

FACULDA DE DIREITO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA  
PORTUGUESA

# Dos limites do efeito à distância nas proibições de prova

---

Mestrado forense

Nuno Miguel Melo

13-04-2012

Orientado pelo Professor Doutor José Lobo Moutinho

## **I. Introdução**

“Dos limites do efeito à distância” reúne algumas das controvérsias no processo penal (tanto a nível nacional como fora dele) discutidas no âmbito do Curso de Mestrado Forense na vertente de Penal, organizado pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa. O objectivo do presente trabalho é o de reunir a opinião e fundamentação de alguns dos mais reputados especialistas da doutrina e da jurisprudência que se debruçaram sobre a temática do efeito à distância, numa altura em que o instituto se parece encontrar já consolidado na ordem jurídica portuguesa, embora com um alcance muitas vezes dúbio consoante o caso concreto a que respeita.

Para uma melhor compreensão dos problemas do efeito à distância, importa comparar a actuação do problema em Portugal com as demais jurisdições que nos ajudaram a melhor compreender o alcance do problema (sobre o qual incide um dos principais capítulos deste trabalho), assumindo, no entanto, um maior relevo a situação americana e alemã, pela sua relevância e divergência de opiniões, deixando para segundo plano, por razões espaço, algumas jurisdições que se aproximam bastante da portuguesa, nomeadamente no que respeita aos países de origem latina.

Do que se trata neste trabalho de final de mestrado é das consequências ulteriores que uma nulidade de prova poderá causar na marcha do processo penal e as respectivas limitações. O arguido lesado nos seus direitos pretenderá naturalmente a extensão da mancha da nulidade a todos os actos posteriores. No entanto, estas particularidades aqui desenvolvidas compreendem-se melhor à luz do Estado de Direito e das garantias que a CRP confere ao arguido no âmbito do efeito à distância.

O Estado de Direito, como sabemos, confere ao arguido certos direitos inalienáveis ou, em alguns casos, apenas excepcionalmente ultrapassáveis e debaixo de requisitos muito apertados, contendo a CRP inclusive, uma disposição específica no que às nulidades de prova diz respeito (art.º 32 n.º 8 CRP). Temática esta que exige também que o poder coercivo do Estado respeite esses limites no percurso da marcha do processo penal, sob pena, inclusive, dos seus agentes poderem vir a incorrer em responsabilidade penal. As garantias do processo penal exigem, assim, a abstenção de comportamentos que visem reduzir a amplitude das mesmas.

Nesta problemática joga também um outro pilar do Estado de Direito, já referido, que é o do acesso dos cidadãos aos tribunais para defender os seus direitos e interesses quando violados ou ameaçados, uma vez que as nulidades de prova podem ser usadas em Tribunal contra aqueles que usaram ilicitamente meios de prova, violando com isso as garantias constitucionais do arguido.

E é neste paradigma que surge a necessidade de delimitar o verdadeiro alcance das nulidades de prova e dos seus efeitos, nomeadamente do efeito à distância, uma vez que estas infringem directamente direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana e podem ter incidências penais sobre os que conduzem o processo e violam as suas regras. Assim, é com este propósito que surge o presente trabalho: o de esclarecer quais os limites que poderão vir a ser admitidos no âmbito das nulidades de prova, principalmente do efeito à distância; quais as excepções permitidas neste tipo de limitações nas garantias do arguido, em que circunstâncias tais excepções podem ser apresentadas e qual a sua natureza. A resposta a esta pergunta parece variar de Autor para Autor, tanto dentro do ordenamento jurídico Português como fora dele. Uma multiplicidade de soluções que em nada ajuda a estabilidade e a segurança jurídica, mas que, por outro lado, fomenta o enriquecimento do Direito e a dialéctica imanente a esta questão.

## **II. A Prova**

Antes de avançarmos para as matérias das nulidades de prova e do seu regime, nomeadamente no que concerne à problemática do efeito à distância, entendemos ser essencial começar por deixar algumas considerações gerais sobre o instituto da prova. Podemos qualificá-la como sendo um dos elementos fundamentais de todo o processo, podendo inclusive ser motivo de reapreciação de uma decisão transitada em julgado, nos termos do art.º 449/1 d) e e) do CPP.

O processo penal visa a investigação sobre a possível ocorrência de um facto criminoso e subsequentemente uma eventual concretização do direito penal substantivo aos factos penalmente relevantes. Por outras palavras, após a verificação da suspeita de um eventual facto criminoso, desencadeia-se o processo penal com a missão de proporcionar o apuramento da verdade material no que concerne à possível prática dos factos que tipificam o crime e à descoberta do agente que o praticou. Assim, anteriormente à aplicabilidade das normas penais encontramos-nos em primeira instância vinculados à averiguação da ocorrência do facto criminoso. Nestes termos, só poderá haver a certeza da prática de um crime e do seu agente, aquando do conhecimento de certos factos probatórios, que serão transmitidos para os autos e que permitem uma análise de verificação de factos passados. E a isto se dá o nome de prova.

### III. Proibições de prova

*“A eficácia da justiça é também um valor que deve ser perseguido, mas, porque numa sociedade livre os fins nunca justificam os meios, só é aceitável quando alcançada lealmente, pelo engenho e arte, nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem os sofre, mas não menos quem os usa.”*<sup>1</sup>. Assim descreve o Prof. Germano Marques da Silva a necessidade premente de uma justiça justa no que à utilização dos meios de prova diz respeito.

Como já referimos no capítulo anterior, a formação da convicção do tribunal realiza-se através da análise das provas que são reunidas com vista a demonstrar a existência, ou não, dos factos imputados ao arguido e é por essa necessidade que o regime probatório deve obedecer a regras imperativas e cuidadosas. Como referencia o Prof. Figueiredo Dias, a verdade que o processo penal serve, *“não sendo «absoluta» ou «ontológica», há-de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço, mas processualmente válida”*<sup>2</sup>. Semelhante conclusão retira-se da jurisprudência dos tribunais alemães quando estes afirmam que *“não é nenhum princípio da ordenação processual que a verdade tenha que ser investigada a todo o preço”*<sup>3</sup>, e que *“o objectivo do esclarecimento e punição dos crimes é, seguramente, do mais elevado significado; mas ele não pode representar sempre, nem sob todas as circunstâncias, o interesse prevalecente do Estado”*<sup>4</sup>.

Inerente ao conceito das proibições de prova está a crença da existência de certos limites intransponíveis à descoberta da verdade material e à investigação criminal em homenagem aos valores jurídicos conquistados como baluartes do Estado de Direito. Trata-se de valores intransponíveis por parte de Estado, e por alguns considerados como indisponíveis até pelo seu próprio titular. Caso assim não fosse, estar-nos-íamos a afastar de um Estado de Direito democrático justo, que tanto é proclamado, e tantos anos demorou a conquistar.

No entanto, esta conquista não se afirmou facilmente entre nós. Muitas vezes, a afirmação desta cultura de processo penal, foi dificultada por aqueles que sempre

---

<sup>1</sup> Cfr. Jorge Miranda, Rui Medeiro, *Constituição Anotada*, Tomo I, 2005; Coimbra editora: p 361.

<sup>2</sup> Cfr. J. Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, p. 194.

<sup>3</sup> NJW 1960, p 1582, apud Manuel de Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, 1992, p 117.

<sup>4</sup> NJW 1964, p 1582, apud Manuel de Costa Andrade, *op cit*, p 117.

defenderam a imolação dos direitos fundamentais, em favor da valoração da prova, no combate à criminalidade grave e em nome da afirmação da justiça penal. Princípio este, da legitimidade da prova, que impõe a presença de certas objecções a certos meios de prova pois, nas palavras de Marques Ferreira, “*o julgador não pode deixar de ter sempre presente o pensamento de Heidegger de que «toda a verdade autêntica passa pela liberdade da pessoa»*”<sup>5</sup>.

Foi-se assim sedimentando um novo modelo de processo penal, fundamentalmente assente no respeito pelos direitos fundamentais, que tem o seu ponto mais alto na defesa da dignidade da pessoa humana. Proclamação máxima destes valores que consiste na proibição de superação dos problemas no processo penal, através do desrespeito pelo valor autónomo da pessoa considerada em si mesma. Nas palavras do Prof. Figueiredo Dias “*Quando, em qualquer ponto do sistema ou da regulamentação processual penal, esteja em causa a garantia da dignidade da pessoa - em regra do arguido, mas também de outra pessoa, inclusive a vítima -, nenhuma transacção é possível. A uma tal garantia deve ser conferida predominância absoluta em qualquer conflito com o interesse – se bem que, também ele legítimo e relevante do ponto de vista do Estado de Direito – no eficaz funcionamento do sistema da justiça penal*”<sup>6</sup>.

É com base nestas estruturas de ideias que começam a surgir as primeiras considerações sobre o instituto das proibições de prova com o intuito de que o processo penal não destrua, com o argumento de uma eficaz perseguição penal, os grandes valores comunitários e pessoais que assentam na dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Gössel, o instituto das proibições de prova está incumbido da função de “*prevenir que o imperativo da realização da justiça material que dimana do Estado de Direito redunde precisamente no seu contrário*”. Assim será, sempre que a verdade material seja alcançada através de um “*atentado à dignidade humana ou da violação de outros princípios do Estado de Direito*”, pois “*do princípio do Estado de Direito decorre o dever de averiguar a verdade e, ao mesmo tempo, a delimitação dessa averiguação*”<sup>7</sup>.

Na senda desta linha de argumentação, a Constituição da República Portuguesa de 1976 vem consagrar pela primeira vez, no seu art.º 32º n.º 6 (agora 32º n.º 8), um preceito

---

<sup>5</sup> Cfr. Marques Ferreira, *Jornadas de Direito Processual Penal*, Lisboa, 1988, p 224.

<sup>6</sup> Cfr. J. Figueiredo Dias, «Para uma reforma global do processo penal português. Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais», in *Para uma nova Justiça Penal*, Coimbra, 1983, p 207.

<sup>7</sup> Cfr. Bockelmann-Fs Gössel, p. 809 apud Manuel de Costa Andrade, *op cit*, p 119.

genérico de proibições de prova que visa garantir os direitos e liberdades individuais no processo penal, nomeadamente através da criação de uma proibição absoluta de obtenção de provas mediante tortura, coacção e ofensa da integridade física e moral da pessoa, e uma limitação apertada, no processo de obtenção de prova, mediante a intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, devendo-se ter por abusiva a intromissão quando efectuada fora dos casos previstos na lei e sem a intervenção judicial, quando desnecessária e desproporcionada ou quando subjaz a uma supressão sem mais dos próprios direitos. Por outras palavras, de acordo com a estrutura desta norma, os métodos de prova que agridam directamente a dignidade e integridade física ou moral do Homem enquanto sendo direitos totalmente indisponíveis e inalienáveis são consideradas como proibições absolutas, enquanto as restantes (que apenas chocam com direitos disponíveis<sup>8</sup>) apenas enfermam de proibições relativas. Assim, neste último caso, serão admissíveis a validade de meios de prova que, de algum modo, colidem com estes valores e direitos sempre que haja uma habilitação legal para tal ou quando o titular do direito violado haja dado o seu consentimento, ao passo que nas primeiras o consentimento do lesado e uma autorização por parte da lei é totalmente irrelevante para uma futura valoração das provas obtidas.

Esta sistemática das proibições de prova está também plasmada em textos de direito internacional, nomeadamente nos artigos 5º e 12º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e no artigo 7º do pacto internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Por seu turno, no que toca à lei ordinária, as normas que nos falam sobre esta temática, suscitam uma interpretação do instituto à luz do estabelecido na Constituição. Surge, assim entre nós, o actual art.º 126º do Código de Processo Penal, sob a epígrafe de “métodos proibidos de prova”, impedindo a validade dos meios de prova que atentem contra os direitos fundamentais do arguido, o que desde logo aponta para uma clara demonstração de que se trata de princípios fundamentais em matéria de produção de prova. Há contudo, que analisar que, a enumeração feita no artigo 126º não é nem nunca poderá ser uma enumeração taxativa. O nº 2 é meramente exemplificativo.

