

Das nulidades à “fruit of the poisonous tree doctrine” *

(Escutas telefónicas e efeito à distância)

*

1 - Introdução

*

De há muito que, preocupados com certas práticas de investigação policial, instrução dos autos para julgamento e, porque não dizê-lo, de julgamento, nos interrogávamos sobre se essas constituíam “a melhor prática”, se a actual jurisprudência dos tribunais portugueses daria resposta adequada aos ditames constitucionais, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem ¹ e da já abundante jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre a matéria.²

Principalmente ao nível da prova, já que é em sede de meios de prova, dos meios da sua obtenção e proibição da sua produção e valoração que a judicatura de primeira instância mais necessitaria de apoio doutrinário e jurisprudencial e onde o poder judicial joga muito do seu prestígio.

E não o obterá mantendo práticas, muitas delas subconscientemente herdadas do Código de Processo Penal de 1929 e seguindo posições desde há muito ultrapassadas e que conduzem, necessariamente a uma, no mínimo, tímida afirmação dos direitos do homem, dos “Direitos Fundamentais” contidos na Constituição da República Portuguesa.

Caberá ao poder judicial saber acautelar situações deste jaez, tendo em vista que as ditas Constituição e Convenção visam, precisamente, acautelar os abusos cometidos em violação dos direitos aqui em presença no caso concreto, “..a vida privada e familiar, ... domicílio e ... correspondência” - artigo 8º, nº 1 da Convenção e artigo 26º, nº 1 da CRP.

Recordando que é, de entre outras, função do poder judicial evitar os abusos das polícias ou, na expressiva terminologia do U.S. Supreme Court, os abusos dos “empregados do

* - Artigo publicado na Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, Setembro 2006, pags. 703 e segs.

¹ - “Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”, adoptada em Roma a 4 de Novembro de 1950, com entrada em vigor na ordem internacional a 3 de Setembro de 1953. Foi assinada por Portugal a 22 de Setembro de 1976 e provada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro, publicada no Diário da República, I Série, n.º 236/78; entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa a 9 de Novembro de 1978.

² - Por todos, ver Irineu Cabral Barreto, “A Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, Almedina, 3ª Ed. 2005.

executivo”, não vale aqui argumentar com uma qualquer inconstitucionalidade (melhor dizendo, com a recusa de aplicação de norma invocando a sua inconstitucionalidade, já que a declaração desta é competência do Tribunal Constitucional) de um qualquer artigo do Código de Processo Penal relativo a estas matérias, numa afirmação pela negativa do que se pode defender de forma clara pela sã interpretação daqueles preceitos e jurisprudência.

A sede factual que tem originado as mais acesas discussões jurisprudenciais e doutrinárias nesta matéria parece centrar-se na obtenção de prova através de escutas (telefónicas e electrónicas) e buscas, designadamente as domiciliárias. Pelo menos é isso que ressalta da leitura da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, do US. Supreme Court, do Tribunal Constitucional Espanhol e dos tribunais portugueses.

Em Portugal tudo aponta para que a “costura” meramente processualista em que se encontram enredados os tribunais portugueses, ao reduzir a questão a um mero prazo de validação, se comece a romper, precisamente, num desses pontos, as escutas telefónicas.

Admitindo que na matéria a abordar seja indiferente separar a análise desses dois pontos de facto, iremos centrar esta pequena contribuição na análise das escutas telefónicas, pois que as buscas efectuadas em território nacional ainda não ganharam o relevo que já alcançou a matéria das escutas telefónicas.

Sabe-se porque as escutas telefónicas ganharam bastante relevo, mas desconhecemos porque o não ganharam ainda as buscas, tendo presente que o carácter massivo e indiferenciado de concretas buscas efectuadas, potenciadas por mandados de busca sem concretização,³ são violadores do artigo 26º, nº 1 da CRP e artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, facto, aliás, já assim considerado na decisão “Mialhe v. França, de 27-02-1993.⁴

Centrando, no entanto, a nossa análise, nas escutas telefónicas, importa apurar quando é que as escutas telefónicas são lícitamente obtidas e em que medida e, tendo presentes os interesses em jogo - a inviolabilidade da vida privada e das telecomunicações e o princípio “nemo tenetur se ipsum accusare”, por um lado, e o interesse comunitário na perseguição deste tipo de crimes, por outro - verificar se foram observadas as normas contidas nos artigos 187º a 189º do Código de Processo Penal, entendidas ou interpretadas estas de forma restritiva, assegurando os direitos dos arguidos e o interesse colectivo de perseguição penal.

³ - A Constituição Americana, curta mas excepcionalmente pragmática, vê a Quarta Emenda prever de forma precisa a forma de emitir mandados de busca: “particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”

⁴ - Como afirma o citado aresto do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, “ les saisies subies ... revêtirent un caractère massif et sourtout indifférencié...”.

Naturalmente que parte da resposta se encontra na própria observância dos comandos contidos nos artigos do Código de Processo Penal citados. Também dos princípios constitucionais e dos constantes da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Por aí se começará a análise da questão posta nos autos.

Duas questões se suscitam:

Quando são as escutas telefónicas válidas e aptas para nelas fazer assentar parte ou a totalidade da convicção do Tribunal na imputação dos factos aos arguidos?

Quais as consequências - e seu alcance - da eventual nulidade dessas escutas, considerando o disposto no artigo 189º do Código de Processo Penal e 32º, nº 8 da CRP?

*

2 - Da jurisprudência do TEDH

*

Face ao teor do artigo 8º, nº 2 da CRP, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem vigora na ordem jurídica interna portuguesa com valor infra constitucional, com “valor superior às leis ordinárias”⁵.

E é componente do património comum europeu da liberdade, esse direito geral europeu, integrando não só o texto da Convenção e seus protocolos, também a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, pelo que o estudo e ponderação dessa jurisprudência é sequência lógica da obrigação assumida pelo Estado português, implicando a obrigação de os juízes nacionais terem presentes as “linhas evolutivas” dessa jurisprudência.⁶

E convém não omitir que o cidadão europeu, como sujeito de direito internacional, é “titular da pretensão ao respeito dos direitos que lhe são directamente reconhecidos e exercitáveis tanto no plano interno como no plano supranacional”, abreviando, goza da tutela da jurisdição plena do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - Protocolos 9 e 11.⁷

Tendo presente os artigos 18º, nº 2, 32º, nº 8 e 34º, nº 1 e 4 da CRP, mas também o artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, as escutas telefónicas são uma “ingerência” de uma autoridade pública no direito ao respeito pela vida privada e familiar do cidadão.

⁵ - Irineu Cabral Barreto, “A Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, Almedina, 3ª Ed. 2005, pag. 45.

⁶ - Vitalino Esposito, in “A aplicação prática dos princípios da Convenção Europeia dos Direitos do Homem no processo penal italiano” - Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 4, Fasc. 2 - Abril-Junho de 1994, pags.. 221-222.

⁷ - Vitalino Esposito, ob. cit. pag. 219.

Nem vale argumentar que a literalidade do artigo 8º, nº 1 da Convenção não refere explicitamente a violação das telecomunicações, pois que é pacífico para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que as conversas telefónicas se inserem nos conceitos de “vida privada” e “correspondência”, como se pode extrair dos casos Klass e outros c. Alemanha (06-09-1978), Malone c. Reino Unido (02-08-1984) e resulta implícito de toda a sua jurisprudência sobre a matéria.

O TEDH tem - resumidamente - assumido alguns princípios, que se devem entender norteadores da jurisprudência portuguesa.⁸

Admitindo que as intercepções telefónicas são uma interferência por uma autoridade pública no respeito pela vida privada, essa interferência deve estar de acordo com a lei, deve perseguir um ou mais objectivos legítimos e que seja necessário atingir tais objectivos numa sociedade democrática.

O termo “*de acordo com a lei*” requer, não apenas que a medida tenha alguma base na lei doméstica, mas também que a lei doméstica confira algum grau de protecção contra interferências arbitrárias, o que inclui o ser acessível e que se possam prever as consequências da sua aplicação.

