

EM BUSCA DA REGRA MÁGICA

O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM E A UNIVERSALIZAÇÃO DA REGRA DE EXCLUSÃO DA PROVA — O CASO GÄFGEN V. ALEMANHA*

JOÃO HENRIQUE GOMES DE SOUSA

Elegendo como tema de reflexão o estado actual da discussão em torno das proibições de prova, em especial à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do US Supreme Court, o autor procura identificar as linhas de confluência e de dissociação entre ambos os contributos, o que o leva a considerar especialmente a doutrina estabelecida no acórdão *Herring v. US*, que consagrou a excepção da (*“good-faith exception to the exclusionary rule”*), bem como os princípios desenvolvidos pelo T.E.D.H. no acórdão *Gäfgen c. Alemanha*, a aguardar ainda pronunciamiento em *Grande Chambre*.

Como pontos de convergência entre os dois lados do Atlântico, o autor identifica o “rationale” da decisão, centrado sob a necessidade de resguardar a “*integridade judicial*” e de desencorajar condutas policiais ilícitas que constituam uma violação de um direito protegido pela Convenção, bem como o estabelecimento de uma regra de causalidade entre a conduta ilícita e a admissibilidade ou inadmissibilidade da prova dela resultante, embora desenvolvida em diferentes termos por uma e outra jurisprudências: pelo TEDH através da teoria da “*fruit of the poisonous tree doctrine*”, com aplicação do efeito à distância quer à prova directa quer à indirectamente obtida, e pelo Supreme Court através da exigência de um “*acto independente posterior e esclarecido praticado de livre vontade*”.

Um segundo ponto de dissonância residirá, segundo o autor, na circunstância de o T.E.D.H. encarar a exclusão da prova como um remédio directamente resultante de uma violação de um direito, e o US Supreme Court, mais pragmático, encarar a violação do direito como um mero ponto de partida para a ponderação do “*deterrence effect*” via exclusão da prova como forma de obviar a novas violações.

* O Acórdão da Grand Chambre no caso *Gäfgen* foi já publicado a 01-06-2010 e pode ser consultado no site do TEDH em <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>. A decisão da Grand Chambre, unicamente no que diz respeito à regra de exclusão da prova, apesar de reconhecer não existir consenso entre os Estados contratantes e as jurisdições de outros Estados e órgãos de controlo pelo respeito dos direitos do Homem quanto ao campo de aplicação da regra de exclusão da prova (& 174), confirma a decisão da Secção de que haviam sido excluídos do processo os elementos de prova “contaminados” pela violação do artigo 3.º da Convenção, por ter havido um “rompimento” do nexo de causalidade entre esta violação e a condenação.

Ao invés, o voto de discordância parcial de seis dos juízes do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku e Power) defendeu uma mais clara e estrita aplicação da regra de exclusão da prova com exclusão total dos elementos de prova directa e indirectamente viciados pela violação dos direitos conferidos pelo artigo 3.º da Convenção como única forma de assegurar uma efectiva protecção desses direitos.

Concluindo no sentido de que, não obstante as diferenças registadas, as diferentes metodologias e abordagens, os vários pontos de convergência entre duas jurisprudências parecem condená-las a um inevitável encontro futuro, o autor não deixa ainda de referir os mais recentes posicionamentos do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal Constitucional no tema da prova ilicitamente obtida e dos seus efeitos no interior do processo.

1. INTRODUÇÃO

A matéria tratada no presente texto pretende realçar os últimos desenvolvimentos da discussão — que se vai universalizando entre as democracias liberais¹ sobre os efeitos a atribuir às violações de direitos garantidos pelas constituições nacionais e pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e consequente proibição de valoração da prova assim obtida.

Está no cerne de todos esses esforços doutrinários e jurisprudenciais algo de essencial e reconhecido em ambos os lados do Atlântico: o pendor ético na prossecução processual e na conduta do Estado, uma *“exigência de superioridade ética do Estado”* — como afirma o Prof. Costa Andrade — ou, na terminologia do US Supreme Court, de não permitir a produção ou valoração de prova *“inconsistente com os padrões éticos e destrutiva da liberdade pessoal”* (caso Nardone II)².

Estas preocupações e a necessidade de encontrar um rumo certo na fixação de regras claras de exclusão da prova já eram patentes na recomendação n.º 10 do XXV Congresso da Associação Internacional do Direito Penal: *“Todas as provas obtidas com violação de um direito fundamental, bem como as provas consequenciais, são nulas, não podendo ser valoradas em nenhum momento”*³.

Se a questão se tem colocado, com frequência, ao nível nacional nos diversos Estados que reflectem o problema (EUA, Canada, Reino Unido, Portugal, Espanha, Alemanha, dos que se conhecem), o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (T.E.D.H.) foi agora chamado a definir regra ou conjunto de regras que resolva o candente problema de equilibrar os valores da dignidade do homem com os interesses punitivos da sociedade, a *“tensão dialéctica inarredável entre tutela dos interesses do arguido e tutela dos interesses da sociedade representados pelo poder democrático do Estado”*⁴.

E se nos Estados Unidos da América o recente acórdão Herring v. US (000 US 07-513) de 14 de Janeiro de 2009 vem consagrar a excepção da “boa fé da conduta policial” (*“good-faith exception to the exclusionary rule”*), já o acór-

¹ Por contraposição a *“democracias iliberais”*, na terminologia de Fareed Zacharia.

² Como afirmámos no nosso texto *“Das nulidades à “fruit of the poisonous tree doctrine” — (Escutas telefónicas e efeito à distância)”*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, 703.

³ *“Recomendações de Toledo para um processo penal justo”*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 2.º, fasc. 4.º, Outubro-Dezembro de 1992, pág. 654. Sublinhado nosso.

⁴ Prof. FIGUEIREDO DIAS, *“Para uma reforma global do processo penal português”* in *“Para uma nova justiça penal”*, Almedina, 1996, pág. 206.

dão *Gäfgen c. Alemanha* do T.E.D.H.⁵ em *Grande Chambre* se antevê como uma possível formulação global europeia de relevo.

Em ambos os lados do Atlântico se constata a incapacidade das soluções teóricas globais para abarcar a realidade das proibições de prova e de formular uma teoria do “efeito à distância” e do constatar da sua “irredutível hipoteca às singularidades do caso concreto”⁶.