Parecem não restar muitas inquietações ao dizer-se que se devem ter como métodos proibidos de prova todos os que se traduzem num atentado contra a dignidade humana,

---

<sup>8</sup> Cfr. 126 n.º 3 CPP

a liberdade de decisão ou de vontade ou a integridade física ou moral das pessoas. Nas palavras do Prof. Paulo Pinto de Albuquerque, “*a amplitude da expressão usada na lei visa precisamente incluir todo e qualquer método de prova, isto é, todo e qualquer instrumento intelectual utilizado com o fito de provar um facto juridicamente relevante*”<sup>9</sup>.

Mas para além destes preceitos genéricos, podemos ainda encontrar, espalhadas pelo Código de Processo Penal, várias normas que qualificam certos meios de prova em concretos como sendo nulos. Para tal o legislador usa expressões como “só é permitida”, “não é admissível”, “só é admissível”, “não pode servir como meio de prova”, “não têm valor como meio de prova”, ou simplesmente a cominação da sanção como nulidade.

Como já foi referido, quando as nulidades recaiam sobre o direito à integridade pessoal a interdição é absoluta e considera-se relativa nos restantes casos. Não estamos com isto, no entanto, a dizer que as nulidades de prova apenas justificam a sua existência numa óptica de protecção de direitos individuais. É bem mais do que isso. Este regime tem também como objectivo máximo a defesa de interesses que vão muito além dos de carácter privado. Trata-se da protecção de benefícios representados pela comunidade por uma comunicabilidade intrínseca, uma vez que a protecção da esfera jurídica do arguido acaba por se tornar um elemento essencial de toda a comunidade e o processo penal é um processo de pessoas e para as pessoas, fazendo assim parte da sociedade enquanto tal. São valores que partem do indivíduo para o exterior, tornando-se assim eles próprios valores do próprio Estado de Direito Democrático e que se traduzem, em última instância, em verdadeiros obstáculos à descoberta da verdade.

*“A realização da justiça do caso é um valor constitucional, mas não é um valor absoluto, que possa ser perseguido por qualquer forma. Quando os meios utilizados para salvaguarda de outros valores, os elementos probatórios por essa forma obtidos, não podem ser utilizados em circunstância alguma; ficam radicalmente inquinados pelo*

---

<sup>9</sup> Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 4ª edição actualizada, 2011, p.334.

*vício de inconstitucionalidade e o sistema não pode tolerar que a justiça seja perseguida por meios inconstitucionais”<sup>10</sup>.*

---

<sup>10</sup> Cfr. Jorge Miranda; Rui Medeiros, *op cit* p 362.

#### IV. Regime próprio das nulidades de prova

Analisada que está a dogmática das proibições de prova no ordenamento jurídico português, tentar-se-á, agora, apurar qual o regime jurídico que lhes será aplicável. A questão está em saber se as nulidades de prova se encontram, ou não, sujeitas ao regime das nulidades processuais penais, ou seja, aos artigos 118º e seguintes do código de processo penal.

Numa primeira linha de opiniões, temos entre nós a doutrina de Teresa Pizarro Beleza e João Conde Correia, que defendem a autonomia técnica das proibições de prova. Para João Conde Correia “o legislador prescreveu, no artigo 118º n.º3 do Código de Processo Penal, a autonomia técnica das proibições de prova, estabelecendo, de forma expressa, que «as disposições deste capítulo não prejudicam as normas deste código relativas a proibições de prova». Ou seja, que as regras gerais sobre as nulidades processuais penais não se aplicam às proibições de prova”<sup>11</sup>. Nesta esteira, vem o autor explicar que o legislador, ao referir-se ao termo nulidade, essa utilização é feita num sentido não técnico e incorrecta do ponto de vista dogmático. Assim, o autor acompanha a ideia de que o termo nulidade apenas se quer referir à impossibilidade de usar tais provas. Ainda nesta linha de pensamento Teresa Beleza vem-nos dizer que a palavra nulidade, quando nos referimos às proibições de prova quer dizer “que se alguém – o ministério público ou seja quem for - obtiver qualquer prova através de um destes métodos proibidos, essa prova será totalmente inútil porque em absoluto não utilizável. Ou melhor, ela poderá ser utilizada com o fim exclusivo de basear uma condenação da pessoa que ilegalmente a obteve: o magistrado, ou o polícia, ou o particular – é o que dispõe o n.º 4 do artigo 126”<sup>12</sup>. Opiniões estas reiteradas pelo Prof. Paulo Pinto de Albuquerque que afirma com clareza que as nulidades de prova se pautam por um regime jurídico diferente, quer das nulidades insanáveis quer das nulidades sanáveis. No entanto o referido Autor trata este regime como sendo complexo com dois tipos de nulidades distintas: as que atinjam a integridade física e moral da pessoa humana e as

---

<sup>11</sup> Cfr. João Conde de Correia, *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, Coimbra Editora, 1999, p 156.

<sup>12</sup> Cfr. Teresa Beleza, *Apontamentos de Direito Processual Penal - Volume II*, AAFDL, 1992, págs. 151-152.

que apenas atinjam a sua privacidade, sendo a primeira uma interdição absoluta e a segunda meramente relativa.<sup>13</sup>

Numa outra linha de orientações temos as posições dos Profs. Germano Marques da Silva e Manuel da Costa Andrade. O Prof. Germano afirma que a utilização de uma prova proibida no processo tem os mesmos efeitos que a nulidade do acto. Contudo, à medida que vai desenvolvendo o raciocínio descobrimos que o autor, do ponto de vista da aplicação prática do direito, chega a uma conclusão diferente. O professor usa frases como “*A consequência essencial que a obtenção de uma prova proibida provoca vem a ser a sua não utilização*”, “*Ao analisarmos as invalidades, classificámos as nulidades em insanáveis e dependentes de arguição. A nulidade correspondente à proibição de prova enquadrar-se-á nalguma delas? Cremos que não*”, e ainda “*(...) mas diversamente da nulidade que fica sanada com a decisão final transitada em julgado, a utilização de provas proibidas para fundamentar a condenação é fundamento para recurso extraordinário de revisão [art. 449.º, nº 1, al. e)]*”<sup>14</sup>. Ora dizer isto e dizer ao mesmo tempo afirmar que as proibições de prova seguem o regime das nulidades insanáveis ou que seguem os efeitos da nulidade do acto é como dizer que um animal que cheira a cão, ladra como um cão e parece um cão é no fundo um gato. Noutra versão desta orientação, vem o Prof. Manuel da Costa Andrade, nos seus doutos ensinamentos sobre proibições de prova, dizer-nos que às proibições de prova é imposta “*uma disciplina que transcende o regime das nulidades processuais, pesem embora os significativos momentos de continuidade que medeiam as duas figuras*”<sup>15</sup>. Por último, ainda dentro desta linha doutrinária, mas com um raciocínio um pouco diferente, está a posição do Manuel Maia Gonçalves. Para este autor trata-se “*de dois graus de desvalor de provas obtidas contra cominações legais, sendo maior o desvalor ético-jurídico das provas obtidas mediante os processos referidos no nº 1, e tal diferente grau de desvalor ético nas nulidades cominadas: enquanto as provas obtidas pelos processos referidos no nº 1 estão fulminadas com uma nulidade absoluta, insanável e de conhecimento oficioso, que embora tal não esteja consagrada no artigo 119º o está neste artigo 126º, através da expressão imperativa «não podendo ser utilizadas», já as provas obtidas mediante o processo descrito no nº 3 são dependentes de arguição, e portanto sanáveis, pois que não são apontadas como insanáveis no artigo 119º ou em qualquer outra*

---

<sup>13</sup> Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *op cit*, p.335.

<sup>14</sup> Cfr. Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, Lisboa, Verbo, 3ª Edição, pág. 126

<sup>15</sup> Cfr. Manuel de Costa Andrade, *op cit*, p 194.

*disposição da lei. Em relação as estas últimas provas, obtidas mediante os processos aludidos no n.º 3”, diz o autor que, “a lei atendeu de algum modo à vontade do titular do interesse ofendido e ao princípio volenti non fit injuria”*<sup>16</sup>.

Ora acompanhando o raciocínio de João Henriques Gomes de Sousa, esta doutrina não será de aceitar “*dada a dimensão totalitária dos direitos humanos, a «exigência de superioridade ética do Estado», da prevalência a dar ao princípio da dignidade do Homem*”<sup>17</sup>.

Na nossa opinião, parece-nos que o regime das nulidades processuais e das proibições de prova seguem caminhos diferentes, não sendo possível entre eles, estabelecer uma similitude, tanto do ponto vista do regime jurídico, como do ponto de vista estrutural. Vejamos. Em primeiro lugar, as nulidades processuais produzem efeitos até à sua declaração de nulidade (aliás, parecendo-se com verdadeiras anulabilidades), o que não acontece com o regime das proibições de prova apesar de, tanto a Constituição como o art.º 126º do Código de Processo Penal usarem a expressão “nula” quando se refiram a esta sanção. Nas proibições de prova existe uma impossibilidade de utilização e não é exigido, em nenhuma circunstância, qualquer declaração de nulidade, uma vez que a obtenção de uma prova proibida, apesar de facticamente poder constar do processo, nunca pode subsistir no processo, não podendo ser em qualquer caso valorada. Caso contrário, a expressão do art.º 126º “não podendo ser utilizadas”, ficaria desprovida de qualquer sentido. Uma segunda grande diferença é o facto do art.º 122 n.º 2 estipular para as nulidades processuais a repetição do acto nulo. Ora, a prova proibida não poderá, em princípio, não poderá ser repetida (à excepção das buscas e das revistas). Caso contrário não seria proibida e inutilizável. Em terceiro lugar, tratando-se de proibição de prova, a sua arguição e conhecimento pode fazer-se a todo o tempo, até decisão final, mas diversamente da nulidade, mesmo a insanável, que fica sanada com a decisão transitada em julgado, a utilização de provas proibidas para fundamentar a condenação é fundamento para o recurso extraordinário de revisão (art.º 449/1 d) e e)). Caso a prova proibida pudesse vir a ser sanada, estaríamos a possibilitar a sua utilização, contrariando o preceituado nos preceitos respeitantes às nulidades de prova (apenas consideramos a sanção do vício nos termos do art.º 126º n.º 3 se esta for

---

<sup>16</sup> Cfr. M. Maia Gonçalves, *Jornadas de Direito Processual Penal*, Lisboa, 1988, p 195.

<sup>17</sup> Cfr. João Henrique Gomes de Sousa, «Das nulidades à “fruit of the poisonous tree doctrine - (Escutas telefónicas e efeito à distância) ”», *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66 (2006), p 721.

requerida pelo titular do direito lesado, uma vez que consideramos que, tratando-se de direitos que permitem a sua disponibilidade *ex ante*, também o poderão ser *post facto*)<sup>18</sup>.

E porque é que o legislador decidiu destrinçar tão radicalmente estes dois institutos? A grande razão prende-se com o facto de os limites das proibições de prova corresponderem a valores fundamentais e o regime das nulidades processuais não admitir uma total ineficácia exigida nestas situações. Não há uma correspondência entre o regime das nulidades e as exigências, tanto do ponto de vista constitucional como ordinário, traçadas para as proibições de prova. Não quer com isto dizer, na mesma linha de Ana Raquel Conceição, que “*apesar de ser uma nulidade diferente e autónoma, face às demais nulidades presentes no nosso código, a mesma não deixa de poder beneficiar de parte do regime das nulidades processuais*”<sup>19</sup>.

Na linha de raciocínio de João Conde Correia, todos estes equívocos por parte de alguma doutrina e jurisprudência que defende a similitude de regimes e como consequência a sanção das nulidades de prova, poderiam e deveriam ser resolvidos através de uma rectificação à terminologia adoptada. Para que se supram os lapsos acumulados, que em nada beneficiam o sistema judicial (muito pelo contrário até prejudicam), e se crie ao mesmo tempo uma certeza clara de uma autonomia técnica das nulidades de prova, será também necessário conferir ao instituto uma autonomia terminológica que não deixe um só resquício de dúvidas.