Com o objectivo de evitar abusos de poder, são estabelecidas as seguintes salvaguardas mínimas na regulamentação das escutas telefónicas:

- A definição das pessoas suspeitas a ter os seus telefones sob escuta por ordem judicial;
- A natureza das ofensas que possam dar origem a tal ordem;
- Um limite na duração das escutas telefónicas;
- A previsão de procedimento para elaboração de relatório sumário contendo as conversações interceptadas;
- As precauções a tomar em ordem a comunicar as gravações intactas e integralmente, com o fim de serem inspeccionadas pelo juiz e pela defesa;
- A previsão das circunstâncias que determinam que as gravações sejam apagadas ou destruídas.

Ora, desde logo, dois dos pontos indicados não têm, na legislação portuguesa, a devida e adequada regulamentação.

- Um limite na duração das escutas telefónicas;

⁸ - Jurisprudência resumida e resultante dos acórdãos Huvig v. França (1990), Kruslin v. França (1990), Valenzuela Contreras v. Espanha (1998) e Kopp v. Suíça (1998).

➤ As precauções a tomar em ordem a comunicar as gravações intactas e integralmente, com o fim de serem inspeccionadas pelo juiz e pela defesa;

O Código de Processo Penal não prevê qualquer prazo máximo para a duração das escutas telefónicas.

Se atendermos à prática instituída, outro dos critérios de conformidade,⁹ verificamos que o hábito de autorizar escutas por 30 ou 90 dias redundante, face às sucessivas e crónicas prorrogações, em prazos de escutas superiores a um ano.

Essa é prática que se deve qualificar como desproporcionada e, como tal, ilícita.

Não é conhecida, pelo autor, disposição legal que preveja, na Europa, um prazo terminal para as escutas telefónicas.

Sabe-se, no entanto, que tal não acontece em França, em Espanha e na Itália.

Em França, o artigo 100-2. do Code de Procédure Pénale prevê um prazo inicial de quatro meses para a escuta autorizada, renovável nas mesmas condições de “forma e duração” (“Elle ne peut être renouvelée que dans les mêmes conditions de forme et de durée”).¹⁰

Em Espanha, a leitura do Título VIII do Livro II da Ley de Enjuiciamiento Criminal, designadamente o artigo 579º, nº 2 e 3, não permite descortinar um terminus para o prazo de escutas ao afirmar que o Juiz pode autorizar a “observation de las comunicaciones” por um período inicial de três meses, “prorrogable por iguales períodos”.

Na Itália, o artigo 267º, nº 3 do Codice di Procedura Penale prevê um prazo inicial de quinze dias, prorrogável pelo Juiz por “periodi successivi di quindici giorni”.

Não obstante se aceitar que será possível outra leitura,¹¹ quer-nos parecer que o parágrafo 100 b) (2) do StPO, a seguir ao inicial período de três meses como período máximo para a realização das escutas, apenas admite uma prorrogação de três meses, o que daria, nesta interpretação, um prazo máximo de seis meses.

De qualquer forma, a prática judiciária europeia inclina-se para dificultar uma duração “ilimitada ou indefinida”¹² das escutas telefónicas, longe da discutível prática judiciária portuguesa que conduz a períodos de escutas superiores a um ano, desproporcionados, portanto.

⁹ - Decisão no caso “Mialhe v. França, de 27-02-1993.

¹⁰ - As condições de forma encontram-se previstas nos artigos 100º e 100-1. do Code de Procédure Pénale: a pena prevista deve ser superior a dois anos de prisão, as escutas são efectuadas sob a autoridade e controlo do juiz de instrução e a decisão deve comportar todos os elementos de identificação da ligação a interceptar e a infracção que motiva o recurso à interceptação.

¹¹ - V.g. Maria de Fátima Mata-Mouros, in “*Sob escuta*”, Principia, 2003, pags. 23 e 24.

¹² - Aut. e ob. cit, pag. 24.

Quanto às precauções a tomar em ordem a comunicar as gravações intactas e integralmente, com o fim de serem inspeccionadas pelo juiz e pela defesa, verificamos que o Código de Processo Penal, designadamente no nº 3 do artigo 188º, a inviabiliza, pois que a leitura conjugada com o nº 5 do mesmo preceito demonstra que o JIC ordena a destruição na pendência do inquérito, sem que à defesa seja dada a possibilidade de a elas ter acesso em fase contraditória do processo. É essa a prática judiciária.

Ou seja, a defesa não tem, nem poderia ter face a esta regulamentação e prática, acesso à integralidade das escutas efectuadas.

E a exigência contida na dita jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem aponta para a necessidade de a defesa ter acesso a todas as escutas realizadas e não apenas àquelas que já foram filtradas pelo JIC.

As dificuldades práticas de instituir tal sistema não são inultrapassáveis e os direitos de terceiros podem ser devidamente assegurados (designadamente o direito à reserva de intimidade).¹³

O legislador português parte do princípio de que a audição de tais interceptações pelo JIC é suficiente, dispensando-se de prever a possibilidade do exercício do contraditório quanto a todas elas.

Ora, em inquérito, as escutas são escolhidas, transcritas e juntas aos autos segundo a perspectiva de investigação policial e de instrução da acusação, daí não resultando que outros passos dessas escutas não possam ter relevo essencial para a defesa.

É da mais elementar cautela supor que a devam ter.

Negar tal evidência é pôr em causa um dos mais basilares princípios do processo penal, o do contraditório, negar um dos elementos essenciais do “due process of law”, do processo justo e equitativo.

E esse relevo para a defesa tanto pode assentar numa vertente de autenticidade das mesmas, designadamente a imputação das conversações ao arguido (as escutas destruídas podem pôr em causa essa imputação, ou mesmo os conhecimentos de testemunhas arroladas, pois que já nos defrontámos com caso concreto em que uma das testemunhas foi arrolada, por ... ter emprestado o telemóvel a terceiro cujas chamadas foram interceptadas), mas também numa vertente mais substancial, pois que as escutas destruídas podem conter passagens que ponham em causa o sentido atribuído a excertos das que foram juntas aos autos nos termos do artigo 188º, nº 3 do Código de Processo Penal.

Em conclusão, a eliminação de parte das escutas em inquérito, antes de exercido o contraditório sobre o seu teor integral, é uma violação do artigo 8º da Convenção.

¹³ - Aut. e ob cit. pags. 35 a 37.

É igualmente uma violação do artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

A este respeito concordamos com o voto de desconformidade parcial do Juiz Loucaides no acórdão Khan v. Reino Unido (2000) quando afirma não poder admitir que seja “equitativo” um processo cujo desenvolvimento seja contrário à lei.¹⁴

O Juiz Loucaides considerou que o termo “équitable”, no sentido do artigo 6º da Convenção, requer o respeito pela preeminência do direito, designadamente o dos direitos do homem enunciados na Convenção.

Arriscamos mesmo afirmar que uma violação do artigo 8º da Convenção arrastará consigo, necessariamente, uma violação do artigo 6º, caso o elemento de facto que suporta a desconformidade com o artigo 8º seja valorado como elemento da condenação.

Assim, pelas razões apontadas, o nº 3 do artigo 188º do Código de Processo Penal é desconforme aos artigos 6º e 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, numa leitura que permite a destruição das escutas realizadas nos autos antes de sobre elas (o seu conteúdo integral, ressalvados os direitos de arguidos e de terceiros à reserva de intimidade, através do JIC) ser exercido o contraditório.

Aliás, para este desiderato, nem seria necessário o recurso à previsão do artigo 8º da Convenção.

O artigo 26º, nº 1 (reserva da intimidade da vida privada e familiar) e o nºs 1 e 4 do artigo 34º da CRP (inviolabilidade do domicílio, correspondência e telecomunicações) contém previsão com semelhante alcance. Aliás, bem mais explícito.

