

## ***Um estudo sobre “Buscas Domiciliárias na Região Administrativa Especial de Macau e as Proibições de Prova”***

*Hugo Luz dos Santos\**

### **I. Introdução**

A *aquisição da prova*, ou, pelo menos, de *determinado* material probatório, pode ser realizado, por vezes, sem a observância de *todo* o formalismo ou ritualismo legal; é dizer, à custa da violação de um método proibido de prova (art.º 113.º, n.º 3, do CPP de Macau), que vem a possibilitar o *avanço da investigação criminal* e, por essa via, o alcance de outros meios de prova *conexos* àquela *prova proibida*. Tal ocorrerá, num certo sentido, quando um órgão de polícia criminal utiliza os *conhecimentos adquiridos* a partir de uma *escuta telefónica nula* (art.º 172.º, n.º 1, alínea b), do CPP de Macau), que permitem a localização geográfica dos *co-autores* da prática, por exemplo, de um crime de tráfico de estupefacientes; e, por via dessa *escuta telefónica nula*, realizam a apreensão (art.º 163.º, n.º 1, do CPP de Macau), na sequência de uma busca domiciliária (art.º 162.º, n.º 1, do CPP de Macau), de uma quantidade considerável de produtos estupefacientes, que, pela sua quantidade e natureza, *fundamenta* a responsabilidade jurídico-penal dos co-arguidos; tal ocorrerá, também, quando o órgão de polícia criminal utiliza violência, física ou psicológica, para *obter declarações do arguido*, que permitem, decorrentemente, a descoberta do cadáver da vítima e da arma do homicídio coberta de impressões digitais do arguido, *por aquele ter confessado a sua localização*.

Nestes casos tipológicos, a questão que se coloca é a de saber se a *impossibilidade de utilização* que incide sobre a *prova primária, imediata* ou *directa* (a escuta telefónica nula; a confissão do arguido) se transmite, e, na afirmativa, em que *medida* e *alcance*, aos *meios de prova secundários, mediatos*, ou *indirectos*<sup>1/2</sup> (a apreensão, na sequência da busca domici-

---

\* Magistrado do Ministério Público de Portugal.

<sup>1</sup> É nesta lógica (a das escutas telefónicas ilegais) que se inscreve a importância, de todos os lados reconhecida, dos *meios ocultos de investigação* “que surpreendem as pessoas atingidas nas suas formas mais descomprometidas e “*inocentes*” de acção, interacção e comunicação, levando-as a “dizer” – por vezes a “fazer” – coisas que de outro modo não

liária, de uma quantidade considerável de produtos estupefacientes; a descoberta do cadáver e da arma do crime), de forma a que a *proibição de valoração se estenda a todas as provas* (art.º 113.º, n.º 1, do CPP de Macau) que *só foram alcançadas por força daquela invalidade originária*: é esta, pois, a (candente) questão de se saber se as *proibições de prova* são (ou não) dotadas de um *feito-à-distância*<sup>3</sup>, ou, noutra designação doutrinal, de um *tele-efeito* ou *efeito-remoto*.

Por conseguinte, o presente artigo doutrinal colima-se a uma reflexão em torno do *efeito remoto* (é dizer, *efeito à distância*) das denominadas “*good faith exclusionary rules*”, isto é dos preceitos que *disciplinam preventivamente* a actividade de investigação dos *órgãos de polícia criminal* na sua relação de *mútua implicação* com os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Para lograr tal desiderato, mobilizaremos a mais recente doutrina e jurisprudência norte-americanas em torno da “*fruit of the poisonous tree doctrine*”, e, ainda, a recente jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH); bem como analisaremos, no plano do direito comparado, o regime jurídico da entrada no domicílio e busca domiciliária vigente no direito policial alemão (*Polizeirecht*).

Como veremos, e de harmonia com a mais recente doutrina e jurisprudência norte-americanas, o *efeito remoto* das *proibições de prova* nunca prefigurou, *em si e por si*, uma regra inderrogável e absoluta no Direito Processual Penal dos Estados Unidos da América; ao invés, tem-se assistido, progressivamente, e com a crítica acerba da doutrina norte-americana, a uma *limitação*, por parte da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América (*US Supreme Court*), do *efeito*

---

diriam nem fariam; assim, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “O regime dos “conhecimentos da investigação” em Processo Penal”. Reflexões a partir das escutas telefónicas”, in *As Alterações aos Códigos Penal e de Processo Penal: Uma Reforma «Cirúrgica?»*, André Lamas Leite (organização), Coimbra Editora, Coimbra, (2014), pp.154.

<sup>2</sup> Sobre os meios ocultos de investigação; Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Métodos Ocultos de Investigação” (Plädoyer para uma Teoria Geral), in *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, *Simpósio de Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, (2009), pp. 525 e ss.

<sup>3</sup> Sobre esta designação, entre outros, JOÃO HENRIQUE GOMES DE SOUSA, “Das nulidades à “fruit of the poisonous tree doctrine – Escutas telefónicas e efeito à distância”, in *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, ano 66, pp. 729-730.

*remoto* (ou do *efeito à distância*, ou, ainda, do *tele-efeito*), cujos contornos dogmáticos, pela sua pertinência e acerto, importam *transportar* para o Direito Processual Penal da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China (RAEM).

Com efeito, a questão que se coloca é, na estrita decorrência do que acima se deixou antecipado, a de saber se é (ou não) dogmática e legalmente justificada uma *certa limitação*, em medida que (*ainda*) se julga constitucionalmente suportável, de um *certo* naipe de direitos fundamentais (dentre os quais, o *domicílio* e a *reserva da intimidade da vida privada*<sup>4</sup>, que se *autonomiza* e *desdobra* daquele), a que corresponderá, simetricamente, uma *certa expansão* do âmbito de actuação policial em matéria de *meios de obtenção de prova*, tendo em vista, *reflexa* e *instrumentalmente*, *antecipar* a tutela de *bens jurídicos supra-individuais*, e, assim, *defender preventivamente a integridade dos bens jurídicos de grande valor* da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China (RAEM) – art.º 159.º, n.º 4, alínea a), do CPP de Macau.

## II. Da Doutrina Norte-Americana da “Good Faith Exclusionary Rule”: A Jurisprudência do US Supreme Court e do TEDH em Matéria de “Independent Source” “Purged Tainted Limitation” e “Inevitable Discovery” e da “Wilful Blindness”.

O regime jurídico que disciplina o *meio de obtenção de prova, buscas domiciliárias*, encontra-se densificado nos arts.º 159.º a 162.º, do CPP de Macau (de forma *essencialmente homogénea* ao estatuído nos arts.º 174.º a 177.º do CPP Português).

A questão que se coloca é, como acima se deixou antecipado, numa *primeira hipótese, quid iuris* quando um órgão de polícia criminal utiliza os *conhecimentos adquiridos* a partir de uma *escuta telefónica nula* (art.º 172.º, n.º 1, alínea b), do CPP de Macau), que permite a localização geográfica dos *co-autores* da prática, de um crime de tráfico de estupefacientes, e, por

<sup>4</sup> Que “constitui uma condição da integridade da pessoa e a sua protecção deve ser considerada, actualmente, como um aspecto da protecção da dignidade humana”, ANA LUÍSA PINTO, “Aspectos Problemáticos do Regime das Buscas Domiciliárias”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 15, N. 3, Julho-Setembro de 2005, Coimbra Editora, Coimbra, (2006), pp. 415.

via dessa *escuta telefónica nula*, realizam a apreensão (art.º 163.º, n.º 1, do CPP de Macau), na sequência de uma *busca domiciliária* (art.º 162.º, n.º 1, do CPP de Macau), de uma *quantidade considerável* de produtos estupefacientes, que, pela sua quantidade e natureza, *fundamenta* a responsabilidade jurídico-penal dos co-arguidos; sendo certo que *essa* apreensão realizada no decurso da referida busca domiciliária *sempre* aconteceria, *inevitavelmente*, num *outro momento processual*, sensivelmente idêntico àquele, tendo em conta a *fonte independente*, que é a inquirição de uma testemunha/consumidor de produtos estupefacientes, que *revelou* a localização exacta do local onde os co-arguidos armazenavam o *produto estupefaciente*<sup>5</sup>.

Por outro lado, numa *segunda hipótese*, e mudando *ligeiramente* as *coordenadas problemáticas* da *hipótese* acima enunciada, *quid iuris* quando, a partir de uma *escuta telefónica nula* se obtém a localização geográfica de dois co-arguidos, que *transportavam, num veículo automóvel*, um número apreciável de produtos estupefacientes, sendo que o **co-arguido A**, que *conduzia* o referido veículo, afirmou, na audiência de discussão e julgamento, *desconhecer*, em absoluto, que transportava o referido produto estupefaciente; diferentemente, o **co-arguido B** *confessou* que estava *plenamente ciente* que transportava produtos estupefacientes, tendo ainda *confessado a localização* de um *outro* acervo de produtos estupefacientes.

Na *primeira hipótese*, denota-se a verificação, no âmbito das *good-faith exclusionary rules*<sup>6</sup>1<sup>7</sup>8, da doutrina da *fonte independente* (*independent source*) e da *descoberta inevitável* (*inevitable discovery*) que, no fundo, são

<sup>5</sup> Referindo-se a esta hipótese, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Das Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, (1993), pp. 61.

<sup>6</sup> Muito criticamente acerca da existência de uma “good faith exclusionary rules”, nos quadros do direito processual penal norte-americano, RICHARD M. RE, “The Due Process Exclusionary Rule”, in *Harvard Law Review (HLR)*, Volume 127, Number 7, May 2014, (2014), pp. 1942-1945.

