



## EFEITO À DISTÂNCIA: TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA<sup>1</sup>

123

José Bunga Paulo ANDRÉ<sup>2</sup>

### Introdução

A prova tem papel fundamental em nosso ordenamento jurídico, garantindo uma melhor aplicabilidade da justiça, sendo essa fundamentada nos principais princípios constitucionais, como o devido processo legal, a ampla defesa, a verdade real ou primazia da realidade, entre outros.

Muitas vezes no âmbito das investigações penais, os órgãos de polícia criminal acabam por “atropelar” as regras legalmente consagradas, acabando por alcançar determinadas provas partindo de meios de prova que não são legalmente admissíveis. Muitas vezes, os órgãos de polícia criminal acabam por se basear na ideia de que os fins justificam os meios, partindo de pressupostos de prova que são ilicitamente obtidos, que podem ou não ter repercussões não só na prova que deriva directamente desta prova que está ferida de vícios, mas também em toda a investigação.

O novo Código de Processo Penal angolano é silencioso quanto à questão do efeito à distância, resolvendo a questão com base apenas numa parte de um preceito, que duvidoso como é, faz com que a doutrina e jurisprudência o interpretem de diversas formas.

Na presente sinopse pretende-se de forma sumária abordar sobre o efeito à distância, também conhecido por teoria do fruto da árvore envenenada, um tema esse pouco explorado e que o nosso ordenamento jurídico pouco ou quase nada se refere a ele.

<sup>1</sup> Artigo n.º 09/2023, disponível em <https://julaw.ao/efeito-a-distancia-teoria-dos-frutos-da-arvore-envenenada-jose-bunga-andre>, no dia 25/09/2023. O conteúdo deste artigo é de exclusiva e inteira responsabilidade do Autor, não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista da JuLaw. É permitida a reprodução deste texto e dos dados nele contidos, desde que citada a fonte e respeitados os direitos do Autor. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

<sup>2</sup> Jurista.



## 1. Breve referência sobre o conceito de prova

O núcleo essencial do tema do efeito à distância prende-se necessariamente com o conceito de prova, pois é a partir deste que se colocam as questões que havemos de abordar na presente sinopse.

A etimologia de prova provém do latim *probatio*, que significa razão ou argumento.

Em sede do processo, a prova consiste no conjunto de elementos que permitem ao juiz alcançar um grau de certeza e convicção na sua consciência relativamente a existência ou inexistência de um determinado facto, aparecendo como o suporte de afirmação, concretização e confirmação daquilo que se alega.

O Código Civil no seu artigo 341º, estabelece que “as provas têm como função a demonstração da realidade dos factos”, ou seja, face à alegação de um facto, o mesmo é confirmado através da respectiva prova que confirma a veracidade desse facto invocado.

É princípio básico de direito que cabe ao autor provar suas alegações (*actori incumbit probatio*) cfr. artigo 342º n.º 1 do CC.

No Direito Processual Penal, a prova assume um papel ainda mais preponderante, dado que, estando em causa bens jurídicos essenciais como a liberdade, a qualidade de prova tem de ser suficiente para não deixar qualquer dúvida ao julgador, uma vez que ao abrigo do princípio do *in dubio pro reo*, em caso de dúvida, obrigatoriamente o arguido é absolvido. Daí que, a prova assume-se como condição *sine qua non* para a criação de uma convicção no juiz que não deixe margem para questionar que determinada pessoa praticou determinado facto, não podendo haver uma condenação sem que existam provas que a sustente.

Destarte, nos termos do artigo 145º n.º do CPP “constituem objecto da actividade probatória os factos juridicamente relevantes para *averiguar da existência ou não de uma infracção penal e da punibilidade ou não do respectivo agente, para determinar a pena ou medida de segurança que lhe sejam aplicáveis e para declarar, havendo lugar a ela, a responsabilidade civil do arguido conexo com a sua responsabilidade criminal*. Em face a este conceito sobre a finalidade da prova, é visível perceber que a prova incide e suporta qualquer facto ligado à prática de um determinado crime. Tal como já se aludiu anteriormente, em processo penal, as exigências probatórias são maiores, obrigando o legislador a que, não obstante do **princípio da livre apreciação da prova** (artigo 147º do CPP), a condenação assente em critérios sérios e com certeza máxima que se alcançam através da prova carreada para o processo e que sustenta aquela determinada decisão.



