

Agradecimentos

Quero aproveitar este espaço para registar algumas palavras de sentida gratidão a todos os que contribuíram, directa ou indirectamente, para a realização desta dissertação.

Ao Doutor Manuel Costa Andrade, meu orientador neste trabalho, quero agradecer profundamente pela simpatia e simplicidade com a qual me recebeu, pela disponibilidade e atenção que me concedeu ao longo desses meses, e pelos sábios ensinamentos e conselhos que me transmitiu.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, por tudo o que ela me proporcionou ao longo desses últimos anos, por tudo o que representa para mim, por ter sido o palco de muitos dos meus sonhos, das minhas batalhas e das minhas vitórias, e porque vai deixar imensas saudades.

A todos os meus amigos, os de Coimbra e os de Viseu, com os quais sempre pude contar, muito obrigada pela amizade e companheirismo.

Aos meus avós e demais familiares, obrigada pelas orações, apoio e carinho.

Aos meus irmãos, meus companheiros de vida, obrigada pela nossa união, amizade e cumplicidade, por serem a minha força maior, por acreditarem e torcerem por mim, sempre.

Ao meu namorado, por todo o amor, carinho, dedicação, apoio, por estar sempre presente e disponível a ajudar-me, por ser quem é, obrigada por tudo.

Por fim, a minha eterna gratidão aos meus pais, meus grandes incentivadores, por tudo o que fazem por mim, pelo amor incondicional e porque nada disso seria possível sem vocês.



Siglas e Abreviaturas

Art. – artigo

Arts. – artigos

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CP – Código Penal

CC – Código Civil

MP – Ministério Público

JIC – Juiz de Instrução Criminal

OPC – Órgãos de Polícia Criminal

Ac. – Acórdão

Acs. – Acórdãos

DLG`s – Direitos, Liberdades e Garantias

Cap. – Capítulo

Pág. – página

Págs.- páginas

ss.- seguintes

Índice

Introdução	5
-------------------------	----------

Capítulo I – O regime jurídico das Escutas Telefónicas no Processo Penal Português	7
---	----------

1) Delimitação do conceito de escuta telefónica	7
2) Danosidade social inerente: direitos fundamentais restringidos	8
3) Pressupostos materiais de admissibilidade das escutas telefónicas - art.187º do CPP.....	12
1. A pendência obrigatória de um processo criminal	12
2. Fase processual em que as escutas telefónicas podem ser autorizadas e realizadas: o inquérito	13
3. Competência para requerer e competência para autorizar a medida – o despacho fundamentado do juiz de instrução	13
4. Suspeita fundada da prática de um dos crimes do catálogo	15
5. Subsidiariedade no emprego deste meio de obtenção de prova ...	16
6. Delimitação subjectiva das escutas telefónicas	18
7. Duração da escuta telefónica.....	22
4) As ditas “formalidades” das Escutas Telefónicas - art.188º do CPP	24
5) Consequência jurídica pelo desrespeito dos requisitos materiais de admissibilidade e dos requisitos formais das escutas telefónicas – art.190º do CPP	28

Capítulo II – A cláusula de extensão do art.189º do CPP e a Lei do Cibercrime - Lei nº 109/2009, de 15 de Setembro. Análise crítica. .	32
---	-----------

1) A cláusula de extensão: evolução legislativa até ao actual art.189º do CPP	32
---	----

2) Da (in)adequação ou (des)ajustamento da cláusula de extensão prevista no art.189º do CPP.....	33
3) A Lei do Cibercrime – Lei nº 109/2009, de 15 de Setembro. Consideração crítica.	42

Capítulo III – Os conhecimentos fortuitos. Os conhecimentos fortuitos em sentido estrito e os conhecimentos da investigação 47

1) Distinção entre “conhecimentos da investigação” e “conhecimentos fortuitos” (em sentido estrito).....	47
2) A valoração dos conhecimentos fortuitos (em sentido estrito).....	49
3) A valoração dos conhecimentos da investigação.....	53

Conclusão..... 57

Bibliografia..... 60



Introdução

A escuta telefónica (e demais intromissões nas telecomunicações) como meio de obtenção de prova em Processo Penal revela-se um tema deveras polémico e de especial complexidade, que tem vindo a ser extremamente discutido pela doutrina e jurisprudência. Tal meio de obtenção de prova, enquanto meio oculto de investigação, mostra-se extraordinariamente eficaz do ponto de vista da perseguição criminal, principalmente no que toca às formas mais graves e organizadas de criminalidade, que implicam uma maior dificuldade de repressão. Todavia, levanta legítimas preocupações em virtude do seu elevado potencial de devassa e danosidade social, que se manifesta na restrição de direitos fundamentais, tais como o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, o direito à palavra, o direito à autodeterminação informacional e comunicacional, o direito à inviolabilidade das telecomunicações.

A questão que se levanta é: Será legítimo, em nome da descoberta da verdade material e da realização da justiça e eficácia penal, que tais direitos fundamentais, que são ainda direitos, liberdades e garantias, sejam restringidos? Efectivamente, o Processo Penal tem por finalidade, tanto a descoberta da verdade material, a realização da justiça e o restabelecimento da paz jurídica violada com o crime, como a protecção de direitos fundamentais. Tais finalidades entram em conflito muitas vezes. É este o caso.

Encontramos a resposta a essa questão na nossa Lei fundamental. O art.18/nº2 da CRP estabelece que “ a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias, nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. A CRP consagra ainda, nos termos do art.34º/nº4, que não será proibida a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação “nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal”. Desta forma, a CRP confere competência ao legislador ordinário para, relativamente a alguns direitos com dignidade constitucional, nomeadamente, os direitos acima referidos, definir as situações em que as necessidades da eficácia penal legitimam as restrições aos direitos em causa.

Ora, a escuta telefónica (e demais intromissões nas telecomunicações) consistem precisamente nos “tais casos previstos na lei em matéria de processo criminal”. Visto que tem subjacente a restrição de direitos fundamentais, e esta restrição deve limitar-se, de acordo com o art.18º/nº2 da CRP, ao mínimo necessário para salvaguardar o interesse constitucional na

investigação e perseguição criminal, é um meio de obtenção de prova admitido na nossa lei processual penal com carácter estritamente excepcional. E esta excepcionalidade reflecte-se ao longo de todo o seu regime jurídico.

Com o presente trabalho pretendo realizar um estudo minucioso do regime jurídico das escutas telefónicas previsto nos arts.187º e ss do CPP. Começarei por elucidar em que consistem as escutas telefónicas. A seguir, irei descrever todos os direitos fundamentais que são restringidos com a utilização deste meio de obtenção de prova. Posteriormente, explicitarei em que consistem todos os seus requisitos materiais de admissibilidade (art.187º) e os requisitos formais (art.188º), individualizando e analisando cada um deles. Como não podia deixar de ser, levantarei a questão da natureza da consequência jurídica da nulidade prevista no art.190º do CPP para os casos de desrespeito dos pressupostos legais das escutas telefónicas, matéria que apresenta soluções e opiniões divergentes a nível da doutrina e da jurisprudência.

No entanto, este regime jurídico não se aplica apenas às escutas telefónicas. Por força da cláusula de extensão prevista no art.189º do CPP, o regime das escutas telefónicas estende-se também “às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital, e à interceptação das comunicações entre presentes”. Nesse sentido, irei avaliar a conveniência e adequação dessa norma, em que medida esta extensão de regime foi uma boa opção do legislador, ou se pelo contrário, deve ser condenada e, se for esse o caso, em que termos deveria ser alterada. Apresentarei pontos de vista diversos da nossa doutrina acerca dessa norma, e inclusive, propostas de alteração do actual regime. Posteriormente, em decorrência da autonomização de regime de obtenção de prova digital fora do CPP, através da Lei do Cibercrime – Lei nº 109/2009, de 15 de Setembro, torna-se necessário proceder a explicitação de todos os aspectos da referida lei que vieram alterar o aludido regime jurídico estabelecido no CPP e averiguar os seus pontos positivos e pontos negativos.

