



Universidades Lusíada

Ventura, José António Araújo, 1961-

Conhecimentos fortuitos no âmbito das escutas telefónicas : prova ou instrumento de recolha de informação?

<http://hdl.handle.net/11067/3646>

Metadados

Data de Publicação	2014
Resumo	Assumindo a extraordinária aptidão das escutas telefónicas para a investigação e para a descoberta da verdade material, é uma exigência constitucional e internacional que estas sejam realizadas em obediência ao escrupuloso cumprimento dos pressupostos legais de admissibilidade, uma vez que a prova obtida só será legítima se a mesma não poder ser obtida por meios menos intrusivos, cabendo ao juiz acautelar a defesa desses direitos do cidadão, fundamentalmente quando esse meio de obtenção de prova...
Palavras Chave	Escutas telefónicas - Portugal, Prova criminal - Portugal, Investigação criminal - Portugal, Processo judicial - Portugal
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-25T15:32:59Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

**Conhecimentos fortuitos no âmbito das escutas telefónicas:
prova ou instrumento de recolha de informação?**

Realizado por:

José António Araújo Ventura

Orientado por:

Prof.^a Doutora Anabela Maria Pinto de Miranda Rodrigues

Constituição do Júri:

Presidente:	Prof. ^a Doutora Maria Eduarda de Almeida Azevedo
Orientador:	Prof. ^a Doutora Anabela Maria Pinto de Miranda Rodrigues
Arguente:	Prof. Doutor Augusto Manuel Gomes da Silva Dias
Vogal:	Prof. ^a Doutora Ana Bárbara Pina de Moraes de Sousa e Brito

Dissertação aprovada em: 1 de Abril de 2014

Lisboa

2013



U N I V E R S I D A D E L U S Í A D A D E L I S B O A

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

Conhecimentos fortuitos no âmbito das escutas
telefónicas: prova ou instrumento de recolha de
informação?

José António Araújo Ventura

Lisboa

Março 2012



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

Conhecimentos fortuitos no âmbito das escutas telefónicas: prova ou instrumento de recolha de informação?

José António Araújo Ventura

Lisboa

Março 2012

José António Araújo Ventura

Conhecimentos fortuitos no âmbito das escutas telefónicas: prova ou instrumento de recolha de informação?

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora: Prof.^a Doutora Anabela Maria Pinto de Miranda Rodrigues

Lisboa

Março 2012

Ficha Técnica

Autor José António Araújo Ventura
Orientadora Prof.^a Doutora Anabela Maria Pinto de Miranda Rodrigues
Título Conhecimentos fortuitos no âmbito das escutas telefónicas: prova ou instrumento de recolha de informação?
Local Lisboa
Ano 2012

Mediateca da Universidade Lusíada de Lisboa - Catalogação na Publicação

VENTURA, José António Araújo, 1961-

Conhecimentos fortuitos no âmbito das escutas telefónicas : prova ou instrumento de recolha de informação? / José António Araújo Ventura ; orientado por Anabela Maria Pinto de Miranda Rodrigues. - Lisboa : [s.n.], 2012. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa.

I - RODRIGUES, Anabela Miranda, 1953-

LCSH

1. Escutas Telefónicas - Portugal
2. Prova Criminal - Portugal
3. Investigação Criminal - Portugal
4. Processo Judicial - Portugal
5. Universidade Lusíada de Lisboa. Faculdade de Direito - Teses
6. Teses – Portugal - Lisboa

1. Wiretapping - Portugal
2. Evidence, Criminal - Portugal
3. Criminal Investigation - Portugal
4. Judicial Process - Portugal
5. Universidade Lusíada de Lisboa. Faculdade de Direito - Dissertations
6. Dissertations, Academic – Portugal - Lisbon

LCC

1. KKQ4689.V46 2012

AGRADECIMENTOS

Eis, o momento crucial de lembrar e agradecer a todos aqueles que contribuíram para que esta dissertação fosse concretizada e mais um desafio fosse alcançado.

Em primeiro lugar, quero dirigir os meus mais profundos e sinceros agradecimentos à Professora Doutora **Anabela Maria Pinto de Miranda Rodrigues, eminente Directora e Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, por ter aceitado orientar-me nesta dissertação com as suas dotas orientações e conhecimentos.

Dirijo também agradecimentos ao corpo docente da Universidade Lusíada de Lisboa e, a todas as pessoas que nela trabalham, em particular a CATARINA da Mediateca, por todos terem contribuído para a minha formação intelectual e académica, benefícios que se repercutem hoje num melhor desenvolvimento da minha actividade profissional.

Aos Serviços da Procuradoria-Geral da República que, não obstante não terem manifestado disponibilidade para facultar dados relativos à matéria controvertida, se dignaram responder ao pedido de informação que lhes foi solicitado.

Aos amigos que me incentivaram a não desistir do objectivo a que me tinha proposto, dos quais relevo o Leonel Madeira e a família.

Por ultimo, à minha esposa e filho, pelo abnegado apoio e particular paciência e compreensão que me dedicaram nos momentos de maior fraqueza.

A todos e a todas entidades, o meu muito, muito obrigado!

RESUMO

Assumindo a extraordinária aptidão das escutas telefônicas para a investigação e para a descoberta da verdade material, é uma exigência constitucional e internacional que estas sejam realizadas em obediência ao escrupuloso cumprimento dos pressupostos legais de admissibilidade, uma vez que a prova obtida só será legítima se a mesma não poder ser obtida por meios menos intrusivos, cabendo ao juiz acautelar a defesa desses direitos do cidadão, fundamentalmente quando esse meio de obtenção de prova e aproveitamento dos conhecimentos obtidos, propenda para que sejam violados os direitos fundamentais dos suspeitos, arguidos ou terceiros de boa-fé alheios ao processo em investigação.

É, neste sentido, que pensamos que este meio de obtenção de prova deverá ter, quer em relação ao legislador quer em relação ao intérprete, uma interpretação de admissibilidade e aproveitamento dos conhecimentos obtidos bastante restrito, tanto mais que o forte desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, já de si potenciam as mais variadas formas de intromissão e devassa ilícita da vida privada.

Por questões óbvias, o afloramento só terá como escopo os conhecimentos fortuitos obtidos no âmbito das escutas telefônicas lícitas e com o facto destes conhecimentos poderem constituir uma violação do princípio "*nemo tenetur se ipsum accusare*", bem como as consequências e alcance das eventuais nulidades da prova assim obtida.

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

ABSTRACT

Assuming the extraordinary ability of wiretaps for the investigation and the discovery of material truth, it is a constitutional and international requirement that they are performed in obedience to the scrupulous fulfillment of legal requirements for admissibility, as evidence obtained will only be legitimate if it cannot be obtained through means less intrusive, being the judge responsible for the safeguard of these citizens' rights, mainly when the means of obtaining evidence and the use of the knowledge obtained, tend to violate the fundamental rights of suspects, defendants or third parties in good faith that are outside the research process.

In this sense, we think that this mean of obtaining evidence should have, either by the legislature and by the interpreter, an interpretation of admissibility and use of the knowledge obtained quite restrictive, especially as the strong technological development of the media, already potentiate various forms of intrusion and illicit wanton of privacy.

For obvious reasons, the outcrop of this issue will only have as aim the fortuitous knowledge obtained in the scope of the lawful wiretapping and the fact that this knowledge may constitute a violation of the principle "*nemo tenetur se ipsum accusare*", any eventual nullity of the evidence thus obtained.

Key-words: Proof/evidence; Criminal Police Organs; Telephone tapping; Fortuitous knowledge

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS

- BGH - (Bundesgerichtshof) – Supremo Tribunal Federal
- CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem
- CEJ - Centro de Estudos Judiciários
- CPP - Código Processo Penal
- CRP - Constituição da República Portuguesa
- DUDH - Declaração Universal dos Direitos do Homem
- JIC - Juiz de Instrução Criminal
- LOIC - Lei Orgânica da Investigação Criminal
- LOMP - Lei Orgânica do Ministério Público
- LSI - Lei de Segurança Interna
- MP - Ministério Público
- OA - Ordem dos Advogados
- OPC - Órgãos de Polícia Criminal
- STJ - Supremo Tribunal de Justiça
- StPO - Strafprozessordnung (Código de Processo Penal Alemão)
- TC - Tribunal Constitucional
- TEDH - Tribunal de Europeu dos Direitos do Homem
- TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

Sumário

Introdução	15
1. Enquadramento jurídico/constitucional das escutas telefónicas	21
1.1. O princípio da dignidade da pessoa humana	21
1.2. O efeito osmose entre os direitos fundamentais e as escutas telefónicas	24
1.3. As escutas telefónicas	28
1.3.1. Admissibilidade das escutas telefónicas	33
1.3.2. Delimitação do universo das pessoas passíveis de serem escutadas	37
2. Prova	41
2.1. Princípios processuais penais da prova	41
2.1.1. Princípio da legalidade	41
2.2. O Efeito à Distância	44
2.2.1. A “fruit of the poisonous tree doctrine” e as excepções	48
2.3 - Nulidades da Prova	49
3. Competências processuais	53
3.1. Competências do juiz de instrução criminal no âmbito das escutas telefónicas	53
3.2. O Ministério Público: o Dominus do Inquérito.....	56
3.3. Os Órgãos de Policia Criminal e a Investigação	57
3.4. As Medidas Cautelares e de Policia	59
4. Natureza e âmbito dos conhecimentos	62
4.1. Os conhecimentos provenientes das escutas telefónicas	62
4.2. Conhecimentos de investigação	63
4.3. Conhecimentos fortuitos antes da revisão do CPP de 2007	66
4.4. Conhecimentos fortuitos depois da revisão CPP 2007	71
4.5. Extensão do regime dos conhecimentos fortuitos às medidas cautelares e de pólicia	75
4.6. Conhecimentos fortuitos processualmente atípicos	77
Conclusões	80
Referências	87

INTRODUÇÃO

Um dos novos paradigmas do Estado de Direito Democrático actual, é o de garantir e proteger os direitos fundamentais das pessoas, e neste âmbito do afloramento, como conciliar uma política jurídica penal que tenha por objectivo a realização da justiça e descoberta da verdade material e simultaneamente não seja posto em causa a materialidade constitucional desses direitos individuais.

Sendo o inciso do estudo os conhecimentos fortuitos obtidos através de uma escuta telefónica legalmente autorizada, o afloramento centrar-se-á exclusivamente neste âmbito e meio de obtenção de prova, tanto mais que, em termos processuais é parâmetro para outros meios de obtenção de prova.¹ Assim, é fundamental relevar que em Portugal o regime das escutas telefónicas tem consagração normativa relativamente recente, desde a revisão do CPP operada pelo Dec-lei 78/87, de 17 de Fevereiro, sob a epígrafe “*Das Escutas Telefónicas*”, o qual, entre vários aspectos negativos, ressaltava a total omissão normativa sobre os conhecimentos fortuitos.

Em termos jurídico/práticos essa omissão manifestava-se numa quase completa inutilidade e desadequação perante as circunstâncias em concreto, particularmente os conhecimentos fortuitos obtidos no âmbito de uma escuta telefónica devidamente autorizada, obstáculos que foram sendo ultrapassados pelo profícuo trabalho dos diversos tribunais e da jurisprudência então produzida, que apesar de tudo, manifestava sobre a matéria controvertida um razoável consenso.²

Assim, não surpreendeu que na última revisão do CPP, operada pela (Lei 48/2007, de 29 de Agosto), o legislador português tenha absorvido para o regime das escutas telefónicas (Artº 187º do CPP), a consagração normativa dos conhecimentos fortuitos na qual acolheu muitas ou quase todas as soluções já então adoptadas pelos tribunais. Na solução adoptada, o legislador aditou alguma nuance de índole investigatória, cujo resultado e salvo o devido respeito, pensamos serem excessivos e

¹ N.º 1 do Artº 189º do CPP, aprovado pela Lei 48/07, de 29 de Agosto

² Ac. Tribunal da Relação de Lisboa – Proc. 3577/07/9, 11/10/07, relator João Carrola
“A problemática dos conhecimentos fortuitos não se encontra muito tratada na jurisprudência portuguesa e, mesmo a nível doutrinário, a respectiva abordagem tem sido feita por dois ou três autores que recentemente lhe dedicaram mais aprofundando estudo com base na doutrina e jurisprudência alemãs, por força da quase total similitude dos respectivos ordenamentos jurídicos no que respeita ao mecanismo legal das escutas telefónicas”.

em muitos casos contraditórios entre os interesses da investigação e o das garantias “*institucionais ou subjectivas*” universal e constitucionalmente consagradas.

Neste sentido, apesar do regime espelhar algumas melhorias face ao regime anterior, pensamos que o legislador não cuidou o suficiente da protecção do sigilo das comunicações, do direito à privacidade ou à palavra, não contendo nem restringindo o âmbito do uso das escutas telefónicas, quer dos indivíduos susceptíveis de pertencerem ao núcleo legal do universo dos escutáveis, quer dos terceiros de boa-fé que nada tenham que ver com os crimes do processo alvo dessa escuta.

Nesta perspectiva parece-nos importante relevar as afirmações da Juiz Mata-Mouros³ a propósito do estudo que serviu de base às jornadas de processo penal, promovidas pelo CEJ em Coimbra e Lisboa, no qual considerava que: “*sem uma lei coerente que defina parâmetros claros, não há boas práticas que nos valham*” enfatizando essa afirmação com a referência que: “*E o pior é que elas – as leis más – conduzem ao arbítrio, e à injustiça*”

Assim, julgamos ser fundamental que qualquer abordagem sobre esta matéria, tenha como génese a dignidade da pessoa humana, que como releva Gomes Canotilho/Vital Moreira,⁴ “*a dignidade da pessoa humana é uma das bases da República Portuguesa, enquanto fundamento e limite do Estado de Direito Democrático*”, principio este que depois se materializa através de direitos de tutela e protecção de personalidade, com dimensão e manifestação ao nível da reserva da intimidade da vida privada e familiar, da inviolabilidade do sigilo e da correspondência, bem como de outros meios de comunicação privada.

Como conciliar estes valores jurídicos/axiológicos, é hoje o desafio e o dilema das sociedades contemporâneas do qual Portugal não é excepção, isto porque naturalmente são de natureza antagónicas e porque em termos de poder, existe um manifesto desequilíbrio entre os sujeitos em confronto, uma vez que o *ius puniendi* do

³ MATA-MOUROS, Maria de Fátima - Escutas Telefónicas : o que não muda com a reforma. Revista Centro Estudos Judiciários. 9:especial (1º Semestre 2008), p 220.

⁴ CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada. 4.ª ed. Coimbra : Coimbra Editora (2007). V. 1. Artº 1º, nota V, p 198

Estado, provido de *ius imperium*, podem de forma irreversível atentar de forma grave contra os direitos fundamentais individuais dos seus cidadãos.

Acresce a este facto que, não obstante os parâmetros e o âmbito da relevância da intimidade da vida privada se encontrar perfeitamente definido em termos axiológicos constitucionais, em termos jurídico-penais, quer-nos parecer que não tem a mesma correspondência e densidade. A este propósito é de destacar mais uma vez Gomes Canotilho/ Vital Moreira⁵ que consideram que uma das possíveis definições do que poderá ser entendível como limite à inviolabilidade da intimidade da vida privada, deve ter como parâmetro, a forma de *“impedir o acesso de estranhos a informações sobre à vida privada e familiar e o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem”*. Também, João Correia,⁶ sem expender qualquer definição sobre esse limite, eleva a materialidade da inviolabilidade da intimidade da vida privada a uma forma de *“supervisionar”* e de *“obstar”* que a vida privada e familiar seja devassada, quer pelo Estado, quer por entidades privadas, ainda que as informações possam ser obtidas de forma lícita.

Em termos jurídicos, é de relevar que a reserva da intimidade da vida privada e familiar tem simultaneamente protecção constitucional (Artº 1º e Artº 26º Nº1 CRP) e infraconstitucional (Artº 194º e 384º CP e Artºs 75º a 78º do CC), bem como em termos internacionais (Artº12º DUDH e Artº8 CEDH⁷ °). Neste sentido, tendo presente a consagração (Artºs 18º nº 2; 32º nº 8 e 34º, nº 1 e 4 da CRP), mas também (Artº 8º da CEDH), ainda que alguns cépticos possam argumentar que a literalidade desta norma da Convenção não refira explicitamente a violação das telecomunicações, as escutas telefónicas, mesmo líticas, são uma *“ingerência”* das autoridades públicas no direito à intimidade da vida privada e familiar das pessoas.

Tendo por adquirido que as intercepções telefónicas são uma interferência da autoridade pública na inviolabilidade da vida privada, essa interferência deve estar de

⁵ CANOTILHO; MOREIRA - Constituição da República Portuguesa... Artº26º nota X, p. 467-468

⁶ CORREIA, João Conde – Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações. Revista do Ministério Público. 20:79, p 48

⁷ (Convenção Europeia dos Direitos do Homem) aprovada, para ratificação, pela Lei nº 65/78, de 13/10 Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, adoptada em Roma a 4/11/1950, com entrada em vigor na ordem internacional a 3/09/1953. Foi assinada por Portugal a 22/09/1976 e provada para ratificação pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro, publicada no DR, I Série, n.º 236/78;

acordo com a lei⁸ e fundamentalmente deve ter por objectivo a prossecução de fins legítimos numa sociedade axiologicamente democrática. Tal facto, impõe que as instâncias judiciais tenham relativamente a este meio de obtenção de prova, uma particular e excepcional interpretação restritiva e quando autorizado, um escrutínio material e permanente, de forma a salvaguardar a eventual “abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações” perpetradas por parte dos OPC, fazendo operar de forma efectiva e plena a nulidade contida (nº 8 do Art 32º da CRP e Artº 126º, nº1 e nº 3 do CPP).

Corroborando Gomes Canotilho/Vital Moreira,⁹ não há dúvidas que “os *direitos fundamentais não são absolutos*” isto porque o (Artº 18º Nº2, 1ª parte CRP), em conjugação com o (Artº 34º nº2 nº4 CRP), confere o direito destes, em certas circunstâncias poderem serem comprimidos de forma lícita. Todavia, em homenagem ao princípio da proibição do excesso, consagrado (Artº18º Nº3 CRP), a restrição de direitos, deve obrigatoriamente circunscrever-se ao limite da adequação dos fins propostos, da necessidade, na medida em que seja impossível a utilização de outros meios menos onerosos e, fundamentalmente proporcional em relação aos resultados hipotéticos a obter. Ou seja, como advoga Costa Andrade¹⁰ “*Em vez do princípio da procura sem limites da verdade, vigora hoje a regra de que toda a actividade probatória, que implique uma intervenção mais ou menos relevante nos direitos individuais, postula invariavelmente a necessária legitimação legal*”.

Como corolário do exposto, resulta que as escutas telefónicas só serão lícitas se forem aferidas segundo critérios de proporcionalidade e subsidiariedade, o que significa que só perante a falência de outros meios de obtenção de provas menos intrusivos podem ser autorizadas, devendo por isso o juiz e apenas este, no âmbito dos poderes constitucionais de reserva (Nº8 Artº32 CRP), aferir mediante cada caso

⁸ Acórdão KHAN c. REINO UNIDO, Jurisprudência do TEDH, de 12 de Maio de 2000.

I – A instalação e utilização de escutas para efeitos de investigação criminal constitui uma ingerência no direito ao respeito pela vida privada, consagrado no artigo 8º da Convenção.

III – A expressão “prevista na lei” implica, por um lado, que a ingerência esteja de acordo com o conteúdo da restrição prevista na lei, e por outro, que a lei (restritiva) seja compatível com a preeminência do direito – o cidadão deve dispor das informações suficientes sobre as normas jurídicas aplicáveis, para assim, prever as consequências que podem decorrer de determinado acto; a lei tem de oferecer garantias adequadas contra o arbítrio, para o que deve ser suficientemente clara e precisa.

VI - Não existindo no Reino Unido um regime legal que regulasse a utilização deste sistema de escutas, a ingerência da autoridade pública não se encontrava “prevista na lei”, pelo que não se pode considerar justificada nos termos do art. 8º, nº 2 da Convenção

⁹ CANOTILHO, MOREIRA - Constituição da República Portuguesa..., Artº34º, nota VII, p 543

¹⁰ ANDRADE, Manuel da Costa – Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal. Coimbra : Coimbra Editora, 2006. p 22

em concreto qual o interesse que deve prevalecer. Isto porque, como refere Costa Andrade,¹¹ a presença das escutas telefónicas de forma “*cada vez mais expressiva na experiência jurídica*”, suscitam o aparecimento de novos problemas normativos e, conseqüentemente, a dificuldade em encontrar novos “*paradigmas gerais de enquadramento e de superação jurídica*” o que faz frustrar os objectivos previstos e, como releva Wolter¹² na prática, acabam “*por permitir a escutas em relação a praticamente todo e qualquer telefone*”.

Uma das características *sui generis* em termos normativos deste meio de obtenção de prova, é o manifesto obstáculo que o legislador enfrenta na definição de um limite preciso do âmbito de aplicação que, como refere Costa Andrade¹³ resulta da “*descontinuidade e antinomias*” entre o momento da proibição de prova e o da proibição da valoração, que faz com que as melhores das intenções em alcançar essa desejada formulação, claudique quando confrontada com as “*expressões da vida*”.

Assim, pensamos que, tal como defende Pinto de Albuquerque¹⁴, também subscrito por Adérito Teixeira, este meio de obtenção de prova não deve por questões de prudência, constituir o primeiro instrumento que se deve abrir mão no âmbito da investigação, não devendo ser concebível em situações cuja base assente numa denúncia anónima, ainda que essa possa evidenciar a prática de um crime.

