

INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA



André Daniel Ferreira Teixeira

Aspirante a Oficial de Polícia

Trabalho de Projecto do Mestrado Integrado em Ciências Policiais

XXIII Curso de Formação de Oficiais de Polícia

Escutas Telefónicas

Dos Conhecimentos da Investigação aos Conhecimentos Fortuitos

Orientador:

Professora Doutora Maria Fernanda Palma

LISBOA, 27 DE ABRIL DE 2011





Estabelecimento de Ensino Instituto Superior de Ciências Policiais e
Segurança Interna

Curso XXIII CFOP

Orientador Professora Doutora Maria Fernanda Palma

Título Escutas Telefónicas – Dos Conhecimentos da
Investigação aos Conhecimentos Fortuitos

Autor André Daniel Ferreira Teixeira - Aspirante a
Oficial de Polícia

Local de Edição Lisboa

Data de Edição Abril de 2011

AGRADECIMENTOS

Eis, portanto, o momento crucial de lembrar e agradecer a todos aqueles que contribuíram para que este trabalho fosse realizado.

À Professora Doutora Maria Fernanda Palma, por ter aceite orientar-me na realização desta dissertação, o meu sincero agradecimento pelas sábias orientações e pelos douts conhecimentos transmitidos.

Ao Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, e a todas as pessoas que nele trabalham, por todos terem contribuído significativamente para a minha formação pessoal e profissional.

Aos meus camaradas e amigos de curso, com quem aprendi muito ao longo dos últimos cinco anos, e aos alunos e ex-alunos que conheci e com quem partilhei vários momentos de boa disposição.

Ao meu amigo de infância Luís, por todo o apoio e amizade manifestada desde a minha chegada a Lisboa até aos dias de hoje.

A todos aqueles que contribuíram para a elaboração deste trabalho, pela atenção e pelo tempo despendido, nomeadamente, ao Superintendente Paulo Lucas, ao Subintendente Dário Prates, aos Professores Doutores Rui Patrício, José Braz e Paula Espírito Santo, Subcomissário Nelson Ribeiro e aos funcionários do Centro de Documentação da Polícia Judiciária.

À minha família, pela paciência e compreensão que tiveram para comigo, pelos muitos dias em que não lhes pude prestar a devida atenção nem os visitar como é costume.

E a ti, *Daniela*, pela tua paciência, pelo teu abnegado apoio e pelo teu carinho pacificador, norteando-me nos momentos mais difíceis.

A todos vós, muito obrigado!

RESUMO

As escutas telefônicas são hoje um importante instrumento no combate à criminalidade. A criminalidade organizada é hoje altamente sofisticada e sem o recurso a este meio, excepcional, de obtenção de prova os níveis de eficácia da investigação poderiam ficar verdadeiramente comprometidos.

A sua utilização implica uma grande compressão de alguns dos direitos fundamentais, nomeadamente o direito à palavra, à intimidade da vida privada e a inviolabilidade das telecomunicações. Apesar desta danosidade, muitas vezes as escutas telefônicas são consideradas nulas por desrespeito a formalidades a que Órgãos de Polícia Criminal (OPC) estão vinculados.

Como consequência das escutas, surgem os conhecimentos fortuitos que nos últimos anos têm sido alvo de ambiguidades no que diz respeito à sua valoração.

Palavras-chaves: Prova; Órgãos de Polícia Criminal; Escutas Telefônicas; Conhecimentos Fortuitos.

ABSTRACT

Telephone tapping is an important tool in today's fight against criminal activities. Nowadays organized crime is highly sophisticated and not resorting to this exceptional mean of obtaining proof may truly compromise the effectiveness of investigation.

Using telephone tapping often implies conflict with some fundamental rights, namely, the right to free speech, the right to privacy and the inviolability of telecommunications. Along with this harmful repercussion, many times phone tapping is considered unlawful due to the disrespect for formalities that Criminal Police Organs are obligated to.

As a consequence from using telephone tapping, fortuitous knowledge has been arose, which in the last few years, led to appraisal ambiguities.

Key-words: proof; Criminal Police Organs; telephone tapping; fortuitous knowledge

LISTA DE SIGLAS

AJ – Autoridade Judiciária
CC – Código Civil
CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CPP – Código Processo Penal
CRP – Constituição da República Portuguesa
DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem
JIC – Juiz de Instrução Criminal
LOIC – Lei da Organização da Investigação Criminal
MP – Ministério Público
ONU – Organização das Nações Unidas
OPC – Órgãos de Polícia Criminal
PJ – Polícia Judiciária
PSP – Polícia de Segurança Pública
STF – Supremo Tribunal Federal (BGH – Bundesgerichtshof)
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
StPO – Strafprozessordnung (Código de Processo Penal Alemão)
TC – Tribunal Constitucional
TRE – Tribunal da Relação de Évora
TRL – Tribunal da Relação de Lisboa
TRP – Tribunal da Relação do Porto
UMIC – Unidade Metropolitana de Informações Criminais
UNODC – United Nation Office on Drugs and Crime
LEC - Lei de Enjuiciamiento Criminal

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	III
RESUMO	IV
LISTA DE SIGLAS	V
INTRODUÇÃO.....	1
a) Justificação da escolha do tema.....	1
b) Os objectivos e as hipóteses	1
c) Metodologia adoptada	2
CAPITULO 1 – ENQUADRAMENTO TEÓRICO	4
1.1 As escutas telefónicas e os direitos fundamentais	4
1.2 A criminalidade organizada.....	8
1.2.1 Delimitação do conceito	8
1.2.2 Influência do conceito na fixação do regime das escutas telefónicas.....	10
1.3 Princípios inerentes à investigação.....	12
1.3.1 O Princípio da legalidade ou da legitimidade da prova.....	13
1.3.2 Princípio da livre apreciação da prova	14
1.3.3 Princípio da proporcionalidade e as escutas telefónicas.....	14
1.4 A prova	16
1.4.1 A admissibilidade da prova	16
1.4.2 Métodos proibidos de prova	19
CAPÍTULO 2 - ADMISSIBILIDADE DAS ESCUTAS TELEFÓNICAS	21
2.1 Delimitação conceitual das escutas telefónicas	21
2.2 Restrições de direitos, liberdades e garantias, nas escutas telefónicas.....	24
2.3 Regime legal das escutas telefónicas.....	26
2.3.1 A aplicação do regime e as suas formalidades	32
2.3.2. Competência dos órgãos de polícia criminal.....	34
CAPÍTULO 3 – CONHECIMENTOS PROVENIENTES DAS ESCUTAS TELEFÓNICAS	38
3.1 Enquadramento.....	38
3.2 Dos conhecimentos da investigação	39
3.3 Dos conhecimentos fortuitos	41
3.3.1 Compatibilização com o regime das escutas telefónicas.....	41
3.3.2 Da valoração dos conhecimentos fortuitos.....	48
3.3.2.1 Da recusa total	49
3.3.2.2 Da valoração condicional	51
3.4 Problemática dos conhecimentos fortuitos na actividade dos opc’s.....	54

CONCLUSÃO.....	58
BIBLIOGRAFIA	61

LISTA DE ANEXOS

Anexo A.....	66
Entrevista realizada ao Sr.º Dr.º José Braz	
Anexo B.....	71
Entrevista realizada ao Sr.º Subcomissário Nelson Ribeiro	
Anexo C.....	76
Entrevista realizada ao Sr.º Professor Dr.º Rui Patrício	

INTRODUÇÃO

JUSTIFICAÇÃO DA ESCOLHA DO TEMA

As intercepções telefónicas (vulgarmente denominadas por escutas telefónicas) representam neste momento um dos principais temas de debate no que diz respeito aos meios de obtenção de prova presentes no nosso ordenamento jurídico¹.

Face às competências da Polícia de Segurança Pública (PSP) e ao desenvolvimento da criminalidade organizada, que por sua vez está mais sofisticada, impõe-se a necessidade crescente da PSP (como OPC) recorrer às escutas telefónicas. Pelo facto de se tratar de um meio de obtenção de prova, que colide com direitos fundamentais, a sua utilização está sujeita a um apertado conjunto de formalidades e ao controlo por parte do juiz de instrução criminal (JIC). O não cumprimento destas formalidades origina a nulidade das provas obtidas com elevados prejuízos não só para os direitos fundamentais dos cidadãos mas também, para a administração da justiça.

Foi neste contexto, e porque se trata de uma matéria que nos desperta particular interesse, que decidimos elaborar um trabalho que versa sobre escutas telefónicas numa perspectiva de utilização por parte dos OPC's.

OS OBJECTIVOS E AS HIPÓTESES

Pretendemos fazer o tratamento jurídico-penal de um meio específico de obtenção de prova, as intercepções telefónicas, que constituem uma excepção legal ao consagrado princípio do sigilo da correspondência e das telecomunicações.²

Os nossos objectivos para o presente trabalho passam por: apresentar o problema face ao direito processual penal, isto é, saber se os conhecimentos fortuitos poderão ser valorados de acordo com a lei; expor o problema dos conhecimentos fortuitos tal como a teoria penal o apresenta e analisar criticamente as possíveis respostas; e, por último, apresentar a visão práctico-policia das escutas telefónicas e dos conhecimentos fortuitos que delas resultam e confrontá-la com as respostas da doutrina penal.

¹ Cfr. Constituição da República Portuguesa (CRP), Código de Processo Penal (CPP), lei de organização da investigação criminal (LOIC) - Lei 48/2008, de 27 de Agosto.

² Cfr. artigos 34.º da CRP e 187.º do CPP.

Assim sendo, para tentarmos dar resposta ao nosso problema de estudo consideramos as seguintes hipóteses de trabalho:

- As informações inopinadas obtidas mediante a realização legal de uma escuta telefónica poderem ser tomadas em consideração.
- O tratamento jurídico a aplicar aos conhecimentos provenientes das escutas telefónicas.
- Os OPC's que lidam com escutas telefónicas poderem tomar partido dos conhecimentos ditos fortuitos para repressão/prevenção de outros crimes.

METODOLOGIA ADOPTADA

O trabalho realizado tem um cariz essencialmente teórico³, podendo ser designado como uma investigação descritiva pois “implica estudar, compreender e explicar a situação do actual objecto de investigação”⁴. Para a sua realização foram utilizados dois métodos de recolha de informação: um método teórico, designado por revisão da literatura; e outro prático ou qualitativo, que consistiu na realização de entrevistas com o objectivo de obter uma diversidade de informação (diferentes opiniões) sobre o objecto de estudo⁵. A revisão da literatura foi o método mais utilizado ao longo do trabalho. Consistiu na pesquisa e análise de bibliografia referenciada na área de direito penal e processual penal, desde a legislação vigente à revogada, passando também pela análise da doutrina, jurisprudência, trabalhos, publicações e artigos que abordassem a matéria em causa.

As entrevistas foram realizadas a pessoas que, pela sua experiência e vastos conhecimentos sobre o processo penal⁶, pudessem dar um contributo para esclarecer o objecto de estudo, complementando assim a revisão da literatura.

Quanto à estrutura do trabalho, esta compreende três partes distintas: a Introdução, o Desenvolvimento e a Conclusão. Tendo a primeira e a última parte as designações

³ Cfr. artigo 2.º alínea a) do Estatuto do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 275/2009, de 2 de Outubro.

⁴ Cfr. Hermano Carmo e Manuela Malheiro Ferreira, *Metodologia de Investigação – Guia para Auto-aprendizagem*, 2ª Edição, Lisboa: Universidade Aberta, 2009, p. 231.

⁵ Como refere HERMANO CARMO e MANUELA FERREIRA, a «investigação qualitativa é “descritiva”. A descrição deve ser rigorosa e resultar directamente dos dados recolhidos. Os dados incluem transcrições de entrevistas (...)» (*Idem*, p. 198).

⁶ Ou seja, “informadores qualificados como especialistas no campo da (...) investigação.” O recurso a este método foi necessário para tentar obter resposta a “questões relevantes, cuja resposta não encontra na documentação disponível ou, tendo-a encontrado, não lhe parece fiável, (...)” (*Idem*, pp. 144 e 145).

referidas, já o Desenvolvimento reparte-se em três capítulos, em que se explana a matéria do geral para o particular (ou seja, para o objecto de estudo).

No primeiro capítulo é tratada a matéria referente aos direitos fundamentais, ao conceito de criminalidade organizada, aos princípios relacionados com a prova e à prova propriamente dita. No segundo capítulo, faz-se referência ao regime das escutas telefónicas que se encontra descrito nos artigos 187.º e ss. do CPP. O terceiro e último capítulo do desenvolvimento versa concretamente sobre o objecto de estudo.

Para todos os efeitos, este trabalho não deve ser visto como uma obra completa, nem procura encerrar em si todos os aspectos relativos ao papel dos órgãos de policial criminal no recurso às escutas telefónicas, enquanto meio específico de obtenção de prova. Pelo contrário, muitos aspectos haveria ainda a tratar e todos aqueles que são por nós abordados podem ainda ser desenvolvidos por quem demonstre interesse nesta aliciante matéria. Como destacou MANUEL DA COSTA ANDRADE, “é sobretudo da elaboração doutrinal e da intervenção co-criadora da jurisprudência que há-de esperar-se o necessário e definitivo enquadramento normativo dos problemas práticos suscitados pelas escutas telefónicas”⁷. Sem tencionar atingir este patamar, que este nosso trabalho possa contribuir para elevar ao mais alto nível o respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos.

⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 281.

CAPITULO 1 – ENQUADRAMENTO TEÓRICO

1.1 AS ESCUTAS TELEFÓNICAS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O tratamento específico das escutas telefónicas implica uma análise cuidada da evolução dos direitos fundamentais, em particular, do direito à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e ao sigilo das telecomunicações.

Ao contrário de outros países europeus, em Portugal o direito ao sigilo das telecomunicações tem um tratamento específico na CRP, consagrado no seu artigo 34.º. Não é assim, por exemplo na Alemanha, na França, na Bélgica, no Luxemburgo, na Finlândia, na Itália, na Grécia, na Suíça e na Irlanda, em que a tutela do direito ao sigilo das telecomunicações se faz por via do direito fundamental da reserva da privacidade, do respeito pela personalidade, pela vida privada e honra, pela vida privada e identidade pessoal, pela vida privada e dignidade humana⁸.

Com base nos ensinamentos de GOMES CANOTILHO, os direitos fundamentais devem ser analisados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional. A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo.

No projecto de Constituição redigido em 1975, JORGE MIRANDA expressara ter tido sobretudo em conta a Constituição italiana de 1947, a Constituição alemã de 1949 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Analisando a família jurídica romano-germânica, onde Portugal se insere, as Constituições italiana, alemã, portuguesa e espanhola apresentam um catálogo unitário de direitos, liberdades e garantias. Todavia, existe um aspecto que permite distinguir a nossa Constituição das restantes, como decorre do artigo 16.º, n.º 1 e 2 da CRP.

Estamos perante ordenamentos herdeiros da Revolução Francesa, encontrando-se numa relação de interdependência e até de sobreposição relevante tanto com o sistema da CEDH, como com outros componentes da tutela internacional dos direitos humanos, não sendo difícil encontrar uma alargada zona de comunhão⁹. O facto de estas Constituições

⁸ OUBINÃ, Ana Mercedes da Silva Claro, “As telecomunicações, a vida privada e o direito penal” in *Direito Penal Hoje - Novos desafios e novas respostas*, Organizadores: Manuel da Costa Andrade, Rita Castanheira Neves, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 14.

⁹ Vide, ANDRADE VIEIRA José Carlos, *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Editora Almedina, 2010; GRIMM, Dieter, *Die Zukunft der Verfassung* e WEBER Albrecht, *Fundamental Rights in Europe and North America*, apud, ALEXANDRINO, José de Melo, *A Estruturação*

terem sucedido a regimes totalitários ou ditatoriais, é visível a preocupação, de procurar de forma clara e aberta, a revalorização dos direitos (sendo o exemplo alemão, o mais demonstrativo)¹⁰.

As intercepções telefónicas afectam directamente os direitos fundamentais, sendo de todos o mais afectado, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar¹¹.

Segundo JORGE MIRANDA, os direitos fundamentais estão necessariamente sujeitos a limites¹², ainda que de natureza e grau muito diversos. É neste cenário que surge uma questão actual, consistindo na urgência de criar um equilíbrio desejável e necessário entre o respeito pelos direitos fundamentais de cada indivíduo e a persecução criminal que tende a ser mais implacável e, conseqüentemente, mais restritiva de “liberdades”.

As escutas telefónicas definem-se como um meio de obtenção de prova que pela sua natureza apresenta-se como altamente restritiva de direitos fundamentais, nomeadamente o direito à palavra, à privacidade, ao sigilo das telecomunicações, inerentes a cada indivíduo.

De acordo com GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, do direito da intimidade da vida privada e familiar, aferem-se dois direitos menores: “por um lado, o direito de qualquer cidadão impedir que estranhos acedam a informações relativas à sua vida privada e familiar; por outro, o direito de qualquer cidadão a que não sejam, por ninguém, divulgadas as informações relativas à sua vida privada e familiar”¹³.

O direito à inviolabilidade das telecomunicações é, por um lado, uma garantia do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e, por outro, uma garantia do direito à inviolabilidade do sigilo do conteúdo das conversações e comunicações. De tal modo, só na presença de um crime é que poderá dar lugar a uma ingerência nas

do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa, - A Construção Dogmática, Coimbra: Editora Almedina, 2006, pp. 68 e ss.

¹⁰ No que se refere à família jurídica do *Common Law*, o facto de estas nações não terem atravessado a barbárie da ditadura, não se assiste a uma revalorização dos direitos fundamentais. Estamos perante países com uma forte cultura de direitos (EUA e Canadá) que, apesar das suas circunstâncias da sua formação histórica, se definem como sistemas fechados, sem carácter universal, e que internamente, permitem uma frequente actualização (EUA) dos seus preceitos, face às potencialidades adaptativas, que resistiram bem, às profundas mudanças verificadas no contexto cultural, político e social. Os juízes, em particular, os americanos, centram-se quase exclusivamente sobre os seus precedentes, sobre os seus argumentos e sobre as suas opiniões. (Cfr. ACKERMAN, Bruce, *We the People*, Library of Congress Catalogin in Publication Data, EUA, 1993).

¹¹ Este direito encontra-se consagrado no artigo 26.º n.º 1 da CRP.

¹² MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, 3.ª edição, Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 328 e ss.

¹³ CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa – anotada*, Vol. I, 4.º ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 145 e ss.

telecomunicações, tendo que estar sempre presente o princípio da reserva de lei¹⁴ e sob reserva de autorização judicial¹⁵.

Existe um outro direito que é abalado na realização de uma escuta telefónica – direito à palavra. Seguindo o pensamento dos autores que temos vindo a citar, o direito à palavra abarca dois direitos: por uma lado o direito á voz e por outro o direito às palavras ditas. – como garante da “autenticidade e o rigor da reprodução dos termos, expressões, metáforas escritas e ditas por uma pessoa”¹⁶. A palavra assume, como afirma MANUEL DA COSTA ANDRADE, uma inequívoca relevância comunitária e institucional, cuja tutela ganha uma dimensão objectiva para que se preserve “«uma acção comunicativa», inocente e autêntica (...)”¹⁷.

Ao longo dos tempos os direitos fundamentais, no geral, têm vindo a ganhar terreno nas políticas sociais. Mas, por outro lado, cada vez são mais os crimes que permitem ser investigados com meios de obtenção de prova que trilham verdadeiramente os direitos constitucionalmente protegidos. Tudo isto acontece graças à evolução técnico-científica que tem vindo a permitir aos OPC’s investigar e prevenir com mais eficácia. Nas palavras de MANUEL DA COSTA ANDRADE, os meios que permitem investigar o crime têm vindo a aumentar “à custa da invasão e atentado a toda uma pletera de valores e direitos, em geral reconduzíveis à integridade, dignidade e autonomia pessoais, às esferas do segredo e reserva”¹⁸.

Portugal foi o primeiro país europeu¹⁹ a proteger o Direito à Intimidade, no Código Civil (CC) de 1967, nos artigos: 70.º a 81.º; actualmente, este direito é consagrado na CRP no artigo 26.º n.º 1²⁰.

¹⁴ Consagrado no artigo 18.º n.º 2 e 3 da CRP.

¹⁵ Consagrado no artigo 32.º n.º 4 da CRP.

¹⁶ CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República...*, 2007, *op. cit.*, p. 543.

¹⁷ ANDRADE, Manuela da Costa, *Sobre as Proibições...*, 1992, *op. cit.*, p. 70.

¹⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, «*Bruscamente no Verão Passado*» a Reforma do Código Processo Penal – *Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 149.

¹⁹ Cfr. DELMAS-MARTY, Mireille, *Procès pénal et droits de l'homme: vers une conscience européenne*, Presses universitaires de France, 1992.

²⁰ Em matéria de Direito Comparado, o direito à intimidade encontra-se consagrado na Alemanha, na Lei Fundamental de Bonn no artigo 1.º; nos artigos 22.º e 23.º da Lei Francesa n.º 70.643, de 17 Julho de 1970; a Constituição Federal Brasileira de 1988, no seu artigo 5.º, tutela explicitamente o direito à privacidade das pessoas; quanto aos EUA, a 4.º Emenda protege o segredo das telecomunicações.

No ordenamento jurídico português, a protecção constitucional de determinados direitos fundamentais, nomeadamente o sigilo dos meios de comunicação privada, estabelecido no artigo 34.º n.º 1 da CRP, restringe a utilização das escutas telefónicas²¹.

Em Portugal, a protecção a estes direitos fundamentais, posta em causa pela utilização de escutas telefónicas só é efectivamente garantida “se se exigir que a eventual restrição seja adequada e justificada pela necessidade de proteger ou promover um bem constitucionalmente valioso, artigo 18.º n.º 2 da CRP e só na proporção dessa necessidade”²².

Importa salientar que a sociedade está em constante mutação e que o avanço da ciência está ao alcance de qualquer cidadão, podendo ser utilizado para os mais diversos fins, permitindo-se assim, o uso de meios de obtenção de prova mais técnicos, capazes de interferir com os direitos fundamentais. Assim sendo, não deixa de ser curioso que, paralelamente, a criminalidade organizada consome nos dias que correm toda a atenção, quer por parte de quem investiga, como por parte de quem julga. Como tal, verifica-se que, por um lado, se tenta amparar os direitos fundamentais, mas por outro, graças ao surto tecnológico, usam-se meios e técnicas que fracturam os direitos constitucionalmente protegidos.

Em suma, a construção e a evolução de um Estado Democrático passam, necessariamente, pelo respeito à intimidade do arguido ou suspeito, sem prejuízo da utilização de meios de investigação (v. g. escutas telefónicas) com todas as possibilidades tecnológicas existentes, embora essa dualidade implique uma utilização adequada e justa, na medida do estritamente necessário. No entanto, a “estatuição das escutas, como meio de investigação criminal – e só – constitui, todavia, um sinal reconfortante de maturidade democrática, pelo que representa de superação de traumas colectivos e, de utilização, na justa medida, para justas causas”²³.

²¹ Do ponto de vista do regime legal, em França, a escuta depende de autorização judicial e apenas é admissível, quando estão em causa crimes puníveis com pena de prisão igual ou superior a dois anos de prisão, como estabelece o artigo 100.º do *Code de Procédure Pénale* francês.

Na Alemanha, a inviolabilidade da correspondência e das comunicações privadas, é prevista no artigo 10.º da Constituição da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) e a sua limitação só pode ser permitida, através de ordem judicial. Poderá o Ministério Público ordenar a escuta telefónica, ficando esta sujeita a validação judicial.

²² ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos fundamentais...*, op. cit., p. 298.

²³ Discurso proferido por Jorge Sampaio na cerimónia de abertura do ano judicial em 26 de Janeiro de 2006, consultado em www.jorgesampaio.arquivo.presidencia.pt.

1.2 A CRIMINALIDADE ORGANIZADA

1.2.1 Delimitação do conceito

No sistema jurídico-penal, o conceito de crime organizado não tem conseguido encontrar um acolhimento pacífico. O crime organizado é um fenómeno criminal que, segundo o autor alemão WINFRIED HASSEMER²⁴, num determinado tempo e espaço, as estruturas policiais, judiciárias e mesmo o ordenamento jurídico processual penal são incapazes de prevenir.