## 2. Efeito à distância (teoria dos frutos da árvore envenenada)

O efeito à distância é uma problemática subjacente à matéria das proibições de prova, ao qual o legislador não deu resposta de forma clara, havendo assim uma certa lacuna legislativa que faz com que a doutrina e jurisprudência sejam forçadas a criar soluções, apoiando-se nomeadamente na doutrina e jurisprudência norte americana e alemã, com maior ênfase na norte americana onde se desenvolveu a teoria dos frutos da árvore envenenada. Esta teoria defende a existência de repercussões negativas nas provas derivadas de meios proibidos, mas consagra três exceções a esta ideia do efeito à distância: a fonte independente, descoberta inevitável e mácula dissipada.

A **teoria dos frutos da árvore envenenada** (em inglês, “*fruits of the poisonous tree*”) ou também conhecida como a **teoria da ilicitude por derivação ou contaminação**, é uma metáfora legal, na qual, se a prova originária é ilícita, as derivadas já nascem “mortas” e, seguindo este raciocínio, se a prova está contaminada, ela é ilícita e deve ser inadmitida de ofício pelo Juiz.

Para o doutrinador Eugênio Pacelli, a teoria nada mais é que a “simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas”.

Ademais, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada é estudada dentro da Teoria da Prova do Processo Penal, sendo essa a regra geral. No entanto, a mesma tese pode ser usada no Processo Civil, fundamentada na configuração do carácter ilícito da prova contaminada por derivação.

## 3. Exceções ao efeito à distância ou teoria dos frutos da árvore envenenada

O efeito à distância apresenta três exceções, sendo que a primeira surgiu na jurisprudência norte americana a propósito do caso *Silverthorne Lumber Co.v. United States*, segundo o qual “(...) *foi pensamento cristalino o de que se o conhecimento de factos obtidos ilegalmente o Governo não os pode aproveitar, já, e, diversamente, se “o conhecimento deles é adquirido por uma fonte independente (independent source) podem ser provados, como quaisquer outros...”*<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Excerto da sentença norte-americana, in. Acórdão do STJ, de 20-02-2008, proc. 07P4553, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).



Aqui, surgiu desde logo a primeira excepção ao efeito à distância: **a fonte independente**. Segundo esta excepção, há uma aceitação das provas que foram ou poderiam ter sido obtidas por via autónoma e lícita, mantendo-se como inadmissíveis as provas primárias ilícitas. Ora, na explicação de António de Jesus Teixeira, “quando as provas que se pretendam excluir (provas mediatas) derivam da prova proibida (primária), mas que na realidade derivam de uma fonte independente e autónoma, onde os órgãos formais de controlo haveriam de proceder em conformidade com todos os requisitos legais, não poderá ser aplicado o *tele efeito*”.

Outra excepção ao efeito à distância plasmada a nível jurisprudencial e doutrinal, é a **descoberta inevitável**, que teve como ponto de partida o caso *Nix v. Williams*, em 1984 em que estava em causa um interrogatório ilegal do arguido por violação de regras formais. Existe esta excepção quando se demonstre que não obstante a verificação de uma ilegalidade na actuação dos órgãos de polícia criminal ou outras entidades responsáveis pela actividade investigativa, uma outra actividade investigatória não levada a cabo, mas que seguramente iria ocorrer naquela situação se não fosse a descoberta verificada através da prova proibida, *conduzia inevitavelmente ao mesmo resultado* que foi alcançado através do recurso ao meio proibido. Ou seja, segundo esta excepção, deve ser admissível a prova quando se demonstre que o resultado obtido iria ser alcançado inevitavelmente através de outro comportamento investigatório.

A terceira e última excepção consagrada é a da **mácula dissipada**, que resultou do caso *Wong Sun v. United States* em 1963, em que estavam em causa várias buscas e apreensões realizadas num apartamento sem autorização judícia. Esta excepção ou limite leva a que *uma prova, não obstante de derivar de uma prova ilegal seja aceite sempre que os meios de a alcançar representem uma forte autonomia relativamente à prova, em termos tais que produzam uma decisiva atenuação da ilegalidade precedente*, ou seja, sempre que esta autonomia se verifique ao ponto de “dissipar a mácula”. Nas palavras de António Teixeira de Jesus, “os materiais probatórios obtidos como consequência remota de uma actuação policial em violação dos direitos processuais constitucionais seriam, não obstante a conexão entre a primeira violação e a prova derivada, admissíveis em virtude de a conexão estar tão atenuada que permitiria expurgar o vício primário.



