confissão nunca teria existido se não fossem as ilegalidades originárias praticadas pela polícia; no entanto, entendeu o Supremo Tribunal que a confissão era voluntária e esclarecida, sendo, portanto, um ato independente e praticado de livre vontade (*independent act of free will*).<sup>325</sup> Deste modo o Tribunal admitiu a confissão, apesar daquela violação inicial.

Assim, neste caso teceram-se argumentos com uma forte tendência para a atenuação da ilicitude para os casos de o titular do primeiro direito violado não venha a ser acusado, uma vez que as provas foram consideradas inválidas [para *Blackie Toy*], mas para o segundo, *Wong Sun*, seriam validadas devido à atenuação do vício. Entretanto, afirma ainda o Supremo Tribunal que “ a gravidade da violação originária

---

<sup>323</sup> *Wong Sun v. United States*, 371, U.S. 471 (1963)

<sup>324</sup> Carlos Fidalgo Gallardo, *Ob.Cit.*, p.440

<sup>325</sup> Cfr, Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel, Nancy J. King, *Ob.Cit.*, p 503 e 504

também deve ser avaliada, de tal sorte que, quanto mais envenenada estiver a árvore, será mais difícil que os frutos estejam sãos.”<sup>326</sup>

A este respeito e como nos elucida o nosso Tribunal Constitucional, “ constata-se mesmo a existência de um sentido uniforme nas decisões do Supremo Tribunal norte-americano, considerando que nos casos de prova derivada envolvendo actos de vontade (*derivative evidence involving volitional acts*), 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 projecta na prova posterior, porque assente em decisões autónomas e produto de uma livre vontade.”<sup>327</sup>

Daqui se depreende com o Supremo Tribunal norte-americano, não obstante a violação inicial, tem valorado depoimentos posteriores, desde que sejam considerados um *independent act of free will*. Porém, este mesmo Tribunal tem entendido que os critérios de quando se considera purgado o vício são decididos segundo as circunstâncias do caso concreto. Contudo, a doutrina estadunidense tem procurado sistematizar os precedentes para antever situações cuja presença usualmente enseja a diluição do vício.<sup>328</sup>

Deste modo, e tal como foi decidido no caso *Wong Sun v. United States*, quanto mais tempo tenha decorrido entre a ilegalidade inicial e a obtenção da prova derivada, é mais provável que os Tribunais julguem o vício diluído. Nesta linha argumentativa defendeu o Tribunal que, se outros factos relevantes tenham ocorrido entre o vício inicial e a prova derivada, quebrando ou atenuando a cadeia lógica entre ambos, há maior probabilidade de consideração do vício diluído.<sup>329</sup>

Ainda nesta temática, mas partindo da natureza da prova derivada, que a seu tempo também influi na ponderação, foi no caso *Ceccolini v. United States* de 1978 que se decidiu que “há maior probabilidade de diluir o vício quando a prova derivada é testemunhal do que em relação a provas materiais, por se entender que nas primeiras a violação posterior é menos grave diante da voluntariedade dos testemunhos da maior probabilidade de descoberta (por iniciativa espontânea de testemunhas).”<sup>330</sup>

---

<sup>326</sup> *Wong Sun v. United States*, 371, U.S. 471 (1963)

<sup>327</sup> Ac. TC n.º 198/2004, 24.03.2004

<sup>328</sup> Carlos Fidalgo Gallardo, *Ob.Cit.*,p.440 a 442

<sup>329</sup> *Wong Sun v. United States*, 371, U.S. 471 (1963)

<sup>330</sup> Thiago André Pierobom de Ávila, *Ob.Cit.*,p.156

No âmbito dos meios de prova testemunhais, o Supremo Tribunal norte-americano, no caso *New York v. Quarles* de 1984<sup>331</sup> decidiu que, a teoria dos frutos da árvore envenenada não se aplica, salvo situações de grave coação, aos casos de confissão obtida sem as advertências dos *Miranda Warnings*. Naquele caso, o Tribunal validou uma confissão sem a advertência dos *Miranda Warnings* e que levou à localização de uma arma, tendo, com efeito, o Tribunal validado a prova derivada, afirmando que não havia qualquer contaminação.<sup>332</sup>

Mais tarde o mesmo Tribunal veio a reafirmar tal entendimento no aresto de *Oregon v. Elstad* de 1985<sup>333</sup>, segundo o qual uma confissão sem as advertências dos *Miranda Warnings* não contamina as provas derivadas e que, inclusive, a própria confissão podia ser utilizada para fins de impugnação (*impeachment*), se for obtida através de um ato de voluntariedade.