Não obstante a evolução legislativa evidenciar algumas melhorias no regime deste meio de obtenção de prova, constatamos que nem sempre foram adoptados critérios e definições claras, nem foram contemplados antídotos suficientes que, de alguma forma atenuassem ou corrigissem os efeitos nefastos provocados pela especial natureza intrusiva das escutas telefónicas. A este propósito, é importante relevar as críticas de Mata-Mouros,¹⁵ que entende que entre nós, o legislador português não tem tido a preocupação de aprofundar o assunto das escutas telefónicas convenientemente, afirmando a esse propósito que, “*ninguém sabe e ninguém quer*

¹¹ ANDRADE – Sobre as Proibições de Prova... p 272-273

¹² WOLTER apud ANDRADE, Manuel da Costa – Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal. Coimbra : Coimbra Editora, 2006. p 273

¹³ ANDRADE – Sobre as Proibições de Prova... p 280

¹⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Lisboa : Editora Universidade Católica. p 132

¹⁵ MATA-MOUROS - Escutas Telefónicas : o que não muda... p 236

saber”, para caracterizar a ausência de definição de critérios sobre a “*admissibilidade da escuta de certas conversas bem como a diferenciação das consequências pela sua inobservância ao nível da obtenção da prova, ou sua valoração.*”

Nesta mesma linha critica da opção do legislador mas, num âmbito mais específico como são os conhecimentos fortuitos, Damiano da Cunha¹⁶ em nota de rodapé, releva que, sendo os conhecimentos fortuitos por definição “*um elemento relevante não autorizado*” que não é compreensível que em termos de previsão legal não tenham tido do legislador um tratamento diferenciado dos “*elementos autorizados [...] quanto ao procedimento/formalidade*” quando se tem a consciência que a utilização desses conhecimentos devem revestir de uma natureza excepcional, como mais adiante se aflorará.

Como sinopse do exposto, resulta que a utilização deste meio de obtenção de prova, apesar de bastante apto para a fenomenologia criminal actual e o próprio Estado de Direito exija a manutenção de uma administração de justiça capaz em que se reconheça a necessidade irrenunciável de uma acção penal, trata-se de uma diligência que agride a esfera de realização da personalidade individual, pois implica uma intromissão na vida privada que pode contender com o direito à privacidade constitucionalmente garantido e protegido, sendo por isso só legítima quando obtida com o menor custo pela violação do limite da reserva da intimidade da vida privada.

¹⁶ CUNHA, José Manuel Damiano da - O Regime Legal das Escutas Telefónicas : Algumas Breves Reflexões. Revista Centro Estudos Judiciários. 9:especial (1º Semestre 2008), p 213

1. ENQUADRAMENTO JURÍDICO/CONSTITUCIONAL DAS ESCUTAS TELEFÓNICAS

1.1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A tendência dos ordenamentos jurídicos actuais, está incondicionalmente orientada para o reconhecimento do ser humano como o centro e o fim do Direito, ideia que resulta, não só da consagração constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana como valor essencial do Estado de Direito Democrático, como da incorporação de inúmeros instrumentos jurídicos de Direito Internacional, muito em particular surgidos na segunda metade do século XX, quer através da DUDH, quer do Pactos das Nações Unidas, instrumentos que, embora sem expressão directa, elevaram em cada um dos respectivos preâmbulos a dignidade da pessoa humana a um direito humano autónomo. Também a CEDH, embora omissa em relação a qualquer referência à dignidade da pessoa humana, faz desse princípio o seu fundamental postulado, através da remissão para o preâmbulo para a DUDH, o qual tem servido de referência ao TEDH¹⁷, que muito embora reconheça a inexistência desse direito enquanto norma jurídica que possa ser invocada de forma autónoma, tem proclamado esse princípio nas suas decisões.

Em termos de ordenamento jurídico-constitucional português, o princípio da dignidade da pessoa humana tem consagração (Artº 1º da CRP), depois enfatizado, densificado e concretizado através de outros instrumentos jurídicos de tutela e protecção que se estendem muito para além do mero reconhecimento interno, uma vez que as Convenções internacionais que Portugal ratificou, ainda que através de uma formulação algo abrangente, conferem à tutela da “*vida privada*” e a “*inviolabilidade da correspondência*” natureza de um direito fundamental aos quais legisladores e operadores da justiça estão vinculados a aplicar, uma vez que também eles são direito interno por força do (Artº16º CRP).

¹⁷ Proc. nº 299/01 TC, 1ª Secção, Relator: Consº. Artur Maurício
Acórdão “*Valenzuela Contreras*” de (30.07.1998). A jurisprudência do TEDH sobre a problemática das escutas telefónicas tem sido abundantemente apreciada, por referência quer aos direitos internos dos diversos países, quer à própria CEDH, sendo pacífico o entendimento de que a interceptação das conversas telefónicas, ainda que autorizadas por entidade judicial, constitui uma ingerência da autoridade pública no direito ao respeito pela vida privada e comunicações. Este acórdão reitera jurisprudência anterior, nos casos “*Klass*” (6.09.78) e “*Malone*” (27.09.83) em aquele Tribunal já tinha entendido que as conversações telefónicas se enquadram nos conceitos de “*vida privada*” e de “*correspondência*”, considerando ainda o primeiro que, em geral, a mera interceptação conduz a uma limitação do direito à liberdade de comunicação.

Intrinsecamente o princípio da dignidade da pessoa humana tem subjacente o direito à “*integridade moral e física das pessoas*” que é inviolável (Artº 25º/1CRP), em que a “*todos são reconhecidos os direitos à reserva da intimidade da vida privada e familiar*” (Artº 26º/1 CRP), bem como o direito ao “*sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação*” que o são invioláveis (Artº 34º/1 da CRP).

Assim, a consagração da dignidade da pessoa humana, implica considerar o homem como o centro do universo jurídico, que tal como refere Paulo Otero¹⁸ será através desta que é concebida a unidade axiológica ao sistema dos direitos fundamentais, sendo por isso ‘*o limite e o fundamento do domínio político da República*’ em que o homem é proclamado como ‘*fundamento e fim da sociedade e do Estado.*’ Pressuposto algo semelhante, é defendido por Figueiredo Dias, no ciclo de conferências no conselho distrital do Porto da OA, advogando que o “*princípio da dignidade do homem, da sua intocabilidade e da conseqüente obrigação, para todo o poder oficial, de a respeitar e de a proteger,*”¹⁹ o que implica no dizer do autor que, “*..quando em qualquer ponto do sistema ou regulamentação processual penal, esteja em causa a garantia da dignidade da pessoa – em regra do arguido, mas também de outras pessoas, inclusive da vítima - nenhuma transacção é possível. A uma tal garantia deve ser conferida predominância absoluta em qualquer conflito de interesse – se bem que, também ele legítimo e relevante do ponto de vista do Estado de direito - no eficaz funcionamento do sistema de justiça penal.*”²⁰

Nestes moldes, embora a dignidade da pessoa humana não tenha uma definição e uma delimitação objectiva, tem por finalidade colocar a sua máxima na pessoa e no homem enquanto sujeito de direitos e não como objecto do poder ou de relação de domínio do Estado, adquirindo assim nas ordens jurídicas interna e externa, foros de proclamação geral e princípio básico axiológico ou, como considera Jorge Miranda²¹ “*em valores éticos superiores ou na consciência jurídica comunitária.*”

¹⁸ OTERO, Paulo - Direito da Vida : relatórios sobre o programa conteúdos e métodos de ensino. Coimbra : Editora Almedina, 2004. p 81

¹⁹ DIAS, Jorge Figueiredo - Para uma nova justiça penal : para uma reforma global do processo penal português. Coimbra : Almedina Coimbra 1983. p 206

²⁰ DIAS, idem, p 207

²¹ MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional :Direitos Fundamentais. 3ª ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2000. T. IV. p 53

Nesta perspectiva e retrospectivamente, o direito a inviolabilidade das comunicações está intrinsecamente relacionado com o direito à intimidade da vida privada e familiar, e, por isso conferido protecção jurídica constitucional com eficácia imediata e força vinculativa para todas entidades públicas e privadas. No entanto, essa protecção constitucional não assume natureza absoluta, (Artº 34º nº4 CRP) porque extraconstitucionalmente essa inviolabilidade pode ser contrariada através de uma intervenção infraconstitucional, condicionada contudo ao respeito dos Direitos Fundamentais que, tal como entende Gomes Canotilho²², por serem estruturantes, vinculam o legislador e valem “*directamente contra a lei e em vez da lei ou contra determinada interpretação da lei*”²³.

Como ficou evidente, a dignidade da pessoa humana é também um princípio conformador do direito à inviolabilidade das comunicações, que subjacente o direito à reserva da intimidade da vida privada, sendo por isso também um direito à liberdade, que se projecta e se estende espacialmente na pessoa. Ou seja, apesar de substancializar uma exteriorização à pessoa, não deixa de ser uma extensão da própria pessoa e um direito à inviolabilidade pessoal,²⁴ onde para haver uma ingerência, só pode ocorrer em termos legais ou através do consentimento dos visados.

Ainda a propósito das restrições dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados, é importante chamar à colação as considerações de Gomes Canotilho/Vital Moreira, que entendem que “*As leis restritivas estão teleologicamente vinculadas à salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, ficando vedado ao legislador justificar restrições de direitos, liberdades e garantias por eventual colisão com outros direitos ou bens tutelados apenas a nível infraconstitucional. Torna-se necessário que o interesse cuja salvaguarda se invoca para restringir um dos direitos, liberdades e garantias tenha no texto constitucional suficiente e adequada expressão.*”²⁵

²² CANOTILHO, J. J. Gomes - Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ª ed., 6.ª reimp. Coimbra : Almedina, DL 2003. nota 2, p 1166 e 1174.

²³ CANOTILHO, MOREIRA - Constituição da República Portuguesa..., Artº18º nota II, p. 383

²⁴ CANOTILHO; MOREIRA – idem, Artº34º nota V, p. 541

²⁵ CANOTILHO; MOREIRA - idem, Artº18º nota XI, p. 391.

É, de relevar que, desde há muito, tem sido esse o entendimento do TC²⁶ considerando que as restrições esses direitos individuais só tem cabimento para crimes graves e limitado a um universo de pessoas suspeitas ou arguidas nesses crimes, não podendo em caso algum ser estendido a terceiros que nada tenham a ver com os factos em investigação, sob pena de estar em causa a falência do direito à palavra e à confidencialidade.

Como sinopse do exposto, pensamos que, sempre que haja conflito de direitos devem prevalecer aqueles cuja matriz genética tem subjacente o princípio da dignidade da pessoa humana, os quais só devem ser restringidos em circunstâncias muito excepcionais, em prejuízo de outros princípios associados ao interesse público como o de administração da justiça penal.

1.2. O EFEITO OSMOSE ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS ESCUTAS TELEFÓNICAS

Dissecada alguma da relevância da dignidade da pessoa humana no universo dos Direitos Fundamentais, constitucionais e universalmente consagrados, este segmento visa escarpelizar, quais os efeitos osmóticos entre esses direitos individualmente consagrados e as escutas telefónicas, quando autorizadas como meio de obtenção de prova e de descoberta da verdade material na investigação de um crime.

Tendo por adquirido que as escutas telefónicas são um meio de reconhecida intensidade intrusiva, naquilo que Costa Andrade²⁷ denomina de “*danosidade social polimórfica pluridimensional*” uma vez que colide directamente com o direito ao sigilo das comunicações privadas (Artº34º Nº 1 e 4 CRP), o direito à palavra e o direito à reserva da intimidade da vida privada (Artº26, CRP), não só dos visados como de terceiros que com ele contactem através desse meio de comunicação, tem particular acuidade a tese de Germano Marques²⁸, que entende que “*A verdade processual ... não tem que ser investigada a qualquer preço, mormente quando esse preço é o sacrifício de direitos fundamentais das pessoas.*”

²⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional nº347/01, 1º Secção, Procº 299/01.

²⁷ ANDRADE - Sobre as Proibições de Prova..., p. 283

²⁸ SILVA, Germano Marques da - As Proibições de Prova no Processo Penal : Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais. Coimbra : Almedina, 2004. p 140

Esta “*danosidade social*” como refere Costa Andrade²⁹, resulta desde logo, na dificuldade do legislador estabelecer à partida limites tidos como assentes para cada caso concreto, quer no plano “*objectivo*” do universo de bens jurídicos sacrificados, quer no plano “*subjectivo*” do universo de pessoas atingidas, dificuldade que depois também se manifesta na determinação do antídoto capaz de sustentar a metástase provocada por este meio de obtenção de prova.

Assim, objectivamente, como afirma Costa Andrade,³⁰ avocando uma decisão do BGH, a propósito das escutas telefónicas, que esta não “*configura apenas uma agressão à inviolabilidade das telecomunicações*” mas, também uma “*devassa da esfera privada dos respectivos intervenientes*”. Para além disso, a “*escuta telefónica não consentida pode converter-se numa forma larvada de obtenção de confissões não livres, frustrando-se a garantia do princípio da não violação do **nemo tenetur se ipsum prodere accusare***”³¹ da pessoa do suspeito ou arguido. Como muito bem tem sido entendimento do TEDH³² o “*interesses de ordem pública (como os de manutenção da ordem e paz públicas e da boa administração da justiça), não podem servir de justificação para a existência e aplicação de disposições que contrariem os direitos do arguido de guardar silêncio ou de não contribuir para a sua própria incriminação.*”

Outra das características negativas neste plano objectivo, está relacionado com o direito ao sigilo e com o direito ao silêncio daqueles a quem está reconhecida legitimidade para recusar prestar depoimento e que são postos em causa sempre que é realizada uma escuta telefónica. A este propósito é fundamental relevar Roxin³³ que considera que “*as escutas e gravações não consentidas de conversações telefónicas acabam sempre por consumir a lesão irreparável do direito á palavra falada*”.

Em termos *Subjectivos*, a danosidade social manifesta-se pela impossibilidade técnica de delimitar “*a escuta e a gravação*” a um universo fechado de escutáveis “*com relevo*”

²⁹ ANDRADE, Manuel da Costa – Sobre o Regime Processual Penal das Escutas Telefónicas. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. 1:3 (1991), p 381

³⁰ ANDRADE, *Ibidem*

³¹ ANDRADE, *Ibidem*

³², Acórdão HEANEY e McGUINNESS c. IRLANDA, Jurisprudência do TEDH, de 21 de Dezembro de 2000.

³³ ROXIN apud ANDRADE – Sobre o Regime Processual Penal..., p. 383

directo para o processo penal,” sendo por isso um meio de obtenção de prova excessivamente letal para a dignidade da pessoa humana e para os direitos fundamentais que lhe estão subjacentes, quer dos eventuais visados quer dos participantes inocentes e terceiros de boa-fé, fazendo com que na prática exponencie o incontável efeito metátese da escuta telefónica, ou como releva Rudolphi, as escutas telefónicas não atingem só os direitos fundamentais dos culpados, mas também de terceiros não participantes.

A este propósito é importante enfatizar uma das reflexões de Mata-Mouros³⁴ sobre a delimitação do âmbito subjectivo das escutas, considerando que “... *continuarão a proliferar – a experiência revela mesmo que na esmagadora maioria dos casos são elas que dominam – as conversas mantidas pelos suspeitos, arguidos ou vítimas com outras pessoas que não são nem suspeitos, nem arguidos, nem vítimas” acrescentando que “o Juiz não tem efectiva possibilidade prática de contrariar a polícia na sugestão que os investigadores lhe apresentam de dever considerar-se esta ou aquela pessoa como suspeita” não obstante também considerar que, “por norma, a polícia só solicita escutas a pessoas consideradas suspeitas de práticas criminosas, pelo menos na perspectiva dos investigadores”*

Pelo descrito, como afirma Knauth,³⁵ não surpreendeu que o legislador tenha procurado subordinar a admissibilidade das escutas telefónicas a um conjunto de pressupostos materiais e formais que impõe ao aplicador uma “*ponderação vinculada*” entre o interesse da investigação e o interesse dos danos directos e colaterais resultantes do uso deste meio de obtenção de prova, o que implica de imediato que o aplicador esteja desde logo subordinado a uma interpretação restritiva desses requisitos legais. No mesmo sentido tem sido o entendimento BGH, sempre que este Tribunal foi chamado a pronunciar-se sobre a forma de interpretação dos pressupostos de admissibilidade, considerando que: “...*preceitos limitadores de um direito fundamental deverão – tendo em conta o reconhecimento do eminente significado axiológico dos direitos fundamentais no contexto de um estado democrático assente na liberdade – ser interpretadas restritivamente na direcção da compressão do direito fundamental”*³⁶

³⁴ MATA-MOUROS - Escutas Telefónicas : o que não muda..., p 238

³⁵ KNAULT apud ANDRADE, Manuel da Costa – Sobre o Regime Processual Penal..., p 382

³⁶ ANDRADE – Sobre o Regime Processual Penal..., p 383

Pelo grau de devassa da intimidade da vida privada que as intercepções e gravações das escutas telefónicas representam para o suspeito e arguido, bem como para terceiros, como já foi afluado, a doutrina alemã há muito que procurou conciliar o “recurso a certas medidas de investigação” com o da “delimitação da reserva inviolável da vida privada”, assentando essa pretensão numa solução compromissória semelhante à dos “regimes dos direitos de recusa de depoimento” com a “delimitação das pessoas ou conversas que podem ser escutadas”³⁷

Assim, foi proposto uma alteração do StPO, em que se consagrava na norma uma “proibição geral de recolha de prova” algo semelhante ao regime dos “sacerdotes ou pastores, defensores ou deputados” que de alguma forma e no âmbito dessas actividades ou funções, tinham assegurado o direito a recusar prestar depoimento, facto este que consubstanciaria um regime equiparável ao da “proibição absoluta de utilização de prova”. No entanto a proposta não foi acolhida de forma pacífica, sendo de destacar as críticas de Wolter³⁸, que advogava que a “regulamentação da admissibilidade de certas medidas de investigação, bem como da validade da prova por elas adquiridas, devem reger-se, não pela intensidade e tipo de ingerência no direito fundamental em causa, tão pouco pela natureza sigilosa ou aberta da medida de investigação em referência ou sequer pelo conteúdo da conversa ou das informações, mas sim pelo peso do direito de recusa de depoimento da testemunha”

Entre nós e face às omissões da norma, Costa Andrade³⁹ com fundamento na interpretação dos tribunais e doutrina alemã, bem como dos valores axiológicos constitucionais dos direitos fundamentais, entendia que a admissibilidade da escuta telefónica, devia estar condicionada ao preenchimento de certos requisitos materiais, parametrizados entre uma enumeração taxativa de um catálogo de crimes até à delimitação de um universo de pessoas susceptíveis de serem escutadas, passando por uma exigência de subsidiariedade e por uma qualificada suspeita da prática do crime.

Nestes moldes, a ingerência das autoridades públicas em intercepções e gravações de comunicações privadas, só seriam admissíveis em casos de manifesta excepcionalidade e só quando estivessem em causa bens jurídicos de considerável

³⁷ MATA-MOUROS - Escutas Telefónicas : o que não muda..., p 234

³⁸ WOLTER, apud MATA-MOUROS - Escutas Telefónicas : o que não muda..., p 235.

³⁹ ANDRADE – Sobre o Regime Processual Penal..., p 385-387

valia, não sendo legítimo ao Estado a violabilidade dessa privacidade em situações que não preenchessem esses condicionalismos, porque como refere Mouraz Lopes,⁴⁰ **“não fossem os condicionalismos rigorosos que a tornam admissível, dir-se-ia ser mesmo um meio de obtenção de prova desleal, contrário mesmo ao cerne estruturante do processo penal”**, exigindo por isso na opinião do autor,⁴¹ uma interpretação *“rigorosa, proporcional e sempre de acordo com o inciso constitucional”* quer quanto à sua admissibilidade, quer quanto à valoração dos meios de prova obtidos, uma vez que estão em causa direitos fundamentais exercidos em circuito fechado.

Como sinopse do descrito, a CRP consagra um conjunto de direitos fundamentais que protegem um círculo nuclear da pessoa com correspondência directa a direitos de personalidade que transvazam para o direito à reserva da intimidade da vida privada, cuja osmose sobre o regime das escutas telefónicas, impõe-se como limites à produção e valoração de provas que representem uma intromissão abusiva.

1.3. AS ESCUTAS TELEFÓNICAS

A admissibilidade da interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas, como meio de obtenção de prova tem consagração normativa no (Artº187º CPP), desde que requeridas pelo MP e autorizadas por despacho judicial, relativamente aos crimes catalogados nas alíneas a) a g), do nº 1, do citado normativo, *“se houver 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”*, as quais estão sujeitas às formalidades do (Artº188º CPP).

Como aflorado, as escutas telefónicas em termos processuais e por princípio, representam uma ingerência nos direitos fundamentais das pessoas, (Artº34, nº1 e 4 e Artº 32, nº8 da CRP), particularmente o direito à palavra e o direito à intimidade da vida privada, consagrados constitucionalmente (Artº26º CRP). Deste quadro normativo, resulta que se trata de uma proibição relativa e não absoluta, uma vez que em determinadas e específicas circunstâncias prevista na lei e, desde que cumpridos certos pressupostos materiais, a proibição é passível de ser derrogada e permitida a

⁴⁰ LOPES, José Mouraz - Escutas Telefónicas : seis teses e uma conclusão. Revista do Ministério Público 104, 26, p 144

⁴¹ LOPES - Escutas Telefónicas : seis teses..., p 141

ingerência de autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações, exigindo-se para tanto que haja em curso um processo-crime, (Nº4 Artº34 da CRP).

Isto não significa que esteja legitimada uma ingerência arbitrária e desmesurada, porque como bem refere Simas Santos, a *“ingerência nas conversas ou comunicações privadas, mesmo que dentro desse círculo perfeitamente delimitado, nem sempre é permitida de uma forma aberta e irrestrita”*⁴² Ainda a este propósito o autor considera que, *“... as escutas telefónicas, representando a violação de direitos fundamentais do Homem – o direito à palavra e à reserva da sua vida privada – devem ser consideradas como um expediente excepcionalíssimo e, apenas quando indispensável e sujeito a um rigoroso e apertado controlo dos pressupostos de admissibilidade. Daqui resulta que devem ser executas mediante pressupostos rigorosos que garantam um adequado controlo e, simultaneamente, provoquem um menor sacrifício aos interesses da investigação,”*⁴³ isto porque, apesar de existir muita comunicabilidade entre ambos os interesses a prosseguir, eles são distintos nas consequências.

Tendo as escutas telefónicas como pressuposto a inviolabilidade do direito à palavra, o direito à intimidade da vida privada e ao sigilo de correspondência e de outros meios de comunicação, como já foi dissecado, esse direito só pode ser legalmente restringido no âmbito de um processo criminal nos termos do que dispõe o (Artº34º Nº4 CRP). Neste sentido, qualquer ingerência das autoridades públicas que restrinja esses direitos, só pode ocorrer no âmbito dos casos previsto na Lei e com intervenção prévia obrigatória do JIC, ou a título excepcional, sempre que haja *periculum de mora*, nos termos do (Artº188º Nº2 do CPP).