<sup>7</sup> A este propósito, a mais recente e abalizada doutrina norte-americana tem enfatizado a “exclusionary rule as a manifestation of judicial review”; assim, ROHITH V. SRINIVAS, “The exclusionary rule as Fourth Amendment Judicial Review”, in *American Criminal Law Review (ACLR)*, 49, 179, 181, (2012).

<sup>8</sup> Uma vez que, como bem refere autorizada doutrina norte-americana, “there can be no right without remedy”, Cfr. THOMAS K. CLANCY, “The Fourth Amendment’s Exclusionary Rule as a Constitutional Right”, in *10 Ohio ST. Journal of Criminal Law (OSJCL)*, 357, 357, (2013).

matizes da *limitação do efeito à distância* (*Fernwirkung*)<sup>9</sup> ou *efeito remoto das proibições de prova* (art.º 109.º, n.º 1, do CPP de Macau; art.º 122.º, n.º 1, do CPP de Portugal).

Na segunda hipótese, estamos perante, *ainda* no quadro hermenêutico das “*good faith exclusionary rules*”, da doutrina da *mácula dissipada* (*purged tainted limitation*) e, *já no plano da afirmação da responsabilidade jurídico-penal* do co-arguido **B**, de um *estado voluntário de cegueira* perante os factos (*wilful blindness*) que, no fundo, (também) são matizes da *limitação do efeito à distância* ou *efeito remoto das proibições de prova* (art.º 109.º, n.º 1, do CPP de Macau)<sup>10</sup>.

Por conseguinte, preliminarmente, cumpre esclarecer a *teleologia imanente*, tanto ao art.º 109.º, do CPP de Macau, como ao art.º 122.º, n.º 1, do CPP de Portugal.

Com efeito, já antes do Código de Processo Penal actual, Figueiredo Dias, afirmava a inteira vigência entre nós da doutrina que os alemães cognominaram do *Fernwirkung des Beweisverbots* e os americanos do “*fruit of the poisonous tree*”<sup>11</sup>.

Pode, assim, afirmar-se com segurança que o sentido de uma norma prescrevendo que a *invalidade do acto nulo se estende* aos que deste dependerem ou que ele possa *afectar* (artigo 109.º, n.º 1, do CPP de Macau e artigo 122.º, n.º 1 do CPP de Portugal) é, desde logo, o de abrir caminho à ponderação que – como adiante se verá – subjaz à chamada doutrina dos «*frutos proibidos*».

Com efeito, certas situações de «*efeito-à-distância*» não deixam de constituir uma das dimensões garantísticas do processo criminal, permi-

<sup>9</sup> Sobre a problemática das *proibições de prova* e dos *meios ocultos de investigação*, na doutrina alemã, SINGELSTEIN, “Möglichkeiten und Grenzen neuerer strafprozessualer Ermittlungsmassnahmen”, in *NStZ*, Beck, München, (2012), pp. 604-610.

<sup>10</sup> Referindo que “*as proibições de prova emergentes apresentam uma estrutura teleológica nova, visando um efeito político extrínseco sobre a conduta futura de agentes policiais, uma função preventiva*”; assim, PAULO DÁ MESQUITA, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento. Estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*, Dissertação de Doutoramento, Coimbra Editora, Coimbra, (2011), pp. 217, nota 128.

<sup>11</sup> Neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Para Uma reforma Global do Processo Penal Português”, in *Para uma Nova Justiça Penal*, Almedina, Coimbra, (1983), pág. 208.

tindo verificar se o *nexo naturalístico* que, caso a caso, se considere existir entre a *prova originária inválida* e a *prova secundária posterior* é, também ele, um *nexo de antijuridicidade* que fundamente o «efeito-à-distância»<sup>12</sup>; ou se, pelo contrário, existe na *prova subsequente* um tal *grau de autonomia* relativamente à primeira que a destaque substancialmente daquela<sup>13</sup>.

Mas para perceber o *sentido* e *alcance* da doutrina da *Fernwirkung des Beweisverbots*<sup>14/15</sup> e da “*fruit of the poisonous tree*” impõe-se realizar uma digressão pela doutrina e jurisprudência norte-americanas.

É universalmente conhecida a metáfora empregue pelo Juiz do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos, Felix Frankfurter, na decisão *Nardone v. United States*<sup>16/17</sup>, «*Fruit of the poisonous tree*» («Fruto da árvore venenosa») podendo, através dela, dizer-se constituir um *meio de prova inválido* a «árvore venenosa», importando determinar se a prova que aparece depois constitui «fruto» daquela «árvore» estando, por isso, também ele – o «fruto» – «envenenado». Poucas máximas conseguem sintetizar como esta de uma forma tão sugestiva aquilo que pretendem expressar. Por trás dela encontramos no entanto uma realidade extremamente complexa que vem fornecendo critérios de decisão, desde o seu aparecimento na ordem jurídica norte-americana, passando pelo seu desenvolvimento jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América, durante um período de mais de oitenta anos, e culminando com os importantes reflexos que tem noutros sistemas jurídicos, designadamente nos europeus continentais<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> Com leitura idêntica, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*Bruscamente no Verão Passado*”, a *Reforma do Código de Processo Penal português- Observações críticas de uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra Editora, Coimbra, (2009), 89-91.

<sup>13</sup> Assim, Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal, n.º 198/2004, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Rui Moura Ramos, que, em certos segmentos deste texto, seguiremos de muito perto; disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>14</sup> Assim, na doutrina alemã, GERALD GRÜNWARD, *Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung*, Baden-Baden, (1993), pp. 160-178.

<sup>15</sup> V., na doutrina alemã, JAN REINECKE, *Die Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten*, Beck, München, 3. Auflage, (2003), pp. 76-87.

<sup>16</sup> [308 U.S. 338 (1939)].

<sup>17</sup> Esta e as outras decisões do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América adiante referidas, podem ser consultadas em: <http://supct.law.cornell.edu/supct/search>.

<sup>18</sup> Assim, Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal, n.º 198/2004, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Rui Moura Ramos, que acompanharemos de muito perto, mesmo textualmente em certos pontos deste apartado; disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

A afirmação de um claro *efeito reflexo* de uma *prova proibida* sobre uma *prova*, em si mesma legal, mas *derivada* daquela, aparece pela primeira vez na decisão de 1920 do Supremo Tribunal norte-americano, *Silverthorne Lumber Co v. United States*<sup>19</sup>, redigida pelo Juiz Oliver Wendell Holmes, onde, aliás, a metáfora da «*árvore venenosa*» não é ainda empregue. Estava em causa nesta decisão uma *apreensão reconhecidamente ilegal* de determinados livros de contabilidade de uma sociedade, e os factos conhecidos através destes documentos, ilegalmente obtidos, serviram de base a uma ulterior incriminação dos dois sócios dessa sociedade (“*O Governo, embora repudie e condene a apreensão ilegal, pretende prevalecer-se do direito de utilizar o conhecimento adquirido por esse meio que, de outra forma, não teria obtido*”). Os termos precisos através dos quais o Supremo Tribunal Federal norte-americano expressou o seu entendimento, são fundamentais para uma correcta caracterização da doutrina *então* estabelecida.

Com efeito, afirmou o Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América que, o sentido profundo de um preceito proibindo a *aquisição de prova* de determinada forma não é apenas que *essa prova*, assim adquirida, não seja usada em tribunal *naquelas* circunstâncias. É, também, que ela não seja, pura e simplesmente, utilizada em *quaisquer* circunstâncias. Claro que isto *não significa* que os *factos* resultantes dessa prova se tornem *sagrados e inacessíveis*<sup>20</sup>. Se o conhecimento deles é adquirido por uma *fonte independente* [*independent source*] podem ser provados, como quaisquer outros, mas o conhecimento adquirido através do procedimento ilegal do Ministério Público não pode ser utilizado<sup>21</sup>.

Significa isto que, argumenta o Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América, o que se considerou ilegítimo foi o uso *indirecto* - para além do *uso directo*, que é pressuposto pela proibição do procedimento probatório ilegal. O Tribunal, porém, não excluiu em *Silverthorne* que *esses mesmos factos* pudessem ser *obtidos* no processo, desde que essa aquisição proviesse de um «*fonte independente*», ou seja, não se traduzisse

<sup>19</sup> (251 U.S. 385).

<sup>20</sup> Assim também, na doutrina norte-americana, GEETANJLI MALHOTRA, “Resolving the Ambiguity Behind the Bright-Line Rule: The Effect of *Crawford v. Washington* on the Admissibility of 911 Calls in evidence-Based Domestic Prosecution Cases”, in *University of Illinois Law Review (UILR)*, Volume 2005, (2006), 234-236.

<sup>21</sup> (251 U. S. pág. 392).

numa atribuição de *eficácia indirecta* à prova proibida <sup>22/23</sup>.

Este mesmo entendimento foi fixado, de forma mais clara, na decisão, já anteriormente referida, do *US Supreme Court* onde a metáfora «*fruto de uma árvore venenosa*» foi pela primeira vez empregue <sup>24</sup> (a *segunda decisão Nardone* de 1939) <sup>25</sup>.

Nesta, estando em causa uma *intercepção telefónica ilegal* [que como tal havia sido anteriormente declarada na *primeira decisão Nardone* de 1937 <sup>26</sup>, o Juiz *Frankfurter*, citando como precedente a sentença *Silverthorne*, e concretamente o trecho desta acima transcrito, afirmou que na prática esta afirmação genérica [referia-se à citação extraída de *Silverthorne*] coloca problemas de grande complexidade. Através de uma argumentação sofisticada é possível demonstrar uma *conexão causal* entre a informação obtida através da *escuta telefónica ilegal* e a *prova do Governo* [acusação] <sup>27</sup>.