Por fim, dedicarei as últimas páginas a um tema bastante relevante dentro do universo das escutas telefónicas (e demais intromissões nas telecomunicações): os conhecimentos fortuitos e os conhecimentos da investigação. Distinguirei as duas figuras e tratarei das complexas questões relacionadas com a admissibilidade de valoração destes conhecimentos. Tais questões serão avaliadas à luz de diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais.

Capítulo I – O regime jurídico das Escutas Telefónicas no Processo Penal Português

1) Delimitação do conceito de escuta telefónica

A escuta telefónica é um meio de obtenção de prova em processo penal, cujo regime jurídico encontra-se regulado nos arts.187º a 190º do CPP. Consiste na interceptação e gravação de conversações ou comunicações telefónicas, com o intuito de recolher provas que permitam reforçar os indícios já existentes da prática de um determinado crime.

Contudo, esta é uma definição muito genérica. Para uma delimitação mais rigorosa do conceito de escuta telefónica, que traduz já os principais requisitos legais aos quais a mesma está sujeita (nos termos dos arts.187º e 188º), sugiro a definição enunciada por ANA RAQUEL CONCEIÇÃO. E passo a citar: “a escuta telefónica será um meio de obtenção de prova, utilizado no decurso de um processo penal, com o fim de recolher provas da prática de crimes de especial gravidade, limitativo dos direitos fundamentais dos cidadãos e como tal objecto de prévia autorização ou ordem do Juiz de Instrução Criminal. Autorização ou ordem devidamente fundamentada que estabelece quem, o quê, durante quanto tempo e em que circunstâncias os órgãos de polícia criminal vão interceptar as conversas ou comunicações telefónicas efectuadas entre duas pessoas”⁽¹⁾.

No entanto, actualmente, o regime jurídico das escutas telefónicas não se cinge apenas à interceptação e gravação de comunicações telefónicas, realizadas em telefone fixo, como sucedia quando foi originariamente concebido o seu regime jurídico, no CPP de 1987. Hoje, encontra-se consagrado no art.189º do CPP, uma *cláusula de extensão*, que estende o regime jurídico das escutas telefónicas “às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital, e à interceptação das comunicações entre presentes”. E ainda, nos termos do nº2 do mesmo artigo, o regime aplica-se também, em alguns aspectos, à *localização celular* e aos *dados de tráfego*.

⁽¹⁾ CONCEIÇÃO, ANA RAQUEL, 2009, pág. 24.

2) Danosidade social inerente: direitos fundamentais restringidos

A escuta telefónica, enquanto meio oculto de investigação criminal, representa um elevado potencial de devassa e danosidade social, na medida em que restringe inevitavelmente direitos fundamentais. Por isso, é admitida apenas em “última ratio”, devendo funcionar como um meio de obtenção de prova excepcional, e está submetida a apertados requisitos de admissibilidade (art.187º do CPP) e formais (art.188º do CPP), como teremos a oportunidade de analisar mais adiante.

MANUEL COSTA ANDRADE define a danosidade social inerente às escutas telefónicas como “polifórmica e pluridimensional”, visto que se manifesta de forma incontrolável tanto no plano objectivo (dos bens jurídicos sacrificados) como no plano subjectivo (do universo de pessoas atingidas). O autor explica: “no plano objectivo, as escutas telefónicas desencadeiam um processo de devassa que não pode circunscrever-se ao sacrifício mais óbvio e linear da inviolabilidade das telecomunicações, sancionada pelo art.34º da Constituição. (...) A escuta e a gravação não consentida de conversações telefónicas acabam sempre por consumir a lesão irreparável do *direito à palavra falada*. E implicam igualmente, e no que ao arguido ou suspeito especificamente concerne, um atentado directo ao respectivo *status processualis activus*. A escuta telefónica não consentida pode converter-se numa forma larvada de obtenção de confissões não livres”. E acrescenta: “Para além disso, a escuta telefónica consumará ou mediatizará normalmente o *sacrifício da autodeterminação sobre a informação*. Tanto da pessoa perseguida como (...) de terceiros”. No que toca ao plano subjectivo, o autor esclarece que a danosidade social traduz-se no facto de não ser possível, do ponto de vista técnico, circunscrever a escuta e a gravação apenas às pessoas para o qual a investigação se dirige. “Pela natureza das coisas, a clarificação de um crime pela via das escutas telefónicas pode atingir, para além dos suspeitos, participantes e encobridores, pessoas de todo em todo inocentes ou mesmo interlocutores de boa fé. E pode, sobretudo, permitir o acesso a conversações que relevam das esferas de segredo e das relações de confiança legal, mesmo constitucionalmente, tuteladas” ⁽²⁾.

⁽²⁾ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 2006, pág. 283 à 285.

• O Direito à Reserva da Intimidade da Vida Privada e Familiar:

O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar é o direito mais avassaladoramente oprimido com a realização de uma escuta telefónica. Compreende quer o acesso, quer a divulgação de informações relacionadas à esfera íntima e pessoal das partes. De acordo com GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, o referido direito abarca dois direitos menores: por um lado, o direito inerente a qualquer cidadão de impedir que estranhos acedam a informações sobre a sua vida privada e familiar; e, por outro lado, o direito a que ninguém divulgue informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem. ⁽³⁾

O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar é um direito fundamental, consagrado no art.26º, nº1 da CRP, que estipula que “a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à *reserva da intimidade da vida privada e familiar* e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”. Acrescenta o nº2 que “ a lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e as famílias”. Este artigo encontra-se plasmado no catálogo dos DLG`s e por isso goza do regime específico que a eles se aplica, designadamente, o regime previsto no art.18º da CRP, onde se estabelece os requisitos para a restrição de DLG´s. De acordo com GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, os requisitos para a restrição de DLG`s são: a restrição deve constar da CRP; a restrição deve salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; deve limitar-se ao necessário, ser proporcional e adequada e não deve levar à destruição do direito fundamental em causa ⁽⁴⁾.

Além disso, o direito em questão encontra-se plasmado no art.80º/nº 1 do CC, que estabelece que “todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem”. É, portanto, um direito de personalidade e por isso, um direito absoluto (“erga omnes”), isto é, impõe um dever geral de abstenção a todos os cidadãos. É ainda um direito supraconstitucional, estando também consagrado na DUDH (Declaração Universal dos Direitos do Homem), na CEDH (Convenção Europeia dos Direitos do Homem), no PIDCP (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos) e na CDFUE (Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia).

⁽³⁾ CANOTILHO, GOMES e MOREIRA, VITAL, 1993, pág. 179, 180.

⁽⁴⁾ CANOTILHO, GOMES e MOREIRA, VITAL, 1993, pág 148 e ss.

• O Direito à Palavra:

O direito à palavra falada é outro direito fundamental restringido com a realização de uma escuta telefónica. Também encontra-se consagrado no art.26º/nº1 da CRP e, portanto, também faz parte do elenco dos DLG's, cuja protecção conferida é reforçada pelo regime previsto no art.18º da CRP, como já referimos.

De acordo com GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, o direito à palavra é “ um direito paralelo ao direito à imagem e implica a proibição de gravação sem consentimento ou de qualquer deformação ou utilização enviesada (através de montagem, manipulação e inserção das palavras em contextos radicalmente diversos, etc.), das palavras de uma pessoa.” E continuam: “O direito à palavra desdobra-se, assim, em dois direitos: (a) direito à voz, como atributo de personalidade, sendo ilícito, sem consentimento da pessoa, registar e divulgar a voz (com ressalva, é claro, do lugar em que ela foi utilizada); (b) direito às “palavras ditas”, que pretende garantir a autenticidade e o rigor da reprodução dos termos, expressões, metáforas escritas e ditas por uma pessoa”⁽⁵⁾. Mais recentemente, em actualização da obra citada, os autores acrescentam um terceiro direito: “(c) direito ao auditório, ou seja, a decidir o círculo de pessoas a quem é transmitida a palavra”⁽⁶⁾. E mais adiante, elucidam: “O direito à palavra falada implica, nos termos deste preceito constitucional, o direito à confidencialidade da palavra falada”⁽⁷⁾.