Nesta temática os Tribunais portugueses têm reconhecido esta limitação, quando “o arguido confirmou, de forma livre e esclarecida os factos objetivos que foram considerados necessários para o preenchimento do crime de fraude fiscal e de branqueamento de capitais, pelo que todos estes factos podiam ser provados com base nessas declarações [ao abrigo da restrição do efeito-à-distância, na espécie de mácula dissipada].”<sup>334</sup>

De uma forma perfunctória nos diz CARLOS FIDALGO GALLARDO que, a nódoa dissipada será operante caso se verifiquem alguns dos seguintes pressupostos (i) o tempo decorrido entre a ilegalidade primária e a obtenção das provas derivadas seja mais longínquo; (ii) hajam ocorrido determinados acontecimentos no período compreendido entre a ilegalidade primária e a prova secundária; (iii) a gravidade da prova primária terá de ser diminuta sob pena de rejeição das provas derivadas; (iv) a natureza da prova derivada.<sup>335</sup>

Quanto a nós, achamos, e a par do que já mencionamos ao longo deste estudo, que também esta exceção não poderá ser validada, e em consequência não porá em

---

<sup>331</sup> Craig Brandley, *Apud* Thiago André Pierobom de Ávila, *Ob.Cit.*,p,156

<sup>332</sup> *New York v. Quarles*, 467, U.S. 649 (1984). Neste julgamento a Juíza O’Conner proferiu as seguintes palavras” Certamente um interrogatório que fornece pistas para outras provas não ofende os valores subjacentes ao privilégio contra a autoincriminação da Quinta Emenda mais que a extração compulsória de amostra de sangue, digitais, modelos de voz, em relação às quais admite-se uma intromissão compulsória para descobrir provas que podem ser utilizadas para acusar o arguido de um delito”

<sup>333</sup> *Oregon v. Elstad* 470, U.S. 298, (1985)

<sup>334</sup> Cfr. Ac. do TRL, processo n.º 7/2/00.9FLSB.L1, de 13/07/2010; Ac. do STJ, processo n.º 09P0395, de 12/03/2009; Ac. do TC n.º 198/2004, 24.03.2004

<sup>335</sup> Carlos Fidalgo Gallardo, *Ob.Cit.*,p. 441 e 442

causa o efeito dominó do *tele-efeito*, previsto no artigo 32.º, n.º 8 da CRP, senão vejamos.

De entre as exceções que a doutrina e a jurisprudência avançam, pensamos que esta é aquela que mais afronta faz ao instituto das proibições de prova e ao correspondente *tele-efeito*. Assim, e no âmbito desta exceção tem-se entendido que, se a conexão existente entre a violação primária e a secundária se achar atenuada o suficiente que permita expurgar o primeiro vício, então a prova derivada será valorada. Ora, é precisamente na questão da conexão que se encontra o problema. Se a prova derivada foi consequência direta da violação de um qualquer direito fundamental e que culminou com o vício da prova proibida, como poderá, agora, sustentar-se uma prova secundária que teve a sua origem directa nessa mesma violação? Deste modo, e como nos elucida CLAUS ROXIN em relação ao efeito dominó, “devendo admitir-se um efeito extensivo, pois, de outra forma, as proibições de prova seriam facilmente contornadas”<sup>336</sup>

Desta feita, e não nos esqueçamos que a sede própria do efeito-à-distância é a norma do n.º 2 do artigo 32.º da CRP<sup>337</sup>, e não a norma do artigo 122.º do CPP. Aliás, e como já dissemos, a autonomia dogmática e jurídica das proibições de prova em face do regime geral nas nulidades faz com que a sede própria do *tele-efeito* seja outro que não aquele [122.º do CPP], e que seja interpretado de modo diferente e em conformidade com as regras próprias das normas dos direitos, liberdades e garantias.

Partindo do caso que deu origem a esta doutrina, o *Nardone v. United States* de 1939, e mais tarde e com mais detalhe o caso *Wong Sun v. United States* de 1963, há que indagar se, tal como afirma o Tribunal, o depoimento posterior poderá ser validado, quando anteriormente haviam sido perpetrados atentados contra os mais elementares direitos fundamentais. Com efeito, e recordando, *Yee* foi detido após o interrogatório inicial a *Blackie Toy*, e no decurso do seu interrogatório proferiu declarações que incriminaram *Wong Sun*; este último suspeito interrogado sem as advertências de