Assim, Portugal, e Alemanha, cujo regime inspirou o quadro normativo deste meio de obtenção de prova no ordenamento jurídico português (Artº187º e seg, do CPP de 1987), como releva Costa Andrade,⁴⁴ não apresentava nesse regime, soluções a quase nenhum dos problemas de alcance prático-jurídico, realçando a este propósito o entendimento de Wolter que considerava que *“eles acabam, na prática, por permitir a escuta em relação a praticamente todo e qualquer telefone.”*

⁴² SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel; SANTOS, João Simas – Noções de Processo Penal. Lisboa : Rei do Livros, 2010. p 244

⁴³ SANTOS; LEAL-HENRIQUES; SANTOS – Noções de Processo..., p 244

⁴⁴ ANDRADE – Sobre o Regime Processual..., p 370

Em face desta permeabilidade, foram sendo desenvolvidos vastos acervos doutrinários e jurisprudenciais, particularmente dos tribunais alemães⁴⁵, cujos tópicos constituíam e permitiam em termos internos e externos uma interpretação ancorada de toda e qualquer dificuldade que garantiam estabilidade e segurança ao sistema jurídico do regime deste meio de obtenção de prova.

Assim, não nos surpreendeu que, numa forma evolucionista da norma, o regime deste meio de obtenção de prova, particularmente na última revisão CPP, o legislador tenha procurado estabelecer um carácter mais “*excepcional e subsidiário*” à utilização das escutas telefónicas, materializando esse desidrato através de uma “*mais exigente ponderação*”, suportada numa “*fundada suspeita [...], não basta a mera notícia do crime e muito menos a denúncia anónima, mesmo que verosímeis e suficientemente concretizadas*”, bem como numa “*utilização prática subsidiária*” como releva Adérito Teixeira.⁴⁶

Convém, no entanto realçar que, de alguma forma já era esse o entendimento da doutrina, particularmente Costa Andrade⁴⁷, que advogava que os critérios de autorização para admissibilidade da utilização deste meio de obtenção de prova, não se bastava por uma mera suspeita ou mesmo de fortes indícios mas, que se devia “*exigir uma forma relativamente qualificada da suspeita da prática do crime*” visto que a suspeita devia “*atingir um determinado nível de concretização a partir de dados do acontecer exterior ou da vida psíquica*”.

A este propósito, também Pinto de Albuquerque⁴⁸ perfilha entendimento semelhante, advogando que, aquando da autorização da escuta têm que existir “*indícios fundados*” da prática dos crimes do catálogo, “*já que o alvo da escuta tem, pelo menos, de ser suspeito da prática dos factos criminosos ou de ser intermediário de mensagens destinadas ou provenientes do suspeito*”, acrescentando o mesmo que, “*o legislador pretendeu que a autorização judicial discriminasse os crimes que justificam a escuta telefónica e os elementos probatórios que fazem fundadamente supor que a*

⁴⁵ ANDRADE, idem..., p 371

⁴⁶ TEIXEIRA, Carlos Adérito - Escutas telefónicas : mudança de paradigma e os velhos e os novos problemas. Revista Centro Estudos Judiciários, 9:especial (1º Semestre 2008), p 244

⁴⁷ ANDRADE – Sobre as Proibições de Prova..., p 290

⁴⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2007. nota 5, p 504

prova desse crime é impossível ou muito difícil sem a escuta telefónica". A não ser assim, seríamos levados a concordar com Mata-Mouros,⁴⁹ que defende que a *"vocaçãõ das escutas não reside na prova de crimes já consumados, mas sim na investigação e mesmo na prevenção de crimes que se suspeita poderem vir a ser cometidos"* facto este que constituiria a antinomia do regime expresso no CPP e do que resulta da CRP.

Também a jurisprudência do TRL,⁵⁰ foi desenvolvendo e sedimentando o entendimento da *"qualificada suspeita"* quando se pronunciou pela exigência do *"estabelecimento de um sistema de catálogo no regime das escutas telefónicas tem ínsita a necessidade de que, antes de se poder ordenar a realização de um escuta telefónica, existam nos autos elementos que tornem verosímil a prática de um concreto crime incluído nesse elenco, não bastando a mera invocação da suspeita da sua prática por qualquer órgão de polícia criminal"*. Acrescentando-se ainda que, *"esta séria e concreta hipótese criminosa não pode assentar em fontes anónimas ou meros informadores policiais"* e que *"não é legalmente possível ordenar a realização de uma escuta telefónica sem que primeiro tenham sido realizadas diligências de prova, de natureza diversa das intercepções, que permitam asseverar o necessário grau de verosimilhança da suspeita."* Ou então, quando num entendimento algo semelhante, o mesmo TRL,⁵¹ considerou que a autorização de uma escuta telefónica impunha que o juiz fizesse um juízo de *"probabilidade da eficácia da diligência e autorizar a sua realização apenas quando essa probabilidade se mostrar muito elevada pois que quando assim não for não se justifica a intromissão na vida privada e familiar que as escutas sempre acarretam."*

Ainda mais recentemente e já no âmbito do actual regime, o mesmo TRL⁵² manteve o mesmo entendimento, pronunciando-se que *"a lei não impõe a quantificação dos «indícios seguros» mas necessário se torna que eles tenham suficiente consistência e*

⁴⁹ MATA-MOUROS - Escutas Telefónicas : o que não muda..., p 241

⁵⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Procº 7166/04, 3ª secção, datado de 24/11/2004.

⁵¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Procº7968/04/9 datado de 28/10/2004.

⁵² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Procº 97/10.5PJAMD-A.L1-5, datado 11/10/2011, Desembargador Nuno Gomes da Silva.

Sumário III "Mesmo estando em causa um dos crimes de "catálogo", para deferimento do pedido de intercepção e gravação de comunicações telefónicas, deve exigir-se que os indícios tenham alguma consistência e que esteja evidenciada a necessidade de usar meios de obtenção de prova mais invasivos, pelas dificuldades de prosseguir a investigação, devido à sofisticação dos procedimentos, reserva dos contactos ou dispersão dos suspeitos;

que também esteja evidenciada a necessidade de usar meios de obtenção de prova mais invasivos porque as dificuldades de prosseguir a investigação são cada vez maiores.”

De alguma forma a doutrina e a jurisprudência têm sido unânimes no entendimento, advogando que o pressuposto para a admissibilidade do uso deste meio de obtenção de prova, deve subsumir indícios fundados da prática de crime, não se bastando com as meras suspeitas de um eventual crime. Isto porque, como bem refere Damião da Cunha, *“a escuta será o ultimo meio a usar no quadro de um juízo a estabelecer entre as vias disponíveis ou na escala de possibilidades dos meios de prova”* cuja aferição como já foi referido, deve ter como premissa o caso concreto. Aliás, pensamos que nem outro entendimento deve ser de admitir, uma vez que para situações excepcionais, o legislador definiu e estabeleceu um regime próprio de recolha de prova, cujos pressupostos de admissibilidade são excepcionalmente mais irrestritos, num âmbito que se estende por um universo muito mais amplo que do próprio regime das escutas telefónicas consagrados no CPP, sempre que estejam em causa medidas de combate à criminalidade organizada e económica-financeira.⁵³ É de relevar a esse propósito que esse tem sido também o entendimento da jurisprudência do TRL⁵⁴ considerando que nesse âmbito, a autorização da diligência não está condicionada ao requisito do “Imprescindível” nem do “indispensável”, como não está também a *admissibilidade do registo de voz e imagem, dependente da “existência de fortes, ou sequer suficientes, indícios da pratica de um crime do catálogo, bastando que haja suspeita da pratica do crime e de quem são os seus autores.”*

Como primeira sinopse, é de inferir que o recurso a este meio de obtenção de prova, só será legítimo quando já tiverem sido esgotados todas as outras tentativas para se obter essa mesma prova através de meios menos intrusivos e restritivos dos direitos fundamentais dos visados ou de qualquer outro terceiro de boa-fé. Também, é dedutível que não basta demonstrar que é só através desse meio de obtenção que se pode obter eficazmente essa prova mas, que em concreto, fique demonstrado que é essencial e absolutamente idóneo para a sua recolha, isto porque, o recurso a este meio de obtenção de prova, está idealizado como ultima ratio da actividade

⁵³ Lei Nº 5/2002, Artº 6º nº1, de 11 de Janeiro.

⁵⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Procº 833/10.OPAMTJ-A.L1-5, datado de 18/01/2011, sumário VI e VII, relator Neto de Moura.

investigatória e não deverá converter-se num mero instrumento fácil e injustificado de devassa da vida privada.

1.3.1. Admissibilidade das escutas telefónicas

Relativamente aos pressupostos materiais iniciais do regime das escutas telefónicas consagrados no (Artº187º CPP), eram no essencial muito imprecisos e indefinidos comparativamente com outros ordenamentos como o alemão, uma vez que apresentava alguma permeabilidade que potenciava a vulgarização do uso deste meio de obtenção de prova, as quais de alguma forma foram atenuadas com a mais recente revisão do CPP, nomeadamente através da consagração de um núcleo de pessoas susceptíveis de serem escutáveis.

Com a revisão operada pela (Lei 45/2007 de 29 de Agosto), aparentemente foram esbatidas algumas das dificuldades ao então regime de admissibilidade das escutas telefónicas, através da imposição de requisitos materiais mais precisos, os quais como realça Adérito Teixeira⁵⁵ impõe um escrutínio mais exigente, nomeadamente: "i) uma mais exigente ponderação, no plano concreto, sobre a necessidade, a proporcionalidade, a adequação ou a idoneidade do meio (escuta); ii) a exigência de uma suspeita fundada — não uma mera suspeita — da prática de certo crime do catálogo; julgo que fundada suspeita pressupõe que já haja um certo nível de indícios; logo, não basta a mera 'notícia do crime' e muito menos a denúncia anónima, mesmo que muito verosímeis e suficientemente concretizadas; iii) uma utilização prática subsidiária da interceptação telefónica, o que vale por dizer que só se mostra admissível o recurso a este meio intrusivo se não for possível alcançar "a mesma eficácia probatória à custa de meios menos gravosos."

Da análise às soluções introduzidas ao (Artº187º Nº1, CPP), um primeiro aspecto a reter, é que, algumas dessas soluções não constituíram de todo em todo uma grande inovação, porque para além de já serem prática mais ou menos generalizada nos tribunais,⁵⁶ estavam já consagradas de forma expressa, embora de forma dispersa, quer em termos processuais quer em termos constitucionais. Em termos processuais, a consagração expressa de um despacho fundamentado a autorizar a interceptação e

⁵⁵ TEIXEIRA - Escutas Telefónicas : Mudança de Paradigma..., p 244

⁵⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Procº 97/10.5PJAMD-A.L1-5, datado 11/10/2011, relator Nuno Gomes da Silva.

gravação exarado por um juiz de instrução, não deixou de ser uma mera redundância formal, uma vez que por força do imperativo do (Artº269º Nº1 al e) CPP, conjugado com o nº5 Artº 97º CPP e nº1 alínea b) do mesmo artigo e código), essa era uma exigência e competência do JIC, a qual era indelegável e impunha a obrigação de fundamentar de forma densa e específica os motivos de facto e de direito da sua decisão. A densidade desse despacho, como muito bem releva alguma jurisprudência⁵⁷, seria tanto mais densa e específica, quanto mais o MP tivesse necessidade da utilização desse meio de obtenção de prova para a investigação, não se compaginando com uma demonstração vaga e imprecisa. Contudo, e corroborando de certa forma a opinião de Adérito Teixeira⁵⁸ sempre se “...*tornará difícil ao Ministério Público, demonstrar ao juiz de instrução, em concreto, a impossibilidade de obtenção, por outra forma, de um certo resultado probatório*”.

Outra das aparentes inovações relacionadas com o regime previsto (Artº187º Nº1 CPP), prende-se com o facto da interceptação e gravação telefónica se encontrar circunscrita à fase de inquérito. Ora, estando constitucionalmente consagrado como imperativo (Nº4 do Artº34º CRP) que este meio de obtenção de prova só era admissível se obrigatoriamente estivesse em curso um processo criminal, é de concluir que se tratou mais de uma inovação formal que material que na prática pouco ou nada acrescentou para restringir e evitar a vulgarização deste meio.

Situação algo diversa mas que, em termos práticos não diverge muito da interpretação anterior, é a questão dos pressupostos que justificam o recurso a este meio de obtenção de prova. Aparentemente foi intenção do legislador restringir o uso do mesmo, fazendo assentar esse objectivo através de um duplo grau de exigência, que se materialize numa necessidade de “*indispensabilidade para a descoberta da verdade*” e pela relevância para a “*obtenção da prova*”. Em termos de indispensabilidade, materialmente a escuta telefónica tem que ser o único meio para alcançar prova com o qual se possa contribuir para a descoberta da verdade material, porque a não ser assim, ela será ilegal. Já quanto à relevância da prova, pensamos que não foi intenção do legislador obstar que se possa fazer uso deste meio de obtenção de prova desde o início da investigação mas, antes de circunscrever a diligência só ao momento em que seja fundamental e insubstituível para a mesma e,

⁵⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, recurso penal, Procº 0093519, de 12/12/2002, relator Almeida Semedo.

⁵⁸ TEIXEIRA - Escutas Telefónicas : Mudança de Paradigma..., p 244

desde que aferida por critérios de indispensabilidade ou impossibilidade com escopo ao momento da prolação do despacho de autorização e não em função do que no final se revele ter sido o conteúdo das escutas telefónicas e a sua importância probatória, sendo também este o entendimento dos tribunais.⁵⁹

Resulta daqui que a admissibilidade deste meio de obtenção de prova está materialmente subordinada ao princípio de subsidiariedade, que tem subjacente o princípio que só será legítimo autorizar o seu uso desde que os mesmos resultados não possam ser atingidos através de meios menos intrusivos e malignos para os direitos fundamentais dos visados e terceiros. Esta subsidiariedade exige ainda que, as escutas telefónicas sejam o único meio idóneo (adequado) e de menor potencialidade lesiva, não se bastando pela simples constatação das dificuldades particularmente acrescidas. Isto significa, tal como defende Rudolphi⁶⁰ que “*em princípio, as instâncias de perseguição penal só devem recorrer às escutas telefónicas depois de esgotadas todas as outras possibilidades de investigação. A mera circunstância de estas implicarem custos especialmente elevados ou um dispêndio particularmente maior de trabalho não pode nunca justificar a ordem de uma escuta telefónica*”.

Acresce a este duplo grau de aferição que, a escuta telefónica só é materialmente admissível se tiver subjacente um crime do catálogo ou outros que tenham uma moldura penal abstractamente superior a três anos de prisão, sendo omissa se só relativamente a crime doloso ou também extensivo a crime negligente, desde que enquadrável nessa moldura penal, tendo ainda que se circunscrever a um universo delimitado de pessoas susceptíveis de serem escutadas, matéria a desenvolver no segmento seguinte.

Ainda a propósito destes requisitos da admissibilidade, é importante relevar a posição de Simas Santos⁶¹ que de forma algo dissonante da restante doutrina, desvaloriza de forma radical esses requisitos da admissibilidade, considerando que o pressuposto principal ou de “*fundo*” da admissibilidade para autorização deste meio de obtenção de prova, não será propriamente o da *indispensabilidade* e da *subsidiariedade*

⁵⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc.º 833/10.OPAMTJ-A.L1-5, datado de 18/1/2011, sumário VII, relator Neto de Moura.

⁶⁰ RUDOLPHI apud ANDRADE – Sobre o Regime Processual Penal..., p 387

⁶¹ SANTOS; LEAL-HENRIQUES; SANTOS – Noções de Processo..., p 244

considerando-os “*sub-pressupostos* mas, antes o “*mandado do Juiz*”, no fundamento que a inexistência dessa prévia autorização “*configura uma situação de proibição de prova*” embora equiparável a uma “*nulidade insanável*”.

Também Mata-Mouros⁶² parece desvalorizar o requisito da subsidiariedade considerando que na prática nenhuma ou pouca exequibilidade lhe é conferida, isto porque entende que “*não sendo viável uma graduação em abstracto das medidas de investigação em função de critérios como o da respectiva potencialidade lesiva para os direitos dos visados ou do grau de eficiência que oferecem para a investigação de cada tipo de crime,*” o que constitui um obstáculo pouco ou nada ultrapassável com que o juiz é confrontado para que possa aferir conscientemente, agravado ainda, pelo facto de em regra, o âmbito da suspeita ser ainda bastante difuso. A mesma autora conclui assim que, não obstante o legislador na última revisão do CPP ter procurado impor medidas que pudessem restringir a utilização desse meio de obtenção de prova, com apelo à proporcionalidade, consubstanciado numa exigência de indispensabilidade da diligência, e também, num reforço do apelo à subsidiariedade, só aparentemente esse objectivo foi alcançado, porque quer “*num e noutro caso não se ultrapassou [...] o limiar mais elementar da vacuidade e indeterminação conceptual*”.⁶³

Como sinopse deste segmento, pensamos que as escutas telefónicas processualmente pressupõem que a admissibilidade da interceptação e gravação de conversações e comunicações telefónicas ou transmitidas por outro meio técnico, tenha que estar conformada pelo princípio da proporcionalidade, não apenas pela especial gravidade dos casos em que são admitidos “crimes catalogados”, mas também pela exigência de um juízo da necessidade e adequação para a descoberta da verdade. Não obstante ter sido intenção do legislador restringir o uso deste meio de obtenção de prova, julgamos que o regime não manifesta suficiente blindagem por forma a evitar alçapões que na prática acabam por inviabilizar muito do efeito mais restritivo, o que nos leva a especular e a duvidar se a intenção do legislador foi de restringir o âmbito da aplicação deste meio de obtenção de prova, uma vez que foram introduzidos novos crimes ao catálogo, ou se pelo contrário foi de minimizar alguns dos efeitos nefastos associados às práticas e métodos de investigação que negativamente vulgarizaram a sua utilização.

⁶² MATA-MOUROS - Escutas Telefónicas : o que não muda..., p 240

⁶³ MATA-MOUROS – ibidem

1.3.2. Delimitação do universo das pessoas passíveis de serem escutadas

Outro segmento com particular importância neste aforamento, tem a ver com a delimitação do universo das pessoas escutáveis, sendo de relevar, desde logo (nº4 do Artº187º CPP), em tudo semelhante ao consagrado no ordenamento alemão §100a), da StPO, e tal como este, não obstante a *ratio legis* ter por objectivo restringir o universo dos potenciais escutáveis, permite na prática estender as escutas telefónicas a um universo quase ilimitado de potenciais visados.

A actual consagração, ao contrário do regime anterior que sobre esta matéria era totalmente omissa, o legislador português com a reforma do CPP operada com a (Lei 45/2007 de 29 de Agosto), como que plagiou o regime do §100 StPO, com excepção do apêndice “*vítima*”, importando dessa forma não só os aspectos positivos mas, essencialmente todos os aspectos negativos que estavam associados a essa formulação do ordenamento alemão.

Como advoga André Leite⁶⁴, esta limitação está condenada a ser naturalmente contrariada e por reflexo alargar desmesuradamente o universo das pessoas sujeitas às escutas, visto que na prática e na maioria dos casos, é praticamente impossível delimitar quais as pessoas que podem ser eventualmente atingidas. Acompanhando a mesma linha de raciocínio, também Damião da Cunha⁶⁵, entende que a autorização pode não se traduzir numa “*coincidência contra quem podem ser utilizadas.*”

Analisando o segmento da norma, do (Nº4 Artº 187º CPP), verificamos que o legislador ao mesmo tempo que delimitou o universo dos potenciais escutáveis, simultânea e paradoxalmente, vulnerabilizou essa delimitação estendendo as escutas telefónica a alvos não delimitados nesse universo, bastando para tanto que o meio de comunicação ao qual foi autorizada a escuta, seja utilizado também por uma pessoa exterior ao universo dos expressamente delimitados. Ou seja, ao mesmo tempo que em nome da segurança jurídica limita o universo das pessoas susceptíveis de serem escutadas, de forma aparentemente contraditória, franqueia-se a violação aos direitos

⁶⁴ LEITE, André Lamas - 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. 1 (2004), p 31

⁶⁵ CUNHA - O Regime Legal das Escutas Telefónicas..., p 208

individuais constitucionalmente consagrados, no pressuposto de se obter uma hipotética recolha de prova com fim a atingir uma eventual verdade material.

Neste sentido é importante alguma reflexão crítica sobre a opção do legislador, uma vez que não é um factor despiciendo na matéria em questão dos conhecimentos fortuitos, fundamentalmente quando esse titular está alheio e em total boa-fé ou nem é o titular do meio de comunicação alvo da autorização dessa escuta. Assim, corroboramos a opinião do André Leite⁶⁶ considerando que a norma em vez de conduzir a *“uma maior segurança jurídica é capaz de impedir”* espelhando essa opinião com *“o efeito de mancha de azeite das escutas”* de Welzel, o que significa que, aquilo que embrionariamente estava materialmente direccionado com determinado objectivo, facilmente se transforma numa potencial forma ínvia de obter informação alheia.

Neste perspectiva e perfilhando algumas das dúvidas de André Leite⁶⁷ questiona-se qual o alcance da norma quando refere que as intercepções e gravações *“só podem ser autorizadas [] contra”* o universo das pessoas susceptíveis de serem escutadas ou *“significa que somente elas podem ser alvo de escutas, mesmo que usem aparelhos de outrem [] que somente contra elas podem ser utilizadas as provas recolhidas para eventual condenação.”*

Pensamos que a intenção do legislador foi no sentido de procurar limitar desde o início o universo das pessoas passíveis de serem escutadas e não que tenha pretendido limitar a valoração da prova somente a esse universo, isto porque, da interpretação sistemática do (Nº7 Artº 187º CPP), como será dissecado em capítulo próprio, é que as provas obtidas não se circunscrevam só a esse universo mas que se podem estender a terceiros, desde que essa prova seja indispensável ao processo em curso ou a instaurar e desde que esteja em causa um crime do catálogo e que na intercepção intervenha uma dessas pessoas do universo.