Apesar das “costas voltadas” que se entrevêem nos vários contributos europeus continentais, de um lado, e anglo-saxónicos, por outro, o problema enfrentado pelas ordens jurídicas nacionais e supra nacionais democráticas é idêntico e confirma-se serem “manchas de sentido contrário na direcção de um horizonte comum de convergência”⁷.

Pretende-se, pois, com uma análise sumária dos vários contributos recentes, ver de que forma o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em secção, espalhou a sua “mancha”, o seu contributo para a solução global, enquanto se aguarda acórdão da Grande Chambre, cuja audiência teve lugar em 18 de Março de 2009⁸.

Estamos certos que a posição a assumir pelo T.E.D.H. terá importantes reflexos em Portugal na análise dos trechos legislativos pertinentes, designadamente os artigos 32.º, n.º 8, da CRP e 118.º, n.º 3, e 122.º do Código de Processo Penal.

2. BREVE EXCURSÃO HISTÓRICA

Mas a presente matéria não se entende sem uma brevíssima passagem pela jurisprudência anglo-saxónica, habitualmente mal compreendida, se não mesmo hostilizada entre nós⁹.

As primeiras posições assumidas na matéria não têm origem nas posições, conhecidas, do US Supreme Court, mas sim na **jurisprudência inglesa e galesa** que, até ao final do Sec. XIX, neste particular ponto, influenciou igualmente a jurisprudência norte-americana.

⁵ Na 5.ª secção do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a 30 de Junho de 2008 no processo n.º 22978/05.

⁶ Prof. COSTA ANDRADE, in “*Sobre as proibições de prova em processo penal*”, Coimbra Editora — 1992, pág. 183.

⁷ HERRMANN, citado por COSTA ANDRADE, Manuel da, *ob. cit.*, pág. 187, já por nós citado em “*Das nulidades à “fruit of the poisonous tree doctrine” — (Escutas telefónicas e efeito à distância)*”, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, 703.

⁸ A Grande Chambre (ou Tribunal Pleno na tradução portuguesa) reúne-se em casos excepcionais se a matéria a tratar levantar uma questão grave quanto à interpretação ou à aplicação da Convenção ou dos seus protocolos ou ainda se levantar uma questão grave de carácter geral, nos termos dos artigos 43.º, 30.º e 31.º, al. a), da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

⁹ Não se aborda a matéria de forma exaustiva — tarefa para a qual não nos sentimos minimamente qualificados — sendo nosso único escopo dar uma imagem global evolutiva, necessariamente superficial, das posições anglo-saxónicas mais conhecidas.

A “*common law discretion*” contém, ao contrário do que é comumente percebido em Portugal, uma regra de inclusão da prova tradicionalmente rígida, uma regra de admissibilidade de prova, independentemente da sua forma de obtenção (a *rule of admissibility*).

“Though the authority on the point is surprisingly sparse, there can be no doubt at all that it was and is a general rule of the common law that the admissibility in law of evidence is not affected by the way in which it was obtained. The special rule of inadmissibility for confessions in terms (at common law) of threats, promises, and oppression was an exception to that general rule”¹⁰.

Esta tradição inclusiva, com a única excepção a centrar-se nas confissões obtidas de forma ilícita, fez carreira na maioria dos países de origem anglo-saxónica até tempos recentes.

Cita-se, habitualmente o caso *Regina v. Leatham* (de 1861) como sumamente expressivo desta posição na medida em que ali se afirma “*it matters not how you get (evidence); if you steal it even, it would be admissible in evidence*”, revelando poucas ou nenhuma preocupação — no que às provas não relativas às confissões diz respeito — pelos direitos dos suspeitos e nenhuma necessidade de disciplinar a polícia.

Na Inglaterra e em Gales uma sucessão de case law é demonstrativa desta regra, sendo a mais relevante a decisão do Privy Council¹¹, *Kuruma v. The Queen*, na medida em que influenciou a maioria dos países da *commom law*, de forma directa ou indirecta¹².

Num caso cuja ilegalidade assentava em busca realizada por agente policial com patente inferior à exigida por lei, o tribunal reafirmou a tradição da *commom law* pela admissibilidade da prova ilícita com o argumento que o modo de aquisição da prova, particularmente no caso de provas materiais, é irrelevante. De forma mais clara, o critério determinante para a admissibilidade da prova obtida de forma “imprópria” é a sua relevância probatória e esta não se perde pelo modo da sua aquisição¹³.

No que diz respeito a provas — que não a confissão — obtidas de forma “imprópria” é um dado adquirido que a *commom law* e os tribunais britânicos não tinham como preocupação “disciplinar a polícia” ou proteger os suspeitos¹⁴.

Mais recentemente, em *Regina v. Sang* (1980) a House of Lords veio esta-

¹⁰ MIRFIELD, Peter, in “*Silence, Confessions and improperly obtained evidence*” — Clarendon Press Oxford, 1997, pág. 109.

¹¹ O “*Judicial Committee of the Privy Council*” (JCPC), abreviadamente designado como “*Privy Council*”, é um dos mais altos tribunais britânicos, com jurisdição em vários Estados da Commonwealth e dependências da Coroa britânica. Apesar da abolição do recurso ao Privy Council nos países mais representativos da Commomwelath, certo é que tal só veio a ocorrer em 1933 (Canadá), 1986 (Austrália) e final de 2003 (Nova Zelândia).

¹² Vide “*Suppressing the Truth: Judicial exclusion of illegally obtained evidence in the United States, Canada, England and Australia*” — Debra OSBORNE — Murdoch University of Law, Volume 7, number 4 (December 2000).

¹³ MIRFIELD, *ob. cit.*, pág. 109.

¹⁴ MIRFIELD, *ob. e loc. cit.*

belecer uma regra qualitativa de exclusão de prova ilícita que assentava num juízo exclusivo de ponderação do valor probatório versus efeito prejudicial da ilicitude ou “*unfairness*” do procedimento:” *a prova obtida ilegalmente não é automaticamente excluída; só o será se o seu efeito prejudicial ultrapassar o seu valor probatório*”.

Será a partir de 1984 que o “*Police and Criminal Evidence Act 1984*” (PACE) vem a estabelecer regras claras a ponderar pela jurisprudência. É assim que na sua secção 76.^a se estabelecem as bases de exclusão de confissões ilicitamente obtidas¹⁵ e, na secção 78, se estabelece a regra geral de exclusão da prova, nos seguintes termos: “(1) *In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it*”.