#### 4. Enquadramento do efeito à distância em sede da matéria de proibição de prova

127

O Professor Gomes Canotilho salienta que o objecto do processo penal se pode entender como “*um complexo de actos juridicamente ordenado de tratamento e obtenção de informação que se estrutura e desenvolve sob a responsabilidade de titulares de poderes públicos e serve para a preparação da tomada de decisões*”.<sup>4</sup>

No âmbito da actividade probatória que tem em vista a finalidade do processo penal anteriormente aludida, pode ocorrer que essa actividade ou um dos actos nela incorporado constituir uma proibição de prova, com as consequências que já foram analisadas e que lhe estão adstritas, nomeadamente a inutilização dessa determinada prova (*cf.* n.º 4 e 5 do artigo 146.º do CPP).

Destarte, o efeito à distância prende-se com a questão de saber se “*pelo facto de uma prova não poder ser valorada, por ter sido adquirida para o processo através de um método de obtenção de prova proibido, essa mesma proibição de valoração, que recai sobre a prova primária, se estende à prova obtida por intermédio daquela (prova secundária), de tal forma que também esta seja afectada por aquela proibição de valoração. No fundo, trata-se de saber se existe, ou não, uma projecção da proibição de valoração que inquina a prova primária de tal sorte que afecte a prova secundária*”.<sup>5</sup>

A temática efeito à distância assenta-se exactamente nessa questão, ou seja, pretende-se saber se existe a projecção do valor negativo de uma prova proibida nos actos que lhe são subsequentes, ou seja, saber se existe efeito à distância implica a questão de saber se a nulidade de uma prova primária pode afectar uma diligência que é secundária, isto é, se apenas é **nula a prova considerada proibida ou se as provas obtidas subsequentemente a esta prova proibida também não são susceptíveis de ser utilizadas**. O efeito à distância leva-nos à questão de saber qual a consequência para uma prova derivada, nomeadamente qual o valor das provas consequenciais das provas obtidas mediante métodos proibidos.

O Dr. André Lamas Leite dá o exemplo de uma escuta telefónica realizada ilicitamente onde se descobre a prática de outros crimes praticados. Ora, tendo esta escuta sido feita de forma ilegal, o efeito à distância auxilia na descoberta do tratamento a dar a estas novas

<sup>4</sup> Gomes Canotilho, J.J., in. “*Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*”, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXVI, Coimbra, 1990, pág.163.

<sup>5</sup> Rodrigues, Cláudio Lima, in. “*Das Proibições de Prova no âmbito do Direito Processual Penal: escutas telefónicas e da valoração da prova proibida pro reo*”, Verbo Jurídico, pág. 14.



informações.<sup>6</sup> Deste modo, a questão que se coloca é de saber qual o destino a dar aos meios de prova obtidos através de um meio de prova proibido, nomeadamente se esse meio de prova derivado é utilizável ou se está ferido de utilização pelo facto de resultar de um meio de prova viciado.

Esta é uma questão de índole prática e com reflexos numa determinada investigação uma vez que a existir efeito à distância, existe um efeito dominó que pode colocar em causa a viabilidade de um conjunto de provas que sustentam (ou não) uma condenação.

128

## 5. A actividade probatória e sua correlação com o efeito à distância

No processo penal a acusação pública (artigos 328º e 329º do CPP) é feita pelo Ministério Público, que tem a iniciativa e o domínio da acção penal (artigos 186º da CRA, 29º e 36º al. b) da Lei nº 22/12, de 14 de Agosto). Ao acusador incumbe, portanto, provar a alegação, demonstrando, acima de qualquer dúvida, a culpa do acusado.

Isso não impede que o juiz determine diligências para esclarecer ponto relevante, porquanto ele é o destinatário da prova, ou seja, deve formar seu convencimento para bem julgar a causa.

Em geral são admissíveis todo o tipo de provas, porém deverão ser produzidas de forma lícita, sob o crivo do contraditório, ou seja, em processo penal são admissíveis qualquer meio probatório não proibido por lei (artigo 60º da CRA e artigo 146º nº 1 do CPP).

Assim, são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, ou seja, são proibidas as provas obtidas através de meios proibidos por lei, *máxime*, provas obtidas mediante ofensa à integridade física ou moral das pessoas (artigo 36º nº 3, 60º da CRA e artigo 146º nº 2 e 3 do CPP).