Segundo MANUEL COSTA ANDRADE, “não se trata de um qualquer direito à propriedade intelectual, mas sim do direito que as pessoas têm a que aquilo que dizem num determinado momento não seja guardado fora do ambiente em que decorreu e venha amanhã a ser oposto à pessoa, num contexto e com interlocutoras diferentes, contra a sua vontade. É aquilo a que a doutrina alemã chama “direito à transitoriedade da palavra”, pois o que é dito no momento é para valer apenas nesse momento, salvo se a pessoa consentir que a expressão da sua palavra seja guardada e utilizada depois”. O autor esclarece que não “se trata apenas de dizer, como alguma jurisprudência do Supremo Tribunal tem entendido, que está apenas tutelada aquela palavra que contende com a reserva da vida privada, mas também que, seja qual for o seu conteúdo da expressão, as palavras das pessoas não poderão ser gravadas contra a sua vontade”⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES e MOREIRA, VITAL, 1993, pág. 181.

⁽⁶⁾ CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES e MOREIRA, VITAL, 2007, pág. 467.

⁽⁷⁾ CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES e MOREIRA, VITAL, 2007, pág.543.

⁽⁸⁾ Apud: RODRIGUES, BENJAMIM SILVA, 2008 a), pág 191, 192.

• O direito à autodeterminação informacional e comunicacional:

Intimamente conexo ao direito à palavra, o direito à autodeterminação informacional e comunicacional também é limitado em virtude de uma escuta telefónica. Encontra-se tutelado pela lei fundamental através de diversos artigos, designadamente: o art. 26º, o art. 34º, o art. 35º e o art.37º da CRP.

Podemos definir o direito à autodeterminação informacional e comunicacional, nas palavras de BENJAMIM SILVA RODRIGUES, como aquele direito que concede ao seu titular a faculdade de “determinar se pretende levar a cabo uma comunicação fechada ou aberta, e, por outro lado, se admite ou não a gravação e/ou audição das suas palavras. Trata-se de um direito sobre a palavra. Cada pessoa tem o direito de determinar os interlocutores da comunicação e o conteúdo da comunicação.” Mais adiante, o autor continua: “Pretende-se obstar a que o indivíduo fique “condicionado” na sua autodeterminação informacional e comunicacional futura, em virtude de um acto comunicativo “cristalizado” numa época e num ambiente cuja repetição – fora desse ambiente – acaba por configurar uma “falsificação da identidade pessoal” do indivíduo. Trata-se – nas palavras de COSTA ANDRADE – do “direito que assiste a cada um de decidir livremente *se* e *quem* pode gravar a sua palavra bem como, e depois de gravada, *se* e *quem* pode ouvir a gravação” ”⁽⁹⁾.

Ainda na esteira de BENJAMIM SILVA RODRIGUES, o autor explica que “faz parte do direito à autodeterminação informacional e comunicacional: i) a possibilidade de se escolher o *que* se pretende inserir no fluxo (delimitação objectiva: o conteúdo) ; ii) o *modo* como se pretende transmitir tal fluxo (meio técnico); iii) a escolha de *quem* se pretende chamar para dentro do ciclo informacional e comunicacional fechado (delimitação subjectiva); iv) o *tempo* ou *duração* do ciclo informacional e comunicacional (delimitação temporal).

• O direito à inviolabilidade das Telecomunicações:

O Direito à inviolabilidade das Telecomunicações também é um dos direitos fundamentais restringidos aquando de uma escuta telefónica e também é um DLG. Encontra-se plasmado no art.34º, nº1 da CRP, que prevê o seguinte: “ O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis” e no nº4 do mesmo artigo que determina que: “ É proibida a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas

⁽⁹⁾ RODRIGUES, BENJAMIM SILVA, 2008 a), pág 193, 194.

telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.”

O direito em questão implica, pois, que ninguém interfira nas comunicações privadas ou as devasse e que os terceiros que a elas têm acesso, não as divulguem. Segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, é proibido todo o tipo de ingerência, abrangendo tanto “a liberdade de envio e de recepção de correspondência, a proibição de retenção ou apreensão, bem como de interferência (telefônica, etc.)” ⁽¹⁰⁾. Os autores referem ainda, mais recentemente, que: “O direito ao sigilo de correspondência e de outros meios de comunicação privada tem como objecto de protecção a comunicação individual, isto é, a comunicação que se destina a um receptor individual ou a um círculo de destinatários previamente determinado. As informações dirigidas à generalidade dos cidadãos (via rádio, via televisão) não entram no âmbito de protecção desta norma” ⁽¹¹⁾.

3) Pressupostos materiais de admissibilidade das escutas telefônicas - art.187º do CPP

Ao analisar o artigo 187º do CPP, podemos destacar como pressupostos materiais de admissibilidade das escutas telefônicas:

1. A pendência obrigatória de um processo criminal

O primeiro requisito para a realização de uma escuta telefônica é a existência de um processo criminal. Podemos retirar este pressuposto da parte inicial do art.187º/ nº1 do CPP, onde se estabelece que as escutas telefônicas “só podem ser autorizadas durante o inquérito”. Se estamos na fase processual do inquérito, é porque existe um processo penal em curso.

O inquérito é a fase processual que “compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher provas, em ordem à decisão sobre a acusação”, nos termos do art.262º/ nº1 do CPP.

⁽¹⁰⁾ CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES e MOREIRA, VITAL, 1993, pág. 214.

⁽¹¹⁾ CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES e MOREIRA, VITAL, 2007, pág.544.

O art.34º/nº4 da CRP, ao proibir a ingerência das autoridades públicas nas telecomunicações e admitir a mesma apenas nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal, também impõe, dessa forma, que as escutas telefónicas estejam adstritas ao decorrer de um processo criminal.

2. Fase processual em que as escutas telefónicas podem ser autorizadas e realizadas: o inquérito

Como já foi dito acima, o art.187º/ nº1 do CPP determina que “a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações só podem ser autorizadas durante o inquérito (...)”. Esta é uma inovação instaurada pela Reforma de 2007 ao CPP, assim como a supressão da expressão “ordenadas”, que existia na anterior redacção, e a subsistência apenas da expressão “autorizadas”.

Devemos interpretar restritivamente o artigo, no sentido de a norma abranger não só a autorização das escutas telefónicas, como também a realização das mesmas, pois ambas devem cingir-se à fase do inquérito. Isto porque a fase do inquérito é a fase principal de recolha de prova, nos termos do art.262º/ nº1 do CPP, e além disso, não faria sentido que fosse permitida a realização das escutas telefónicas posteriormente a fase do inquérito, visto que a partir daí, deixa de haver segredo de justiça, o que comprometeria a eficácia deste meio de obtenção de prova, dado que os sujeitos que estivessem a ser escutados teriam conhecimento disso.

3. Competência para requerer e competência para autorizar a medida – o despacho fundamentado do juiz de instrução

De acordo com o art.187º/ nº1 do CPP, também se afigura como um requisito de admissibilidade das escutas o seu requerimento por parte do MP, que deve ser dirigido ao JIC, responsável por autorizar a diligência, e esta autorização deve ser realizada através de um *despacho fundamentado*.

Esta também é uma inovação da Reforma de 2007 ao CPP. Com a nova redacção da norma, fica claro que o MP é a única entidade com legitimidade para requerer a diligência, assim como o JIC é a entidade com competência exclusiva para a autorizar, e que o deve fazer através de *despacho fundamentado*, que se consubstancia numa especial fundamentação onde o JIC vai

indicar os motivos que o levaram a autorizar a diligência e que justificam a necessidade de se recorrer a este meio de obtenção de prova tão invasivo e restritivo de DLG's. Essa exigência de fundamentação consta não só do art.187º/nº1 do CPP, mas também do art.97º/nº5 do CPP e do art.205º/ nº1 da CRP.