No **Canadá** o percurso foi semelhante, sendo *Kuruma v. The Queen* o denominador comum com a história da prática jurisprudencial inglesa e galesa.

No entanto, a publicação da Carta Canadiana dos Direitos e Liberdades de 29 de Março de 1982 (artigo 24.º, n.º 2) veio alterar este estado de coisas¹⁶.

Dispõe a Carta Canadiana dos Direitos e Liberdades (artigo 24.º, n.º 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*”).

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).

¹⁵ Naturalmente conexionadas com as normas estabelecidas pelo **Code C** (“Detention, treatment and questioning”) aprovado pelo **Police and Criminal Evidence Act 1984**, um dos oito códigos de práticas (A a H) nele inserido.

¹⁶ Sob a epígrafe “*Enforcement*”, dispõe o artigo 24.º da Carta:

“Enforcement of guaranteed rights and freedoms

24. (1) *Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.*

Exclusion of evidence bringing administration of justice into disrepute

(2) *Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.”*

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 critérios não constituem inovação, 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 ilícitamente obtida, sim os efeitos da exclusão da prova 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 canadano 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.

Já por referência à abundante **jurisprudência norte-americana**, é comum acentuar-se que a primeira afirmação da existência de uma regra de exclusão da prova surge com o caso *Weeks v. US* (1914).

Esta afirmação apenas é verdadeira para os casos criminais na medida em que a primeira formulação da regra surge no caso *Boyd v. US* (116 US 616, de 1886), caso de natureza não criminal onde estava em causa a cobrança de direitos alfandegários à sociedade E.A Boyd & Sons e a possível imposição da obrigação de produção de prova documental potencialmente incriminatória (“*self-incriminating evidence*”), conduzindo a uma possível violação da 5.^a emenda da Constituição dos Estados Unidos¹⁷.

Mas, de facto, a primeira formulação com pendor criminal surge em 1914, no caso *Weeks*¹⁸, com base exclusiva na violação da 4.^a Emenda, na

¹⁷ V. g. “*The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*” — 2.^a edition, 2005, Edited by Kermit L. Hall, pág. 95.

¹⁸ *Weeks v. US*, 232 US 383 (1914) — Justice William Day.

medida em que o julgamento assentara numa busca sem mandado, efectuada por um Marshall, à residência de Weeks¹⁹.

Apesar de o acórdão não explicitar de forma clara o fundamento da exclusão da prova assim obtida, a interpretação conjugada do seu texto com o fundamentado em *Boyd v. US* apontava já para a limitação dos poderes do executivo, considerando que uma busca excedendo os poderes constitucionalmente reconhecidos aos agentes policiais deveria ser considerada nula e tratada em conformidade, não sendo permitido o seu uso como prova²⁰.

O “*rationale*”, o fundamento da regra, seria, assim, a necessidade de resguardar a “*integridade judicial*”.

No que nos interessa, a caso *Weeks* limitou os seus efeitos à prova directamente obtida da violação de um direito constitucional. De facto, apenas os livros, cartas, papéis, notas, apólices de seguro, certificados, títulos e outros documentos, objectos e dinheiro obtidos em duas buscas realizadas pela polícia na sua residência estiveram em causa na análise do tribunal.

Esta jurisprudência, como aliás se infere do seu próprio texto, apenas se aplicava ao governo federal, pelo que se inicia uma jurisprudência contraditória ao nível dos vários tribunais estaduais, de que a mais sonante foi a afirmação do Justice Benjamin Nathan Cardozo (então no New York Court of Appeals) de que perante a regra de Weeks “*the criminal goes free because the constable has blundered*”²¹.

Será no caso *Silverthorne Lumber*²² que o tribunal estenderá a regra de Weeks quer à prova directamente obtida, quer à indirectamente obtida e onde se estabelecerá a primeira excepção à regra, a excepção da fonte independente.

Se em *Weeks* o fundamento da regra, é a necessidade de resguardar a “*integridade judicial*”, já em *Mapp v. Ohio*²³ o fundamento da existência e aplicação da regra passa a ser encarado como uma forma privilegiada e necessária para desencorajar condutas policiais ilícitas, um efeito dissuasor (o “*deterrence effect*”).

Não obstante, em *Terry v Ohio* (392 US 1, de 1968, Chief Justice Warren) vem a reconhecer-se que o poder judicial é incapaz de regular a maior parte das más condutas policiais e a constatar que o “*deterrence effect*” não é o único fundamento da “*exclusionary rule*”. Assim, o imperativo de “*integridade judicial*” volta a ser reafirmado com base na ideia de que uma conduta ilícita levada a cabo por agentes governamentais não pode ser encarada como uma conduta lícita para a produção de prova válida em tribunal.

¹⁹ Até esta data as buscas sem mandado eram lícitas por se considerar que prevaleciam as necessidades da justiça sobre os direitos do indivíduo, uma manifestação das tradições da “*common law*” que igualmente influenciava a jurisprudência norte americana.

²⁰ V. g. “*The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*” — 2.^a edition, 2005, Edited by Kermit L. Hall, pág. 1080.

²¹ In *People v. Defore*, 1926. Em tradução livre, “o criminoso sai em liberdade porque o agente foi trapalhão, desajeitado”.

²² *Silverthorne Lumber C.^a v. US*, 251 US 385 (1920) — Justice Holmes.

²³ *Mapp v. Ohio*, 367 US 643 (1961) — Justice Clark.

Temos, assim, uma dupla razão de ser da prática jurisprudencial, esta “*judge made rule*”, um duplo “*rationale*”: a integridade judicial e um efeito dissuasor.

Mapp v. Ohio — considerado o ponto alto de desenvolvimento da doutrina — é entendido como um caso paradigmático por estender a aplicação da regra de exclusão da prova aos Estados e a própria decisão constatou que uma década após *Wolf* apenas haviam sido produzidas “inúteis e fúteis” alternativas à regra de exclusão da prova.

Temos, assim, que desde 1914, o U.S. Supreme Court tem vindo a elaborar aquela que ficou conhecida pela expressão utilizada em *Nardone II* pelo Juiz Frankfurter, “*fruit of the poisonous tree*”, mas que mais apropriadamente se deveria referir como “*taint doctrine*” ou “*doutrina da nódoa*”, sendo a “*fruit of the poisonous tree*” o cerne da doutrina, a referência expressa aos meios de prova contaminados pela mácula da ilicitude e seus efeitos possíveis.