Apesar do que fica referido, o trabalho do legislador não foi totalmente inerte pois subsistem já entre nós vários preceitos, que apesar de escassos concebem a tal autonomia terminológica pretendida. São exemplos disso o art.º 58 n.º 4, 129 n.º 1, 147 n.º 4, 148 n.º 3, 149 n.º 3, etc., todos do Código de Processo Penal. Nestes casos são usados as (correctas) expressões “não podem ser utilizadas como prova”, “não tem valor como meio de prova”, ou ainda “só valem como meios de prova”.

---

<sup>18</sup> É do mesmo entendimento o Prof. Paulo Pinto de Albuquerque, quando nos diz que “*se o titular do direito pode consentir na intromissão na esfera jurídica do seu direito, ele também pode renunciar expressamente à arguição da nulidade ou aceitar expressamente os efeitos do acto, tudo com a consequência da sanção da nulidade da prova proibida*”. No entanto, a nosso ver, peca o autor ao conferir às nulidades do 126 n.º 3 o estatuto de relativas dizendo ainda que estas não podem ser conhecidas com carácter oficioso, necessitando para tas de serem arguidas pelo titulas do direito lesado; Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque em Albuquerque, *op cit*, pp.335 ss.

<sup>19</sup> Cfr. Ana Raquel Conceição, *Escutas telefónicas regime processual penal*, Quid Juris, 2009, p.197.

A pertinência desta questão para o instituto do efeito à distância, que é o que aqui nos interessa, prende-se com o facto de que, para quem entende que há uma autonomia absoluta das nulidades de prova, o efeito à distância pode ser difícil de justificar normativamente. Pelo contrário, se acharmos que há uma linha de continuidade entre os dois institutos, a sua consagração legal é de fácil demonstração através do artigo 122º n.º1 do código de processo penal.

Em nosso entender, pensamos que é difícil considerar, tanto do ponto de vista da técnica legislativa como através de uma análise da prática jurisprudencial, que o regime das nulidades de prova é o das nulidades processuais insanáveis. Se assim não se entendesse, na mesma linha de raciocínio da Prof. Teresa Beleza, seria estar a frustrar o sentido de normas como o art.º 118º n.º3. Assim sendo, poder-se-ia estar a cair na ideia errónea de que não estaria, este instituto das nulidades de prova, bem disciplinado, tanto ao nível de, por exemplo saber ou não se são de conhecimento oficioso, ou de explicar o efeito à distância.

Quanto ao regime jurídico, pensamos tratar-se de uma omissão propositada por parte do legislador, uma vez que, estando em causa a violação de direitos fundamentais, está implícito no regime das nulidades de prova, tanto o conhecimento oficioso como a não sanção do vício. Caso assim não se entendesse, uma prova proibida serviria para desbloquear vias de pesquisa muito relevantes para o desfecho da investigação criminal. Aliás, ainda vamos mais longe ao dizer que, para que houvesse necessidade de arguição do vício ou que este se sanasse por mero decorrer da marcha do processo, seria necessário uma estatuição expressa no código de processo penal que o impusesse. Para João Conde Correia “*o silêncio terá outro significado*”. Para este autor, posição que desde já perfilhamos, “*não teria sentido autonomizar as proibições de prova, na busca de uma melhor protecção dos direitos individuais, para depois lhes atribuir um regime processual muito mais fraco*”. No entanto já não seguimos a sua orientação quando nos diz que “*o legislador terá querido convocar a jurisprudência e, sobretudo, a doutrina para a tarefa de selecção e escolha da solução mais justa para cada caso concreto*”<sup>20</sup>. Não se pode admitir que, numa matéria de tão grande importância, o legislador não

---

<sup>20</sup> Cfr. João Conde Correia, A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial, in *Revista do CEJ*, Lisboa, n.º 4 (1.Semestre2006), p.200

transmita nenhuma margem de segurança ao arguido, conferindo a solução à panóplia de divergentes opiniões que a doutrina e a jurisprudência explanam entre nós.

O efeito à distância nas nulidades de prova, como mais adiante veremos, verifica-se por imposição constitucional, através de uma norma de aplicação directa e exequível por si mesma (art.º 32º n.º8 da CRP). Nestes termos, torna-se desnecessário o recurso ao artigo 122º n.º1 para justificar a sua existência, como será posteriormente explicado.

A nível da jurisprudência, os Tribunais portugueses começaram por ter uma abordagem do problema, a nosso ver, bastante errada. Muitas vezes os tribunais afirmavam convictamente por exemplo que as nulidades obtidas mediante intromissão na vida privada, ou que a realização de uma busca domiciliária sem a necessária autorização judicial constituíam uma nulidade meramente relativa, e por isso sanável nos termos dos artigos 177º, 119º, e 120º n.º 3, todos do Código de Processo Penal. Apenas recentemente, nas palavras de João Conde Correia, “a jurisprudência parece ter despertado para o tema”<sup>21</sup>. Mas nem tudo são “espinhos” e o STJ, numa frase bem conseguida vem admitir este regime autónomo quando refere que “o regime das provas nulas, que se traduz na desconsideração ou impossibilidade de produção ou de valoração das provas afectadas por vício que produz nulidade, constitui, no rigor, um regime de exclusão; o concreto meio de prova afectado é excluído do processo e, por isso, não pode ser considerado nem valorado pelo tribunal”<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Ibidem p.176

<sup>22</sup> Cfr. Ac. do STJ de 16 Junho de 2004

## V. Efeito à distância

Quando nos deparamos com um problema de proibições de prova levanta-se invariavelmente o problema de saber se a referida proibição apenas se deve considerar relativamente ao meio de prova obtido directamente através da conduta ilegal, ou se, pelo contrário, há uma extensão dessa proibição de valoração para os meios de prova obtidos indirectamente, ou seja, na sequência dos primeiros e, independentemente da resposta, saber se podemos solucionar o problema com concepções gerais ou se haverá limites casuísticos, sejam estes de que natureza forem, que deverão ser considerados.

Ora, o apuramento do efeito à distância há-de “*resultar de uma necessária ponderação do nexo que liga a prova proibida e a prova mediata dela resultante*”<sup>23</sup>. Para que haja efeito à distância será necessário que o meio de prova proibido seja a causa do meio de prova obtido (imputação objectiva). O que faz sentido, pois caso não fosse assim, a instituição dos meios proibidos de obtenção de prova carecia de qualquer eficácia, podendo-se violar assim os direitos fundamentais, que se pretendem proteger, fora dos limites permitidos pela Constituição. Acontece que, nem a jurisprudência nem a doutrina aceitam um efeito pleno do efeito à distância, sendo que uns tendem a adoptar um critério mais amplo de aplicação e outros um critério mais restrito (conforme descrição infra).

E é na tentativa de resolução desta problemática que iremos desenvolver os próximos pontos, não apenas do ponto de vista actual e nacional, mas fazendo um percurso global tanto do ponto de vista temporal como da análise das várias culturas jurídicas.

---

<sup>23</sup> Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *op cit*, p.338.

## **VI. Abordagem histórica e de direito comparado**

### **a. A situação do problema nos Estados Unidos**

Por o primeiro passo, no sentido da aceitação do efeito à distância, se ter manifestado em solo americano é essencial analisar os contributos que o US Supreme Court deu ao reconhecer a importância e a aceitação do instituto, apesar da grande diferença existente entre os regimes de common law e civil law, que aliás é fácil de constatar, tanto no domínio jurídico como policial.

Foi o Juiz Oliver Wendell Holmes, do Supremo Tribunal norte-americano que redigiu o acórdão em 1920, no célebre caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (251 U.S. 385). Em causa estava uma apreensão de uns livros de contabilidade de uma sociedade que havia sido considerada ilegal. Acontece que os factos que constavam desses documentos possibilitaram que fosse proferida uma posterior sentença de condenação contra os dois sócios da sociedade em questão. Em traços essenciais o entendimento do tribunal manifestou-se no sentido de, não só proibir a aquisição de prova feita ilegalmente e o seu uso em tribunal, como também que esta não pudesse ser usada em qualquer circunstância. Ou seja, considerou-se pela primeira vez a ilicitude do uso indirecto do procedimento probatório ilegal. Foi aplicada a regra das exclusionary rules a todas as provas manchadas pela pesquisa considerada ilegal, e essa mesma mancha estendeu-se à prova subsequentemente obtida através da utilização da informação adquirida durante tal pesquisa.<sup>24</sup>

A lógica da criação deste instituto baseou-se numa intencionalidade político-criminal que confere racionalidade teleológica ao regime das exclusionary rules. Se assim não fosse, ficava desnitrada de eficácia a tentativa de dissuasão na abstenção de práticas ilegais, tendo como destinatários principais os órgãos de polícia criminal.

No entanto, o surgimento desta dogmática fez crescer ao seu lado e ao mesmo tempo diferentes excepções que comprimem a sua total amplitude prática.

Foi no caso *Silverthorne* que surgiu a primeira dessas prerrogativas, a chamada independent source. Assim, se o conhecimento dos factos for adquirido por uma fonte independente, estes podem ser provados como quaisquer outros. Não se atribui assim,

---

<sup>24</sup> Cfr. Jerold H. Israel, Lafave, Wayne R., *Criminal Procedure constitutional limitations*, West Publishing Co, St. Paul, 1993: p 286

neste caso, a eficácia indirecta da prova proibida. Por outras palavras podemos dizer que as provas secundárias serão, na óptica desta teoria, sempre valoradas quando estas sejam obtidas por uma via autónoma e legal à margem da nulidade que mancha a prova principal.<sup>25</sup>

Outro dos acórdãos importantes na afirmação desta excepção é o do caso *Segura v. United States*. A situação factual foi provada através de uma busca ilegal (sem mandato), em que foi encontrado material adequado ao tráfico de estupefacientes apenas possível porque se considerou válida a prova realizada através destas últimas buscas e apreensões, esquecendo a primeira busca ilegal, com a fundamentação de esta ser proveniente de uma fonte independente.<sup>26</sup> No entanto, neste caso parece haver aqui uma certa *ratio* político-criminal que levou o tribunal a tomar tal decisão. Ora vejamos: “*We decline to extend the exclusionary rule, which already exacts an enormous price from society and our system of justice, to further protect criminal activity, as the dissent would have us do*”<sup>27</sup>.

Foi entretanto no caso *Nardone V. United States* em 1937 que surgiu pela primeira vez a célebre expressão *fruit of the poisonous tree*. Neste acórdão estava em causa a valoração de uma prova consequencial, derivada de uma interceptação telefónica ilegal. O juiz Frankfurter justificou a sua tomada de posição afirmando que através de uma argumentação sofisticada seria possível demonstrar uma conexão causal entre a informação obtida através da escuta ilegal e a prova do governo (acusação).<sup>28</sup>

Foi-se assim cimentando aos poucos, entre a jurisprudência norte-americana, a doutrina do efeito à distância. E à medida que tal ia acontecendo, começavam também a surgir, do ponto de vista dogmático, mais limitações a este instituto. Diz-nos a jurisprudência americana que se admite a aceitação de uma prova, não obstante desta ser derivada de outra prova ilegal, sempre que haja uma autonomia em relação àquela em termos tais que produza uma considerável atenuação da ilegalidade antecedente. Nas palavras do U.S. Supreme Court “*Tal conexão pode ser tão atenuada que, por razões de bom senso, dissipe essa mácula*”. Considera-se assim a prova secundária sempre que *the causal connection... may have become so attenuated as to dissipate the taint*. O nexó causal

---

<sup>25</sup> *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States* - 251 U.S. 385 (1920)

<sup>26</sup> *Segura v. United States* - 468 U.S. 796 (1984)

<sup>27</sup> Cfr. Jerold H. Israel, Lafave, op cit, p 292

<sup>28</sup> *Nardone v. United States* - 302 U.S. 379 (1937)

acaba por ser tão atenuado que acaba por apagar a mancha. É a chamada doutrina da mácula dissipada (purged taint limitation).