---

<sup>336</sup> Claus Roxin, *Apud* Costa Andrade...Sobre Proibições, p.176

<sup>337</sup> Ao contrário do que sustenta o Tribunal no seu aresto n.º198/2004, “Adiantando uma conclusão que posteriormente será explicitada, dir-se-á, por referência ao artigo 122.º do CPP, que, lendo-o integralmente e à luz dos critérios em que nos Estados Unidos, designadamente através do labor do Supremo Tribunal, se faz assentar a doutrina dos “*frutos da árvores venenosa*”, se pode dizer que esta norma abre um espaço interpretativo no qual há que procurar relações de dependência ou de produção de efeitos (o artigo 122.º, n.º 1 do CPP fala em actos dependentes ou afectados pelo acto inválido) que, com base em critérios racionais, exijam a projecção do mesmo valor negativo que afecta o acto anterior. Daí que os critérios atrás enunciados [de limitação do tele-efeito], fixados na jurisprudência norte-americana, acabem por constituir bons instrumentos de trabalho, que sugerem mesmo caminhos passíveis de ser seguidos entre nós, como aliás tem sucedido em outras ordens jurídicas.”

*Miranda Warnings*, tendo sido libertado e posteriormente retomou à esquadra, voluntariamente, e desta feita foi advertido dos *Miranda Warnings* e reiterado as declarações anteriores. Aqui, como sabemos, o Tribunal invalidou todas as provas primárias, mas validou o último depoimento prestado por *Wong Sun*, em virtude de ter sido proferido com sendo um *independent act of free will*. Transpondo este mesmo caso para o nosso ordenamento jurídico, será, que ainda assim, e face à posição permissiva da nossa jurisprudência se devia validar este último depoimento? Julgamos que não.

Partindo da prova inicial que deu origem à prova secundária [depoimento de *Wong Sun*], cumpre referir o seguinte. Os elementos probatórios colhidos durante essa investigação foram considerados provas proibidas, quanto a isto nada apontar. Agora relativamente ao depoimento de *Wong Sun*, não nos esqueçamos que o primeiro dos interrogatórios foi prestado em violação dos seus mais elementares direitos fundamentais, e no caso português, seria o seu direito ao silêncio.

Ora, estando aquele arguido confrontado com uma acusação que, na sua base tem provas ilegais, proferiu declarações incriminatórias, das quais resultavam a sua culpabilidade, será que ainda assim, e posteriormente num estado de espírito mais sereno, confessar e sem reservas, confirmando o que havia dito anteriormente, e desta assegurando-lhe todos os direitos constitucionalmente garantidos, será que mesmo assim, não se deverá entender que o *tele-efeito* se deva reportar a este depoimento? Pensamos que sim.

Em primeiro lugar o arguido só regressou à esquadra e confessou, ou melhor confirmou o que havia dito anteriormente, depois de terem sido violados todos os seus mais elementares direitos fundamentais e de defesa. Portanto se não houvesse a violação inicial, que culminou em prova proibida, nunca o arguido seria tentado a fazer uma segunda confissão. Mais, quem nos garante que, tendo havido a violação inicial, não estaria o arguido neste segundo depoimento num estado de reserva com receio de ver novamente os seus direitos preteridos. Como dissemos se não fosse a violação inicial não haveria, certamente, um segundo depoimento, e, à luz do n.º 8 do artigo 32.º da CRP “são nulas *todas* as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa (...)”. Portanto, este segundo depoimento teve origem naquela primeira violação e por isso terá de ser considerada “nula” por ser um meio de prova ainda obtido com aquela violação.

Em segundo lugar, fácil seria contornar o regime das proibições de prova com base em novos depoimentos. Desta feita, os órgãos formais de controlo tentariam

alcançar todos os meios de prova, ainda que por meios ilegais, e depois confrontavam o arguido, e este com receio confessava. Posteriormente, diriam todas aquelas provas não valem de nada, mas que sentido prático faria quando o arguido já estava com receio do que lhe poderia acontecer? Por regra, aqueles que confessam mediante tortura, mesmo que sejam submetidos novamente a interrogatório, ainda com respeito pela sua integridade física, ficam com as mazelas daquela primeira ofensa, e com medo dizem tudo o que lhes aprouver.

Em terceiro lugar, a valoração deste segundo depoimento teria como consequência inevitável uma restrição não admitida pela CRP, ao instituto das proibições de prova porque, pura e simplesmente faria com que a sua finalidade ficasse arredada. Nem se argumente que, tendo este segundo depoimento sido obtido de forma legal, que mácula inicial tenha sido dissipada, porque, isso seria um atentado contra o núcleo fundamental do instituto das proibições de prova. Não vemos, e a Constituição assim o reafirma, que possa existir uma exceção ao *tele-efeito* com base simplesmente numa “limpeza” do que antes se sujou. Mesmo nestas situações há sempre vestígios de “sujidade” e por isso mesmo, não vemos como contornar, ou ladear o instituto das proibições de prova com base nesta exceção.