A centralidade da doutrina repousa, pois, nas consequências possíveis da ilicitude na obtenção de prova. 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) — e até onde — 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.

Na essência a doutrina assentou na interpretação e aplicação da 4.^a Emenda²⁴ do Bill of Rights 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.

Para tal o tribunal estabelece um nexo de causalidade entre eventos seguindo uma cadeia de factos desde a inicial violação de direitos constitucionais até aos seus “*produtos*” (“*frutos*”) probatórios primários e secundários. A regra aplica-se não apenas aos produtos probatórios directamente obtidos pela violação dos direitos constitucionais, mas também à prova (“*frutos*”) indirectamente derivada da violação²⁵.

«A esta regra foram sendo adicionadas várias limitações ou excepções (“*limitations*” ou “*exceptions*”)²⁶, designadamente:

- A excepção da “*fonte independente*” (“*independent source exception*”)
- fixada desde logo na decisão *Silverthorne Lumber C.^a v. US* — que

²⁴ Hoje entende-se pacífico que a doutrina é aplicável às violações das 4.^a, 5.^a, 6.^a e 14.^a emendas.

²⁵ V. g. “*Criminal Procedure — Examples and Explanations*”, 2.^o Edition, BLOOM, Robert and BRODIN, Mark, Little, Brown and Company, 1996, 197.

²⁶ Convém chamar a atenção para aquela que é uma limitação da regra de exclusão da prova e vista por alguns como uma outra excepção, a “*standing doctrine*”, a definição daqueles que têm legitimidade para invocar a possibilidade de aplicação da regra de exclusão da prova. Esta consiste na afirmação de apenas aqueles que viram violados os seus direitos cons-

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.
- A excepção da “nódoa (ou mácula) dissipada” (“*Cleansed — ou purged — taint exception*”) — com origem nas decisões *Nardone (II)* e *Wong Sun*²⁷, estabelecendo que uma prova, mesmo que proveniente de prova ilegal, seja aceite sempre que apresente autonomia suficiente para “dissipar a nódoa”, o que pode ocorrer com 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.
- A excepção da “boa fé da conduta policial” (“*good-faith exception to the exclusionary rule*”) — defendida por decisão ²⁸ no caso *U. S. v. Leon*, 468 US 897 (1984), assente no tipo de conduta levada a efeito pelos agentes do governo.»²⁹

Mais recentemente a decisão ***Herring v. U.S.*** — 000 U.S. 07-513 (14-01-2009), vem a confirmar a aceitação da excepção da boa-fé na conduta policial, não obstante o resultado da votação se tenha mostrado, de novo, longe da unanimidade³⁰.

Herring foi detido na sequência da existência, numa base de dados computadorizada, de um mandado de prisão e detinha na sua posse drogas (metanfetaminas) e uma arma (pistola).

titucionais poderem beneficiar da exclusão da prova ilícita, mesmo que se trate do mesmo processo com vários arguidos (*Rakas v. Illinois* — 439 US 128, de 1978).

Depois de alguma flutuação — que passou por um alargamento da “legitimidade” para arguir a violação de direitos constitucionais até à afirmação de uma “legitimidade automática” (*Jones v. US* — 362 US 257, de 1960) — o tribunal veio a estabelecer um critério de “*análise de expectativa de privacidade*” para definir quem pode invocar a violação de direitos constitucionais com o consequente benefício da exclusão da prova ilícita (*Katz v. US* — 389 US 347, de 1967). A “análise de expectativa de privacidade” é referida ao concreto agente objecto da busca (4.ª Emenda) e atende, também, a uma análise do direito de propriedade dos locais objectos de busca (*Rawlings v. Kentucky* — 448 US 98, de 1980). Esta última decisão estabelece, igualmente, uma dualidade de análise na questão de facto: a legitimidade para invocar a violação de direitos; a ilegalidade da busca. E determina que, sendo duas questões separadas, a primeira deve ser prioritariamente resolvida.

²⁷ *Wong Sun v. US* — 371 US 471 (1963) — Justice Brennan.

²⁸ A decisão tem declarações de discordância dos Justice Brennan e Marshall, preocupados com o gradual estrangulamento da “*exclusionary rule*”.

²⁹ Como afirmámos, na essência, no nosso texto “*Das nulidades à “fruit of the poisonous tree doctrine” — (Escutas telefónicas e efeito à distância)*”, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, 729-730.

³⁰ De facto, a decisão, aprovada por cinco votos, tem a discordância de quatro dos Justice, com relevo para o voto de discordância do Justice Ginsburg.

Verificou-se, posteriormente, que o mandado tinha sido anulado meses antes, mas que essa anulação não havia sido introduzida na base de dados.

Não obstante requerida pelo acusado a exclusão da prova obtida no momento da sua prisão (droga e arma), os tribunais (o District Court, o tribunal de apelação do 11.º Circuit e o US Supreme Court) consideraram que a prova era admissível com base na excepção da boa-fé da conduta policial resultante de *US v. Leon*, com o argumento de que a exclusão da prova apenas serve para “evitar condutas deliberadas, temerárias e grosseiramente negligentes ou, em certas circunstâncias, recorrentes ou sistémicas negligências”, o que não era o caso.

Na essência, considerou-se que a conduta policial deve ser suficientemente deliberada para que a exclusão da prova tenha significado dissuasor e suficientemente reprovável para que as consequências desse efeito dissuasor valham o preço pago pelo sistema de justiça pela exclusão da prova.

O US Supreme Court sumariou assim a decisão: “*In circumstances where police mistakes leading to an unlawful search under the Fourth Amendment are the result of isolated negligence attenuated from the arrest, rather than systemic error or reckless disregard of constitutional requirements, the exclusionary rule does not apply*”.

Ideia que vem na senda do já explanado em anteriores decisões. A aplicação da regra de exclusão da prova, sendo uma solução de último recurso (ou o único recurso, no dizer do Justice Ginsburg no seu voto de vencido na decisão *Herring v. US* e já defendido em *Elkins v. US*)³¹ está intimamente relacionada com o efeito dissuasor sobre condutas policiais e não é vista como remédio para garantir, directamente, direitos constitucionais³².

Por isso que não seja de aplicação reflexa ou automática, mas exija uma ponderação, efectuada caso a caso, entre a efectividade do efeito dissuasor sobre condutas policiais que ofendam direitos constitucionalmente consagrados e o preço a pagar por negar informação ao processo de procura da verdade material³³.