Posto isto, torna-se imperioso apontar algumas notas relevantes. A primeira é que o JIC não pode autorizar uma escuta telefónica por iniciativa própria, nem por meio de requerimento dos restantes sujeitos processuais, encontrando-se adstrito a requerimento por parte do MP, o que é compreensível, visto que é ao MP que cabe a tarefa da direcção do inquérito (art.263º/ nº 1 do CPP). Todavia, nada impede que os sujeitos processuais, tanto o arguido como o assistente, requeiram ao MP a efectivação da medida.

A segunda nota é a de que o despacho que vai decidir do requerimento do MP cabe ao JIC titular do processo onde se visa a realização da escuta telefónica. Isto é assim devido ao facto de estarmos perante uma autorização de um meio de obtenção de prova que vai restringir gravemente DLG's e por isso, o mais adequado é que esta autorização seja concedida pelo JIC, já que a ele corresponde o papel de guardião dos DLG's dos cidadãos (art.288º/ nº1 do CPP).

Todavia, existem certos casos em que a competência não pertence ao JIC titular do processo, mas ao JIC do local onde eventualmente pode ocorrer a comunicação telefónica, ou da sede de entidade competente para a investigação criminal, quando estejam em causa algum dos delitos elencados no art.187º/ nº 2 do CPP. Neste caso, a autorização deverá ser levada, no prazo de 72 horas, ao conhecimento do juiz do processo (art.187º/nº 3 do CPP). Outra excepção à regra é a seguinte: cabe ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, autorizar a interceptação, gravação, transcrição e destruição de comunicações onde intervenham o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República ou o Primeiro-Ministro, nos termos do art 11º/ nº 2, al. b) do CPP. Isto no que toca a delitos praticados fora do exercício das suas funções, pois se o crime for praticado no exercício das funções, tal competência é atribuída a um juiz das secções criminais do STJ, como resulta da leitura do nº 3, al. a) e do nº 7 do art.11.º do CPP.

Por fim, é de suma importância salientar o seguinte: o JIC só pode autorizar uma escuta mediante requerimento do MP, o que significa que não pode determinar uma escuta para além daquilo que foi requerido pelo MP, ou seja, não pode determinar uma escuta a pessoa ou telefone diversos dos referidos no requerimento do MP ou por prazo superior ao requerido. No entanto, o JIC pode ficar aquém do requerido pelo MP, ou seja, pode indeferir a escuta de certas pessoas ou certos telefones ou deferir a escuta por prazo inferior ao requerido pelo MP.

4. Suspeita fundada da prática de um dos crimes do catálogo

Para que o JIC autorize a escuta telefónica, é ainda indispensável que exista uma suspeita fundada da prática de um dos crimes elencados no catálogo do art.187º do CPP. Ou seja, não é suficiente um qualquer grau de suspeita, é antes, essencial, de acordo com COSTA ANDRADE, uma suspeita que “assente em factos determinados” e que deve atingir “um determinado nível de concretização a partir de dados do acontecer exterior ou da vida psíquica”⁽¹²⁾.

Desta forma, não é exigível que existam fortes indícios da prática do crime, compreendidos estes, nas palavras de PINTO DE ALBUQUERQUE como “as razões que sustentam e revelam uma convicção indubitável de que, de acordo com os elementos conhecidos no momento da prolação de uma decisão interlocutória, um facto se verifica”⁽¹³⁾. Não é este o grau de convicção que se exige em um despacho de autorização de uma escuta telefónica, visto que, a ser assim, a medida já não seria mais útil ou necessária, já que a convicção do juiz seria absoluta, infalível, pois o juiz tinha que ter a certeza que aquele crime se havia praticado. Se assim fosse, não seria mais preciso recorrer esse meio de obtenção de prova, que deve ser excepcional e utilizado apenas em “última ratio”.

Em contrapartida, também não basta uma pequena suspeita, uma mera probabilidade de que um determinado agente praticou um crime do catálogo. O grau de convicção exigido, nos termos da lei, é o da suspeita fundada. Na realidade, trata-se do grau de convicção que corresponde ao conceito de indícios suficientes. Este conceito deve ser interpretado como exigindo uma maior probabilidade de o facto criminoso se ter verificado do que o contrário, ou seja, é necessário que exista uma probabilidade razoável de um determinado agente ter cometido aquele crime e que existam factos concretos e determinados que a fundamentem e não meras hipóteses ⁽¹⁴⁾.

Para além da exigência da suspeita fundada da prática de um crime, é imprescindível que se trate de um dos crimes elencados no catálogo do art.187º/nº1 e 2 do CPP. Assim se faz sentir, mais uma vez, o carácter de excepcionalidade que deve pautar o recurso a esse meio de obtenção de prova. É precisamente com o objectivo de impedir o recurso às escutas telefónicas relativamente à investigação de todo e qualquer tipo de crimes, que o legislador restringe a sua

⁽¹²⁾ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 2006, pág.290.

⁽¹³⁾ ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, 2009, pág. 330

⁽¹⁴⁾ Sobre os conceitos de fortes indícios e indícios suficientes: ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, 2009, págs. 330 e seguintes; DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, DIAS, 1974, pág. 133.

utilização somente à investigação dos delitos previstos no catálogo, que em princípio consubstanciam delitos de média e alta gravidade.

Na minha opinião, este catálogo de crimes previsto no art.187º é ainda demasiado abrangente, visto que coloca sob o mesmo tecto infracções com diferenciados graus de gravidade. A meu ver, há certos crimes estabelecidos neste catálogo que não deviam estar aí contemplados, devido a sua menor relevância do ponto de vista da gravidade criminal. Refiro-me, por exemplo, das alíneas e), f) e g) do nº1 do art.187º. O recurso à escuta telefónica se quer excepcional (apenas em *ultima ratio*), por contender directamente com direitos fundamentais, que são também DLG's. Nesta medida, o catálogo de crimes legitimador deste meio de obtenção de prova deve ser o mais restrito possível e direccionado exclusivamente à investigação de crimes de significativa gravidade e/ou de difícil investigação e repressão.

5. Subsidiariedade no emprego deste meio de obtenção de prova

O carácter subsidiário que deve presidir a utilização das escutas telefónicas enquanto meio de obtenção de prova decorre do art.187º/ nº1 do CPP, na parte em que exige que a diligência deve ser “indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter”. Esta foi mais uma das alterações da Reforma de 2007, pois na versão anterior, prescrevia-se que a diligência deveria revelar-se “de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova”. Esta nova redacção do preceito baseou-se na lei Processual Penal alemã, mais especificamente, no § 100 a) do StPO que prescreve que “ (...) a escuta e a gravação (...) só poderão decretar-se, quando determinados factos fundamentem a suspeita (...) e sempre que a averiguação (...) for de outro modo impossível ou muito difícil”. Assim, devemos conferir-lhe a mesma interpretação que a esta última se imputa.

O princípio da subsidiariedade está directamente relacionado com a ideia de excepcionalidade, que impõe a utilização da medida apenas em “ultima ratio”, por se tratar de uma medida que lesa direitos fundamentais. Nas palavras de COSTA ANDRADE, “não será legítimo ordenar as escutas telefónicas nos casos em que os resultados probatórios almejados possam, sem dificuldades particularmente acrescidas, ser alcançadas por meio mais benigno de a afronta aos direitos fundamentais ⁽¹⁵⁾).

⁽¹⁵⁾ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 2006, pág. 291.