Esta mesma ideia é mais tarde reforçada, em 1962, no caso *Wong Sun e al. vs United States*. Desta feita o que havia sucedido era que o arguido tinha sido alvo de uma detenção ilegal por falta de probable cause, e na sequência disso acusou um B que viria a arrastar C também para o processo. Passados alguns dias, após C ter sido libertado, este terá confessado o crime ao órgão de polícia criminal. Apesar dos restantes arguidos terem alegado que esta confissão se tratava de um fruto da árvore venenosa, neste caso o tribunal foi da opinião de que esta detenção ilegal não iria enfermar de nulidade a confissão, uma vez que se tratava de uma confissão voluntária e esclarecida quanto às consequências da mesma. O juiz considerou assim este acto, como sendo um acto independente e praticado de livre vontade (independent act of free will). Apesar de se ter chegado à conclusão que C nunca teria confessado tais factos se nunca tivesse sido detido ilegalmente, o seu acto voluntário após a sua libertação, diz o tribunal, que “*the connection between the arrest and the statement (...) so attenuated as to have dissipated the taint*”<sup>29</sup>. Nesta excepção parece haver uma dissociação tão grande entre o comportamento ilegal e a prova obtida que esta já nem sequer é vista como tendo sido obtida pela criação do acto ilegal.<sup>30</sup>

Situações semelhantes têm acontecido amiúde e os tribunais americanos, tanto a nível do Supreme Court como dos Low Courts. Estes Tribunais têm-se vindo sempre a pronunciar no mesmo sentido, por considerar estes casos de prova derivada envolvendo actos de vontade como sendo manifestações, por parte do arguido ou de terceiro, autónomas e produto de uma livre determinação.

Em 1983, no caso *Nix v. Williams* surge-nos a terceira limitação estabelecida pelo Supremo Tribunal norte-americano à doutrina dos frutos da árvore venenosa. É a chamada excepção da descoberta inevitável. Aqui não há, ao contrário do que sucede na fonte independente, a constatação de que através de uma investigação autónoma daquela que originou a prova ilegal se chegou efectivamente à prova derivada. Aqui, há apenas uma demonstração por parte da acusação de que existe ou existiu outra actividade que inevitavelmente iria conduzir ao mesmo resultado. No caso *Williams II* (também assim

---

<sup>29</sup> Cfr. Jerold H. Israel, Lafave, Wayne R, op cit, p 294

<sup>30</sup> *Wong Sun v. United States* - 371 U.S. 471 (1963)

denominado) estava em causa um interrogatório por parte da acusação considerado ilegal (derivado ao facto de não terem sido lidos os *Miranda warnings*.) que levou o arguido a confessar a localização exacta do cadáver da vítima. O tribunal considerou que, pelo facto de contemporaneamente estarem a ser realizadas buscas ao local referido pelo arguido, a prova seria considerada válida, pois o corpo viria a ser inevitavelmente descoberto posteriormente. Nas palavras do Supreme Court “*embora a doutrina da fonte independente não se aplique nesta situação, a sua razão de ser justifica a adopção da excepção da descoberta inevitável à regra de exclusão. Quando a acusação logra estabelecer, por critérios de preponderância da prova, que determinada informação, em última análise ou inevitavelmente, teria sido descoberta por meios legais, neste caso buscas que estavam em curso, então o fundamento da dissuasão [de procedimentos ilegais] apresenta uma base tão reduzida que não impede a admissão da prova*”.<sup>31</sup> Transmite-nos a ideia de que a acusação não ficará em melhor posição do que se não tivesse sido cometida a ilegalidade, mas também não poderá ficar numa pior posição simplesmente por causa de um erro ou mau comportamento antecipado de um polícia. Apesar de alguns Juizes acharem que esta excepção mais não é do que um simples palpite ou especulação, a maioria em Williams II concluiu que a descoberta inevitável não era de especulação, mas sim uma demonstração histórica dos factos capaz de fazer entender o que realmente poderia ter sucedido sem a verificação da ilegalidade. Diz a jurisprudência americana neste caso que já estaria em processo uma investigação que eventualmente levaria ao mesmo resultado probatório através dos procedimentos normais de investigação. Tratava-se de um grupo de cerca de 200 voluntários que já estavam à procura do corpo da vítima que entretanto tinha sido anteriormente revelado o seu paradeiro com base de uma declaração extraída ao arguido ilegalmente.<sup>32</sup>

Por fim, uma excepção que nos aparece menos mencionada na doutrina, mas não menos importante é a “excepção da boa conduta policial”. Esta linha de pensamento aparece-nos em 1995 no caso U.S. v. Leon. Esta limitação surge a propósito de uma situação em que se verificou uma decisão errónea por parte de um magistrado que emitiu um mandato de busca com a convicção desacertada de que estavam reunidos os requisitos para a existência de causa provável. Neste caso, o US Supreme Court entendeu que o oficial da polícia depositou uma confiança na decisão do magistrado quanto à existência

---

<sup>31</sup> Nix v. Williams - 467 U.S. 431 (1984)

<sup>32</sup> Ibidem

da tal causa razoável que permitiria a emissão dos mandados de busca de acordo com a legalidade, objectivamente razoável. Nesse sentido, chegou ao entendimento de que seria uma sanção extremamente onerosa para o processo de todas as provas então obtidas.<sup>33</sup>

Não se sabe porquê mas esta excepção não é tão falada, nomeadamente pela jurisprudência portuguesa, como é o caso do acórdão do tribunal constitucional 198/2004. Pensamos, na mesma linha de Henrique Gomes de Sousa, que se deve ao facto da não existência de uma concordância absoluta na dogmática da questão. Acontece que no acórdão já referido, os justice Brennan e Marshal discordaram da aplicação desta limitação, devido ao elevado estrangulamento que se estava a dar às regras da “exclusionary rule”.

Assim, a doutrina do fruto da árvore venenosa aparece “matizada por uma série de circunstâncias em que a prova derivada (derivada porque de alguma forma relacionada com a prova inválida) pode, não obstante, ser aceite como prova válida”.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984)

<sup>34</sup> Cfr. Acórdão do Tribuna Constitucional 198/2004 de 24 de Março de 2004

## b. O lado alemão

A questão alemã é bem diferente da norte-americana e caracteriza-se pela sua especial complexidade. Primeiramente, ao contrário do que aconteceu nos Estados Unidos da América, o direito alemão começou por rejeitar o efeito à distância das nulidades de prova. Mas, num segundo momento, aproximadamente após a década de sessenta foi surgindo, tanto do lado da doutrina como da jurisprudência, tanta dispersão de pareceres e opiniões, que de certo apenas se firmava a especial controvérsia da questão.

Por um lado, com argumentos tanto do ponto de vista político-criminal como do ponto de vista dogmático, continuavam algumas vozes a negar por completo o *Fernwirkung*. Este lado da doutrina alemã valoriza a verdade em si mesma e não consegue ver como é que se poderia utilizar o processo penal sem um meio de prova “mediato” que realmente existe. Do ponto de vista político criminal, o grande argumento residia no facto de o efeito à distância poder comprometer seriamente a eficácia da justiça penal. Como grande porta-voz desta teoria, Schäfer vem-nos dizer que “*só como afronta inescapável às exigências da justiça se poderia ligar a uma capitulação da ordenação jurídico-penal a uma violação da lei por parte dos órgãos da administração da justiça penal relativamente ligeira em comparação com a gravidade do crime; e, por essa via, se deixando impunes as mais intoleráveis infracções só porque não se logra isolar um meio inequívoco de prova de uma declaração ilegitimamente obtida e, por isso, não valorável como prova*”<sup>35</sup>. Argumentos estes que, como já foi referido se acrescem aos de natureza dogmática. Nesta linha diz-nos Gössel “*o § 136 a) da StPO quer seguramente impedir que seja utilizado para efeitos de convicção o material directamente resultante do atentado à livre conformação da vontade do arguido; mas já não impedir a consideração dos demais resultados daquela investigação que, apesar de obtidos a partir dos dados indevidamente alcançados, podem ser legitimamente introduzidos no processo*”<sup>36</sup>.

Por outro lado, com o passar dos anos evidenciou-se uma corrente doutrinária de sentido oposto. A *Makel-Theorie* é a manifestação alemã da teoria americana dos *fruit of the poisonous tree doctrine* que baseia a sua essencial estrutura em argumentos de

---

<sup>35</sup> Cfr. SCHÄFER, Einige Bemerkungen zu dem Satz nemo tenetur se ipsum accusare, Fest. Dünnebier, pp 11 e seg apud Manuel de Costa Andrad, *op cit*, p 174.

<sup>36</sup> Cfr. Bočekmann-Fs Gössel, p. 817, apud Manuel de Costa Andrade, *op cit*, p 174.

natureza político-criminal. O grande baluarte destas convicções firma-se na ideia de que ficaria desprovido de qualquer sentido o aceitar da prova secundária que traduziria, nada mais nem nada menos numa inutilidade das proibições de prova. Nas palavras de Hassemer a negação do efeito à distância estagnaria “ *a força expressiva da proibição da tortura, tanto no plano cultural como jurídico*”<sup>37</sup> e, segundo Roxin “*também no processo penal alemão se deve admitir um efeito extensivo pois de outro modo, as proibições de prova podiam ser contornadas muito facilmente*”<sup>38</sup>.

É contudo mais expressiva a opinião de autores que abordam o efeito à distância, não de forma extremada mas, pelo contrário, aceitando certos limites à própria concepção do instituto. Como grandes defensores destas opiniões destacamos o entendimento de Peters, Rogall, Grünwald e Wolter.

O primeiro distingue entre proibições de perseguição da prova e proibições do processo de prova. Nas palavras de Peters, apenas as primeiras circunscrevem uma “*reacção em cadeia, excluindo, sem mais, a valoração de tudo aquilo cujo conhecimento se obteve em consequência da respectiva violação*”<sup>39</sup>.

Quanto a Rogall, este defende que o essencial é estabelecer uma ponderação entre os interesses conflitantes. Assim “*se um elevado interesse punitivo em relação à criminalidade grave fala contra o efeito à distância, já inversamente um atentado grave aos direitos individuais protegidos sugerem a intervenção do efeito à distância*”<sup>40</sup>.

Já Grünwald é da opinião de que apenas será de considerar o efeito à distância no ordenamento jurídico alemão quando haja entre a prova secundária e a principal um nexo de causalidade de dependência, e num segundo momento se o Fernwirkung for contestado pelo fim da protecção da proibição de prova concretamente violada.<sup>41</sup>

Wolter tem por seu lado uma construção mais complexa, levantando mais obstáculos a uma regra geral de aceitação do efeito à distância. Em primeiro lugar, tal como Grünwald, Wolter apenas aceita o instituto se houver entre as duas provas um nexo de antijuridicidade. Mas o autor alemão não se fica por aqui e suscita um problema de

---

<sup>37</sup> Cfr. Hassemer, Maihofer., P203 apud Manuel de Costa Andrade, *op cit*, p 175.

<sup>38</sup> Cfr. Claus Roxin, Derecho procesal penal, Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires 2000, p. 205

<sup>39</sup> Cfr. Peters Strafprozess, P. 271, apud Manuel de Costa Andrade; *op cit*, p 176.

<sup>40</sup> Cfr. ZstW 1979, P. 40, apud Manuel de Costa Andrade, *op cit*, p 176.

<sup>41</sup> Cfr. Manuel de Costa Andrade, *op cit*, p 177.

imputação. Na óptica de Wolter “*pode, assim, fazer-se valer contra ele (o arguido) que a sua responsabilidade sempre se poderia ter provado, e se teria provado, por caminhos legalmente admissíveis. Isto é, que a observância dos dispositivos penais não o teria imunizado contra a condenação*”<sup>42</sup>. A terceira limitação imposta por Wolter é em tudo idêntica à exceção norte americana da mácula dissipada, presente no caso Wong Sun v. United States em que o Supremo Tribunal Americano também afastou a aplicação da fruit of the poisonous tree doctrine. Segundo este autor o “*nexo de causalidade é de interromper por força da acção livre e autorresponsável do arguido*”<sup>43</sup>. Nestes termos, este “*desonera ao mesmo tempo as autoridades de perseguição penal do risco da violação do processo*”<sup>44</sup>. Apesar de tudo isto, conclui Wolter que apenas será de aceitar o efeito à distância na medida em que numa lógica de ponderação de interesses, o Fernwirkung prevalecer sobre a valoração da prova secundária. Tal não acontecerá por exemplo quando estejamos perante um caso de criminalidade grave, à exceção dos casos em que se presencie uma “*violação grosseira da lei e do direito*”<sup>45</sup> e quando a valoração da prova não se revele essencial, por haver uma opção menos gravosa.