Em abono desta nossa argumentação nos diz OTTO: “Não pode – sustenta, estabelecer-se nenhuma diferença entre a valoração duma declaração como declaração e a valoração dos conhecimentos resultantes da mesma declaração. É, de resto, pouco convincente pretender que, na formulação do § 136 a) o legislador não tenha distinguido com rigor e, ao mesmo tempo, proceder à interpretação do preceito como se o legislador tivesse pretendido consagrar distinções susceptíveis de dividir cabelos”<sup>338</sup> e neste mesmo sentido nos diz HASSEMER, e reportando-se às provas obtidas mediante tortura, “que a recusa do efeito-à-distância paralisaria e dissolveria a força expressiva da proibição de tortura, tanto no plano cultural como jurídico”.<sup>339</sup>

Desta forma, caso se recusasse o *tele-efeito* ao segundo depoimento prestado por *Wong Sun*, seria, como ensina HASSEMER, o dissolver da força expressiva a obrigação imposta aos órgãos formais de controlo em informar o arguido dos seus mais elementares direitos fundamentais, no caso o direito ao silêncio.

Para além disso e complementarmente, acredita-se que só o reconhecimento do *tele-efeito* pode, em concreto, “purificar o processo da nódoa (*Makel*) da ilegalidade,

---

<sup>338</sup> Otto, *Apud* Costa Andrade, *Sobre proibições...*, p.175

<sup>339</sup> Hassemer, *Apud* Costa Andrade, *Sobre Proibições...*, p.175

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.”<sup>340</sup>

Pelo exposto, somos da opinião de que esta exceção não poderá proceder em virtude de atentar contra o núcleo fundamental do instituto das proibições de prova, e por outro lado seria, um mecanismo fácil e expedito para ladear aquele instituto.

Assim, esta exceção é, a par das anteriores, mais uma utopia processual construída por aqueles que pretendem afastar a finalidade das proibições de prova e, em consequência afastar o efeito-dominó que a CRP impõe.

---

<sup>340</sup> Henkel, *Apud* Costa Andrade, *Sobre Proibições...*p.175 e 176

## Considerações finais e conclusivas

### I.

O instituto das proibições de prova é um mecanismo constitucional de proteção contra a violação de direitos fundamentais e nessa medida é um verdadeiro meio de defesa dos cidadãos, e ao mesmo tempo, um mecanismo jurídico de limitação da descoberta da verdade material. Com efeito, as normas em relação às quais se comina a sua violação com o vício de proibição de prova são normas de garantia do acusado.

A par da sua função de limitador da descoberta da verdade material, é em simultâneo, um verdadeiro mecanismo com efeito ordenador/dissuasor perante os órgãos formais.

### II.

Deste modo e dada a importância do instituto das proibições de prova é que o legislador consagrou a sua autonomia dogmática e jurídica em face do regime próprio das nulidades. Em consequência dessa autonomia, as provas que sejam fulminadas com o vício da proibição em caso algum podem ser utilizadas ou valoradas, e muito menos alguma informação que daí resultou.

No âmbito das consequências processuais da sua autonomia, e a par da sua dignidade constitucional, poder-se-á lançar mão do regime próprio dos direitos, liberdades e garantias para, na ausência de norma expressa que comine uma proibição de prova, proteger os direitos fundamentais atingidos pela violação. Daí, a possibilidade do seu conhecimento oficioso.

### III.

Nestes precisos termos, existem vários tipos de proibições de prova, e esses estão perfeitamente identificados, mas outros há em que nada se diz, mas quando haja alguma ato que ofenda os direitos fundamentais dos cidadãos deve ser fulminado com a proibição. Todavia, e no advento do aperfeiçoamento das proibições de prova, ao invés de tratarmos o problema da proibição só no momento final do processo, na sentença, passou-se a permitir uma antecipação da proteção dos direitos violados em fases processuais anteriores àquela.