Não obstante, continuou o Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América, tal *conexão* pode ser tão atenuada que, por razões de bom senso, *dissipe essa mácula* [*dissipate the taint*]. Uma forma simples de lidar com esta situação – que cumpra o § 605 [*a norma de que resultava a ilegalidade da escuta*], mas cumpra, igualmente, os fins da lei penal – é deixá-la nas mãos de juízes experientes. O *onus* recai, obviamente sobre o acusado, que deve provar, primeiro, que a *escuta telefónica* foi ilegal. Uma vez estabelecido isto, o juiz de julgamento deve dar a oportunidade ao acusado de provar que parte substancial da acusação constitui «*fruto de uma árvore venenosa*» [*the case against him was a fruit of the poisonous*

<sup>22</sup> Neste sentido, na doutrina norte-americana, ROGER W. KIRST, “Does *Crawford* Provide a Stable Foundation for Confrontation Doctrine?”, in *Brooklyn Law Review (BLR)*, Volume 71, 1, (2005), pp. 67-89.

<sup>23</sup> Aproximadamente neste sentido, HELENA MORÃO, “O efeito-à-distância das proibições de prova no Direito Processual Penal português”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 16, N. 4, Outubro-Dezembro de 2006, Coimbra Editora, Coimbra, (2007), pp. 576.

<sup>24</sup> A segunda decisão *Nardone* de 1939.

<sup>25</sup> Assim também, na doutrina norte-americana, TOM LININGER, “Kids Say the Darkest Things: The Prosecutorial Use of Hearsay Statements by Children”, in *Indiana Law Journal (ILJ)*, Volume 82, (2007), pp. 1007.

<sup>26</sup> (302 U. S. 379)

<sup>27</sup> No mesmo sentido, na doutrina belga, GREGORY LEWKOWICZ, “Droits de l’homme, droits du citoyen: les présupposés de la jurisprudence américaine et européenne”, in *Juger les droits de l’homme: Europe et Etats-Unis face à face*, Bruxelles, Bruylant, (2007), pp. 17-19.

*tree*]. Isto deixa aberta uma ampla oportunidade de a *acusação* convencer o tribunal de julgamento de que a sua prova tem uma *origem autônoma* [*independent origin*]<sup>28</sup>”.

O contexto destas decisões foi o da afirmação da «*regra de exclusão*» (*exclusionary rule*) segundo a qual a *prova obtida* pela acusação através da violação dos direitos constitucionais do acusado, não pode ser usada contra este<sup>31/32</sup>.

Trata-se, assim, com a doutrina do «*fruto da árvore venenosa*», de estender a «*regra de exclusão*» às *provas reflexas*. Porém, esta *projecção de invalidade* aparece, desde os primórdios da formulação da doutrina, matizada por uma série de circunstâncias em que a *prova derivada* (*derivada* porque de alguma forma *relacionada* com a *prova inválida*) pode, não obstante, ser aceite como *prova válida*<sup>33</sup>.

Deste modo, através de uma longa elaboração jurisprudencial o Supremo Tribunal norte-americano pôde particularizar as circunstâncias em que uma *prova reflexa* deve ser *excluída* do *efeito próprio* da doutrina do «*fruto da árvore venenosa*»<sup>34</sup>. São fundamentalmente três esses grupos de circunstâncias: a chamada *limitação* da «*fonte independente*» (*independent source limitation*); a limitação da «*descoberta inevitável*» (*inevitable disco-*

<sup>28</sup> (308 U. S. pág. 341).

<sup>29</sup> Que, na óptica da doutrina norte-americana, serve para “*detering constitutional violations*”, DANIEL J. MELTZER, “Detering Constitutional Violations by Law Enforcement Officials: Plaintiffs and Defendants as Private Attorneys General”, in *88 Columbia Law Review (CLR)*, 247, 269-270 (1988).

<sup>30</sup> Neste sentido, na doutrina norte-americana, produzida no âmbito da *exclusionary rule*: KERMIT L. HALL, *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York/Oxford, (1992), pág. 202-214; 234-245; 264-278.

<sup>31</sup> Esta regra foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América, pela primeira vez, em 1914 na decisão *Weeks v. United States* (232 U.S. 383), no contexto da Federação e foi estendida aos Estados em 1961 com *Mapp v. Ohio* (367 U.S. 643).

<sup>32</sup> Assim, na doutrina norte-americana, LEONARD W. LEVY, “Exclusionary Rule”, in *Criminal Justice and the Supreme Court*, New York, (1990), pág. 115-156, com referências bibliográficas e jurisprudenciais.

<sup>33</sup> Assim, na doutrina norte-americana, CHARLES McCORMICK, *McCormick on Evidence*, Saint Paul (MN), Thomson/West, (2006), 176-191.

<sup>34</sup> Sobre esta evolução jurisprudencial, com especial ênfase no “*due process of law*” RYAN C. WILLIAMS, “The One and Only Substantive Due Process Clause”, in *120 Yale Law Journal (YLJ)*, 408, 420-421, 434, 456, (2010).

very limitation); e a limitação da «mácula (nódoa) dissipada» (*purged taint limitation*)<sup>35</sup>.

A primeira limitação, a «fonte independente», remonta à decisão *Silverthorne*, onde o Juiz Holmes excepcionou, expressamente, a existência de uma *independent source* corroborando os conhecimentos que também eram derivados da prova proibida; tal fonte possibilitaria a aceitação daqueles conhecimentos. Existem diversas decisões do *Supreme Court* afirmando esta limitação, a título de exemplo cita-se *Segura v. United States* de 1983<sup>36</sup>, onde a uma busca domiciliária inicial sem mandado, na qual foi observada “parafernália própria para o tráfico de droga”, mas não a própria droga, se seguiu uma segunda busca domiciliária com mandado (baseado este numa «causa provável» anterior à primeira busca) em que a droga foi efectivamente encontrada. O Tribunal, excluindo o que foi encontrado na primeira busca domiciliária (ilegal), manteve, no entanto, como prova válida o estupefaciente apreendido na segunda busca domiciliária (legal), considerando-o proveniente de uma «fonte independente»<sup>37</sup>.

A este propósito, o Supremo Tribunal Federal norte-americano perfilhou o entendimento de que, a prova em causa é admissível, é inteiramente consistente com os casos anteriores, que representam mais de meio século de decisões. O Tribunal nunca afirmou que a prova constitua «fruto da árvore venenosa» apenas porque não teria aparecido se não fosse a actividade ilegal da polícia. [Desses casos decorre] claramente que a prova não será excluída como «fruto» a não ser que a ilegalidade tenha sido causa sine qua non da própria descoberta dessa prova<sup>38</sup>.

A outra restrição à doutrina do «fruto da árvore venenosa», que é referida como a limitação da «descoberta inevitável», assenta na ideia de que a projecção do efeito da prova proibida não impossibilita a admissão de outras provas derivadas quando estas tivessem inevitavelmente (*would inevitably*) sido descobertas, através de outra actividade investigatória le-

<sup>35</sup> V., na doutrina norte-americana, LEROLD H. ISRAEL/WAYNE R. LAFAVE, *Criminal Procedure – Constitutional Limitations*, 7th edition. St. Paul, Minnesota, (2006), págs. 287/306.

<sup>36</sup> (468 U.S. 796).

<sup>37</sup> Sobre este aresto jurisprudencial, com muito interesse, JENNY MCEWAN, “Pragmatism Against Principle”, in *San Diego Law Review (SDLR)*, Volume 44, (2007), pp. 605-608.

<sup>38</sup> (468 U.S. pág. 815).

gal. Note-se que o que aqui está em causa não é, contrariamente ao que sucede no caso da «*fonte independente*», a constatação de que através de uma *actividade de investigação autónoma* daquela que originou a *prova ilegal* se chegou efectivamente à *prova derivada*<sup>39</sup>. Contrariamente, nestas situações, está em causa a demonstração pela acusação de que uma *outra actividade investigatória* não levada a cabo, mas que seguramente iria ocorrer naquela situação, não *fora* a descoberta através da *prova proibida*, *conduziria inevitavelmente ao mesmo resultado*<sup>40</sup>.

Constitui paradigma desta limitação o caso de 1983, *Nix v. Williams*<sup>41</sup>, também conhecido por *Williams II*, onde um *interrogatório ilegal*, porque não precedido da leitura dos *Miranda warnings*<sup>42</sup>, levou o *suspeito* a *indicar a localização* do cadáver da vítima<sup>43</sup>. Este, porém, sendo certo que *ocorriam concomitantemente buscas* no local onde foi encontrado, viria *seguramente*, embora eventualmente mais tarde, a ser *descoberto*. A respeito da *validade processual* da descoberta baseada na *prova inquinada*, observou o Tribunal nesta decisão (*Williams II*) que o fundamento da *extensão da regra de exclusão à prova* que constitui «*fruto*» da *actuação ilegal da polícia*<sup>44/45</sup>, é a de que essa *consequência extrema* se mostra necessária para *dissuadir a polícia* de violar os direitos constitucionais dos suspeitos<sup>46</sup>,

<sup>39</sup> Que, no dizer de autorizada doutrina norte-americana, “*requires evidentiary suppression or any other remedy*”, LAWRENCE ROSENTHAL, “Seven Theses in Grudging Defense of the Exclusionary Rule”, in *10 Ohio St. Journal of Criminal Law (OSJCL)*, 525, 525-527, (2013).

<sup>40</sup> ISRAEL/LAFAVE, cit. pp. 297.

<sup>41</sup> (467 U.S. 430).

<sup>42</sup> *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436 (1966)).