Já Roxin diz-nos que “*ello debe ser rechazado porque estimula directamente prácticas prohibidas y, en definitiva, permite vaciar de contenido al §136a. También la falta de consentimiento judicial para el empleo de un informante quizá debe tornaar inviolable su declaración, pero no la confesión del acusado asó obtenida*”<sup>46</sup>. No entanto o autor admite que “*se debe insistir en que la valoración de pruebas indirectas sólo puede entrar en consideración (...), cuando conforme al desarrollo precedente de llas investigaciones ellas también hubieran sido obtenidas, muy probablemente, sin violación de las reglas del procedimiento*”<sup>47</sup>. É o reconhecimento da exceção da descoberta inevitável.

Do lado da jurisprudência o avanço parecia ser bastante idêntico. Num começo de negação face ao Fernwirkung, o problema foi-se discutindo e tornando-se cada vez mais complexo, abrindo alas para que o BGH considerasse o efeito à distância numa questão

---

<sup>42</sup> Cfr. NStZ 1984, P. 77, apud Manuel de Costa Andrade, *op cit*, p 178.

<sup>43</sup> Ibidem

<sup>44</sup> Ibidem

<sup>45</sup> Ibidem

<sup>46</sup> Cfr. Claus Roxin, *op cit*, p. 205

<sup>47</sup> Ibidem

em que estava em causa a violação das telecomunicações através de uma escuta telefónica ilícita. É o chamado caso Traube. No entanto, o que parecia ser o início da aceitação do efeito à distância nos Tribunais Germânicos, não passou de uma ameaça tímida, sem reflexos futuros na formação de uma corrente jurisprudencial forte na aceitação do efeito à distância.

Com base nisto podemos afirmar que, tanto a doutrina como a jurisprudência alemã (apesar de esta última muito timidamente) caminham para um paradigma normativo assente na admissibilidade do efeito à distância mas reconduzido a limiares político-criminalmente sustentáveis e dogmaticamente legitimados.

**c. Common law inglesa**

Em Inglaterra, a fruit of the the poisonous tree doctrine de origem norte-americana começou por ser rejeitada. A grande fonte desta tomada de posição foi o caso Smith. Neste leading common law case o tribunal recusou a exclusão de uma confissão por parte de um suspeito que se apresentava como que contaminada por uma confissão prévia e ilegal do mesmo. No entanto os tribunais do Reino Unido começaram a alterar aos poucos a sua posição sobre o efeito à distância. Nesta medida começou a aceitar e a reconhecer cada vez mais a doutrina americana dos frutos da árvore venenosa em matéria de confissão. A principal invocação tem por nome o argumento cat out of the bag: “*The principal reason why a suspect might make a second or third confession is simply that, having already confessed once or twice, he might think he has little to lose by repetition*”.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> Cfr. Peter Mirfield; Successive confessions and the poisonous tree in *Criminal law review*, 1996, p 554

#### d. Experiência latina: Espanha, Itália e Brasil

Em Espanha é a própria lei Orgânica do Poder Judicial que proclama o efeito à distância. Assim, o também denominado efeito dominó, é proclamado no artigo 11º n.º1 do diploma já mencionado da seguinte maneira: “*No suirtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*”. Mas para que tal suceda é necessário que estejam reunidos dois requisitos cumulativos: que haja causalidade natural e uma conexão de antijuridicidade.<sup>49</sup> Por causalidade adequada refira-se o nexó de causa/efeito entre a prova imediata e a prova mediata, isto é, esta tem de ser o resultado adequado daquela.<sup>50</sup> E antijuridicidade é o critério determinativo da possibilidade de valoração ou não das provas mediatas que afere quando as provas derivadas de outras constitucionalmente ilegítimas podem ser valoradas ou não. Contudo, também aqui a jurisprudência vem a aceitar, em certas circunstâncias, para além da desconexão de antijuridicidade, as três limitações à doctrine of the poisonous tree implementadas pelo Supreme court Americano. A título de exemplo poder-se-ia destacar a sentença 8/2000 do Tribunal Constitucional, que valorizou a prova secundária, pelo facto de se ter quebrado o nexó de antijuridicidade entre a prova ilegal e uma posterior confissão. Apesar de a jurisprudência do tribunal constitucional ser no sentido da aceitação do efeito à distância, a constituição espanhola não positivou qualquer artigo correspondente ao art.º 32º n.º 8 da Constituição da república portuguesa.

Já no direito Italiano, a tendência vai para a negação do efeito à distância. Nesta senda, Helena Mourão, vem-nos dizer que “*a exclusão não atinge as provas descobertas graças à fonte espúria (...) , porque nenhuma norma processual a exclui*” aditando ainda que “*os fruits of the poisonous tree constituem uma metáfora anglo-saxónica, mais americana que inglesa, alheia à lógica jurídica italiana, legibus sic stantibus*”.<sup>51</sup> No entanto parece haver um consenso de aceitação do efeito à distância quando se obtém uma escuta telefónica ilegal, no sentido da não permissão de valoração através de

---

<sup>49</sup> Cfr. José Luís Rodríguez Lainz, *La intervención de las comunicaciones telefónicas, su evolución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Y del Tribunal Supremo*, Córdoba, 2002, pp 279 ss.

<sup>50</sup> Causalidade adequada é no fundo o que o professor Manuel da Costa Andrade chama de imputação objectiva.

<sup>51</sup> Cfr. Helena Mourão, O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português, in *Revista portuguesa de ciência criminal*, Coimbra, a.16n.4 (Out.-Dez.2006), pp.575 ss.

prova testemunhal do conteúdo da escuta. Assim consegue-se evitar o torneamento da nulidade de prova.

Por último no Brasil, a partir de meados da década de noventa, o Supremo Tribunal Federal foi impetuoso ao proclamar no direito brasileiro a teoria norte-americana dos frutos da árvore venenosa. Em questão estavam alguns casos de escutas telefônicas ilegais, e nessa sequência, concluiu o Tribunal superior de Revista (que apenas aprecia questões de Direito), que não seria de admitir, do ponto de vista constitucional, a valoração das provas contaminadas pela prova proibida. É aqui que se dá o ponto de viragem na jurisprudência brasileira, que até então tinha vindo a assumir uma posição de permissão, no que respeita à valoração da prova derivada de uma outra ilegal. No plano da legislação ordinária o legislador, na reforma de 2008 do Código de Processo Penal, veio explanar a também no plano infraconstitucional a ideia de que as provas derivadas das ilícitas também seriam consideradas inadmissíveis, se entre estas existir um nexo de causalidade e as provas secundárias não puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Cfr. Art.º 157º n.º 1 CPP Brasileiro

## VII. O problema em Portugal

As proibições de prova, como tem vindo a ser por nós referido, por corresponderem a violações juridicamente intoleráveis da dignidade humana e de direitos fundamentais, são de uso inadmissível, quer em si mesmas, quer nas provas subsequentes que em relação a ela tenham um nexo de dependência lógico, material e axiológico.<sup>53</sup> Este parece ser um axioma de índole teórica que nunca se pôs em causa.

No entanto, também em Portugal a proibição de valoração de provas ilícitas suscitou algumas dificuldades sempre que se discutia este problema do efeito à distância em casos concretos. Em Portugal parece que desde cedo o legislador quis brindar o instituto do efeito à distância com uma emancipação tal, que consagrou a sua disciplina jurídica na própria Constituição da República Portuguesa. Assim, “*a ponderação a efectuar caso a caso das provas subsequentes não deve neutralizar a regra constitucional, tornando legítimas as provas proibidas*”<sup>54</sup>. Conclusão que se retira da própria letra do artigo 32º n.º8 da CRP que nos diz que “*são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*”, sem destringar se a prova é adquirida num grau imediato ou mediato. Caso assim não se fosse, a prova proibida serviria para desbloquear vias de pesquisa muito relevantes para o desfecho da investigação criminal, o que poderia ser muito tentador para os órgãos de polícia criminal, e de nada valeria esta proibição constitucional na utilização de certos meios de prova, já que, “*ultrapassando o crivo da proibição de prova, os demais meios de prova obtidos seriam inatacáveis, não obstante estarem na base da lesão de um direito fundamental*”<sup>55</sup> e estimularia a utilização de métodos proibidos de prova.<sup>56</sup>

No entanto, também em Portugal não vingam posições extremadas de aceitação de efeito à distância sem qualquer tipo de ponderação. Conclusão esta que se retira da jurisprudência do Tribunal Constitucional, que esclarece e interpreta o sentido e alcance das normas constitucionais. Nesta linha já se manifestou o Tribunal Constitucional, nomeadamente nos acórdãos 213/94 e 198/2004.

---

<sup>53</sup> Cfr. Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *Depoimento indirecto, legalidade da prova e direito de defesa, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Figueiredo Dias*, Volume III, Coimbra Editora, 2010, p.1071.

<sup>54</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 407/97

<sup>55</sup> Cfr. Ana Raquel Conceição, *op cit*, p.203.

<sup>56</sup> Cfr. Manuel de Costa Andrade, *op cit*, p 178.

Já do ponto de vista da legislação ordinária, apenas podemos aceitar uma consagração expressa, se considerarmos aplicável o art.º 122º do Código de Processo Penal, quer directamente, quer por analogia, o que na nossa opinião não é de aceitar, inserindo o instituto no nosso ordenamento apenas através dos preceitos constitucionais, do princípio geral de que o processo penal assegura todas as garantias de defesa ao arguido e da própria razão de ser da inclusão do instituto das proibições de prova no Processo Penal Português.

Conclusão que se chega através da não inclusão do regime das nulidades na aplicação das nulidades de prova e da atribuição de uma total autonomia deste regime face àquele. Como já foi mencionado, existe no capítulo das nulidades de prova um regime implícito derivado da importância dos valores em causa, que permite a existência do efeito à distância, ainda que não houvesse a sua consagração constitucional. Também do ponto de vista da eficácia legislativa se chegaria esta conclusão, uma vez que o regime das nulidades de prova foi criado com o fim de conferir a este instituto uma maior protecção, pelo facto de estarem em causa direitos fundamentais. Ora, isso não faria sentido se não houvesse efeito à distância nas nulidades de prova, e com isso se atribuisse um menor alcance ao instituto. Estaríamos perante uma esquizofrenia por parte do legislador ordinário, o que não seria de todo lógico e razoável.

No seguimento da inserção do também chamado tele-efeito, na óptica do Prof. Manuel Costa de Andrade, o legislador português, relativamente às nulidades de prova *“parece denunciar a intencionalidade de, em vez de a circunscrever às declarações directamente obtidas, generalizar a proibição de valoração todas as provas inquinadas pelo veneno do método proibido”*<sup>57</sup>.

Parece assim que o efeito à distância surge como um adicional obrigatório ao regime das proibições de prova. Caso contrário, estar-se-ia a dar incentivo à utilização de meios de prova que foi a própria lei que ab initio quis proibir.

Por sua vez, para o Doutor João Conde Correia, o legislador Português criou um conceito de invalidade derivada, regulando assim uma comunicabilidade do vício a todos os actos que a este lhe sucedem e que sejam atingidos pela sua invalidade.

---

<sup>57</sup> Manuel de Costa Andrade, op cit, p 314.

Contudo, para que tal suceda, será necessário que haja entre os dois actos, o inválido e o que a este lhe sucede, uma dependência real ou efectiva<sup>58</sup>.