### IV.

Do predito, poderemos afirmar que o instituto das proibições de prova, em geral, consagra dois feixes de direitos: (i) uma vertente de *facere*, direcionada para as garantias de defesa do arguido, no âmbito da recolha, tratamento ou armazenamento da

prova em detrimento dos seus direitos fundamentais; e (ii) uma vertente de *non facere*, dirigida ao Estado, na veste dos seus órgãos formais de controlo, que deve abster-se de praticar qualquer ação que tenha na sua base qualquer informação relacionada com uma prova proibida. Deste modo, as proibições de prova tal como as concebemos permitem uma proteção bastante acentuada dos direitos fundamentais dos cidadãos, e nesta medida, caberá a estes utilizar todos os meios de defesa ao seu dispor para os proteger.

Numa palavra, os cidadãos, em geral, podem utilizar este “meio processual” para que determinado meio de prova considerado proibido não possa em caso algum ser utilizado.

## V.

No caso de falhar a sua função dissuasora/ordenadora, poder-se-á lançar mão do efeito-à-distância que se impõe regamente e que está acoplado no seu âmbito normativo. Aliás o instituto das proibições de prova, contido genericamente no artigo 32.º, n.º 8 da CRP, para que desempenhe uma função útil e de modo a que não lhe seja retirado a sua eficácia terá de ser interpretado no sentido de consagrar no seu âmbito normativo o *tele-efeito*, e, em consequência desta interpretação deverá, de modo a que lhe seja atribuída a maior eficácia possível e capacidade normativa, ser instituído um regime constitucional de *tele-efeito* da proibição de valoração a todas as provas secundárias, sem que se lhe imponha um limite constitucional.

No entanto, cumpre, dar uma pequena nota. O Estado no âmbito do seu dever jurídico-constitucional de perseguição penal, impõe-se-lhe encontrar e punir os verdadeiros agentes dos crimes. Ao mesmo tempo que tem este dever, tem igualmente a obrigação de cumprir e fazer cumprir as regras próprias dos direitos fundamentais. Desde modo, coloca-se o problema de ponderação ou o balanceamento de bens<sup>341</sup>.

Este conflito surge, em primeiro lugar, porque existem duas normas jurídicas que, tendo em conta as circunstâncias do caso, não podem ser realizadas ou otimizadas em todas as suas potencialidades.<sup>342</sup>

## VI.

Sucedo que, a nosso ver, não existe um real conflito de bens ou normas jurídicas, senão vejamos. Em primeiro lugar, pelo menos desde o Estado Social de Direito que todas as normas constitucionais têm de ser interpretadas tendo em vista a otimização da

---

<sup>341</sup> J.J. Gomes Canotilho, *Ob.Cit.*,p.1240

<sup>342</sup> *Ibidem*

dignidade da pessoa humana<sup>343</sup>, e nessa circunstância não nos esqueçamos que o Direito trata sobretudo e antes de tudo da pessoa humana.<sup>344</sup> Isso dá primazia à pessoa sobre o grupo como critério aferidor da juridicidade das soluções criadas e aplicadas.<sup>345</sup> Isso significa que, as normas constitucionais, mesmo que estejam em conflito, têm de ser interpretadas e aplicadas em homenagem à dignidade de pessoa humana.

Em consequência do predito, a descoberta da verdade material terá de ser alcançada com respeito pela dignidade da pessoa humana e, por essa via terá de ser obtida sem atropelos à legalidade constitucional. Consequência necessária e imediata desta interpretação, em caso de conflito com os direitos, liberdades e garantias é automaticamente restringida em prol desses direitos. Significa, na verdade, e em bom rigor que nem sequer chega a existir um real conflito entre os direitos constitucionais discutidos, porquanto, muito antes de se chegar a esse ponto, os preceitos constitucionais respeitantes à prerrogativa estadual na busca da verdade material já foram restringidos de modo a ajustarem-se a futuros conflitos.

## VII.

Pelo exposto, o instituto das proibições de prova deve ser interpretado como abrangendo no seu âmbito normativo o *tele-efeito*, e em consequência, sendo este último efeito um mecanismo que visa a proteção, em última instância, dos direitos fundamentais deve ser aplicado em cadeia sem qualquer restrição. A acrescer a este argumento, não nos esqueçamos que as normas constitucionais que permitem as restrições aos direitos, liberdades e garantias, devem sempre garantir a protecção do seu núcleo essencial (art.18.º da CRP), e em consequência caso não fosse admissível o efeito dominó do efeito-à-distância, seria frustrado o conteúdo essencial das normas do n.ºs 1 e 8 do artigo 32.º CRP, que determina a nulidade, com a devida interpretação, de todas as provas obtidas mediante a violação dos direitos fundamentais.