Herring v. U.S. é, assim, o mais recente e relevante contributo da juris-

³¹ “Beyond doubt, a main objective of the rule “is to deter — to compel respect for the constitutional guaranty in the only effectively available way — by removing the incentive to disregard it”. *Elkins v. United States*, 364 U. S. 206, 217 (1960).”

³² Citação em *Illinois v. Krull*, 480 US 340 (1987): “Application of the exclusionary rule “is neither intended nor able to cure the invasion of the defendant’s rights which he has already suffered”. *United States v. Leon*, 468 U.S., at 906. ...Rather, the rule “operates as a judicially created remedy designed to safeguard Fourth Amendment rights generally through its deterrent effect, rather than a personal constitutional right of the party aggrieved.” 468 U.S., at 906 , quoting *United States v. Calandra*, 414 U.S., at 348”.

³³ *Illinois v. Krull*, “As with any remedial device, application of the exclusionary rule properly has been restricted to those situations in which its remedial purpose is effectively advanced. Thus, in various circumstances, the Court has examined whether the rule’s deterrent effect will be achieved, and has weighed the likelihood of such deterrence against the costs of withholding reliable information from the truth-seeking process”.

prudência norte-americana nesta busca, que parece infundável, de um conjunto de regras operativas que ilumine a candente questão da exclusão da prova.

A divisão de votos (cinco contra quatro) e uma tentativa falhada de resolver esta questão jurisprudencial por via legislativa³⁴ auguram futuros desenvolvimentos nesta matéria, sempre dependente da constituição do tribunal, visto que este é um tema político fracturante de relevo na sociedade norte-americana, surgindo a consagração da excepção da *“boa fé da conduta policial”* como um elemento restritivo na aplicação da *“fruit of the poisonous tree doctrine”*.

3. OS FACTOS PERTINENTES NO CASO GÄFGEN CONTRA A ALEMANHA

Regressando à velha Europa, passemos em revista os factos no processo Gäfgen contra a Alemanha

J, de doze anos de idade, filho mais novo de uma família de banqueiros de Frankfurt am Main foi morto em 27 de Setembro de 2002 por M. Magnus Gäfgen (o acusado), estudante de direito, depois de este o ter atraído ao seu apartamento com o pretexto de que a irmã daquele ali havia deixado uma peça de roupa.

De seguida Magnus Gäfgen depositou uma carta na residência dos pais de **J** informando-os que este havia sido raptado por várias pessoas e que não voltariam a ver o seu filho se não entregassem um milhão de euros aos raptores. Magnus Gäfgen dirigiu-se, então, de viatura para um lago situado numa propriedade privada, a cerca de uma hora de Frankfurt onde dissimulou o corpo num cais ali existente.

A 30 de Setembro de 2002, pela uma hora da manhã, Gäfgen apodehou-se do dinheiro do resgate numa estação de eléctricos, momento em que passou a ser vigiado pela polícia. Veio a depositar parte do dinheiro do resgate numa sua conta bancária e ocultou o restante no seu apartamento. Nesse mesmo dia foi detido pela polícia no aeroporto de Frankfurt.

Conduzido ao comando da polícia de Frankfurt foi informado pelo inspector **M** de que o haviam detido pelo rapto de **J** e informado dos seus direitos, designadamente o de guardar silêncio e o de consultar um advogado.

Iniciado o interrogatório Gäfgen afirmou que **J** havia sido raptado por outras duas pessoas, consultou um advogado durante meia hora, a seu pedido, e acordaram prosseguir o interrogatório na manhã seguinte.

Na manhã seguinte apresentou-se a Gäfgen o inspector **E** que, a mando do Director-adjunto **D** da polícia de Frankfurt, disse a Gäfgen que iria ser sujeito a um interrogatório extremamente doloroso às mãos de um agente especialmente treinado para esse fim se não revelasse o paradeiro de **J**.

³⁴ O proposto e não aprovado “*Exclusionary Rule Reform Act of 1995*”.

O acusado também alegou que o inspector **E** o ameaçou de o trancar numa cela com dois negros corpulentos que abusariam dele sexualmente. Foi também agredido pelo inspector **E** com um murro e abanões de forma a bater com a cabeça na parede pelo menos por uma vez. Gäfgen após dez minutos de interrogatório, revelou a localização de **J**, dispondo-se a ir ao local mas acompanhado do inspector **M**.

Acompanhado desse inspector e de outros agentes, mas sem o inspector **E**, Gäfgen dirigiu-se ao local onde a polícia veio a descobrir o corpo de **J** no cais do lago por ele indicado. Foi efectuada reportagem vídeo.

No local foram descobertas as marcas dos sapatos do acusado e os rastros dos pneus do carro de Gäfgen. No caminho de regresso Gäfgen confessou ter raptado e morto **J** e indicou contentores onde se encontravam materiais escolares, roupa que **J** usava no momento do rapto e a máquina de escrever usada para escrever a carta do pedido de resgate. No apartamento de Gäfgen foi encontrada a maior parte do resgate e uma nota de planificação do crime.

O acusado consultou o seu advogado — constituído por sua mãe — no seu regresso à esquadra de polícia (a 1 de Outubro de 2002, portanto). A autópsia, realizada a 2 de Outubro de 2002, veio a indicar que a morte ocorrera por asfixia.

Magnus Gäfgen veio a manter a sua confissão quando interrogado pela polícia a 4 de Outubro de 2002, pela acusação pública (a 4, 14 e 17 de Outubro) e por um Juiz (a 30 de Janeiro de 2003).

E e **D** agiram no convencimento de que **J** ainda estava vivo, pretendendo salvá-lo o mais rapidamente possível atendendo ao frio que se fazia sentir. Ambos foram condenados pelo Tribunal Regional de Frankfurt am Main.

Em 20 de Dezembro de 2004 **E** e **D** vieram a ser condenados pela prática de um crime de coacção exercida por um agente público em penas de multa, suspensas e em regime de prova. **D** veio a ser transferido para o Ministério do Interior do Land de Hesse e **E** foi proibido de pôr em execução medidas relevantes na perseguição de infracções penais.

O julgamento em 1.^a instância iniciou-se a 9 de Abril de 2003 e o acusado, no seu decurso, prestou declarações confessórias.

Gäfgen veio a ser condenado em 28 de Julho do mesmo ano em pena de prisão perpétua.

Estes são os factos que sustentaram a decisão no caso Gäfgen v. Alemanha na 5.^a secção do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (T.E.D.H.) a 30 de Junho de 2008 (Proc. N.º 22978/05).

4. OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO NO CASO GÄFGEN CONTRA A ALEMANHA

No que agora nos interessa, o T.E.D.H. concluiu que o requerente (arguido) já não se podia considerar uma vítima para os efeitos do artigo 3.º

e pela inexistência de violação do artigo 6.º, ambos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Para se entender tal decisão é necessário constatar que o T.E.D.H. comprovou que os tribunais alemães, nomeadamente o Tribunal Regional de Frankfurt am Main, reconheceram de forma “explícita e inequívoca” que o tratamento infligido ao acusado pelo inspector **E** e pelo Director-adjunto **D** durante o interrogatório de 1 de Outubro de 2002 foi contrário ao disposto no artigo 3.º da Convenção (§ 77.º).

O T.E.D.H considerou, no entanto, que a condenação aplicada aos agentes policiais **E** e **D**, apesar da relativa clemência das penas, constituía substancial reparação da violação, a acrescer à sua transferência para postos onde não lidariam mais com investigações criminais.

Para além disso e já no âmbito da análise dos parâmetros de um julgamento equitativo em processo penal, o tribunal reconheceu que haviam sido excluídas do processo as provas proibidas na medida em que todas as declarações e confissões do arguido durante a investigação — obtidas em violação do artigo 3.º da C.E.D.H. — não puderam ser utilizadas como prova válida no tribunal de Frankfurt am Main.

A não atendibilidade dessas “*provas proibidas*” no processo penal restabeleceu, no entender do Tribunal, o “*statu quo ante*” e tal decisão serviu para desencorajar a obtenção de declarações em violação do artigo 3.º da Convenção.

E, não obstante estarem ainda pendentes os procedimentos de uma acção de responsabilidade administrativa proposta pelo acusado contra o *Land* de Hesse, a condenação criminal dos agentes policiais — tendo em conta que se tratou de uma ameaça de maus tratos e não de maus tratos efectivamente infligidos — constituiu uma correcção da violação praticada e atestou, de forma inequívoca, que o acusado fora vítima de práticas proibidas pelo artigo 3.º da Convenção, de forma mais substancial do que uma mera reparação monetária.

5. A PROVA ATENDIDA E A PROVA EXCLUÍDA NO CASO GÄFGEN CONTRA A ALEMANHA

Arguiu o acusado perante o T.E.D.H. — em sede de violação do artigo 6.º da Convenção — que os tribunais internos haviam atendido a prova que, no seu entender, deveria ter sido excluída da ponderação final, designadamente, o resultado da autópsia ao corpo de **J**; os traços dos pneus deixados pela sua viatura; as marcas dos seus sapatos; as roupas, material escolar de **J** e a máquina de escrever que servira para a chantagem, todos eles com origem na sua confissão ilegalmente obtida.

O raciocínio do requerente assentou no argumento de que todas as provas atendidas para a sua condenação tiveram origem na sua confissão obtida por meio de ameaça de maus tratos, para tanto invocando o acórdão *Jalloh*

v. *Alemanha* do T.E.D.H., a violação do artigo 136.º do StPO alemão e o artigo 3.º da Convenção e, sendo tais elementos determinantes na sua condenação, concluiu que o processo não fora equitativo.

O T.E.D.H., reconhecendo que a obtenção de prova em violação do direito ao silêncio do arguido e do direito de não contribuir para a sua própria incriminação são standards normativos internacionais reconhecidos e que estão no cerne da noção de processo equitativo tal como garantidos pelo artigo 6.º da Convenção, centrou a razão de ser de tais princípios, entre outros, na protecção do acusado contra um constrangimento abusivo por parte das autoridades a fim de evitar erros judiciais.

Em particular, o direito de não contribuir para a sua própria incriminação assenta na ideia de que a acusação deve fundar a sua argumentação sem recorrer a métodos de coerção ou opressão contra a vontade do acusado [*Saunders* c. UK de 17-12-1996 (§ 68) e *Heaney and McGuinness* c. UK de 21-12-2000 (§ 40)].

Partindo para a análise do caso concreto, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem passa em revista a jurisprudência já fixada, recordando o que para o T.E.D.H. é relevante:

- Que, no conjunto é necessário averiguar se os direitos da defesa foram respeitados, em particular se o acusado teve a possibilidade de contestar a autenticidade das provas e de se opor à sua utilização;
- De ser de levar em conta a qualidade das provas e verificar se as circunstâncias da sua obtenção colocam em dúvida a sua credibilidade ou a sua “autenticidade”³⁵ [*Khan* c. Reino Unido, de 12 Maio 2000 (§§ 35 e 37), *Allan* c. Reino Unido, de 05-11-2002 (§ 43) e *Heglas* c. República Checa, de 01-03-2007 (§ 86)];
- Que não cabe ao T.E.D.H. discutir a admissibilidade das provas apresentadas — matéria, prima facie, da competência dos tribunais internos [*Schenk* c. Suíça, de 12-07-1988 (§§ 45-46), *Teixeira de Castro* c. Portugal de 09-06-1998 (§ 34) e *Heglas* § 86];
- Mas lhe incumbe determinar se o processo foi, no seu todo, um processo justo, equitativo; o que implica o exame da “ilegalidade” da obtenção de prova e, no caso de se tratar de uma violação de um direito protegido pela Convenção, analisar a natureza dessa violação [*Khan* § 34, *Allan* § 42 e *PG e JH* c. Reino Unido, de 25-09-2001 (§ 76)], já que o uso de tais elementos, obtidos graças à violação de um dos direitos que constituem o núcleo duro da Convenção, suscita sempre graves dúvidas quanto à equidade do processo [*Içoz* c. Turquia, de 09-01-2003; *Jalloh* §§ 99, 104, *Goçmen* c. Turquia, de 17-10-2006 (§ 73); *Haroutyunian* c. Arménia, de 28-06-2007 (§ 63)];

³⁵ “Exactitude” na versão francesa, “accuracy” na versão inglesa.

- E que a propósito do uso como prova de declarações e confissões obtidas como resultado directo de tortura (*Haroutyunian* §§ 63, 66) ou outros maus tratos em violação do artigo 3.º da Convenção, independentemente do seu peso na condenação do acusado (*Goçmen* §§ 74, 75) tornam o processo, no seu todo, não equitativo.
- Quanto aos meios de prova real obtidos em consequência directa de actos de violência, pelo menos os resultantes de tortura, seja qual for o seu valor probatório, não devem nunca ser invocados para provar a culpabilidade do acusado vítima de tais actos, sob pena de “conferir uma aparência de legalidade à brutalidade” (*Jalloh*, § 105-107).