Já o Prof. Figueiredo Dias o afirmava em 1996 ao dizer que “ *se recusa a doutrina que os alemães cognominam de Ferwirkung des Beweisverbots e os americanos de fruit of the poisonous tree com o argumento de que tal se impõe à luz do interesse, de outra forma não realizável, da verdade material e da punição de um real culpado. Com o que ... se acaba afinal por jogar o valor absoluto da dignidade do homem, ali violado, contra interesses relativos que àquele nunca deviam sobrepor-se*”.<sup>59</sup>

Por fim o Prof. Paulo Pinto de Albuquerque vem-nos dizer que o efeito à distância no que às nulidades de prova diz respeito será maior ou menor consoante a gravidade da proibição de prova violada, e deixa-nos ainda uma consequência diferente para o problema. Para o autor, nos casos em que a obtenção de prova é proibida, também não deverá valer em caso algum, sob pena de fraude à lei, a valoração do conteúdo dessa prova por via do depoimento dos órgãos de polícia criminal que a ele presidiram. Assim será sempre proibido o depoimento de um agente da autoridade sobre uma busca ilegal.<sup>60</sup>

Quanto à problemática da existência de limites que obstem por vezes a proclamação deste instituto em certos casos, é uma questão de que nos ocuparemos no próximo capítulo.

---

<sup>58</sup> Cfr. João Conde de Correia; Coimbra Editora, *op cit*.

<sup>59</sup> Cfr. J. Figueiredo Dias, Para uma reforma global do processo penal português, *op cit*, p. 208.

<sup>60</sup> Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *op cit*, p.339.

## VIII. Jurisprudência

As situações em que a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça se debruça sobre esta problemática da valoração da prova indirecta correspondem praticamente todas a casos de escutas e de buscas aquando da prática de crimes de tráfico de estupefacientes (à excepção do acórdão do STJ de 12 de Março de 2009 em que, apesar da problemática das escutas e das buscas ser a mesma, está em causa a prática de um crime de homicídio qualificado e porte de arma ilegal). Toda esta jurisprudência do STJ segue incondicionalmente o acórdão base que forma doutrina acerca do problema da aceitação do efeito à distância e as suas limitações: o acórdão n.º 198/04 do Tribunal Constitucional. Neste aresto, o TC faz uma abordagem histórica e de Direito comparado, remontando ao surgimento do instituto nos E.U.A.. E após esta abordagem, semelhante à feita acima<sup>61</sup>, chega-se a uma aceitação do efeito à distância, não absoluta, mas sim marcada por uma série de limitações que, após a análise devida, podemos concluir que deixou a sua aplicação prática entre os Tribunais portugueses algo reduzida (acórdão este que será analisado infra neste capítulo).

No entanto, pelo menos do ponto de vista dogmático, podemos dizer que a jurisprudência portuguesa aceita o efeito à distância das proibições de prova. A fundamentação dos tribunais portugueses referentes à aceitação do efeito à distância é geralmente feita através de uma aplicação analógica do preceituado no art.º 122 n.º 1 do Código de Processo Penal para as nulidades processuais comuns.

Porém, aquando da sua aplicação no caso concreto, a judicatura portuguesa não confere ao efeito à distância a sua amplitude máxima, impondo-lhe assim variados limites, tanto de ordem dogmática como de conteúdo política-criminal, que os tornam quase uma regra.

Uma das raras excepções a esta afirmação encontra-se no acórdão de 23 de Junho de 2004 da Relação de Lisboa, em que este Tribunal se pronunciou no sentido da não admissão da prova posterior à prova nula, não admitindo assim, a convalidação da prova pela emissão posterior de mandatos judiciais validamente emitidos, fazendo actuar na sua plenitude o efeito à distância, nos termos dos artigos 126 n.º 3 e 179º, ambos do Código de Processo Penal.

---

<sup>61</sup> Supra 6.1

Quanto ao STJ, apesar de também já ter manifestado a sua vontade em abrir as portas da sua jurisprudência à aceitação do efeito à distância, a verdade é que na prática essa total aceitação está bem mais longe do que a uma primeira abordagem poderíamos pensar. Apesar de não se ter pronunciado sobre a questão, pelo facto de não existir uma alegação factual, este Tribunal admitiu, no acórdão de 25 de Janeiro de 2005 a discussão dos efeitos consequenciais do efeito à distância. No entanto, posteriormente na sua linha de raciocínio manifesta o seu entendimento no sentido de não haver uma extensão da exclusão da prova contaminada. Ideia que parece não estar de acordo com o disposto nos artigos 118º nº3, 122º nº1 e 126º nº1 e nº 3 do Código de Processo Penal.

Mas esta não é uma posição imperiosa, irreduzível e solitária deste acórdão. Já desde de 2004<sup>62</sup> que este Tribunal tem vindo a aceitar o efeito à distância, muito embora numa versão muito mitigada. O que o Supremo Tribunal de Justiça fez foi querer distinguir as nulidades do nº 1 do artigo 126º das do nº 3, dizendo que somente as primeiras eram tratadas como “meios radicalmente proibidos de obtenção de prova” e apenas em relação a estas se aplicaria o instituto do efeito à distância. Os mencionados arestos chamam ainda à colação a designação de “nulidades absolutas” para forçar a citada distinção, atribuindo-lhes assim um maior encaixe no que ao efeito à distância diz respeito. No que respeita às nulidades do nº 1, e por atentarem directamente contra a dignidade da pessoa humana, este tribunal vem-nos dizer que apenas nestes casos nenhuma transacção será possível aquando da existência de um conflito, atribuindo uma total prevalência, e sem qualquer tipo de restrição, à não valoração da prova consequencial, sob pena de se estar a jogar com o valor absoluto da dignidade do Homem contra interesses relativos que àquele não deviam nunca sobrepor-se. Mas já no que respeita às nulidades do 126º nº 3 o entendimento parece ser bastante diferente. Aqui, o Supremo Tribunal de Justiça tem uma orientação totalmente diversa. Vem este Tribunal afirmar que, por se tratar de interesses que não colidem de uma forma directa com a dignidade da pessoa humana, já será de ter em conta que os interesses protegidos pela norma possam ser sacrificados em detrimento de outros, aquando de um conflito entre os mesmos (por um lado a nulidade das provas consequenciais e, por outro, a descoberta da verdade material e a punição dos verdadeiros culpados) se bem que sempre ponderado com os princípios da necessidade e da igualdade.

---

<sup>62</sup> Cfr. Acórdão do STJ de 06 de Maio de 2004, que pode ser consultado em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Ora, a nós parece-nos (a menos que a nulidade não incida sobre requisitos e condições de admissibilidade, mas sim sobre questões formais, pois neste caso, “*embora exista uma certa articulação entre elas [as 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... O que está em causa é apenas um ilícito processual: a violação dos pressupostos formais previstos para a prática de uma 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>63</sup>) que a jurisprudência do STJ não esteve bem. A nosso ver o Supremo Tribunal de Justiça não tem atribuído o devido alcance ao efeito à distância. Não é intenção do legislador constitucional, em momento algum fazer a diferenciação entre nulidades de prova como faz este Tribunal. É explícita a orientação do legislador quando diz que “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”. Ou seja, há uma proclamação de nulidade em termos iguais de todas as provas mencionadas, não havendo nenhuma distinção entre as proibições de prova do artigo 126º nº 1 e nº 3. A única distinção que se poderá verificar nestes dois artigos é a possibilidade de, nas situações previstas no nº 3, ser possível a valoração dos meios de prova por parte do Tribunal, quando o Estado faz valer os seus meios coercivos ou através do consentimento do lesado. Situações estas que nunca poderão ocorrer nas situações do nº 1. De resto, mais nenhuma diferenciação parece existir entre as nulidades do nº 1 e as do nº3, muito menos no que toca ao alcance do efeito à distância (a menos que, como explicarei infra, a nulidade apenas recaia sobre questões formais, e não sobre questões de admissibilidade).

---

<sup>63</sup> Cfr. João Conde Coreia, A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial, *op cit*, pp.184 e 185; Posição diferente de Ana Raquel Conceição: “(...)a ponderação de valores já existiu anteriormente, no momento em que se possibilitou a utilização de meios de produção de prova que restringem direitos fundamentais. Porém, a restrição de direitos fundamentais, para ser válida ao nível dos meios de obtenção de prova, implica o respeito, imperativo, pela lei processual, a qual exige o preenchimento de requisitos substanciais e formais, e todos eles são conditio sine qua non para que os tribunais possam interferir nos direitos dos seus respectivos titulares. Caso contrário está-se perante uma intromissão abusiva nesses direitos e necessariamente perante métodos proibidos de obtenção de prova, os quais impedem a utilização e a valoração dos meios de prova deles decorrentes e todos os demais que tenham resultado dos primeiros. Parece que, para o Supremo Tribunal de Justiça, o facto de estamos perante métodos relativamente proibidos de obtenção de prova, logo, perante direitos fundamentais restringíveis, o tratamento processual penal terá de ser necessariamente diferente, não obstante entender que a nulidade é exactamente a mesma da que decorre dos meios absolutamente proibidos, o que gera uma evidente contradição.”, in Ana Raquel Conceição, *op cit*, p.213.

Similitude que também resulta da letra da lei do art.º 126º n.º3 do CPP ao dizer “*são igualmente nulas*”. Assim sendo, uma classificação dos artigos 126º n.º 1 e n.º 3 em nulidades absolutas e relativas, seria fazer uma interpretação pouco sistemática do problema, afastando-nos completamente da letra da lei e não enquadrando o instituto das nulidades de prova de acordo com o espírito do artigo 32º n.º 8 da Constituição da República Portuguesa. Ora, tratando-se do mesmo vício, isto é, a violação de direitos fundamentais, não se vislumbram motivos que façam reduzir a projecção consequential de umas nulidades em detrimento de outras.

Quanto à jurisprudência do Tribunal Constitucional, a sua primeira abordagem ao problema foi no sentido da não aceitação do efeito à distância. Refere-nos o referido aresto que a violação da proibição dos depoimentos indirectos não acarretaria a invalidação das provas secundárias. Felizmente essa tendência inverteu-se e rapidamente o TC se pronunciou no sentido contrário, naquele que é o acórdão mãe no que à doutrina do efeito à distância diz respeito. Em causa estava o efeito que umas escutas nulas produziram em relação às declarações confessórias do arguido. Aqui, o acórdão 198/2004 de 24 de Março admitiu expressamente a teoria americana da “fruit of the poisonous tree doctrine”, mas com as limitações que lhe estão inerentes. O relator, Rui Moura Ramos começa por fazer uma abordagem histórica do instituto, exemplificando os casos em que o efeito à distância não se projecta. São casos em que, segundo esta jurisprudência, a indissolubilidade entre as provas é de repudiar, por não verificação da árvore venenosa, reconduzindo a três hipóteses que o limitam: a chamada limitação da fonte independente, a limitação da descoberta inevitável e a limitação da mácula dissipada. Remata ainda o acórdão dizendo que aceita como uma excepção do efeito à distância umas declarações posteriores confessórias por parte do arguido (aceitando-a como excepção da mácula dissipada).<sup>64</sup> A doutrina desta judicatura, tornou-se a base e o sustento para as posteriores manifestações de toda a jurisprudência sobre o assunto, acabando por ser a referência, tanto para o STJ, como para a

---

<sup>64</sup> Quanto aos argumentos do tribunal Constitucional leia-se “*Tudo se prende, assim, com o entendimento do próprio artigo 122º, n.º 1 do CPP e com o relacionamento de uma prova de natureza confessória com anterior prova inválida, consubstanciada em intercepções telefónicas. Quanto ao primeiro aspecto, como já se referiu, está em causa uma doutrina que entende o efeito à distância como uma construção interpretativa que possibilita considerar em determinadas circunstâncias, e recusá-las noutras, que os fundamentos jurídicos da invalidade de determinada prova se mantêm (e por isso se devem projectar) numa prova que aparece depois. Quanto à confissão, o que foi considerado é que esta tem tal autonomia que possibilita um acesso aos factos totalmente destacável de qualquer outra forma de acesso anteriormente surgida e afectada por um valor negativo (...)*”

generalidade dos tribunais, nomeadamente quando estes querem fazer valer alguma das excepções à teoria da fruit of the poisonous tree.