Na procura da harmonização conceitual, esta temática tem sido discutida no seio da Organização das Nações Unidas (ONU)²⁵. Procurando delimitar uma resposta global ao crime organizado, o *United Nation Office on Drugs and Crime (UNODC)*²⁶ está a seguir uma estratégia centrada em três principais objectivos: (a) promoção da rectificação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Transnacional Organizado e dos seus Protocolos e oferta de assistência técnica aos Estados que pretendem aplicá-la; (b) melhoria da cooperação judicial e assistência jurídica mútua, uma vez que, devido à globalização da criminalidade organizada, a investigação, a acusação e a condenação do crime organizado transnacional não podem estar limitadas a um só Estado; (c) medidas de cooperação técnica específicas para lidar com o crime organizado, sobretudo reforçando a capacidade das instituições no que se refere a recolher e analisar os dados relevantes e dando formação aos agentes da polícia judiciária para investigarem e resolverem os casos no respeito pelo princípio do primado do direito.

²⁴ HASSEMER, Winfried, *A Segurança Pública num Estado de Direito*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1995, pp.100 e ss.. Na perspectiva de FIGUEIREDO DIAS, “a história jurídico-penal do conceito de associação criminosa é, assim, a história da afirmação da sua autonomia como elemento da factualidade típica. O que tornou mais complexa a tarefa do intérprete e do aplicador do direito. Eles deixaram, com efeito, de ter à mão as conotações criminológicas, mais ou menos estereotipadas, que lhes permitem referenciar com facilidade e segurança o elemento ‘associação’” (Cfr. DIAS, Jorge Figueiredo, *As associações criminosas no Código Penal Português de 1982* (artigos: 287.º e 288.º), Coimbra Editora, 1988.)

²⁵ Os dois principais instrumentos da Nações Unidas no domínio da luta contra o crime organizado são: a Convenção Contra o Crime Organizado Transnacional (UNTOC) - no artigo 2.º, alínea a) da UNTOC, por grupo criminoso organizado entende-se “um grupo estruturado, composto por 3 ou mais pessoas, existente desde há um certo tempo e concertadamente com o objectivo de cometer uma ou várias infracções graves ou infracções definidas nos termos da presente convenção para daí retirar directa ou indirectamente um benefício financeiro ou qualquer outro benefício material”; e a Convenção contra a Corrupção, aprovada na quinquagésima quinta Assembleia Geral, na cidade italiana de Palermo, em 15 de Novembro de 2000.

²⁶ O Gabinete das Nações Unidas para o Controlo da Droga e Prevenção do Crime.

Para o Conselho da União Europeia (UE), nos termos do artigo 1.º da Acção Comum relativa à tipificação do conceito de organização criminosa nos Estados membros da UE, entende-se por organização criminosa a “a associação estruturada de mais de duas pessoas, que se mantém ao longo do tempo e actua de forma concertada, tendo em vista a prática de infracções passíveis de pena privativa de liberdade ou medida de segurança privativa de liberdade cuja duração máxima seja, pelo menos, igual ou superior a quatro anos, ou de pena mais grave, com o objectivo de obter, directa ou indirectamente, benefícios financeiros ou outro benefício material”²⁷.

Para HASSEMER, a criminalidade organizada, “não é apenas uma organização bem feita, não é somente uma organização internacional, mas é, em última análise, a corrupção do legislador, da Magistratura, do Ministério Público, da Polícia, ou seja, a paralisação estatal no combate à criminalidade (...) uma criminalidade difusa que se caracteriza pela ausência de vítimas individuais, pela pouca visibilidade dos danos causados, bem como por um *modus operandi* (profissionalismo, divisão de tarefas, participação de «gente insuspeita», métodos sofisticados etc.), (...)”²⁸. Concluindo, assumindo vantagens e desvantagens na formulação deste conceito, cremos que a complexidade da questão, face às realidades que alberga, implica indiscutivelmente uma avaliação espaço-temporal.

No ordenamento jurídico português, não existe uma definição clara do conceito, embora o mesmo apareça referido em vários diplomas, como por exemplo, no artigo 299.º do Código Penal (CP) - crime de associação criminosa, e no artigo 300.º do mesmo diploma – crime de organizações terroristas. No artigo 1.º na alínea m) do CPP, aparece redigida a definição de “criminalidade altamente organizada”, onde esclarece que tal conceito reporta-se às “condutas que integram crimes de associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes, ou substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio ou branqueamento”.

Relativamente ao conceito de criminalidade organizada, o nosso ordenamento jurídico vem taxar alguns dos crimes previstos no CP que preenchem os requisitos para

²⁷ Decisão-quadro 2008/841/JAI do Conselho, de 24 de Outubro de 2008 relativa à luta contra a criminalidade organizada, consultada no sítio: www.cmvm.pt, no dia 10 de Março de 2011.

²⁸ *Apud* BRAZ, José, *Investigação Criminal - A Organização, o Método e a Prova - Os Desafios da Nova Criminalidade*, Coimbra: Editora Almedina, 2009, p. 276.

serem qualificados como comportamentos criminais altamente organizados mas, no nosso modesto entendimento, este conceito deveria estar revestido de formalidades, como por exemplo: o número de pessoas envolvidas; *modus operandi*; gravidade da infracção, etc. Para além disso, temos vindo a assistir que à medida que se intensificam os efeitos da globalização sobre a sociedade, mais evidentes se tornam as relações entre a criminalidade organizada e a criminalidade organizada transnacional. A cooperação policial entre os Estados assume uma importância crucial neste quadro de fortes transformações sociais, onde se incluem as próprias alterações das práticas criminais conhecidas.

1.2.2 Influência do conceito na fixação do regime das escutas telefónicas

O crime organizado²⁹ gera, pela sua natureza, uma dificuldade acrescida para a produção de prova no âmbito da investigação, daí a necessidade do desenvolvimento de novos meios e técnicas mais eficazes para o apuramento da verdade material.

Reconhecidas que se se encontram as dificuldades de investigação do crime organizado veio o legislador, no propósito de agilizar os procedimentos de investigação, estabelecer com a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro³⁰, várias medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira.

Procurou-se, deste modo, tornar mais expedita e eficaz a investigação em certos domínios, possibilitando-se o recurso a meios de obtenção de prova especialmente talhados para este tipo de criminalidade, sem prejuízo dos que se encontram previstos no CPP.

Na linha de pensamento de MANUEL GUEDES VALENTE, a criminalidade organizada conta com variados meios de obtenção de prova sofisticados que, devem ser utilizados

²⁹ Em termos históricos, o tipo legal de “associação criminosa” era designado por “associação de malfeitores”. Este tipo de crime foi introduzido pelo artigo 263.º do CP de 1852, tendo como influência o CP napoleónico. (Código Penal, aprovado pelo Decreto de 10 de Dezembro de 1852 em Lisboa, consultado no sítio: www.fd.unl.pt, no dia 5 de Março de 2011). Foi no CP de 1982, no seu artigo 287.º, que ficou consagrada a actual designação de associação criminosa que se encontra prevista no artigo 299.º.

³⁰ No concerne às escutas telefónicas, o referido diploma introduziu um catálogo de crimes mais ampliado do que o previsto no artigo 187.º do CPP, ao tempo em vigor. Este diploma, para além de permitir a utilização de qualquer meio para o registo de voz e imagem, aumentou as possibilidades de interceptação e gravação de conversações. Para além disso, enquanto que no artigo 187.º do CPP, impõem razões para crer que a diligência é “indispensável para a descoberta da verdade” ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter, o artigo 6.º, da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro, apenas refere a “necessidade para a investigação de crimes referidos no artigo 1.º” da mesma.

excepcionalmente. Esses meios são designados de intercepções telefónicas, de correio electrónico e de qualquer outra forma de transmissão de dados por via telemática³¹.

No que diz respeito às alterações introduzidas no CPP na revisão de 2007, este diploma passou a redefinir o conceito de criminalidade organizada que, segundo MARIA FERNANDA PALMA, passou a “abranger a criminalidade económica, a corrupção, o tráfico de influência e o branqueamento, permitindo-se um regime mais gravoso para este tipo de crimes em matéria de prisão preventiva”³².

Hoje, o catálogo de crimes que admite a escuta telefónica engloba os crimes mais praticados pelo crime organizado – tráfico de droga, armas, de seres humanos, pornografia infantil, corrupção, branqueamento, contrabando, evasão fiscal, redes de furto de veículo e exportação ilícita, roubos, etc..

Nas palavras de MARIA FERNANDA PALMA, o Processo Penal contemporâneo encontra-se profundamente afectado pela crescente invocação do combate à criminalidade organizada. Segundo a autora, “a flexibilização das escutas e buscas, o enfraquecimento do contraditório bem como o princípio da imediação tornaram-se meios naturais de uma justiça penal eficaz e até defensiva do Estado de Direito democrático”³³. A utilização de tais métodos criaram uma cultura processual penal que corre perigos: “o de um estado de guerra permanente contra a criminalidade organizada em que cada agente é representado como mera peça da máquina criminoso a combater e a utilização a torto e a direito, dos quadros legais flexibilizados para combater a criminalidade organizada no tratamento da criminalidade comum”³⁴.

Concluindo, podemos constatar com o exposto que a criminalidade organizada tem vindo a merecer mais atenção por parte dos Estados e a absorver os conceitos e critérios do processo penal. Na última década, verificou-se uma profunda alteração nos regimes jurídicos nomeadamente no que diz respeito ao conceito, propriamente dito, e às penas que este fenómeno está sujeito.

³¹ VALENTE, Manuel M. Guedes “La investigación del crimen organizado. Entrada y registro en domicilios por la noche, el agente infiltrado y las intervenciones de las comunicaciones” *in Dos Décadas de Reformas Penales*, coordinadora: Nieves Sanz Mulas, Granada: Editorial Comares, 2008, p. 189.

³² PALMA, Maria Fernanda, “Linhas Estruturais da Reforma Penal. Problemas de Aplicação da Lei Processual Penal no Tempo”, *in Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão - Volume II*, Coordenadores: António Menezes Cordeiro, Pedro Pais de Vasconcelos, Paula Costa e Silva, Coimbra: Editora Almedina, 2008.

³³ PALMA, Maria Fernanda, “O Problema Penal do Processo Penal” *in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Editora Almedina, 2004, p. 52.

³⁴ *Ibidem*.

Queremos com isto dizer que, o desenvolvimento da criminalidade organizada tem vindo a ganhar terreno face às políticas nacionais e internacionais ao longo da história. Verifica-se este facto, desde longo, na permissão para a utilização de determinados meios de investigação, que noutras condições jamais poderiam ser utilizados. Torna-se pois, necessário reajustar o conceito de modo a que possa acompanhar a evolução tecnológico-científica que, em muito tem contribuído para a massificação deste fenómeno criminal, nomeadamente, o cibercrime³⁵ e a criminalidade ambiental³⁶ – sendo novas dimensões da criminalidade organizada. Como tal, também é verdade que a representação dessas ameaças tornou-se o ponto de atracção de todo o Direito Processual Penal.

1.3 PRINCÍPIOS INERENTES À INVESTIGAÇÃO

Para que haja lugar a investigação³⁷, terá que existir pelo menos indícios e como tal é necessário partir em busca da descoberta da verdade. Quando se fala em verdade, não nos podemos referir à verdade absoluta, mas sim e apenas à verdade processual, obtida pelos meios do processo a partir de uma lógica de contraditório, embora não deva ser uma verdade meramente formal, mas aproximar-se ao máximo de uma verdade material³⁸. Como tal, constitui objecto de prova “todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis”³⁹.

Resumidamente, podemos apresentar os três princípios fulcrais que orientam o regime da prova: o princípio da legalidade; princípio da livre apreciação da prova; princípio da proporcionalidade.

³⁵ Cfr. Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro.

³⁶ Nas políticas governamentais, através da Lei Quadro de Políticas Criminais, no seu artigo 3.º, alínea d), podemos encontrar os crimes relacionados com o meio ambiente, em que cada vez mais são de prevenção e repressão prioritária. (Cfr. Lei n.º 38/2009, de 20 de Julho).

³⁷ Cfr. artigo 262.º do CPP.

³⁸ O processo penal é um processo de estrutura acusatória integrada pelo princípio da investigação judicial. Como ensina GERMANO MARQUES DA SILVA, o princípio da investigação “significa que em última instância, recai sobre o juiz o encargo de investigar e esclarecer oficiosamente o facto submetido a julgamento”. (SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, vol. II, Lisboa: Editora Verbo, 2008, p. 127). Este princípio encontra-se consagrado no artigo 340.º do CPP – “o tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa”. No mesmo sentido, harmoniza o artigo 323.º, alíneas. a) e b) do CPP sobre os poderes e deveres que cabem ao presidente do tribunal com finalidade de descobrir a verdade.

Há, assim, na lei portuguesa uma orientação da verdade processual para a substancialidade, isto é, para a verdade material, a partir do princípio da investigação.

³⁹ Cfr. Artigo 124.º do CPP.

1.3.1 O Princípio da Legalidade ou da Legitimidade da Prova

Compete à investigação criminal produzir a prova apurando a verdade material dos factos penalmente relevantes.

No artigo 125.º do CPP encontra-se preceituado que “são admitidas as provas que não forem proibidas por lei”. No nosso entender, o legislador considera que a produção de prova não deve estar limitada à tipificação de determinados meios e técnicas, tendo por isso seguido um “princípio da liberdade prova”⁴⁰. Estando sempre esta liberdade sujeita aos limites previstos no artigo 126.º do CPP.

A base legal das proibições de prova encontra-se no artigo 32.º, n.º 8 da CRP, sendo desenvolvido pelo artigo 126.º do CPP.

Este princípio encontra-se situado na relação de dependência do Direito Processual Penal em relação ao Direito Constitucional que suporta os direitos liberdades e garantias. Sobre esta relação, são expressivas as considerações de MARIA FERNANDA PALMA quando refere que “a velha máxima de que o processo penal é direito constitucional aplicado tem toda a razão de ser no campo da obtenção de prova”⁴¹.

Seguindo o raciocínio de MANUEL DA COSTA ANDRADE, a lei deve permitir identificar “com rigor e segurança tanto o bem jurídico ou o direito fundamental lesado ou atingido como o teor do respectivo sacrifício”⁴². Na mesma linha de pensamento, o autor vai ainda mais longe quando refere que é de uma “exigência em que vai naturalmente coenvolvida a previsão da forma ou modalidade técnica de invasão”. Estamos perante uma exigência crescente, à luz da evolução dos meios tecnológicos, em que surgem com frequência novos meios (ocultos)⁴³ de investigação, cuja produção e valoração será sempre ilícita enquanto não for “adoptada nova e pertinente lei de autorização”⁴⁴.

Nas palavras de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, as proibições de prova “constituem verdadeiros limites, obstáculos à descoberta da verdade, à determinação dos factos que

⁴⁰ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo...*, 2008, *op. cit.*, pp. 136 e ss..

⁴¹ PALMA, Maria Fernanda, “Direito Penal e Processual Penal e Estudo Constitucional” in *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Madrid: Dykinson, , 2003, pp. 1737 e ss.

⁴² ANDRADE, Manuel da Costa, “*Bruscamente no Verão Passado*”..., 2009, *op. cit.* p. 112.

⁴³ Parênteses nossos.

⁴⁴ *Ibidem*.

constituem o objecto do processo, arrastando em regra a proibição de valoração da prova”⁴⁵.

Seguindo o pensamento do autor supra citado, estamos perante um impedimento de quem investiga, para evitar o sacrifício dos direitos das pessoas por parte das autoridades judiciárias, dos OPC’s e mesmo dos particulares.

1.3.2 Princípio da Livre Apreciação da Prova

Nos termos do artigo 127.º do CPP, “a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”. Para GERMANO MARQUES DA SILVA, a liberdade de valoração da prova é apenas um aspecto das regras jurídicas presentes nos princípios do direito probatório, “ainda que muito relevante e ainda dos mais confusos da ciência do direito”⁴⁶.

A análise sobre a valoração da prova passa por vários níveis. Num primeiro patamar, deve tratar-se da credibilidade que os meios de prova merecem do tribunal. Num segundo ponto, já referente à valoração da prova, “intervêm as deduções e induções que o julgador realiza a partir dos factos probatórios (...)”⁴⁷.

Na nossa percepção, a aplicação do princípio da livre apreciação da prova implica que o tribunal forme a sua convicção sobre a existência de factos relevantes para a decisão. No entanto, este princípio deverá estar sempre limitado pela prossecução da verdade material.

1.3.3 Princípio da Proporcionalidade e as Escutas Telefónicas

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) estabeleceu que, aliado ao regime jurídico das escutas telefónicas está o estabelecimento na lei nacional dos Estados de uma forma clara e expressa, a natureza das infracções em que é admissível a escuta

⁴⁵ DIAS, J. Figueiredo, “La protection des droits de l’ Homme dans la procédure penal portugaise”, in *Boletim do Ministério Público*, n.º 291, 1979, p. 184.

⁴⁶ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo...*, 2008, *op. cit.*, pp. 150 e ss..

⁴⁷ *Idem*, p. 152.

telefónica, servindo esta exigência como uma garantia do respeito pelo princípio da proporcionalidade⁴⁸.

Este princípio reveste uma importância constitucional no artigo 18.º, n.º 2 e no artigo 266.º, n.º 2 da CRP. No que diz respeito ao regime das escutas telefónicas, o legislador teve o cuidado de alterar a redacção do artigo 187.º do CPP, na revisão de 2007, onde não havia nenhuma referência à excepcionalidade deste meio de obtenção de prova. Na redacção do artigo 187.º do CPP, o legislador preocupou-se em reforçar as exigências para tentar travar o uso desmedido às intercepções e gravações de comunicações ao determinar que, “a par da autorização especial se impõe que o recurso a este meio de obtenção de prova seja **indispensável** para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, **impossível** ou **muito difícil de obter**”⁴⁹.

Para JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, os fins do processo penal passam pela “realização da justiça e descoberta da verdade, protecção dos direitos fundamentais, restabelecimento da paz jurídica e concordância prática”⁵⁰.

A proporcionalidade, em sentido restrito, segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁵¹, exige um equilíbrio entre o interesse público a salvaguardar através das medidas policiais e o dano que elas previsivelmente causarão. Assim sendo, no nosso entendimento, a autoridade policial não deve procurar atingir os seus objectivos “a qualquer preço”⁵², antes deve ponderar correctamente a relação custos-benefícios da medida.

Para MANUEL DA COSTA ANDRADE, o princípio da proporcionalidade “obriga a chamar à balança da ponderação um largo espectro de valores, interesses e contra-interesses”, focando todas as atenções para os direitos e os sujeitos atingidos, dignidade dos bens jurídicos a salvaguardar, “bem como a idoneidade da medida para o conseguir”⁵³.

⁴⁸ Parte da doutrina espanhola, uma vez que em Espanha não há referência a um elenco de crimes que podem ser objecto de investigação através da realização de escutas telefónicas, entende que o critério da gravidade da pena não deve ser o único utilizado para estabelecer o juízo de proporcionalidade. Assim sendo, seguindo esta corrente, podem utilizar-se escutas telefónicas para crimes menos graves, desde que o alarme social seja suficientemente elevado. (Cfr. Gimeno Sendra *apud* RODRÍGUEZ, José Luís, *Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Supremo*, Madrid: La Ley, 1996, p. 134; Lei de Enjuiciamiento Criminal (LEC) Artículo 579.º).

⁴⁹ VALENTE, Manuel M. Guedes, *Escutas Telefónicas – Da Excepcionalidade à Vulgaridade*, 2.ª Edição, Edições Almedina, Coimbra, 2008, p. 62.

⁵⁰ DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1981, pp. 20 a 26.

⁵¹ Sobre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito na CRP, Cfr. CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República ...*, 2007, *op. cit.*, pp.152, 924 e ss.

⁵² Aspas nossas.

⁵³ ANDRADE, Manuel da Costa, *“Bruscamente no Verão Passado” ...*, 2009, *op. cit.* p. 116.

Como refere RUDOLPHI⁵⁴, a eficácia na recolha das provas é sinónimo de idoneidade na obtenção das mesmas, de tal modo que, para além de ser proporcional à gravidade do crime, a escuta tem ainda que traduzir uma possibilidade séria na obtenção de elementos de prova com relevância para os interesses da investigação criminal.

Deste modo, entende-se que terá de se verificar uma proporcionalidade quanto às finalidades do processo, quer de prevenção, quer de investigação criminal e, quanto à gravidade do crime em investigação ou a investigar.

É sempre relevante em matérias sensíveis que ferem os direitos fundamentais existir um rigor acrescido para que as restrições aos direitos sejam realizadas como último recurso. Todo este rigor não seria possível se não existissem princípios capazes de suportar todo o processo na descoberta da verdade e na produção de prova.

1.4 A PROVA

1.4.1 A admissibilidade da prova

A matéria da prova⁵⁵ é das mais importantes matérias, senão a mais importante, do processo penal.

A questão da prova recolhida no âmbito de determinado processo poder ou não ser aceite, está intrinsecamente ligada à questão conflituante entre a protecção dos direitos fundamentais e a prossecução das finalidades processuais penais.

Relativamente a este tema, CAVALEIRO DE FERREIRA refere que a prova pode ser considerada como o “conjunto de meios de prova, ou como o resultado da apreciação dos meios de prova utilizados”⁵⁶. Segundo o autor, e atendendo ao disposto no artigo 341.º do CC, sendo o objecto do processo as “realidades de facto”, a prova destina-se à verificação

⁵⁴ *Apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...*, 1992, *op. cit.*, p. 291.

⁵⁵ Convém apresentarmos sinteticamente a distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova. Assim, seguindo os ensinamentos de CAVALEIRO FERREIRA, como a prova pode ser a demonstração da realidade dos factos, os meios de prova são os “meios para atingir esse resultado”. Os meios de prova podem ser pessoas ou coisas, facto que contribui para a distinção entre a prova pessoal e prova real. Enquanto que, a prova pessoal “resulta de uma pessoa, como o depoimento de testemunhas ou declarantes”, onde as pessoas “relatam factos probandos de que têm conhecimento”, já a prova real “resulta da observação de coisas: documentos, os instrumentos do crime”. Na primeira, o meio de prova é o homem e, na segunda, o meio de prova é uma coisa. No entanto, o homem também pode ser objecto de prova real “quando é tomado como objecto de observação ou exame (...)” (FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, Lisboa: Editora Danúbio, 1986, pp. 208 e 209).

⁵⁶ *Idem*, p. 203.

da verdade dos factos, verdade essa que é correspondente à “que o juízo humano pôde alcançar; a uma certeza, (...) a uma convicção”⁵⁷.

GERMANO MARQUES DA SILVA considera que “a aplicação do direito depende da existência ou verificação dos factos aos quais a ordem jurídica...” atribui um dado “efeito jurídico”⁵⁸.

Perante as várias distinções doutrinárias, concluímos que no âmbito da delimitação conceptual da prova o CPP engloba apenas as “fontes de prova e os factos de prova na denominação geral de meios de prova”⁵⁹.

Esta matéria está sobretudo ligada ao artigo 32.º, n.º 8 da CRP e aos artigos 125.º e 126.º do CPP. São estas as regras que balizam a admissibilidade da prova ou a sua proibição no âmbito do processo. O artigo 125.º do CPP estabelece que “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”. No que compreende a admissibilidade da prova, GERMANO MARQUES DA SILVA refere que a mesma pressupõe a existência e a proibição de utilização no processo de certos meios de prova não tipificados⁶⁰, bem como defende a liberdade da prova por serem “admissíveis para a prova de quaisquer factos todos os meios de prova admitidos em direito”⁶¹. No entanto, PAULO DE SOUSA MENDES refere que tal liberdade de escolha dos meios de prova é “ilusória (...) pois é difícil imaginar que possa haver meios de prova totalmente diferentes dos típicos, demais a mais admissíveis.” Para o Autor, a única liberdade que existe é na escolha do meio de prova mais adequado ao processo em curso⁶².