<sup>43</sup> Assim também, num artigo sobre a jurisprudência *Miranda v. Arizona*, YALE KAMISAR, “The Rise, Decline and Fall (?) of Miranda”, in *Washington Law Review (WLR)*, Volume 87, n.º 4, (2012), pp. 966.

<sup>44</sup> O reverso da medalha, é, justamente, a “*excepção da boa fé da conduta policial*” (*good-faith exception to the exclusionary rule*), *U.S. v. Leon*, 468 US 897 (1984), assente no tipo de conduta levada a cabo pelos agentes do governo, disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions>.

<sup>45</sup> Referindo a este propósito que “*if a particular guarantee of the Constitution is violated, no substitute procedure can cure the violation*”; o Acórdão do *US Supreme Court*, *Bullcoming v. New Mexico*, 131 S. Ct 2705, (2011), também disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions>.

<sup>46</sup> Na medida em que esse é o “*original meaning of the process*”; o Acórdão do *US Supreme Court*, *McDonald v. City of Chicago*, 130 S. Ct 3020, 3084 (2010), também disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions>.

não obstante o *elevado custo social* que representa deixar impunes óbvios culpados [*letting obviously guilty persons go unpunished*]<sup>47</sup>. Significa este fundamento que a acusação não deve ser colocada numa *melhor posição* do que aquela em que estaria na ausência da ilegalidade<sup>48</sup>.

Por contraste, a *doutrina da fonte independente* – permitindo a *admissão de prova* descoberta por meios inteiramente independentes de qualquer violação constitucional – assenta no *fundamento lógico* de que o *interesse da sociedade*<sup>49</sup> em evitar condutas policiais ilegais e o *interesse público* em que os jurados tenham acesso a *toda* a prova existente de um crime<sup>50</sup>, sejam postos em equilíbrio, colocando a polícia na mesma, e não em pior, posição do que aquela em que estaria, não fora o seu erro ou conduta incorrecta<sup>51</sup>. Embora a *doutrina da fonte independente* não se aplique nesta situação, a sua razão de ser é consistente e justifica a adopção da excepção da *descoberta inevitável à regra de exclusão*<sup>52</sup>.

Quando a acusação logra estabelecer, por *critérios de preponderância da prova*, que determinada informação, em última análise ou *inevitavelmente*, teria sido *descoberta por meios legais*, neste caso *buscas* que estavam em curso, então o fundamento da dissuasão [*de procedimentos ilegais*] apresenta uma base tão reduzida que não impede a admissão da prova

<sup>47</sup> Sendo essa uma das razões pela qual a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América estatua a “*admissibilidade da excepção da boa fé da conduta policial*”; assim, *Herring v. U.S.*, U.S. 07-513 (14-01-2009), disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions>.

<sup>48</sup> Assim, na doutrina norte-americana, TRACEY L. MEARES, “Everything Old is New Again: Fundamental Fairness and the New Legitimacy of Criminal Justice”, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, Volume 3, (2005), pp. 111-114.

<sup>49</sup> Que se fundará “*numa ideia de preservação da integridade moral ou axiológica do Estado*”, SANDRA OLIVEIRA E SILVA, “Legalidade da prova e Provas Proibidas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 21, N. 4, Outubro-Dezembro de 2011, Coimbra Editora, Coimbra, (2012), pp. 579.

<sup>50</sup> Assim, Acórdão do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América, *Irvine v. California*, 347 U.S. 128 (1954), também disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions>.

<sup>51</sup> Sendo fundamentalmente esta a razão pela qual a mais autorizada doutrina alemã se refira a uma “*legitimação através do processo*”, NIKLAS LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 1. Auflage, Beck, München, (1969), pp. 5-7.

<sup>52</sup> Em sentido próximo, com algumas particularidades, CHRISTOPHER MCCRU-DEN, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, in *European Journal of International Law*, Volume 19, (2008), pp. 706-709.

[then the deterrence rationale has so little basis that the evidence should be received]”<sup>53</sup>.

A terceira limitação estabelecida pelo Supremo Tribunal norte-americano à doutrina dos «*frutos de uma árvore venenosa*», pode ser denominada, numa tradução algo livre, «*mácula dissipada*» (*purged taint limitation*)<sup>54</sup>.

Nesta, admite-se que uma *prova*, não obstante *derivada* de *outra prova ilegal*, seja aceite, sempre que os meios de alcançar aquela apresentem uma *forte autonomia* relativamente a esta, em termos tais que produzam uma decisiva atenuação da *ilegalidade precedente*. Como se viu do trecho antes transcrito de *Nardone II*, o Juiz *Frankfurter* já falava em 1939 numa *conexão* tão *atenuada* com a *prova proibida* que «*dissipava a mácula*» (*such connection have become so attenuated as to dissipate the taint*). O *Supreme Court* vem, desde então, ao longo de seis décadas, exprimindo esta ideia ao falar de *meios de aquisição da prova derivada* “*suficientemente distintos*” da *prova originariamente ilegal* que a tornam algo de tão longínquo que a «*mácula*» se *dissipa*. Foi o que o Supremo Tribunal Federal norte-americano disse, em 1962, em *Wong Sun e al. v. United States*<sup>55</sup>, numa situação que, por se referir a uma *confissão posterior à prova proibida*, apresenta um certo paralelismo com a *segunda hipótese prática* que acima enumerámos. Nesta decisão considerou-se que a *invalidade* de uma *detenção inicial*, não assente em «*causa provável*», não afectava uma posterior *confissão voluntária e esclarecida* quanto às suas consequências, tratando-se esta de um «*acto independente praticado de livre vontade*» (*independent act of free will*)<sup>56</sup>, ou, na designação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), uma “*informação qualificada*” prestada, *ex post facto*, pelo arguido<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> Essencialmente no mesmo sentido, na doutrina norte-americana, JASON MAZZONE, “The Bill of Rights in the Early State Courts”, in *Minnesota Law Review (MLR)*, Volume 92, (2007), pp. 45-78.

<sup>54</sup> ISRAEL/LAFAVE, ob. cit. págs. 299/301.

<sup>55</sup> (37 U.S. 471).

<sup>56</sup> ISRAEL/LAFAVE, ob. cit. pág. 302.

<sup>57</sup> Assim, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *Gäfgen v. Alemanha*, 5ª secção, (T.E.D.H.), de 30 de Junho de 2008; apesar de o arguido não ter o dever de contribuir para a sua própria incriminação (TEDH *Saunders c. UK*, de 17/12/1996 (§ 68; TEDH *Heaney and McGuinness c. UK*, de 21/12/2000 (§ 40), mesmo quando a obtenção da prova fere um direito protegido pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (TEDH *Khan* § 34; *Allan* § 42; *PG e JH c. Reino*

A este respeito constata-se mesmo a existência de um sentido uniforme nas decisões do Supremo Tribunal norte-americano<sup>58</sup>, considerando que nos casos de prova derivada envolvendo *actos de vontade* (*derivative evidence involving volitional acts*), traduzidos, por exemplo, no *depoimento de testemunhas* ou na decisão do suspeito de *confessar o crime* ou de prestar declarações relevantes quanto a este<sup>59</sup>, *a invalidade da prova anterior não se projecta na prova posterior*, porque assente em *decisões autónomas* e produto de uma *livre vontade*<sup>60</sup>.

Volvendo à *primeira hipótese prática* que nos interpela, afigura-se-nos de meridiana clareza que a mesma subsume-se às limitações do *efeito à distância* da *fonte independente* e da *descoberta inevitável*. Quanto à *segunda hipótese prática* subsume-se, combinadamente, à limitação da *mácula dissipada* e, no plano da responsabilidade jurídico-penal do co-arguido A, à *wilful blindness*.

Mas o que significa a *wilful blindness*?

Às três *limitações* à doutrina “*efeito à distância*” das proibições de prova soma-se uma *outra sub-limitação*, denominada pela doutrina norte-americana, “*wilful blindness*”, com relevo directo na resolução da *segunda hipótese*, no que se refere ao **co-arguido A** e ao (*alegado*) *desconhecimento* de que *transportava*<sup>61</sup>, conjuntamente com o **co-arguido B**, produtos

---

Unido, de 25/09/2001), nos quadros de processo justo e equitativo (*Içoz c. Turquia*, de 09/01/2003; *Jalloh* §§ 99, 104, *Goçmen c. Turquia*, de 17/10/2006 (§ 73); *Haroutyou-nian c. Arménia*, de 28/06/2007, (§ 63).

<sup>58</sup> Neste sentido as decisões, respectivamente, de 1971 e 1985, *Michigan v. Tucker* (417 U. S. 433) e *Oregon v. Elstad* [470 U.S. 298]).

<sup>59</sup> Em sentido próximo, na doutrina italiana, ENRICO MARZADURI “Diritto alla prova testimoniale e modalità di escussione del testimone”, in *Associazione Tra Gli Studiosi Del Processo Penale*, (2005), pp. 17-35.

<sup>60</sup> Cfr.. STEVEN D. CLYMER, “Are Police Free to Disregard Miranda?”, in *Yale Law Journal* (YLJ), vol. 112, nº 3, Dezembro de 2002, (2002), pág. 510.

<sup>61</sup> Esta *segunda hipótese* funda-se, essencialmente, nos *factos naturalísticos* que estiveram na base do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 198/2004, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Moura Ramos, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); o Tribunal Constitucional não fez qualquer referência à doutrina norte-americana da *wilful blindness*, mas, pelas razões que exporemos em texto, poderia (e deveria) tê-lo feito. Uma parte da doutrina mais abalizada verbaliza, com razão, algumas dúvidas relativamente à solução normativa encontrada pelo Tribunal Constitucional no que respeita à condenação do co-arguido A, cuja afirmação da sua responsabilidade jurídico-penal escorou-se,

estupefacientes; sendo certo que a condenação de A fundou-se, sem *outra corroboração probatória*, exclusivamente, no depoimento do co-arguido <sup>62</sup>/<sup>63</sup> B.