Numa palavra a doutrina do efeito-à-distância determina que a “prova ilícita é uma “árvore” que se contaminou com uma mancha (um vício) e, em decorrência, todas as outras provas que derivem daquela “árvore envenenada”, ainda que a sua obtenção

---

<sup>343</sup> Jorge Miranda, Manual..., Tomo IV, p.194

<sup>344</sup> Eduardo Vera-Cruz Pinto, *in* Curso Livre de Ética e Filosofia do Direito, Princípios, 1ª Edição, 2010, p.19

<sup>345</sup> Plínio Saraiva Melgaré, *apud* Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Ob.Cit.*, p.19

tenha ocorrido de forma lícita, também ficam contaminadas pela ilicitude da prova originária”.<sup>346</sup>

### VIII.

Todavia, não nos podemos esquecer que a doutrina e a jurisprudência entendem que existem determinados limites ao *tele-efeito*, entre os quais a *independent source doctrine*, *inevitable discovery limitation*, e *purged taint limitation*.<sup>347</sup>

### IX.

No entanto, e em face das regras próprias atinentes aos direitos, liberdades e garantias, no qual se engloba o instituto das proibições de prova, entendemos que não poderá haver qualquer tipo de exceção ao tele-efeito, na medida em que, a ocorrer tais restrições, as quais não seriam autorizadas pela Constituição de República Portuguesa, e seriam um atentando intolerável ao núcleo essencial da norma que consagra o instituto das proibições de prova. Face a isto, as supostas limitações que são avançadas pela jurisprudência norte-americana e com a complacência da jurisprudência portuguesa não passa de uma engenharia processual que visa pura e simplesmente aniquilar o efeito útil das proibições de prova e por isso são consideradas, por nós, como uma utopia processual.

### X.

Deste modo, tendo o instituto das proibições de prova e bem como o efeito-à-distância das proibições de prova a sua sede constitucional, não poderão ser fixados limites que não sejam autorizados pela Constituição, sob pena de serem considerados como inconstitucionais, e por esta via, as limitações da *independent source doctrine*, *inevitable discovery limitation*, e *purged taint limitation*, são regras criadas pela jurisprudência, mas que a serem aceites, afetam de forma irremediável o núcleo essencial das normas dos n.ºs 1 e 8 do artigo 32.º da CRP, e seriam um meio processual de ladear as proibições de prova.

---

<sup>346</sup> Cfr. Ac. TRL, processo n.º 14538/10.4TFLSB.L1.5, 03.07.2012

<sup>347</sup> V.g., Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel, Nancy, J. King, *Ob.Cit.*,p.502 a 529; Carlos Fidalgo Gallardo, *Ob.Cit.*,p.434; Helena Mourão, *Ob.Cit.*,p.47; Costa Andrade, *Sobre Proibições...*,p.172; João Henriques Gomes de Sousa, *Ob.Cit.* ; Ac. TC n.º 198/2004

## Bibliografia

Aguilar, Francisco, *Dos conhecimentos Fortuitos Obtidos Através de Escutas Telefónicas*, Almedina, 2004

Ambos, Kai / Lima, Marcellus, *O Processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira*, Rio de Janeiro, Livraria do Advogado editora, 2009

Andrade, Manuel A. Domingues de, *Noções Elementares de Processo Civil*, 1993, reimpressão, Coimbra Editora

Andrade, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 2006, reimpressão, Coimbra Editora

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

Andrade, João da Costa, *Testemunhas-de-Ouvir-Dizer Novos Desafios, Velhos Problemas (Diferentes Constelações Típicas à Luz das Proibições de Prova em Processo Penal, in Estudos de Homenagem ao Juiz Conselheiro António da Costa Neves Ribeiro, In Memoriam*, Almedina, 2007

Ávila, Thiago André Pierobom de, *Provas ilícitas e Proporcionalidade*, 2007, Editora Lumen Juris

Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2011, 4ª Edição, Almedina

Beleza, Teresa Pizarro, *Apontamentos de Direito Processual Penal, II volume*, 1993, AAFDL

Beleza, Teresa Pizarro, *Tão Amigos que nós éramos”*: *O valor probatório do depoimento de co-arguido no processo penal português*, Revista do Ministério Público, ano 19, n.º 74, 1998

Canotilho, J.J. Gomes e Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4ª edição*, Coimbra Editora

- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, 2003

- *Anotação ao Acórdão n.º 70/90 do Tribunal Constitucional*, Revista de Legislação e Jurisprudência, nº 3792 (Ano 123)

Cunha, José Manuel Damião da, *Caso julgado Parcial: Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção Num processo de estrutura acusatória*, 2002, Publicações Universidade Católica

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.