Quanto ao artigo 32.º, n.º 8 da CRP, de forma geral e abstracta, este impõe os limites à obtenção de provas mediante determinadas acções. Esta norma constitucional existe pelo facto de ser tarefa fundamental do Estado garantir os direitos e liberdades

⁵⁷ *Idem*, p. 204.

⁵⁸ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo...*, 2008, *op. cit.*, pp. 109 e 110.

⁵⁹ *Idem*, p. 112.

⁶⁰ O CPP consagra a regra da não taxatividade dos meios de prova, pelo que, a admissibilidade das provas não previstas na lei rege-se pelos critérios substantivos gerais do artigo 340.º do CPP. (Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.º ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009, p. 316).

⁶¹ *Idem*, p. 136.

⁶² MENDES, Paulo de Sousa, “As proibições de prova no processo penal” in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coordenação: Maria Fernanda Palma, Coimbra: Editora Almedina, 2004, pp. 135 e 136.

fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de Direito Democrático⁶³. Directamente relacionado com este artigo está o artigo 126.º do CPP, que elenca os métodos proibidos na obtenção da prova. A norma referida especifica os actos dos quais resulta a nulidade das provas⁶⁴, não podendo as mesmas ser usadas para sustentar a verdade material a alcançar pelo processo penal. Conforme explica GERMANO MARQUES DA SILVA, a prova obtida mediante tais métodos é nula, não podendo ser usada no processo para fundamentar qualquer decisão⁶⁵. A previsão legal de tais actos estabelece uma “protecção de certos direitos ou interesses fundamentais e representam, por isso, limites à descoberta da verdade”⁶⁶.

Pelo contrário, PAULO DE SOUSA MENDES refere que o artigo 126.º do CPP estipula “proibições absolutas e as proibições relativas (ou condicionais) de obtenção de meios de prova”⁶⁷. A utilização de métodos como a tortura, a coacção, a ofensa à integridade física ou a moral das pessoas em geral é absolutamente proibida para a obtenção de meios de prova. Como refere TOLDA PINTO, as situações elencadas no artigo 126º do CPP são apenas alguns dos métodos que não devem ser utilizados para obter provas. E diz-se alguns pois, o artigo 126º tem carácter meramente exemplificativo, apenas estabelecendo “uma minuciosa regulamentação legal (...) para evitar qualquer intromissão na esfera dos direitos dos cidadãos através do estrito controlo judicial da actividade de todos os órgãos do Estado”⁶⁸.

Concluindo, perante uma determinada situação, quando o meio de obtenção de prova implicar um elevado grau de intrusão na privacidade do arguido⁶⁹, ele deve ser previsto por uma lei expressa, artigo 26.º da CRP. Por outro lado, é fundamental a descrição nos autos de todas as diligências do inquérito que constituam uma actividade instrutória de intrusão, como por exemplo, as vigilâncias, devendo ser evitada a duplicação de diligências e ainda a proibição de uma vigilância total⁷⁰ que permita construir um perfil completo da personalidade do arguido.

⁶³ Cfr. alínea *b*) do artigo 9º da CRP. O n.º 8 do artigo 32º prevê que “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.”

⁶⁴ Cfr. artigo 118º do CPP.

⁶⁵ SILVA, Germano M., *Curso de Processo...*, 2008, *op. cit.*, p. 144.

⁶⁶ *Idem*, pp. 138 e ss.

⁶⁷ *Idem*, p. 137.

⁶⁸ PINTO, A. A. Tolda, *A Tramitação Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p 280.

⁶⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código...*, 2009, *op. cit.*, p. 316.

⁷⁰ Cfr. Ac. TC n.º 213/2008.

1.4.2 Métodos Proibidos de Prova

Os métodos proibidos de prova incluem os meios de prova e os meios de obtenção de prova. A expressão usada na lei visa incluir todo e qualquer método de prova, ou seja, todo e qualquer instrumento intelectual utilizado com o fito de provar um facto juridicamente relevante⁷¹.

Da utilização desses métodos, previstos no n.º 1 e 2 do artigo 126.º do CPP, resulta a nulidade das provas não podendo essas ser usadas no processo mesmo com o consentimento das pessoas visadas⁷². Já o n.º 3 elenca os “métodos relativamente proibidos”, ou seja, os métodos em que, ainda que proibidos, as provas que deles resultam podem vir a ser utilizadas se tiverem sido obtidas com o consentimento dos visados⁷³.

Para além disso, a utilização de tais métodos pode vir a ser prejudicial para quem os utiliza, pois o n.º 4 do referido artigo esclarece que se o uso dos métodos de obtenção de prova constituir crime, podem as provas recolhidas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra aqueles que aplicaram esses métodos. A autoridade (judiciária ou policial) que, para obter o objecto com que foi cometido o crime, ou a sua localização, tiver agredido fisicamente o suspeito, e tal situação for devidamente comprovada, não só a prova obtida por aquele método é nula, como a própria autoridade pode ser alvo de um processo-crime.

Um dos meios que a lei dispõe para proteger a esfera dos cidadãos contra as intromissões nos seus direitos é a proibição da prova. Para GERMANO MARQUES DA SILVA, a “proibição de prova assume desde logo grande importância pelo seu efeito dissuasor”⁷⁴.

Para efeitos de proibições de prova⁷⁵, FIGUEIREDO DIAS e CLAUS ROXIN, fazem referência à distinção entre as proibições de produção de prova (*Beweiserhebungsverbote*) e as proibições de valoração de prova (*Beweisverwertungsverbote*). Importa referir que, relativamente às proibições de valoração, a doutrina aborda a questão da invalidade do acto

⁷¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código...*, 2009, *op. cit.*, p. 318.

⁷² Cfr. artigo 126.º n.º 2 do CPP.

⁷³ Este n.º 3 do artigo 126º elenca que “são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.” (Cfr. MENDES, Paulo de Sousa, “As proibições de...”, 2004, *op. cit.*, p. 138).

⁷⁴ SILVA, Germano M., *Curso de Processo...*, 2008, *op. cit.*, p. 138.

⁷⁵ A expressão “proibições de prova” é a tradução da palavra alemã *Beweisverbote*. (Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as...*, 1992, *op. cit.*, pp. 134-135).

processual como consequência da valoração indevida das provas; a questão das garantias de defesa que levam a tornar ineficaz o acto processual, e por último, o efeito-à-distância⁷⁶ das próprias proibições de valoração.

Quanto às proibições de produção ou recolha de prova, na opinião de PAULO SOUSA MENDES⁷⁷, é possível conceber uma estrutura tripartida: em primeiro lugar os temas de prova proibidos que, por conseguinte não devem ser investigados (artigos 137.º e 182.º do CPP); em segundo lugar são admissíveis todos os meios de prova que não forem proibidos por lei, nos termos do artigo 125.º do CPP⁷⁸, e por fim, os meios de obtenção de prova são os procedimentos e os instrumentos utilizados pelas autoridades judiciárias, pelas polícias criminais, pelos advogados e até pelos particulares (em especial, os assistentes, artigo 68.º do CPP), para a aquisição de meios de prova e a recolha dos mesmos no processo.

Para finalizar a questão dos meios de prova, importa lembrar que não devem ser obtidos mediante procedimentos contrários aos direitos fundamentais (artigo 32.º n.º 4 da CRP), nem sequer mediante procedimentos meramente violadores das formalidades relativas à obtenção das provas: nisso consistem as proibições relacionadas com a obtenção dos meios de prova, previstos no artigo 126.º do CPP.

No campo das proibições de valoração⁷⁹ de prova, a proibição de utilização, das provas proibidas afigura-se como sendo a melhor maneira de o legislador prevenir a tentação de obtenção das provas a qualquer preço, por parte dos órgãos competentes.

⁷⁶ O efeito-à-distância, para PAULO SOUSA MENDES, é a única forma de impedir que os investigadores policiais, os procuradores e os juízes se aventurem à violação das proibições de produção de prova com o objectivo de concretizarem sequências investigatórias às quais não chegariam através dos meios postos à sua disposição pelo Estado de Direito. (*Idem*, pp. 52 e ss); Sobre o efeito-à-distância, *vide* MORÃO, Helena, “O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 4, Out.-Dez., 2006.

⁷⁷ MENDES, Paulo Sousa, “As proibições de...”, 2004, *op. cit.*, p. 134.

⁷⁸ Para GERMANO MARQUES DA SILVA, a interpretação deste preceito legal deve ser feita de uma forma não taxativa, ou seja, “a não taxatividade dos meios de prova que o artigo 125.º estabelece respeita apenas a meios de prova não previstos e a não taxatividade dos meios não pode significar liberdade relativamente aos meios já disciplinados.” (*Idem*, p. 120).

⁷⁹ Importa realçar o facto de existirem algumas proibições de valoração de prova estranhas à existência de qualquer vício na anterior produção da prova, como resulta do exemplo paradigmático dos conhecimentos fortuitos, em que, seguindo a posição de MANUEL DA COSTA ANDRADE, estamos diante de factos casualmente descobertos mas, independentes do crime cuja investigação legitimara a escuta telefónica, em que só poderão ser valorados se porventura couberem na classe dos crimes do catálogo previstos nas diversas alíneas do artigo 187.º n.º 1 do CPP.

CAPÍTULO 2 - ADMISSIBILIDADE DAS ESCUTAS TELEFÓNICAS

2.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DAS ESCUTAS TELEFÓNICAS

As escutas telefónicas⁸⁰ são um meio de obtenção de prova que tencionam interceptar conversas que possam servir como meio de prova, comunicações entre pessoas que passam “notícias sobre o crime, e estas são todas aquelas pessoas em cujas comunicações telefónicas se fala sobre o crime”⁸¹.

No regime das escutas telefónicas⁸², previsto no Código do Processo Penal⁸³, encontramos uma terminologia específica, nomeadamente: “intercepção”, “gravação” e “conversação”. Assim sendo, quando nos referimos à qualificação dos meios técnicos da forma de ingerência nas comunicações privadas, estamos perante uma intercepção e/ou gravação, já quando nos referimos à delimitação do tipo “fluxo informacional e comunicacional”, estamos perante uma conversação.

Para efeitos dos artigos 187.º a 189.º do CPP, torna-se fulcral a distinção entre conversação e comunicação; conversação pode ser definida como um processo de comunicação por vários canais, envolvendo sinais verbais, ou não verbais, numa relação estruturada. Quanto à comunicação, “trata-se de um processo dinâmico de interacção humana em que os participantes na comunicação possuem competência comunicativa, ou

⁸⁰ A matéria das escutas telefónicas começou por estar prevista no CPP de 1929, no seu artigo 210.º, onde se previa a possibilidade de “interceptar, gravar ou impedir comunicações”. No n.º 2 do mesmo artigo, encontrávamos previsto que estas medidas teriam de ser revestidas de um carácter excepcional, “devendo o juiz declarar previamente a sua necessidade em despacho fundamentado.” (Cfr. Decreto-Lei n.º 16.489, de 15 de Fevereiro de 1929).

⁸¹ ANDRADE, Manuel da Costa, “O Regime Legal das Escutas Telefónicas”, in *I Congresso de Processo Penal*, Coordenação: Manuel M. MANUEL GUEDES VALENTE, Coimbra: Editora Almedina, 2005, p. 220.

⁸² Em 1986, foi dada autorização ao Governo para legislar em matéria de processo penal, devendo ser estabelecida uma “regulamentação rigorosa da admissibilidade de gravações, intercepção de correspondência e escutas telefónicas, mediante a salvaguarda de autorização judicial prévia e a enumeração restritiva dos casos de admissibilidade, limitados quanto aos fundamentos e condições, não podendo em qualquer caso abranger os defensores, excepto se tiverem participação na actividade criminosa” (Cfr. Ponto 25, da Lei n.º 43/86, de 26 de Setembro). É então criado o novo Código de Processo Penal pelo Decreto-Lei n.º 78, de 17 de Fevereiro de 1987.

⁸³ A reforma do CPP em 2007, veio modificar múltiplos aspectos no regime das escutas telefónicas. Confina-se este meio de obtenção de prova à fase de inquérito e exige-se, de forma expressa, requerimento do Ministério Público e despacho fundamentado do juiz. Ao elenco de crimes contido no artigo 187.º, n.º 1 do CPP, acrescentam-se a ameaça com prática de crime (alínea f)), o abuso e simulação de sinais de perigo e a evasão (alínea g)), quando o arguido tiver sido condenado por algum dos crimes desse elenco. O âmbito de pessoas que podem ser sujeitas a escutas é circunscrito a suspeitos, arguidos, intermediários e vítimas (neste caso, mediante o consentimento efectivo ou presumido). A autorização judicial vale por um prazo máximo e renovável de três meses.

seja, o conjunto de pré-condições, conhecimentos e regras que fazem com que a qualquer individuo seja possível e realizável significar e comunicar.”⁸⁴.

Em síntese, quando o legislador se refere a “conversações” tem em mente a interceptação de conversações entre presentes, já quando se refere a “comunicações” teve em linha de pensamento as “intercepções telefónicas ou quaisquer outras comunicações levadas a cabo pelo canal das redes de comunicações electrónicas.”⁸⁵.

No que concerne à temática em causa, após uma análise de figuras afins do conceito de escutas, importa indagar relativamente à definição propriamente dita de escutas telefónicas e, a forma como essa mesma definição se encontra perfilhada no Código do Processo Penal.

Tendo em conta, que estamos perante um acto material, o conceito de “escutas telefónicas”⁸⁶ tem sido alvo de variadíssima controvérsia no que se refere à sua própria delimitação conceitual. Para BENJAMIN SILVA RODRIGUES, a designação “escutas telefónicas”, é ela própria um ponto de ambiguidades, ao ponto de o autor considerar “uma expressão não muito feliz”⁸⁷; na medida em que a ingerência nas comunicações telefónicas abrange diversas fases materiais, onde, “a escuta é apenas uma delas, havendo, ainda a referir que o acto de gravação, é o que concede a esta forma de intervenção nas comunicações pessoais, em tempo real, uma especificidade que se repercute ao nível da sua elevada danosidade social”⁸⁸.

Para alguma doutrina, nomeadamente MANUEL DA COSTA ANDRADE, o legislador de 2007, um pouco à semelhança do exemplo de 1987, resumiu-se “aos problemas suscitados pelo telefone fixo” e não teve em atenção “as implicações jurídicas das transformações técnico-científicas na área das telecomunicações”⁸⁹. Com todo o sentido o autor defende que o regime das escutas telefónicas, consagrado no CPP, deveria ser substituído ou integrado num capítulo que se designasse: “*Das intromissões nas telecomunicações*”⁹⁰. O que se verifica no actual regime previsto no CPP é uma

⁸⁴ RODRIGUES, Benjamim Silva, *A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais*, volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 79.

⁸⁵ *Idem*, p. 82.

⁸⁶ Aspas nossas.

⁸⁷ *Idem*, p. 68.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, “*Bruscamente no Verão Passado*”..., 2009, *op. cit.* p. 170.

⁹⁰ A reforma de 2007 procurou ir ao encontro das reais necessidades da ordem jurídica portuguesa. As irregularidades na produção de prova, que conduzem a nulidades processuais, exigem não só um regime legal que contemple as particularidades inerentes aos respectivos órgãos, mas também a um conjunto de

desactualização relativamente à panóplia de meios capazes de interceptar dados, informações e conversas que estão patentes na actualidade.

A análise desta problemática, no ordenamento jurídico português assenta sobre um conjunto de características que permitem, de certa forma, definir todo este regime como algo excepcional, sendo que, a sua admissibilidade só é possível (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), se existir uma lei expressa que as admita (princípio da legalidade)⁹¹, e exclusivamente por acto judicial fundamentado que as autorize. Nos termos do regime legal, escuta telefónica define-se como todo acto de investigação limitativo do direito fundamental ao segredo das comunicações, pelo qual o JIC⁹², (relativamente a um facto punível de especial gravidade e no decurso de um procedimento penal) autoriza ao OPC para proceder ao registo de chamadas e/ou a efectuar a gravação das conversações telefónicas do suspeito durante o tempo imprescindível⁹³ para poder constituir a prova do facto punível e a participação do seu autor.

Podemos concluir que, características como a excepcionalidade⁹⁴, a fundamentação do acto material como garante dos direitos fundamentais no processo penal (Juiz de Instrução), e a devida autorização judicial das escutas, constituem o núcleo “duro”⁹⁵, de um regime cuja diferenciação com outras figuras afins, (comunicação e conversação), se apresenta com elevada complexidade.

A finalidade das escutas telefónicas destina-se à descoberta e recolha, para futura análise e interpretação, de elementos materiais do crime em investigação. O recurso às escutas reveste grande delicadeza por se tratar de um meio de obtenção de prova que colide directamente com direitos fundamentais dos cidadãos, violando o direito à palavra, o direito ao sigilo e o direito à privacidade e à intimidade⁹⁶.

normas que tenham como referência a concretização do equilíbrio entre, por um lado, o respeito pelos direitos fundamentais, e por outro, a convicção de que o combate a fenómenos recentes como a criminalidade organizada e o terrorismo exigem o máximo de transparência na definição das competências dos OPC's, do MP e do JIC. Sobre este assunto, vide ANDRADE, Manuel da Costa, «*Bruscamente no Verão Passado*» a Reforma do Código Processo Penal – Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

⁹¹ Vide, supra 1.3.1.

⁹² Cfr. artigo 187.º e ss do CPP.

⁹³ Pelo prazo máximo de 3 meses, podendo ser renovável por igual período. (Cfr. artigo 187.º, n.º 6 do CPP).

⁹⁴ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, “Sobre o Regime Processual Penal das Escutas Telefónicas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano I, n.º 3, Jul.-Set., 1992, pp. 369-408.

⁹⁵ Aspas nossas.

⁹⁶ Vide, supra 1.1.

Não deixa de merecer especial atenção o facto de que, desde que passou a ser admissível o uso de escutas telefónicas como meio de obtenção de prova (1929), passando pelo CPP criado pelo Decreto-lei 78/1987, de 17 de Fevereiro; só actualmente com a Lei 48/2007, de 29 de Agosto é que se atribuiu um carácter subsidiário expresso no regime das escutas telefónicas.

2.2 RESTRIÇÕES DE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS, NAS ESCUTAS TELEFÓNICAS.

Como temos vindo a verificar o regime das escutas telefónicas determina restrições ao nível dos direitos fundamentais. Segundo o entendimento de JORGE MIRANDA, “a restrição tem que ver com o direito em si, com a sua extensão objectiva; afecta a certo direito (em geral ou quanto a certa categoria de pessoas ou situações), envolvendo a sua compressão ou, doutro prisma, a amputação de faculdades que *a priori* estariam nele compreendidas, a restrição funda-se em razões específicas.”⁹⁷.

Perante a existência de restrições mediatas (artigo 34.º n.º 2 CRP), “casos em que a Constituição permite ao legislador ordinário, com vista a certos fins ou observadas certas formas”⁹⁸; concede-se a possibilidade de salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, conforme o disposto no artigo 18.º n.º 2, da CRP. A imposição deste tipo de restrições carece de extremo cuidado para evitar que, a pretexto de visões demasiado subjectivistas ou ideológicas com elas conexas, se vulnere a ordem constitucional dos direitos, liberdades e garantias. O que importa, a que as restrições possam ser levadas a cabo com base, numa correcta interpretação objectiva e sistemática da Constituição, isto é, pressupõe que essa mesma interpretação se possa definir e legitimar “dentro”⁹⁹ da Constituição¹⁰⁰.

As leis restritivas devem designar expressamente os direitos em causa e indicar os princípios da Constituição nos quais repousam; estamos perante um conjunto de preceitos constitucionais, cuja prossecução implica a colisão de direitos fundamentais, estando por um lado em causa a protecção de direitos pessoais, e por outro lado, questões fulcrais como

⁹⁷ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, 3.ª edição, Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 329.

⁹⁸ *Idem.*, p. 331

⁹⁹ *Aspas nossas.*

¹⁰⁰ Cfr. artigo 18.º da CRP.

por exemplo, a Justiça e a Segurança; bem como o combate ao terrorismo e ao crime organizado, fenómeno actualmente em grande crescente¹⁰¹.

Como resulta do artigo 34.º, n.º 2 e n.º 4 da CRP, é a própria lei fundamental que prevê directamente determinada restrição¹⁰², cometendo à lei a sua concretização, ou seja, a lei limita-se a declarar a restrição prevista na Constituição.

No âmbito das escutas telefónicas, a Constituição admite que a inviolabilidade das telecomunicações seja restringida nos “casos previstos na lei em matéria de processo criminal”, *ex vi in fine* do n.º 4 do artigo 34.º da CRP. Para MANUEL MANUEL GUEDES VALENTE, a defesa e protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos e consequentemente, a descoberta da verdade para a realização da justiça e promoção da paz jurídica individual e comunitária “são valores e interesses de relevância constitucional, merecedores da restrição de direitos no âmbito das escutas telefónicas”¹⁰³; segundo a opinião de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “ao legislador está vedada a possibilidade de justificar a restrição de direitos, liberdades e garantias por eventual colisão com outros direitos ou bens tutelados apenas a nível infraconstitucional”¹⁰⁴, devendo o interesse a salvaguardar ter “no texto constitucional suficiente e adequada expressão”¹⁰⁵ que justifique essa restrição.

Vital em toda esta problemática, o princípio da proporcionalidade ou princípio da proibição do excesso¹⁰⁶, permite na questão das restrições mediatas, solucionar a referida colisão entre “direitos e interesses constitucionalmente protegidos”¹⁰⁷. O carácter fulcral deste princípio, reflecte-se nos seus corolários: o princípio da adequação, isto é, as medidas restritivas legalmente previstas devem mostrar-se como o meio mais adequado para a prossecução dos fins visados pela lei, salvaguardando-se assim, outros direitos constitucionalmente protegidos; o princípio da exigibilidade, define-se pelo facto de as medidas restritivas previstas na lei deverem revelar-se necessárias, ou melhor, serem

¹⁰¹ *Vide*, supra 1.2.

¹⁰² O artigo 18.º da CEDH e o artigo 30.º da Convenção Interamericana estipulam que as restrições devem ater-se aos fins em nome dos quais são estabelecidas ou permitidas, devendo as mesmas ser adoptadas se esses fins não poderem ser alcançados por meio de medidas menos gravosas.

¹⁰³ VALENTE, Manuel M. Guedes, *Escutas telefónicas: da...*, 2008, *op. cit.*, p. 137.

¹⁰⁴ CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República...*, 2007, *op. cit.*, p. 151.

¹⁰⁵ *Ibidem*,

¹⁰⁶ *Vide*, supra, ponto 1.3.3.

¹⁰⁷ Artigo 18.º n.º 2, da CRP.

exigíveis para que nunca devam transpor as exigências, pois são o meio mais eficaz e menos oneroso para os restantes direitos, liberdades e garantias¹⁰⁸.

Em termos conclusivos, o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*, caracteriza-se no facto dos meios legais restritivos e dos fins obtidos situarem-se numa justa e proporcionada medida, impedindo a adopção de medidas legais (formais e materiais), desproporcionadas e excessivas, em relação aos fins obtidos., Como pressuposto de legalidade para a autorização da intersecção e gravação de conversações e comunicações, impõem-se que se revele de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova. Mais uma vez é notório o conjunto de interesses e direitos, cuja colisão se mostra como inevitável, no sentido de que, o combate à criminalidade exige, do ponto de vista constitucional uma restrição objectiva, proporcional e fundamentada em preceitos legais. É por demais elucidativo a relevância que o princípio da proporcionalidade, em todas as suas vertentes, assume na tentativa de solucionar esta problemática.

2.3 REGIME LEGAL DAS ESCUTAS TELEFÓNICAS

As escutas telefónicas, que se encontram tuteladas no Livro III, Título III, Capítulo IV, nos artigos 187.º e ss. do CPP¹⁰⁹, correspondem à intercepção e gravação de conversações, podendo estas comunicações ser realizadas não só por telefone, mas também por correio electrónico ou por outros meios de transmissão telemática¹¹⁰.