Segundo o supracitado autor, a subsidiariedade exigida obriga, em primeiro lugar, que a escuta telefónica seja de tal forma imprescindível, que se apresente como a única solução possível, como o único meio através do qual se pode recolher o material probatório pretendido, pois os outros meios menos restritivos não são capazes de o fazer. Desta forma, se dá cumprimento ao princípio da necessidade ou indispensabilidade, enquanto corolários do princípio da proibição do excesso, o que nos remete para o art. 18.º/n.º 2 da CRP. E acrescenta que “é, para além disso, necessário que a escuta telefónica se revele um meio em concreto *adequado* a mediatizar aquele resultado, o que equivale a afirmar a exigência da *idoneidade*, dimensão conatural do princípio da subsidiariedade”. Pretende-se, com esta segunda exigência, dar cumprimento ao princípio da adequação (art. 18.º, n.º 2 da CRP), que determina que a medida seja adequada e idónea à descoberta da prova pretendida. O autor defende ainda que não basta que a investigação por outros meios se mostre inviável ou sem perspectivas, e cita as palavras de RUDOLPHI: “Há-de complementarmente justificar-se na base de pontos concretos de apoio, a convicção de que as escutas telefónicas a empreender se adivinham fecundas e promissoras de resultados. Isto é, que *só elas se mostram idóneas* a descobrir os factos ou o lugar em que o arguido se encontra, ou pelo menos, susceptíveis de promover decisivamente aquela investigação” (16).

Também a propósito da subsidiariedade exigida, CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA é da opinião de que “não se trata, porém, de ser o último meio a lançar-se mão, num sentido *cronológico*, mas sim o “*último*” no plano *lógico ou lógico funcional*. De outro modo, se o critério fosse cronológico, só no fim do inquérito é que haveria lugar a escutas; nessa altura, já não se poderia obter porque a oportunidade efectiva ter-se-ia gorado”. Acrescenta ainda que “uma vez reunidos os indícios seguros sobre a realização de certo crime e de necessidade de certa interceptação telefónica, tendo em vista obter com sucesso informação “privilegiada” sobre a respectiva verificação ou sobre o momento e lugar da sua efectivação, passada ou futura, não parece admissível que a escuta seja recusada pelo juiz de instrução com o argumento de que ainda é possível realizar a inquirição de mais uma testemunha” (17).

No meu ponto de vista, tendo em consideração o elevado potencial de danosidade social que as escutas representam, sinto-me obrigada a discordar de CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, pois acredito que, perante a investigação e comprovação de um crime, se existir a possibilidade

(16) ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 2006, pág.291.

(17) TEIXEIRA, CARLOS ADÉRITO, 2008, pág.245.

de ouvir mais uma testemunha antes de se proceder às escutas telefónicas, então deve ser essa a opção a seguir-se, pois só desta forma estaremos a salvaguardar os direitos fundamentais das pessoas, e só desta forma, estará efectivamente a ser cumprido, o requisito de subsidiariedade no emprego deste meio de obtenção de prova. Posso dizer, portanto, que subscrevo a posição de COSTA ANDRADE nesta matéria.

6. Delimitação subjectiva das escutas telefónicas

Também se afigura como requisito material de admissibilidade das escutas telefónicas a sua delimitação subjectiva, isto é, a determinação do elenco de pessoas que podem ser objecto das escutas, que podem, pois, ser escutadas.

Hoje, essa delimitação encontra-se estabelecida no art.187º/ nº4 do CPP, que prescreve um catálogo de pessoas contra as quais a escuta telefónica pode ser autorizada. E são elas: “ a) suspeito ou arguido; b) pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido; ou c) vítima de crime, mediante o respectivo consentimento, efectivo ou presumido”. Este catálogo de pessoas é fechado e taxativo, tal como o catálogo dos crimes cuja suspeita fundada legitima a escuta telefónica, previsto no nº1 do mesmo artigo.

Essa delimitação subjectiva através da consagração desse elenco de pessoas susceptíveis de serem colocadas sob escuta foi uma grande novidade da reforma de 2007 ao CPP.

A lei processual penal portuguesa se inspirou na lei alemã para criar esse “catálogo dos escutáveis”. Nos termos da lei processual alemã, § 100 a), 2 StPO, as escutas telefónicas só podem ser decretadas “contra arguidos ou contra pessoas em relação às quais é possível admitir, na base de factos determinados, que elas recebem ou transmitem comunicações provenientes dos arguidos ou a eles destinados, ou que os arguidos utilizam os seus telefones”. As únicas diferenças que surgem entre uma e outra lei prendem-se com o facto de a lei portuguesa ter optado por separar o suspeito e o arguido; por ter acrescentado mais um sujeito ao elenco, nomeadamente, a vítima; e por determinar a irrelevância do meio de comunicação utilizado.

É importante destacar que, o nº4 do art.187º do CPP determina também, para além do universo de pessoas susceptíveis de serem escutadas, a irrelevância da titularidade do meio de comunicação utilizado, sendo apenas necessário que o sujeito-alvo da escuta telefónica através desse meio de comunicação se comunique. Portanto, podem estar sob escuta aparelhos que não

pertençam ao arguido ou ao suspeito, mas sobre os quais existam indícios suficientes de que por esse aparelho passam informações.

No entanto, dada a existência desse catálogo fechado e taxativo de pessoas contra as quais a escuta telefónica pode ser autorizada, o despacho de autorização do JIC deve especificar as pessoas concretas, não sendo mais admissível que as escutas sejam autorizadas contra incertos, como acontecia antes.

➤ **O segredo profissional e as “relações de confiança”**

Tomando em consideração o catálogo de pessoas que podem ser submetidas às escutas telefónicas, levanta-se a questão de saber se é permitido enquadrar-se neste catálogo, o defensor do arguido, enquanto intermediário de mensagens.

A resposta a esta questão surge regulada no nº 5 do art.187º do CPP, onde se estatui que: “É proibida a interceptação e gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime”. Essa disposição não é uma novidade da reforma de 2007, já existia na versão anterior do artigo 187º, no entanto, foi renumerada, passando de nº3 para nº5.

De acordo com o entendimento do autor alemão RUDOLPHI : “ A tutela desta relação de confidencialidade não está apenas ao serviço dos interesses pessoais de cada defensor, mas também de todos os defensores, em geral, visando assegurar no futuro, em nome de prevalecentes razões próprias do Estado de Direito, uma prestação adequada da sua função processual. É isto que explica que não seja cometida ao defensor, individualmente considerado, a decisão sobre se e em que medida ele há-de ou não respeitar o seu dever de segredo” ⁽¹⁸⁾.

Para além disso, se fosse admissível a realização de escutas telefónicas entre o arguido e o seu defensor, estaríamos a frustrar a função do defensor, que é assegurar a defesa dos direitos do arguido, pois através das escutas, seriam descobertas informações preciosas trocadas entre eles, que poderiam significar a condenação do arguido.

Consequentemente, surge a questão de saber se é aceitável a extensão deste nº5 do art.188º do CPP às escutas telefónicas que possam colidir com as demais “relações de segredo e

⁽¹⁸⁾ Apud: ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 2006, pág 296.

confiança”, previstas nos artigos 134º a 137º do CPP. A lei processual penal é omissa quanto a esta questão. Na doutrina existem divergências de opinião.

Na óptica de COSTA ANDRADE ⁽¹⁹⁾, não se deve interpretar o silêncio da lei nesta matéria como um propósito de submeter a tutela das demais relações de segredo e confiança ao regime comum previsto para o normal mediador de notícias. Defende que, embora sem a mesma consistência da tutela dirigida ao defensor, também no que toca as demais relações de segredo e confiança, a lei estabelece barreiras à devassa por meio de escutas telefônicas. Relativamente às pessoas adstritas a recusar depoimento em nome do *segredo profissional*, enunciadas no art.135º do CPP e no art.184º do CP, COSTA ANDRADE considera que os argumentos de índole sistemática e teleológica apresentados para o defensor, também exigem aqui, por identidade de razões, soluções prático-jurídicas sobreponíveis. E passa a citar RUDOLPHI : “ A comunidade tem um interesse vital no bom funcionamento dos serviços de saúde, do sistema jurídico, etc. O que só pode ser logrado quando o cliente confia plenamente no seu médico ou advogado e, sobretudo, quando estes não podem ser juridicamente compelidos a revelar os segredos que lhes são confiados (...)”.