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem veio a concordar com a decisão do tribunal regional de Frankfurt am Main — tomada no primeiro dia de julgamento e no cumprimento do artigo 136.º, 3.º, do Código de Processo Penal alemão³⁶ — de excluir como meios de prova atendíveis a confissão e restantes declarações do arguido, prestadas durante a investigação³⁷, emitindo o juízo de que tal decisão havia recolocado o acusado no statu quo ante, que a legislação e a prática do Estado tinham operado consequências quanto aos actos ilícitos praticados e que, dessa forma, se havia suficientemente condenado e prevenido futuras obtenções de meios proibidos de prova em violação do artigo 3.º da Convenção.

Mais veio a considerar que havia elementos de prova não viciados, designadamente as suas declarações finais em julgamento já depois de ter rece-

³⁶ Art. 136a do CPP alemão sobre métodos proibidos de interrogatório (na tradução para inglês do texto do próprio acórdão do TEDH): “(1) *The freedom of the accused to make decisions and to manifest his will shall not be impaired by ill-treatment, induced fatigue, physical interference, the administration of drugs, torment, deception or hypnosis. Coercion may be used only in so far as it is permitted by the law on criminal procedure. Threatening the accused with measures that are not permitted under the law on criminal procedure or holding out the prospect of an advantage that is not contemplated by statute shall be prohibited.*

(2)
 (3) *The prohibition under subsections (1) and (2) shall apply even if the accused has consented [to the proposed measure]. Statements obtained in breach of this prohibition shall not be used [in evidence], even if the accused has agreed to their use.*”

³⁷ É este o cerne da decisão do tribunal de Frankfurt, citada no acórdão do T.E.D.H. (tradução do próprio acórdão): “On the contrary, there is no long-range effect of the breach of Article 136a of the Code of Criminal Procedure meaning that the items of evidence which have become known as a result of the statement may likewise not be used [as evidence]. The Chamber agrees in this respect with the conciliatory view (*Mittelmeinung*) taken by scholars and in court rulings ... according to which a balancing [of interests] in the particular circumstances of the case had to be carried out, taking into account, in particular, whether there had been a flagrant violation of the legal order, notably of provisions on fundamental rights, and according to which the seriousness of the offence investigated also had to be considered. Balancing the severity of the interference with the defendant’s fundamental rights — in the present case the threat of physical violence — and the seriousness of the offence he was charged with and which had to be investigated — the completed murder of a child — makes the exclusion of evidence which has become known as a result of the defendant’s statement — in particular the discovery of the dead child and the results of the autopsy — appear disproportionate”.

bido “*informação qualificada*” sobre a validade das provas obtidas, assim como outros elementos de prova como o depoimento da irmã de **J**, a carta de chantagem e a nota sobre a planificação do crime encontrados no seu apartamento. E a autenticidade da confissão do acusado foi verificada e sopesada com outros elementos de prova, igualmente não viciados, tais como o resultado da autópsia quanto à causa da morte, o traço dos pneus deixados junto ao lago pela viatura do acusado, o dinheiro do resgate encontrado no seu apartamento ou na sua conta bancária.

O Tribunal mais afirmou que, mesmo sem a confissão (legal) do acusado em audiência de julgamento, o processo continha provas abundantes que permitiam concluir pela prática, pelo menos, de um crime de rapto com pedido de resgate.

Temos assim que, do acervo de provas obtidas contra o acusado o tribunal excluiu, porque viciadas: as confissões e restantes declarações do arguido obtidas durante a investigação, as marcas dos seus sapatos, as roupas e material escolar de **J**.

Admitiu, porque não viciadas, a confissão do arguido nas suas últimas declarações em audiência de julgamento (prestadas após “*informação qualificada*”) o resultado da autópsia ao corpo de **J**; os traços dos pneus deixados pela sua viatura; a carta de chantagem, a nota sobre a organização do crime e o dinheiro do resgate encontrado no seu apartamento e depositado na sua conta bancária.

6. CONCLUSÕES NECESSARIAMENTE PROVISÓRIAS

Esta era, pois, a posição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na altura em que foi lavrada a decisão da 5.^a secção.

Dela ressalta, desde logo, uma similitude com a jurisprudência norte-americana: o “*rationale*” da decisão.

Aqui, a razão de ser da decisão também assenta numa dupla visão: a necessidade de resguardar a “*integridade judicial*” (a referência a *Jalloh* e a indispensabilidade de evitar “*conferir uma aparência de legalidade à brutalidade*” bem como a possibilidade de ocorrerem “*erros judiciais*”), assim como a necessidade de desencorajar condutas policiais ilícitas que constituam uma violação de um direito protegido pela Convenção (o “*constrangimento abusivo*” por parte das autoridades), a suscitar sempre graves dúvidas quanto à equidade do processo (o “*deterrence effect*”).

Uma diferença de monta, no entanto, nesta sede. O T.E.D.H encara a exclusão da prova como um remédio directamente resultante de uma violação de um direito. O US Supreme Court, mais pragmático, encara a violação do direito como um mero ponto de partida para a ponderação do “*deterrence effect*” via exclusão da prova como forma de obviar a novas violações.

Surpreende-se outro ponto de convergência, aliás dificilmente evitável: o estabelecimento de uma regra de causalidade entre a conduta ilícita e a admissibilidade ou inadmissibilidade da prova dela resultante.

Convergência que levou, primeiro o tribunal de Frankfurt am Main à aplicação da regra de Weeks, pela exclusão da prova, depois o T.E.D.H., num aceno concordante, a considerar que essa exclusão da prova havia reconduzido o processo a um *“statu quo ante”* e que a decisão servira para desencorajar a obtenção de declarações em violação do artigo 3.º da Convenção.

Ou seja, quer o tribunal de Frankfurt am Main, quer o T.E.D.H., fizeram uma clara aplicação dos efeitos da *“fruit of the poisonous tree doctrine”*, com aplicação do efeito à distância quer à prova directa quer à indirectamente obtida.

É evidente, igualmente, a aceitação de um raciocínio idêntico à excepção da *“nódoa (ou mácula) dissipada”*, na medida em que as declarações do acusado em julgamento, foram aceites pelo Tribunal de Frankfurt am Main, como prova válida.