Dissecando alguma da problemática desta consagração e dos efeitos práticos, interrogámo-nos logo se a opção do legislador foi no sentido de fazer convergir no mesmo regime das escutas telefónicas, dois efeitos de todo em todo antagónicas

⁶⁶ LEITE, André Lamas – Entre Péricles e Sísifo : o novo Regime Legal das Escutas Telefónicas. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. 17:4, p 632

⁶⁷ LEITE, *Ibidem*, p 633

como são o da limitação do âmbito das pessoas desse universo e, simultaneamente, admitir a valoração de conhecimentos obtidos mesmo quando resultem de pessoas exteriores a esse universo.

Não é despidendo considerar em matéria de escutas telefónicas que, toda e qualquer vacuidade normativa, para além de potenciar as mais variadas intromissões da vida privada, podem provocar um efeito metátese incontrolável de violação dos direitos fundamentais. Neste sentido, partilhamos algumas das interrogações de Adérito Teixeira.⁶⁸ sobre a valoração de alguns conhecimentos obtidos, quando questiona a utilização dessas conversações e interroga se devem ser *“utilizadas conversações de pessoas que, integrando alguma da categoria do elenco legal, não constem do despacho de autorização.”*

Nestes moldes, entendemos que a intenção do legislador em valorar todos conhecimentos obtidos através de uma escuta telefónica, dissociando-os de quem revela os factos, bastando para tanto que tenha sido interveniente numa conversação com uma das pessoas do universo legalmente escutáveis, como que faz implodir toda e qualquer pretensão de delimitar esse universo. É exemplo disso, aquelas situações em que duas pessoas estranhas ao universo mas, por qualquer ordem de razão usa o meio de comunicação de um dos visados desse universo a quem foi autorizada a escuta e, no decurso da mesma falam sobre o crime em investigação ou sobre outro crime do elenco do catálogo mas fora do âmbito do objecto da escuta. Outro exemplo prende-se com os casos em que vítima para efeito de utilização deste meio de obtenção de prova, concede consentimento expresso ou presumido para o efeito, facto que suscita a questão de saber se todos que porventura contactem com quem deu essa permissão podem ser escutados e se os conhecimentos obtidos podem ser valorados sem mais.

Se, relativamente aos conhecimentos de investigação obtidos nessas circunstâncias não existem muitas objecções, já quanto aos conhecimentos fortuitos obtidos parecem ser de rejeitar totalmente, como mais adiante se aflorará na secção IV, quando for dissecada a controvérsia dos conhecimentos fortuitos.

Fazer convergir na mesma norma, um segmento que faz apelo a uma autorização assente na subjectividade do meio utilizado, consagrando que *“..Independentemente*

⁶⁸ TEIXEIRA - Escutas Telefónicas : mudança de paradigma..., p 247

da titularidade do meio de comunicação utilizado” e, simultaneamente, um segmento objectivo como a delimitação do universo dos escutáveis, para além de material e formalmente incongruente, franqueia a porta a toda a espécie de “danosidade social polimórfica e pluridimensional” referida por Costa Andrade.⁶⁹

Assim, acompanhamos a tese defendida pelo André Leite⁷⁰ quando considera que tal e qual como a norma foi estruturada pelo legislador, a delimitação do universo das pessoas susceptíveis de serem escutadas, consagrado no Artº187º Nº4 do CPP, tem subjacente uma garantia mais formal que substancial, sendo por isso excessivamente vulnerável nos objectivos garantísticos acabando por defraudar o objectivo de delimitar esse universo de pessoas.

Como sinopse deste segmento, é de relevar que a solução adoptada pelo legislador português, apesar de manifestar uma inovação formal em termos de norma, em termos de materialidade não tem a mesma correspondência, uma vez que em termos de hermenêutica jurisprudencial os tribunais já tinham essa matéria bastante assente e consolidada, a qual apesar da omissão, não suscitava grandes divergências quando era analisada em cada caso em concreto. Inversamente, a solução adoptada, em vez de manter esse pacifismo, introduz variáveis de todo em todo incontroláveis, as quais potenciam que as escutas telefónicas se expandam a um universo ilimitado de pessoas passíveis de serem escutadas, com reflexos na valoração dos conhecimentos obtidos fora do objecto da escuta autorizada.

⁶⁹ ANDRADE – Sobre as Proibições de Prova..., 2006, p 283

⁷⁰ LEITE – Entre Péricles e Sísifo : o novo Regime Legal..., p 637

2. PROVA

2.1. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS DA PROVA

2.1.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade da prova tem consagração expressa no (Artº 125.º do CPP), onde se estabelece que *“são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”* inciso reiterado na sistemática dos actos de instrução sobre a epígrafe de *“Provas Admissíveis”* consagrado (n.º 1 Artº 292.º CPP). Resulta daqui que, genericamente o legislador considera que todas as provas em processo penal são admissíveis, não distinguindo nem restringindo a natureza da prova mas, em contrapartida condiciona a sua produção através dos meios de obtenção, enumerando quais os métodos proibidos de prova e qual a sua cominação legal. (Artº 126.º, n.º 1 e 3).

Neste sentido e no âmbito das proibições de prova, o primeiro aspecto a realçar resulta do (Nº8 Artº32º CRP) que consagra que *“são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.”* Isto significa que as proibições de prova estão numa relação prévia e directa com os direitos fundamentais consagrados (Artº 26º CRP), cujo espectro de protecção abrange o direito à imagem, à palavra e à reserva da intimidade da vida privada e familiar, bem como o (Artº 34º CRP), que consagra o direito à inviolabilidade da correspondência e das telecomunicações, cujas violações por entidade públicas ou privadas o direito substantivo comina como facto típico.

Dissecar as Proibições de Prova, implica distinguir entre o momento de produção e o de valoração, realidades que em termos práticos e de análise, situam-se em momentos completamente distintos. Como relewa André Leite,⁷¹ *“o incumprimento das normas destinadas a assegurar a legalidade de cada um destes momentos origina duas figuras distintas”*. A primeira situa-se ao nível das *“proibições de produção de prova”⁷²* tendo subjacente *“limitações ao nível dos factos a investigar”* enquanto a

⁷¹ LEITE - As Escutas telefónicas : algumas reflexões..., p 17

⁷² Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, Procº 2721/2001, datado de 19/12/2001, relator Oliveira Mendes.

segunda, situa-se ao nível da “*proibição de valoração de prova*” e resulta de situações em que, apesar da existência de limites à produção dessa prova, esses limites foram violados constituindo por esse facto uma proibição de valoração de prova.

A propósito de proibições de prova, tem interesse relevar o que advoga Rogall⁷³ que considera que são “*instrumentos de tutela de direitos individuais*” cuja ponderação deverá orientar-se pelo “*interesse punitivo, a gravidade da violação legal, a dignidade de tutela e a carência da tutela do interesse lesado*”, tese que permite, com algum arrojado, transpor complexidades e omissões normativas, as quais não serão afloradas em toda a sua extensão por extravasarem a pertinência da matéria em abordagem, com excepção dos conhecimentos fortuitos e de alguma forma a problemática do efeito à distancia.

Associado ao regime de proibições de prova está a existência de valores “*indisponíveis*”, os quais estão incondicionalmente acoplados ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que implica de alguma forma rejeitar a dogmática da doutrina da ponderação de interesses da clássica doutrina alemã. Destaca-se nesta doutrina Wolter,⁷⁴ que advogava que “*em todos os casos que contendam com a dignidade humana, não poderão ser chamados à ponderação os interesses por uma justiça penal eficaz. Quem o fizesse não tornaria a sério nem a inviolabilidade da dignidade humana nem um processo penal vocacionado para a protecção dos direitos fundamentais*”. Acrescenta ainda a esse propósito que, “***a procura da verdade material e de uma decisão justa, os esforços pela punição e reparação dos danos não são apenas relativizados pela garantia de dignidade humana, mas por ela inteiramente bloqueados***⁷⁵”

Também, Grunwald perfilha uma doutrina dissonante da compromissória de ponderação de interesses jurídicos constitucionais, advogando um sistema flexível de

I - Em matéria de invalidade da prova há que distinguir entre regras de produção de prova, proibição de produção de prova e proibição de valoração de prova.

II - A prova obtida através de método proibido é insusceptível de valoração pelo tribunal.

III - A prova obtida contra legem, mas através de método não proibido, pode ser valorada sempre que susceptível de se obter através de meio ou procedimento conforme à lei, suposto, evidentemente, que a irregularidade do acto de produção de prova não haja sido arguida

⁷³ ROGALL apud ANDRADE – Sobre as Proibições de Prova..., p 33

⁷⁴ WOLTER apud ANDRADE – Sobre as Proibições de Prova..., p 38

⁷⁵ WOLTER apud ANDRADE, *Ibidem*.

valores a ponderar entre si⁷⁶” porque entende que “a preservação duma justiça criminal eficaz configura um elemento da própria ideia de Estado Democrático” e como tal afasta esse sistema de ponderação de interesses constitucionais.

A propósito do regime de “proibições de prova”, é importante uma breve inflexão ao regime das Nulidades Título V, (Artº 118º CPP), sob a epígrafe “Principio da Legalidade”, consagrando no seu nº 3, que nenhuma das disposições do CPP são prejudicadas pelo regime definido naquele título quanto a “proibições de prova”, pelo que torna-se importante distinguir entre “proibição de produção de prova” e “proibição de valoração de prova”. A este propósito é importante relevar Simas Santos⁷⁷, que considera que estamos “perante uma proibição de produção de prova quando a lei veda a própria realização de determinado tipo de prova, seja por razões atinentes ao seu objecto, ao meio ou fonte utilizadas, ou respectivo processo de obtenção”, definindo a “proibição de valoração de prova,” como sendo “impedimentos legais que obstam a que determinadas provas produzidas no processo possam ser nele valoradas, nuns casos porque foram ilegalmente obtidas, noutros por outras razões, não directamente ligadas à sua forma de produção”. Entendimento algo semelhante sobre a proibição de valoração de prova, é perfilhado por Germano Marques⁷⁸ que advoga que “se os direitos do cidadão são violados, as provas através de tal violação não poderão ser atendidas no processo, são proibidas. Pretende-se com tal proibição evitar o sacrifício de direitos das pessoas por parte das autoridades judiciárias, dos órgãos de polícia criminal ou particulares, privando de eficácia as provas obtidas ou produzidas ilegalmente: as provas proibidas não podem ter efeitos no processo”

Outro aspecto com relevância nesta análise sobre a matéria está associado ao aspecto das eventuais dúvidas suscitadas sobre o âmbito da norma, se foi intenção do legislador circunscrever as proibições somente à consagração expressa ou se essa proibição pode resultar também de uma interpretação tácita, naquilo que Simas Santos⁷⁹ designa de “proibição de prova estabelecida de modo indirecto”. Em nossa opinião, pensamos que existem situações em que, apesar da norma legal não cominar o facto como uma proibição de prova, ela tem que se impor de forma incondicional. A

⁷⁶ GRUNWALD apud ANDRADE – Sobre as Proibições de Prova..., p 177

⁷⁷ SANTOS; LEAL-HENRIQUES; SANTOS – Noções de Processo..., p 249

⁷⁸ SILVA, Germano Marques - As Proibições de Prova no Processo Penal : Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais. Coimbra : Almedina, 2004. p 140

⁷⁹ SANTOS; LEAL-HENRIQUES; SANTOS – idem, p 252

este propósito é de relevar, por exemplo, os casos em que para a realização de um determinado método específico de obtenção de prova a lei imponha uma prévia autorização judicial, essa falta deve tornar a prova proibida e insusceptível de ser aproveitada no processo, isto porque, se foi intenção do legislador submeter essa diligência ao crivo de um juiz, é porque existe um potencial risco dessa diligência não ser admissível ou a não ser, poder eventualmente violar os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. No entanto, como em outros segmentos se constatará, nem sempre essas situações consensuais, nomeadamente no efeito à distância e nos conhecimentos fortuitos.

2. 2. O EFEITO À DISTÂNCIA

Outra questão com relevância nesta abordagem, uma vez que tem relação umbilical com o regime das proibições de prova, é o designado *efeito à distância*, cuja problemática tem subjacente a controvérsia, se leva à nulidade da prova toda ou se apesar dessa proibição ela não reconduz a uma proibição de valoração dessa prova assim obtida.

Tendo mais uma vez por espectro o ordenamento jurídico alemão, é de relevar que a concepção inicial da doutrina alemã assentava no pressuposto que havia uma total comunicabilidade entre uma proibição de prova e as chamadas “*provas consequência*”, isto porque, era entendimento que toda a prova produzida que assentasse numa proibição de “*produção ou valoração*” inevitavelmente era contagiada e por esse facto totalmente inepta.

A este propósito é importante esclarecer que, apesar dessa concepção clássica sobre os efeitos da proibição de prova ter bastante acolhimento, ela não era unânime, dividindo-se entre autores como Grunwald, Otto ou Peters⁸⁰ que aderiam assumidamente ao total reconhecimento do efeito à distância, rejeitando por isso toda e qualquer valoração de prova resultante de uma proibição de prova, fundamentando e sustentando esse entendimento numa dúplici perspectiva: uma que advogava que só assim se protegia que uma prova proibida servisse de veículo transmissor de matéria de prova que de outra forma era ilegalmente admissível; outra que sustentava que só admitindo o efeito à distância é que seria removida eficazmente a “*nódoa da ilegalidade*” materializada na violação da proibição da prova.

⁸⁰ GRUNWALD; OTTO; PETERS, apud ANDRADE – Sobre as Proibições de Prova..., p 175-177

Em sentido inverso a esta, autores como Bradley, Schafer e Meyer⁸¹, rejeitam por completo o efeito à distância, assentando também eles as suas posições numa dúplici perspectiva: uma que sustentava que a vingar a tese do efeito à distância, isso implicaria a “*paralisação da administração da justiça penal*”, enquanto a outra assentava os seus pressupostos na ideia da “*causalidade hipotética*”⁸² em que se admitia a valoração da matéria probatória resultante de uma proibição de prova, desde que fosse de concluir que a mesma prova seria obtida de forma lícita.

Porém, alguma da inflexibilidade da doutrina e jurisprudência alemã evoluíram para a aceitação dos efeitos das “*regras de exclusão*” “*exclusionary rules*” do direito americano, com fundamento que “*as coisas se jogam, no essencial, na determinação dos critérios de identificação e demarcação das hipóteses concretas de efeito à distância*”⁸³, com referência a precedentes jurisprudenciais.

Foi nesta perspectiva evolucionista, como refere Costa Andrade⁸⁴ que a doutrina alemã consagrou a teoria da “*doutrina da nódoa*” ou “*Makel-Theorie*”, em tudo algo semelhante à doutrina americana da “*fruit of the poisonous tree doctrine*”.

No entanto e porque a “*fruit of the poisonous tree doctrine*” constituía uma proibição de valoração probatória que se estendia aos meios de prova obtidos também indirectamente, suscitou-se logo na doutrina alemã a questão de saber se “**taint doctrine**” se circunscrevia apenas aos meios de prova obtidos directamente de maneira proibida ou se eram extensivos aos meios de prova indirectamente obtidos como o americano. O dilema foi então diluído com a contribuição da doutrina e em particular com contribuição de Roxin, defendendo que “*também no processo alemão se deve admitir um efeito extensivo pois, de outro modo, as proibições de prova podem ser iludidas mais facilmente.*”⁸⁵

Sendo o ordenamento jurídico português tribuno do regime das escutas telefónicas alemão, de forma óbvia não deixou de absorver a posição clássica desse regime,

⁸¹ BRADLEY; SCHAFER; MEYER; apud ANDRADE – Sobre as Proibições de Prova..., p 175-177

⁸² ANDRADE – Sobre as Proibições de Prova..., p 172 e p 42-43

⁸³ ANDRADE - *idem*, p 176

⁸⁴ ANDRADE - *idem*, p 175

⁸⁵ ROXIN apud ANDRADE – Sobre as Proibições de Prova..., p 205.

fazendo também ele apelo ao “*princípio geral de ponderação*” posição aliás bastante vinculada na nossa prática processual, em que se reduzem autênticas proibições e valorações de prova, em meras nulidades sanáveis. Isto porque, esta doutrina tem subjacente que, o transcendente interesse do Estado de Direito Democrático assenta numa efectiva justiça penal, cuja promoção ou salvaguarda se pode sobrepor aos direitos fundamentais e legitimar o seu sacrifício, numa lógica jurídico/prática, definida por Costa Andrade⁸⁶ como de “*justiça funcionalmente capaz*”, que impede a “*paralisação do processo*”. e se constitui como um instrumento de “*luta eficaz contra o crime.*”

A este propósito, Costa Andrade⁸⁷ acrescenta ainda que, o “*efeito à distância parece ... configurar um momento nuclear do fim de protecção do artigo 126º do Código de Processo Penal na direcção do arguido. Uma conclusão reforçada pela consideração suplementar e decisiva de que só o efeito à distância pode aqui prevenir uma tão frontal como indesejável violação do princípio nemo tenetur se ipsum accusare*”, ou como releva Beulke⁸⁸ a “***valoração de meios de prova tornados possíveis a partir de declarações obtidas à custa de coacção ou meios enganosos, equivaleria a compelir o arguido a colaborar na sua própria condenação.***”

Como já foi referido, o ordenamento nacional espelha a doutrina clássica alemã, apesar dos tribunais portugueses, embora de forma tímida e em foros de manifesta ousadia, ultrapassarem essa dogmática, introduzindo em certos casos concretos, a chamada à colação dos fundamentos da teoria *fruit of the poisonous tree*, do qual se releva por ser precursor o acórdão do TRL⁸⁹, na confirmação de um acórdão do TCAH, datado de 13JUN03, embora não num caso sobre escutas telefónicas mas num caso de apreensão de correspondência.

Também o STJ⁹⁰, embora de forma pouco coerente, entreabriu a porta à aceitação desta doutrina, admitindo os efeitos consequenciais resultantes do chamado efeito à

⁸⁶ ANDRADE – Sobre as Proibições de Prova..., p 30, 31

⁸⁷ ANDRADE - *idem*, p 315.

⁸⁸ BEULKE apud ANDRADE - Sobre as Proibições de Prova..., p 315

⁸⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Procº 8950/2003-3, de 23/06/2004, relator António Rodrigues Simão.

⁹⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc.04P3276, de 5/01/2005, relator Cons. Henriques Gaspar.

distância, “*Fernwirkung des Beweisverbot*” ou, na formulação americana, “*fruit of the poisonous tree*”, sem contudo o concretizar de forma efectiva por inexistência de alegação factual. Porém, não deixou de ser paradoxal, o facto desse tribunal ao mesmo tempo que entreabria a porta a essa aceitação considerava, simultaneamente, que o CPP não fazia transparecer que pudesse acolher uma “*extensão da exclusão probatória determinada pelo efeito de contaminação.*”

No entanto, é de relevar que o mesmo STJ⁹¹, em outra decisão sobre a matéria, embora de forma mitigada, acaba por admitir esses efeitos, não rejeitando de forma inequívoca o efeito à distância construindo para o efeito uma distinção entre meios “*radicalmente proibidos de obtenção de prova*” (nº 1 do Artº 126º do CPP), em que se aceita em pleno o efeito à distância, e os “*não absolutamente proibidos*” por aplicação do nº 3 do mesmo artigo que, em certas circunstâncias permitia afastar esses efeitos.

Também a nível constitucional, a jurisprudência vem dando mostras de admitir “*fruit of the poisonous tree doctrine*”, sendo de relevar a decisão do TC⁹², em cujo acórdão vem admitir de forma explícita o efeito consequencial, fazendo actuar uma das suas excepções, que no caso em concreto tinha subjacente declarações confessórias do arguido, matéria que será mais aprofundada no segmento seguinte deste capítulo.

Neste âmbito, é importante ainda relevar que todas as tentativas da doutrina e jurisprudência alemã para encontrar uma formulação e uma solução global que suportasse a esta teoria do “*efeito à distância*”, resultaram em soluções fracassadas e incapazes, perante a “*irreduzível hipoteca às singularidades do caso concreto*” como advoga Costa Andrade.⁹³

Como sinopse do exposto, é de registar que, quer a doutrina quer a jurisprudência alemã e portuguesa, apesar das resistências têm evoluído no sentido admitir o efeito à distância numa interpretação da causalidade hipotética.

⁹¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. 04P774, de 6/05/2004, relator Cons. Pereira Madeira.

⁹² Acórdão do Tribunal Constitucional nº 198/2004 - 49, Procº 39/04, 1ª secção, relator Rui Moura Ramos.

⁹³ ANDRADE – Sobre as Proibições de Prova..., p 183

2.2.1. A “FRUIT OF THE POISONOUS TREE DOCTRINE” E AS EXCEPÇÕES

A génese desta doutrina assenta na interpretação e aplicação da 4ª Emenda⁹⁴ do *Bill of Rights* a qual veio a consagrar a “*exclusionary rule*” das provas obtidas pela acusação através da violação dos direitos constitucionais do arguido/acusado que não podiam ser usadas contra este, aqui se inclui as provas reflexas, secundárias ou indirectas obtidas através da primeira, ainda que tivessem sido obtidas de forma lícita.

Afastada a dogmática petrificante da doutrina, permitiu que através de interpretações e aplicações de regras de excepções, esta fosse admitida e sucessivamente adaptada a novos circunstancialismo, particularmente:

- A excepção da “fonte independente” “*independent source exception*” aceita as provas que foram ou poderiam ter sido obtidas por via autónoma e lícita, mantendo-se a prova primária ilícita abrangida pela regra de exclusão.

- A excepção da “descoberta inevitável” “*inevitable discovery exception*” que determina a aceitação das provas que inequivocamente seriam descobertas, mesmo que mais tarde, através de outro tipo de investigação.

- A excepção da “nódoa ou mácula” dissipada” “*Cleansed - ou purged - taint exception*” que estabelece que uma prova, mesmo que proveniente de prova ilegal, seja aceite sempre que apresente autonomia suficiente para “*dissipar a nódoa*”. Neste caso, a questão controvertida era uma confissão do arguido após uma detenção ilegal, sendo a confissão um acto posterior e esclarecido praticado de livre vontade “*independent act of free will*”. Desta resultou uma teoria que admite todos os actos de prova provenientes da vontade livre e esclarecida como são as declarações confessórias do arguido e os depoimentos de testemunhas.