Costa, José de Faria, *Um olhar Cruzado olhar cruzado entre a Constituição e o Processo Penal*, A Justiça nos dois lados do Atlântico. Teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América. Lisboa: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, 1998

Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal, 1ª Edição. 1974, Reimpressão*, Coimbra Editora

- *Direito Processual Penal*, Textos, Lisboa, 1992

Ferreira, Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Curso de Processo Penal, Vol. I*, 1986, Editora Danubio, Lda.

- *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2007

- *Para uma reforma global do processo penal português (Da necessidade e de algumas orientações fundamentais)*”, *Para uma Nova Justiça Penal*, Almedina, 1983

Gallardo, Carlos Fidalgo, *Las Pruebas Ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003

Gonçalves, Fernando e Alves, Manuel João, *Os Tribunais, as Polícias e o Cidadão – O Processo Penal Prático, 2ª edição*, 2002, Almedina

Gonçalves, Manuel Maia, *Código de Processo Penal – Anotado e Legislação Complementar*, Almedina, 17.ª Edição, 2009

Machado, António Edmundo Barbosa Montalvão, *A articulação entre o papel dos sujeitos processuais e a prova nos direitos processuais civil e penal*, 1994, FDL

LaFave, Wayne R., Israel, Jerold H., King, Nancy, J., *Criminal Procedure*, Third Edition, Hornbook Series, West Group, 2000

Mata-Mouros, Maria de Fátima, *Juiz das Liberdades – Desconstrução de um Mito do Processo Penal*, Almedina, 2011

Matta, Paulo Saragoça da, *A livre apreciação de prova e o dever de fundamentação da sentença*, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, 2004, Almedina

Meireis, Manuel Alves, *O regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, 1999, Almedina

Mesquita, Paulo Dá, *A Prova do Crime e o que se disse Antes do Julgamento – Estudo sobre a Prova no Processo Penal Português, à Luz do Sistema Norte-Americano*, 2011, Coimbra Editora

Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008

- *Manual de Direito Constitucional, Tomo II – Constituição*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 1996

Moniz, Helena, *Os problemas Jurídico-Penais da Criação de uma Base de Dados genéticos para fins Criminais*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 12, n.º 2, Abril-Junho 2002

Neves, Rosa Vieira, *A livre Apreciação da Prova e a Obrigação de Fundamentação da Convicção (Na Decisão Final Penal)*, 2011, Coimbra Editora

Neves, Rita Castanheira, *As ingerências nas Comunicações Electrónicas em Processo Penal*, Natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2011

Neves, Castanheira, *A revolução e o Direito*, Digesta, Vol. I, Coimbra Editora, 1995,

Patronilho, Sílvia, *O regime das Nulidades e as Espécies de Proibições Prova*, Relatório do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas, 2000/2001, FDL

Pimenta, José da Costa, *Código de Processo Penal Anotado*, 1991, Rei dos Livros

Pinto, Eduardo Vera-Cruz, *Curso Livre de Ética e Filosofia do Direito*, Princípios, 1ª Edição, 2010

Quiroga, Jacobo López Barja de, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 4.ª Edición, 2010, Aranzadi – Thomson Reuters

Rodrigues, Cláudio Lima, *Das Proibições de Prova no âmbito do Direito Processual Penal – o caso específico das proibições de prova no âmbito das escutas telefónicas e da valoração da prova proibida pro reo*, Verbo Jurídico, obra consulta em:

[http://www.verbojuridico.com/ficheiros/doutrina/ppenal/claudiolimarodrigues\\_p  
roibicaoprovaescutas.pdf](http://www.verbojuridico.com/ficheiros/doutrina/ppenal/claudiolimarodrigues_p<br/>roibicaoprovaescutas.pdf)

Santos, Manuel Simas e Henriques, Manuel Leal, *Código de Processo Penal Anotado* – Vol. I, Rei dos Livros, 3ª Edição, 2008

Smith, J. & Moncourt, A.. *The Red Army Faction: a documentary history. Projectiles for the people*, kersplebedeb, 2009

Silva, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal I, Noções Gerais, Elementos do Processo Penal*, 6ª Edição, 2010, Verbo

- *Curso de Processo Penal, Vol. II, 5ª edição, Verbo*

Valente, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal, Tomo I, 2010, 3ª edição*, Almedina

- *Conhecimentos Fortuitos – A busca de um Equilíbrio Apuleiano*, Almedina, 2006

Veiga, Armando, *O Direito à Autodeterminação Informativa e Comunicativa*, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade Coimbra, Coimbra 1998