Portanto, da mesma forma que as conversas entre o arguido e o defensor não podem ser objecto de escutas telefônicas, o mesmo se deve aplicar às conversas entre o arguido e o médico ou o mentor religioso (e todos os outros portadores de segredo profissional nos termos do art.135º do CPP). Ou seja, estes sujeitos só devem ser objecto de escuta estritamente em relação a conversações em que o juiz tenha “fundadas razões para crer que constituam objecto ou elemento de crime”.

No que toca aos parentes e afins do arguido ou pessoas ligadas a ele por comunidade de vida, são também potenciais mediadores de notícias que mantêm com o arguido relações de segredo e confiança, e por isso a lei lhes confere *o direito de recusa de depoimento* como testemunha, nos termos do art.134º do CPP. Aqui a questão também se faz presente: deve o nº5 do art.187º estender-se a estas relações também? Ainda na esteira de COSTA ANDRADE, este autor declara que a maioria dos autores (inclusive ele) não se opõem à realização de escutas telefônicas entre o arguido e essas pessoas. E admite a realização de escutas relativamente a essas pessoas porque quanto a elas não se lhes aplicam as mesmas razões indicadas relativamente às pessoas enunciadas no art.135º do CPP, pois não são portadoras de nenhum *segredo profissional*. Também aqui o autor cita RUDOLPHI para explicar a diferença entre

⁽¹⁹⁾ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 2006, pág. 300 à 303.

umas e outras dessas pessoas: “o direito ao silêncio destas pessoas não está ao serviço da salvaguarda de prevacentes interesses da comunidade. Apenas presta homenagem ao interesse pessoal de não fazer depoimento contra um familiar. O que explica que, diversamente do que sucede com os profissionais referidos no § 53 da StPO (correspondente ao art.135º do CPP português), sobre eles não impenda nenhum *dever de silêncio*”.

No ponto de vista de MANUEL GUEDES VALENTE, não se deveria permitir a realização de escutas telefónicas entre o arguido e as pessoas enunciadas no art.134º por duas razões: “por um lado, existem situações em que mulher e filhos e pais desconhecem por completo a actividade criminosa do marido, do pai, ou do filho, vendo-se subjugados à possibilidade de conversações e comunicações telefónicas íntimas e familiares serem ouvidas e gravadas por estranhos à família; por outro lado, defendemos que não faz qualquer sentido permitir que declarações de familiares sejam incriminadoras ou valoradas como prova na descoberta da verdade, obtidas sem o seu consentimento, quando, em sede de inquirição, aqueles – cônjuge, pais, filhos, irmãos, afins – podem recusar-se a depor como testemunhas, ex vi do art.134º do CPP. Salvaguardando os casos em que os parentes e afins sejam, também, objecto da investigação em curso ou intermediários, defendemos que devem ser proibidas as intercepções e gravações das conversas e comunicações entre arguido e parentes e afins, sob pena de legitimarmos um testemunho contra vontade ou não consentido.”

No meu entender, partilho da opinião advogada por COSTA ANDRADE e RUDOLPHI. Sou favorável à realização de escutas telefónicas entre o arguido e seus parentes e afins ou pessoas ligadas a ele por comunidade de vida. Isto porque, nos termos do art.134º do CPP, estas pessoas gozam de um *direito de recusa de depoimento* em virtude da sua relação familiar com o arguido, contudo, este direito jamais poderia colocar estas pessoas numa situação análoga àquela em que se encontram as pessoas enunciadas no art.135º do CPP, pois estas encontram-se adstritas a um *segredo profissional*, estão incumbidas de um verdadeiro *dever de silêncio*. E é por serem portadoras de um segredo profissional, assim como o são os advogados (nos termos do art.135º do CPP), que se justifica que sobre elas seja extensivamente aplicável o nº5 do art.187º do CPP, enquanto regime estatuído para o advogado defensor do arguido, que proíbe a realização de escutas telefónicas entre o arguido e o seu defensor (salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que as conversações constituem objecto ou elemento de crime). Logicamente, este regime não se aplica às pessoas abrangidas pelo art.134º do CPP, já que tais pessoas apenas gozam de um direito ao silêncio, mas não de um dever ao silêncio imposto por segredo profissional.

É pertinente a opinião manifestada por MANUEL GUEDES VALENTE, contudo, sou obrigada a discordar, com todo o respeito, pois entendo que, não é pelo facto de a lei conceder, nos termos do art.134º do CPP, o direito à recusa de depoimento aos parentes e afins do arguido, que podemos considerar que, desta forma, a lei acaba por legitimar a proibição da realização de escutas telefónicas entre estas pessoas e o arguido. Uma coisa é o direito à recusa de depoimento, outra coisa é a admissibilidade de estas pessoas serem objecto de escutas telefónicas. O art.134º do CPP cinge-se ao direito de recusa de depoimento e por isso, não poderá ser interpretado no sentido de proibir escutas telefónicas. Relativamente ao argumento de que os familiares do arguido muitas vezes desconhecem a actividade criminosa deste, e ficam expostos a que sejam ouvidas e gravadas conversas telefónicas íntimas e familiares por estranhos à família, este não é um argumento válido, pois todas as pessoas que eventualmente sejam submetidas a escutas, também encontrar-se-ão nesta situação, pois estarão igualmente sujeitas a que conversas íntimas suas sejam ouvidas e gravadas por pessoas estranhas.

7. Duração da escuta telefónica

Por fim, cabe-nos agora mencionar o último requisito material de admissibilidade das escutas telefónicas, previsto no art.187º/ nº6 do CPP, que prescreve o seguinte: “a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações são autorizadas por um prazo máximo de 3 meses, renovável por períodos sujeitos ao mesmo limite, desde que se verifiquem os respectivos requisitos de admissibilidade”.

Esta norma só foi implementada no nosso CPP com a Reforma de 2007. O legislador decidiu então fixar um prazo máximo de duração da escuta telefónica, nomeadamente, três meses, embora renovável por períodos iguais, mas apenas se diligência ainda se mostrar indispensável para a descoberta da verdade ou quando a prova seja, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter.

Como explica MANUEL VALENTE, “ o legislador, na Reforma de 2007, seguiu e prescreveu, como concretização da legalidade (tipicidade plena de prazo de realização de escuta) e da segurança jurídica, o prazo de três meses no máximo, cuja renovação por iguais períodos de tempo fica dependente da verificação dos quesitos de admissibilidade da diligência”⁽²⁰⁾.

⁽²⁰⁾ VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES, 2008, pág.94.

ANDRÉ LAMAS LEITE considera que a fixação deste prazo máximo se deve a “motivos de proporcionalidade, de respeito pela reserva da intimidade da vida privada e até para evitar que os OPC se desinteressassem de outros meios na medida em que as escutas fossem para eles mais cómodas, apesar de mais intrusivas” (21).

Esta era, pois, uma norma que se fazia necessária no nosso ordenamento e que havia sendo insistentemente reclamada pela doutrina, pois, sendo a escuta telefónica um meio de obtenção de prova excepcional, é primordial que tenha uma duração de tempo determinada na lei, em nome da segurança jurídica e da protecção dos direitos fundamentais.

No que toca ao momento em que se começa a contagem do prazo, tem sido entendido que este começa a correr no início efectivo da interceptação e gravação das conversações telefónicas, pois como explica ANDRÉ LAMAS LEITE, “ a lesão dos direitos em causa só se torna real com a concretização das operações materiais de escuta e não com o despacho judicial” (22).