No mesmo seguimento, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, telemáticas, de dados e das comunicações telefónicas, é garantido pela Constituição (artigo 34º da CRA) e sua violação, além de constituir crime (*cf.* artigo 231º do CP), impede o uso de prova assim obtida, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

<sup>6</sup> Leite, André Lamas, in. “*As escutas telefónicas – Algumas reflexões em redor do seu regime*”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, pág. 33



A obtenção ilícita da prova impede sua utilização em juízo, sendo, também, inadmissíveis as provas derivadas, ou seja, obtidas a partir da primeira. Assim, toda prova produzida em consequência de uma descoberta obtida por meio ilícito, como uma busca ilegal, estará contaminada pela **ilicitude**, considerada **ilícita por derivação**.

Entrementes, as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo, bem como as que derivam de meios ilícitos, pois elas terão sido contaminadas pelo vício da ilicitude, sendo conhecido como a **teoria dos frutos da árvore envenenada**.

A título de exemplo, a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. O ingresso pela autoridade, sem mandado judicial, portanto, salvo nos casos excepcionados, contamina de ilicitude qualquer apreensão.

O Código de Manu (Índia, séc. XIII a.C.), já estabelecia que “não se adentrará uma vila ou uma casa, excepto pelo portão...”. (art.º 73, Cap. IV), assim como também o Código de Hamurabi (Babilónia, 2.500 a.C.), trazia normas que visavam manter a intimidade. Até mesmo o Velho Testamento traz um alerta contra a intromissão indesejada no lar alheio: “põe raramente o teu pé em casa do teu próximo, para que ele não se enfade de ti, e te aborreça”. (Provérbios, 25:17).

A evolução da humanidade levou a uma preocupação cada vez maior com a preservação da intimidade. Hoje, as Constituições da maioria dos países garantem o direito à privacidade e protege esse direito.

A acção persecutória do Estado, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos. Qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão à ordem constitucional, deve ser repelida, mesmo que cause perplexidade, por exemplo, a invasão ilegal e injustificada de uma residência e a surpreendente apreensão de droga ilícita.

Ninguém pode ser condenado com base em provas ilícitas, seja por ilicitude originária ou por derivação. Isso significa que qualquer prova, produzida posteriormente de modo válido, não pode ter fundamento causal, nem derivar de prova obtida ilicitamente, como a apreensão de drogas em busca ilícitas a interceptação telefónica não autorizada.

A ilicitude por derivação, como “frutos da árvore envenenada”, afasta sua utilização, mesmo produzidos, validamente, em momento posterior, pois afectados pelo vício da ilicitude originária.

A proibição de utilizar a prova ilícita pode ser encontrada no *Direito Italiano*, art. 191º n.º 1 do CPP, e de *Portugal*, onde a Constituição (1976), em seu artigo 32º, proíbe



expressamente todas as provas obtidas mediante tortura, coacção grave, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

Segundo o Supremo Tribunal Federal alemão – BGH (Bundesgerichtshof) –, “*no Estado de Direito existem limites intransponíveis à busca da verdade processual: não é nenhum princípio da ordenação processual que a verdade tenha de ser investigada a todo preço; o objectivo de esclarecimento e punição dos crimes é, seguramente, do mais elevado significado; mas ele não pode representar sempre, nem sob todas as circunstâncias, o interesse prevalente do Estado*”.

Foi o abuso do Estado, violando a privacidade do cidadão, que levou a Justiça Americana à construção do princípio “*fruits of the poisonous tree*”. Declarar inválidas as provas obtidas a partir da prova ilícita, porquanto restaram também contaminadas, por serem fruto da árvore venenosa.

Mesmo que algumas decisões judiciais possam surpreender ao leigo, ao desconsiderar provas evidentes de crimes, não se pode tergiversar com princípios constitucionais elementares dos direitos e garantias individuais.

A inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência e das comunicações, a liberdade individual e de informação, o direito ao silêncio e contra a autoincriminação, a presunção de inocência e o tempo razoável do processo e da prisão, são princípios que urge relembrar nos conturbados tempos que estamos vivendo em que, sem existência de denúncia pelo titular da acção penal, prende-se sem prazo limite, confisca-se e suprime-se a liberdade de opinião e de informação.