¹⁰⁸ No Artigo 29.º n.º 2 da DUDH, podemos ler: “No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.”.

¹⁰⁹ Sobre este assunto, *vide* ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código...*, 2009, pp. 505 e ss.

¹¹⁰ Atendendo ao artigo 189.º do CPP incluem-se nas intercepções de comunicações, via operadores: (a) Postos fixos (postos de telefone da rede fixa): telefone ou fax; (b) Cartão SIM - Subscriber Identity Module (ou módulo de identificação do assinante) que é o circuito impresso do, tipo smart card, utilizado para identificar, controlar e armazenar dados de telefones celulares de tecnologia GSM e que costuma armazenar dados como informações do assinante, agenda, preferências (configurações), serviços contratados, SMS e outras informações; (c) IMEI (International Mobile Equipment Identity - Identificação Internacional de Equipamento Móvel); (d) E-mail (ou correio electrónico); (e) Endereço de internet (ou sítio criado na internet); (f) Endereço IP - Internet Protocol, endereço que indica o local de um determinado equipamento (normalmente computadores) numa rede privada ou pública; (g) Newsgroup, meio de comunicação onde os utilizadores colocam mensagens de texto em fóruns que são agrupados por assunto (chamados de newsgroups ou grupos de notícias). Ao contrário das mensagens de e-mail, que são transmitidas quase que directamente do remetente para o destinatário, os artigos postados nos newsgroups são retransmitidos através de uma extensa rede de servidores interligados; (h) Telefones satélite.

Em determinadas investigações, quando existe um alvo (pessoa) a interceptar do qual se conhece o número de telemóvel (cartão SIM), normalmente procura identificar-se e também interceptar o próprio equipamento

Este meio de obtenção de prova apresenta-se como o último na tipificação dos meios, pelo que, a sua utilização deverá ser de “*ultima ratio*”¹¹¹. Quer isto dizer que, no âmbito de uma investigação, a realização de escutas telefónicas apenas deve ser utilizada quando todos os outros meios de obtenção de prova se mostraram ineficazes, pois entende-se que é o meio mais danoso para os direitos fundamentais pessoais. No fundo, os danos produzidos pela realização de uma escuta telefónica têm uma dimensão significativa, na medida em que “lesam sempre muitos mais bens jurídicos, muitos mais interesses do que aqueles que se queria lesar”¹¹².

Através de uma interceptação telefónica, não é apenas aquele que deu origem à escuta telefónica que acaba por estar exposto, mas sim, todos aqueles que de uma forma ou outra acabam por entrar em contacto com o agente, e que, por vezes em nada se relacionam com o crime em investigação. Com uma escuta, “não é só a intimidade e as relações familiares (...) que são profundamente devassadas, mas também o segredo do confessor, do médico ou do advogado que a lei protege”¹¹³.

Partindo para a questão da admissibilidade das escutas telefónicas, propriamente dita, à luz do actual regime previsto no artigo 187.º, n.º 1 do CPP, a interceptação e a gravação de comunicações telefónicas só é admissível no âmbito do inquérito. Segundo PAULO DE SOUSA MENDES, “o inquérito é a fase do processo penal na qual ocorrem normalmente o maior número de diligências para a obtenção de meios de prova”¹¹⁴. No artigo 262.º e ss. do CPP, define-se não só o âmbito da fase do inquérito, mas acima de tudo a sua própria finalidade, limitando-se a um “conjunto de diligências que visam

(IMEI) dado que, por exemplo, se trocar de telemóvel mas mantiver o cartão, ou o contrário, conseguir-se-á continuar a cumprir a ordem judicial. O mesmo se aplica relativamente às interceptações de correio electrónico (ou newsgroups ou sítios da internet) que, por maioria de razão, podem ser operados a partir de diversos equipamentos (IP adress).

Estatisticamente, na esmagadora maioria dos casos o pedido de interceptação de UM alvo processa-se através de DOIS meios (cartão SIM + IMEI ou e-mail/endereço de internet/newsgroups + endereço IP). (fonte: Gabinete Coordenador de Segurança Interna).

¹¹¹ Estamos perante o princípio da subsidiariedade. Para COSTA ANDRADE, a subsidiariedade “veda o recurso a um qualquer outro meio oculto de investigação sempre que seja possível lançar mão de meio menos gravoso e igualmente idóneo para a prossecução dos interesses da investigação.” (Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, «*Bruscamente no Verão...*», (2009), *op. cit.*, p. 115).

¹¹² ANDRADE, Manuel da Costa, *O Regime Legal das...*, 2004, *op. cit.*, p. 116.

¹¹³ GONÇALVES, Fernando e ALVES, Manuel João, *A Prova do Crime, Meios Legais para a sua Obtenção*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 231.

¹¹⁴ MENDES, Paulo Sousa, “As proibições de prova...”, 2004, *op. cit.*, p. 139.

investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação”¹¹⁵.

Depreende-se que a realização de uma escuta na fase de instrução não é admissível, uma vez que, esta fase não subentende a efectivação ou não de um crime, mas sim a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou arquivamento do inquérito, em virtude de submeter ou não a causa em julgamento^{116 e 117}.

O n.º 1 artigo 187.º do CPP, expressa claramente que a admissibilidade da interceptação telefónica tem de ser indispensável, mostrando que a diligência é essencial para a descoberta da verdade e que sem a mesma a prova dificilmente seria obtida, devendo a diligência obedecer aos princípios de excepcionalidade e de subsidiariedade.

No que se entende pela excepcionalidade, MANUEL GUEDES VALENTE refere que as escutas estão envoltas em três vectores fundamentais: o primeiro dos quais refere-se à sistematização dos meios de obtenção de prova; o segundo menciona os seus princípios inerentes, como o princípio da legalidade, da proporcionalidade *lato sensu*, do interesse particular ou de defesa dos direitos fundamentais, do interesse público, da justiça e da boa fé; em terceiro expõe que a escuta está sujeita ao princípio da indispensabilidade da descoberta da verdade, só podendo ser utilizada quando outro meio de obtenção de prova menos oneroso se mostre inoperante.

Quanto ao princípio da subsidiariedade, o autor designa-o como “princípio da escadaria ascendente”, visto considerar que este princípio “deverá pesar na decisão de quem solicita e de quem decide pelo despacho de autorização ou de ordem à realização das escutas telefónicas”¹¹⁸.

Tendo por base o modelo acusatório, o Processo Penal português coloca sobre as competências do JIC¹¹⁹, artigo 264.º do CPP, uma função de garante dos direitos,

¹¹⁵ Cfr. artigo 262.º n.º 1 do CPP.

¹¹⁶ Artigo 286.º, n.º 1 do CPP.

¹¹⁷ Quanto a este assunto, MANUEL GUEDES VALENTE defende que mesmo a escuta sendo utilizada como último recurso, tendo se mostrado os outros meios de obtenção de prova incapazes à recolha de prova, esta não devia estar confinada apenas à fase de inquérito. O autor defende que para determinados tipos de crime de especial complexidade, e com o intuito de apurar a verdade, o legislador não devia restringir as escutas telefónicas à fase de inquérito, “sob pena de o paradigma da investigação criminal percorrer todo *iter processualis* se desmornar e se resumir a uma fase inicial não totalmente jurisdicionalizada”, VALENTE, Manuel M. Guedes, *Escutas telefónicas: da ...*, 2008, *op. cit.*, p. 79.

¹¹⁸ *Idem*, pp. 58;65.

¹¹⁹ Segundo o descrito no artigo 1.º alínea b) do CPP, estamos perante uma AJ. Nas palavras RAUL SOARES DA VEIGA, a figura do Juiz de Instrução traz a vantagem de intervir no processo de aplicação de medidas restritivas de direitos fundamentais, uma vez que “são pessoas diferentes daquelas que conduziram os inquéritos e deduziram acusações (...)” (VEIGA, Raul Soares da, “O Juiz de Instrução e a Tutela de

liberdades e garantias. A necessidade da exclusiva intervenção do JIC para a autorização da interceptação telefónica deve-se ao facto da diligência ser extremamente danosa aos direitos fundamentais do visado, havendo assim uma protecção dos direitos subjectivos do agente, visto a diligência não poder ser utilizada arbitrariamente¹²⁰.

Nos termos do artigo 263.º do CPP em articulação com o artigo 187.º do CPP, “a direcção do inquérito cabe ao Ministério Público¹²¹, assistido pelos Órgãos de Polícia Criminal”.

A catalogação dos crimes que podem ser investigados por meio de uma escuta telefónica é imposta pelo artigo 34.º, n.º 4 da CRP e pelo artigo 187.º do CPP, visando a protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos e a concretização dos princípios inerentes do artigo 18.º, n.º 2 da CRP.

No regime anterior, o legislador limitou-se a exigir que houvesse razões para crer que as escutas se revelariam de “grande interesse para a descoberta da verdade ou para prova”. Na redacção actual¹²² exige-se que haja razões para crer que “a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma impossível

Direitos fundamentais”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos fundamentais*, coordenação: Maria Fernanda Palma, Almedina, 2001, pp. 192 e ss.).

Apesar do *dominus* do inquérito ser o MP e não o JIC, este intervém nesta fase processual sempre que haja necessidade de decidir sobre matéria de direitos fundamentais, como sucede no artigo 268.º do CPP.

Assim sendo, no âmbito do inquérito o JIC pode intervir nas seguintes situações: necessidade de existência de um primeiro interrogatório judicial de arguido detido (artigo 141.º do CPP); aplicação de uma medida de coacção ou de garantia patrimonial, exceptuando a prevista no artigo 196.º do CPP, a qual poderá ser aplicada pelo MP; proceder a buscas e apreensões em escritório de advogado, consultórios médicos ou estabelecimentos bancários (artigo 177.º n.º 3, artigo 180.º e 181.º); ter conhecimento em primeira mão do conteúdo da correspondência apreendida (artigo 179.º n.º3); declarar perda a favor do Estado de bens apreendidos, quando o MP proceder ao arquivamento do inquérito (artigos 277.º, 280.º, e 282.º); outros actos que lei reservar expressamente a intervenção do JIC.

¹²⁰ Sobre a autorização judiciária, BENJAMIM SILVA RODRIGUES refere que a autorização tem sempre de ser *a priori* da realização da diligência, pois não é admissível a realização de uma escuta antes da autorização por parte da AJ, “sob pena de ilegitimação (ilegalidade e inconstitucionalidade)” nas conversações. Assim sendo, não se admite qualquer tipo de sistema de ratificação de “medidas de ingerências nas comunicações que se tenha iniciado sem que tenham sido ordenadas ou autorizadas pelo juiz de instrução se verificassem todos os requisitos legais necessários” (RODRIGUES, Benjamim Silva, *A monitorização dos...* (2009), *op. cit.*, p. 249).

¹²¹ Para efeitos do disposto no artigo 1.º alínea b) do CPP, o MP considera-se uma AJ. De acordo com o artigo 48.º e ss. do CPP, “o Ministério Público tem legitimidade para promover o processo penal, com as restrições constantes dos artigos 49.º a 52.º do CPP. O MP possui diversas incumbências constitucionalmente representadas. Seguindo o pensamento de RUI PEREIRA, o MP “representa o Estado, defende os interesses que a lei determinar (...), participa na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania (...), exerce a acção penal orientada pelo princípio da legalidade democrática”. O MP aparece assim como uma figura polivalente que, por um lado visa perseguir/investigar o crime e por outro surge como protector de “desvalidos.” (PEREIRA, Rui, “O Domínio do Inquérito pelo Ministério Público”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos fundamentais*, coordenação: Maria Fernanda Palma, Coimbra: Editora Almedina, 2001, pp. 123 e ss.).

¹²² Através da Lei 48/2007, de 29 de Agosto.

ou muito difícil de obter, por despacho fundamentado do JIC e mediante o requerimento do MP. O legislador revelou a preocupação em positivar que as escutas só podem ser autorizadas em *última ratio* e com o recurso à ponderação da necessária exclusão de outros meios de obtenção de prova. No despacho da autorização deve o JIC determinar, desde logo, que será coadjuvado pelos OPC's bem como os moldes concretos dessa cooperação¹²³. A pré-selecção das conversações ou comunicações em que intervêm estranhos ao processo é depois avaliada relativamente aos sujeitos intervenientes e ao teor de conversação, pelo JIC.

A reforma de 2007 modificou o catálogo dos crimes dos quais são admissíveis as escutas telefónicas, acrescentando-lhe tipos, designadamente os agora previstos na als. f) e g) do n.º 1 do artigo 187.º do CPP. Este incremento levado a cabo pelo legislador tem sido alvo de controvérsia ao nível da doutrina. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE¹²⁴ conclui que a norma é inconstitucional porque viola o artigo 32.º n.º 4 da CRP, conjugado com o artigo 18.º da CRP. Já ANDRÉ LAMAS LEITE, pese embora a crítica que dirige ao preceito, não encontra manchado de inconstitucionalidade¹²⁵. No que diz respeito à interpretação da alínea a), do n.º 1 do artigo 187.º do CPP, o mesmo autor sugere que numa futura alteração legislativa, a moldura penal seja alterada de três para cinco anos, afirmando que a utilização das escutas telefónicas como último recurso iria encontrar um equilíbrio entre os direitos fundamentais em causa e o objectivo de produção de prova¹²⁶.

O n.º 2 do artigo 187.º do CPP apresenta uma excepção quanto à autorização das diligências, uma vez que dada a necessidade de acelerar a obtenção de provas, o CPP prevê que a escuta possa ser autorizada pelo juiz do local onde se efectiva a conversação telefónica. A autorização tem no máximo setenta e duas horas, devendo ser então levada ao conhecimento do juiz do processo¹²⁷.

Importa atentar sobre quem pode recair uma interceptação ou gravação de conversações. Com base do princípio da proporcionalidade, o n.º 4 do artigo 187.º do CPP determina as pessoas que podem ser visadas numa escuta.

¹²³ Cfr. artigo 181.º, n.º 5 do CPP.

¹²⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do...*, 2009, *op. cit.*, p. 507.

¹²⁵ LEITE, André Lamas, "Entre Péricles e Sísifo: O novo regime legal das escutas telefónicas", in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, Ano 17, n.º 4, Out-Dez 2007, p. 503.

¹²⁶ LEITE, André Lamas, "As Escutas Telefónicas – Algumas Reflexões em Redor do seu Regime e das Consequências Processuais Derivadas da Respectiva Violação", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 25.

¹²⁷ Artigo 187.º, n.º 3 do CPP.

Entende-se, que para se ser alvo de uma escuta telefónica, tem de se estar ligado a um crime de catálogo¹²⁸. No artigo 187.º, n.º 4 alínea b) do CPP, verifica-se que pode ser alvo de uma escuta telefónica a “pessoa que sirva de intermediário¹²⁹ (...)”.

Por conseguinte, poderá dar-se o caso de haver intercepções de pessoas que não preenchem os requisitos do n.º 4 do artigo 187.º, isto é, que estão fora do âmbito da aplicação do artigo 187.º e ss. do CPP.

Ainda sobre as conversações do arguido e pessoas não tipificadas no n.º 4 do artigo 187.º do CPP, o n.º 5 do mesmo artigo vem defender a relação entre o defensor¹³⁰ e o arguido ao proibir a intercepção de conversações entre o defensor e o seu cliente, salvo se existir fundadas razões para crer que essas conversações “constituem objecto ou elemento do crime”. O que a lei pretende é tutelar o direito que o arguido tem de preparar e construir a sua defesa, não podendo assim ser interceptado.

Ao percorrermos o Título III do CPP, facilmente conseguimos aferir que existe uma graduação dos meios de obtenção de prova associada a diferentes formas de carrilar prova para a investigação, tendo como referência a gravidade dos crimes e a necessidade de garantir o direito à Justiça. É de salientar que as escutas telefónicas vêm previstas em último lugar dos meios de obtenção de prova. Como verificamos ao longo do trabalho, estamos perante um meio que restringe fortemente os direitos fundamentais e torna-se por isso, essencial que os OPC's e as AJ cumpram com todas as formalidades que o regime compreende.

Só assim se conseguirá dentro do possível, investigar crimes sem comprometer a própria investigação e, acima de tudo, sem lesar os direitos constitucionalmente protegidos; assume particular atenção, a actuação que os OPC's, detêm nestas matérias, no sentido de que, quer a investigação, quer o respeito pelos direitos dos cidadãos, depende da conformidade entre as suas acções e os preceitos legais que as autorizam. Trata-se de um

¹²⁸ Para MANUEL DA COSTA ANDRADE, “o catálogo representa (...) o primeiro padrão e medida de proporcionalidade querida pelo legislador, e como tal, imposta ao intérprete e aplicador”. O autor constata que, apesar do catálogo não ser condição “suficiente da legitimidade da realização das escutas e da sua valoração, o catálogo imerge invariavelmente como sua condição necessária”. (ANDRADE, Manuel da Costa, *“Bruscamente no Verão...”, 2009, op. cit. pp. 177-179.*

¹²⁹ Segundo o acórdão do TRL, de 6 de Dezembro de 2007, intermediário “é todo aquele que pela sua proximidade com o arguido ou suspeito, seja por razões de ordem familiar, de amizade ou outras que levem ao contacto entre ambos, ainda que ocasional ou forçado, se prefigure como potencial interlocutor, e sobre o qual, pela respectiva autoridade judiciária, recaiam suspeitas fundadas de, nos referidos contactos, serem discutidos assuntos que, directa ou indirectamente, se prendem com o crime em investigação.” (Cfr. proc. n.º 10278/07, consultado no sítio: www.dgsi.pt).

¹³⁰ Cfr. artigo 87.º do Estatuto da Ordem dos Advogados.

equilíbrio que resulta do estrito cumprimento dos preceitos supra referidos, artigos 187.º e 188.º do CPP.

2.3.1 A Aplicação do Regime e as suas Formalidades

Após a realização da diligência, o OPC tem de lavrar em auto¹³¹ o conteúdo das conversações que se obtiveram através da escuta, devendo indicar os aspectos mais relevantes das conversações que possam servir para a formalização da prova, explicando também qual o intuito das conversações, ou seja, o OPC deve descrever qual o objectivo que os interceptados tiveram com a respectiva conversação, como consta do n.º 1 do artigo 188.º do CPP.

Este auto deve ser levado ao conhecimento do MP, com espaços temporais de 15 em 15 dias, a contar da primeira intercepção telefónica decorrente no processo. Em seguida, o MP deve levar ao conhecimento do juiz que autorizou a diligência, não podendo ultrapassar um prazo de 48 horas¹³² para a transmissão dos conteúdos da escuta¹³³.

Sem limite temporal de autorização na versão anterior, as escutas são agora ordenadas pelo prazo máximo de 3 meses, podendo ser renováveis por igual período, desde que se verifiquem os requisitos de admissibilidade, de acordo com o artigo 187.º, n.º 6 CPP.

Como entende BENJAMIM SILVA RODRIGUES, o auto “trata-se de uma indicação indiciária não vinculante para o juiz que poderá e deverá, após audição integral, confirmar ou infirmar a relevância das partes assinaladas para efeitos probatórios”¹³⁴. O auto contém informações que serão levadas à consideração do MP que, como autoridade competente neste contexto, irá avaliar as informações que constam e determinará se as mesmas são ou não relevantes para efeitos de prova.

No entanto, o OPC responsável por uma determinada investigação, mesmo antes de efectuar a transmissão das comunicações ao MP (artigo 188.º n.º 3 do CPP), pode

¹³¹ Vide, infra 2.4.2.

¹³² “ O prazo de 48 horas referido no artigo 188º, n.º 4 do CPP só começa a correr a partir do momento em que os elementos obtidos pelo OPC chegam à posse efectiva do respectivo magistrado (Ministério Público).” (Cfr. Ac. do TRL, de 29 de Maio de 2008, proc. n.º 3735/08, 9ª Secção, consultado no sítio: www.pgdlisboa.pt).

¹³³ Como consta do n.º 3 e 4 do artigo 188.º do CPP.

¹³⁴ RODRIGUES, Benjamim Silva, *A monitorização dos...*, 2009, *op. cit.*, p. 328.

reconhecer o teor das conversações interceptadas, podendo o OPC praticar os actos cautelares necessários para assegurar os meios de prova (artigo 188.º n.º 2 do CPP).

Conforme o artigo 188.º, n.º 5 do CPP, o OPC pode ainda ser nomeado como “intérprete” para esclarecer o juiz do teor das conversações, de maneira a que a AJ tenha um melhor entendimento sobre os factos que possam servir como prova na descoberta da verdade do processo¹³⁵.

Durante a fase de inquérito, o juiz, a requerimento do MP, determina a transcrição e junção aos autos das conversações que se revelem determinantes para se formar a prova^{136 e 137}. Em caso de as mesmas serem manifestamente estranhas ao processo, o juiz deve determinar a sua destruição. GERMANO MARQUES DA SILVA refere que este acto constitui-se de extrema importância, pois o juiz analisará os conteúdos relevantes para a prova, podendo se necessário juntar ao processo, pretendendo-se “obstar que elementos que não revelam para o *thema decidendum* sejam objecto de divulgação”¹³⁸. De salientar que após a transcrição das gravações, o tribunal, com o intuito de melhor averiguar o teor das escutas, pode decidir a audição das gravações sempre que achar que a diligência é essencial para um melhor entendimento sobre o objectivo das conversações, de maneira a contribuir para a formulação da prova e descoberta da verdade, o que demonstra um especial cuidado por parte do legislador em permitir que o tribunal não só consulte as transcrições, mas tenha acesso às conversações, conhecendo o modo como foram proferidas (artigo 188.º n.º 10 do CPP).

Até ao encerramento do julgamento, as pessoas visadas nas escutas podem consultar os suportes técnicos (artigo 188 n.º 11 do CPP). Os suportes técnicos que

¹³⁵ Entende-se que o n.º 5 do artigo 188.º veio no fundo prever a possibilidade do OPC poder descrever mais pormenorizadamente qual a intenção que os visados têm com as conversações que foram interceptadas, visto cada vez mais se assistir a diversas formas de transmissão de dados entre os agentes do crime quando comunicam com intenção de transmitir informações cruciais que vão de encontro à preparação ou cometimento do crime.

¹³⁶ Quanto à transcrição das conversações para auto, Manuel MANUEL GUEDES VALENTE refere que esta tem de obedecer “*mutatis mutandis*, ao prescrito nos n.º 2 a 4 do artigo 101.º do CPP.” (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Teoria Geral do Direito Policial*, Tomo I, 2ª Edição, Almedina Coimbra, 2009, p. 83).

¹³⁷ Segundo o Ac. do STJ, com a data de 1 de Outubro de 2009, durante o inquérito, “o Juiz de Instrução Criminal pode determinar, a requerimento do Ministério Público, elaborado nos termos do n.º 7 do art. 188.º do Código de Processo Penal, a transcrição e junção aos autos das conversações e comunicações indispensáveis para fundamentar a futura aplicação de medidas de coacção ou de garantia patrimonial, à excepção do Termo de Identidade e Residência, não tendo aquele requerimento de ser cumulativo com a promoção para aplicação de uma medida de coacção, mas devendo o Ministério Público indicar nele a concreta medida que tenciona vir a promover”. Sobre este assunto, *vide* Ac. do TRL de 4-10-2007, proc. n.º 8862/07, 3ª Secção e Ac. do TRL de 06-12-2007, proc. n.º 9343/07 9ª Secção.

¹³⁸ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo...*, 2002, *op. cit.*, p. 224.

contenham conversações que não forem transcritas, isto é, que não se apresentam como meio de prova, devem ser guardados em envelope lacrado e colocados à ordem do tribunal, sendo posteriormente destruídos após o trânsito em julgado do processo a que pertence¹³⁹ (artigo 188.º n.º 12 do CPP).

Existe ainda a possibilidade dos suportes técnicos não serem destruídos após trânsito em julgado, sendo mantidos como anteriormente foi descrito, e só podendo ser utilizados caso exista a interposição de recurso extraordinário (artigo 188.º n.º 13.º do CPP).