Impõe-se, pois, uma mais exigente posição da jurisprudência portuguesa numa interpretação restritiva nesta sede e conseqüente atenção à “abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações” por parte das entidades policiais e fazer operar de forma plena a nulidade contida no nº 8 do art 32º da CRP e no artigo 126º, nº 3 do CPP.

Convém relembrar que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem atende à prática do Estado e não apenas à sua lei. E que este conceito - lei - é definido como um conceito de “lei” material, devendo atender-se ao direito escrito e não escrito; e que no domínio do direito escrito “lei” é o texto escrito em vigor, tal como as jurisdições competentes o interpretam.

15

¹⁴ - Caso em que a condenação assentou, unicamente, num elemento de prova - aparelho de escuta colocado num domicílio - considerado violador do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

¹⁵ - Casos Huvig e Kruslin citados.

Isto é, sempre a jurisprudência, no caso a portuguesa, estará sob escrutínio, como o esteve a jurisprudência francesa nos casos Huvig e Kruslin.

*

3 - a) Das formalidades processuais

*

Outra perspectiva deverá ser a processual, na sua vertente de cumprimento do formalismo processual da regulamentação nacional das escutas telefónicas.

Em regra, ainda nesta sede de pressupostos processuais, a maioria dos casos resume-se a apurar se, no caso concreto, algum procedimento não cumpre o estabelecido na regulamentação das escutas telefónicas, tal como previsto nos artigos 187º e 188º do Código de Processo Penal.

Numa primeira análise para constatar se foram observados os pressupostos formais do artigo 187º do Código de Processo Penal, se as escutas telefónicas foram autorizadas por Juiz de Instrução, realizadas nos prazos concedidos pelo JIC e se estamos face a “crimes de catálogo”.

Após, se depois de realizadas as escutas, foi dado o devido cumprimento ao disposto no artigo 188º do Código de Processo Penal, mormente os seus números 1 e 3, uma das questões a que se tem resumido a análise das escutas telefónicas em Portugal e que tem funcionado como uma “barreira” para o correcto posicionamento do problema, na nossa humilde opinião.

Dispõe, a este respeito, o nº 1 do artigo 188º do Código de Processo Penal que, lavrado o auto de interceptação e gravação, este é levado imediatamente, juntamente com as fitas gravadas ou elementos análogos, ao Juiz de Instrução que, se os considerar relevantes, ordenará a sua transcrição e junção aos autos.

Questão nuclear tem sido apurar o que se deve entender por “imediatamente”.

Esta matéria está já profundamente analisada pela jurisprudência portuguesa e pelo Tribunal Constitucional.

Sobre ela já foram lavrados, pelo menos, os acórdãos da mesma entidade, com os números 407/97, 347/01, 379/04, 223/05 e 528/2003 (os acs. 411/02 e 198/04 abordam questões conexas). Estes acórdãos do TC contêm já um acervo suficiente de critérios que devem seguir-se dada a sua razoabilidade.

Sem nos pronunciarmos sobre o entendimento presente e futuro da jurisprudência da entidade constitucional sobre este ponto específico, quer-nos parecer que a questão do prazo assume menor relevância da que habitualmente lhe é atribuída, sendo um dos critérios - mas

não o único e, porventura, não o mais importante - para apurar se ocorreu um “acompanhamento contínuo e próximo - temporal e materialmente - da fonte” das escutas pelo JIC.

De qualquer forma, a história da jurisprudência constitucional sobre esta matéria está feita no Ac. do TC nº 426/05 e seria estultícia pretender fazer melhor.

Mas é certo - como se afirma no Ac. nº 407/97 - que o conceito indeterminado “imediatamente” não pode estar na dependência de factores como a falta de meios técnicos e humanos.

Naturalmente que entender o “imediatamente” com o seu sentido literal implicará que o JIC deva ter acesso ao auto de transcrição em questão de horas. Aliás, o mesmo termo é utilizado no nº 2, in fine, do artigo 106º do Código de Processo Penal, daqui retirando a prática judiciária o entendimento de que o “imediatamente” tem sentido literal.

Será acautelar devidamente a danosidade social das escutas telefónicas. Será, igualmente, uma forma de as inviabilizar? Ou será, ao invés, altura de recordar o aforismo do “mal menor” do Justice Holmes?

*

3 b) - Do controlo das escutas

*

Mas o mais relevante - ainda em sede de pressupostos formais - não se reconduz a uma questão formal de observância de um determinado prazo.

É que os autos demonstram, em regra e de forma insofismável, que não ocorre um “acompanhamento contínuo e próximo - temporal e materialmente - da fonte” das escutas pelo JIC.

Mais, a naturalidade com que a ausência de controlo do JIC é encarada ressalta de informações policiais que se juntam aos autos, após muitos dias de escutas realizadas sem que o JIC a elas tenha tido acesso, informando, por exemplo, que “o conteúdo das comunicações interceptadas podem, a partir de (determinada data), ser a todo o tempo verificadas pelo Mº JIC”.

Aliás, vários processos já por nós julgados são exemplos flagrantes de que a possibilidade de controlo pelo JIC é meramente teórica.

As escutas estão sobre controlo da Polícia Judiciária e, mediatamente, das restantes polícias, isto é, sob controlo do executivo e fora de controlo directo ou indirecto do poder judicial.

Aliás, essa ausência de controlo é patente quer na fase de escutas quer na fase de destruição das mesmas. O JIC limita-se a, muito tempo depois, homologar ou não as opções policiais e, mesmo a destruição das gravações se resume a um controle meramente formal (ordena, por despacho, a sua destruição à polícia, não controlando, efectivamente, essa destruição que, assim, é deixada ao executivo, através das polícias).¹⁶

Isto é, tendo presente que a intervenção do poder judicial visa acautelar, evitar, os abusos das polícias, a prática evidenciada, mesmo que permitida pela opção do poder executivo de retirar as escutas telefónicas do poder de controlo do JIC (remetendo esse controlo para a polícia) e permitida pela literalidade dos números 1, 3 e 4 do artigo 188º do Código de Processo Penal, é violadora do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e artigo 26º, nº 1 da CRP.

Isso mesmo, quanto à violação do artigo 8º da Convenção, foi já afirmado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem nos casos Klass e outros contra a Alemanha (1978) e Mialhe contra a França (1993) de forma assaz clara.

No caso Klass o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não considerou violado o artigo 8º da Convenção por não existir prova ou indício de que a prática realmente seguida o evidenciasse (parágrafo 59 da decisão). Isto é, seria violado tal preceito caso existissem a prova ou indício referidos.

No caso Mialhe, de forma mais explícita, considerou existente a violação do artigo 8º da Convenção afirmando a necessidade de que a legislação e a prática do Estado recorrido oferecessem garantias adequadas e suficientes contra os abusos (parágrafo 37 da decisão).

Assim, a questão de apurar em que medida a realidade orgânica, organizativa e técnica dos meios públicos de investigação e instrução processual penal, posta ao serviço das escutas telefónicas, se reflectirá na análise a envidar ganha o seu devido relevo.

Tratou-se de opção legislativa e do poder executivo não colocar meios técnicos que permitissem o controlo imediato das escutas telefónicas pelo poder judicial.

Com isto não se pretende afirmar que a realização das escutas esteja no domínio absoluto do poder judicial, nem isso tem sido entendido dessa forma pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Pretende-se apenas significar que ao juiz deve ser dada a

¹⁶ - O nosso Código de Processo Penal (artigo 188º, nº 3) determina que o JIC “ordena” a destruição das transcrições das escutas que não são juntas ao processo mas não se pronuncia quanto à destruição das que permanecem nos autos. O Código de Processo Penal italiano, por seu lado, prevê que a destruição das escutas seja feita “sob o controle do Juiz” - artigo 269º, nº 3 e o artigo 269º, nº 2 dispõe, como regra geral, que “le registrazioni sono conservate fino alla sentenza non piú soggetta a impugnazione”.

possibilidade de, efectiva e “imediatamente”, controlar as escutas efectuadas. O que não acontece.