Com efeito, no que se refere ao “*wilful blindness*”, no sistema jurídico norte – americano são identificados *quatro títulos de imputação subjectiva* (ao contrário dos sistemas jurídicos continentais, que adoptam um *sistema dualista*, exclusivamente baseado nas figuras do dolo e da negligência).

Assim, de acordo com o Model Penal Code<sup>64</sup>, em particular a sua secção 2.02, o *autor do facto criminoso* pode actuar *Purposely, Knowingly, Recklessly* ou *Negligently*.

---

exclusivamente, no *depoimento do co-arguido* B, que, como se disse, *confessou* os factos ilícitos-típicos, revelando estar *plenamente ciente* de que transportava produtos estupefacientes. Não desenvolveremos, nesta sede, a questão do *depoimento do co-arguido* e sobre a *corroboração probatória* (ver, por todos, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 133/2010 relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Vítor Gomes, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)); a este respeito a referida doutrina afirma que “*os alicerces do acórdão da primeira instância do caso português mostram-se igualmente frágeis por outros motivos. Efectivamente mesmo que fosse válido, o depoimento do arguido A em audiência limita-se a confirmar que este conduzia o seu automóvel, vindo de Lisboa, o que, por si só, não constitui prova de crime algum. Apenas o seu co-arguido relata e confessa o contexto delituoso do transporte de droga. Desta forma, a condenação de A apoiou-se fundamentalmente nas declarações do seu co-arguido, como admite, aliás, o próprio Tribunal Constitucional*”, Neste sentido, HELENA MORÃO, “Efeito-à-distância das proibições de prova e declarações confessórias – o acórdão n.º 198/2004 do Tribunal Constitucional e o argumento “*the cat is out of the bag*”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 22, N.º 4, Outubro-Dezembro 2012, Director: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), pp. 724.

<sup>62</sup> Sobre o *depoimento do co-arguido*, por todos, HUGO LUZ DOS SANTOS, “Recurso de Apelação. Falta de Fundamentação da Decisão de Extracção de ADN, Derrogação do mandado de esgotante apreciação do ilícito”, in *Revista do Ministério Público (RMP)*, n.º 135, Ano 34, Julho-Setembro de 2013, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), *passim*.

<sup>63</sup> Talvez seja por isso que, ainda que noutra campo temático, mas sem perder de vista, certamente, o depoimento do co-arguido, a doutrina refira que “*a intransmissibilidade das declarações do arguido constitui, em resumo, um mecanismo relativo a uma política sobre a formação da prova declarativa que tem como fonte o arguido*”; assim, PAULO DÁ MESQUITA, “A utilizabilidade probatória no julgamento das declarações processuais anteriores do arguido e a revisão de 2013 do Código de Processo Penal”, in *As Alterações aos Códigos Penal e de Processo Penal: Uma Reforma «Cirúrgica?»*, André Lamas Leite (organização), Coimbra Editora, Coimbra, (2014), pp.142.

<sup>64</sup> Model Penal Code consiste num texto proposto em 1962, pelo *American Law Institut*, como possível denominador (*standard*) da legislação penal dos vários Estados federados

À parte da questão do *concreto* preenchimento do tipo subjectivo de ilícito, constantes dos parágrafos 3 e 5, que não se desenvolverá por não ser absolutamente pertinente para a economia do presente artigo, é, contudo, importante sinalizar que a jurisprudência e a doutrina dos Estados Unidos têm revelado particular preocupação com a análise da relação entre *Knowledge* e *Wilful Blindness*.

Concretamente, pretende-se avaliar se o agente que não conhece efectivamente as circunstâncias do facto, *mas cujo desconhecimento resulta de uma decisão voluntária de não conhecer*, pode ser jurídico – penalmente responsabilizado por uma infracção que, ao nível subjectivo, *depende* daquele conhecimento.

Em particular, a *wilful blindness* está relacionada com a circunstância de o agente *se colocar conscientemente numa situação de cegueira (blindness)* perante os factos<sup>65</sup>.

No sistema americano, esta questão tem sido colocada muito frequentemente no âmbito do tipo legal de crime de tráfico de estupefacientes, o qual implica que o agente “*conheça*” o facto de estar a praticar actos materiais – *produção, distribuição, venda* ou *detenção* – sobre uma substância proibida (*controlled substance*), sendo esta questão debatida amplamente pela doutrina norte-americana<sup>66/67/68/69/70</sup>”, no âmbito temático

---

e que, actualmente, apesar de não ter assumido a forma de lei, assume influência relevante para a doutrina e para a jurisprudência que a ela frequentemente recorrem como modelo interpretativo.

<sup>65</sup> Assim, HUGO LUZ DOS SANTOS, “A Criminalidade económico-financeira na Região Administrativa Especial de Macau (RAEM): Subsídios para a interpretação da lei do branqueamento de capitais, no que respeita à responsabilidade penal das pessoas colectivas (art.º 5.º, n.º 1.2, da Lei n.º 2/2006). O crime de “riqueza injustificada” (art.º 28.º, n.º 1, da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho). Questões sobre o confisco alargado (art.º 28.º, n.º 2, da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho) e sobre os “*Bona fide purchasers*” afectados pela declaração de perda a favor do Estado – a categoria doutrinal da “*wilful blindness*” norte – americana”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (BFDUM)*, Macau, China, (2014), *passim*.

<sup>66</sup> Neste sentido, JOÃO MATOS VIANA, “O administrador que assina sem prévia confirmação, documento com conteúdo ilícito; caso de conhecimento ou ignorância do facto típico”, in *Direito Penal Económico e Financeiro, Conferências do Curso Pós – Graduação de Aperfeiçoamento*, Coordenadores Maria Fernanda Palma; Augusto Silva Dias; Paulo de Sousa Mendes, Coimbra Editora, Coimbra, (2012), pp. 96-105, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

do *confisco in rem*, mais propriamente da “*innocent owner deffense*”<sup>71</sup>, no sentido da protecção dos *bona fide purchasers*<sup>72</sup>.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos tem negado provimento aos recursos dos (alegados) *bona fide purchasers*, com base, justamente, na ideia motriz que “*um arguido que permanece “wilful blind” não tem legitimidade para reivindicar os benefícios emergentes do “innocent owner deffense”*”<sup>73</sup> |<sup>74</sup>.

<sup>67</sup> Neste sentido, na doutrina norte-americana, STEVEN SCHARCZ/ALAN E. ROTHMAN, “Civil Forfeiture: a higher form of commercial law”, in *Fordham Law Review*, Volume 62, (2008), pp. 277-304.

<sup>68</sup> Neste sentido, na doutrina norte-americana, STEFAN D. CASSELLA, “The Inocent owner defense to civil asset forfeiture, Civil Forfeiture reform act of 2000 creates a Uniform Innocent Ownner Defense to Most Civil Forfeiture Cases Filed by Federal Governement”, in *Selected Works of STEFAN D. CASSELLA*, (2006), pp. 29.

<sup>69</sup> Neste sentido, os Acórdãos do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), *United States v. Certain Funds on Deposit in Account, E.D.N.Y.*, 1991; *United States v. Dacarrett*, Nos 1264, 1265, 92 – 6229, 92-6259; *United States v. Banco Cafetero Panamá*, 797, F.2, 1154, (2d Cir.1986).

<sup>70</sup> Neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), *United States v. Buena Vista Ave II*, 113, S. Ct, 1126, 1993.

<sup>71</sup> Neste sentido, HUGO LUZ DOS SANTOS, “O acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) Varvara c. Itália e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no “*crime doesn’t pay*”, in *Scientia Iuridica (SI)*, Tomo LXIII, N.º 334, Janeiro/Abril de 2014, Cejur, Braga, (2014), pp. 103-106.

<sup>72</sup> Neste sentido, os Acórdãos do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), *United States v. One 1987 Volkswagen Jetta 760 F. Supp. 772, 775 (W.D. Mo, 1991)*; *United States v. one 45 Douglas C- 54 (DC-4)*.

<sup>73</sup> Neste sentido, Acórdãos do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), *United States v. 316 United of Mun. Secs. 725, F. Supp. 172, 180, (S.D.N.Y.M., 1989)*; *United States v. 1977 Porsche Carrera, 748, F. Supp. 1180, 1185 (W.D. Tex. 1990)*, *aff’d*, 946, F, 2d 30 (5th Cir. 1991); *United States v. Real Property 874 Gartel Drive, 79 F.3d 918, 1996*.

<sup>74</sup> Sobre a *innocent owner deffense* no quadro da “*civil forfeiture*” e de uma questão (candente) nos Estados Unidos da América em torno da “*nazi looted artwork*” e da “*Laches defense*”, que não desenvolveremos, e do recente Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), *United States v. Portrait of Wally*, 663, F. Supp. 2d 232, 238, (S.D.N.Y.), 2009; PATRICIA RUIZ, “If you could say it in words, there’d be no reason to paint: recovering beloved works os art through civil forfeiture”, in *Northern Illinois Law Review*, Volume 3, Fall 2011, Number 1, (2011), pp. 37 e ss.

Revertendo ao caso concreto, referente à *segunda hipótese*, o co-arguido A é “*wilful blind*”<sup>75</sup>, porque, à luz das regras da experiência comum (art.º 114.º, do CPP de Macau e art.º 127.º, do CPP de Macau), estava *plenamente ciente* das circunstâncias suspeitas que rodearam o *transporte* daquele *concreto* acervo de produto estupefaciente e *conformou-se* com aquele *transporte* - que *já é distribuição* (art.º 21.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 21 de Janeiro).