BENJAMIM SILVA RODRIGUES menciona que a destruição dos suportes técnicos vai de encontro à reserva da intimidade da vida privada e familiar¹⁴⁰, de maneira a que a exposição da vida do indivíduo apenas seja exposta quando o estritamente necessário. O autor refere ainda que após o prazo de recurso ou de interposição da acção, os elementos que poderão servir de prova devem ser anonimizados, com vista a impedir que os dados da esfera individual do indivíduo não possam ser acessíveis e com isso destruir dados que se afiguram meramente irrelevantes.

2.3.2. Competência dos Órgãos de Polícia Criminal

Para efeitos do artigo 1.º, alínea c) do CPP, OPC consiste no conjunto de “todas as entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer actos ordenados por uma autoridade judiciária (...)”¹⁴¹.

No artigo 55.º, n.º 1 do CPP encontra-se preceituado que compete aos OPC’s coadjuvar as autoridades judiciárias com vista à realização das finalidades do processo. Mas, o n.º 2 do mesmo artigo, vai mais longe quando diz que aos OPC’s compete ainda, por iniciativa própria “colher a notícia dos crimes e impedir quanto possível as suas consequências, descobrir os seus agentes e levar a cabo os actos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova”¹⁴².

¹³⁹ RODRIGUES, Benjamim Silva, *A monitorização dos...*, 2009, *op. cit.*, p. 422.

¹⁴⁰ Cfr. artigo 26.º da CRP.

¹⁴¹ Sobre este assunto, *vide* LOIC, artigo 3.º e ss.

¹⁴² Como “actos necessários e urgentes (...)”, podemos referir, a título de exemplo, às medidas de cautelares e de polícia.

De acordo com a Lei de Organização da Investigação Criminal¹⁴³, consideram-se OPC's de competência genérica (artigo 3.º n.º 1): a Polícia Judiciária (PJ); a Guarda Nacional Republicana (GNR) e a Polícia de Segurança Pública (PSP).

Uma vez autorizadas as escutas telefónicas, o respectivo procedimento encontra-se sujeito à regulação do artigo 188.º do CPP¹⁴⁴. Resultam desta norma jurídica vários momentos e actos (materiais), distintos.

O primeiro respeita ao acto da intercepção, cuja competência se encontra atribuída aos OPC's, uma vez encaminhadas as chamadas para o servidor da PJ pelas respectivas operadoras de comunicações.

Nos termos do artigo 188.º, n.º 2 do CPP o OPC pode praticar os actos cautelares, necessários e urgentes para assegurar os meios de prova (o artigo 8.º da CEDH permite a ingerência de uma autoridade pública, com finalidade preventiva, na área dos direitos fundamentais, desde que, sejam respeitadas duas condições: a legalidade e a sua necessidade face a interesses particularmente protegidos.)¹⁴⁵.

Como já referimos anteriormente, para promoção ao JIC, o OPC e o magistrado do MP, titular do inquérito, deverão fundamentar a necessidade da intercepção telefónica, demonstrando nos autos¹⁴⁶ as razões concretas para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade. Nestes moldes, o OPC deve seguir os seguintes procedimentos¹⁴⁷:

- a) Remeter o auto de início de intercepção e gravação ao MP, através de ofício confidencial que, por sua vez, o envia ao JIC que autorizou anteriormente a intercepção, a fim de tomar conhecimento da data em que a intercepção se inicia, bem como o local onde a intercepção se encontra a decorrer;
- b) No decurso da intercepção, o OPC realiza auto de intercepção e gravação, os quais obedecem, com as devidas adaptações, aos requisitos consignados no artigo 99.º do CPP, onde deverá constar a data e hora da comunicação interceptada, indicação do

¹⁴³ Lei 49/2008, de 27 de Agosto.

¹⁴⁴ O cumprimento do artigo 188.º, n.º 1 do CPP, impõe que seja o OPC, em primeiro lugar, a tomar conhecimento do teor das intercepções.

¹⁴⁵ Sobre este assunto, *vide infra* 3.4.

¹⁴⁶ O artigo 99.º, n.º 1 do CPP descreve que o auto é um instrumento que se destina a fazer fé sobre determinados acontecimentos de actos processuais “a cuja documentação a lei obrigar e aos quais tiver assistido quem o redige”.

¹⁴⁷ Cfr. Manual de Boas para a Execução de Intercepções de Telecomunicações, adoptadas pelos DIAP's Distritais de Lisboa e Coimbra, em 8 de Outubro de 2007.

- alvo, das pessoas intervenientes na conversação e do funcionário que correctamente procedeu à recolha deste elemento de prova;
- c) Procede à gravação de todas as intercepções e apresenta o respectivo relatório, sugerindo ao MP a transcrição de determinadas conversações, por terem relevância para a prova do crime que se investiga.
- d) A gravação deverá ser autonomizada em suportes digitais relativamente a:
- Conversações manifestamente estranhas ao processo, nos termos do disposto no artigo 188.º, n.º 6 do CPP, a fim de serem destruídas após determinação do JIC;¹⁴⁸
 - Conversações relevantes para efeitos de aplicação de medidas de coacção ou como meio de prova dos crimes em investigação;
 - Conversações gravadas, cuja transcrição não é requerida pelo MP. Estas deverão ficar depositadas em envelope lacrado no OPC, à ordem do tribunal.
- e) O OPC deve elaborar um relatório sobre o conteúdo das intercepções, onde indica:
- As passagens relevantes para a prova;
 - A descrição, de modo sucinto, do respectivo conteúdo;
 - O alcance para a descoberta da verdade;
 - As conversações que poderão ser relevantes para efeitos de aplicação de medida de coacção;
 - As conversações estranhas ao processo, nos termos do artigo 188.º, n.º 6 do CPP.
- f) Como já se verificou, de 15 em 15 dias, a contar da data do início da intercepção, o OPC leva ao conhecimento do MP: os suportes técnicos das gravações; os autos de intercepção e os relatórios sobre o conteúdo das intercepções.

Finalizando, importa reter que esta fase de produção de prova na aplicação do regime das escutas telefónicas torna-se essencial para dar vigamento a toda a investigação, ou seja, se uma escuta telefónica foi realizada com obediência às condições e requisitos que temos vindo a referir, então estamos perante um distinto meio de obtenção de prova apto para a descoberta da verdade material. No entanto, não é a escuta telefónica em si mesma que irá produzir prova no processo penal mas, são os factos por ela conhecidos que,

¹⁴⁸ Vide, Ac. do TC n.º 70/2008, de 31 de Janeiro.

valorados no processo reforçam a prova indiciária já existente. Como teremos oportunidade de analisar no capítulo que se segue, nem tudo aquilo que é conhecido com a escuta pode ser valorado, *v. g.* os conhecimentos fortuitos.

Defendemos que a imediação entre o juiz e a recolha da prova através da escuta telefónica aparece como o meio que melhor garante que uma medida com tão específicas características se contenha nas apertadas margens fixadas no texto constitucional. A intervenção do juiz é vista como uma garantia capaz de assegurar a menor compressão possível dos direitos fundamentais afectados pela escuta telefónica, assegurando que tal compressão se situe nos apertados limites aceitáveis. Para tal, pressupõe-se o acompanhamento da operação de interceptação telefónica. Com efeito, só acompanhando a recolha de prova, através desse método em curso, poderá o juiz ir se apercebendo dos problemas que possam ir surgindo, dissipando-os e transformando apenas em aquisição probatória aquilo que efectivamente pode ser. Por outro lado, só esse acompanhamento coloca a escuta a coberto dos perigos - que sabemos serem consideráveis - de uso desviado.

CAPÍTULO 3 – CONHECIMENTOS PROVENIENTES DAS ESCUTAS TELEFÓNICAS

3.1 ENQUADRAMENTO

Chegados a este patamar, deparamo-nos que a realização de uma escuta telefónica arrasta consigo consequências divergentes, entre as quais encontramos os conhecimentos fortuitos. Antes de analisarmos este problema à luz do regime das escutas telefónicas, começamos por referir que este dilema também se coloca com outros meios de obtenção de prova, nomeadamente, com as buscas e as apreensões de correspondência.

Salienta-se que não existe um regime legal expresso para esta temática, sendo pois, o labor da doutrina e da jurisprudência que têm fomentado a sua discussão no seio da ordem jurídica portuguesa. Na opinião de FRANCISCO AGUILAR¹⁴⁹ há uma necessidade imperiosa para a criação de um regime legal inerente aos conhecimentos fortuitos obtidos pelas escutas telefónicas, de forama a dotar este instituto de um regime objectivo, uma vez que, em causa poderá estar a validade ou invalidade de uma determinada investigação.

Perante a crítica apresentada, a solução que o legislador criou na reforma de 2007, nomeadamente no artigo 187.º, n.º 7 do CPP¹⁵⁰, na tentativa de responder à questão dos conhecimentos fortuitos, levou a que, a permissão dos mesmos resultasse do facto de estarmos perante crimes de catálogo. Contudo, os conhecimentos fortuitos “configuram uma zona parcelar de uma área problemática mais extensa”¹⁵¹.

No nosso entendimento, as exigências inerentes ao problema em causa, exigem não só um relevo autónomo dos crimes de catálogo, mas acima de tudo, partilhamos da opinião “que do lado da situação hipotética e no momento em que se procede à «dimensão do fim» se encontrem concretamente preenchidos todos os pressupostos e requisitos de que a lei processual faz depender a realização de uma escuta válida”¹⁵². Sugerimos desta forma a consagração dos conhecimentos fortuitos no contexto das escutas telefónicas, verificando-se os seguintes requisitos¹⁵³: a) crime de catálogo; b) suspeita qualificada e sustentada em

¹⁴⁹ AGUILAR, Francisco, *Dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Através de Escutas Telefónicas – Contributo para o seu Estudo Ordenamentos Jurídicos Alemão e Português*, Editora Almedina, Lisboa, 2004, p. 20.

¹⁵⁰ Sobre este assunto, vide ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código...*, 2009.

¹⁵¹ ANDRADE, Manuel da Costa, «*Bruscamente no Verão...*», 2009, *op. cit.*, p. 174.

¹⁵² *Idem*, p. 176.

¹⁵³ No seguimento do Ac. do STJ, de 29 de Abril de 2010, “Em ambos os arestos em confronto, e perante esta questão, a posição que aflora é uma posição intermédia, segundo a qual os meios de prova são

factos; c) subsidiariedade; d) respeito pelo princípio da sucedânea intromissão hipotética (*hypothetisch ersatzangriff*)¹⁵⁴.

3.2 DOS CONHECIMENTOS DA INVESTIGAÇÃO

A realização de uma escuta telefónica tem como objectivo a descoberta de comunicações que sejam de interesse para a prova, ou seja, que sejam relevantes para a descoberta da verdade. A estes conhecimentos que surgem no decorrer da investigação e que estão em relação com o crime que fundamentou a autorização do meio de obtenção de prova são denominamos de conhecimentos da investigação.

Quanto aos conhecimentos da investigação, é entendido que os mesmos são todos os conhecimentos que surgem no decurso de uma investigação, provenientes de um meio de obtenção de prova legalmente ordenado e realizado¹⁵⁵.

A distinção entre os conhecimentos da investigação e os conhecimentos fortuitos é sensível, daí que segundo WOLTER, estes conceitos apresentam fronteiras ténues, estando muito ligados ao objecto do processo¹⁵⁶.

No âmbito das escutas telefónicas, em alusão ao pensamento de MANUEL DA COSTA ANDRADE, entende-se que os conhecimentos da investigação são todas as informações ou factos que “estejam numa relação de concurso ideal e aparente”¹⁵⁷ com o ilícito que motivou o meio de obtenção de prova, - escutas telefónicas. Segundo o autor “diferentemente do que sucede nos conhecimentos fortuitos – em que o processamento dos crimes têm, em princípio, de ocorrer noutros processos, - os conhecimentos da

utilizáveis, para além do mais, desde que digam respeito ao crime para que foram autorizados, quando digam respeito a outro crime igualmente de catálogo, ou desde que digam respeito a crime que tenha uma conexão intrínseca, não meramente processual, com o crime para que foram autorizados.” (Proc. n.º 128/05.OJDLSB-A.S1).

¹⁵⁴ De acordo com a influência alemã, a importação de conhecimentos provenientes de outros processos baseia-se no princípio da sucedânea intromissão hipotética, segundo o qual a sua “ulterior utilização dos dados só é legítima e admissível se em causa estiverem fins para cuja prossecução teria sido constitucionalmente admissível proceder à sua recolha.” (*Ibidem*).

¹⁵⁵ RENDEIRO, Victor Emanuel Saraiva, *A Criminalidade Organizada, As Escutas Telefónicas e os Conhecimentos Fortuitos*, Relatório de Mestrado, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009, p. 7.

¹⁵⁶ Wolter A. *apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições...*, 1992, *op. cit.*, p. 281 e ss.

¹⁵⁷ O autor não considera como conhecimento da investigação apenas estes factos, mas também os delitos que estejam numa “relação de comparação alternativa dos factos”, como os factos que constituam a actividade de associação criminosa, as diferentes formas de comparticipação num ilícito criminal, assim como “as diferentes formas de favorecimento pessoal, auxílio material ou receptação” (*Idem* p. 306).

investigação fazem parte do mesmo «pedaço de vida», devendo ser tratados no mesmo processo, a cujo objecto pertencem»¹⁵⁸.

Quanto à distinção¹⁵⁹ entre conhecimentos da investigação e conhecimentos fortuitos é de salientar que ambos têm de advir de uma escuta telefónica que respeite a admissibilidade e os pressupostos que se encontram na esfera da diligência¹⁶⁰. Pese embora tais conhecimentos possam decorrer de um mesmo processo, a finalidade de uma investigação centra-se sempre na obtenção dos conhecimentos da investigação, pois é este o principal fundamento que motivou a diligência.

Já os conhecimentos fortuitos, como o próprio nome indica, são aqueles que surgem inesperadamente, mas que obviamente merecem especial cuidado e tratamento, podendo assim ser um catalisador na descoberta da verdade de um processo análogo ao que motivou a investigação¹⁶¹.

De acordo com MANUEL GUEDES VALENTE, é de salientar que a ausência de uma delimitação rígida da concepção dos conhecimentos da investigação não afasta um risco de interpretação extensiva, podendo catapultar determinados factos que se inserem no contexto dos conhecimentos fortuitos em conhecimentos da investigação¹⁶².

Num prisma inteiramente prático, o Subcomissário NELSON RIBEIRO considera que os conhecimentos da investigação “pressupõem que haja uma relação entre o crime conhecido e que originou a ET e o crime que se veio a conhecer através dessa mesma ET”¹⁶³. Sobre esta temática, JOSÉ BRAZ considera que a Lei 48/2007, de 29 de Agosto, veio conferir “alguma segurança jurídica a esta questão, nos termos propostos pela doutrina

¹⁵⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, *Bruscamente no Verão Passado...*, 2009, *op. cit.*, p. 175.

¹⁵⁹ Sobre este assunto, RUI PATRÍCIO considera que os conhecimentos de investigação serão os factos obtidos através de uma escuta telefónica efectuada, que se reportam ou ao crime cuja investigação legitimou a realização daquela ou a um outro delito (pertencente ou não ao catálogo legal), que esteja baseado na mesma situação histórica de vida daquele; os conhecimentos fortuitos definem-se negativamente face aos conhecimentos de investigação (*Vide* anexo C).

¹⁶⁰ *Vide*, Ac. do TRP de 16 de Janeiro de 2008, onde se encontra expresso que “não cabem na categoria de conhecimentos fortuitos, mas antes devem ser entendidos como conhecimentos de investigação os resultados obtidos através da interceptação e gravação de conversações telefónicas de outro arguido, numa situação de participação.” (Proc. n.º 0743305).

¹⁶¹ Sobre esta distinção entre conhecimentos fortuitos e conhecimentos da investigação, o STJ foi chamado a pronunciar-se através do Acórdão de 23 de Outubro de 2002, tendo o mesmo seguido a linha de pensamento de MANUEL DA COSTA ANDRADE, entendendo que os conhecimentos de investigação se reportam às informações que estejam em concurso ideal com o crime que fundamentou o meio de obtenção de prova. Pelo contrário, os conhecimentos fortuitos são simplesmente os conhecimentos que não se enquadram no contexto dos primeiros referidos, isto é, surgem no âmbito de uma investigação legítima, mas não se reportam ao crime cuja investigação legitimou a diligência. (Ac. STJ de 23 de Outubro de 2002).

¹⁶² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Conhecimentos Fortuitos, A Busca de um Equilíbrio Apuleiano*, Coimbra: Editora Almedina, 2006, p. 81.

¹⁶³ *Vide*, anexo B, entrevista realizada ao Subcomissário Nelson Ribeiro.

dominante, concedendo uma admissibilidade probatória limitada aos “conhecimentos fortuitos” no ordenamento processual penal português”¹⁶⁴. Assim sendo, os conhecimentos fortuitos passam a poder ser valorados como provas noutras investigações e noutros inquéritos, desde que digam respeito a pessoas contidas no n.º 4 do artigo 187.º do CPP e que, cumulativamente estejam relacionados com crimes de catálogo.

Defendemos que a capacidade de distinguir os conhecimentos fortuitos dos conhecimentos da investigação não surge pela ocorrência de um novo crime que não estava previsto numa investigação, isto é, todos os novos crimes que surgem não são catapultados para os conhecimentos fortuitos, sendo necessário efectuar uma análise sobre os mesmos e entender se entram na esfera dos conhecimentos da investigação ou se efectivamente é a recolha de um novo crime que não se pode associar à investigação já em curso.

Entendemos que a qualificação de novos factos como conhecimentos fortuitos ou conhecimentos da investigação não é taxativa, uma vez que, depende do contexto da investigação, do objecto a que se centra essa investigação e dos pressupostos previstos para o regime das escutas telefónicas. Acreditamos que a validação dos conhecimentos fortuitos não pode deixar de se fazer perante a regra do artigo 187.º n.º 1 do CPP.

3.3 DOS CONHECIMENTOS FORTUITOS

3.3.1 Compatibilização com o Regime das Escutas Telefónicas

A problemática dos conhecimentos fortuitos surgiu através da decisão do Tribunal de Hamburgo, datada de 11 de Outubro de 1972. Esta decisão dispunha que era lícito valorar todos os conhecimentos adversos que resultassem de uma escuta telefónica legal, independentemente se o crime em investigação compunha os crimes de catálogo passíveis de ser investigados por escuta telefónica¹⁶⁵. Este tribunal entendia que todos os conhecimentos deveriam ser utilizados como meio de prova, mesmo que a suspeita do crime de catálogo - § 100 a) do StPO – não se efectivasse, isto é, era permitido utilizar qualquer informação que se obtivesse fortuitamente numa escuta legal, mesmo que a suspeita do crime que fundamentou a interceptação cessasse¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Vide, anexo A, entrevista realizada a José Braz.

¹⁶⁵ RENDEIRO, Victor Emanuel Saraiva, *A Criminalidade Organizada, As Escutas...*, 2009, *op. cit.* p. 7 e ss.

¹⁶⁶ AGUILAR, Francisco, *Dos Conhecimentos Fortuitos...*, 2004, *op. cit.* p. 28.

Em complemento ao § 100 a) do StPO, o § 108 do StPO vem consagrar que em matéria de buscas, era permitido que se valorassem todos os conhecimentos fortuitos que surgissem no contexto da diligência¹⁶⁷.

Contudo, a decisão de 15 de Março de 1976 do Supremo Tribunal Federal da Alemanha (STF)¹⁶⁸, alega que no quadro dos conhecimentos fortuitos, estes só podem ser valorados caso estejam em conexão com os crimes de catálogo, afigurando aqui o princípio da proporcionalidade, resultante de um Estado de Direito Democrático que “só permite a restrição das posições respeitantes a direitos fundamentais apenas naquilo que seja absolutamente necessário à protecção de bens jurídicos constitucionalmente reconhecidos”¹⁶⁹.

Desta forma, ficou bem entendido por parte do STF, que a valoração para as informações que surjam adversamente que possam ser recolhidas através de uma escuta telefónica validamente realizada, apenas podem ser as que se referem aos crimes de catálogo. Caso existam informações sobre crimes que não estavam descritos em catálogo, então os mesmos são objecto de proibição de valoração, onde a fronteira entre a valoração e a não valoração dos conhecimentos fortuitos reside no elenco legal dos delitos do § 100 a) do StPO.

Todavia, na decisão de 30 de Agosto de 1978 do STF, entendeu não ser necessário para a admissibilidade que: as informações adversas estejam em conexão com um crime de catálogo para serem valorados, ou seja, a conexão pode reportar-se à mesma acção ou a outra qualquer elencadas no catálogo legal.

Através desta decisão, existe aqui uma contradição do próprio STF, uma vez que primeiramente decreta a proibição da valoração dos conhecimentos fortuitos que não respeitem aos crimes que constem na criminalidade de catálogo e, em seguida, restringe este preceito através do conceito de conexão, podendo assim valorar os conhecimentos adversos que não legitimem a execução de uma escuta telefónica.

Em rigor, a decisão do STF vem possibilitar a valoração não apenas no âmbito dos conhecimentos fortuitos pertencentes a acções de catálogo, mas também a todos os conhecimentos análogos, que mesmo não pertencendo a crimes de catálogo, revelem uma conexão com as acções catalogares, podendo-se valorar conhecimentos de crimes que *a*

¹⁶⁷ *Idem*, p. 29.

¹⁶⁸ Supremo Tribunal Federal (BGH – Bundesgerichtshof).

¹⁶⁹ *Idem*, pp. 30-31.

priori não legitimam qualquer acção de interceptação de escuta telefónica através de uma alavanca legal¹⁷⁰.

A 15 de Julho de 1992, através da aprovação da Lei de Combate ao Tráfico Ilegal de Estupefaciente e outras formas de criminalidade organizada, é alterado o inciso V do § 100 b) do StPO, onde se passa a admitir a valoração de conhecimentos casuais, em processos análogos, quando estes sejam necessários para esclarecer um dos delitos mencionados ao catálogo do § 100 a) do StPO¹⁷¹.

Mais tarde, o STF, através da decisão de 18 de Março de 1998, afirmou que a valoração dos conhecimentos fortuitos só é admitida quanto aos delitos do § 100 a) do StPO¹⁷².

Em Portugal a jurisprudência tem seguido as orientações alemãs no que concerne ao tratamento dos conhecimentos fortuitos oriundos de uma escuta telefónica, daí que invocaremos alguns arestos sobre esta temática.

Desde logo, o acórdão do TRP de 11 de Janeiro de 1995, aderindo à posição tomada em 1976 pelo STF, assume que no âmbito de uma escuta telefónica, a valoração dos conhecimentos adversos é proibida, caso estes conhecimentos “não estejam em conexão com um «crime de catálogo», entendido este como o *numerus clausus* dos delitos (...)”. Neste acórdão é ainda salientado, que sendo as escutas telefónicas um meio de obtenção de prova que já por si apresenta danos aos direitos dos visados é imperativo que se efectue “uma leitura restritiva” do artigo 187.º do CPP¹⁷³, com vista a proibir a valoração dos conhecimentos fortuitos¹⁷⁴.

A 23 de Outubro de 2002, o STJ veio pronunciar-se sobre este tema, efectuando, sob a linha de pensamento de MANUEL DA COSTA ANDRADE, a distinção entre conhecimentos fortuitos e conhecimentos da investigação.

Este arresto vem ainda defender que a valoração dos conhecimentos fortuitos oriundos de escutas é válida se as interceptações telefónicas de onde provêm as informações

¹⁷⁰ Cfr. VALENTE, Manuel M. Guedes, *Conhecimentos Fortuitos, A Busca...*, 2006, *op. cit.*, p. 106.

¹⁷¹ AGUILAR, Francisco, *Dos Conhecimentos Fortuitos...*, 2004, *op. cit.*, pp. 47 e ss.

¹⁷² Segundo esta norma, o STF continua em defesa da valoração dos crimes que embora não constem no catálogo legal, estes estejam, em estreita referência com uma das acções que constam no § 100 a) da StPO, na linha fundamental e legitimatória de admissibilidade de uma escuta telefónica. Assim, e de acordo com MANUEL GUEDES VALENTE, o STF “restringiu a sua posição dos conhecimentos fortuitos de crimes não catalogados em conexão com os crimes de catálogo” (*Op. cit.*, p. 108).