Não cabe ao poder judicial salvaguardar as opções dos poderes legislativo ou executivo que não acautelem devidamente a defesa dos direitos do cidadão.

Bem pelo contrário, cabe-lhe assegurar tais direitos, os consagrados na CRP e na CEDH, mesmo contra - principalmente contra - as opções do executivo que se revelem (como esta se revela) violadora daqueles deveres fundamentais, por ausência (impossibilidade) de controlo judicial efectivo nos termos da sua própria legislação.

Também por esta razão devemos concluir que a nulidade das escutas telefónicas é consequência.

Mas terá relevância preencher o “conceito relativamente indeterminado de submissão imediata” (Ac. 596/97 do TC).

Releva sobremaneira nesta análise parcial a ausência de solução encontrada pela jurisprudência não constitucional sobre o significado do “conceito relativamente indeterminado de submissão imediata”, o que não seria especialmente difícil com o recurso ao conceito de “acto urgente”, não fora a preocupação de salvaguardar as opções legislativas e executivas erradas.

Réstias da posição clássica do princípio da procura sem limites da verdade que elege a “realização efectiva da justiça penal em transcendente interesse do estado de Direito cuja promoção ou salvaguarda pode sobrepor-se aos direitos fundamentais e legitimar o seu sacrifício”?¹⁷

Se a resposta for afirmativa poderemos ter aí uma prática judiciária. Tão só! Longe do desejável poder judicial, portanto.

*

4 - Dos pressupostos materiais para autorização

*

No entanto, questões mais substanciais são negativamente evidenciadas.

A autorização para a realização das escutas estará, naturalmente, dependente de outros pressupostos materiais, segundo entendimento unânime da jurisprudência e doutrina alemãs. ¹⁸

¹⁷ - Prof. Costa Andrade, in “*Sobre as proibições de prova em processo penal*”, Coimbra Editora - 1992, pag. 30.

¹⁸ - Prof. Costa Andrade, ob. cit. pags. 289 a 294.

E não se vê razão para que os Tribunais portugueses sejam menos exigentes na verificação desses pressupostos. Ao invés, a leitura comparada entre o artigo 187º do Código de Processo Penal e o parágrafo 100 a) do StPO alemão conduz a uma igual exigência na ordem jurídica portuguesa.

De facto, seria mais restritivo o elenco de “crimes de catálogo” do artigo 187º do Código de Processo Penal, não fora a infeliz alínea a) do nº 1 do Código de Processo Penal (crimes puníveis com pena de prisão, no seu máximo, superior a três anos).

O parágrafo 100 a) do StPO (Condições relativas à interceptação de comunicações) elenca nos seus números um elevado rol de crimes passíveis de interceptação nas telecomunicações. Mas esse inventário pormenorizado de crimes acaba por ser mais restritivo do que os “crimes de catálogo” previstos no artigo 187º do nosso Código de Processo Penal devido à abertura dada pela alínea a) deste preceito.

De qualquer forma, a metodologia e cuidados utilizados são idênticos nos dois ordenamentos jurídicos, pelo que não vemos razões para diferenciar o tratamento do regime de cautelas constante da jurisprudência alemã.

A mais abalizada voz da doutrina portuguesa nesta matéria não se coíbe de afirmar “a proximidade - não será mesmo arriscado, a sobreposição substancial - entre o direito português e alemão”.¹⁹

São os seguintes os critérios ou pressupostos materiais de admissibilidade das escutas telefónicas:²⁰

➤ A existência de um “crime de catálogo” - um dos crimes previstos no artigo 187º do Código de Processo Penal - e que se trate da ocorrência de crime consumado ou de tentativa punível à data, ou de actos preparatórios com ocorrência de factos puníveis (o Código de Processo Penal não pode dar “guarida a meras medidas preventivas”);²¹

➤ A ocorrência de uma forma “relativamente qualificada” de suspeita da prática do crime, exigindo um “determinado nível de concretização” ; não se exigindo a existência de “fortes indícios”, não bastam as “meras suspeitas ou boatos não confirmados”;

➤ A observância do princípio da subsidiariedade - só será admissível a escuta quando a descoberta da verdade dos factos for, de outra forma, “impossível ou essencialmente dificultada” - na sua dupla vertente:

¹⁹ - Costa Andrade, Manuel, ob. cit., pag. 188.

²⁰ - Autor e ob. cit., pag. 289.

²¹ - Schluchter, citado por Manuel da Costa Andrade, ob. cit., pag. 290.

i) Só será admissível recorrer às escutas depois de esgotados todos os restantes meios de investigação e o aumento de custos ou de trabalho não justificam a autorização para a realização de escutas;

ii) Que a escuta telefónica seja um meio, em concreto, adequado a obter o resultado; que as escutas e só elas, sejam idóneas a descobrir os factos em investigação (sentido restritivo que é atribuído por Costa Andrade à expressão “se houver razões para crer que a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova” do artigo 187º, nº 1 do Código de Processo Penal;

➤ A limitação das escutas a um “universo determinado de pessoas ou ligações telefónicas”

Poderá admitir-se que as escutas telefónicas ficam geralmente limitadas a um universo determinado de pessoas e ligações telefónicas do lado dos suspeitos da prática de um qualquer ilícito criminal.

Em regra trata-se de investigação de “crimes de catálogo”, tais os enumerados no artigo 187º do Código de Processo Penal.

Mas já o mesmo se não poderá dizer quanto à ocorrência de uma forma “relativamente qualificada” de suspeita da prática do crime, de um “determinado nível de concretização” e da observância do princípio da subsidiariedade na sua dupla vertente.

Receamos que, mesmo sendo pouco exigentes e como a experiência vai demonstrando, o início dos processos se fique pelas “meras suspeitas ou boatos não confirmados”, seja inexistente uma forma “relativamente qualificada” de suspeita da prática do crime, um “determinado nível de concretização” e se olvide o princípio da subsidiariedade (só será admissível a escuta quando a descoberta da verdade dos factos for, de outra forma, “impossível ou essencialmente dificultada”).

Constata-se, muitas vezes, que não há evidência de crime consumado à data do pedido de colocação de telefones sob escutas; não ocorre uma forma “relativamente qualificada” de suspeita e não é observado o princípio da subsidiariedade.

É que a prática diz-nos que a investigação policial se tem vindo a degradar precisamente devido à existência da possibilidade de efectuar ... escutas telefónicas. Demasiadas vezes, os indícios surgem, apenas, como consequência imediata e mediata das escutas efectuadas.

Mais, as escutas efectuadas são - demasiado frequentemente e de forma patente - uma forma fácil de poupar trabalho de investigação por outros meios.

Assim, concluímos afirmando que nos casos em que não sejam observados os pressupostos indicados se deverá fazer operar o disposto no artigo 189º do Código de Processo Penal e cominar as escutas efectuadas de nulidade, sejam quais forem os requisitos e condições não observados, pois que a lei as não distingue.

Que nulidade será essa e qual o seu regime é questão que se analisará infra.

*

5 - Da aceitação do efeito à distância

*

Quais as consequências - e seu alcance - da nulidade das escutas, considerando o disposto no artigo 189º do Código de Processo Penal, 32º, nº 8 e 34º, nº 4 da CRP?

Não entendemos - e porque estamos em sede de meios de prova - que se trate de simples aplicação do disposto no artigo 120º, nº 3, al. c) do Código de Processo Penal.

Tratar-se-ia de afirmar que, a haver nulidade (processual), ela teria ocorrido em inquérito e, nos termos daquele preceito, estaria sanada pelo decurso do prazo legal de arguição ²² ²³.

Ou, mesmo sendo insanável, reduzi-la a uma mera nulidade processual sem efeitos consequenciais.

Este tem sido um entendimento corrente na prática judiciária.