Em termos de doutrina nacional, quer-nos parecer que é maioritariamente no sentido de não rejeitar esta posição algo mitigada das excepções, do qual se destaca Costa Andrade,⁹⁵ considerando que, “*sempre que for possível afirmar que mesmo sem a violação da proibição, a prova secundária ou mediata teria sido obtida, admitir-se-á a sua valoração*” dando corpo dessa forma aos designados “*processos hipotéticos de Investigação*”, acrescentando a este propósito que “*Á semelhança do que vimos*

⁹⁴ “The right of the people to be secure in their persons, house, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

⁹⁵ ANDRADE – Sobre as Proibições de Prova..., p 316

suceder com outros ordenamentos jurídicos, também o direito processual penal português vigente apela para um aturado e filigrâmico labor da exegese e hermenêutica. Um percurso que o intérprete e aplicador do direito terão, mais uma vez, de fazer despertos para a surpresa e singularidade do caso concreto, ditadas já pelo tipo de proibição de prova violada⁹⁶”

Como foi referido, apesar da doutrina maioritária não rejeitar esta doutrina, alguma dela fazer condicionar essa adesão a certos pressupostos, como é o caso de André Leite⁹⁷ que entende que devem incidir sobre esses efeitos, critérios de imputação objectiva, nomeadamente, que o efeito à distância só prevaleça se houver uma efectiva contaminação da prova sequencial resultante da proibição da prova original, numa lógica denexo de causalidade.

Assim, em termos de ordenamento processual penal português, a esmagadora maioria da doutrina defende que o efeito à distância é totalmente compaginável com o disposto no (nº1 do Artº122º CPP), conjugado com o (Artº126º CPP) que proíbe a utilização de métodos proibidos de prova, não existindo neste sentido qualquer quadro normativo que impeça a sua plena aplicação, como também não existe quadros doutrinários e jurisprudenciais que obste que o (Artº 122º, nº 1 do CPP) seja interpretado e aplicado aos casos concretos, de harmonia com a “*regra de exclusão*.”

Como sinopse e, recentrando o exposto da doutrina na abordagem das escutas telefónicas, qualquer escuta inválida por nulidade de proibição de prova, a não ser excepcionada pela regra de exclusão, contaminaria toda a prova subsequente dependente dela pelo denominado efeito da “*mancha* ou *nódoa*”, pelo que pensamos que, nada há a obstar em termos processuais penais que não se aceite o efeito à distância com o alcance que ficou exposto, porque a não ser assim, era como que *não aceitar a nulidade tal e qual como ela está* constitucionalmente consagrada.

2.3. NULIDADES DA PROVA

Da abordagem anterior ao efeito à distância, a primeira e mais evidente conclusão que subjaz, é que este está intrinsecamente conectado com as consequências e alcance

⁹⁶ ANDRADE – Sobre as Proibições de Prova..., 2006, p 314

⁹⁷ LEITE - As escutas telefónicas : algumas reflexões..., p 37

das nulidades das escutas, desde logo tendo por base o que dispõe o (Artºs 190º do CPP, 32º, nº 8 e 34º, nº 4 da CRP).

Porque estamos em sede de meios de prova, devemos afastar a ideia que a consequência seja a simples nulidade processual ocorrido em inquérito e que acaba sanada pelo decurso do prazo legal de arguição, por aplicação do disposto no (Artº 120º, nº 3, al. c) do CPP)⁹⁸. Isto porque o (Artº 190º do CPP), não trata de nulidades processuais mas, de verdadeiras proibições de prova, mais concretamente de proibição de valoração, porque como entende Germano Marques⁹⁹, foi intenção do legislador proibir a valoração de qualquer prova obtida mediante método proibido de prova, ao que se acresce neste caso a manifesta *danosidade social* associadas às escutas telefónicas que viola de forma irreparável a intimidade da vida privada.

Assim, parece-nos que o (Artº190º CPP) não consubstancia nem meras nulidades insanáveis, nem sanáveis ou muito menos meras irregularidades (Artºs 119º, 120º, 121º e 123º todos do CPP) mas, ao invés algo que está no domínio do regime das proibições de prova, consagrado no (Artº 118º, nº 3 do CPP), o que faz remeter para o (Artº 126º, nºs. 1 e 3 do CPP), que consagra a proibição de valoração de provas, como provas que não podem ser obtidas e utilizadas “*mediante intromissão na vida privada ..., nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular*”, ressalvados os casos previstos na lei.

Porém, em termos doutrinários não é pacífica a extensão dos efeitos previstos no (Artº 126º do CPP), havendo autores que defendem que os efeitos da proibição de valoração das escutas se circunscrevem somente ao nº 1, remetendo os efeitos do nº 3 do mesmo preceito, para o regime das mera nulidades, posição que é partilhada pela maioria da doutrina e pela jurisprudência, como é exemplo o acórdão do STJ¹⁰⁰ a propósito do efeito à distância, fazendo apelo à distinção entre meios “*radicalmente proibidos de obtenção de prova*” (nº 1 do Artº 126º do CPP), cuja violação pressupõe não uma nulidade mas uma proibição de prova, enquanto o previsto no nº 3 do mesmo

⁹⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc 042809, de 21/10/92, relator Ferreira Vidigal.

“1 - As escutas telefónicas obedecem, sob pena de nulidade, aos requisitos enunciados nos artigos 187 e 188 do Código de Processo Penal; havendo algum desrespeito àqueles requisitos, gerador de nulidade, tal vício há-de ser invocado até ao momento prescrito no artigo 120, nº 3 alínea c) do mesmo código, não o sendo, a nulidade fica sanada.”

⁹⁹ SILVA, Germano Marques - Curso de Processo Penal II. Lisboa : Verbo Lisboa 1993. p 178

¹⁰⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. 04P774, de 6/05/2004, sendo relator Cons.. Pereira Madeira.

preceito, se considera meios “*não absolutamente proibidos*” passíveis de poderem ser sanáveis pelo decorrer do tempo.

Assim, temos Maia Gonçalves¹⁰¹, que a propósito das nulidades, advoga que existem dois graus de desvalor de provas obtidas contra as cominações legais, sendo maior o desvalor ético-jurídico das provas obtidas mediante os processos referidos no n.º 1 com conexão ao n.º 2, do que aquele que é perfilhado pelo N.º 3 do mesmo preceito, distinção que tem reflexo nas nulidades cominadas: “*enquanto as provas obtidas pelos processos referidos no n.º 1 estão fulminados com uma nulidade absoluta, insanável e de conhecimento oficioso, que embora como tal não esteja consagrada no Art. 119.º o está no Art. 126.º, através da expressão imperativa não podendo ser utilizadas, já as provas obtidas mediante o processo descrito no n.º 3 são dependentes de arguição, e portanto sanáveis, pois que não são apontadas como insanáveis no Art. 119.º ou em qualquer outra disposição da lei*”.

Outra doutrina, como de Simas Santos¹⁰², diverge dessa distinção, entende que, cominando o (Artº 126º do CPP) como “*... nulas, não podendo, por isso, ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou ofensa da integridade física ou moral da pessoa*”, e sendo também nulas “*...as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular, ressalvados os casos previsto na lei*”, que a proibição “*é total e absoluta, não podendo, em quaisquer circunstâncias fazer-se o aproveitamento das provas obtidas por tais processos*”

Também, André Leite¹⁰³ tem um entendimento similar, considerando que uma “*correcta interpretação [...] literal ou sistemática e teleológica*” do incumprimento daquelas normas, impõe o mesmo tipo de nulidade, fundamentalmente porque a “*danosidade social das escutas telefónicas, tudo aponta para que tenha sido intenção do legislador parificar a consequência jurídica e desencadear quer no concerne aos requisitos essenciais do recurso a este meio de obtenção de prova quer no que tange aos aspectos procedimentais*”

¹⁰¹ GONÇALVES, Manuel Maia - Meios de Prova : o novo Código de Processo Penal. In CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS - Jornadas de Direito Processual Penal. Coimbra : Almedina, 1997. p 195.

¹⁰² SANTOS; LEAL-HENRIQUES; SANTOS – Noções de Processo..., p 243

¹⁰³ LEITE - As escutas telefónicas : Algumas reflexões..., p 56

No mesmo sentido se pronuncia Germano Silva¹⁰⁴ considerando que “*é nula, o que significa que é inválida, bem como os actos que dela dependerem e que ela possa afectar*” complementando esse entendimento com o facto que “*... a obtenção de uma prova proibida provoca a sua não utilização: trata-se pois de não a tomar em conta para qualquer fim processual, é como se a referida prova não existisse*”. Isto porque, como advoga o autor, o direito positivo ordinário impõe de forma imperativa requisitos formais e materiais prévios para as escutas telefónicas, cuja “*inobservância acarreta a proibição de prova*” por força do (Nº8 Artº32 CRP), em conjugação com (Nº3 do Artº 126 do CPP).

Nestes moldes o autor entende que foi intenção do legislador excluir o (Artº 126º CPP) da simples nulidade processual, motivo pelo qual e tendo em conta o dano social que reconhecidamente está associado as escutas telefónicas¹⁰⁵ tal facto consagra uma efectiva proibição de prova e a conseqüente proibição de valoração de qualquer prova obtida mediante método proibido de prova.

Como sinopse, pensamos que apesar do (Artº 190º CPP) cominar com a mesma sanção as escutas telefónicas, o (Art. 126.º, n.º 3 CPP) consubstancia uma proibição apenas relativa que tem subjacente uma área de direitos disponíveis que, sempre que a lei assim permita e defina as condições do seu exercício ou o titular do direito violado manifestamente o consinta, deve admitir-se por isso a validade das provas obtidas com a sua violação, para além do regime de nulidade das escutas telefónicas tal e qual como foi consagrado pelo legislador português, inculcar a ideia de uma grande abrangência valorativa, razão pela qual deve ser essa a doutrina a vingar no ordenamento jurídico português, visto a redacção do (Artº 32º, nº 8 da CRP) e (Artºs 118º, nº 3, 126º, nº 1 e 3 e 122º, nº 1 do CPP), não obstante, como foi demonstrando, nem toda a doutrina comungar desta consequência jurídica, havendo aqueles que consideram que o material probatório obtido através das escutas telefónicas em violação da proibição de prova ao regime do (Artº187º e Artº 188º, ambos do CPP), têm consequências distintas, outros que o (Artº 190º CPP) impõe a mesma sanção processual que é a “nulidade” cuja consequência única é a sua “inutilização”¹⁰⁶

¹⁰⁴ SILVA, Germano Marques - As Proibições de Prova no Processo Penal : Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais. Coimbra : Almedina, 2004. p 121

¹⁰⁵ SILVA - Curso de Processo..., p 178

¹⁰⁶ LEITE - As escutas telefónicas : algumas reflexões..., p 57

3. COMPETÊNCIAS PROCESSUAIS

3.1. COMPETÊNCIAS DO JUIZ DE INSTRUÇÃO CRIMINAL NO ÂMBITO DAS ESCUTAS TELEFÓNICAS

A intervenção do juiz no processo 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 do aceitável. Nestes moldes, pressupõe-se que se faça um acompanhamento das operações da interceptação e gravação das escutas telefónicas bem como de todo processo de recolha de prova o mais material e formalmente possíveis, sob pena, como bem refere o TRL¹⁰⁷ se estar em presença de “*mera formalidade burocrática e, como tal inútil*”, para além de só através desse acompanhamento, poder evitar eventuais desvios legais, fazê-los cessar de imediato e permitir que só aquilo que tem relevância em termos probatórios seja efectivamente interceptado e gravado e assim colocar a escuta a coberto dos potenciais perigos de uso indevido.

Um das inovações da mais recente reforma do CPP, teve como objectivo clarificar a matéria relativa à reserva do juiz, consagrada no (nº4 do artº32 CRP), fundamentalmente no que se refere ao controlo das matérias escutadas na “*sequência da sua autorização*”, uma vez que o regime normativo anterior das escutas telefónicas, era omissivo, chamando à colação uma interpretação jurisprudencial, o que digamos nem sempre era coincidente em termos de hermenêutica.

Decorre do exposto que, a reserva do juiz impõe o dever desta autoridade judiciária aferir da relevância dos requisitos materiais de admissibilidade das escutas telefónicas a autorizar, bem como os elementos interceptados e gravados pelos OPC, fundamentalmente para “*comprovação da coerência/conexão entre o fundamento da autorização e a relevância dos mesmos.*”

Ora, ambas as questões suscitam alguma reflexão, a primeira das quais sobre os mecanismos legais à disposição do juiz para aferir do rigoroso cumprimento dos requisitos materiais e formais deste meio de obtenção de prova. A este propósito é

¹⁰⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – Procº 7968/2004-9, de 28/10/2004, relator Goes Pinheiro.

importante relevar Costa Pinto¹⁰⁸ que considera que “(...) a decisão de validação (ou não) da decisão do MP dificilmente pode ter um conteúdo material e decisório autónomo em relação à avaliação feita pelo MP sobre os interesses em causa, num inquérito a cuja orientação tática e estratégica o JIC é completamente estranho. No momento da validação o JIC pouco mais pode fazer do que confirmar que a decisão do MP está fundamentada, pois dificilmente terá elementos e legitimidade para, de forma igualmente fundamentada, entrar na materialidade das razões apresentadas pelo titular do inquérito para a sua decisão”.

A mesma preocupação é também demonstrada por Mata-Mouros, na sua reflexão sobre as jornadas de processo penal promovidas pelo CEJ, em Coimbra e em Lisboa, na análise sobre os procedimentos no plano da “*garantia constitucional*” afirma que: “Estou plenamente convencida de que por mais que um juiz de instrução se esforce nunca poderá assumir o papel de controlo de certas medidas processuais penais que a lei lhe confere ou sequer um desempenho que faça justiça ao novo nome com que o legislador passou a gostar de designar: o juiz das liberdades”¹⁰⁹

Como refere Damião da Cunha,¹¹⁰ a reserva do juiz implica “a necessidade de o juiz comprovar a conexão entre os elementos recolhidos e o fundamento da autorização”, a “necessidade de o juiz poder comprovar, atempadamente, da relevância dos elementos recolhidos e decidir da sua junção ao processo ou então a sua destruição, para garantir que as escutas não ultrapassem os limites consentidos pela afectação exclusiva da quebra do sigilo de comunicações” bem como uma análise “em função daquele conhecimento e avaliação da sua relevância [...] decidir se manteria ou alteraria a sua decisão quanto à autorização das escutas.”

Se, em relação à aferição dos requisitos da admissibilidade a tarefa não se apresenta de fácil exequibilidade para esta entidade judiciária (JIC), a aferição dos elementos interceptados e gravados pelos OPC, para “*comprovação da coerência/conexão entre o fundamento da autorização e a relevância dos mesmos*” parece-nos que tal desidrato é humanamente inalcançável.

¹⁰⁸ PINTO, Frederico Costa - Publicidade e segredo na última revisão do Código de Processo Penal : Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal. Revista do Centro de Estudos Judiciários. 9:especial (1º Semestre 2008), p 25-26.

¹⁰⁹ MATA-MOUROS - Escutas telefónicas : o que não muda..., p 219

¹¹⁰ CUNHA - O Regime Legal das Escutas Telefónicas..., p 210-211

A este propósito é importante realçar o entendimento de Mata-Mouros¹¹¹ ao aflorar a consagração normativa do artigo 188º CPP, nas suas diversas alíneas, em que considera que *a obrigação do juiz determinar a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo é uma “incumbência de execução impossível”*. Acrescentando a esse propósito que a *“audição integral,” entenda-se controle das gravações interceptadas, “constitui dificuldade praticamente inultrapassável” e a tentativa para a superar, passa na prática, pela delegação nos OPC dessa incumbência, facto este que de alguma forma perverte o papel entre quem controla e “devia ser controlado”*.

Ora, se esta fragilidade e vulnerabilidade do regime das escutas suscitam preocupações, muitas mais se devem levantar quando, ao mesmo regime estão associados os eventuais aproveitamentos dos conhecimentos fortuitos, para um outro processo em curso ou a instaurar ou, que esses mesmos conhecimentos podem também eles servir de instrumento/pista de investigação dos OPC, como foi opção normativa do legislador.

Os conhecimentos fortuitos no âmbito das escutas telefónicas, como mais adiante se aflorará, tem consagração normativa do (Nº7 Artº187º do CPP), sendo apenas importante relevar nesse aspecto a distinção de competências e poder entre o juiz do processo onde foram autorizadas as escutas telefónicas, do poder e competência do juiz do processo onde vão ser aproveitados os conhecimentos extraprocessuais, facto que também pode suscitar alguma controvérsia. O juiz do processo original apenas pode aferir da legalidade desses conhecimentos fortuitos e depois de extrair cópias, remete-os para o processo já em curso ou a instaurar, onde o juiz do processo de recepção detém a competência em exclusivo para validar ou não o seu aproveitamento, facto que pode colidir com a autonomia do MP como dominus do inquérito e da investigação.

Como sinopse quer-nos parecer que a opção do legislador de mediar o aproveitamento dos conhecimentos fortuitos com a intervenção obrigatória do juiz, como meio de melhor garantir esses conhecimentos como prova se contenham nas apertadas margens fixadas no texto constitucional, pode também ela potenciar conflitos irresolúveis de competências.

¹¹¹ MATA-MOUROS - Escutas telefónicas : o que não muda..., p 233

3.2. O MINISTÉRIO PÚBLICO: O DOMINUS DO INQUÉRITO

São atribuídas no âmbito processual penal competências diferenciadas às autoridades judiciárias intervenientes no processo, o que significa que cada uma destas, não só está obrigada a preencher o seu espectro de competência¹¹², como está vinculada a não invadir áreas que não lhes sejam conferidas. Como advoga Damião da Cunha¹¹³, cada autoridade judiciária tem *“uma lógica e uma função própria, consoante o tipo de autoridade que esteja em causa”*.

Isto significa que nada obsta que possa haver concepções diferenciadas sobre a investigação que *“... pode levar o juiz a divergir do Ministério Público não é uma sua divergência a respeito dos interesses da investigação, como se devesse ajuizar a respeito desses interesses, mas uma ponderação entre esses interesses (aceitando-os como o Ministério Público os configura) e os direitos de defesa do arguido”* conforme refere Vaz Patto.¹¹⁴

Em termos de sujeitos processuais públicos, o MP é o único titular do inquérito e o que detém a prerrogativa de poder ser coadjuvado na investigação pelos OPC como auxiliares processuais, conforme dispõe o (Artº 263º Nº1 CPP), acção que exerce em total autonomia em relação ao JIC, cabendo-lhe nos termos do (Artº267º do CPP), com remissão para o (Artº 262º Nº1 do CPP) a realização das diligências que tenham como *objectivo “investigar a existência de um crime [...] descobrir e recolher provas, em ordem à decisão sobre a acusação”*.

Enquanto autoridade judiciária titular do inquérito, está obrigado pela lei a pautar as suas intervenções processuais por critérios de estrita objectividade (Art. 53º, nº 1, parte final CPP), bem como (Art, 2º, nº 2 da LOMP), podendo por questões de conveniência processual ou especificidade e eficácia da investigação, ser obrigado à intervenção e colaboração de outros órgãos como instrumento de execução, que neste âmbito estão legalmente atribuídas aos OPC, (Art. 55º, nº 1 CPP) o que nos leva a

¹¹² Artº1º alínea b) do CPP

¹¹³ CUNHA, José Manuel Damião da – O Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal. Porto : Porto Editora 1993. p 13

¹¹⁴ PATTO, Pedro Vaz - O regime do segredo de justiça no Código de Processo Penal revisto : Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal. Revista do Centro de Estudo Judiciários, 9:especial (1º Semestre 2008). p 48-49.

concordar com Damião da Cunha¹¹⁵ quando em termos metafóricos considera que o MP se trata de “*umas verdadeiras cabeças sem mãos.*”

Recentrando o afloramento no âmbito das escutas telefónicas, formalmente a admissibilidade deste meio da prova só pode ter lugar durante a fase de inquérito, mediante despacho do JIC e a requerimento do MP em que fundamente da necessidade da interceptação telefónica, as razões concretas para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade e obviamente esteja em causa um crime do elenco do “catálogo” constante do CPP (Artº187º CPP).

Depois de autorizada e efectuada a interceptação e gravação da escuta telefónica, incumbe ao mesmo MP no prazo de 48 horas fazer chegar ao conhecimento do JIC, nos termos do que dispõe o (Artº 188º Nº4 do CPP), o auto e o relatório elaborado pelo OPC a quem faz chegar de 15 em 15 dias, contados a partir da primeira interceptação, para que essa autoridade judiciária leve a cabo os procedimentos dissecados no segmento anterior, alguns dos quais como se aflorou até podem contender com a própria autonomia deste MP.

Como sinopse temos que o MP, apesar de dominus do inquérito, materialmente tem diminutas possibilidades de aferir com exigência da qualificada suspeita e da necessidade em concreto da eventual prova não poder ser obtida por meios menos intrusivos corporizados pela exigência da subsidiariedade.

3.3. OS ÓRGÃOS DE POLÍCIA CRIMINAL E A INVESTIGAÇÃO

Conceptualmente o conceito de “*órgão de polícia criminal*”, nos termos do que dispõe a (al. c) do Artº 1º do CPP), está definida como sendo “*todas as entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer actos ordenados por uma autoridade judiciária,*” bem como todas as outras que lhes estejam consagradas em termos do CPP. Neste âmbito, estão-lhe conferidas competências de coadjuvação das autoridades judiciárias na realização de finalidades processuais, conforme dispõe o (Artº55º Nº1 CPP).

Complementarmente a esta delimitação processual, também a LOIC de forma quase redundante, delimita o âmbito de intervenção dos OPC, reafirmando que a direcção da

¹¹⁵ CUNHA – O Ministério Público..., p 13

investigação cabe à autoridade judiciária competente em cada fase do processo, e que, esta é assistida na investigação pelos OPC¹¹⁶. Convém ainda referir que, numa matéria diversa mas com alguma confluência em termos de parametrização de intervenção de OPC, a LSI¹¹⁷ define que no âmbito da actividade de segurança interna, “*as medidas de polícia são as que estão previstas na Lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário e obedecendo a exigências de adequação e proporcionalidade.*” A este propósito é importante relevar que toda e qualquer intervenção sobre o controlo das comunicações é da exclusiva competência da Polícia Judiciária, mediante autorização judicial¹¹⁸.

Isto significa que toda a intervenção ou actividade processual desenvolvida pelos OPC`s tem parâmetros bem precisos que garantem ao sistema um efeito estabilizador, quer enquanto intervenção autónoma no domínio das medidas cautelares de polícia, quer enquanto intervenção subordinada.