¹⁷³ Sendo o artigo que fixa as finalidades e os pressupostos de admissibilidade de uma escuta telefónica.

¹⁷⁴ Cfr. RENDEIRO, Victor Emanuel Saraiva, *A Criminalidade Organizada...*, 2009, *op. cit.*, p. 11.

adversas, tiverem obedecido aos requisitos de admissibilidade que consagra o artigo 187.º do CPP. Serão ainda valorizadas as informações sobre a ocorrência de um ilícito criminal diverso, caso o crime também pertença aos crimes de catálogo que admitem a escuta telefónica; sendo certo que a valoração destes novos conhecimentos só poderá ocorrer, se revelar especial interesse para a descoberta da verdade ou para a prova no processo onde estes conhecimentos são transferidos¹⁷⁵.

Posteriormente, o STJ¹⁷⁶ foi novamente chamado a pronunciar-se sobre a validade dos conhecimentos fortuitos obtidos no decorrer de uma investigação por tráfico de estupefacientes¹⁷⁷. Neste caso, o STJ entendeu que os conhecimentos obtidos através das escutas são conhecimentos da investigação e não fortuitos, pois “se reportam ao crime cuja investigação legitimou a sua autorização”. Seguindo este arresto, é ainda pronunciado que se o juiz fundamentou a diligência das escutas para apuramento da verdade, é considerado um absurdo caso “a referida autorização não valesse para certos actos individualizados consubstanciadores daquele tráfico só porque eles foram autonomizados num outro processo”. Ou seja, segundo o Acórdão de 16 de Dezembro de 2003, a autorização para a realização da escuta telefónica não abarca todos os conhecimentos obtidos, admitindo que todos os conhecimentos reportam-se a conhecimentos da investigação, visto provirem da investigação em curso.

Em 20 do Novembro de 2008, o Tribunal Central de Instrução Criminal de Lisboa proferiu decisão instrutória: “considerou sem fundamento as nulidades invocadas, de violação das regras de competência do Tribunal do Júri, bem como de interceptções telefónicas realizadas nos autos levadas a cabo pelo arguido ora recorrente (...) os despachos a ordenar as escutas não estão fundamentados, nem de facto, nem de Direito, tal como é exigido; não estando consequentemente justificada a primazia deste meio de prova, antes de qualquer outro, tendo-se pois violado o princípio da subsidiariedade”. Verifica-se ao longo do acórdão uma crítica implícita à cooperação que o regime legal das escutas telefónicas exige entre os OPC’s responsáveis pela investigação, e o MP.

¹⁷⁵ Acórdão do STJ de 23 de Outubro de 2002.

¹⁷⁶ Acórdão do STJ de 16 de Dezembro de 2003.

¹⁷⁷ Os conhecimentos análogos que aqui se mencionam, reportam-se a uma investigação através de escutas telefónicas, onde foi possível a detenção em flagrante delito pelo crime de tráfico de estupefacientes, tanto do visado como de outros sujeitos, onde estes conhecimentos foram autonomizados do processo de origem e transportados para um processo autónomo onde se puderam apurar as transacções de droga, que culminam nas detenções em flagrante delito.

Argumentou-se que relativamente ao tratamento dos dados (escutas) estamos perante um direito fundamental do arguido em não ver a sua “intimidade devassada na “praça pública”, nas mãos da polícia, de funcionários, ou de quem quer que seja, sendo por isso que a lei ordinária em consonância com as garantias constitucionais da inviolabilidade de comunicação prevista no artigo 34.º n.º 1 e n.º 4 da CRP, impõe a simultaneidade das operações referidas no n.º 3 do artigo 188.º, do CPP, o dever do segredo em relação a todos os participantes nelas”.

Importa referir ainda que a norma constante do artigo 188.º, n.º 3 e 4 do CPP, foi interpretada no sentido de não impor que a selecção do material recolhido na interceptação e gravação das comunicações telefónicas fosse efectuada e determinada imediatamente após a correspondente audição, uma vez que, após passados 40 ou mais dias (a ordem de transcrição), de tal audição ter tido lugar, estamos perante uma violação dos princípios contidos nos artigos 32.º n.º 8, 34.º n.º 1 e n.º 4 e 18.º n.º 2 da CRP¹⁷⁸. Resulta da decisão do referido acórdão, o desrespeito dos princípios contidos nos artigos 18.º, 32.º e 34.º da CRP.

Em jeito de conclusão, tendo em conta a decisão jurisprudencial datada de 11 de Outubro de 2007¹⁷⁹ em que, o TRL se manifestou sobre esta temática, sustentando que no decorrer de uma escuta telefónica com suspeita de crime de falsificação de documentos e furto de veículos, todos os conhecimentos relativos a tráfico de estupefacientes são relevantes, pois tratam-se de conhecimentos fortuitos, tendo sido objecto de investigação num novo processo com os mesmos suspeitos. O TRL considerou novas informações como conhecimentos fortuitos, uma vez que são notícias de crimes diversos daqueles que fundamentarem a realização do meio de obtenção de prova. Relativamente a esta decisão o facto de o tribunal ter considerado que estaríamos perante conhecimentos fortuitos, por estarmos diante de notícias de crimes diversos, só por si não é o suficiente. Na medida em que, sujeitamos esta questão não só aos factos de o crime originário ter obrigatoriamente

¹⁷⁸ “Toda a iniciativa e verificação do interesse da matéria interceptada ficou a cargo exclusivo dos elementos da Polícia judiciária, a qual não foi de imediato apresentada ao M. Juiz, estando no desconhecimento deste por vezes mais de 30 dias, nem a sua transcrição no mais curto espaço de tempo, foi feita; Autorizar novos períodos de escuta sem que a autorização de prorrogação seja precedida de conhecimento judicial do resultado das escutas anteriores, entende-se que as escutas realizadas aos postos móveis são nulas e conseqüentemente nulo o valor das provas obtidas mediante o recurso às mesmas, por violação dos preceitos constitucionais.” (Proc. n.º 5992/2007-9).

¹⁷⁹ Proc. n.º 3577079.

de ser um crime de catálogo (condição necessária), mas ainda ao cumprimento pelos pressupostos do regime das escutas telefônicas.

A fase de inquérito¹⁸⁰ (discute-se ao nível da jurisprudência e da doutrina a forma como o intérprete e o aplicador devem conjugar o disposto no artigo 276.º, n.º1 do CPP com o artigo 187.º do mesmo diploma, contudo, indo ao encontro da opinião de MARIA FERNANDA PALMA, na argumentação utilizada no acórdão do TRE, de 13 de Outubro de 2009, existem questões relativas a prazos quer do ponto de vista processual, quer operacional (OPC's) assumem enorme relevância), está concebida para “investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação”¹⁸¹.

Em diversas intercepções de comunicações, os operadores judiciais deparam-se com informações que surgem ocasionalmente, ou seja, informações essas que dizem respeito a outros crimes que não o objecto da investigação que fundamentou a

¹⁸⁰ Indo ao encontro da decisão proferida pelo TRE, em 13 de Outubro de 2009, “enquanto perdurar a fase de inquérito, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz de Instrução que autorize a intercepção e a gravação de conversações ou comunicações telefônicas, mesmo que já tenha decorrido o prazo a que alude o artigo 276º do Código de Processo Penal” De acordo com a argumentação do relator (Maria Fernanda Palma), “as chamadas escutas telefônicas só podem ser requeridas, e consequentemente, ordenadas, dentro dos prazos aludidos no artigo 276º do Código de Processo Penal, como sendo os prazos máximos para a realização do inquérito, como o entendeu o Mmº Juiz a quo, ou se, distintamente, podem ser requeridas e ordenadas para além destes prazos, mas, necessariamente, na pendência do inquérito, isto é, durante um inquérito que ainda não foi encerrado, com a consequente prolação do despacho de arquivamento, ou da acusação, como acontece no caso *sub judice*, e vem defendido pelo Ministério Público, ora recorrente (...). Essas investigações são geralmente morosas, o que, não raramente, torna impossível a conclusão dos inquéritos nos prazos aludidos no dito artigo 276º do Código de Processo Penal, não obstante a graduação que daí constam. E o legislador previu desde logo esta situação, não invalidando os actos de inquérito realizados para além destes prazos, exigindo, apenas, o controlo hierárquico ao nível do organismo detentor da acção penal, sendo que é a este que compete dirigir o inquérito, conforma o dispõe o nº 4, do citado artigo 276º do Código de Processo Penal.

Em suma, estando em causa crimes de investigação complexa, é natural que surja a necessidade de recorrer a escutas telefônicas como meio de obtenção de prova, por vezes já em fase adiantada do inquérito em curso, inquérito esse que não pôde ser concluído em prazo condizente com o disposto no citado artigo 276º. E não seria razoável pôr em causa o resultado de toda uma investigação, por estar já vedada a possibilidade de obtenção de um determinado meio de prova, ainda na fase de inquérito, sendo que esta fase processual se destina, precisamente, a coligar as provas que permitam, se for caso disso, introduzir o feito em juízo (...). Concluindo, entendemos que enquanto perdurar a fase de inquérito, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz de Instrução que autorize a intercepção e a gravação de conversações ou comunicações telefônicas, mesmo que já tenha decorrido o prazo a que alude o artigo 276.º do Código de Processo Penal.” (Proc. n.º 36/08.3ZRFAR-A.E1).

¹⁸¹ Cfr. artigo 262.º n.º 1 do CPP. Paralelamente, a investigação criminal visa “nos termos da lei processual penal (...) averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade, descobrir e recolher a prova, no âmbito do processo.”, artigo 1.º da Lei nº 49/2008, de 27 de Agosto.

diligência¹⁸². Tais informações análogas devem ser tidas como conhecimentos fortuitos ou conhecimentos ocasionais¹⁸³.

ANDRÉ LAMAS LEITE entende os conhecimentos fortuitos como os que excedem “o núcleo de fontes de informação previstas no meio de obtenção de prova em causa, assim atingindo a esfera jurídica de terceiros, bem como aqueles que (...) não se prendem com a faculdade que motivou o recurso a tal meio”¹⁸⁴.

Para MANUEL DA COSTA ANDRADE, a constelação que envolve a problemática dos conhecimentos fortuitos não se afigura fácil, pois a génese dos conhecimentos fortuitos reporta-se ao surgimento de informações criminais que não se englobam na suspeita do crime que legitimou o meio de obtenção de prova. Porém, a dificuldade de tratamento dos conhecimentos adversos irá aumentar caso as situações de informações análogas “se reportarem a infracções não imputáveis ao arguido ou suspeito e, sobretudo, a infracções que caem já fora dos crimes de catálogo”^{185 e 186}.

A caracterização dos conhecimentos fortuitos no ordenamento jurídico português resulta da compatibilização com o regime das escutas telefónicas. Desta forma, o catálogo previsto no artigo 187.º, n.º 1 do CPP representa a primeira medida de proporcionalidade “querida pelo legislador”, impondo-se ao intérprete e aplicador, constituindo uma condição necessária para a valoração dos conhecimentos fortuitos. Importa destacar que no que concerne ao catálogo, a sua exigência valem tanto para o momento da produção das escutas como para o “momento ulterior e distinto da sua valoração”¹⁸⁷.

Podemos deste forma concluir que no âmbito dos conhecimentos fortuitos a sua valoração depende do facto de o outro crime ser também ele um crime de catálogo¹⁸⁸, ou

¹⁸² “Mesmo no contexto dos conhecimentos fortuitos a transmissão de provas de um crime para outro crime do catálogo só será admissível se, também deste lado, estiverem presentes os outros e insupríveis pontos de apoio pressupostos pela formula da intromissão sucedânea hipotética.” (ANDRADE, Manuel da Costa, *Bruscamente no Verão...*, 2009, *op. cit.*, p. 181).

¹⁸³ Na jurisprudência germânica, tais informações – conhecimentos fortuitos – são denominados por *Zufallsfunde*.

¹⁸⁴ LEITE, André Lamas, “As escutas telefónicas...”, 2004, *op. cit.*, p 38.

¹⁸⁵ ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de...*, 1992, *op. cit.*, p. 304.

¹⁸⁶ Neste sentido, vem a Relação de Lisboa, no acórdão de 6 de Maio de 2003 referir que: “(...) a intercepção da escuta telefónica deve respeitar unicamente aos crimes do “catálogo”, elencados no artigo 187.º do Código de Processo Penal. Se em resultado da escuta realizada e autorizada para a obtenção de prova de crimes previstos no “catálogo” se colherem informações marginais que denunciem o conhecimento de outro crime não constante no elenco referido (...), não poderão tais informações fortuitas ser usadas para instruir tais crimes de gravidade inferior”. Sobre este assunto, *vide* Ac. STJ, de 29 de Abril de 2010.

¹⁸⁷ ANDRADE, Manuel da Costa, *Bruscamente no Verão...*, 2009, *op. cit.*, p. 177.

¹⁸⁸ Cfr. Ac. do STJ, de 6 de Maio de 2010, “Quanto às escutas telefónicas efectuadas nos autos o recorrente suscita a questão de terem sido ordenadas para um crime de catálogo de que nunca o arguido foi

seja, é totalmente indiferente que o crime originário tenha cessado em qualquer fase do processo penal (inquérito, instrução e julgamento), porque “enquanto fundamento e suporte de legitimação das escutas o crime originário (do catálogo) é substituído pelo outro crime do catálogo e idóneo para o sub-rogar no cumprimento da insuprível exigência de um crime de catálogo”¹⁸⁹.

De forma a ilustrar a problemática das informações análogas (conhecimentos da investigação), importa reter o seguinte exemplo: através de uma escuta telefónica realizada a “A” pelo crime de tráfico de estupefacientes, permite-se apurar que o mesmo se dedica também ao tráfico de seres humanos, ou seja, realizada uma acção encoberta. As provas alcançadas não podem valorar-se para perseguir outra infracção, se esta não for também um crime do respectivo catálogo. Na linha do que temos vindo a defender, o respeito pelo princípio da intromissão sucedânea hipotética, muito em voga no espaço jurídico alemão, constitui a pedra-de-toque que deveria possibilitar numa futura alteração legislativa a consagração expressa dos conhecimentos fortuitos.

3.3.2 Da Valoração dos Conhecimentos Fortuitos

Tendo em conta o exposto anteriormente, tentaremos abordar os moldes em que se processa a valoração dos conhecimentos fortuitos. Após uma breve análise jurisprudencial, em particular, relativamente aos conhecimentos fortuitos, não podemos deixar de referir as clivagens doutrinárias ao nível da resolução das informações análogas, com incidência na questão da catalogação. Apesar da influência alemã no que concerne ao respeito pelo princípio da intromissão sucedânea hipotética, alguma jurisprudência nacional traça diferentes critérios (v. g. duração da pena), perante situações em que apenas o crime originário se encontra no catálogo previsto no artigo 187.º n.º 1 do CPP. Desde logo, têm surgido várias posições ao longo dos últimos anos, entre as quais, nós destacaríamos essencialmente duas posições: alusão à recusa total de valoração, e à valoração condicional dos conhecimentos fortuitos.

acusado (o de contrabando), mas depois aproveitadas para a prova de outros crimes que não estão previstos no catálogo.” (156/00.2IDBRG.S1).

¹⁸⁹ *Idem*, p. 178.

3.3.2.1 Da Recusa Total

Quanto à recusa total de valoração dos conhecimentos fortuitos, esta posição encontra algum apoio por parte da doutrina. Desde logo, FRANCISCO AGUILAR defende que não havendo uma tipificação clara na lei¹⁹⁰ sobre a possibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos estamos na presença de uma proibição de prova, em resultado do n.º 8 do artigo 32.º da CRP. Ainda na esteira do autor, este sustenta que a legitimidade e admissibilidade que envolve a possibilidade de se realizar uma escuta telefónica “esgota-se na obtenção de conhecimentos relativos à investigação que originou a escuta”¹⁹¹. Desta forma, o autor considera apenas as que se cingem ao crime que legitimou a escuta, pretendendo que exista “uma afectação da valoração dos conhecimentos ao propósito da norma concreta”¹⁹².

Relativamente à concepção dos conhecimentos da investigação, discorda-se com a crítica que FRANCISCO AGUILAR apresenta quanto à concepção apresentada por MANUEL DA COSTA ANDRADE no que concerne à ausência de um critério objectivo quanto aos conhecimentos da investigação. FRANCISCO AGUILAR considera que a valoração dos conhecimentos fortuitos não se enquadra na esfera do artigo 187.º do CPP, admitindo que caso ocorram conhecimentos adversos no âmbito de uma investigação, os mesmos jamais poderão ser valorados, devendo sempre seguir-se o regime dos conhecimentos da investigação¹⁹³. Relativamente a esta posição perfilhamos o entendimento de que o regime dos conhecimentos da investigação é admissível perante a concretização de determinados requisitos (princípio da intromissão sucedânea hipotética), não se defendendo a proibição absoluta de valoração dos conhecimentos fortuitos¹⁹⁴.

Sendo as escutas telefónicas um meio de obtenção de prova que ofende o cidadão nos seus direitos, nomeadamente o direito à palavra, à reserva da intimidade da vida

¹⁹⁰ RUI PATRÍCIO concorda com o autor referido, tendo em conta três argumentos: Reserva Constitucional de Lei; Proibição de interpretação extensiva ou aplicação analógica; Princípio da interpretação mais favorável. Este autor vai ainda mais longe, afirmando que os “conhecimentos fortuitos serão aqueles factos (ou conhecimentos) obtidos através de uma escuta telefónica legalmente efectuada e que não se reportem, nem ao crime cuja investigação determinou a realização daquela, nem a qualquer delito (pertencente ou não ao catálogo legal) que esteja baseado na mesma situação histórica de vida daquele. Ou seja, os conhecimentos fortuitos definem-se negativamente face aos conhecimentos da investigação. Daí o seu carácter residual.” (*Vide* anexo C).

¹⁹¹ AGUILAR, Francisco, *Dos Conhecimentos Fortuitos...*, 2004, *op. cit.*, p. 77.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ *Idem*, p. 78.

¹⁹⁴ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Conhecimentos Fortuitos...*, 2006, p. 82. (Sobre este assunto, *vide*, ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de...*, 1992, *op. cit.* pp. 306 e ss.).

privada e o sigilo das telecomunicações¹⁹⁵, os quesitos que envolvem este meio de obtenção de prova deve ter tipificação legal quanto à valoração de todas as informações que advenham de uma intercepção de comunicações, o que para FRANCISCO AGUILAR apenas se encontra materializado quanto à valoração dos conhecimentos da investigação e não os conhecimentos fortuitos. Na esteira deste autor, a inexistência de um preceito na lei processual que admite expressamente a valoração dos conhecimentos fortuitos leva a que toda a valoração de conhecimentos adversos ao crime que fundamentou a escuta deva ser considerada ilegal sob o princípio da reserva de lei. Mais uma vez discordamos do autor, na medida em que, a valoração dos conhecimentos fortuitos resulta da interpretação do artigo 187.º, n.º 7 do CPP¹⁹⁶.

Também DAMIÃO DA CUNHA, em acta¹⁹⁷ própria da Unidade de Missão para a Reforma Penal, manifestou a sua discórdia relativamente à utilização dos conhecimentos fortuitos como meio de prova, pois entende que os mesmos podem padecer de inconstitucionalidade, visto não terem sido precedidos de despacho fundamentado da escuta telefónica.

De facto, anteriormente à entrada em vigor da Lei 48/2007, de 29 de Agosto, não existia no ordenamento jurídico português um preceito que permitisse a valoração dos conhecimentos fortuitos¹⁹⁸, de tal forma que para que esta valoração fosse possível era necessário realizar uma interpretação extensiva do artigo 187.º do CPP.

Perante a análise de toda esta argumentação contrária à admissibilidade dos conhecimentos fortuitos, o STJ em 29 de Abril de 2010¹⁹⁹, menciona que desde logo são diferentes os factos, relativamente aos meios de prova envolvidos quando estão em causa: a localização de telefone celular e o registo de dados de tráfico no acórdão recorrido, e as escutas telefónicas no acórdão fundamento. O grau de intromissão na privacidade da pessoa alvo destas medidas é muito diverso, bem como diferente é o contributo que as medidas aqui contrapostas podem dar, como prova indiciária. O n.º 2 do artigo 189.º do

¹⁹⁵ Vide supra 1.1.

¹⁹⁶ Neste sentido, ANDRADE, Manuel da Costa, «*Bruscamente no Verão...*», 2009, *op. cit.* p. 173.

¹⁹⁷ Acta n.º 18, realizada em 24 de Abril de 2006, no Ministério da Justiça. (consultado no sítio: www.mj.gov.pt).

¹⁹⁸ Ainda antes da reforma processual penal, José Miguel Júdice, defendeu que a matéria de conhecimentos fortuitos não se insere na realização das escutas telefónicas, afirmando que em revisão processual, a questão dos conhecimentos fortuitos deveria ser clarificada, nomeadamente tipificando a inadmissibilidade de utilização dos mesmos numa escuta telefónica legalmente autorizada. (JÚDICE, José Miguel, “Escutas telefónicas : a tortura do século XXI?”, In *Revista da Ordem dos Advogados*, Novembro 2004, A.64, pp.53-64.)

¹⁹⁹ Cfr. Ac. TRL, Proc. n.º 128/05.0JDLSB-A.S1.

CPP estende o regime das escutas do artigo 187.º n.º 1 e 4 do CPP, à recolha de dados sobre a localização celular, e ao registo de realização de conversações, mas, para além de prever estas últimas em qualquer fase do processo, o preceito limita-se à questão da necessidade de ocorrer autorização judicial para que aqueles meios de prova possam ter lugar. Assim sendo, estando em causa a questão de saber qual a validade da prova que forneça “conhecimentos fortuitos” em ambos os casos, entende-se que não se deve enveredar por um regime igual, e que, pelo contrário, as situações não são equiparáveis. A posição que se defende vai no sentido de que o uso de conhecimentos obtidos através de localização celular, ou o registo de realização de conversações, não tem que estar sujeito às mesmas restrições que o uso de “conhecimentos fortuitos” obtidos através das escutas telefónicas.

A posição jurisprudencial que aflora é uma posição intermédia, segundo a qual os meios de prova são utilizáveis, para além do mais, desde que digam respeito ao crime para que foram autorizados. Quando digam respeito a outro crime igualmente de catálogo, ou desde que digam respeito a crime que tenha uma conexão intrínseca, não meramente processual, com o crime para que foram autorizados.

Em suma, indo de acordo à nossa leitura, a chave da posição comum aos dois acórdãos, quanto à questão de direito em foco, está na distinção entre “conhecimentos fortuitos” e “conhecimentos de investigação”, a que ambas as decisões se reportam. Distinção trabalhada pela doutrina e jurisprudência, e que ambos os acórdãos tiveram em conta, certo é que, em termos conclusivos, para FRANCISCO AGUILAR em nome dessa distinção, deve considerar-se vedada a utilização dos “conhecimentos fortuitos”, e autorizada a dos “conhecimentos da investigação”, sempre no condicionalismo em apreço, na medida em que, para esta corrente de pensamento, a ausência de norma legal expressa relativa aos conhecimentos fortuitos constitui, só por si, pressuposto para a negação total da sua admissibilidade.

3.3.2.2 Da Valoração Condicional

Tese defendida por alguns autores²⁰⁰ e por alguma jurisprudência, a admissão dos conhecimentos fortuitos em processos autónomos, provenientes de escutas telefónicas nos

²⁰⁰ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa “*Sobre as proibições de prova em processo penal*”. Coimbra Editora, Coimbra, 2006; SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, vol. II, Editora Verbo, Lisboa, 2008.

termos dos artigos 187.º e 188.º do CPP, sofreu alterações com a reforma de 2007, ou seja, após esta alteração legislativa admite-se a valoração de conhecimentos fortuitos em situações onde se verifique o preenchimento dos pressupostos das normas atinentes às escutas telefónicas.