Mas não se trata, no artigo 189º do Código de Processo Penal, de simples nulidade processual, sim de proibição de prova, mais concretamente, de proibição de valoração da mesma, por se entender ter sido essa a intenção do legislador português, a de proibir a valoração de qualquer prova obtida mediante método proibido de prova, para mais no âmbito das escutas telefónicas, considerando o dano social que, reconhecidamente, lhes está associado na área nuclear e inviolável da vida privada. ²⁴

Estamos longe, portanto, das meras nulidades insanáveis, sanáveis ou meras irregularidades (artigos 119º, 120º, 121º e 123º do mesmo diploma).

²² “1 - As escutas telefónicas obedecem, sob pena de nulidade, aos requisitos enunciados nos artigos 187 e 188 do Código de Processo Penal; havendo algum desrespeito àqueles requisitos, gerador de nulidade, tal vício há-de ser invocado até ao momento prescrito no artigo 120, nº 3 alínea c) do mesmo código, não o sendo, a nulidade fica sanada.” Ac. STJ de 21/10/92, doc. Nº SJ199210210428093, in <http://www.stj.pt/>

²³ Também Maia Gonçalves, “Meios de Prova”, in “*O novo Código de Processo penal*” - C.E.J., Almedina, Coimbra, 1988, pag. 252.

²⁴ No sentido de que a nulidade reconduz à proibição de prova, ver Germano Marques da Silva, in *Curso de Processo Penal* - II, Verbo Lisboa, pag. 178.

Ao invés, devemos ter presente o artigo 118º, nº 3 do Código de Processo Penal, que excepciona o regime das proibições relativas à prova.

Consideramos ser caso de aplicação do disposto no artigo 126º, nºs. 1 e 3 do Código de Processo Penal, que afirma a proibição de valoração de provas (“... não podendo ser utilizadas, as provas...”) obtidas “mediante intromissão na vida privada ... nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular”, ressalvados os casos previstos na lei.

Que se não pode limitar às causas de nulidade contidas no nº 1 do artigo 126º do Código de Processo Penal, com exclusão das que se encontram previstas no nº 3 do mesmo preceito.

Em todos os casos previstos no artigo 126º do Código de Processo Penal a proibição de valoração das escutas efectuadas é desde logo evidente.

Trata-se, aqui, de dar prevalência ao “*princípio da dignidade do homem, da sua intocabilidade e da consequente obrigação, para todo o poder oficial, de a respeitar e de a proteger*”²⁵ na sequência da aceitação da existência de uma “tensão dialéctica inarredável entre tutela dos interesses do arguido e tutela dos interesses da sociedade representados pelo poder democrático do Estado”.²⁶

“Em vez do princípio da procura sem limites da verdade, vigora hoje a regra de que toda a actividade probatória, que implique uma intervenção mais ou menos relevante nos direitos individuais, postula invariavelmente a necessária legitimação legal”.²⁷

Enfim, um reconhecido pendor ético na prossecução processual e na conduta do Estado, uma “exigência de superioridade ética do Estado ... sem o que será pírrica toda a vitória alcançada na luta contra o crime...”, como afirma o Prof. Costa Andrade.

Ou, na terminologia do US Supreme Court, de não permitir a produção de prova ou valorar prova “inconsistente com os padrões éticos e destrutiva da liberdade pessoal” (caso Nardone II).

Certo é que a matéria em análise se perfila na discussão sobre os efeitos a atribuir à constatada nulidade, apurar se a mesma reconduz a uma proibição de valoração da prova assim obtida.

Por tradição, face à nossa característica de país continental, tributário da jurisprudência penal e processual penal alemã, não admira que, ainda hoje, as réstias da

²⁵ - “Para uma reforma global do processo penal português”, Figueiredo Dias, Prof., in “Para uma nova justiça penal”, Almedina, 1996, pag. 206.

²⁶ - Prof. Figueiredo Dias, Jorge, ob. e loc. cit.

²⁷ - Prof. Costa Andrade, Manuel da, ob. cit., pag. 22.

ultrapassada posição clássica alemã se reflectam na nossa prática, de que a constante redução à mera nulidade sanável de casos de autêntica proibição de prova e sua valoração é mero exemplo.

Reconduz-se essa posição clássica - com origem no Tribunal constitucional alemão - a fazer apelo a um “*principio geral de ponderação*”²⁸ que erige a realização efectiva da justiça penal em transcendente interesse do estado de Direito cuja promoção ou salvaguarda pode sobrepor-se aos direitos fundamentais e legitimar o seu sacrifício”, que se consubstanciam numa “justiça funcionalmente capaz”²⁹, numa “luta eficaz contra o crime” e no receio de uma “paralisação do processo”.³⁰

Doutrina que se não deve hoje aceitar dada a dimensão totalitária dos direitos humanos, à “exigência de superioridade ética do Estado”, da prevalência a dar ao “princípio da dignidade do homem”.

Em resumo e sem necessidade de verter aqui as várias teorias que a jurisprudência e a doutrina alemãs elaboraram sobre o tema (teoria da “esfera jurídica”, dos “três graus”, do “fim de protecção da norma” e “dos direitos de domínio da informação”), certo é que se constatou a incapacidade das soluções teóricas globais para abarcar a realidade das proibições de prova e de formular uma teoria do “efeito à distância” e se constatou a sua “irredutível hipoteca às singularidades do caso concreto”.³¹

Constatação que, igualmente, levou Roxin a afirmar “ser correcto recusar concepções globais e procurar a solução para as proibições individuais de produção de prova separadamente, numa análise dos distintos interesses comprometidos no caso e a sua ponderação” ou Hauf a propor a “ponderação do caso concreto, com a ajuda do princípio do fair trial”.³²

Contrariamente à crença geral - que a maioria da jurisprudência portuguesa espelha - não resulta deste estado de coisas uma posição inflexível da doutrina e jurisprudência alemãs

²⁸ “A realização da justiça penal representa um valor nuclear do Estado de Direito susceptível de ser levado à balança da ponderação com os direitos fundamentais”. In Costa Andrade, ob. cit. Pag. 30.

²⁹ - Formulação no segundo “caso do diário”: “A constituição não reconhece um significado especial apenas à tutela da personalidade mas também a uma justiça funcionalmente capaz sem a qual não se pode contribuir para a manifestação e actualização da própria justiça”. Cit. por Costa Andrade, ob. cit, pag. 30-31.

³⁰ - Autor e ob. cit. pags. 29 e 30.

³¹ - Aut. e ob. cit., pag. 183.

³² - In “*Derecho Procesal Penal*”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pag. 194, aqui igualmente se referindo o acordo de vários autores alemães. Quanto a Hauf ver a respectiva nota 5.

contra a aceitação dos efeitos das “regras de exclusão” (“exclusionary rules) do direito americano.³³

Seria assim, no dizer do professor Costa Andrade, até ao final da década de 60.

Metodologia e efeitos que a doutrina alemã se predispõe a aceitar, agora que constatou, no dizer do Prof. Costa Andrade, que “as coisas se jogam, no essencial, na determinação dos critérios de identificação e demarcação das hipóteses concretas de efeito à distância”, com referência a precedentes jurisprudenciais (os casos do diário e do gravador).³⁴

É assim que, no que à “**taint doctrine**” (“doutrina da nódoa” ou “Makel-Theorie”, “réplica germânica” da teoria da “fruit of the poisonous tree”), como o Prof Costa Andrade refere³⁵ e Roxin analisa em vários casos concretos,³⁶ se discutem agora os efeitos daí resultantes.

Se os seus efeitos apenas se restringem ao meio de prova obtido directamente de maneira proibida ou se são extensivos (efeito extensivo, efeito à distância) aos meios de prova indirectamente obtidos, ou seja, se os meios de prova obtidos através e na sequência de meio de prova proibido podem ser valorados pelo Tribunal.