Para rematar este capítulo há que reflectir o facto de alguma jurisprudência portuguesa, nomeadamente no que concerne à actividade de tráfico de estupefacientes, misturar a excepção da descoberta inevitável, tão bem conceptualizada pelos tribunais americanos e pelo nosso Tribunal Constitucional no acórdão supra referenciado, com um forte desejo de combate ao crime através da criação de um entrave ao efeito à distância fruto de uma filosofia político criminal bastante apertada que parece tudo justificar para que se alcance a descoberta da verdade material. Ora vejamos nesta linha, a título exemplificativo uma afirmação do STJ no seu acórdão de 20 de Fevereiro de 2008 quando afirma que *“A premência da luta entre nós contra o crime de tráfico de estupefacientes, face à posição privilegiada que Portugal nele ocupa enquanto plataforma para a Europa, ao nível de infiltração de correios, já não só sul-americanos, mas agora também nigerianos e guineenses, à fragilidade costeira nacional, levaria inexoravelmente ao resultado alcançado e à limitação da descoberta inevitável...”* Ora isto, no nosso ver, é um abrir portas à desvalorização por completo do instituto das nulidades de prova. Ora, se o Ministério Público e os órgãos de polícia criminal mais não fazem do investigar, estaria sempre verificada a excepção da descoberta inevitável. Ora, isto parece-nos conferir uma amplitude tal a esta excepção que a torna como regra, e uma regra por sua vez muito difícil de excepcionar e que contraria toda a dogmática das nulidades de prova e das garantias processuais do arguido fruto de um modelo acusatório de um Estado de Direito Democrático.

Concluindo, podemos dizer que a jurisprudência portuguesa, apesar de aceitar o efeito à distância como fazendo parte do nosso regime jurídico, basicamente nunca o aplica. Parece-nos que muito por culpa dos casos em que o efeito à distância é chamado à colação. Como já foi referido, a jurisprudência em causa debruça-se essencialmente sobre questões de tráfico de estupefacientes, e a nosso ver, estes são sempre os elos mais fracos, caindo sobre eles normalmente a mão pesada da justiça, fazendo inclusive com que não se apliquem correctamente alguns institutos de garantia dos direitos dos arguidos, sempre numa lógica de combate ao crime e protecção da sociedade, uma vez que estamos perante o tipo de crimes que mais destrói a juventude e a sociedade em geral, e que mais afecta pessoas inocentes que acabam por cair nesta rede criminosa.

Assim, mesmo que não se caia em nenhuma das exceções conceptualizadas pelos Tribunais americanos (caminhos independentes, descoberta inevitável ou mácula dissipada) acaba-se sempre e invariavelmente por fazer um balanço entre os interesses a ponderar (um combate eficaz contra o combate ou crime ou a manutenção das garantias dos arguidos), no nosso ver pouco distante e fria, mas um pouco emocional, querendo fazer com que os que se tomam por reais culpados paguem pelo mal que fizeram.

Ora vejamos com os acórdãos analisados: no aresto de 7 de Junho de 2006 fala-se em falta de nexo de antijuridicidade com a sua justificação a incidir na excepção da fonte independente, uma vez que o Tribunal chegou à mesma conclusão através de outros meios probatórios, como sendo o caso das buscas ou confissões, e não atribuindo (estranhamente), nenhuma causalidade entre estes meios probatórios às escutas ilegais, imaginando sem qualquer tipo de integração sistemática no processo que, a prova não foi feita apenas tendo como base as escutas ilegais; Em 31 de Janeiro de 2008 o STJ transmite-nos a ideia de optimização dos interesses em conflito; No acórdão de 20 de Fevereiro de 2008, o STJ vem nos dizer que, apesar das buscas também poderem ser fruto de umas escutas ilegais, foram antes de mais fruto de uma “prévia actividade investigatória”, tentando com isso demonstrar a falta de causalidade entre as escutas e a apreensão; Em 12 de Março de 2009 o Supremo Tribunal de Justiça faz-nos alusão à excepção da descoberta inevitável, dizendo-nos que “não está abrangida pela conexão de ilicitude a prova produzida quando os órgãos de polícia criminal dispõem de um meio alternativo de prova”, mas sem nunca concretizar em que medida e com que probabilidade o resultado probatório seria sempre atingido por outro meio de obtenção de prova lícitamente conformado; Por fim, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Abril de 2009 refere que os exames e apreensões constituem meios de prova autónomos, mas sem nunca o demonstrar como nem porquê, pois os mesmos apenas chegaram a ser realizados por via das escutas ilegais, o que torna a decisão do Supremo Tribunal de Justiça pouco precisa e fundamentada, uma vez que tentam demonstrar a excepção de um caminho independente através de uma denúncia vaga e em nada concreta de uma suspeita de prática de crime de estupefacientes na Zona do Algarve (como se o Algarve fosse uma rua ou um Bairro).<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> Todos estes acórdãos podem ser consultados em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

Justifica-se assim que a Jurisprudência Portuguesa, neste tipo de casos, tenta sempre fazer com que a verdade material triunfe, mas muitas vezes sacrificando a verdade processual e os direitos fundamentais dos sujeitos processuais que tantos anos levaram a ser conquistados. Direitos estes que se encontram todos eles bem explícitos na lei e concretizados em maior parte da doutrina, mas que, sob a égide do verdadeiro combate ao crime, não se efectivando e não se repercutindo nos seus titulares, os sujeitos activos dos Direitos Liberdades e Garantias.

## **IX. Análise complementar – alguns limites em particular**

### **a. Breve enquadramento**

Depois de analisada a abordagem que os Tribunais Americanos fazem sobre os limites do efeito à distância, importa trazer à colação alguns afloramentos que a doutrina e a jurisprudência têm vindo a desenvolver. Neste sentido, parece-nos por essencial a criação deste capítulo com o fim de acrescentar alguns casos à doutrina criada pelo U.S. Supreme Court, e com isso aprofundar algumas considerações acerca do instituto do efeito à distância, com o fim de entender os seus limites, analisando diferentes abordagens aos mesmos.

A necessidade de desenvolvimento de alguns destes limites em detrimento de outros justifica-se pelo facto de estes ainda não terem sido suficientemente analisados na sua plenitude, mostrando-se no entanto, esse desenvolvimento essencial, para alcançar uma conclusão correcta, tendo em conta os diferentes tipos de enquadramento que os vários pensadores do Direito têm sobre o assunto.

### **b. O limite da esfera de protecção da norma**

Os autores que mais se destacam na defesa da teoria da esfera de protecção da norma são Grünwald, na Alemanha e, entre nós, Manuel da Costa Andrade, José da Costa Pimenta e Paulo Pinto de Albuquerque. Segundo estes autores, há que analisar qual o “momento nuclear do fim de protecção” da norma. Esta teoria está muito ligada à negação do efeito à distância no que toca ao depoimento dos testemunhos de ouvir dizer. Por exemplo, nas palavras de Manuel Costa Andrade, “nada (...) parece justificar que a proibição de valoração que inquie o testemunho do ouvir dizer tenha também de precluir a valoração das provas que ele tenha tornado possíveis”<sup>66</sup>. A esfera de protecção desta proibição visa sobretudo assegurar os princípios da imediação da igualdade de armas, da cross-examination, valores que não ficam de modo algum comprometidos com a valoração de provas indirectas.

---

<sup>66</sup> Cfr. Manuel de Costa Andrade, *op cit*, p 316.

Já o Prof. Paulo Pinto de Albuquerque fala nesta excepção como sendo um limite intrínseco do efeito à distância quando o fim da protecção da norma processual que prescreve a proibição de prova se possa conciliar com a utilização processual das provas mediatamente conseguidas através da prova proibida.<sup>67</sup> Ora, se a norma que proíbe não tem por fim a protecção de direitos fundamentais, não estarão sujeitas à contaminação do vício das demais provas obtidas com base nessa prova proibida. Com clareza afirma também o professor Figueiredo Dias que a admissibilidade do depoimento indirecto fora das permissões do art.º 129º do CPP afecta o valor probatório desse depoimento, mas não as provas consequenciais a partir dele obtidas.<sup>68</sup>

Do ponto de vista da jurisprudência, o Tribunal Constitucional já se veio pronunciar no sentido de que esta limitação não choca com o preceito constitucional do art.º 32º n.º8. Na opinião do Tribunal Constitucional, quando se fala em testemunhos de ouvir dizer, o que está em causa são interesses individuais que não contendem directamente com a dignidade da pessoa, pelo que o grau de gravidade é menos relevante e não se tem de inutilizar toda a actividade probatória. O problema reside, na óptica deste tribunal, em determinar com precisão, a finalidade e o critério com que a delimitação deve ser feita. A finalidade só pode ser a de ordenar as relações da vida protegidas através dos direitos da liberdade e conjugá-las com as restantes relações. O professor Paulo Pinto de Albuquerque remata a questão dizendo que é de excluir o efeito à distância “*quando o fim de protecção da norma processual penal que prescreve a proibição de prova se possa conciliar com a utilização processual das provas mediadamente conseguidas por intermédio da prova produzida*”<sup>69</sup>. Pelo contrário, ter-se-á que aceitar sempre o efeito à distância quando estejam presentes as nulidades de prova previstas no artigo 126º, pois estas assentam em fundamentos basilares do Estado de Direito, pois a garantia do impedimento de uso de tais meios proibidos de prova, só alcançará plena efectividade, se também forem destituídas de qualquer valor toda a prova mediata que com aquela estabelece um nexo de causalidade.

---

<sup>67</sup> Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *op cit*, p.338.

<sup>68</sup> Cfr. Jorge Figueiredo Dias, Para uma reforma global do processo penal português, *op cit*, pp. 208, 209 e 219.

<sup>69</sup> Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *op cit*, pp.334 ss.

**c. Percursos hipotéticos de investigação (ou descoberta inevitável)**

Esta doutrina representa um limite ao efeito à distância, na medida em que valoriza a prova secundária sempre que, num juízo hipotético, seja possível declarar que quem investiga teria de qualquer maneira adquirido os elementos constantes deste mesmo meio de prova secundário, através de um comportamento lícito alternativo. Como defensores desta teoria temos os autores alemães Wolter e Grünwald e os portugueses Manuel da Costa Andrade e Paulo de Sousa Mendes. Estes autores estruturam os seus pensamentos na ideia de que, mesmo que fossem observadas todas as exigências legais para a obtenção de prova, o arguido em nada ficaria beneficiado com isso. Por outras palavras, a violação de normas imperativas sobre proibições de prova, em nada prejudicaram o arguido.

No entanto, quando se trata de saber qual o grau de probabilidade exigido para forçar a aplicação deste limite, a resposta varia de autor para autor. Quanto maior for o grau de certeza exigido, menor será a amplitude desta restrição. A jurisprudência alemã dá-nos uma dimensão muito vasta desta teoria. Para o tribunal federal alemão, para que se aceite a teoria do percurso hipotético, basta que não se consiga demonstrar que, sem a violação da lei, quem investiga não teria acesso à prova mediata.

Já Roxin, numa posição intermédia desta teoria, vem-nos transmitir a ideia de que, para se contornar o efeito à distância, é necessário que se afira um “*alto grau de probabilidade*”<sup>70</sup>. Para além disso, a nosso entender, esta posição é inovadora relativamente à anterior, na medida em que aqui há uma inversão do ónus da prova, ou seja, não é ao arguido a quem cabe provar a não existência do elevado grau de probabilidade (ao contrário do entendimento anterior, em que é este que tem que provar que o órgão de investigação não conseguiria o meio de prova secundária sem a violação da lei), mas é ao órgão de investigação criminal que caberá fazer prova desse elevado grau.

Por fim, aparece Manuel da Costa Andrade a defender “*que se acompanhe Beulke na parte em que este autor reclama exigências correspondentes às da convicção do juiz necessária para sustentar a condenação do arguido. Isto a partir da consideração pertinente de que nas situações em que o problema ganha maior acuidade*”, segundo o

---

<sup>70</sup> Cfr. Manuel de Costa Andrade, *op cit*, p 316

autor, “, a admissibilidade da valoração da prova mediata equivalerá, na prática, à condenação do arguido”.<sup>71</sup>

Por outro lado, numa corrente totalmente oposta e contrária a esta posição, está a posição do professor Paulo Pinto de Albuquerque. Para o autor “a prova inicialmente proibida tem um efeito à distância destruidor da prova posterior, mesmo que esta pudesse vir a ser descoberta de outra forma lícita, resultando este efeito à distância da co-natural incerteza e sobretudo, dos riscos político-criminais inerentes a estes Juízos hipotéticos, que poderiam facilitar acções ilegais e mesmo abusos do uso da força por parte da polícia”<sup>72</sup>.