Porém, no que tange ao número de renovações a que a escuta pode ser submetida, esta é uma questão a que a lei não nos fornece resposta. O art.187º, nº6 do CPP apenas indica o prazo de três meses, que pode ser renovável por períodos sujeitos ao mesmo limite, desde que se verifiquem os respectivos requisitos de admissibilidade, mas nada diz acerca do número possível de renovações. No entanto, apesar de não nos ser fornecido o limite máximo de renovações, sabemos que essa renovação só pode ser requerida pelo MP, tendo em conta que é a este atribuída a direcção do inquérito e também, tendo em consideração a leitura conjugada do n.º 6 e do n.º 1 do art.187.º do CPP, pois se o MP é o responsável pelo iniciar do processo, é natural que continue a ser também o responsável pela renovação do prazo da escuta. A partir daqui, podemos concluir que nada sabemos a respeito do limite máximo de renovações do prazo de três meses a que as escutas podem ser submetidas, sabemos apenas que para que tais renovações aconteçam é preciso haver um requerimento por parte do MP e a consequente reapreciação dos pressupostos de admissibilidade por parte do JIC, que se concretizará em um novo despacho de autorização da escuta, com validade de três meses, que poderá ser renovável depois, mediante um novo requerimento do MP e uma nova reapreciação dos pressupostos de admissibilidade por parte do JIC em um novo despacho de autorização e assim sucessivamente. Obviamente, tais renovações apenas poderão suceder-se até se atingir o prazo máximo de duração do inquérito (art.276º do CPP). Findo este prazo, devem cessar todas as escutas em curso.

(21) LEITE, ANDRÉ LAMAS, 2007, pág. 639.

(22) LEITE, ANDRÉ LAMAS, 2007, pág. 641.

4) As ditas “formalidades” das Escutas Telefónicas - art.188º do CPP

As designadas “formalidades” das escutas telefónicas encontram-se reguladas no art.188º do CPP, tendo sido objecto de profundas alterações aquando da Reforma de 2007 ao CPP.

Tendo como pano de fundo as ditas alterações que a Reforma de 2007 trouxe para o campo das “formalidades” das escutas, podemos dizer que o objectivo do legislador foi tentar solucionar alguns problemas que existiam até a data neste contexto, e para tal procurou, fundamentalmente, nas palavras de DAMIÃO DA CUNHA: “criar um regime, tanto quanto possível, claro quanto ao (modo e tempo de) conhecimento por parte do juiz dos elementos relevantes obtidos com as escutas; eliminar as transcrições generalizadas; e, por fim, consagrar o acesso/exame do arguido aos registos e suportes técnicos para efeito de eventual uso dos mesmos no âmbito do seu direito de defesa” (23).

Passemos então à análise do actual art.188º do CPP. Está estabelecido no nº1 do artigo que, após a interceptação e gravação levada a cabo pelo OPC, exige-se agora não apenas a redacção do auto de interceptação e gravação, como já acontecia, mas também um relatório em que o OPC deve “indica(r) as passagens relevantes para a prova, descreve(r) de modo sucinto o respectivo conteúdo e explicar(r) o seu alcance para a descoberta da verdade”, nos termos do nº1 do art.188º do CPP. Posto isto, entende-se que não se impõe ao OPC a transcrição da totalidade das comunicações ou conversações interceptadas, mas apenas das *relevantes* para a prova.

Nos termos do nº2 do art.188º, o OPC que realizar a interceptação e a gravação, os respectivos autos e o relatório com indicação das passagens relevantes para a prova, pode também tomar previamente conhecimento do conteúdo da comunicação interceptada, com o intuito de praticar os actos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova.

O OPC referido no nº1 deve, de quinze em quinze dias, contados a partir do início da primeira interceptação, levar ao conhecimento do MP, os autos e os relatórios mencionados, e os correspondentes suportes técnicos, nos termos do nº3 do art.188º do CPP. “Levar ao conhecimento do MP” significa ter de dar entrada nos serviços do MP. A seguir, “o Ministério Público leva ao conhecimento do juiz os elementos referidos no número anterior no prazo máximo de quarenta e oito horas”, nos termos do nº4 do art.188º do CPP. Este prazo deve ser contado a partir da data de entrada nos serviços do MP, e não da tomada de conhecimento do MP.

(23) CUNHA, JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA, disponível para consulta em:
http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/escutas_dc.pdf

A lei não refere expressamente qual é a razão da passagem dos autos de interceptação e gravação e dos respectivos relatórios e suportes técnicos pelo MP, e só posteriormente, o seu encaminhamento do MP para o juiz. Antes da reforma ao CPP em 2007, o nº1 do art.188º determinava que o OPC que procedesse ao auto de interceptação e gravação, o encaminhasse “imediatamente” ao juiz. O conceito de “imediatamente” trazia problemas e divergências de interpretação. Com a reforma, o legislador procurou resolver este problema, eliminando a expressão “imediatamente” do artigo, porém não nos indica o objectivo da criação dessa fase intermediária de passagem pelo MP dos autos de interceptação e gravação, dos respectivos relatórios e dos suportes técnicos, antes do seu encaminhamento para o Juiz. Segundo ANDRÉ LAMAS LEITE, o objectivo do legislador com essa inovação foi possibilitar a confirmação pelo MP da relevância probatória das passagens seleccionadas pelo OPC e do seu interesse para os objectivos iniciais das escutas prescritos no proémio do art.187, nº1 ⁽²⁴⁾.

Portanto, se o MP decidir em concordância com o formulado pelo OPC que executou a interceptação, os autos e os relatórios, seguir-se-á a apresentação ao JIC de todos os elementos que lhe haviam sido entregues, no prazo máximo de 48 horas, contadas da data em que os recebeu do OPC. Porém, no caso contrário, se o magistrado do MP considerar que os elementos recolhidos violam o nº1 e o nº4 do art.187º do CPP, poderá ele próprio ordenar a destruição dos mesmos? A resposta será negativa, pois cabe exclusivamente ao JIC a competência para ordenar as escutas e também para ordenar a destruição dos elementos delas resultantes. E o mesmo se aplica, no caso de não se levantarem dúvidas acerca da legalidade da escuta, mas o MP simplesmente discordar, relativamente ao OPC, quanto à relevância do material probatório recolhido para a investigação. Neste caso, pelo mesmo motivo, não pode o MP ordenar a destruição da prova recolhida e, ainda, em virtude da redacção do art.188º, nº4 do CPP, está obrigado a remeter o material ao juiz, que vai, por sua vez, comprovar, pela segunda vez (depois do MP) a relevância da prova recolhida. Sendo assim, podemos concluir que a única utilidade da intervenção do MP prescrita no art.188º, nº3 do CPP é a de ordenar a imediata suspensão das escutas em casos de violação grosseira dos pressupostos do art.187º do CPP ⁽²⁵⁾.

No que toca à decisão de destruição dos materiais probatórios recolhidos, esta continua a pertencer ao JIC, nos termos do nº6 do art.188º do CPP. A lei determina que o juiz deve ordenar a “destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo: a) que disserem respeito a conversações em que não intervenham pessoas referidas no nº4 do artigo

⁽²⁴⁾ LEITE, ANDRÉ LAMAS, 2007, pág.643.

⁽²⁵⁾ LEITE, ANDRÉ LAMAS, 2007, pág.644.

anterior; b) que abranjam matérias cobertas pelo segredo profissional, de funcionário ou de Estado; ou c) cuja divulgação possa afectar gravemente direitos, liberdades e garantias; ficando todos os intervenientes vinculados ao dever de segredo relativamente às conversações de que tenham tomado conhecimento”.

É fundamental tecer aqui algumas observações acerca do nº6 do art.188º. Devemos interpretá-lo conjugando-o com o regime do segredo de justiça interno, o que significa que a ordem de destruição por parte do juiz dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo só pode ocorrer após o encerramento do inquérito e o conseqüente fim do período de segredo de justiça interno e após ter sido facultada ao arguido e ao assistente a possibilidade de analisarem o material probatório, já que, de outra forma, se estaria a violar o direito constitucional ao contraditório. Com o encerramento do inquérito, o MP escolhe e manda transcrever as escutas que valerão como prova na acusação; o arguido pode ouvir a totalidade das escutas e pode juntar a transcrição das mesmas ao requerimento de abertura da instrução ou à contestação para se defender e contraditar a prova da acusação; assim como o assistente pode ouvir e transcrever as escutas e juntar ao processo no prazo previsto para requerer a abertura da instrução (nº8 e nº9do art.188º). Se o juiz pudesse ordenar a destruição dos suportes técnicos e relatórios durante o inquérito, o arguido não poderia conhecer as escutas e não poderia contraditar a prova da acusação, não poderia defender-se efectivamente. Portanto, pelos motivos expostos, esta ordem de destruição “imediate” deve ser interpretada no sentido supra referido, caso contrário, seria inconstitucional, por violar o direito ao contraditório.