Referindo que nos termos da “fruit of the poisonous tree doctrine” uma proibição de valoração probatória se estende também aos meios de prova obtidos indirectamente, Roxin acaba por afirmar que “*também no processo alemão se deve admitir um efeito extensivo pois, de outro modo, as proibições de prova podem ser iludidas mais facilmente*”.³⁷

Como refere o Prof. Klaus Tiedmann no Relatório Geral do colóquio preparatório do XXV Congresso da Associação Internacional do Direito Penal, subordinado ao tema “*Mouvements de reforme de la Procédure Penale et la Protection des Droits de l’Homme*” (Toledo, Espanha - 1992), «certains rapports se prononcent en faveur de la fameuse doctrine “dês fruits de l’arbre empoisonné” qui exclut, à coté de la preuve illicite, les preuves ultérieures qui en dérivent». ³⁸

Das conclusões desse colóquio saíram as “**Recomendações de Toledo para um processo penal justo**”. Afirma a recomendação nº 10: “*Todas as provas obtidas com violação*

³³ - Não se pode dizer que o “direito alemão não reconhece qualquer Fernwirkung às proibições de prova” e “... só a benefício de álea poderá continuar a apontar-se como maioritária a posição dos que respondem negativamente ao problema da vigência de uma fruit of the poisonous tree doctrine no contexto do direito processual germânico” - v. g. Prof. Costa Andrade, ob. cit. Pag. 172.

³⁴ - Ob. cit, pag. 176 e 183.

³⁵ - Ob. cit, pag. 175.

³⁶ - Ob. cit., pag. 205.

³⁷ - Roxin, ob. cit., pag. 205.

³⁸ - *Revue Internationale de Droit Penal* - ano 64 - 3º e 4º Trimestre de 1993, pag. 830.

de um direito fundamental, bem como as provas consequenciais, são nulas, não podendo ser valoradas em nenhum momento”.³⁹

E quanto ao processo espanhol, a jurisprudência do respectivo Tribunal Constitucional é clara na aceitação do efeito à distância, não obstante a Constituição espanhola não conter artigo correspondente ao nº 8 do artigo 32º da Constituição da República Portuguesa.

Apesar disso, o Tribunal Constitucional espanhol tem deduzido a existência da nulidade da prova obtida com a violação de um direito fundamental.

*“Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicion procesal de la prueba ilicitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condition de “inviolables” la impossibilidade de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental. Esta garantia deriva de nulidade radical de todo acto publico o privado violatorio de las situaciones juridicas reconocidas en la ... Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales” - Sentença 114/84 do TC español.*⁴⁰

Por maioria de razão tal doutrina deve vingar no ordenamento jurídico português, vista a redacção do artigo 32º, nº 8 da CRP e artigos 118º, nº 3, 126º, nº 1 e 3 e 122º, nº 1 do Código de Processo Penal.

E os artigos 118º, nº 3 e 122º, nº 1 do Código de Processo Penal são particularmente relevantes neste ponto.

Igual apelo fazia já o Prof. Figueiredo Dias em 1996:

*“Assim se recusa a doutrina que os alemães cognominam de Fernwirkung des Beweisverbots e os americanos do fruit of the poisonous tree - com o argumento (o mau 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 não deviam nunca sobrepor-se”.*⁴¹

³⁹ - “Recomendações de Toledo para um processo penal justo”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 2º, fasc. 4º, Outubro-Dezembro de 1992, pag. 654.

⁴⁰ - Ver, igualmente, as sentenças 81/98, 49/99, 94/99, 161/99, 171/99, 8/200 e 28/2002 do Tribunal Constitucional espanhol.

⁴¹ - Prof. Figueiredo Dias, Jorge, ob. cit., pag. 208.

A idêntica conclusão chega o Prof. Costa Andrade, sob reserva de ulterior reflexão,⁴² quando afirma que “também as proibições de valoração decorrentes das escutas telefônicas andarão normalmente associadas ao efeito à distância”.⁴³

E acrescenta que o “efeito à distância parece ... configurar um momento nuclear do fim de protecção do artigo 126º do Código de Processo Penal na direcção do arguido. Uma conclusão reforçada pela consideração suplementar e decisiva de que só o efeito à distância pode aqui prevenir uma tão frontal como indesejável violação do princípio “nemo tenetur se ipsum accusare”⁴⁴.

*

6 - A jurisprudência portuguesa

*

Também os tribunais portugueses iniciam agora, timidamente, o caminho da aplicação da teoria da fruit of the poisonous tree.

O Tribunal da Relação de Lisboa,⁴⁵ confirmou brilhante acórdão (que reproduz nas partes relevantes) do Tribunal da Comarca de Angra do Heroísmo (2º Juízo) de 13-06-2003, num caso de apreensão de correspondência.

Sabendo-se que existiam na estação dos Correios duas embalagens dirigidas à mãe de um dos arguidos, dois agentes da GNR ali se dirigiram para levar tais encomendas ao aeroporto, onde as passaram no RX e as fizeram exhibir aos cães treinados para esse efeito e, constatando-se com uma certeza quase absoluta, que continham dois sabonetes de haxixe, foram de novo colocadas na estação postal e posteriormente entregues na residência da destinatária.

Mais tarde essas encomendas foram apreendidas, agora mediante a emissão dos competentes mandados judiciais.

Considerando existirem dois casos de nulidade, a “apreensão” das encomendas nos correios e a passagem das mesmas no RX, o Tribunal considerou nula toda a prova obtida, não admitindo a convalidação da prova pela emissão, posterior, dos mandados judiciais validamente emitidos, fazendo actuar o efeito à

⁴² - Sendo a obra citada de 1992, o Prof. Costa Andrade vem a reforçar as ideias expostas em Março de 2004 no I Congresso de Processo Penal, na sua conferência “Das escutas telefónicas” in “I Congresso de Processo Penal”, Almedina - 2005, pags. 215-224.

⁴³ “Sobre as proibições de prova em processo penal”, Prof. Costa Andrade, Coimbra Editora - 1992, pag. 317.

⁴⁴ - Ob. cit., pag. 315.

⁴⁵ - Ac. de 23-06-2004, sendo relator o Desembargador António Rodrigues Simão - Col. Jur. Ano XXIX, Tomo 3, pag. 149.

distância nos termos dos artigos 126º, nº 3 e 179º, nº 3 do Código de Processo Penal, este último com apelo ao disposto no artigo 194º, nº 1 do Código Penal.

O Supremo Tribunal de Justiça, por seu lado, parece entreabrir a porta para aceitar discutir a doutrina do fruto da árvore envenenada.

Em acórdão de 05-01-2005 ⁴⁶ admite discutir os «efeitos consequenciais - o chamado efeito à distância, “Fernwirkung des Beweisverbot” ou, na formulação americana, “fruit of the poisonous tree”», apenas não o fazendo por inexistência de alegação factual.

Mas logo de seguida afirma não parecer que o Código de Processo Penal acolha a “extensão da exclusão probatória determinada pelo efeito de contaminação”, ideia que nos parece contrariar - mantendo o argumento em sede de processo penal - o disposto nos artigos 118º, nº 3, 122º, nº 1 e 126, nº 1 e 3 desse diploma.

Mas o mesmo Supremo Tribunal de Justiça acaba por aceitar o *efeito à distância*, *embora em versão mitigada*, no acórdão de 6 de Maio de 2004. ⁴⁷

Essa mitigação assenta na distinção entre “meios radicalmente proibidos de obtenção de prova”, contidos no nº 1 do artigo 126º do Código de Processo Penal, ⁴⁸ para os quais - face à sua violação - aceita a plenitude do efeito à distância, e os meios previstos no nº 3 do mesmo preceito que não serão absolutamente proibidos.

Quer-nos parecer - salvo melhor opinião - que este acórdão, sendo notável na documentação, arrojo da posição e não olvidando o específico enquadramento constitucional, não atribuiu a este o devido alcance.

É que a Constituição da República Portuguesa - nº 8 do artigo 32º - é explícita, ao contrário da espanhola, na afirmação da existência de nulidade de “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, todo o elenco das nulidades previstas no artigo 126º do Código de Processo Penal, não distinguindo entre as nulidades do nº 1 e as do nº 3.

E não se alcançam razões para que a jurisprudência estabeleça essa distinção.