#### **d. Ponderação casuística de interesses**

Esta teoria, bem ao contrário das que temos vindo a desenvolver até ao momento, não apresenta nenhuma conjuntura genérica de solução do problema do efeito à distância. Esta limitação ao instituto caracteriza-se essencialmente pela ponderação, concretamente analisada, dos interesses conflitantes. Klaus Rogall, Wolter, Ernst-Walter Hanack e, entre nós Simas Santos e Leal-Henriques são as vozes acérrimas desta orientação doutrinária. Nos termos desta teoria admite-se a valoração da prova secundária sempre que, ponderado casuisticamente a valoração antagónica dos interesses conflitantes, se mostrar que a busca da verdade material deverá ser o critério a valorar. Assim “se um elevado interesse punitivo em relação à criminalidade grave fala contra o efeito à distância, já inversamente um atentado grave aos direitos individuais protegidos sugere a intervenção do efeito à distância”<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Ibidem

<sup>72</sup> Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *op cit*, p.339.

<sup>73</sup> Cfr. ZstW 1979, P. 40, apud Manuel de Costa Andrade, *op cit*, p 176.

## X. Conclusão

Quais serão então, os limites razoáveis que se deverão ter em conta e que poderemos imputar ao instituto do efeito à distância no ordenamento jurídico português?

Primeiramente, e relativamente às três limitações impostas pelo Supreme Court Americano, há que proceder a um enquadramento dogmático destas soluções adoptadas.

No que respeita à fonte independente e à mácula dissipada, na mesma linha de pensamento de Helena Mourão, pensamos que não se trata de verdadeiras limitações ao efeito à distância, mas sim de delimitações do efeito à distância. Ora vejamos, *“parece-nos que, quer nos casos em que os órgãos de investigação criminal dispõem de um meio alternativo de prova, ou seja, de um processo de conhecimento independente e efectivo, quer nas situações em que a mancha do processo é apagada pelas próprias autoridades judiciais ou através de uma actuação livre do arguido ou de um terceiro, nem se verifica realmente uma interrupção ou quebra do nexo de imputação entre a primitiva conduta violadora e o resultado probatório secundário, nem, muito menos, uma sanção na nódoa do processo (...) A prova mediata continua a ser atribuída ao comportamento ilícito inicial e, portanto, proibida. O que vai ser objecto de valoração são outras provas que, por não estarem causalmente vinculadas à prova primária obtida e que podem nem ser mediatas, não se pode pretender que sejam contagiadas pelo processo ilegal paralelo: são meios probatórios autónomos, independentes.”*<sup>74</sup>

Mais se diz, no que respeita à excepção da mácula dissipada e no que toca à problemática das confissões sucessivas que, muitas vezes o que acontece é que o próprio arguido, encontrando-se na posição de já ter confessado (apesar da prova ser nula), pensa que já nada haverá a fazer e confessa uma segunda vez, ou poderá pensar ainda que se mentir poderão daí advir consequências negativas que este apenas as pretende evitar. Ora assim sendo, nunca se poderá dizer que a mácula se dissipou, pois a primeira confissão nestes casos é a única e exclusiva causa da segunda confissão. Esta, apesar de ser válida em si mesma, não poderá de se deixar de considerar nula através do efeito à distância.

---

<sup>74</sup> Cfr. Helena Mourão, O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português, in *Revista portuguesa de ciência criminal*, Coimbra, a.16n.4 (Out.-Dez.2006), pp.619 e 620

Já no que respeita aos juízos hipotéticos de investigação, a solução não pode ser apenas uma, variando a resposta a dar consoante o grau de certeza que se tem relativamente a uma possível descoberta da verdade, independentemente da existência do meio proibido de prova. Aqui seguimos de perto os ensinamentos do Professor Manuel Costa Andrade. No nosso entendimento, a protecção dada ao arguido deve ser a máxima neste caso, sob pena de se gerar grande incerteza. Assim sendo, para que possa haver uma valoração da prova mediata é necessário que haja um grau de certeza, quanto a uma descoberta inevitável, idêntico àquele que é necessário para condenar o arguido. Ou seja, é preciso que não subsista a dúvida razoável no que concerne em saber que, mesmo não tendo usado uma prova nula, toda a prova subsequente a esta e que com ela estabelece um nexo de causalidade e de antijuridicidade, teria de qualquer modo sido descoberta e de qualquer modo teria sido introduzida validamente no processo. Outra questão que se coloca nesta teoria é a questão de saber, como acima já se referiu, a quem cabe fazer prova sobre a certeza de que a prova mediata seria alcançada de qualquer modo, ainda que a prova nula não existisse. Ora, a nosso ver, terá de ser a acusação a fazer prova de tal situação. Caso a assim não fosse tratar-se-ia de uma “diabolica probatio” por parte do arguido, o que causaria sempre o grau de incerteza que se pretende evitar, pois este nunca, ou quase nunca, estaria em condições de ilidir a presunção da existência de uma descoberta inevitável.

No que concerne à excepção da ponderação entre interesses conflitantes já não podemos, de maneira alguma aceitar tal restrição ao efeito à distância. Na nossa opinião esta teoria não serve a finalidade que está subjacente ao efeito à distância, uma vez que o que este instituto pretende, não é evitar o conhecimento de certos factos ou verdades, mas sim certos meios para os atingir. Ora, a verdade material deverá ser sempre procurada, mas nunca por meios processuais inválidos que ponham em causa direitos fundamentais, mas sim que essa verdade seja processualmente válida e eficaz. Obviamente que deve haver um equilíbrio entre os direitos fundamentais e a investigação criminal, no entanto aqui partilhamos do entendimento de Ana Raquel Conceição. Refere a autora que *“a concordância prática entre os dois valores em questão, já operou em momento anterior, mais propriamente, no momento em que o legislador constitucional possibilita a restrição de certos direitos fundamentais, no âmbito do processo penal, legitimando a utilização de certos meios de obtenção de*

*prova restritivos de direitos fundamentais, desde que com obediência aos requisitos e condições previstos na lei em matéria de processo criminal*<sup>75</sup>.

Por fim, como ultima limitação ao efeito à distância aparece-nos a teoria da esfera de protecção da norma. Numa primeira impressão e após análise supra evidenciada, pode parecer que, relativamente a esta teoria não haverá nada a dizer e que esta poderá ser, pelas razões já explanadas, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, um limite que se poderá aplicar sempre que estejam verificados os seus requisitos e pressupostos. E por um lado é verdade, mas também não é menos verdade que o alcance desta teoria, não é assim tão amplo como se possa pensar e não resolve, nem de longe nem de perto, todos os problemas que o efeito à distância nos proporciona. A nós parece-nos que o seu alcance é bastante limitado, pois para além dos casos de depoimento indirecto amplitude desta excepção é quase, senão mesmo totalmente nula. Apesar de a sua construção dogmática ser correcta, esta tese peca por falta de amplitude prática.

---

<sup>75</sup> Cfr. Ana Raquel Conceição, *op cit*, p.207.

## **XI. Bibliografia**

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de; Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; Universidade Católica Editora, 4ª edição actualizada, 2011
- BELEZA, Teresa; "Apontamentos de Direito Processual Penal - Volume II", AAFDL, 1992, págs. 151-152
- CONCEIÇÃO, Ana Raquel; Escutas telefónicas regime processual penal, quid júris, 2009
- CORREIA, João Conde de; Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais, Coimbra Editora; 1999
- CORREIA, João Conde; A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial in Revista do CEJ, Lisboa, n.4 (1.Semestre2006)
- COSTA ANDRADE, Manuel de; Sobre as proibições de prova em processo penal, Coimbra, 2006.
- DIAS, J. Figueiredo; «Para uma reforma global do processo penal português. Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais», in: Para uma nova Justiça Penal, Coimbra, 1983, p 207.
- FERREIRA, Marques; Meios de Prova, in Jornadas de Direito Processual Penal,Lisboa, 1988, p 224
- GONÇALVES, M. Maia: in Jornadas de Direito Processual Penal,Lisboa, 1988, p 195
- GOMES DE SOUSA, João Henrique; Das nulidades à “fruit of the poisonous tree doctrine - (Escutas telefónicas e efeito à distância)”, in Revista da Ordem dos Advogados
- ISRAEL, Jerold H.; LAFAVE, Wayne R., Criminal Procedure constitutional limitations; West Publishing Co, St. Paul, 1993
- LAINZ, José Luís Rodríguez, La intervención de las comunicaciones telefónicas, su evolucione n la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Y del Tribunal Supremo, Córdoba, 2002

- MARQUES DA SILVA, Germano; Curso de Processo Penal II, pág. 126, 5ª edição, 2011
- MIRFIELD, Peter; Successive confessions and the poisonous tree; in *Criminal law review*, 1996
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS Rui. Constituição Anotada, Tomo I, 2ª edição, 2010; Coimbra editora.
- MORÃO, Helena: O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português; in *Revista portuguesa de ciência criminal*, Coimbra, a.16n.4 (Out.-Dez.2006),
- PINTO, Frederico de Lacerda da Costa; Depoimento indirecto, legalidade da prova e direito de defesa, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Figueiredo Dias Volume III*, Coimbra Editora, 2010
- ROXIN, Claus; *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires 2000

## **XII. Lista de Jurisprudência citada**

### **a. Jurisprudência portuguesa**

- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 9 de Junho de 2005
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23 de Junho de 2004
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11 de Abril de 2007
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29 de Janeiro de 2003
- Acórdão do STJ de 06 de Maio de 2004
- Acórdão do STJ de 25 de Janeiro de 2005
- Acórdão do STJ de 7 de Junho de 2006
- Acórdão do STJ de 31 de Janeiro de 2008
- Acórdão do STJ de 20 de Fevereiro de 2008
- Acórdão do STJ de 12 de Março de 2009
- Acórdão do STJ de 16 de Abril de 2009
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 198/04

### **b. Jurisprudência americana**

- *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States* - 251 U.S. 385 (1920)
- *Segura v. United States* - 468 U.S. 796 (1984)
- *Nardone v. United States* - 302 U.S. 379 (1937)
- *Wong Sun v. United States* - 371 U.S. 471 (1963)
- *Nix v. Williams* - 467 U.S. 431 (1984)
- *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984)

### **XIII. Índice**

<b>II.</b>	<b>A Prova</b> .....	<b>3</b>
<b>III.</b>	<b>Proibições de prova</b> .....	<b>4</b>
<b>IV.</b>	<b>Regime próprio das nulidades de prova</b> .....	<b>9</b>
<b>V.</b>	<b>Efeito à distância</b> .....	<b>15</b>
<b>VI.</b>	<b>Abordagem histórica e de direito comparado</b> .....	<b>16</b>
	<b>a. A situação do problema nos Estados Unidos</b> .....	<b>16</b>
	<b>b. O lado alemão</b> .....	<b>21</b>
	<b>c. Common law inglesa</b> .....	<b>25</b>
	<b>d. Experiência latina: Espanha, Itália e Brasil</b> .....	<b>26</b>
<b>VII.</b>	<b>O problema em Portugal</b> .....	<b>28</b>
<b>VIII.</b>	<b>Jurisprudência</b> .....	<b>31</b>
<b>IX.</b>	<b>Análise complementar – alguns limites em particular</b> .....	<b>38</b>
	<b>a. Breve enquadramento</b> .....	<b>38</b>
	<b>b. O limite da esfera de protecção da norma</b> .....	<b>38</b>
	<b>c. Percursos hipotéticos de investigação (ou descoberta inevitável)</b> .....	<b>40</b>
	<b>d. Ponderação casuística de interesses</b> .....	<b>41</b>
<b>X.</b>	<b>Conclusão</b> .....	<b>42</b>
<b>XII.</b>	<b>Lista de Jurisprudência citada</b> .....	<b>47</b>
	<b>a. Jurisprudência portuguesa</b> .....	<b>47</b>
	<b>b. Jurisprudência americana</b> .....	<b>47</b>
<b>XIII.</b>	<b>Índice</b> .....	<b>48</b>