Deste modo, em síntese, a doutrina norte-americana<sup>76/77/78</sup> e a jurisprudência do Supremo Tribunal Americano consideram que o pressuposto do “*conhecimento*” fica preenchido sempre que o *estado mental do agente* corresponda a uma situação de *wilful blindness*.

O que bem se compreende.

Na verdade, atenta a *teoria do contacto social*, e havendo uma *ligação especial*<sup>79</sup> entre o co-arguido B e o co-arguido A, (alegadamente) de boa fé, formam-se a partir desse aforismo os denominados *círculos de diligência devida*<sup>80</sup>, consubstanciados no *universo de deveres de protecção* (*Schutzpflichten*)<sup>81</sup> que emergem na esfera jurídica do co-arguido A, sob

<sup>75</sup> Para um caso semelhante, de “*Wilful blindness*”, Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (US SUPREME COURT), *United States v. Giovanetti*, 919, F. 2d 1223 (7th Circuit 1990).

<sup>76</sup> Neste sentido, DOUGLAS HUSAK/CRAIG CALLENDER, “*Wilful ignorance, knowledge and the “equal culpability” thesis: a study of deeper significance of the principle of legality*”, in *Wisconsin Law Review*, 29, (1994), pp. 10 e ss.

<sup>77</sup> Neste sentido, ROBIN CHARLOW, “*Willful ignorance and criminal culpability*”, in *Texas Law Review*, Volume 70, (1992), pp. 1434 e ss.

<sup>78</sup> Neste sentido, JOÃO MATOS VIANA, “*O administrador que assina sem prévia confirmação, documento com conteúdo ilícito; caso de conhecimento ou ignorância do facto típico*”, cit., pp. 96-105, que vimos seguindo de muito perto, mesmo textualmente.

<sup>79</sup> Neste sentido, na doutrina alemã, GÜNTHER TEUBNER, “*Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*”, II, in *Luchterhand, Neuwied*, 980, & 242, n.º 58.

<sup>80</sup> Neste sentido, ainda que noutra âmbito temático, o notável estudo realizado por MIGUEL BRITO BASTOS, “*Deveres Acessórios de informação. Em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador*”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano V (2013), Números I-II, Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, (2013), pp. 275.

<sup>81</sup> Neste sentido, com base numa monumental análise de direito comparado, PEDRO CAETANO NUNES, “*Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores*”, in *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, (2013), pp. 217.

a forma de um *onus* de proteger, pelo acesso à informação, a sua esfera jurídica; isto é, desse *círculo de diligência devida* resulta um *especial dever de monitorização*<sup>82</sup>, *de informação*<sup>83</sup>, *da proveniência e natureza* do produto estupefaciente que A e B transportavam para Lisboa.

O que significa que se o co-arguido A não observar esse *onus de informação/monitorização*, consubstanciado, nomeadamente, na *recusa em transportar* tal produto estupefaciente, *sibi imputet*, devendo o mesmo (co-arguido A), ser jurídico – penalmente responsabilizado pela prática do tipo legal de crime de tráfico de estupefacientes não sendo, pois, considerado *terceiro de boa fé*<sup>84/85</sup>, nos termos referidos pela doutrina e jurisprudência norte-americanas.

Com estes exemplos respeitantes à doutrina dos *«frutos da árvore envenenada»* nos Estados Unidos da América, procurou-se traçar, genericamente, o *quadro de referência* desta no que podemos chamar o seu *«ambiente natural»*. Note-se que estão em causa soluções próprias de uma ordem jurídica que é substancialmente diferente do ordenamento jurídico de Macau e de Portugal, o que não impediu tal doutrina de perpassar abalizada doutrina portuguesa. Muitas destas soluções não têm nem poderiam ter correspondência no Direito Processual Penal macaense e português. Porém, o que importa é que a doutrina dos *«frutos da árvore venenosa»*, nunca teve, na sua origem e desenvolvimento no direito norte-americano, um *«efeito dominó»* que *arrasta todas as provas*<sup>86</sup> que, em

<sup>82</sup> Assim, aproximadamente neste sentido, na doutrina alemã, WELTEN, *Normkenntnis und Normverständnis*, Baden-Baden, (2003), pp. 90.

<sup>83</sup> Razão pela qual autorizada doutrina brasileira refira, recorrendo à teoria das normas, que a *“norma secundária (abstenha-se de praticar a conduta planeada) nasce apenas quando o sujeito possui um motivo concreto para se informar”*; assim, ALAOR LEITE, “Existem Deveres Gerais de Informação no Direito Penal?”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 23, N. 2, Abril-Junho de 2013, Coimbra Editora, Coimbra, (2014), pp. 223.

<sup>84</sup> Referindo-se ao *“núcleo protector do terceiro de boa fé”*, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, “O art.º 5.º do Código do Registo Predial e a compra e venda imobiliária”, in *Revista O Direito*, Ano 143, 2011, V, Coimbra, Almedina, (2012), pp. 978.

<sup>85</sup> Aduzindo à boa fé como *“princípio fundamental do direito privado”*, ANA MARIA TAVEIRA DA FONSECA, “Publicidade espontânea e publicidade provocada de direitos reais sobre imóveis”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, N.º 20, Cejur, Braga, Coimbra Editora, (2008), pp. 21.

<sup>86</sup> Depois de alguma instabilidade jurisprudencial – que passou por uma extensão da *“legitimidade”* para arguir a violação de direitos constitucionais até à afirmação de uma

quaisquer circunstâncias, apareçam em *momento posterior à prova proibida*<sup>87</sup> e com ela possam, de alguma forma, ser *relacionadas*<sup>88</sup>.

Com efeito, as *limitações do efeito-à-distância* das proibições de prova, são uma “*judicially created rule*”<sup>89</sup> especialmente criada para “*detering police misconduct*”<sup>90/91</sup> e não um *efeito automático* que *afecta* todas as provas *mediatas, reflexas* ou *derivadas*.

### III. Breve Alusão À Entrada No Domicílio e Busca Domiciliária No Direito Policial Alemão (Polizeirecht)

Nos quadros da *sociedade de risco* (*Risikogesellschaft*) tem-se assistido a um incremento da *criminalidade altamente organizada*, com raízes transnacionais. O carácter *altamente organizado* e *transnacional* da criminalida-

---

“*legitimidade automática*” (*Jones v US* – 362 US 257, (1960) – o Supremo Tribunal Federal norte-americano estabeleceu um critério seguro de “*análise de expectativa de privacidade*” para estatuir quem tem legitimidade para invocar a profanação de direitos constitucionais com o consequente *benefício de exclusão da prova ilícita* (*Katz V U.S.* – 389 US 347, (1967), mesmo que se trate do mesmo processo com vários arguidos (*Rakas v. Illinois* – 439 U.S. 128, (1978), no quadro temático de uma outra, porventura menos conhecida, *limitação da regra de exclusão*, a *standing doctrine*, que traça a distinção daqueles que têm legitimidade para invocar a possibilidade de aplicação da regra de *exclusão da prova*. Esta consiste, em traços gerais, na afirmação daqueles que viram violados os seus direitos constitucionais poderem beneficiar da exclusão da prova ilícita; assim, JOÃO HENRIQUE GOMES DE SOUSA, “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*”, in *Revista Julgar (RJ)*, n.º 11, Maio-Junho 2010, Director: José Mouraz Lopes, Coimbra Editora, Coimbra, (2010), pp. 29.

<sup>87</sup> Neste sentido referindo que “*a aceitação do efeito-à-distância pelos tribunais portugueses é (...) bastante mitigada, pelo que dificilmente aceitariam a tese maximalista*”; LUÍS BÉRTOLO ROSA “Consequências processuais das proibições de prova”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 20, N.º 2, Abril-Junho de 2010, Director: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, (2011), pp. 265.

<sup>88</sup> Assim, Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal, n.º 198/2004, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Rui Moura Ramos, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>89</sup> Neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos (*US Supreme Court*) *Illinois v. Krull*, 480 U.S., 340 (1987), disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/>.

<sup>90</sup> Neste sentido, (*US Supreme Court*) *Arizona v. Evans*, 480 U.S., 340 (1995), disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/>.

<sup>91</sup> Neste sentido, (*US Supreme Court*) *Davis v. United States*, 131, S. Ct. 2419, U.S., (2011), disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/>.

de hodierna, convoca, é consabido, uma miríade de questões dogmáticas que se polarizam, justamente, no *equilíbrio* entre a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos e o *arsenal* de mecanismos processuais que a *máquina punitiva estadual* lança mão para *combater* aquela criminalidade *altamente organizada* com raízes *transnacionais*.

Como escrevemos noutra local<sup>92</sup>, a imperiosidade de um *sistema de justiça célere e eficaz*, no concerne ao combate da *criminalidade complexa*, é uma reivindicação ancestral da sociedade tomada no seu todo.

Essa reivindicação, pensa-se, radica na convicção, *comunitariamente suportada*, de que o tratamento da *criminalidade complexa*, não raro, com ramificações plurilocalizadas, dentro e fora do espaço comunitário, peticiona o chamamento à colação de *ferramentas de investigação criminal* que possam (desejavelmente) garantir a *perseguição criminal* dessa mesma criminalidade, consubstanciado na efectivação da *pretensão punitiva* do Estado, encabeçada pelo titular da acção penal - o Ministério Público.

É precisamente ancorado nessa ideia motriz que o Direito policial alemão, no que concerne à *entrada no domicílio*, se tem polarizado numa *extensão* dos poderes policiais tendo em vista a *antecipação da tutela de bens jurídicos individuais e supra-individuais*.