Este paradigma, não sendo uma inovação, é uma consequência da estrutura acusatória do processo penal, porque longe vão os tempos do CPP de 1929, em que toda a investigação estava sob a alçada do juiz mas, na prática, em consequência de legislação extravagante¹¹⁹, a mesma era completamente esbulhada e conferida às polícias, não só as competências de investigação criminal como as competências instrutórias, nas quais se incluía a decisão, como releva Damião da Cunha.¹²⁰

Mas, também este paradigma não passou incólume às vicissitudes das mutações, e ainda durante a vigência dessa estrutura inquisitória, particularmente, através do reordenamento de competências impostas pelo Decreto-Lei 35007, de 13 de Outubro de 1945, foram diferenciadas de forma objectiva as competências das Polícias, MP e do próprio juiz, matéria que por ser marginal ao presente afloramento não será dissecada.

¹¹⁶ Lei Nº 49/2008, de 27 de Agosto, Artº 2º, Nº 1 e 2º, DR 165, I série 08/08/27

¹¹⁷ Lei Nº 53/2008, de 29 de Agosto, Artº 2º, Nº 2, DR 167, I série de 08/08/29

¹¹⁸ Lei Nº 53/2008, de 29 de Agosto, Artº 27º, DR 167, I série de 08/08/29

¹¹⁹ Decreto 17640, de 22/11/29, Artº 19º Nº 5 e Artº 34º

¹²⁰ CUNHA – O Ministério Público..., p 44

Recentrando o afloramento na temática das escutas telefónicas autorizadas, como refere Mata-Mouros,¹²¹ “*por norma, a policia só solicita escutas a pessoas consideradas suspeitas de praticas criminosas, pelo menos na perspectiva dos investigadores*” e nesse âmbito processual e especificidade técnica da investigação, tem que obrigatoriamente lavrar o auto e o relatório fazendo constar, ainda que de forma sucinta, as passagens mais relevantes para a prova, explicando o seu alcance para a descoberta da verdade, conforme dispõe o (Artº 188º Nº1 CPP), diligenciando para que de 15 em 15 dias, seja dado conhecimento dos mesmos ao MP, acompanhado dos respectivos suportes técnicos.

Contudo, é importante dar nota que o OPC não está inibido de no decurso da interceptação e gravação dessa escuta telefónica, praticar cautelarmente actos urgentes para assegurar qualquer meio de prova, conforme dispõe o (Artº 188º Nº2 CPP), os quais se deverão circunscrever ao âmbito do objecto do crime que autorizou a escuta e não a outros, sob pena de tal procedimento estar a prejudicar o próprio espirito do legislador ao conferir certos e específicos requisitos materiais para a admissibilidade dessa escuta, matéria a desenvolver mais pormenorizadamente quando forem afloradas as questões dos conhecimentos de investigação e dos conhecimentos fortuitos.

Como sinopse deste segmento, merece referência o facto do legislador, em termos processuais penais e no âmbito das escutas telefónicas, de forma algo premissa no conjunto do regime estabelecido para a realização deste meio de obtenção de prova, ter procurado para melhor administração da justiça penal, compatibilizar o relacionamento entre autoridades judiciárias (MP e JIC) e OPC, não só em termos de complementaridade como de infungibilidade.

3.4. AS MEDIDAS CAUTELARES E DE POLICIA

Em Portugal a polícia, seja de ordem pública ou a judiciária, enquanto “*órgão de polícia criminal*” ou «*autoridade de polícia criminal*», pratica actos com relevância processual penal, ainda que em alguns casos seja confundível com actos de natureza pré-processual¹²², principalmente quando se trata de actos de competência própria, seja pela via de actos autónomos, designadas como medidas cautelares e de polícia,

¹²¹ MATA-MOUROS, idem, p 238

seja os praticados por delegação, autorização ou coadjuvação de outras autoridades judiciárias.

Em termos constitucionais o (Artº 272º CRP), estatui que as medidas de polícia são “as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário”, devendo obedecer ao princípio da legalidade e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, bem como pelos designados subprincípios da necessidade ou da proibição do excesso como advogam Gomes Canotilho e Vital Moreira¹²³ no pressuposto que são os direitos fundamentais e as garantias individuais que limitam as medidas de polícia e não a função de reprimir e prevenir a criminalidade.

Materialmente as medidas cautelares de polícia, consubstanciam um poder excepcional dos OPC poderem ainda antes da intervenção da autoridade judiciária, agir em termos processuais desde que objectivamente exista *periculum de mora* ou haja necessidade para tal a fim de assegurarem os meios de prova de que tenham conhecimento, conforme dispõe o (Artº249º CPP, conjugado com o Artº55 Nº2 CPP). A esta preocupação do legislador, não é despiciendo o facto de serem estes que temporal e espacialmente lidam directamente com os crimes e porque a investigação pressupõe um domínio de técnica que objectivamente e em termos práticos só está no domínio destes OPC.

Ainda em matéria de medidas cautelares e da autonomia do OPC`s, não deixa de ter relevância o inciso (Nº3 do Artº249º CPP), que legitima a intervenção destes depois da intervenção da autoridade judiciária, a qual como refere Damião da Cunha,¹²⁴ deve ser entendida e “compreendida à luz de uma competência de coadjuvação dos órgãos de polícia criminal.”

Projectando o exposto ao âmbito das escutas telefónicas, porque são os OPC aqueles a quem compete realizar e que de forma prévia tomam conhecimentos do conteúdo das mesmas, resulta da norma do CPP que estes órgãos estão legitimados a praticar actos cautelares, necessários e urgentes para assegurar os meios de prova (Artº 188.º, n.º 2 do CPP).

¹²² SILVA, Germano Marques - Curso de Processo Penal I. Lisboa : Verbo,1993. p 280

¹²³ CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. V. II. Artº 272º, nota VI, p 859-860

¹²⁴ CUNHA – O Ministério Público..., p 139

Como sinopse deste segmento, é fundamental relevar que, apesar da opção do legislador ter sido atribuir competências aos OPC para no âmbito de uma escuta telefónica autorizada poderem ter uma intervenção prévia ou subsequente sobre a prova, a mesma deve ocorrer de forma a garantir os direitos fundamentais dos visados e fundamentalmente garantir o exercício desses mesmo direitos, conforme resulta da constituição e, não uma forma de recolha de informação/pistas de investigação ou mesmo uma forma larvar de “voyeurismo.”

4. NATUREZA E ÂMBITO DOS CONHECIMENTOS

4.1. OS CONHECIMENTOS PROVENIENTES DAS ESCUTAS TELEFÓNICAS

Tal como advoga desde há muito Costa Andrade¹²⁵, pensamos que não podem ser valorados sem limites todos os conhecimentos adquiridos no âmbito de uma escuta telefónica, só pelos simples facto destes terem resultado de uma escuta legalmente admissível. Isto porque, como refere o autor, essa *“valoração introduz uma complexidade nova, cuja superação só é possível à custa de um autónomo círculo hermenêutico, em que se apela a tópicos e juízos específicos em matéria de danosidade social e de justificação.”*

Neste sentido, uma das primeiras dificuldades que enfrentamos quando estamos neste âmbito, é o de estabelecer uma definição concreta sobre o que é entendido como conhecimentos de investigação, isto porque é difícil em cada caso concreto, delimitar qual a sua *“potencial danosidade social”*, bem como a relação isotópica entre os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados e o direito processual penal, uma vez que as escutas não comprimem só os direitos dos visados pelo crime ao qual foi autorizada a escuta, como sacrificam direitos de terceiros que em rigor nada têm a ver com o crime.

A este propósito, é relevante chamar à colação as críticas da doutrina alemã, quando pela primeira vez o BGH, foi chamado a pronunciar-se sobre conhecimentos extras ao crime objecto da escuta, em que a decisão foi no sentido destes poderem ser utilizados pelo MP como notícia de crime, considerando não existirem inconvenientes nesse aproveitamento.

Entre as diversas correntes críticas da solução adoptada pelo BGH, havia autores que eram declaradamente a favor e sem qualquer restrição como era o caso de Meyer,¹²⁶ outros a favor de soluções *“compromissórias”* como eram os casos de Kaiser ou de Reiss,¹²⁷ e ainda, aqueles que eram frontalmente contra, rejeitando todo e qualquer aproveitamento processual desses conhecimentos, como era o caso de Knauth,¹²⁸

¹²⁵ ANDRADE – Sobre o Regime Processual Penal..., p 376

¹²⁶ MEYER apud ANDRADE – Sobre o Regime Processual Penal..., p 373

¹²⁷ REISS apud *Ibidem*

¹²⁸ KNAUTH apud ANDRADE, *idem*, p 374

com o fundamento que essa possibilidade “*pura e simplesmente*” minaria toda a “*tutela jurídico-constitucional da inviolabilidade das telecomunicações*”. Este doutrinador alegava ainda, em favor desta proibição absoluta, que o “*princípio da legalidade não pode interromper a osmose entre o direito constitucional e a StPO. Os interesses da dignidade jurídico-constitucional devem ter prevalência sobre os desejos e as metas do processo penal.*”

A propósito de conhecimentos extras, é ainda fundamental relevar a posição de Rudolphi¹²⁹ que argumentava que “*a decisão axiológica do legislador com que ele concretizou e fixou em termos legais o princípio constitucional da proporcionalidade terá de valer não só para a autorização das escutas, mas também e na mesma medida para a valoração das conversações que a utilização legal de uma escuta telefónica permitiu registar no gravador*”. Desta posição doutrinal resulta que os conhecimentos fortuitos deverão ser sujeitos a um “*juízo hipotético de intromissão*” numa lógica de “*estado de necessidade investigatório*” uma vez que é só nesse sentido que o legislador abre mão da admissibilidade da devassa da escuta.

Ainda neste segmento interlocutório sobre análise aos conhecimentos extras, é importante chamar à atenção que, a valoração dos mesmos não está só dependente das pessoas que os revelam mas, também do meio de transmissão ou comunicação de onde estes conhecimentos extras provêm, bastando para tanto que pertençam a uma pessoa do universo delimitado pela lei. Ou seja, os conhecimentos extra obtidos podem não corresponder integralmente ao universo das pessoas passíveis de serem escutadas, bastando para tanto que tenham resultado de intercepções de meios de comunicação de uma dessas pessoas, o que significa que tem pouca relevância se essas pessoas são ou não suspeitas, arguidos, intermediários ou vítimas, mas que tenham contacto com uma das pessoas com esse estatuto processual.

4.2. CONHECIMENTOS DE INVESTIGAÇÃO

A propósito dos conhecimentos fortuitos e da necessidade de se estabelecer um critério conceptual susceptível de os demarcar dos conhecimentos de investigação, Costa Andrade, invocando Wolter,¹³⁰ observa que neste âmbito, por prudência, não é aconselhável adiantar uma concepção, mas antes tentar “*identificar algumas*

¹²⁹ RUDOLPHI, na nota 3 p 450 apud ANDRADE, *idem*, p 406

¹³⁰ WOLTER, nota 1 p 765 apud ANDRADE – Sobre o Regime Processual Penal..., p 401

constelações típicas cuja pertinência aos conhecimentos de investigação aparece como mais óbvia, continuando a adscrever aos conhecimentos fortuitos um alcance preferencialmente residual.” Assim, desde logo, considera que são factos “*pertinentes aos conhecimentos da investigação*” todos aqueles que tenham uma relação de “*concurso ideal e aparente*” com o crime que que serviu de base à escuta telefónica. No mesmo sentido, também os delitos alternativos que tenham uma relação de “*comprovação alternativa dos factos*”¹³¹ bem como “*os crimes que, no momento em que é decidida a escuta em relação a uma associação criminosa, aparecem como constituindo a sua finalidade ou actividade*”¹³², isto porque segundo Riess¹³³ “*não se trata de modo algum de conhecimentos fortuitos, mas antes de conhecimentos que integram o processo histórico que, a seu tempo, ofereceu o motivo para uma ordem legítima de escuta*”. Considera ainda e perfilhando uma posição de Wolter¹³⁴ que a este elenco se devem associar as diferentes formas de comparticipação, bem como todas as formas de “*favorecimento pessoal*”, “*auxílio material*” ou “*recepção*”.

Assim, parafraseando Costa Andrade¹³⁵ e Simas Santos¹³⁶ devem ter-se como factos de investigação, os conhecimentos que estejam numa relação de “*concurso ideal e aparente com o crime que motivou e legitimou a investigação por meio da escuta telefónica*” bem como os conhecimentos que revelem os diversos comparticipantes do crime em análise e inicialmente desconhecidos, e os “*crimes instrumentais do crime que serviu de base à escuta*” ou em crimes cujo “*processo histórico*” está alicerçado no crime que tem por base a escuta, do qual são exemplo as associações criminosas¹³⁷.

É importante relevar que, esta distinção conceptual dos denominados conhecimentos de investigação, por contraponto com os conhecimentos fortuitos, em termos de doutrina nacional reúne a quase unanimidade de todos os autores, embora em alguns casos façam condicionar aceitação a alguns pressupostos, como é o caso de

¹³¹ WOLTER apud ANDRADE, *idem*, p 402

¹³² ANDRADE – Sobre o Regime Processual Penal..., p 387

¹³³ RIESS apud ANDRADE – Sobre o Regime Processual Penal..., p 402

¹³⁴ WOLTER apud ANDRADE, *ibidem*, p 402

¹³⁵ ANDRADE – Sobre as Proibições de Prova..., p 306

¹³⁶ SANTOS; LEAL-HENRIQUES; SANTOS – Noções de Processo..., p 254

¹³⁷ TEIXEIRA - Escutas telefónicas : mudança de paradigma..., p 277

Francisco Aguilar,¹³⁸ que embora corrobore da mesma, sustenta essa opção com uma dupla divergência, nomeadamente: que a diferenciação entre os conhecimentos de investigação e os fortuitos se consolida através da “*doutrina e da Jurisprudência e não através da Lei.*” A outra divergência resulta do facto do autor considerar que, não sendo a amostragem uma circunstância fechada, ela de alguma forma fica vulnerável às oscilações dessa mesma “*doutrina e jurisprudência*”. Ou seja, advoga que “*os critérios objectivos determinantes da existência de conhecimentos de investigação assentam na unidade processual resultante da conexão de processos*” isto porque o critério do N.º1 Art.º 24.º CPP, permite conferir cobertura legal e objectiva às diferentes constelações típicas avançadas pela jurisprudência e doutrina, pelo que “*o seu conteúdo não se esgota naquelas constelações típicas, podendo outras situações vir a ser consideradas como conhecimentos de investigação (...). Com o critério objectivo do n.º1 do Art.º24.º CPP, concretizamos, em suma, de um ponto de vista legal, a ideia de unidade processual investigatória que possibilitará, por exclusão de partes, a identificação da categoria dos conhecimentos fortuitos.*”¹³⁹

É, nesta perspectiva que Francisco Aguilar sustenta que os conhecimentos de investigação poderiam extravasar o círculo redutor do elenco legal dos crimes do catálogo, podendo estender-se a outros crimes conexos com o crime que autorizou a escuta, crimes do catálogo ou fora dele, facto que no entendimento do autor permitia ultrapassar o obstáculo da legalidade.

Acompanha-o numa perspectiva algo semelhante, André Leite¹⁴⁰ que embora corrobore da mesma opinião, fundamenta-a com a “*especial gravidade dos delitos em causa*”, adicionando-lhe um critério escrutinador que impede na prática que seja usado como pretexto para se “*obter material probatório através de um meio*” que a não ser assim, não poderia ser obtido de forma válida, posição em tudo muito semelhante às de Roxin, Wolter e Welp.¹⁴¹

¹³⁸ AGUILAR, Francisco - Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas. Coimbra : Almedina, 2004. p 23-24,

¹³⁹ AGUILAR Ibidem

¹⁴⁰ LEITE - As escutas telefónicas : algumas reflexões..., p 43

¹⁴¹ ROXIN, WOLTER e WELP apud ANDRADE – Sobre as proibições de prova..., p 306

4.3. CONHECIMENTOS FORTUITOS ANTES DA REVISÃO DO CPP DE 2007

Em termos históricos os conhecimentos fortuitos têm consagração normativa processual relativamente recente, omissão que não constituiu óbice a que os tribunais portugueses na sua prática jurisdicional os valorassem frequentemente através da absorção da extensa doutrina e jurisprudência alemã, visto as afinidades entre os já referidos sistemas.

É, importante relevar que, esta apesar de extensa, nem sempre era consensual, nem entre os diversos autores, nem entre a própria jurisprudência, variando entre o universo dos que defendiam sem restrições esses conhecimentos, do qual se releva Meyer¹⁴², passando por aqueles que propunham soluções “*mitigadas e compromissórias*” como Kaiser ou Reiss¹⁴³, ou então aqueles que pura e simplesmente rejeitavam todo e qualquer aproveitamento processual dos mesmos, no pressuposto que isso fragilizaria a tutela jurídico-constitucional, maquilhando a tutela efectiva em tutela aparente, destacando-se nesta doutrina Knauth.¹⁴⁴

Em defesa desta proibição absoluta, era também invocado o “*princípio da legalidade*” com fundamento que, a serem valorados se estava de algum modo a interromper a osmose entre o direito constitucional e a StPO, pelo que a dignidade jurídico-constitucional devia impreterivelmente de prevalecer sobre todos os interesses e metas processuais, cedendo à proibição jurídica-constitucional que limita essa aplicação.

Neste sentido, como releva Costa Andrade¹⁴⁵, a clarificação e estabilização do regime processual dos conhecimentos fortuitos, estiveram indelével e historicamente associados aos contributos da doutrina e da jurisprudência alemã, “*máxime do BGH alemão*”, invocando a título de exemplo, uma decisão do mesmo BGH de 1976, que pronunciando-se sobre a matéria, foi no sentido de que “*a valoração só é admissível se e na medida em que os factos conhecidos no âmbito de uma escuta telefónica [...] estão em conexão com a suspeita de um crime do catálogo deste preceito*” decisão que de alguma forma contrariava o “*OLG Hambrug 1973*” que quando pela primeira

¹⁴² MEYER apud ANDRADE, *ibidem*, p 276

¹⁴³ REISS apud ANDRADE, *ibidem*

¹⁴⁴ KNAULTH apud ANDRADE, *ibidem*

¹⁴⁵ ANDRADE – Sobre o Regime Processual Penal..., p 402

vez e por analogia com o regime dos conhecimentos fortuitos em matéria de buscas, se pronunciou pela admissibilidade da valoração de todos os conhecimentos fortuitos resultante de uma escuta validamente autorizada. Esta decisão do BGH veio de alguma forma institucionalizar no ordenamento jurídico alemão e nos sistemas inspirados como o português, o princípio da proibição de valoração dos conhecimentos fortuitos, sempre que estes não estivessem em conexão com um crime do catálogo.

Nesta perspectiva, era pacífico e tinha-se como assente entre a doutrina e a jurisprudência interna e externa que os conhecimentos fortuitos eram todos aqueles que por exclusão de parte não estivessem inseridos na natureza de conhecimentos de investigação, que como foi aflorado no segmento anterior, são aqueles que alargam o âmbito objecto do processo, desde que o crime revelado tenha na sua génese a mesma referência fáctica ou histórica do crime cuja escuta foi autorizada e entre esses crimes exista uma conexão objectiva.

Apesar do pacifismo referido, havia matérias em que a doutrina não era consensual, particularmente quanto a crimes que “*constituam a finalidade ou actividade da associação criminosa cuja perseguição determinou a escuta telefónica*” em que havia uma corrente que admitia essa valoração se o crime que lhe deu causa culminasse numa condenação ou até mesmo na simples acusação, outra que advogava que se tal desidrato não tivesse sido atingido os conhecimentos fortuitos não deviam ser valorados, sendo de destacar nessas divergências Roxin ou Wolter.¹⁴⁶

Entre nós, Costa Andrade¹⁴⁷ entendia que, “*em vista do silêncio da lei processual positiva, só o labor da jurisprudência e da doutrina pode esperar-se a necessária e ajustada resposta ao problema dos conhecimentos fortuitos*”, acrescentando a este propósito que a exigência mínima neste capítulo era que o conhecimento se reportasse a um dos crimes do catálogo e, que para melhor consistência desse mesmo conhecimento, que este consubstanciasse um efectivo “*estado de necessidade investigatório que o legislador terá arquetipicamente representado como fundamento da legitimação das escutas telefónicas.*” Ou seja, a verificação da possibilidade de, também quanto ao crime que não fundamentou a autorização da interceptação telefónica mas, cuja investigação irá beneficiar do resultado desta, formular um juízo de proporcionalidade e de indispensabilidade, numa logica hipotética

¹⁴⁶ ROXIN apud ANDRADE – Sobre o Regime Processual Penal..., p 407

¹⁴⁷ ANDRADE – ibidem.

e póstumo sobre esse recurso, tal como para o meio de obtenção de prova. A este propósito devemos destacar o entendimento de RUDOLPHI¹⁴⁸, que considerava que “a decisão axiológica do legislador com que ele concretizou e fixou em termos legais o princípio constitucional da proporcionalidade terá de valer não só para a autorização da escuta, mas também e na mesma medida, para a valoração das conversações que a utilização legal de uma escuta telefónica permitiu registar no gravador”.

Sobre esta questão e a omissão legal então existente, também Simas Santos¹⁴⁹, advogava um entendimento semelhante, quer de Costa Andrade, acrescentando-lhe um argumento de índole casuístico, considerando que as informações obtidas não eram “proibido por lei” porque tinham resultado de um procedimento legal autorizado para recolha de conhecimentos de informação, e que, “verificadas as mesmas condições na situação lateral, permitiria que a autorização fosse também concedida para a obter directamente o que se obteve através dos conhecimentos fortuitos.” Nesta perspectiva o autor entendia que, apesar das escutas telefónicas servirem exclusivamente o processo penal, “excepcionalmente, e em determinadas e muito específicas condições, é possível estender certos resultados das escutas a outros processos”, naquilo que são designados como conhecimentos fortuitos. Também, Germano Marques¹⁵⁰ perfilhava uma interpretação similar, fazendo condicionar a admissibilidade dos conhecimentos fortuitos a uma dupla e cumulativa exigência, que tinha subjacente o facto do crime revelado pertencer ao universo do elenco do catálogo legal e esses conhecimentos serem “indispensáveis” ao processo.