Aliás, nem o legislador ordinário o faz. É que o legislador tem que ressaltar os casos contidos no nº 3, quer pela possibilidade de actuação dos meios coercivos do Estado, quer pelo consentimento do lesado (que nesses casos serão permitidos, ao contrário do que acontece nas hipóteses do nº 1, que nunca permitirão o consentimento ou a possibilidade de actuação

⁴⁶ - Supremo Tribunal de Justiça - Proc. 04P3276, sendo relator o Cons. Henriques Gaspar.

⁴⁷ - Supremo Tribunal de Justiça - Proc. 04P774, sendo relator o Cons. Pereira Madeira.

⁴⁸ - Tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas.

coerciva do estado). Essa parece-nos ser a única razão para a distinção entre as nulidades dos números 1 e 3 do artigo 126º do Código de Processo Penal.

O citado aresto faz apelo, para fundar essa distinção às, por si designadas, “nulidades absolutas” para lhes atribuir maior valor e alcance (no efeito à distância).

Sendo uma tipologia típica da previsão do artigo 98º do Código de Processo Penal de 1929, que a doutrina e a jurisprudência classificavam de “nulidades absolutas” e “nulidades relativas”, não pode ter hoje uma repriminção que reconduza a uma interpretação do artigo 126º aparentemente desconforme com o teor da previsão do nº 8 do artigo 32º da Constituição da República Portuguesa.

Esquece, por outro lado, que as ditas nulidades não restringem o seu alcance à protecção de direitos individuais, mas à própria realização do Estado de Direito, através da salvaguarda daqueles direitos.

Por seu turno, em notável acórdão - Acórdão nº 198/2004 - ⁴⁹ o Tribunal Constitucional, admitindo explicitamente a “fruit of the poisonous tree doctrine”, historiando-a, vem a consagrar uma das suas excepções, as declarações confessórias do arguido.

*

7 - A “fruit of the poisonous tree doctrine” e suas excepções

*

Se “as coisas se jogam, no essencial, na determinação dos critérios de identificação e demarcação das hipóteses concretas de efeito à distância”, é sensato aceitar que analisar os contributos do US Supreme Court deverá ser o primeiro passo a dar, reconhecendo que quase um século de teorização daquele Tribunal terá a sua utilidade, mesmo que se defenda que a diversa mentalidade jurídica e policial possa ter algum peso nessa análise.

Para mais admitindo que as decisões do Supremo Tribunal alemão e do Supremo Tribunal americano (e, agora, do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal Constitucional portugueses) têm decisões recentes que são “manchas de sentido contrário na direcção de um horizonte comum de convergência”.⁵⁰

De facto, desde a sua primeira formulação em 1914, no caso Weeks, ⁵¹, mas de forma mais incisiva nos casos Silverthorne Lumber, ⁵² Nardone II ⁵³ e Mapp v. Ohio ⁵⁴ que o U.S.

⁴⁹ - Decisão de 24-03-2004. Proc. 39/94 - 1ª Secção - sendo Relator o Cons. Moura Ramos.

⁵⁰ - Herrmann, citado por Costa Andrade, Manuel da, ob. cit., pag. 187.

⁵¹ - Weeks v. US, 232 US 383 (1914) - Justice Day.

⁵² - Silverthorne Lumber Cª v. US, 251 US 385 (1920) - Justice Holmes.

⁵³ - Nardone (II) v. US, 308 US 338 (1939) - Justice Frankfurter.

⁵⁴ - Mapp v. Ohio, 367 US 643 (1961) - Justice Clark - para além de estender a doutrina aos Estados é considerado um “caso referência” (“Landmark Supreme Court case on the exclusionary rule”).

Supreme Court ⁵⁵ tem vindo a elaborar aquela que ficou conhecida pela expressão utilizada em *Nardone II* pela expressão do Juiz Frankfurter, “fruit of the poisonous tree”.

A decisão no caso *Mapp v. Ohio* é um dos casos que, juntamente com *Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966) e a expansão do alcance do habeas corpus, fez parte da “revolution from above” desencadeada pelo US Supreme Court nos anos 60 sob a “liderança” do Chief Justice Earl Warren. ⁵⁶

Na essência - já que a matéria se encontra muito bem desenvolvida no referido acórdão 198/2004 do Tribunal Constitucional, pelo Prof. Costa Andrade ⁵⁷ e documentada no acórdão de 06-05-2004 do Supremo Tribunal de Justiça - *a doutrina assenta na interpretação e aplicação da 4ª Emenda* ⁵⁸ *do Bill of Rights (os dez primeiros Amendments da Constituição dos EUA) e determina a exclusão (regra da exclusão, “exclusionary rule”) das provas obtidas pela acusação através da violação dos direitos constitucionais do arguido (acusado) não podendo ser usadas contra este, aqui se incluindo as provas reflexas, secundárias ou indirectas (as obtidas através da primeira, mesmo que aquelas sejam licitamente obtidas).* ⁵⁹

A esta regra foram sendo adicionadas várias limitações ou excepções (“limitations” ou “exceptions”), já que tais factos não ficam “sagrados e inacessíveis”, designadamente:

A **excepção da “fonte independente” (“independent source exception”)** - fixada desde logo na decisão *Silverthorne Lumber Co v. US* - que aceita as provas que foram ou poderiam ter sido obtidas por via autónoma e lícita, mantendo-se a prova primária ilícita abrangida pela regra de exclusão.

A **excepção da “descoberta inevitável” (“inevitable discovery exception”)** - com origem na decisão *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984) - que determina a aceitação das provas que “inevitavelmente” seriam descobertas, mesmo que mais tarde, através de outro tipo de investigação.

⁵⁵ A jurisprudência americana pode ser consultada em <http://www.findlaw.com/cascode/supreme.html> ou no site indicado no Ac. 198/2004 do Tribunal Constitucional (<http://www.law.cornell.edu/supct/search/>).

⁵⁶ - “*Criminal Procedure - Examples and Explanations*”, Robert Blomm e Mark Brodin, Little, Brown and Company, 2ª Ed. 1996, pag. 3.

⁵⁷ - *Obra cit.* pags. 170-172.

⁵⁸ - “The right of the people to be secure in their persons, house, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.”

⁵⁹ De igual forma e explicitamente, afirma a Carta Canadiana dos Direitos e Liberdades (artigo 24º, nº 2) que quando um Tribunal conclua que a prova foi obtida de forma a infringir ou negar quaisquer direitos ou liberdades garantidos pela Carta, essa prova deve ser excluída se, olhando a todas as circunstâncias, a sua admissão no processo traria à Justiça descrédito, má reputação.

A exceção da “nódoa (ou mácula) dissipada” (“Cleansed - ou purged - taint exception”) - com origem nas decisões Nardone (II) e Wong Sun, ⁶⁰ estabelecendo que uma prova, mesmo que proveniente de prova ilegal, seja aceite sempre que apresente autonomia suficiente para “dissipar a nódoa”.

No caso Wong Sun discutia-se um “acto independente praticado de livre vontade” (“independent act of free will”), uma confissão do arguido após uma detenção ilegal, sendo a confissão um acto posterior e esclarecido.

Dáí resultou a afirmação de uma teoria abrangendo todos os actos de prova provenientes de actos de vontade livre e esclarecida, abrangendo as declarações, mesmo que confessórias, do arguido e os depoimentos de testemunhas.

A exceção da “boa fé da conduta policial” (“good-faith exception to the exclusionary rule”) - defendida por decisão no caso U. S. v. Leon” ⁶¹ com seguimento no caso Arizona v. Evans (1995).

Constatou-se em julgamento ter havido erro de um magistrado na emissão dos mandatos de busca por inexistência de causa provável.

O Tribunal considerou que a confiança do oficial de polícia na decisão do magistrado quanto à existência de “causa provável”, a permitir a emissão de mandados de busca, era objectivamente razoável e a aplicação da sanção extrema da exclusão da prova assim obtida era inapropriada.