Assumindo um papel crucial na questão da produção de prova, a defesa da valoração dos conhecimentos fortuitos não pode passar ao lado da actividade policial, isto é, ter em atenção que toda esta problemática se manifesta ao nível do labor dos OPC's, como resulta do relato de JOSÉ BRAZ²⁰¹ que, de forma peremptória assume que os conhecimentos fortuitos interceptados numa escuta telefónica, passam a poder ser valorados como prova noutras investigações e noutros inquéritos, apenas e só, quando tiverem como fonte, uma das categorias de pessoas referidas no artigo 187.º, nº 4 do CPP, e estejam relacionados com um dos crimes de catálogo. Para tal, se o conhecimento fortuito não estiver relacionado com um dos crime de catálogo, deve ser comunicado ao MP, nos termos do artigo 248.º do CPP, para efeitos do respectivo procedimento, não podendo, os factos por ele revelados serem valorados como prova.

Na sequência da Unidade de Missão para a Reforma Penal²⁰², PAULO DE SOUSA MENDES, inspirado no regime jurídico germânico manifestou concordância com a utilização de conhecimentos fortuitos para crimes de catálogo, mesmo que se reportem a terceiros. E, chega a ir mais longe quando refere que seria de ponderar a utilização de conhecimentos fortuitos que revelarem uma conexão com o crime que originou a escuta.

No que diz respeito à valoração das informações adversas que correspondam ou estejam em conexão com um crime de catálogo o STF (aderimos totalmente a este entendimento), admitiu a valoração dos conhecimentos fortuitos, desde que os mesmos dissessem respeito a um crime que fosse passível de fundamentar a execução de uma escuta telefónica. Não podemos deixar de admitir que a valoração dos conhecimentos fortuitos se converteu num dos tópicos aceite nos tribunais.

Como já foi mencionado previamente, a natureza catalogar²⁰³ das informações recolhidas fortuitamente apresentava-se como primordial para que pudesse existir a

²⁰¹ Vide, Anexo A, entrevista realizada ao Sr. José Braz.

²⁰² Acta n.º 18, realizada em 24 de Abril de 2006, no Ministério da Justiça, (consultado no sítio: www.mj.gov.pt).

²⁰³ Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, os conhecimentos fortuitos só poderão ser aproveitados para processos instaurados ou a instaurar, conhecimentos que se destinem a fazer prova de um crime de

valoração, exigindo assim um critério de proporcionalidade na violação dos direitos fundamentais do visado.

É portanto, necessário que as informações adversas que surjam sejam relativas a um crime que permita a aplicação do meio de obtenção de prova, ou seja, que seja um dos ilícitos estipulados no catálogo de crimes do artigo 187.º, n.º 1 do CPP. Para além disso, é essencial que os conhecimentos fortuitos se reportem aos sujeitos prescritos no n.º 4 do artigo 187.º do CPP, havendo assim uma preocupação do legislador em delimitar as pessoas a quem se pode ressaltar informações que se relacionem com outro crime.

Por fim, é relevante salientar que a valoração dos conhecimentos fortuitos deve preencher o requisito da necessidade²⁰⁴, (para M. COSTA ANDRADE, assume também importância a questão da finalidade entre os crimes em causa), e interesse para a prova e/ou para a descoberta da verdade na prossecução do processo para onde são transportados, não podendo a valoração dos conhecimentos fortuitos ser efectuada acriticamente.

Quanto ao interesse dos conhecimentos adversos para a descoberta da verdade, sobretudo no contexto da valoração dos mesmos num processo de investigação, deve-se sempre considerar o juízo de proporcionalidade²⁰⁵, que segundo MANUEL DA COSTA ANDRADE, não deve apenas coordenar o âmbito das escutas telefónicas, mas também a cuidada observação sobre os conhecimentos fortuitos e sua valoração.

No nosso entendimento, a discussão em causa assenta na questão da proporcionalidade que, aqui é invocada face à valoração dos conhecimentos fortuitos, estando directamente ligada à protecção dos direitos fundamentais do cidadão. Assim, considera-se que sendo as escutas um meio de obtenção de prova extremamente abusivo quanto aos direitos dos cidadãos, os conhecimentos adversos acompanham esta danosidade, daí que é defendida apenas a admissibilidade dos mesmos quando se referem a ilícitos catalogares, havendo deste modo, um nexo de proporcionalidade para a descoberta da verdade, e perfazendo assim a valoração dos conhecimentos fortuitos a um juízo hipotético de intromissão, fazendo incidir sobre eles aquela ideia de estado de necessidade investigatório²⁰⁶.

catálogo em relação a pessoa mencionada no elenco de alvos. (ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de...*, 2009, *op. cit.*, p. 511.)

²⁰⁴ ANDRADE, Manuel da Costa, «*Bruscamente no Verão...*», 2009, *op. cit.* p. 177.

²⁰⁵ *Ibidem.*

²⁰⁶ Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições ...*, 1992, *op. cit.*, pp. 118 e ss..

Quando são obtidos conhecimentos fortuitos sobre um crime não catalogado, surgem várias interrogações quanto ao seu tratamento. No entanto, de acordo com aquilo que temos defendido, não podemos negar o facto de que, a obrigatoriedade do crime de catálogo na valoração dos conhecimentos fortuitos apresenta-se como uma condição necessária à sua valoração. Entendemos que a valoração dos conhecimentos fortuitos está sujeita, não só a esse pressuposto, mas sim ao cumprimento integral no disposto nos artigos 187.º e 188.º do CPP.

3.4 PROBLEMÁTICA DOS CONHECIMENTOS FORTUITOS NA ACTIVIDADE DOS OPC's

No âmbito das escutas telefónicas, quer no que se refere à sua produção, quer no que se refere à sua valoração, o CPP português apresenta uma relação tripartida do ponto de vista orgânico, na medida em que, o conjunto das formalidades enunciadas no artigo 188.º do CPP, nos permite identificar as competências dos OPC's, do MP e do próprio JIC. Para além da fase de instrução e de julgamento, a nossa análise incide essencialmente ao nível da fase de inquérito.

Os problemas suscitados pelos conhecimentos fortuitos colocavam à reforma de 2007²⁰⁷, verdadeiros desafios, tendo em conta fenómenos como o terrorismo e a criminalidade organizada, bem como a admissibilidade do regime das escutas telefónicas, em especial, a questão dos conhecimentos fortuitos e ainda a coordenação entre os vários órgãos responsáveis, quer pela produção, quer pela valoração da prova. Perante uma situação casuística em que o crime originário não corresponda ao catálogo previsto no artigo 187.º n.º 1 do CPP, continua a questão de saber, num primeiro momento qual deverá ser o procedimento legalmente exigível do OPC responsável pela investigação, e num segundo momento, subsiste a questão sobre se o requisito da catalogação é, só por si, factor que exclua de forma concludente a validação dos conhecimentos fortuitos.

Segundo MARIA FERNANDA PALMA²⁰⁸, no caso de investigações morosas, em que é impossível a conclusão dos inquéritos nos prazos aludidos no artigo 276.º do CPP é possível mesmo assim que o MP possa requerer ao JIC a autorização para a intercepção e gravação de conversações ou comunicações telefónicas. Seguindo este entendimento,

²⁰⁷ Sobre este assunto, vide ANDRADE, Manuel da Costa, «*Bruscamente no Verão Passado*» a Reforma do Código de Processo Penal - Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

²⁰⁸ Cfr. proc. n.º 36/08.3ZRFAR-A.E1.

percebe-se que após a reforma de 2007 com incidência no regime legal das escutas, assistimos a mudanças relativamente às competências e às relações entre as várias entidades judiciárias. Podemos referir a título de exemplo a mudança que resulta da própria posição do JIC como garante dos direitos fundamentais, na medida em que, perante a análise do artigo 188.º, n.º 7 do CPP, se nota um aumento de funções do MP, bem como (artigo 187.º e 188.º do CPP), uma alteração das relações entre os OPC's e o MP. Quanto ao problema da proximidade temporal do acompanhamento judicial, uma análise cuidada à jurisprudência do TC²⁰⁹, comprova que o novo regime legal respeita esta bitola, ao fixar uma periodicidade quinzenal para o controlo judicial.

Uma das questões que ao trabalho importa, resulta das situações de intervenção urgente dos OPC's, não estando em causa um crime de catálogo e sendo impossível o cumprimento exaustivo das formalidades previstas na lei (não podemos ignorar o facto de serem os OPC's a entidade que em primeira mão tem contacto com os dados).

Coloca-se em causa, em especial no caso da valoração dos conhecimentos fortuitos, a situação de estes conhecimentos poderem vir a ser considerados lícitos, no sentido de que, apesar da catalogação ser fundamental, neste caso a valoração não resulta apenas do cumprimento do n.º 1 do artigo 187.º do CPP, mas sim pela concretização de todos os pressupostos indispensáveis à valoração das escutas telefónicas. Como se depreende da conjugação dos artigos 188.º, n.º 1 e 2 do CPP com o artigo 248.º, n.º 1, 2 e 3 do CPP, os OPC's têm competência para intervir em situações cautelares e urgentes em relação à produção da prova (preservação) contudo, para efeitos de valoração dos conhecimentos fortuitos, defendemos que ela só deve ocorrer quer pela necessidade do catálogo, quer ainda pelo cumprimento dos restantes requisitos.

A actividade policial, nestas matérias, assume um carácter essencial na questão da prevenção criminal²¹⁰, no sentido de que, através de uma actuação diligente e célere poderemos estar a proteger importantes meios de prova, cruciais para a descoberta da verdade processual.

²⁰⁹ Cfr. TC, n.º 407/97, n.º 528/2003, n.º 347/2001, n.º 379/2004 e n.º 446/2008,

²¹⁰ Rui Patrício entende que a prevenção criminal não pode *só por si*, ser fundamento bastante para tanto, muito menos quando princípios fundamentais militam em sentido contrário. O autor defende que um dos erros do moderno direito criminal é a entronização, amiúde “cega”, da prevenção (*Vide* anexo C).

Como afirma o Subcomissário NELSON RIBEIRO, os conhecimentos fortuitos²¹¹ podem ser utilizados para efeitos de prevenção apenas na medida em que perante o conhecimento de um crime que poderá vir a ser praticado, o OPC tem legitimidade para intervir e impedir que o mesmo se verifique, apenas nessa medida. Para JOSÉ BRAZ, a utilização dos conhecimentos fortuitos para efeitos preventivos apenas seria admissível numa lógica de prevenção geral²¹², desde que não resulte directamente a incriminação de alguém em concreto ou a aplicação de medidas de coacção.

A jurisprudência tem apresentado, após a reforma de 2007, alguns exemplos²¹³, em que perante a utilização deste meio de obtenção de prova, surge por parte dos arguidos uma tentativa de acabar com o processo, invocando o argumento das nulidades processuais pelo incumprimento das formalidades previstas no regime legal das escutas.

Concluindo, os problemas suscitados ao nível deste meio de obtenção de prova requer por parte dos OPC's, do MP e do JIC uma cooperação que vá de encontro ao cumprimento no disposto na lei. Perante a doutrina em voga, não podemos deixar de concluir que a valoração dos conhecimentos fortuitos, num primeiro momento resulta inevitavelmente do pressuposto da catalogação; num segundo momento, consideramos que no seio desta temática assume particular importância todos os restantes requisitos atinentes às escutas telefónicas.

Atendendo à reforma de 2007, tornou-se visível que a expectativa, face aos problemas que pretendia resolver, seria elevada, no sentido de saber os moldes em que seria admissível proceder à restrição de direitos fundamentais. Para o presente trabalho a

²¹¹ A valoração dos conhecimentos fortuitos mas apenas tratando-se de factos tipificados como um dos crimes do catálogo do artigo 187.º. No entanto, é importante referir que não cabe ao OPC ou APC definir qual o valor probatório dos conhecimentos fortuitos, quanto muito terão a responsabilidade de actuar perante o conhecimento fortuito em que há necessidade de uma intervenção cautelar e urgente e nessa medida o OPC tomara todas as medidas com vista, em 1.º lugar a impedir a prática do crime, em 2.º lugar caso o crime já se tenha verificado, salvar os meios de prova, cabendo depois à autoridade judiciária avaliar o valor probatório a atribuir.

²¹² Para GERMANO MARQUES DA SILVA, “o direito penal evita ou mantém a violência em níveis toleráveis”. Esta finalidade de prevenção da criminalidade pode obter-se por duas vias: a prevenção geral negativa e a prevenção geral positiva. Enquanto as teorias da prevenção geral negativa põem o acento na intimidação, “prevenção pela intimidação”, as teorias da prevenção geral positiva põem-no na educação, na integração, na reafirmação dos valores comunitariamente assumidos, na “prevenção pela integração” (SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português - Parte Geral I - Introdução e Teoria da Lei Pena*, 3.º ed., Editora Verbo, Lisboa, 2010, pp. 59 e ss). Para JORGE DE FIGUEIREDO DIAS a prevenção especial negativa ou de neutralização define-se pela separação ou segregação do delincente, procurando atingir-se a neutralização da sua perigosidade social. Para efeitos de prevenção especial positiva ou de socialização visa-se lograr a reinserção social com o objectivo de prevenção da reincidência. (DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 54 e 55).

²¹³ Proc. n.º 5992/2007-9.

introdução do n.º 7 do artigo 187.º do CPP constitui a porta de entrada para um futuro desenvolvimento e consistência (uniformização), dos conhecimentos fortuitos face a figuras afins, como por exemplo, os conhecimentos da investigação.

Como consequência da reforma de 2007, e tendo presente o facto de que os OPC's são os órgãos que num primeiro momento entram em contacto com as escutas, assistimos a um reforço das suas competências, artigo 188.º, ns.º 2, 3 e 5 do CPP. Logo, em relação aos conhecimentos fortuitos, pelo facto de estarmos diante de vários crimes, defendemos que para efeitos de prevenção geral urge dotar os OPC's de mecanismos legais e operacionais que lhes possibilitem, dentro dos ditames legais, níveis de eficiência consideráveis no combate às diversas formas de criminalidade. Assim sendo, a existência de organizações votadas ao crime económico-financeiro, e organizações de escala global (terrorismo) movidas por um fundamentalismo homicida, concluimos que só através do aumento da autonomia e reformulação das suas atribuições é possível, alcançar as finalidades sob as quais assentam os alicerces de um Estado de Direito Democrático, Justiça, Segurança e Bem-Estar.

Para finalizar, não deixamos de ser sensíveis à apreciação efectuada à reforma de 2007, nomeadamente por MANUEL DA COSTA ANDRADE. Na nossa óptica reconhecemos que existem matérias que necessitam de ser revistas em futuras alterações legislativas, como por exemplo a redefinição do prazo do artigo 276.º do CPP, como proferiu MARIA FERNANDA PALMA²¹⁴ para crimes cuja investigação seja morosa, contudo, não podemos negar que a alteração trouxe importantes prerrogativas, entre as quais, o reconhecimento dos conhecimentos fortuitos, possibilitando desta forma punir arguidos que, à partida, pelo crime originário podia até não vir a ser julgados.

²¹⁴ Cfr. TRE, em 13 de Outubro de 2009.

CONCLUSÃO

O direito fundamental à palavra, à reserva da vida privada e ao sigilo das telecomunicações são direitos que proíbem qualquer interferência por parte das autoridades públicas, no entanto, a própria constituição estabelece a possibilidade desse direito ser comprimido, desde que essa limitação esteja expressamente prevista na lei, como é o caso das intercepções telefónicas.

Ao longo do trabalho deparamo-nos com uma dicotomia que é comum ao legislador e posteriormente ao intérprete e aplicador, no sentido de que, este meio de obtenção de prova tem por base a colisão com direitos fundamentais. No decorrer da investigação, fruto de controvérsias doutrinárias e *laboro* jurisprudencial, sentimos alguma complexidade na percepção da fronteira entre aquilo que é o cumprimento das normas constitucionais e por outro lado, a prossecução de medidas no combate ao crescente fenómeno da criminalidade organizada.

O recurso a este meio de obtenção de prova deve representar a consagração processual dos princípios constitucionais, entre eles, destacamos o princípio da proporcionalidade em todas as suas vertentes.

As escutas telefónicas são um meio específico de obtenção de prova consagrado no CPP e cujo recurso implica a verificação de um conjunto de requisitos objectivos e subjectivos. A sua utilização está sempre sujeita a um rigoroso controlo por parte do JIC, que na fase de inquérito se assume como o guardião dos direitos fundamentais.

Aos OPC's exige-se que durante a sua actuação no âmbito das intercepções telefónicas cumpram rigorosamente todos os requisitos e formalismos, previstos respectivamente, nos artigos 187.º e ss. do CPP, sob pena as provas obtidas através daquele meio de obtenção de prova serem consideradas provas proibidas (artigo 126.º do CPP), e poderem mesmo cominar a prática de um crime por parte do agente que as realizou.

O JIC dotado da sua posição de garante dos direitos dos cidadãos é quem tem legitimidade para autorizar e assegurar o controlo permanente do recurso às intercepções telefónicas.

Relativamente à abordagem sobre os conhecimentos fortuitos, esta deve estar bem delineada, uma vez que o tratamento a nestas matérias não pode suscitar dúvidas, sob pena de se poderem perder meios de prova que podem ser cruciais para o seguimento de determinado processo.

Assim, é depreendido que nas escutas telefónicas, o surgimento de uma notícia de um crime não implica necessariamente que se esteja perante uma situação de conhecimentos fortuitos. Pois, estes apenas se erguem quanto a factos que exorbitam o âmbito da investigação em curso, factos esses que não apresentam qualquer conexão com o objecto do processo. O surgimento de instrumentos que correspondem a um crime análogo, mas que estejam interligados com o crime que fundamentou a investigação, são conhecimentos que terão de ser tratados como conhecimentos da investigação.

O direito penal tem como finalidade inculcar na sociedade uma ideia de prevenção geral. A concretização desta finalidade, no nosso ordenamento jurídico, assenta sobre o conceito da teoria relativa que vê a pena como um instrumento de prevenção e não de retribuição. Por esse efeito, a problemática em estudo coloca às “vozes” que estudam a estrutura penal da nossa sociedade, entre elas, Legislador, Doutrina e Jurisprudência um verdadeiro desafio no que diz respeito à compatibilização entre aquilo que são as finalidades da prevenção (instrumento político-criminal, destinado a dissuadir os membros da comunidade da prática de crimes, através da estatuição e efectivação da ameaça penal) e, por outro lado, a concretização do Direito Penal entendido como Direito Constitucional aplicado.

Perante a fragilidade e complexidade que o regime denota na sua aplicação depreendemos que qualquer investida por parte do legislador no enredo das escutas acabará sempre por acarretar a obrigatoriedade do poder legislativo sentir o melindre entre aquilo que são as duas esferas na qual orbitam as escutas telefónicas, a esfera respeitante aos direitos subjectivos de cada individuo e, por outro lado, a esfera que engloba uma “luta” concertada contra o crime estruturado.

Face à devassa provocada pelas escutas importa reflectir em que termos se processa a fiscalização e o controlo deste meio de obtenção de prova. De forma a que seja transparente para a sociedade os moldes em que se processa o efectivo acompanhamento da escuta pelo juiz que a tiver ordenado, enquanto durarem as operações em que se materializa. Nesta questão e para finalizar abrimos a porta à possibilidade da criação de uma entidade responsável pela gestão e controlo de todo o mecanismo que envolve as escutas telefónicas.

Lisboa, 27 de Abril de 2011

André Daniel Ferreira Teixeira
Aspirante a Oficial de Polícia N.º 236/152491

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce, *We the People*, EUA: Library of Congress Catalogin in Publication Data, 1993.

AGUILAR, Francisco, *Dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Através de Escutas Telefónicas – Contributo para o seu Estudo nos Ordenamentos Jurídicos Alemão e Português*, Lisboa: Editora Almedina, 2004.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.º ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009.

ALEXANDRINO, José de Melo, *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa, - A Construção Dogmática*, Coimbra: Editora Almedina, 2006.

ANDRADE VIEIRA José Carlos, *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Editora Almedina, 2010.

ANDRADE, Manuel da Costa, “Sobre o Regime Processual Penal das Escutas Telefónicas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano I, n.º 3, Jul.-Set., 1992.

—, «Bruscamente no Verão Passado» a Reforma do Código Processo Penal – *Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

—, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

BRAZ, José, *Investigação Criminal - A Organização, o Método e a Prova - Os Desafios da Nova Criminalidade*, Coimbra: Editora Almedina, 2009.

CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa – anotada*, Vol. I, 4.º ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “La protection des droits de l’ Homme dans la procédure penal portugaise”, in *Boletim do Ministério Público*, n.º 291, 1979.

—, *As associações criminosas no Código Penal Português de 1982*, Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

—, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

—, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, Lisboa: Editora Danúbio, 1986.

GONÇALVES, Fernando e ALVES, Manuel João, *A Prova do Crime, Meios Legais para a sua Obtenção*, Coimbra: Editora Almedina, 2009.

HASSEMER, Winfried, *A Segurança Pública num Estado de Direito*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1995.

CARMO, Hermano e FERREIRA, Manuela Malheiro, *Metodologia de Investigação – Guia para Auto-aprendizagem*, 2ª Edição, Lisboa: Universidade Aberta, 2009.

JÚDICE, José Miguel, “Escutas telefónicas : a tortura do século XXI?”, *In Revista da Ordem dos Advogados*, Novembro 2004, A.64,

LEITE, André Lamas, “Entre Péricles e Sísifo: O novo regime legal das escutas telefónicas”, *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra: Coimbra Editora, Ano 17, n.º 4, Out-Dez 2007.

—, *As Escutas Telefónicas – Algumas Reflexões em Redor do seu Regime e das Consequências Processuais Derivadas da Respectiva Violação*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MENDES, Paulo de Sousa, “As proibições de prova no processo penal” *in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coordenação: Maria Fernanda Palma, Coimbra: Editora Almedina, 2004.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, 3.ª edição, Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORÃO, Helena, “O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português”, *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 4, Out.-Dez., 2006.

OUBINÃ, Ana Mercedes da Silva Claro, “As telecomunicações, a vida privada e o direito penal” *in Direito Penal Hoje - Novos desafios e novas respostas*, organizadores: Manuel da Costa Andrade, Rita Castanheira Neves, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

PALMA, Maria Fernanda, “Direito Penal e Processual Penal e Estudo Constitucional” *in The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Dykinson, Madrid, 2003.

—, “Linhas Estruturais da Reforma Penal. Problemas de Aplicação da Lei Processual Penal no Tempo”, *in Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão - Volume II*, Coordenadores: António Menezes Cordeiro, Pedro Pais de Vasconcelos, Paula Costa e Silva, Coimbra: Editora Almedina, 2008.

—, “O Problema Penal do Processo Penal” in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Lisboa: Editora Almedina, 2004.

PEREIRA, Rui, “O Domínio do Inquérito pelo Ministério Público”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos fundamentais*, coordenação: Maria Fernanda Palma, Lisboa: Editora Almedina, 2004.

PINTO, A. A. Tolda, *A Tramitação Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

RENDEIRO, Victor Emanuel Saraiva, *A Criminalidade Organizada, As Escutas Telefónicas e os Conhecimentos Fortuitos*, Relatório de Mestrado, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009.

RODRIGUES, Benjamim Silva, *A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais*, volume I, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

RODRÍGUEZ, José Luís, *Las intervenciones telefónicas en la jurisprudência del Tribunal Constitucional y Supremo*, Madrid: La Ley, 1996.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, vol. II, Lisboa: Editora Verbo, 2008.

— *Direito Penal Português - Parte Geral I - Introdução e Teoria da Lei Penal*, 3.º ed., Lisboa: Editora Verbo, 2010.

VALENTE, Manuel M. Guedes “La investigación del crimen organizado. Entrada y registro en domicilios por la noche, el agente infiltrado y las intervenciones de las comunicaciones” in *Dos Décadas de Reformas Penales*, coordinadora: Nieves Sanz Mulas, Granada: Editorial Comares, 2008.

—, *Escutas Telefónicas – Da Excepcionalidade à Vulgaridade*, 2.ª Edição, Coimbra: Edições Almedina, 2008.