Em termos aparentemente opostos e algo compromissórios, André Leite¹⁵¹ tem relativamente a esta matéria um entendimento híbrido, designado pelo próprio como “resposta mitigada” porque não é totalmente contra, nem totalmente a favor. A este propósito considerava que se o conhecimento fortuito revelasse a suspeita da prática de um crime do universo do catálogo do (Nº1 do Artº187º CPP), perpetrado pelo arguido/suspeito ou mesmo um terceiro, mesmo que não tivesse qualquer ligação com o processo em que as escutas foram autorizadas, considerava não existir qualquer objecção a essa valoração como prova, desde que esta fosse indispensável para a

¹⁴⁸ RUDOLPHI apud idem, p 406

¹⁴⁹ SANTOS; LEAL-HENRIQUES; SANTOS, – Noções de Processo..., p 257

¹⁵⁰ SILVA – Curso de Processo..., p 256

¹⁵¹ LEITE - As escutas telefónicas : algumas reflexões..., p 40

mesma. Contudo, o autor não deixava de alertar para o perigo de eventualmente se abrir portas para que as “*instância formais de controlo*” pudessem fazer uso indevido desse conhecimento, potenciando “*uma espécie de fraude ao próprio regime deste meio de obtenção de prova*”.¹⁵²

Quanto aos conhecimentos fortuitos que revelassem tipos legais de crimes fora do universo do (Nº1 do Art 187º CPP), André Leite tinha uma perspectiva mais consentânea com a esmagadora maioria da doutrina, rejeitando-os, esgrimindo para esse propósito um duplo fundamento; Um que defendia que a valoração desses conhecimentos constituiria um grave “*entorse ao princípio da legalidade*”, isto porque, se o legislador entendeu que esses tipos legais de crimes não tinham “*dignidade*” processual, atribuir-lhe qualquer valoração era desvirtuar a ponderação entre a “*inviolabilidade das telecomunicações*” e a “*descoberta da verdade em processo penal*”. O segundo de natureza mais objectiva, ao considerar que por questões de “*prevenção geral exo-processual*” bastava que “*órgãos das instâncias formais de controlo*” invocassem um crime do universo do catálogo, para dessa forma fácil obtivessem através de escutas telefónicas conhecimento de crimes.¹⁵³ No entanto, aparentemente e de forma algo contraditória, admite que esses conhecimentos possam ser instrumento de “*notícia de crime*” nos termos do (Artº241º e 242º ambos do CPP).

É de relevar que, face ao referido silêncio legal de uma definição sobre o que poderiam consistir esses conhecimentos fortuitos, André Leite ao contrário da esmagadora maioria dos autores e de forma algo inovadora, esboça uma definição formulando que se tratavam de “*todos aqueles que exorbitam o núcleo de fonte de informação previstas no meio de obtenção da prova em causa, assim atingindo a esfera jurídica de terceiros, bem como aqueles que, atendendo ao seu conteúdo, não se prendem com a factualidade que motivou o recurso a tal meio.*”¹⁵⁴

Em termos jurisprudenciais, um dos primeiros arestos que abordou esta questão, foi o STJ¹⁵⁵ ao decidir que “*em matéria de escutas é já aceite, como princípio de*

¹⁵² LEITE - *idem*, p 41

¹⁵³ LEITE - *Ibidem*

¹⁵⁴ LEITE - *idem*, p 38

¹⁵⁵ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Procº RP199501119441000, de 11-01-1995, relator Pereira Madeira.

observância obrigatória, o da proibição dos conhecimentos fortuitos que não estejam em conexão com um crime do catálogo, entendido este como o numerus clausus dos delitos em cuja instrução a lei adjectiva admite a possibilidade de utilização das escutas”.

Posteriormente, o mesmo STJ¹⁵⁶ foi do mesmo entendimento, considerando que “as informações recolhidas em escutas válidas e legalmente realizadas no âmbito de um determinado processo poderiam ser transportadas para outro processo, desde que neste se esteja a investigar um crime incluído no numerus clausus da lei e tenha sido reconhecido o seu interesse para a descoberta da verdade ou para a prova no processo onde se pretende conduzi-las.”

Como foi demonstrado, a unanimidade entre a doutrina em valorar os conhecimentos fortuitos ao longo do tempo, foi nota dominante, apesar de nem sempre coincidente quanto aos critérios de aferição. Uma porque apenas faziam depender a valoração do facto conhecido ao facto desse crime pertencer ao elenco do catálogo, outra doutrina, para além de condicionar o facto a um crime do catálogo condicionava cumulativamente essa valoração a “um juízo hipotético de intromissão” concretizado através do designado “estado de necessidade investigatório” em tudo semelhante ao idealizado para as soluções do efeito à distância. Assim, era feito apelo ao recurso da “causalidade hipotética” como mecanismo de aferição de admissibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos, cujos parâmetros passava por um juízo de probabilidade, ou seja, que fosse espectável que no momento em que se ordenou a escuta seria de suspeitar a prática de outros crimes pelo visado ou por terceiro que pudessem admitir também o recurso a esse meio de obtenção de prova. Esta doutrina estava incondicionalmente direccionada para uma interpretação restritiva da utilização destes conhecimentos, que na generalidade era acolhida pelos diversos tribunais,¹⁵⁷ bem como, a não valoração desse material probatório quando o crime revelado não tivesse lastro no universo dos crimes do catálogo.¹⁵⁸ Ou seja, o aproveitamento de prova recolhido num processo, em geral podia constituir meio de prova lícito em outro

¹⁵⁶ Acórdão do Supremo Tribunal da Justiça, Proc.º 02p2133, de 23/10/2002, relator Leal-Henriques

¹⁵⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc.º 3543/2003-3 de 7/07/2004, relator Moraes Rocha.

¹⁵⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc.º 17455, de 6/05/2003, relator Filomena C. Lima. “Se, em resultado de escutas realizadas para obtenção de prova de crime do catálogo, se colherem informações marginais que denunciem o conhecimento de outro crime que não conte do elenco enunciando no Art.187º CPP, não poderão tais informações fortuitas ser usadas para instruir crimes de gravidade inferior aos aí elencados.”

processo em curso ou a instaurar, não existindo grandes divergências quanto a essa opção.

Como sinopse deste segmento, é de relevar que aparentemente nada havia que obstasse que conhecimentos fortuitos obtidos num processo em investigação fossem avocados para um outro processo em curso ou a instaurar, desde que a esses conhecimentos se tivesse reconhecido imprescindibilidade no apuramento dos factos em presença e desde que a recolha tivesse obedecido no processo de origem às regras próprias legalmente estabelecidas e que se tivesse facultado aos visados a oportunidade de apreciar esses dados e de os contraditar. Todavia, sempre houve na doutrina, quer nacional quer estrangeira, posições extremadas entre quem defendesse essa valoração sem quaisquer restrições, em nome do postulado da continuidade da licitude da produção da prova e quem optasse pela proibição de valoração de todo e qualquer conhecimento fortuito.

4.4. CONHECIMENTOS FORTUITOS DEPOIS DA REVISÃO CPP 2007

Dissecados os conhecimentos fortuitos na perspectiva da doutrina e da jurisprudência na base da omissão legal existente até à ultima revisão do CPP, o presente segmento tem como objectivo o afloramento desses conhecimentos na base normativa que resultou dessa revisão, consagrada no (Nº7 do Artº187º CPP), a qual insere na sua previsão legal, a particularidade do legislador ter incorporado no mesmo corpo normativo uma remissiva para o disposto do (Artº 248º CPP).

A este propósito, é importante chamar à colação o que observa Damião da Cunha, em nota de rodapé,¹⁵⁹ alertando para o facto de, tratando-se os conhecimentos fortuitos por definição *“um elemento relevante não autorizado,”* não tenha havido em termos legislativos, a preocupação de se estabelecer uma previsão legal diferenciada dos *“elementos autorizados [...] quanto ao procedimento/formalidade”* quando se tem consciência de que a utilização desses conhecimentos têm uma natureza excepcional.

Analisando o conteúdo da norma, é perceptível que o legislador tal como construiu a previsão legal, de forma clara e objectiva, teve a intenção de introduzir na mesma, não um, mas dois instrumentos jurídicos distintos, fazendo convergir para o regime das medidas cautelares de polícia, o mesmo regime dos meios de obtenção de prova das

¹⁵⁹ CUNHA - O Regime Legal das Escutas Telefónicas..., p 213

escutas telefónicas, o que em termos sistemáticos e teleológicos tem uma natureza e âmbito diversos.

Se alguns autores aplaudem esta opção, como é o caso de Adérito Teixeira¹⁶⁰ porque entende que a decisão do legislador português merece honras de “*aplausos*”, outros entendem que tal e qual como foi consagrado esse regime legal, em vez de uma boa solução, é um problema quase insolúvel, tantos são os alçapões que permitem a devassa da intimidade da vida privada.

Face a esta dicotomia, por coerência e conveniência deste afloramento, a abordagem dos dois segmentos do (Nº7 do Artº187º CPP) serão dissecados de forma autónoma e distinta, partindo-se desde logo e por uma questão de interesse do afloramento, o segmento *in fine* e que está directamente relacionado com os critérios do aproveitamento dos conhecimentos fortuitos.

Pensamos que a consagração jurídica e normativa destes conhecimentos, mais que uma divisa do legislador, revela-se uma forma tímida de condicionar esse aproveitamento, fazendo incidir sobre o aproveitamento desses conhecimentos fortuitos, critérios de aferição de natureza subjectiva, nomeadamente, o da indispensabilidade para a prova em outro processo em curso ou a instaurar, desde e que eles tenham “*resultado da interceptação de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no (Nº4 do Artº187º CPP)*”.

Assim, a primeira crítica ao regime, resulta desde logo do facto do legislador não ter tido o cuidado de estabelecer um regime específico para os conhecimentos fortuitos mas, antes estender o regime do (Artº 187º CPP e seg.), estes conhecimentos, fazendo condicionar a sua valoração a alguns requisitos de admissibilidade do próprio regime das escutas telefónicas que, como foi dissecado tem como objectivo uma aferição prévia de forma a cuidar da pertinência dessa diligência para obtenção de prova num caso concreto de um processo. Ora, sendo esses conhecimentos fortuitos prova para ser utilizado em outro processo, em curso ou a instaurar, desde logo, o pressuposto da excepcionalidade e subsidiariedade perde total cabimento relativamente a esse novo processo, uma vez que em concreto nada garante que essa mesma prova não pudesse ser obtida sem ter havido o sacrifício dos direitos fundamentais dos visados ou de terceiros de boa-fé.

¹⁶⁰ TEIXEIRA - Escutas telefónicas : mudança de paradigma..., p. 272

Para além disso, como já foi dissecado em 1.3.2, o universo das pessoas sobre quem podem ser utilizados os conhecimentos extras obtidos através de uma escuta telefónica autorizada, pode não corresponder integralmente ao universo das pessoas passíveis de serem escutadas, bastando para tanto que o meio de comunicação ao qual foi autorizada a escuta telefónica seja também utilizado por uma pessoa exterior ao universo dos expressamente delimitados. Isto significa que, tem pouca relevância se essas pessoas são ou não são suspeitas, arguidos, intermediários ou vítimas, bastando para tanto que esses conhecimentos fortuitos tenham resultado de uma conversação entre duas pessoas com ou sem essa qualidade mas, que tenham utilizado um meio de uma pessoa que tenha essa natureza jurídica e a quem tenha sido autorizada a escuta. Ora, tal facto não deixa de ser algo paradoxal, se pensarmos que a (al. a) N^o6 Art^o188^o do CPP), impõe que sejam mandadas destruir as intercepções e gravações em que não tenha intervindo nenhuma dessas pessoas visadas e que os factos sejam manifestamente estranhos ao processo.

Tendo como exequível essa utilizabilidade, isso não deixa de exigir uma aferição do JIC, ainda que a prognose póstuma, sobre se estes conhecimentos extras preenchem ou não um crime do catálogo e se resultaram duma efectiva intercepção de alguém do universo (N^o4, do Art^o187^o CPP) ou do meio de comunicação utilizado por estes, bem como, se tal facto é ou não indispensável como prova para o outro processo em curso ou a instaurar. Assim, pensamos que o legislador não foi suficientemente cauteloso quando impõe que a junção dos “*suporte técnicos das conversações ou comunicações*” bem como os despachos que fundamentaram essas intercepções tenham que ser juntos ao processo em que serão aproveitados como meio de prova, mediante despacho de autorização do juiz, em cumprimento do disposto no (n^o8 do art^o187^o CPP). Isto porque, sendo o MP o único titular do inquérito e com total autonomia em relação ao JIC, é susceptível este na qualidade de *dominus* do processo tenha interesse na avocação desses conhecimentos para serem utilizados como prova nesse processo em curso ou a instaurar e essa pretensão poder a vir ser rejeitada, com um fundamento contrário ao da sua pretensão, uma vez que a aferição da indispensabilidade está conferida ao JIC, abrindo-se com esta formulação uma eventual porta para a intromissão do JIC no inquérito, que como já foi aflorado é da exclusiva responsabilidade do MP.

Como ficou evidente no exposto e como é entendido por alguma doutrina, do qual destacamos Germano Marques,¹⁶¹ o universo das pessoas susceptíveis de serem escutadas e que o legislador teve intenção de delimitar, é bastante mais vasto, o que de alguma forma frustra o próprio “...*espírito do legislador ao limitar,*” uma vez que qualquer outra conversação ou comunicação de terceiras pessoas que não pertença ao universo dos legalmente escutáveis mas, que utilizem o meio de comunicação das pessoas de uma dessas pessoas do elenco, podem ser aproveitados em processo em curso ou a instaurar quando os conhecimentos obtidos consubstanciem um crime do catálogo ou mesmo ser instrumento/pista de recolha de informação de outros crimes.

Outra omissão mais evidente nesta formulação do (Nº7 do Artº 187º CPP), mantendo-se dessa forma a controvérsia anterior a esta consagração, é a da total ausência de uma definição objectiva do que o legislador entende como conhecimento fortuito, uma vez que este se limitou a consagrar critérios unicamente para eventuais utilizações desses conhecimentos extras e mesmo nesse âmbito, foi algo redutor uma vez que pouco ou nada acrescentou ao que era prática dos tribunais e interpretação da doutrina antes dessa consagração.

Assim, qualquer esboço dessa definição, só se obtém do aresto e reflexão da doutrina e jurisprudência até então aplicada, a qual unanimemente entendia que os conhecimentos fortuitos, eram todos os conhecimentos obtidos marginalmente ao crime ao qual foi autorizada a escuta telefónica e que os mesmos não se reportassem ou tivessem de contacto ou aproximação com os que conduziram a essa escuta. A este propósito tem pertinência a posição de Simas Santos, considerando que uma definição de conhecimentos fortuitos, resultará sempre como um facto meramente residual e do cotejo dos conhecimentos de investigação, sendo todos “*aqueles que essas escutas fornecem, quer em relação, aos factos que as legitimam, quer no que concerne aos factos que com esses têm um pólo de afinidade ou proximidade e estão a ser investigados no mesmo processo*”¹⁶². Esse entendimento tem algumas semelhanças com o formulado por Damião da Cunha¹⁶³ que considera os conhecimentos fortuitos como aqueles conhecimentos que não têm cabimento no âmbito do crime que fundamentou a autorização, motivo pelo qual devem ter um

¹⁶¹ SILVA – Curso de Processo..., p 256

¹⁶² SANTOS; LEAL-HENRIQUES; SANTOS – Noções de Processo..., p 254

¹⁶³ CUNHA - O Regime Legal das Escutas Telefónicas..., p 212

regime legal autónomo que exige e requer um juízo de indispensabilidade em função dessa autonomia.

Como sinopse deste segmento, pensamos que, apesar da intenção do legislador ter sido conferir legitimidade normativa aos conhecimentos fortuitos, que a doutrina e a jurisprudência de alguma forma toda corrobora, já quanto à formulação e âmbito da norma, esse desiderato não é tao consensual e em alguns casos alvos de críticas severas.

4.5. EXTENSÃO DO REGIME DOS CONHECIMENTOS FORTUITOS ÀS MEDIDAS CAUTELARES E DE POLÍCIA

Dissecadas algumas das questões tidas como pertinentes relativas ao segmento in fine da norma (Nº7 Artº187º CPP) o qual como foi referido por questões de conveniência foi dissecado primeiro lugar, a abordagem deste tem por objectivo abordar alguma da controvérsia suscitada com a extensão da norma ao (Artº 248º do CPP), porventura aquele que suscita e projecta maiores preocupações em termos práticos e em termos direitos fundamentais.

Neste sentido, a questão dos conhecimentos fortuitos obtidos através de uma escuta telefónica autorizada não fica encerrada, na medida em que pensamos que por razões de natureza exclusivamente de política criminal, o legislador estendeu o regime normativo dos meios de obtenção de prova ao regime das medidas cautelares e de polícia, de sistemática, âmbito e natureza completamente distintos, em que na maioria dos casos ocorrem numa fase pré-processual e no âmbito de pura recolha de pistas de investigação e ainda quando não houve a intervenção prévia da instância judiciária.

É, importante referirmos que, esta opção do legislador tem acolhimento na doutrina, da qual destacamos Adérito Teixeira¹⁶⁴ que a este propósito, entende que é *“uma forma de consagrar legalmente e de conferir relevância às chamadas pistas de investigação”* fundamentando esse entendimento no pressuposto que foi uma forma do legislador *“...no desígnio de repressão do crime em níveis aceitáveis num estado de Direito Democrático, procura fazer um aproveitamento de notícias sobre ilícitos penais, obtidas por via de investigação alheia, que de outro modo, não lograria alcançar”*.

¹⁶⁴ TEIXEIRA - Escutas telefónicas : mudança de paradigma..., p 272

Assim, julgamos ser pertinente dissecar a forma como em termos processuais penais e natureza funcional, os OPC na generalidade dos casos obtêm os conhecimentos dos crimes, muito particularmente no âmbito da sistemática das medidas cautelares e de polícia, consagradas no (Artº248º CPP).

Analisando o (Artº 248º CPP), este tem como epígrafe “*Comunicação de Notícias de Crimes*” com enquadramento sistemático no Capítulo II, “*Das Medidas Cautelares e de Polícia*”, consagrando no seu Nº1 que, os OPC que “*tiverem conhecimento próprio ou mediante denúncia, transmitem-na ao Ministério Público, no mais curto prazo.*” Assim, o primeiro aspecto que pensamos carecer de reflexão, prende-se com a tentativa de percebermos como é que processualmente os OPC podem obter os “*conhecimentos próprios.*” Esse facto remete-nos para o (Nº1 do artº 243º CPP), conjugado com o (Artº241º CPP), do qual resulta que esses conhecimentos são obtidos na forma presencial ou em qualquer crime de “*denúncia obrigatória*”. Ou seja, só é obrigatória a denúncia dos conhecimentos de crime por parte dos OPC, ao MP quando tiverem sido presenciado por estes (Artº243º CPP) ou quanto sejam do conhecimento das entidades policiais, mediante denuncia facultativa no termos do (Artº 244º conjugado com al. a) nº1, Artº242º ambos do CPP).

Neste sentido, salvo o devido respeito de outras opiniões discordantes, pensamos que os tais “*conhecimentos*” também designados de “*pista de investigação*” não têm enquadramento legal em nenhum destes regimes, nem no âmbito dos meios de obtenção de prova, nem no âmbito das medidas cautelares e de policia, porque apesar de serem obtidos de forma directa, não têm a natureza presencial nem o conhecimento tem por génese uma denúncia manifestada de forma livre e expressa por um qualquer lesado ou ofendido. Posto isto, a não ser assim, as escutas telefónicas como observa Roxin¹⁶⁵ “*... pode converter-se numa forma larvada de obtenção de confissões não livres, frustrando-se a garantia do principio **nemo tenetur se ipsum prodere accusare***” e nesse caso constituir uma proibição de prova.

Outra questão também algo problemática nesta opção do legislador, centra-se no facto de a norma suscitar dúvidas quanto ao eventual alcance das tais designadas “*pistas de investigação*”, uma vez que não é claro se a intenção foi de apenas circunscrever esses conhecimentos extras aos crimes do universo do catálogo do (Artº187º CPP) ou, se em contrapartida, essas pistas são extensíveis a todos e quaisquer crimes extras

¹⁶⁵ ROXIN apud ANDRADE – Sobre o Regime Processual..., p 383

obtidos através da escuta telefónica mas, pensamos que tal e qual como o legislador consagrou a norma que foi sua intenção que a mesma tenha uma abrangência o mais alargada possível e no sentido de privilegiar a política criminal e não os direitos fundamentais.

Como sinopse, pensamos que, tendo as escutas telefónicas uma natureza excepcional e subsidiária, o aproveitamento dos conhecimentos fortuitos, quer sejam em termos de meio de prova, quer sejam em termos de utilização como notícia de crimes, devem ter um especial crivo restritivo, até porque, se relativamente aos crimes do catálogo estes acabam por ser absorvidos no âmbito do processo, já quanto aos que não são do universo do catálogo, podem constituir uma forma perversa dos OPC poderem obter informações que de outra forma não obteriam ou que dificilmente os obteriam sem ser por essa via.

4.6. CONHECIMENTOS FORTUITOS PROCESSUALMENTE ATÍPICOS

Outra das questões controversas nesta matéria, até pelo ênfase público que tem revestido nos últimos tempos, são os conhecimentos fortuitos que envolvem os titulares de órgãos de soberania que não estão inicialmente do elenco (Nº4 do Artº187º do CPP), nem do crime do catálogo que fundamentou a autorização da escuta, mas são apenas interlocutores destes ou tenham utilizado meio de comunicação pertencentes a estes.

A actual redacção do (Nº4 artº187º CPP), consagra a limitação do universo dos escutáveis, que como já foi escalpelizado e demonstrado anteriormente, pode a todo tempo ser alterada, muito em particular pelas próprias características do processo que são mutáveis, fazendo com que os conhecimentos fortuitos em que estejam presentes titulares de órgão soberania, tenham algumas especificidades próprias que na prática nem sempre têm sido consensuais, quer na interpretação da autoridade judiciária, quer entre a própria doutrina, pelo que atrever-nos-íamos a catalogar esses conhecimentos como **conhecimentos fortuitos de natureza atípica**.