Mas não, pelo menos expressamente, por referência ao critério norte-americano (não enquanto *“acto independente praticado de livre vontade”*, enquanto *“acto posterior esclarecido”*), sim como — uma *“continentalidade”* indesmentível — o resultado de uma *“ponderação de interesses”* entre a intensidade da violação dos direitos fundamentais do acusado e a seriedade dos factos imputados, que o levou a excluir o *“efeito à distância”* com a consequente não exclusão das declarações do acusado em julgamento.

Esta *“ponderação de interesses”* parece-nos critério largamente deficitário na aplicação ao caso concreto (aliás, a todos os casos em que se pretenda determinar a aplicabilidade do efeito à distância) já que exigirá sempre uma abordagem com um critério suplementar mais específico e concreto.

E não nos parece que o T.E.D.H. possa encontrar critério mais específico e neutro que o já utilizado pelo US Supreme Court, o *“acto independente posterior e esclarecido praticado de livre vontade”*.

Aliás, é de notar que o acrescento *“informação qualificada”* revela uma diferença de monta (a jurisprudência norte-americana apenas fala em *“acto posterior e esclarecido”* o que, no caso Gäfgen conduziria à aceitação das declarações do arguido em investigação após consulta com o advogado constituído).

Esta *“informação qualificada”* permitiu ao Tribunal de Frankfurt am Main (e ao T.E.D.H.) a aceitação do efeito à distância relativamente às declarações do acusado, ainda em investigação, mas já acompanhado do advogado nomeado por sua mãe. Não obstante o acto ter sido praticado de livre vontade, a ausência de *“informação qualificada”* (só prestada em audiência de julgamento), reconduziu aquelas declarações do arguido à categoria de prova nula, algo que não ocorreria se a exigência se ficasse pelo *“acto posterior e esclarecido”*.

Por outro lado, apesar de inexistência de fundamentação nesse sentido, não se nos suscitam grandes dúvidas de que a aceitação do relatório de autópsia (aliás, do corpo de J, seguido de autópsia) é uma manifestação de aceitação da ideia que está na base da formulação da excepção da *“descoberta inevitável”* já que o corpo seria descoberto *“inevitavelmente”*, mesmo

que mais tarde, através de outro qualquer tipo de ocorrência (não necessariamente de investigação).

São, pois, vários pontos de convergência entre duas jurisprudências com percurso assaz distinto mas que parecem condenadas a um encontro no futuro, mesmo com distinta terminologia e distintas metodologias de abordagem.

Aguardemos, então, que a Grande Chambre do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem consiga os dois objectivos que, aliás, se antevêm difíceis de alcançar: a definição de uma jurisprudência que unifique no espaço europeu uma visão coerente da regra de exclusão da prova e do efeito à distância; a ultrapassagem dos problemas de disparidade de sistemas jurídicos europeus e de índole “*diplomática*” que têm evitado o surgimento dessa jurisprudência por receio de uma simples “*colagem*” ao labor já centenário do US Supreme Court.

Para nós, o simples lavrar do acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em secção já é um passo de relevo para travar as tendências “*justicialistas*” das mentalidades jurídica e popular portuguesa, aquela com uma tendência inata para aceitar argumentos de “*coisificação*” ou “*materialização*”³⁸ da prova no processo, esta — arrastada pelo ruído mediático — a exigir a pena de Talião a qualquer preço, sob pena de acenar com o fantasma da crise da justiça.

Para mais quando já é aceite pela jurisprudência portuguesa, de início timidamente, agora de forma expressa, a plena operatividade da *taint doctrine*, na sua formulação mais popular, *fruit of the poisonous tree*.

De facto, o Supremo Tribunal de Justiça entreabriu a porta para aceitar discutir a doutrina do fruto da árvore envenenada no seu acórdão de 05-01-2005³⁹ e aí admitiu discutir os «efeitos consequenciais — o chamado efeito à distância, “*Fernwirkung des Beweisverbot*” ou, na formulação americana, *fruit of the poisonous tree*» e aceitou o efeito à distância, embora em versão mitigada, no acórdão de 6 de Maio de 2004⁴⁰.

Por seu turno, no acórdão n.º 198/2004⁴¹ o Tribunal Constitucional admitiu explicitamente a “*fruit of the poisonous tree doctrine*”, historiou-a e aceitou uma das suas excepções, a excepção da *nódoa (ou mácula) dissipada*, através de declarações confessórias do arguido.

Mais recentemente o STJ, em acórdão de 20-02-2008⁴² explicitamente afirmou em duas das suas proposições sumariadas, numa aceitação total da *taint doctrine*:

IV — O art. 122.º do CPP é um afloramento do problema denominado de «efeito à distância», ou seja, quando se trata de indagar

³⁸ Jurisprudência portuguesa, datada no tempo, que entendeu defender que a prova existente (materializada) no processo era atendível mesmo que ilicitamente obtida.

³⁹ Supremo Tribunal de Justiça — Proc. 04P3276, sendo relator o Cons. Henriques Gaspar.

⁴⁰ Supremo Tribunal de Justiça — Proc. 04P774, sendo relator o Cons. Pereira Madeira.

⁴¹ Decisão de 24-03-2004. Proc. 39/94 — 1.ª Secção — sendo Relator o Cons. Moura Ramos.

⁴² Proc. n.º 07P4553, sendo relator o Cons. Armindo Monteiro.

da comunicabilidade ou não da valoração aos meios secundários da prova tornados possíveis à custa de meios ou métodos proibidos de prova.

V — Uma longa evolução jurisprudencial, de que dá nota o Ac. do TC n.º 198/04, de 24-03-2004 (DR, II Série, de 02-06-2004), exemplificou os casos em que aquele efeito à distância se não projecta, os casos em que a indissolubilidade entre as provas é de repudiar, por não verificação da árvore venenosa, reconduzindo-os a três hipóteses que o limitam: a chamada limitação da fonte independente, a limitação da descoberta inevitável e a limitação da mácula «(nódoa) dissipada».

Que são passos essenciais no sentido de esclarecer minimamente a nebulosa legislativa resultante dos artigos 32.º, n.º 8, da CRP e 118.º, n.º 3, 122.º e 126.º do Código de Processo Penal e das correntes e contra-correntes jurisprudenciais portuguesas sobre a exclusão da prova, disso não temos dúvidas.

Coimbra, 31 de Março de 2010