## 6. Disposições legais processuais do efeito à distância

Como já se referiu várias vezes, o legislador não teve o cuidado de ser específico e claro no que toca ao tratamento do efeito à distância, não havendo um preceito inequívoco quanto ao efeito expansivo das provas nulas. O silêncio do legislador faz com que haja uma necessidade de conjugar os preceitos legais existentes, mormente partindo do normativo constitucional dos artigos 60º e 36º n.º 3 da CRA.

Estas disposições da Constituição não confere uma autonomia ao regime das proibições de prova em si mesmo, uma vez que nenhuma delas prevê a nulidade das referidas provas em detrimento da breve consagração das nulidades processuais que derivam do artigo 146º n.º 4 do



CPP. é certo que a CRA nada diz quanto ao efeito à distância, limitando-se indirectamente a proibir o uso de provas que derivam de métodos proibidos.

Nesses termos, o artigo 146º n.º 4 do CPP determina a nulidade do uso das provas obtidas nos termos do n.º 2 e 3 do mesmo artigo em obediência à proibição constitucional dos artigos 60º e 36º n.º 3 da CRA, sendo que o uso no processo de qualquer prova proibida constitui fundamento bastante para a interposição do **recurso extraordinário de revisão** nos termos conjugados dos artigos 65º n.º 6 da CRA e 516º n.º 1 al. e) do CPP.

131

## Conclusão

Portanto, resta cristalina a ideia de que as provas são as peças fundamentais para a formação da convicção do Juiz. Todavia, para a obtenção de tais provas, devem ser observadas todas as normas legais, caso contrário, serão consideradas ilícitas, e estas podem derivar ou até contaminar outras provas, abrindo caminho para o requerimento de anulação destas provas com sucedâneo na consagrada teoria dos frutos da árvore envenenada.

Dada a pouca abordagem normativa e doutrinal do efeito à distância, há uma necessidade urgente de se dar o devido tratamento a esse tão importante tema.

No que concerne ao regime das proibições de prova, concordamos com a sua necessidade fruto das garantias de defesa no processo criminal previstas na CRA (artigo 67º) e que consequentemente obrigam à nulidade de provas obtidas mediante métodos lesivos dos direitos fundamentais dos arguidos (artigo 146º n.º 4 do CPP). É certo que as necessidades investigatórias são uma constante, mas essa investigação está e tem de estar sujeita a regras processuais que impedem que todo o material probatório seja realizado à custa da violação de direitos fundamentais.

Há que concordar que em sede do efeito à distância tem de existir em determinadas situações e que assim, a prova nula pode ter consequências na prova derivada quando exista um nexo de dependência entre as duas provas, sendo que este nexo tem de ser efectivo e concretamente verificável. A par da doutrina americana dos frutos da árvore envenenada, defendemos a transposição para o ordenamento jurídico angolano das excepções aí desenvolvidas (*fonte independente, descoberta inevitável e mácula dissipada*), devendo sempre haver uma ponderação não discricionária, mas que paute pela eficácia da justiça penal.



Assim, conclui-se que há necessidade de haver legislação complementar ao nível do efeito à distância com o tratamento adequado e específico, uma vez que o CPP embora novo, não deu o adequado tratamento desse tema e o texto constitucional praticamente nada diz a esse respeito.

132

Huíla, 2023

### Referências bibliográficas

- AA.VV. (2022), Manual do Processo Penal Angolano. Lisboa: Camões, I.P. – Projecto de Apoio à Consolidação do Estado de Direito (PACED) - PALOP/TL.
- CANOTILHO, Gomes; “Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização”; Boletim da Faculdade de Direito; Vol. LXVI; Coimbra; 1990.
- LEITE, André Lamas; “As escutas telefónicas- Algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respetiva violação”; in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto; 2004.
- MORAES, Alexandre; Direito Constitucional. 29. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- PACELLI, Eugenio; Curso de Processo Penal. 24. Ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- RODRIGUES, Cláudio Lima; “Das proibições de prova no âmbito do direito processual penal – o caso específico das proibições de prova no âmbito das escutas telefónicas e da valoração da prova proibida pro reo”; Verbo Jurídico.
- SANTOS, Manuel Simas e SANTOS; João Simas; Manual do Processo Penal Angolano, 1ª Edição, Rei dos Livros, Lisboa, 2022.
- SILVA, Germano Marques da Silva; “Curso de Processo Penal I”; Vol. II, 5ª Edição, Verbo, 2011.