Com efeito, no direito policial alemão, a *entrada no domicílio* pode ser definida como uma diligência de natureza policial que se traduz na penetração por agentes policiais em *domicílio privado* com vista a constatar um facto, a *prestar auxílio urgente*, a *identificar* e, se for caso disso, a *deter* pessoas ou a *apreender* objectos<sup>93</sup>. Diferentemente, a *busca domicili-*

<sup>92</sup> Assim, HUGO LUZ DOS SANTOS “A reforma do Código de Processo Penal de 2013 e o Processo Sumaríssimo: entre a *law and economics* posneriana (MDR) e a maximização da justiça consensual (MJC): duas faces da mesma moeda?”, in *Revista Julgar (RJ)*, Director: José Igreja de Matos, (2014), *passim*, em curso de publicação.

<sup>93</sup> A mais autorizada doutrina alemã define “a *entrada no domicílio* como a penetração na habitação, podendo permanecer e olhar para as coisas. Todavia, a entrada também pode visar encontrar uma pessoa que deva ser detida, ou conduzida à esquadra de investigação criminal encontrar uma coisa que deva ser apreendida ou *defender alguém de um perigo actual para a saúde ou para a vida*. Deste modo, a *entrada no domicílio* (“*introdução em casa alheia*”) *sem o consentimento do seu titular é uma manifestação de força inerente à actividade policial*”, Neste sentido, na doutrina alemã, SCHOLLER/SCHLOER, *Gründzuge des Polizeirecht und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, 4. Auflage, (1993), pp. 139-140.

*ária* compreende a procura de pessoas ou objectos, deliberada e orientada a um fim, por parte de órgãos do Estado, *ou para a averiguação de uma situação de facto*<sup>94</sup>, a fim de detectar alguma coisa que o titular do domicílio não quer espontaneamente mostrar ou entregar<sup>95</sup>.

Assim, diferentemente da simples *entrada no domicílio* a *busca domiciliária* consiste na procura de pessoas e coisas que se sabe ou suspeita que se encontram no *domicílio*, *podendo estar escondidas*. A *busca domiciliária* pode compreender a abertura de portas, armários, gavetas, caixas e, se necessário, o arrombamento de soalhos, paredes ou sótãos<sup>96</sup>. Por conseguinte, a *busca domiciliária* é uma medida mais *ablativa* que a simples *entrada no domicílio*, uma vez que a *busca domiciliária pressupõe a entrada no domicílio*, mas a *entrada no domicílio* não exige *necessariamente* a realização de uma *busca domiciliária*, servindo outros fins, como a simples “*tomada de conhecimento*” ou “*constatação*” da presença ou estado de pessoas, coisas ou situações<sup>97</sup>.

Tanto a *entrada no domicílio* como a *busca domiciliária* podem ter *fins preventivos* ou *repressivos*, sendo, respectivamente, subsumíveis ao *direito policial* (se o fim for marcadamente *preventivo*) ou ao *direito processual penal* (se o fim for eminentemente *repressivo*)<sup>98</sup>.

É neste âmbito temático, no que se refere *concretamente à entrada no domicílio*, que se inscreve a importância precípua da *entrada preventiva* vigente no direito policial alemão<sup>99</sup>.

<sup>94</sup> Assim, na jurisprudência alemã, o acórdão do Tribunal Constitucional Federal Alemão - *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE), 76, 83/89, também disponível em <http://www.bundesverfassungsgericht.de/rss/entscheidungen/>

<sup>95</sup> No mesmo sentido, H. WAGNER, *Polizeirecht: Kritisch Dargestellt am berliner ASOG, am Muster-Entwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes und an der STPO*, (1982), pp. 185-191.

<sup>96</sup> Neste sentido, ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, “Entrada e busca domiciliária no Direito Policial”, in *Revista do Ministério Público (RMP)*, ano 32, n.º 125, Janeiro-Março de 2011, Director: Adriano Cunha, Coimbra Editora, Coimbra, (2011), pp. 222, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

<sup>97</sup> Assim, ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, “Entrada e busca domiciliária no Direito Policial”, *cit.*, pp. 222.

<sup>98</sup> Aproximadamente neste sentido, na doutrina alemã, SCHOLLER/BROB, *Grundzüge des Polizeirecht und Ordnungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, 4. Auflage, (1993), pp. 146-167.

<sup>99</sup> A recente jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (BVerfGE), admitiu expressamente a figura da *indiciação policial suficiente* como suporte legalmente adequado à prolação de um mandado de busca domiciliária; neste sentido, o *Beschluss* do BVerfGE de 05/05/2011, disponível em <http://www.bundesverfassungsgericht.de/rss/entscheidungen/>

Com efeito, a *entrada preventiva no domicílio*, apesar de estar sob reserva de juiz, pode também ser mobilizada pelos órgãos de polícia criminal através de uma *cláusula geral de polícia*. Neste caso, a *entrada no domicílio* pode ter lugar, essencialmente, para *dois* tipos de fins: *para a prevenção de um perigo actual e relevante para a colectividade* (por exemplo, incêndio, associação criminosa, terrorismo, detenção de material explosivo susceptível de *ferir gravemente* ou *matar* um número indeterminado de pessoas); para a *prevenção de um perigo relevante para a vida ou a integridade física de pessoas em concreto* (por exemplo, homicídio, ofensa à integridade física grave ou qualificada, roubo qualificado, roubo agravado pelo resultado, violência doméstica agravada pelo resultado). Nestes casos, não é necessário previsão expressa da lei, nem autorização prévia do juiz<sup>100</sup>. A *urgência* da situação, aliada à *grande relevância dos bens jurídicos* em causa e à *forma grave como estão a ser ameaçados exige uma intervenção imediata (perigo actual e grave)*<sup>101</sup>, embora posteriormente deva ser dado conhecimento ao juiz, que *confirmará a legalidade da intervenção policial preventiva*<sup>102</sup>.

#### IV. A Entrada No Domicílio Como Nexó Funcional de Defesa Preventiva de Bens Jurídicos Supra-individuais da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) - A Tutela da Dignidade da Pessoa Humana (Art.º 30.º, N.º 1, da Lei Básica de Macau)

Como acima deixámos acenado, o *bem jurídico* subjacente à construção de *certos* tipos legais de crime de *natureza plurípessoal*, assume uma natureza *colectiva*, *i.e.* de base eminentemente *supra-individual*, sendo os *interesses dignos de tutela penal* que este *visa* tutelar podem ser *deduzidos*

<sup>100</sup> Assim, na doutrina alemã, REICHERT/RUDER, *Polizeirecht*, Verlag, Köln, 3. Auflage, (2008), § 606-608.

<sup>101</sup> A recente jurisprudência do Tribunal de Cassação Francês (*Cour de Cassation*), densificou a noção de *suspeita* e *perigo grave*, no âmbito de uma busca não domiciliária realizada a um escritório de advogados; neste sentido, Acórdão do Tribunal de Cassação Francês, de 16/06/2011, disponível em [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence2/chambre\\_criminelle578/](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence2/chambre_criminelle578/).

<sup>102</sup> Assim, ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, “Entrada e busca domiciliária no Direito Policial”, *cit.*, pp. 232-233, que seguimos textualmente.

ou extraídos directamente da constituição<sup>103</sup>; ou seja, devem ser determinados segundo o *quadro axiológico* nele estabelecido<sup>104/105</sup>, conferindo, desse modo, uma *presunção de legitimidade do legislador*<sup>106</sup>, escorado, pois, no cimento que agrega e congrega a comunidade jurídica: o *princípio da certeza do direito*<sup>107</sup>.

A esta luz se entende, então que, o direito penal e o direito constitucional mantêm entre si certas e íntimas relações de cruzamento<sup>108/109/110</sup>, e é essa a razão pela qual a doutrina tem entendido que os *bens jurídicos de natureza supra-individual* configuram uma expressão da *figuração identitária dos cidadãos*; da *mostração* de natureza *colectiva, supra-individual*, que se encontra condensada *naquele concreto bem jurídico*, enquanto suporte axiológico-funcional da *colectividade* tomada no seu todo; uma vez

<sup>103</sup> Neste sentido, na doutrina alemã, FRISTER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, (2011), 3.º Capítulo, Número de margem 32.

<sup>104</sup> Neste sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Constituição e Legitimação do Direito Penal”, in *Diálogos constitucionais entre Brasil-Portugal*, Organização: António Avelãs Nunes/Jacinto Nélson de Miranda Coutinho, Rio de Janeiro, Renovar, (2006), pp. 53.

<sup>105</sup> Neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O “Direito Penal do Bem Jurídico” como Princípio Jurídico – Constitucional. Da Doutrina Penal, da Jurisprudência Constitucional Portuguesa e das suas relações», in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, (2009), pp. 36-37.

<sup>106</sup> Neste sentido, o monumental estudo de JOSÉ DE FARIA COSTA, “Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, ano 142.º, N.º 3978, Janeiro – Fevereiro 2013, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), pp. 246.

<sup>107</sup> Neste sentido, o monumental estudo de JOSÉ DE FARIA COSTA, “O princípio da igualdade, o direito penal e a constituição”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 141.º, N.º 3974, Maio – Junho 2012, Coimbra Editora, Coimbra, (2012), pp. 293.

<sup>108</sup> Neste sentido, em anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012, JOSÉ DE FARIA COSTA, “Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: plaidoyer por um direito penal não iliberal e ético – socialmente fundado”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência* ano 141.º, N.º 3973, Março – Abril 2012, Coimbra Editora, Coimbra, (2012), pp. 252.

<sup>109</sup> Neste sentido, CLAUS ROXIN, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 23, n.º 1, Janeiro-Março 2013, Director: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, (2014), pp. 36.