—, *Conhecimentos Fortuitos, A Busca de um Equilíbrio Apuleiano*, Coimbra: Editora Almedina, 2006.

—, *Teoria Geral do Direito Policial*, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra: Editora Almedina, 2009.

VEIGA, Raul Soares da, “O Juiz de Instrução e a Tutela de Direitos fundamentais”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos fundamentais*, coordenação: Maria Fernanda Palma, Coimbra: Editora Almedina, 2001.

Sítios na Internet

www.jorgesampaio.arquivo.presidencia.pt.

www.cmvm.pt

www.fd.unl.pt

www.dgsi.pt

www.pgdlisboa.pt

www.mj.gov.pt

Legislação

Constituição da República Portuguesa.

Código de Processo Penal.

Código Penal.

Código Civil.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Lei de Enjuiciamiento Criminal.

Estatuto da Ordem dos Advogados.

Lei n.º 43/86, de 26 de Setembro.

Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.

Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro.

Lei n.º 38/2009, de 20 de Julho.

Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto.

Decreto-Lei n.º 78/1987, de 17 de Fevereiro.

Decreto-Lei n.º 16.489, de 15 de Fevereiro de 1929.

ANEXOS

ANEXO A

Entrevista realizada ao Sr. Dr. José Braz

ENTREVISTA

*Realizada ao Sr.º José Braz
Director da Unidade Territorial da PJ*

1. Nos últimos anos temos presenciado a diversas críticas ao regime das escutas telefónicas. Como qualifica o actual regime das escutas telefónicas?

Resposta: As intercepções telefónicas constituem um moderno meio de obtenção de prova, previsto na lei processual penal e, seguramente, um dos que maior eficácia reveste na luta contra as modernas expressões da criminalidade.

O crime organizado utiliza de forma sistemática as modernas tecnologias comunicacionais para garantir rapidez, eficácia e anonimato à prossecução dos seus desígnios e actividades ilícitas.

A possibilidade de interceptar esses circuitos comunicacionais utilizando para o efeito, tecnologias de potencial idêntico, constitui um poderoso meio de produção probatória.

Mas, pelos mesmos motivos, esse poderoso meio constitui também, uma ameaça à intimidade e à reserva da vida privada dos cidadãos.

Razão pela qual, as escutas telefónicas sempre suscitaram nos últimos anos, quer na doutrina, quer na jurisprudência, vivos receios e acesas controvérsias v.g. o Acórdão 7/87 de 9 de Janeiro (DR I Série, 9/2/87) do TC que apreciou o art. 187º do CPP, em sede de fiscalização preventiva de constitucionalidade e o Parecer 91/92 de 30 de Março da PGR.

No mesmo sentido, tenham-se presentes as alterações de natureza restritiva, introduzidas na última revisão do CPP através da lei 48/2007 de 29 de Agosto, porventura as mais amplas e profundas que tiveram lugar em matéria de regimes probatórios.

2. Considera que os OPC's utilizam este meio de obtenção de prova como último recurso? Ou, pelo contrário, em busca de uma maior eficácia para a investigação?

Resposta: As alterações introduzidas ao regime legal das intercepções telefónicas na última revisão de 2007, através da Lei 48/2007 de 29 de Agosto, reforçam a sua natureza subsidiária relativamente a outros meios de obtenção de prova, ao considerar

como requisitos prévios de admissibilidade (nº 1 do art. 187º), numa lógica manifestamente restritiva, a demonstração da sua indispensabilidade para a descoberta da verdade, ou da impossibilidade ou extrema dificuldade de obter a prova através de outros meios, reagindo deste modo o legislador a uma generalizada e excessiva *banalização* do uso das escutas telefónicas como meio de obtenção de prova relativamente a formas de criminalidade comum.

Na prática policial e judicial, é consabida a generalizada tendência para, - forçando a *ratio* do preceito legal, - alargar o recurso às intercepções telefónicas para formas de criminalidade comum e de massas.

Esta tendência procura no essencial, aumentar a eficácia da investigação criminal, pelo caminho mais simples que é o da redução de garantias e merece a complacência de alguns sectores do poder judicial.

3. Como sabemos, os conhecimentos fortuitos são inerentes à própria investigação, no entanto, no nosso CPP não se encontra uma delimitação conceitual própria. À luz do nosso ordenamento jurídico, o que se deverá entender por conhecimentos fortuitos?

Resposta: “Conhecimentos fortuitos” são factos revelados numa intercepção telefónica em curso, denunciadores ou de algum modo relacionados com outros crimes e/ou outros intervenientes que não aqueles que fundamentaram *in casu* a autorização da intercepção telefónica.

No plano doutrinário o tema dos “conhecimentos fortuitos” reconduz-nos a uma acesa controvérsia que não se esgota no quadro das intercepções telefónicas, estendendo-se a outros meios de obtenção de prova reportados a um catálogo de tipos criminais (apreensão de correspondência, registo de voz e imagem, agente infiltrado, etc.) e nos reconduz à problemática das proibições de prova que não resultam de uma produção legalmente inadmissível, ou seja, da impossibilidade de valorar certos tipos ou categorias de conhecimentos, ainda que obtidos legalmente (v.g. Andrade, Manuel da Costa “*Sobre as proibições de prova em processo penal*”. Coimbra Editora. 2006. p.275, 278, 204, 307. e ainda Aguilar, Francisco “*Dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Através de Escutas Telefónicas*”, Almedina Editora_Coimbra, 2004).

4. Quais as diferenças entre os conhecimentos fortuitos e os conhecimentos da investigação?

Resposta: Implícitas na resposta à pergunta 5.

5. Qual poderá ser o valor probatório dos conhecimentos fortuitos?

Resposta: A Lei 48/2007 de 29 de Agosto, na nova redacção dada aos n.ºs 7 e 8 do art. 188.º do CPP, veio finalmente conferir alguma segurança jurídica a esta questão, nos termos propostos pela doutrina dominante, concedendo uma admissibilidade probatória limitada aos “conhecimentos fortuitos” no ordenamento processual penal português.

Os conhecimentos fortuitos interceptados numa escuta telefónica, passam a poder ser valorados como prova noutras investigações e noutros inquéritos, apenas e só, quando tiverem como fonte, uma das categorias de pessoas referidas no n.º 4 do mesmo artigo, e estejam relacionados com um dos crimes de “catálogo”, ou seja, que admite a utilização de escuta telefónica, reunidos que estejam os requisitos acima referidos.

Para tanto, os suportes técnicos das conversações e os despachos que fundamentam as respectivas intercepções, são juntos, mediante despacho do juiz, ao processo em que devam ser usadas, extraíndo-se para o efeito, se necessário, cópias do processo original. Se o conhecimento fortuito não estiver relacionado com um dos crime de catálogo, deve ser comunicado ao Ministério Público, nos termos do art. 248.º do CPP, para efeitos do respectivo procedimento, não podendo contudo, os factos por ele revelados serem valorados como prova.

6. Considera conveniente a utilização dos conhecimentos fortuitos para a prevenção criminal?

Resposta: Numa lógica de prevenção geral, sim.

Desde que deles não resulte directamente a incriminação de alguém em concreto ou aplicação de medidas de coacção.

7. Deverão os conhecimentos fortuitos ser valorados para crimes ditos de “catálogo”?

Resposta: Necessariamente nos termos da legislação supra referida.

8. Quais os procedimentos que os OPC's deverão adoptar quando se deparam com conhecimentos adversos no âmbito da realização de uma escuta?

Resposta: Os procedimentos previstos no nº 8 do art. 187.º do CPP (v.g. notas 13 e 14 das anotações ao citado artigo, no CPP anotado de Paulo Pinto de Albuquerque, Universidade Católica, p. 511)

9. A Criminalidade organizada e o terrorismo poderão ser alavancas, num futuro processo, de legitimação total dos conhecimentos fortuitos?

Resposta: O actual regime de admissibilidade dos conhecimentos fortuitos já prevê que os mesmos possam ser utilizados na investigação da criminalidade organizada e do terrorismo (v. crimes previstos nos nºs 1 e 2 do art. 187.º do CPP).

Qualquer *futuro processo de legitimação total dos “conhecimentos fortuitos”* é susceptível de restringir direitos e garantias com consagração constitucional e de colidir com princípios fundamentais do Estado de Direito democrático.

10. Considera as escutas ambientais (*voz-off*), um meio lícito de obtenção de prova?

Resposta: O registo de voz e imagem por qualquer meio, sem consentimento do visado está previsto no ordenamento jurídico-penal português no art. 6º da Lei 5/2002 de 11 de Janeiro (que aprova medidas de combate à criminalidade organizada e tráfico de estupefacientes).

A produção destes registos depende de prévia autorização do juiz nos termos do art. 1988.º do CPP.

ANEXO B

Entrevista realizada ao Sr. Subcomissário Nelson Ribeiro

ENTREVISTA

*Realizada ao Sr.º Subcomissário Nelson Ribeiro
Coordenador da Unidade Metropolitana de Informações Criminais (UMIC) da PSP*

- 1. Nos últimos anos temos presenciado a diversas críticas ao regime das escutas telefónicas. Como qualifica o actual regime das escutas telefónicas?**

Resposta: O regime das ET foi recentemente alterado, na sequência da penúltima revisão do CPP e manteve-se na última. Considero por isso que está adequado à nossa realidade e é funcional, embora em alguns aspectos demasiado burocrático o que representa uma limitação à Investigação criminal (IC). Tendo em conta a utilidade deste meio de obtenção de prova para a investigação criminal face à danosidade social que provoca parece-me que o regime é equilibrado.

- 2. Considera que os OPC's utilizam este meio de obtenção de prova como último recurso? Ou, pelo contrário, em busca de uma maior eficácia para a investigação?**

Resposta: A Lei é clara. As ET tem que ser utilizadas como ultimo recurso. Se verificarmos, a própria organização do CPP apresenta as ET como o último dos meios de Obtenção de prova e por isso terá que ser sempre no âmbito deste espírito o recurso às mesmas. Por outro lado, não podemos esquecer que a utilização deste meio de obtenção de prova está sempre sujeito à sindicância do MP e sobretudo do JIC que terá que apresentar um despacho de autorização fundamentado de facto e de direito, sob pena de nulidade das ET. Parece-me por isso que não há outra possibilidade que não seja o respeito pelos princípios orientadores do recurso às ET e por isso o último recurso

- 3. Como sabemos, os conhecimentos fortuitos são inerentes à própria investigação, no entanto, no nosso CPP não se encontra uma delimitação conceitual própria.**

À luz do nosso ordenamento jurídico, o que se deverá entender por conhecimentos fortuitos?

Resposta: São os factos tipificados como crime que são conhecidos através de uma ET autorizada para um outro tipo de ilícito criminal objecto de uma investigação e que não decorrem nem exigem qualquer relação com o crime que motivou a ET.

4. Quais as diferenças entre os conhecimentos fortuitos e os conhecimentos da investigação?

Resposta: Os conhecimentos da investigação pressupõem que haja uma relação entre o crime conhecido e que originou a ET e o crime que se veio a conhecer através dessa mesma ET. Podemos dizer, utilizando as palavras do Doutor Costa Andrade que são conhecimentos da investigação “os factos que estejam numa relação de concurso ideal e aparente com o crime que motivou e justificou a ET” ou mesmo os crimes que aparecem “como finalidade ou resultantes da actividade de uma associação criminosa”, ou seja, a ET foi autorizada por se investigar um crime de associação criminosa e obtemos informação quanto aos crimes praticados por essa associação. Já os conhecimentos fortuitos não exigem essa relação. São conhecimentos de factos tipificados como crime cometidos pelo mesmo autor ou não e que não exigem essa relação mas que no entanto foram obtidos através daquela ET.

5. Qual poderá ser o valor probatório dos conhecimentos fortuitos?

Resposta: Em termos de doutrina à as teses mais restritivas que proíbem todos os conhecimentos fortuitos e há depois aqueles que defendem uma tese menos restritiva e que aceitam a valoração dos conhecimentos fortuitos mas apenas tratando-se de factos tipificados como um dos crimes do catálogo do art.º 187.º. No entanto, é importante referir que não cabe ao OPC ou APC definir qual o valor probatório dos conhecimentos fortuitos, quanto muito terão a responsabilidade de actuar perante o conhecimento fortuito em que há necessidade de uma intervenção cautelar e urgente e nessa medida o OPC tomara todas as medidas com vista, em 1.º lugar a impedir a prática do crime, em

2.º lugar caso o crime já se tenha verificado, salvaguardar os meios de prova, cabendo depois à autoridade judiciária avaliar o valor probatório a atribuir

6. Considera conveniente a utilização dos conhecimentos fortuitos para a prevenção criminal?

Resposta: Os conhecimentos fortuitos devem ter uma utilização muito restrita de acordo com o afirmado acima. Podem ser utilizados para efeitos de prevenção apenas na medida em que perante o conhecimento de um crime que poderá ir a ser praticado, o OPC tem legitimidade para intervir e impedir que o mesmo se verifique, apenas nessa medida.

7. Deverão os conhecimentos fortuitos ser valorados para crimes ditos de “catálogo”?

Resposta: Se entendermos valoração enquanto prova, sim, essa é a minha convicção. Entendo que a valoração se deve restringir apenas quando tomamos conhecimento de um dos crimes de catálogo, o que não invalida que o OPC possa tomar medidas preventivas para evitar a prática de um crime que não se integre no catálogo. Importa referir que o catálogo é também muito abrangente tanto mais que refere todos os crimes cuja pena seja superior a 3 anos o que permite uma grande latitude.

8. Quais os procedimentos que os OPC’s deverão adoptar quando se deparam com conhecimentos adversos no âmbito da realização de uma escuta?

Resposta: Tomar de imediato todas as medidas necessárias e urgentes com vista a impedir a prática do ilícito, não sendo possível, tomar todas as medidas urgentes com vista à preservação dos meios de prova. Obviamente que num plano ideal isto deve ser ponderado com o interesse da investigação em curso

9. A Criminalidade organizada e o terrorismo poderão ser alavancas, num futuro processo, de legitimação total dos conhecimentos fortuitos?

Resposta: Não me parece. Tudo o que seja criminalidade organizada e terrorismo já está inserido no catálogo do art.º 187, logo tendo em conta que, de facto, a maioria da jurisprudência e a doutrina defende a valoração dos conhecimentos fortuitos quando esteja em causa um crime do catálogo, então está legitimada a valoração dos mesmos. Não podemos esquecer que uma interceptação telefónica representa uma compressão muito violenta de alguns direitos fundamentais e qualquer alteração ao regime das ET deve ser sempre ponderada tendo em conta este pressuposto.

10. Considera as escutas ambientais (*voz-off*), um meio lícito de obtenção de prova?

Resposta: A lei 5/2002 estabelece, entre outras coisas, as condições em que pode ser efectuada a gravação de imagens e som durante uma investigação e também, esta obriga a um regime muito restrito, aliás, esta lei remete mesmo para o regime do art.º 188.º do CPP, o mesmo que se aplica às interceptações telefónicas. Creio que, desde que cumpridos os requisitos impostos pela norma jurídica (no caso art.º 6) a recolha é lícita.

ANEXO C

Entrevista realizada ao Sr. Prf. Dr. Rui Patrício

ENTREVISTA

*Realizada ao Sr.º Prof.º Dr.º Rui Patrício
Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*

1. **Nos últimos anos temos presenciado a diversas críticas ao regime das escutas telefónicas. Como qualifica o actual regime das escutas telefónicas?**

Resposta: O regime normativo actual é, em minha opinião, equilibrado, excepto quanto ao catálogo dos crimes e ao âmbito subjectivo (ambos excessivamente largos, em meu entender). Aliás, e excepção feita aos dois pontos assinalados, considero que o quadro normativo tem vindo a ser alterado para melhor, ao longo dos anos. Já a prática e, sobretudo, a valoração probatória *deixam bastante a desejar*, a meu ver.

2. **Considera que os OPC's utilizam este meio de obtenção de prova como último recurso? Ou, pelo contrário, em busca de uma maior eficácia para a investigação?**

Resposta: Considero que, em muitos casos, este meio é utilizado como “primeiro recurso”, e até, por vezes, “único”.

3. **Como sabemos, os conhecimentos fortuitos são inerentes à própria investigação, no entanto, no nosso CPP não se encontra uma delimitação conceitual própria. À luz do nosso ordenamento jurídico, o que se deverá entender por conhecimentos fortuitos?**

Resposta: Ver resposta seguinte.

4. **Quais as diferenças entre os conhecimentos fortuitos e os conhecimentos da investigação?**

Resposta: Os conhecimentos da investigação serão os factos, obtidos através de uma escuta telefónica legalmente efectuada, que se reportam ou ao crime cuja investigação

legitimou a realização daquela ou a um outro delito (pertencente ou não ao catálogo legal) que esteja baseado na mesma situação histórica de vida daquele.

Em contrapartida, conhecimentos fortuitos serão aqueles factos (ou conhecimentos) obtidos através de uma escuta telefónica legalmente efectuada e que não se reportem, nem ao crime cuja investigação determinou a realização daquela, nem a qualquer delito (pertencente ou não ao catálogo legal) que esteja baseado na mesma situação histórica de vida daquele. Ou seja, os conhecimentos fortuitos definem-se negativamente face aos conhecimentos da investigação. Daí o seu carácter residual.

5. Qual poderá ser o valor probatório dos conhecimentos fortuitos? Considera que a sua valoração poderá ser inconstitucional?

Resposta: Costa Andrade e Germano Marques da Silva, por exemplo, admitem a sua valoração, desde que se reportem, também eles (os conhecimentos fortuitos), a crimes de catálogo.

Costa Andrade acrescenta ainda como requisito da valoração das escutas quanto aos conhecimentos fortuitos o critério do juízo hipotético de intromissão, i.e., exige que se faça um juízo póstumo quanto à necessidade da realização das escutas relativamente aos conhecimentos fortuitos.

Por sua vez, Francisco Aguilar entende que, em face do regime legal e do regime constitucional, não é admissível a valoração de meios de prova quanto aos conhecimentos fortuitos.

Em suma, entende este autor que o artigo 187.º não regula a questão dos conhecimentos fortuitos, mas apenas dos conhecimentos da investigação. Assim, rejeita a possibilidade de valoração das escutas telefónicas quanto aos conhecimentos fortuitos com base em 3 argumentos:

1. Reserva constitucional de Lei: o artigo 32.º, n.º 4, da CRP determina que a valoração das escutas telefónicas apenas é admissível nos casos previstos na lei processual-penal, pelo que, não se mostrando regulada a questão dos

- conhecimentos fortuitos nos artigos 187.º e ss. do CPP, vigora uma proibição de valoração de prova quanto aos mesmos;
2. Proibição de interpretação extensiva ou aplicação analógica: uma vez que o artigo 187.º é uma norma excepcional, não admite interpretação extensiva nem aplicação analógica, o que seria a única forma possível de admitir a aplicação do artigo 187.º aos conhecimentos fortuitos;
 3. Princípio da interpretação mais favorável – artigo 18.º/2 CRP: mesmo que se admitisse que a norma do artigo 187.º é susceptível de interpretação extensiva, o artigo 18.º, n.º 2, da CRP determina que essa interpretação seja feita em sentido mais favorável aos direitos fundamentais dos particulares, o que sempre ditaria a prevalência do direito à reserva da intimidade da vida privada, entre outros, sobre os fins da investigação criminal e do Direito Penal.

Acompanho, em princípio, a posição deste último autor.

Ponto assente é que os conhecimentos fortuitos, para serem valorados, têm de reportar-se a um crime de catálogo. O mesmo não sucede, porém, quanto aos conhecimentos da investigação.

Há um Acórdão da Relação de Lisboa que é peremptório quanto à proibição de valoração de escutas relativamente a conhecimentos fortuitos que não integram um crime de catálogo.

Apesar de haver muito pouca jurisprudência sobre esta matéria, os Tribunais, nas poucas vezes que têm sido chamados a pronunciar-se sobre a mesma, têm sido algo parcimoniosos na aplicação da proibição da valoração das escutas, sobretudo no que diz respeito às várias variantes possíveis dos conhecimentos da investigação.

Para os Senhores Juízes, basta invocar a figura dos conhecimentos da investigação para sustentarem a admissibilidade da valoração das escutas. Mas não é bem assim.

Costa Andrade, por exemplo, entende – e bem –, na senda de autores com Roxin e Wels, que as escutas apenas podem ser valoradas para conhecimentos da investigação

que se reportem a crimes fora do catálogo, caso se mantenha na acusação o crime de catálogo para o qual as escutas foram autorizadas.

Mas o mesmo não se passa quanto aos conhecimentos fortuitos. Aqui, o entendimento dos Tribunais está bem dividido: se os conhecimentos fortuitos se reportarem a crimes de catálogo, as escutas podem ser valoradas (não aplicam o critério do Costa Andrade do juízo hipotético de intromissão); se disserem respeito a um crime fora do catálogo, as escutas já não podem ser valoradas. Estou de acordo com esta última posição.

6. Poderão os conhecimentos fortuitos fundar-se no princípio da prevenção criminal?

Resposta: A prevenção criminal não pode, só por si, ser fundamento bastante para tanto, muito menos quando princípios fundamentais militam em sentido contrário. Aliás, um dos erros do moderno Direito Criminal é a entronização, amiúde “cega”, da prevenção.

7. É elevada a danosidade pressuposta nos conhecimentos fortuitos face aos direitos do cidadão. Assim sendo, como se compatibiliza esta questão, com o facto de estarmos perante uma ausência de autorização do órgão competente?

Resposta: Resposta pressuposta nas anteriores, quer pela não admissão da valoração de conhecimentos fortuitos, quer, subsidiariamente, pela sua admissão “restrita”.

8. Deverão os conhecimentos fortuitos ser valorados para crimes ditos de “catálogo”? Quais serão os critérios da sua valoração?

Resposta: Ver resposta à questão 5.

9. Quais os procedimentos que os OPC's deverão adoptar quando se deparam com conhecimentos adversos no âmbito da realização de uma escuta?

10. A Criminalidade organizada e o terrorismo poderão ser alavancas, num futuro processo, de legitimação total dos conhecimentos fortuitos?

Resposta: Não. Pese embora este tipo de criminalidade possa permitir (ou exija mesmo) uma maior “abertura” em termos processuais, essa abertura terá que ser governada, sempre, por uma respeito pelo princípio da proporcionalidade, e outros fundamentais, pelo que, em meu entender, nem aí a abertura aos conhecimentos fortuitos poderá ser total.

11. Considera as escutas ambientais (*voz-off*), um meio lícito de obtenção de prova?

Se sim, quais serão os requisitos para se minimizar a lesão nos direitos fundamentais?

Resposta: A admissibilidade das chamadas “escutas ambientais” encontra-se actualmente vedada, uma vez que o Código de Processo Penal apenas admite a realização de escutas telefónicas, as quais têm, para além de outros pressupostos, a especificidade de terem de ser ordenadas contra sujeitos determinados, sejam estes suspeitos ou arguidos, intermediários destes ou vítimas de crimes.

Admitir as escutas ambientais como meio de prova significaria admitir que os alvos típicos deste meio de prova seriam, não sujeitos que tivessem de ser previamente identificados pelas entidades responsáveis pela investigação criminal, mas locais onde quaisquer pessoas – independentemente de estarem ou não sob investigação – pudessem ver as suas conversas interceptadas.

A investigação criminal passaria, desta forma, a contar com um meio de prova que, implicando certamente menos trabalho de investigação no que concerne à identificação dos suspeitos, permitiria uma compressão desmesurada dos direitos, liberdades e garantias de todos quantos vissem as suas conversas interceptadas no local colocado sob escuta, sem que essa compressão fosse passível de ser sindicada, *ex ante*, pelo Juiz de Instrução, isto na medida em que a consagração de tal meio de prova permitiria que

as escutas, ao invés de funcionarem como efectivos meios de prova, se transmutassem em meios de investigação.

Tal circunstância determina que tal meio de prova, na hipótese de ser expressamente acolhido pelo Legislador, nunca pudesse ser qualificado como lícito.