Como observa a este propósito Simas Santos,¹⁶⁶ *“esta regra pode originar algumas dificuldades na sua aplicação, pois pode suceder que, de escutas legitimamente autorizadas, resultem **conhecimentos fortuitos** sobre crimes de catálogo em relação*

¹⁶⁶ SANTOS; LEAL-HENRIQUES; SANTOS – Noções de Processo..., notas p 237

ao Presidente da República, ao Presidente da Assembleia da República ou ao Primeiro-Ministro, em que estes não eram os alvos”.

Como foi referido, a doutrina não tem sido unanime nem quanto à interpretação nem quanto ao destino a conferir a esses conhecimentos fortuitos, havendo autores como André Leite¹⁶⁷ que de forma típica defende que o conhecimento de crime diverso daquele que está em investigação e que com ele não tenha qualquer conexão, quando estejam em causa entidades prevista na (al. b) N^o2 Art^o 11^o CPP), *in fine*, aplica-se o regime do (N^o7 e N^o8 Art^o187^a CPP), cabendo a decisão do aproveitamento ao Presidente do STJ, uma vez que em caso de suspeita inicial seria a entidade com competência também para autorizar a escuta telefónica. Esta tese é também perfilhada por Simas Santos¹⁶⁸, diferenciando-se apenas no argumento, afirmando que: *“afigura-se-nos que a competência do Presidente do STJ se restringe ao processo de inquérito que eventualmente tenha sido aberto com base na notícia resultante desses conhecimentos fortuitos, não abrangendo as escutas e seu valor no processo em que elas tenham sido autorizadas pelo juiz competente.”*

Contrariamente ao autores referenciados anteriormente, Adérito Teixeira¹⁶⁹ de forma inversa e **atípica**, contrariando até o seu próprio entendimento sobre a generalidade do aproveitamento dos conhecimentos fortuitos, entende que, sempre que esses conhecimentos envolvam os titulares de órgãos de soberania que não estão inicialmente do elenco (N^o4 do Art^o187^o do CPP), nem do crime do catálogo que fundamentou a autorização da escuta, mas são apenas interlocutores destes ou tenham utilizado meios de comunicação deles pertencentes, devem ser imediatamente destruídos, fundamentando essas decisão no facto desses conhecimentos terem resultado de uma escuta não autorizada pelo Presidente do STJ mas do JIC.

Ora, pensamos que este entendimento diferenciado deve ser de rejeitar, uma vez que se procura diferenciar de forma negativa circunstâncias completamente iguais, facto diverso seria se à data da prolação da autorização da escuta telefónica, essas entidades já tivessem o estatuto de suspeito, de arguido, de intermediário ou de vítima, que então sim lhe conferiria um estatuto específico cuja protecção legitima um tratamento desigual.

¹⁶⁷ LEITE – Entre Péricles e Sísifo : o novo Regime Legal..., p 624

¹⁶⁸ SANTOS; LEAL-HENRIQUES; SANTOS, – Noções de Processo..., notas p 237

¹⁶⁹ TEIXEIRA - Escutas telefónicas : mudança de paradigma..., p 280

A este propósito é fundamental destacar que o Princípio da Igualdade constitucionalmente consagrado (Artº13º CRP), impõe que sejam tratados por igual o que é igual ou desigual o que desigual e, não um tratamento desigual naquilo que é absolutamente igual, não devendo por isso acolher o entendimento de que esses conhecimentos devem ser destruídos.

Como sinopse deste segmento final, pensamos que apesar da norma legal consagrar um regime específico e processualmente atípico para os conhecimentos fortuitos em que intervenham certas entidades e tenham resultado de uma conversação de uma escuta autorizada em que inicialmente não eram os visados, esses conhecimentos devem ter uma valoração e um aproveitamento em tudo semelhante ao da generalidade dos conhecimentos fortuitos típicos, sob pena dessa diferenciação só por si constituir uma inconstitucionalidade.

CONCLUSÕES

Como foi demonstrado ao longo do afloramento, quer a doutrina quer a jurisprudência debateram-se durante o longo período de vigência do CPP de 1987, com o dilema de saber se era admissível ou não a utilização de conhecimentos fortuitos como prova contra terceiros, arguidos ou suspeitos.

Não obstante a sua importância e a natureza excepcional face ao (Art.º 32.º, n.º 8 da CRP), na medida em que punha em causa princípios constitucionais, esta consagração normativa só veio a ocorrer com a reforma do processo penal de 29 de Agosto de 2007, embora de forma autonomizada mas não autónoma, uma vez que foi enquadrado no regime da admissibilidade do regime das escutas telefónicas.

A anterior redacção do regime da admissibilidade deste meio de obtenção de prova, consagrado no (Art.º 187.º do CPP), além de totalmente omissa em relação aos conhecimentos fortuitos, conforme foi referido, também era omissa sobre o universo dos potenciais escutáveis da escuta telefónica autorizada. Entre as alterações introduzidas ao regime, procedeu-se ao aditamento do seu (n.º 4 e n.º 7, do Art.º 187.º CPP) cujo objectivo, para além da consagração normativa, visava esclarecer algumas das dúvidas que se colocavam quanto à validade como prova desses conhecimentos extras.

Como foi demonstrado ao longo do desenvolvimento, quer a doutrina quer a jurisprudência, entendem que, de entre os diversos meios de obtenção de prova admissíveis em processo penal, as escutas telefónicas são aqueles que manifestamente provocam maior efeito metátese de danosidade social, não só pela sua polimorfia natural, como pela sua pluridimensionalidade resultante da impossibilidade de conter os danos nos limites que à partida seriam tidos como mais assertivos para cada caso em concreto.

Assim, sem mergulhar sobre a controvérsia da fronteira dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados mas, partindo do pressuposto que a inviolabilidade da vida privada, da correspondência e das telecomunicações (Art. 34.º, CRP) é um direito fundamental com conexão directa com o direito à intimidade e à liberdade da pessoa que se projecta sobre a própria pessoa, conforme resulta do previsto no (Art. 26.º CRP) e que qualquer ingerência das autoridades públicas efectuada fora dos

casos previstos na lei e sem previa intervenção judicial (Art. 34.º, 2 e 4) ou quando tal aconteça, seja desnecessária, desproporcionada, ou aniquile os próprios direitos fundamentais de garantia individual, em sede de processo criminal, vale por dizer que constitui uma abusiva intromissão na vida privada, na correspondência e nas telecomunicações conforme previsto no (Art. 32.º, n.º 8, CRP).

Como garantia e salvaguarda desses direitos fundamentais, o legislador constitucional no âmbito do processo criminal, atribui ao juiz o direito de reserva (Art. 32.º/4 da CRP) função garantística que deverá fazer actuar sempre que este meio de obtenção de prova constitua ou seja instrumento arbitrário de investigação. Com isto não se pretende afirmar que a realização das escutas esteja no domínio absoluto do poder do JIC, nem tem sido esse o entendimento das autoridades judiciárias mas, apenas que o juiz tem a prerrogativa de efectivamente controlar as escutas telefónicas por si autorizadas.

Como foi escalpelizado, o legislador não considera a busca da verdade um valor absoluto mas, tao só que essa verdade seja obtida através de meios justos e legalmente admissíveis, o que não significa que não tenha que ser procurada por todos os meios. Significa sim que, a busca incessante da verdade penal não pode ser alcançada a qualquer preço, mormente quando esse desiderato configure um sacrifício dos direitos fundamentais os quais têm na sua génese o principio da dignidade da pessoa humana, sejam elas os visados do crime em investigação ou de terceiros de boa-fé, porque um Estado de Direito Democrático, não só reclama uma investigação eficaz, como exige que esta seja empreendida no estrito respeito dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, alcançado do equilíbrio entre os direitos sacrificados pelas escutas telefónicas, nomeadamente, direito à reserva da vida privada, à inviolabilidade das telecomunicações, ao direito à palavra, todos com guarida constitucional no (Artº26º Nº1 e 34º Nº1 e 4 CRP), e a indispensabilidade da diligência para obtenção da prova do crime em investigação.

Nessa perspectiva, as escutas telefónicas devem constituir um mecanismo jurídico dos OPC e das autoridades judiciárias de recolha de prova para o processo e não um mero instrumento de demonstração do *thema probandi*.

Como foi aflorado, o (Art. 187º do CPP) consagra a admissibilidade da interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas, como meio de obtenção de

prova, desde que autorizadas, por despacho judicial, relativamente aos crimes catalogados nas alíneas a) a g), do nº 1, do citado normativo, “*se houver 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*”, as quais estão sujeitas às formalidades do (Artº188º CPP).

Ambos os normativos estabelecem o regime de autorização e controlo judicial deste meio de obtenção de prova, o qual pelas suas características o tornam particularmente apto à investigação, mas visto ser um meio portador de uma elevada “*danosidade social*” o legislador reservou-o exclusivamente a certos e específicos tipos de crimes ou para crimes que, pela gravidade dos interesses em causa, interprete-se moldura penal abstractamente aplicável, se possa justificar a sua adopção.

Tais normas estão em consonância com o (Art. 34º, nº 1, da CRP), segundo o qual “*...o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis*”, bem como com o disposto no nº 4, do mesmo preceito constitucional, que consagra que “*é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação social, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo penal*”. Daqui resulta que, só em matéria de processo penal são admissíveis restrições dos direitos fundamentais, corporizados na lei ordinária processualmente nos (Arts. 187º e ss, do CPP), e ainda assim, parametrizados à dimensão do princípio da proporcionalidade consagrado no (Art. 18º, nº 2, da CRP).

Nestes termos a *ratio legis* tem como objectivo estabelecer limites ao uso deste meio de obtenção de prova, porque como foi demonstrado, não obstante tratar-se de um meio de obtenção de prova bastante apto para a perseguição criminal, é também um meio de particular intrusividade da intimidade da vida privada e que lesa de forma irreversível os direitos fundamentais individuais e a dignidade da pessoa humana que estão na sua base genética, sendo o seu uso de natureza excepcional e subsidiário, que deverá ser aferido em função de cada realidade em concreto, da particular gravidade do crime ou elenco do catálogo legal ínsito no (Artº 187º, nº 1 do CPP).

Efectuada a escuta telefónica válida, tal facto não deverá significar que todos os conhecimentos obtidos na sequência da mesma possam sem mais ser valorados como prova, pois pensamos que o seu fim deve esgotar-se na obtenção de

conhecimentos relativos à investigação que originou essa escuta. Ou seja, o juízo de idoneidade e subsidiariedade que constitui o crivo da admissibilidade dessa escuta telefónica, esgota-se com os conhecimentos obtidos durante a investigação do caso concreto, pelo que a valoração probatória deve circunscrever-se aos limites do processo em que a respectiva escuta foi autorizada. Porém, como foi demonstrado, esse não foi o entendimento do legislador na última revisão, tendo estendido a admissibilidade desses conhecimentos a outros processos em curso ou a instaurar, como que de alguma forma derogando o princípio constitucional (Art^a 32^o, n^o 8 da CRP) que dispõe que “*são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações,*” mas na linha do que já era entendimento maioritário da doutrina e jurisprudência, admitindo que dentro de certos circunstancialismos e pressupostos, os conhecimentos fortuitos, apesar de fora do âmbito do objecto da escuta telefónica autorizada, podiam ser valorados como meios de prova em outros processos em curso ou a instaurar.

Mas se esta opção (N^o7 Art^o 187^o CPP) não constituiu grande surpresa, a forma como o legislador consagrou a previsão da norma, essa suscita surpresa e diria mesmo preocupação, tantas são as vulnerabilidades daí resultantes.

Se, relativamente aos conhecimentos fortuitos que podem ser aproveitados em outro processo em curso ou a instaurar, a opção do legislador até pode não suscitar grandes preocupações, porque como foi referido era prática habitual nos tribunais fazer condicionar esse aproveitamento a um duplo grau de exigência, nomeadamente, que o conhecimento resulte de uma interceptação de um “*meio*” que pertença a uma pessoa do universo do elenco do (n.º 4 do art.º 187.º do CPP), e simultaneamente seja *indispensável à prova* de um dos crimes constantes do (N.º 1 do Artº187º CPP), já quanto à extensão desses conhecimentos às medidas cautelares e de polícia, a questão suscita-nos muitas reticências sobre a sua vantagem prática e sobre a sua legalidade.

Isto porque, julgamos não ter cabimento, se bem entendemos, que o legislador tenha procurado estender o regime dos conhecimentos fortuitos ao regime da medidas cautelares e de polícia, consagrados no (Artº 248º CPP), fazendo uma distinção entre pistas de investigação e conhecimentos probatórios. Isto porque, o que trata do (Artº187º CPP), é dos requisitos da admissibilidade do regime de interceptação e

gravação de uma escuta telefónica enquanto meio de obtenção de prova autorizada pelo JIC e não de cuidar do aproveitamento desses conhecimentos fortuitos como pista de investigação que pertencem ao âmbito das medidas cautelares de polícia por mais importantes que esses conhecimentos sejam para a concretização de uma política criminal.

Fazer convergir os conhecimentos fortuitos para o âmbito das pistas de investigação com a carga de “*danosidade social polimórfica e pluridimensional*” que este meio de obtenção de prova tem subjacente, ainda que resultantes de uma escuta telefónica autorizada, para além de potenciar a violação metátese dos direitos fundamentais, potência que os OPC de forma ínvia possam subtilmente obter conhecimentos para pistas de investigação que de outra forma seriam difíceis ou impossíveis de alcançar no âmbito das medidas cautelares de polícia que, naturalmente então fora do âmbito e não sujeitos ao controlo prévio da autoridade judiciária. Acresce a este facto que, sempre que estejam em causa crimes de determinada natureza, combate à criminalidade organizada ou económica-financeira, excepcional e especificamente, o legislador erigiu um quadro normativo próprio, cujos requisitos materiais são substancialmente mais permissivos em matéria de protecção e garantia dos direitos fundamentais e da consequente dignidade da pessoa humana, bastando para tanto a autorização ou ordem do Juiz. (nº 1 e nº2 Artº6º da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro)

Nesta perspectiva, pensamos que a opção do legislador sobre os conhecimentos fortuitos resultante de uma escuta telefónica autorizada, naqueles aspectos mais controvertidos, salvo o devido respeito, não tiveram as melhores soluções jurídico práticas, contrariamente ao regime da escutas telefónicas que evidencia algumas melhorias, não obstante consideramos não terem sido adoptados critérios e definições claras nem contemplados antídotos suficientes que atenuassem ou corrigissem os efeitos nefastos provocados pela especial natureza intrusiva das escutas telefónicas.

Aliás, quer-nos parecer até que o legislador, camuflado numa pseudo medida restritiva de admissibilidade de utilização deste meio de obtenção de prova, apenas dificultou o acesso, ao mesmo tempo que com fundamento numa economia processual, franqueou de forma desmesurada a utilização dos conhecimentos extras obtidos, estendo os conhecimentos fortuitos e os remanescentes a uma conexão com as medidas cautelares, ao mesmo regime dos conhecimentos de investigação.

Neste sentido, salvo o devido respeito de outras opiniões discordantes, pensamos que os tais “*conhecimentos*” também designado de “*pista de investigação*” não têm enquadramento legal em nenhum destes regimes, nem no âmbito dos meios de obtenção de prova nem no âmbito das medidas cautelares e de polícia, porque apesar de serem obtidos de forma directa, não têm a natureza presencial nem o conhecimento teve por génese uma denúncia manifestada de forma livre e expressa por um qualquer lesado ou ofendido.

Esta reflexão, para além de evidenciar algumas preocupações sobre o regime da admissibilidade das escutas telefónicas, evidencia fundamentalmente que, a busca de uma verdade material, embora em termos de axiologia societária seja importantíssima, não pode constituir um valor quase ilimitado perante outros interesses e direitos legítimos individuais, os quais só devem ser comprimidos ou restringidos em termos de meio de obtenção de prova penal, quando utilizados em respeito dos direitos fundamentais constitucional e universalmente consagrados, os quais têm subjacente a dignidade da pessoa humana como valor supremo.

Uma Política Criminal, enquanto construção humana, apenas pode aspirar a uma ténue imagem da perfeição, na medida em que contende com a restrição dos direitos fundamentais, pelo que *a busca de uma verdade material nunca deverá ser investigada a qualquer preço, fundamentalmente quando esse preço é o sacrifício de direitos fundamentais das pessoas*, ate porque existe hoje a consciência que, quem privilegia e mistura os interesses de uma política criminal em desfavor dos interesses de natureza pessoal, associados aos direitos fundamentais que tem na sua base genética a dignidade da pessoa humana dificulta uma política criminal racional.

Como conclusão final, para além de todas as questões técnicas ou jurídicas sobre a sua legalidade, quer-nos parecer que a opção do legislador, deve em termos axiológicos constitucionais ser de rejeitar, sob pena deste meio de obtenção de prova se travestir e, como dando resposta ao subtítulo do presente trabalho, em vez de ser um mecanismo de recolha de prova para o processo, se transforme num instrumento de recolha de informação para ulteriores investigações de outros processos.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Francisco - Dos Conhecimentos Fortuitos obtidos através de Escutas Telefónicas. Coimbra : Almedina, 2004.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Lisboa : Universidade Católica Editora, 2007.

ANDRADE, Manuel da Costa – Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal. Coimbra : Coimbra Editora, 2006.

ANDRADE, Manuel da Costa – Sobre o Regime Processual Penal das Escutas Telefónicas. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. 1:3 (1991). 369 - 408

CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada. 4.^a ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. Vol. 1.

CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital - Constituição da República Portuguesa Anotada. 4.^a ed. Coimbra : Coimbra Editora, 2007. Vol. 2.

CANOTILHO, J. J Gomes - Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.^a ed., 6.^a reimp. Coimbra : Almedina, DL 2003.

COIMBRA. Tribunal da Relação – Jurisprudência dos Tribunais superiores portugueses [Em linha]. Coimbra : Tribunal da Relação, 2010. [Consult. 20 Jan. 2012]. Disponível em WWW: <URL: <http://jurisprudencia.no.sapo.pt/>>

CORREIA, João Conde – Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações. Revista do Ministério Público. 20:79. 45 - 66

CUNHA, José Manuel Damião da - O Regime Legal das Escutas Telefónicas : Algumas Breves Reflexões. Revista Centro Estudos Judiciários. 9:especial, (1^o Semestre 2008). 205 - 218

CUNHA, José Manuel Damião da – O Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal. Porto : Porto Editora, 1993.

DIAS, Jorge Figueiredo - Para uma nova justiça penal : para uma reforma global do processo penal português. Coimbra : Almedina, 1983.

GONÇALVES, Manuel Maia - Meios de Prova : o novo Código de Processo Penal. In CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS - Jornadas de Direito Processual Penal. Coimbra : Almedina, 1997.

LEI nº 5/2002. D.R. I Série. 9 (2002/01/11) 204-207

LEI nº 49/2008. D.R. I série. 165 (2008/08/27) 6038-6042

LEI nº 53/2008. D.R. I série. 167 (2008/08/29) 6135-6141

LEITE, André Lamas - 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. 1 (2004). 9 - 58

LEITE, André Lamas – Entre Péricles e Sísifo : o novo Regime Legal das Escutas Telefónicas. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. 17: 4. 613 - 669

LISBOA. Tribunal da Relação – Jurisprudência dos Tribunais superiores portugueses [Em linha]. Lisboa : Tribunal da Relação, 2010. [Consult. 20 Jan. 2012]. Disponível em WWW: <URL: <http://jurisprudencia.no.sapo.pt/>>

LOPES, José Mouraz - Escutas Telefónicas : seis teses e uma conclusão. Revista do Ministério Público. 26:104. 139 -151

MATA-MOUROS, Maria de Fátima - Escutas Telefónicas : o que não muda com a reforma. Revista Centro Estudos Judiciários. 9:especial (1º Semestre 2008). 219 - 242

MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional : Direitos Fundamentais. 3ª ed, Coimbra : Coimbra Editora, 2000. Tomo IV.

OTERO, Paulo - Direito da Vida : relatórios sobre o programa conteúdos e métodos de ensino. Coimbra : Almedina, 2004.

PATTO, Pedro Vaz - O regime do segredo de justiça no Código de Processo Penal revisto : Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal. Revista do Centro de Estudo Judiciários. 9:especial (1º Semestre 2008). 48 - 49

PINTO, Frederico Costa - Publicidade e segredo na última revisão do Código de Processo Penal : Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal. Revista do Centro de Estudos Judiciários. 9:especial, (1º Semestre 2008), p 25-26

PORTO. Tribunal da Relação – Jurisprudência dos Tribunais superiores portugueses [Em linha]. Porto : Tribunal da Relação, 2010. [Consult. 20 Jan. 2012]. Disponível em WWW: <URL: <http://jurisprudencia.no.sapo.pt/>>

PORTUGAL. Leis, decretos, etc. Código de Processo Penal : com alterações da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto. Lisboa : Wolters Kluwer, 2007.

PORTUGAL. Procuradoria Geral da República – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem [Em linha]. Lisboa : PGR, 2010. [Consult. 20 Jan. 2012]. Disponível em WWW: <URL: http://www.pgr.pt/Portugues/grupo_bases/jurisprudencia/indice_2000.htm>

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça – Acórdãos do STJ [Em linha]. Lisboa : STJ, 2012. [Consult. 20 Jan. 2012]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>>

PORTUGAL. Tribunal Constitucional – Jurisprudência [Em linha]. Lisboa : TC, 2010. [Consult. 20 Jan. 2012]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>>

SANTOS, Manuel Simas; LEAL-HENRIQUES, Manuel; SANTOS, João Simas – Noções de Processo Penal. Lisboa : Rei do Livros, 2010.

SILVA, Germano Marques - As proibições de prova no Processo Penal : Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais. Coimbra : Almedina, 2004.

SILVA, Germano Marques – Curso de Processo Penal II. 4.^a ed. Lisboa : Faculdade de Direito, 2008.

SILVA, Germano Marques - Curso de Processo Penal I. Lisboa : Verbo, 1993.

TEIXEIRA, Carlos Adérito - Escutas telefónicas : mudança de paradigma e os velhos e os novos problemas. Revista Centro Estudos Judiciários. 9:especial (1^o Semestre 2008). 243 - 295

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM – Sumários de jurisprudência : 2002 [Em linha]. Lisboa : Ministério da Justiça, 2002. [Consult. 20 Jan. 2012]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/TEDH-sumarios-2002.pdf>>