- Co-Autor com Benjamin Silva Rodrigues, *A Monotorização de dados Pessoais de trafego nas comunicações electrónicas*, RAÍZES JURÍDICAS, Curitiba, v. 3, n. 2, jul./dez. 2007

Sousa, João Henrique Gomes de, “*Das nulidades à fruit of the poisonous tree doctrine*” *ROA, Ano 2006, Vol. II*

Vilela, Alexandra, *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, 2000, Coimbra Editora

Serra, Carlos Eduardo da Silva, *A Livre Apreciação da Prova no Processo Penal: Uma Reflexão sobre seus limites e possibilidades à Luz da Constituição*, 2010, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rangel, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da prova no Processo Civil*, 3ª Edição, 2006, Almedina.

Rosa, Luís Bértolo, *Consequências Processuais das Proibições de Prova*, *Revista de Ciência Criminal*, Ano 20, n.º 2, Abril-Junho 2010, Coimbra Editora

## **Jurisprudência Nacional:**

### **- Tribunal Constitucional:**

- Ac. n.º 213/94 de 02.03.1994
- Ac. n.º 584/96, 17.04.1996
- Ac. n.º 137/02, 03.04.2002
- Ac. n.º 411/2002, 10.10.2002
- Ac. n.º 241/2002, 29.05.2002
- Ac. n.º 198/2004, 24.03.2004

### **- Tribunais Judiciais**

#### **Supremo Tribunal de Justiça:**

- Ac. Processo n.º 04P774, de 06.05.2004
- Ac. Processo n.º 06P363, de 20.04.2006
- Ac. Processo n.º 06P4805, de 31.01.2008
- Ac. Processo n.º 07P4553, de 20.02.2008
- Ac. Processo n.º 09P0395, 12-03-2009
- Ac. Processo n.º 886/07.8PSLSB.L1.S1, 03.03.2010
- Ac. Processo n.º 538/00.0JACBR-B.C1.S1, de 18.03.2010
- Ac. Processo n.º 4095/07.8TPPRT.P1.S1, de 09.06.2011
- Ac. Processo n.º 593/09.7TBBGC.P1.S1, de 06.02.2013

#### **Tribunal Relação de Lisboa:**

- Ac. Processo n.º 10210/2008-9, 28-05-2009
- Ac. TRL, processo n.º 7/2/00.9FLSB.L1, de 13/07/2010
- Ac. Processo n.º 35/07.2PJAMD.L1-5, de 24-01-2012
- Ac. Processo n.º 14538/10.4TFLSB.L1-5, de 03-07-2012

#### **Tribunal da Relação de Coimbra:**

- Ac. Processo n.º 264/06.6JELSB-A.C2, de 06.12.2006
- Ac. Processo n.º 595/07.8TMBRG, 30.04.2009
- Ac. Processo n.º 63/09-3PECBR.C1, 14.10.2009
- Ac. Processo n.º 1058/08.0TACBR.C1, 25.03.2010
- Ac. Processo n.º 486/07.2GAMLD.C1, de 05.05.2010

#### **Tribunal de Relação de Guimarães**

- Ac. Processo n.º 595/07.8TMBRG, de 30-04-2009

#### **Tribunal da Relação de Évora**

- Ac. Processo n.º 1991/07-1, 03.06.2008

- Ac. Processo n.º 849/09.7TBFAR.E1, de 11-10-2011
- Ac. Processo n.º 95/08.9IDFAR.E1, de 12-06-2012
- Ac. Processo n.º 523/11.6PAOLH.E1, de 12-06-2012

#### **Tribunal da Relação do Porto**

- Ac. Processo n.º 0741287, de 26-09-2007
- Ac. Processo n.º 736/03.4TOPRT.T1, 07.07.2010
- Ac. Processo n.º 1276/08.0PAMAI.P1, de 20-12-2011
- Ac. Processo n.º 251/06.4JAPRT.P1, de 04-07-2012

#### **Pareceres da PGR**

- Parecer n.º 21/2000, do Conselho Consultivo da PGR

#### **Jurisprudência Internacional:**

##### **- Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América**

**Arestos consultados em:** <http://supct.law.cornell.edu/supct/search>

- Hale v. Henkel, 201 U.S.
- Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914)
- Silverthorne Lumber Co. v. United States, U.S. 251
- Segura v. United States, U.S 468
- New York v. Quarles de 1984
- Wong Sun v. United States, 371, U.S. 471 (1963)
- Ceccolini v. United States, 435 U.S. 268 (1978)