<sup>110</sup> Assim também, JOANA AMARAL RODRIGUES, “A teoria do bem jurídico-penal: várias dúvidas e uma possível razão”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 23, N. 2, Abril-Junho de 2013, Coimbra Editora, Coimbra, (2014), pp. 223.

que a *integridade desse bem jurídico colectivo, de natureza supra-individual*, é imprescindível para o *livre desenvolvimento da personalidade* de cada um dos cidadãos, é dizer, portanto, que é inarredável da sua *dignidade da pessoa humana* (art.º 1.º, da CRP, art.º 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau)<sup>111</sup>.

Daí que se compreenda que, a esta luz, a *dignidade da pessoa humana* possa ser decantada desse *princípio valor*<sup>112</sup>, ou seja, do *bem jurídico de natureza colectiva, supra-individual*<sup>113/114/115/116</sup>, sendo essa a razão pela qual

<sup>111</sup> Assim, HUGO LUZ DOS SANTOS, “O recurso aos métodos indirectos de avaliação da matéria colectável e a prova indiciária, à luz do acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 26/02/2013:o virar da página?”, in *Revista Fiscal (RF)*, Setembro/Octubre de 2014, Vida Económica, Porto, (2014), pp. 20-22.

<sup>112</sup> Enfatizando que grande parte das *normas constitucionais* - portanto, normas com *pedigree* - têm uma *estrutura principiológica*, na doutrina alemã, ROBERT ALEXY, «*Theorie der Grundrechte*», Frankfurt – am – Main, (1985), pp. 71 e ss.

<sup>113</sup> Pronunciando-se favoravelmente quanto à possibilidade de “*o direito penal liberal de matriz antropocêntrica ter em si a virtualidade de tutelar bens jurídicos supra-individuais*”, apodando-a, expressivamente, de “*inequívoca*”; Neste sentido, PAULO SARAGOÇA DA MATTA, “Direito Penal na Sociedade do Risco- Análise tópica e novas tendências político-Criminais”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 20, n.º 4, Outubro-Dezembro 2010, Director: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, (2012), pp. 536.

<sup>114</sup> Aproximadamente neste sentido, na doutrina alemã, WOLHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts zur Dogmatik, moderner Gefährdungsdelikte*, Berlin, (1999), pp. 40-43.

<sup>115</sup> Referindo que “*a permanência, ou insistência, dos bens colectivos que começaram por ser concebidos enquanto defesa de entidades colectivas de pendor eterno e permanente (pilares da estrutura social) e hoje se identificam com os factores que o direito penal contemporâneo defende será um argumento poderoso a depor no sentido da permanência destes bens. Ou por outras palavras, da impossibilidade penal que até hoje se vem verificando de prescindir deles*”; Neste preciso sentido, MARGARIDA SILVA PEREIRA “De regresso aos bens jurídicos colectivos: o milagre da multiplicação ou antes a confirmação do Direito Penal de vocação crítica. Depoimento da História Dogmática”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Volume VI, História do Direito, Filosofia do Direito e Direito Comparado/Direito Civil e Direito Processual Civil/Direito Penal e Direito Processual Penal/Direito Comercial/Direito do Trabalho/Direito Universitário, Coimbra Editora, Coimbra, (2012), pp. 776.

<sup>116</sup> Muito recentemente, aduzindo que “*deve continuar-se a trilhar o caminho de um “direito penal do bem jurídico”, ainda que o “bem jurídico” possa avocar uma **dimensão supra-individual***”, FERNANDO TORRÃO, “Direito Penal, globalização e pós-modernidade (desconstrução do paradigma liberal)”, in *Multiculturalismo e Direito Penal*, Organização: Teresa Pizarro Belezal/Pedro Caeiro/Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Almedina, Coimbra, (2014), pp. 95.

a mais autorizada doutrina norte – americana refere que “*there are benefits that are hard or impossible to quantify (such as human dignity)*”<sup>117</sup>/<sup>118</sup>/<sup>119</sup>/<sup>120</sup>.

Assim se compreende, pois, que, imbuída pelo espírito de aceitação irrestrita do *princípio da dignidade da pessoa humana* (art.º 1.º, da CRP e art.º 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau), a *constituição processual penal* seja regida pelo *princípio do nível de protecção mais elevado dos bens jurídicos colectivos, de base supra-individual*, que deve ser compreendido como um *princípio de preferência pela norma mais favorável* a esse objectivo; e essa *protecção mais elevada dos bens jurídicos supra-individuais do Região Administrativa Especial de Macau* polariza-se, justamente na *defesa preventiva de bens jurídicos pluripessoais*, essenciais à convivência comunitária<sup>121</sup>, uma vez que a sua *integridade*<sup>122</sup> (*law as integrity*)<sup>123</sup> é primacial para o *bom funcionamento do sistema processual penal de Macau*, surgindo o preceituado no art.º 159.º, n.º 4, alínea a), do CPP de Macau, como um afloramento *dessa defesa preventiva dos bens jurídicos supra-individuais*.

<sup>117</sup> Neste sentido, muito recentemente, na doutrina norte-americana, CASS R. SUNSTEIN, “The Real World of Cost-Benefits Analysis: Thirty-Six Questions (and almost as many answers)”, in *Columbia Law Review (CLR)*, January 2014, Volume 114, Number 1, (2014) pp. 177.

<sup>118</sup> Neste sentido, muito recentemente, na doutrina norte-americana, RACHEL BAYEFSKY, “Dignity as a value in Agency Cost-Benefit Analysis”, in *Yale Law Journal (YlJ)*, Volume 123, (2014), pp. 1740.

<sup>119</sup> Muito recentemente, na doutrina francesa, sobre a densificação do princípio da dignidade da pessoa humana, JOËLLE VUILLE, “Dans le doute, abstien-toi? Le rôle du défendeur dans l’appréciation de l’indice ADN – Étude comparative des pratiques suisses et américaines”, in *Revue de Science Criminelle et droit penal comparé (RSC)*, Octobre-décembre 2013, n.º 4, (2013), pp. 777-970.

<sup>120</sup> Muito recentemente, na doutrina italiana, sobre a densificação do princípio da dignidade da pessoa humana, DOMÉNICO PULITANÒ, “Confini del dolo. Una riflessione sulla Moralità del Diritto Penale”, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale (RIDPP)*, Volume 56, n.º 1, (2013), pp. 22-54.

<sup>121</sup> Neste sentido, ainda que noutro âmbito temático, ANDRÉ LAMAS LEITE, “Penas acessórias, questões de género, de violência doméstica e o tratamento jurídico-criminal dos «Shoplifters»”, in *As Alterações aos Códigos Penal e de Processo Penal: Uma Reforma «Cirúrgica»?*, André Lamas Leite (organização), Coimbra Editora, Coimbra, (2014), pp. 65.

<sup>122</sup> Neste sentido, entre nós, RUI CARDONA FERREIRA, “O debate Hart-Dworkin”, in *O Direito*, ano 145.º, Volume IV (2013), Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, (2014), pp. 837.

<sup>123</sup> Neste sentido, na doutrina norte-americana, RONALD DWORKIN, *Law’s Empire*, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing, 1986 (reimpressão de 2012), pp. 413 e ss.

Sendo essa a razão pela qual, a *entrada no domicílio*, enquanto *sub-tipo* das buscas domiciliárias, é um mecanismo usualmente utilizado no direito processual penal norte-americano para *acorrer* a situações de “*serious and imminent harm*”<sup>124</sup>, para bens jurídicos individuais e supra-individuais, que, com base no paradigma do “*objectively reasonable basis*”<sup>125</sup>, que levam razoavelmente o *órgão de polícia criminal (reasonable police officers)*<sup>126</sup> a supor que a *entrada no domicílio* dos cidadãos, *sem* um mandado de busca domiciliária, justifica-se uma vez que “*there is a reasonable basis for believing that an occupant is imminently threatened with serious injury*”, ou “*there is a major violence for a various number of people about (or soon will) occur*”, e a *entrada no domicílio* do órgão de polícia criminal é realizada em ordem a “*protect and avoid serious injury*”<sup>127/128</sup>, ancorada numa *indícia de reliability*<sup>129</sup> de perigo iminente para bens jurídicos de relevante valor (art.º 159.º, n.º 4, alínea a), do CP), cuja *extensão*, pela sua pertinência e acerto dogmático, se preconiza para a Região Administrativa Especial de Macau.

Horta (Faial, Açores, com um relance do olhar para o Pico), 17 de Outubro de 2014.

<sup>124</sup> Acórdão do Supremo Tribunal norte-americano (US Supreme Court), *Ryburn v. Huff*, de 23/01/2012, (2012), disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/>.

<sup>125</sup> Acórdão do Supremo Tribunal norte-americano (US Supreme Court), *Brigham City v. Stuart*, 547 US 398, 400, (2006), disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/>.

<sup>126</sup> Acórdão do Supremo Tribunal norte-americano (US Supreme Court), *Graham v. Connor*, 490 US 386, 396-397, (1989), disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/>.

<sup>127</sup> Acórdão do Supremo Tribunal norte-americano (US Supreme Court), *Georgia v. Randolph*, 547 US 103, 118, (2006), disponível em [http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-354\\_olp1.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-354_olp1.pdf).

<sup>128</sup> Acórdão do Supremo Tribunal norte-americano (US Supreme Court), *Rincey v. Arizona*, 437 US 385, 392, (1978), disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/>.

<sup>129</sup> Acórdão do Supremo Tribunal norte-americano (US Supreme Court), *Crawford v. Washington*, 541 US 36, (2004), disponível em <http://www.supremecourt.gov/opinions/>.