Esta última exceção não foi referida pelo acórdão 198/2004 do Tribunal Constitucional atendendo, talvez, à sua discutível aceitação pelo US Supreme Court. ⁶²

A regra de “Weeks” e subseqüentes excepções constituem um acervo de comandos simples e operativos, não existindo qualquer princípio ou normativo que impeça a sua plena aplicação ao processo penal português. Bem ao invés, mostram-se de acordo com os princípios e normativos constitucionais e da CHDH e a seqüência lógica de uma sã leitura do artigo 122º, nº 1 do Código de Processo Penal, na ausência de regras e princípios adequadamente definidos pela doutrina e jurisprudência portuguesas e europeia continental.

*

8 - Considerações finais

*

⁶⁰ - Wong Sun v. US - 371 US 471 (1963) - Justice Brennan.

⁶¹ - Decisão no caso “U. S. v. Leon”, 468 US 897 (1984).

⁶² - A decisão tem declarações de discordância dos Justice Brennan e Marshall, preocupados com o gradual estrangulamento da “exclusionary rule”.

A “regra de exclusão” e suas exceções permitem-nos melhor interpretar o artigo 122º, nº 1 do Código de Processo Penal e, subsequentemente, aplicá-lo aos casos concretos da vida judiciária.

Quais são, então, os actos afectados que dependem do primeiro acto inválido, por via da inicial nulidade, nos termos do artigo 122º, nº 1 do Código de Processo Penal?

Sendo as escutas inválidas por patente nulidade de proibição de prova (aliás, a primeira série nula de escutas inquinaria todas as restantes), são afectadas se delas directamente dependentes, todas as buscas realizadas (domiciliárias e não domiciliárias), todas as apreensões e detenções, fotografias, vigilâncias policiais, que não sejam excepcionadas pelas limitações à regra de exclusão.

São estes, portanto, **os frutos da árvore envenenada a que o Tribunal não deve atender para evitar que a “mancha”, a “nódoa” da prova ilicitamente obtida, se propague à sentença.** ⁶³

Caberá, então, aos Tribunais portugueses desenvolver um esforço interpretativo, maxime de adequação, da regra de exclusão e suas limitações ao universo jurídico social português, caso não surja alternativa credível, como ocorre no momento.

Admitimos, no entanto, que a diversa mentalidade jurídica portuguesa sinta algum desconforto face a tão clara prevalência dos direitos individuais sobre a “Razão de Estado”. E os reflexos sociais da aplicação “pura e dura” de tal doutrina poderão conduzir a um aumento do descrédito no sistema de justiça nos casos em que pormenores de cariz processual, aparentemente insignificantes ou como tal apresentados, inviabilizem o conhecimento substancial em casos de grande gravidade ou repercussão pública.

Será, pois, aconselhável estabelecer uma “válvula de segurança” que evite esses resultados, sem optar por qualquer teoria que inviabilize os ganhos advenientes deste conjunto de regras (maxime pelo afastamento da pretensão de “purificar” a prova ilícita pela “coisificação” ou “materialização” da prova no processo, o que representaria um retrocesso grave), o que pode ser encontrado na já citada Carta Canadiana dos Direitos e Liberdades.

Dispõe a Carta Canadiana dos Direitos e Liberdades (artigo 24º, nº 2) que quando um Tribunal conclua que a prova foi obtida de forma a infringir ou negar quaisquer direitos ou liberdades garantidas pela Carta, essa prova deve ser excluída se, olhando a todas as circunstâncias, a sua admissão no processo traria à Justiça descrédito, má reputação (“disrepute”).

⁶³ - Esta ideia base é igualmente expressa - noutra terminologia - por autores alemães (também pela jurisprudência constitucional espanhola) quando referem um “nexo normativo entre a violação da lei e a sentença” ou uma “causalidade entre o vício e a sentença”.

A jurisprudência canadiana estabeleceu três critérios essenciais para a admissão ou exclusão da prova ilicitamente obtida, os chamados “factores Collins”, expostos na decisão “Collins” (Regina v. Collins, [1987] 1 S.C.R. 265).

São eles:

- 1) - O efeito da admissão da prova na “fairness” do julgamento;
- 2) - A seriedade da conduta policial;
- 3) - Os efeitos da exclusão da prova na (imagem da) administração da justiça.

Se os dois primeiros se encontram já abrangidos pelo conjunto de regras da doutrina da árvore envenenada, o terceiro factor, conhecido como o “terceiro factor Collins” apresenta-se como uma novidade, realçando já não os efeitos ético-processuais da admissão da prova ilicitamente obtida sim, ao invés, os efeitos da exclusão sobre a imagem da justiça (“Disrepute may also result from the exclusion of evidence”).

Esse factor é relacionado pelo Supremo Tribunal Canadano com a violação “trivial” de uma violação da Carta de Direitos, a essencialidade da prova e a gravidade da acusação, conduzindo a uma necessária análise sobre se a administração da justiça, considerando “todas as circunstâncias”, será melhor servida ou pela admissão ou pela exclusão da prova.

Nessa apreciação o tribunal deve considerar a trivialidade da violação das regras de admissão da prova, se a prova a admitir ou excluir é essencial para sustentar a acusação e a seriedade do ilícito cometido (quanto mais grave o crime, maior a má reputação adveniente da exclusão, excepto se a admissão da prova resultar num julgamento injusto).

O conceito de má reputação faz apelo, necessariamente, a pontos de vista comunitários, que o Supremo canadiano figura em termos de “pessoa razoável” (“reasonable person”), desapaixonada e plenamente consciente das circunstâncias do caso concreto, determinando que o juiz não deve proferir decisão que seja inaceitável para a comunidade, desde que esta não esteja tomada pela paixão ou influenciada pela pressão dos factos e que nós poderíamos reconduzir à figura do “bonus pater famílias”.

Uma dúvida final é resolvida pelo US Supreme Court, de forma sugestiva.

Quando confrontado com as críticas formuladas (às exclusionary rule) de tornar incapazes de actuação as forças policiais na luta contra o crime, respondeu o U.S. Supreme Court (caso Elkins v. US, 364 US 206) que aquelas regras tinham o propósito de “compelir ao respeito pelas garantias constitucionais da única forma efectivamente disponível - removendo o incentivo à sua inobservância”.

Na mesma decisão afirmou que, após cerca de meio século de vigência da regra de exclusão (“rule of Weeks”) ainda não tinha sido sugerido que o Federal Bureau of

Investigation se tivesse tornado ineficaz ou que a administração da justiça criminal nos tribunais federais americanos tivesse entrado em rotura.

Entre nós, não aceitar o efeito à distância, com o alcance que fica exposto, redundaria em não aceitar a nulidade (melhor se diria, a proibição de valoração de prova), constitucionalmente declarada. Seria a sua negação. Nenhum efeito lhe seria reconhecido, nem aos valores que tutela, a protecção da vida privada e do domicílio e negar os próprios fundamentos do Estado de Direito.

Seria, por outro lado, permitir o abuso das forças policiais, legitimadas a esse abuso pela inoperacionalidade das proibições constitucionais.

Seria um resultado pleno de non sense que a constituição protegesse aqueles valores e cominasse a sua violação com uma nulidade e uma interpretação do ordenamento infra constitucional e/ou a prática judiciária permitissem a subsequente valoração das provas ilicitamente obtidas.

Citando o Justice Clark no caso *Mapp v. Ohio* (1961), “não existe guerra entre a Constituição e o bom senso”.

Essa será a única forma de acautelar, na prática, os direitos que a Constituição da República Portuguesa e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem consagram.

Assim, hesitantes entre a prática judiciária e o Poder Judicial, será de chamar à colação um princípio básico que norteia o poder judicial, expresso por Madison: “é dever essencial dos Tribunais (independentes) resistirem a qualquer usurpação sobre os direitos (dos cidadãos) expressamente estipulados na Constituição”.

Também por aqui se afirmará um Poder Judicial digno e actuante.

Que isso seja parte de “uma revolução a partir de cima” é o que se deseja.

João Henrique Gomes de Sousa

Juiz do Círculo Judicial de Évora