Como já exposto acima, findo o inquérito, é conferida a possibilidade de consulta, por parte do assistente e do arguido, dos suportes técnicos das conversações e também gozam do direito de obter cópias das partes que pretendam transcrever para juntar ao processo e dos relatórios onde o OPC indica as passagens relevantes para a prova, no entanto, as cópias são feitas às suas custas e os mencionados direitos devem ser exercidos “até o termo dos prazos previstos para requerer a abertura da instrução ou apresentar a contestação, respectivamente”, nos termos do nº8 do art.188º. Tais cópias a que o arguido e o assistente têm direito valerão como prova, desde que sejam, no que toca ao arguido, transcritas e juntas ao requerimento de abertura da instrução ou à contestação, e no que respeita ao assistente, transcritas e juntas ao processo no prazo previsto para requerer a abertura da instrução, ainda que este não a requeira ou não tenha legitimidade para o efeito, nos termos do nº9 do art.188º do CPP.

Desta maneira, segundo o entendimento de ANDRÉ LAMAS LEITE, o nº9 do artigo em apreço reforça o direito ao contraditório do arguido, que deixa de ter apenas a faculdade de confirmar a conformidade formal dos autos de transcrição, como determinava a antiga redacção do nº5 do art.188º do CPP anterior à reforma de 2007, e passa agora a ser titular de um *direito de conformação do objecto processual* atinente à recolha deste meio probatório, no sentido em que pode transcrever passagens das escutas recolhidas que entenda serem-lhe favoráveis, enxertando-as na peça processual demonstrativa da não concordância com o desfecho do inquérito, à luz do disposto no art.287º/ nº2 do CPP e também em nome do art.32º/nº1 da CRP. Da mesma maneira, também no que respeita ao assistente estamos perante um fortalecimento dos meios processuais de que dispõe e perante uma *limitação* ao princípio geral de que o assistente tem a sua função processual subordinada à actuação do MP ⁽²⁶⁾.

Falta-nos ainda explicar a alínea a) do nº9 do artigo em questão. E dispõe o seguinte: “Só podem valer como prova as conversações ou comunicações que : a) o Ministério Público mandar transcrever ao órgão de polícia criminal que tiver efectuado a interceptação e a gravação e indicar como meio de prova na acusação”. A partir da leitura desta alínea, podemos constatar que estamos perante mais uma inovação da reforma ao CPP de 2007, pois antes da reforma, o antigo nº3 do art.188º estabelecia que era da competência do JIC ordenar a transcrição dos trechos relevantes para a prova, tarefa esta que agora pertence ao MP. É de louvar esta alteração que o legislador operou com a reforma de 2007, pois faz todo o sentido que seja o MP a decidir quais são as passagens relevantes para a prova e a ordenar a sua transcrição pelo OPC que efectuou a interceptação e a gravação e as indicar como meio de prova na acusação, afinal é ao MP que cabe a direcção do inquérito.

O nº10 do artigo em análise confere a faculdade ao tribunal de ouvir as gravações, de forma a corrigir as transcrições já executadas ou juntar aos autos novas transcrições que julgue necessário em nome da descoberta da verdade e da boa decisão da causa. Assim sendo, o juiz pode avaliar todo o material probatório, ouvindo todas as gravações que julgar convenientes, não estando limitado aquilo que foi transcrito. Todavia, ANDRÉ LAMAS LEITE nos alerta para o facto de que esse poder-dever conferido ao juiz pode ser perigoso no sentido de que, “se o tribunal não julgar necessário “à descoberta da verdade e à boa decisão da causa” lançar mão do poder-dever ora conferido, as junções a que aludem as als.b) e c) do nº9 do art.188º, são carreadas para os autos, sendo aptas a servir de base à decisão final, *mesmo que o juiz não as*

⁽²⁶⁾ LEITE, ANDRÉ LAMAS, 2007, pág. 654 e 655.

tenha ouvido, ou seja, não tenha aquilatado da correspondência das transcrições com o que, *de facto*, consta dos suportes materiais das escutas” (27).

O nº11 estatui que: “ As pessoas cujas conversações ou comunicações tiverem sido escutadas e transcritas podem examinar os respectivos suportes técnicos até ao encerramento da audiência de julgamento”. Comparativamente com o anterior nº5 do mesmo artigo de antes da reforma de 2007, evidenciam-se duas alterações: agora esta faculdade é atribuída apenas “as pessoas cujas conversações ou comunicações tiverem sido escutadas e também *transcritas*” e, além disso, agora exige-se um prazo de tempo para o efeito – “até a audiência de julgamento”.

Os suportes técnicos de conversas ou comunicações que não tiverem sido consideradas relevantes para a prova, ou seja, aquelas que não tiverem sido transcritas, serão, nos termos do nº 12 e do nº 13, guardados em envelope lacrado, à ordem do tribunal, e serão destruídos após o trânsito em julgado da decisão. Os suportes técnicos que não forem destruídos após o trânsito em julgado da decisão continuarão guardados em envelope lacrado, junto ao processo, e só poderão ser utilizados em caso de recurso extraordinário.

5) Consequência jurídica pelo desrespeito dos requisitos materiais de admissibilidade e dos requisitos formais das escutas telefónicas – art.190º do CPP

Na versão anterior à reforma de 2007, o CPP consagrava no seu art.189º, o regime aplicável à violação dos artigos 187º e 188º do CPP, onde podia ler-se que “todos os requisitos e condições referidos nos artigos 187º e 188º são estabelecidos sob pena de nulidade”. Todavia, apesar de a lei determinar a consequência da nulidade para os casos de não cumprimento dos aludidos pressupostos, foi omissa no que toca à natureza a atribuir à nulidade em causa.

A doutrina ficou dividida relativamente a esta questão. Havia autores que advogavam que o art.189º devia ser interpretado no sentido de conduzir a uma nulidade insanável no caso de incumprimento dos requisitos materiais de admissibilidade das escutas (art.187º) e a uma mera nulidade sanável no caso de incumprimento dos pressupostos formais de realização das escutas (art.188º). Esta posição foi defendida por alguns autores, da qual podemos destacar NUNO

(27) LEITE, ANDRÉ LAMAS, 2007, pág.656.

MAURÍCIO e CATARINA IRIA ⁽²⁸⁾ e corresponde também à interpretação quase unânime da jurisprudência naquela altura, inclusive perfilhada pelo Supremo Tribunal de Justiça ⁽²⁹⁾.

Por sua vez, JOSÉ DA COSTA PIMENTA e TOLDA PINTO ⁽³⁰⁾, apoiando-se no art.120º e ss. do CPP, defendiam que a “nulidade” prescrita no então art.189º traduzia-se na *nulidade dependente de arguição*, isto é, a nulidade sanável.

Por outro lado, MANUEL DA COSTA ANDRADE ⁽³¹⁾, GERMANO MARQUES DA SILVA ⁽³²⁾, ANDRÉ LAMAS LEITE ⁽³³⁾ e MANUEL GUEDES VALENTE ⁽³⁴⁾ entendiam que a nulidade prescrita no art.189º do CPP para os casos de violação de quaisquer requisitos dos arts.187º e 188º do CPP correspondia a uma *proibição de prova*, em função do disposto no nº3 do art.126º do CPP. Segundo estes autores, o legislador, apesar de não deixar explícito na redacção do nº3 que a prova não podia ser utilizada, assim como o faz no nº1 do art.126º, estabelece que “são *igualmente* nulas as provas obtidas mediante intromissão nas telecomunicações (...)”, o que nos leva a interpretar o nº3 do art.126º da mesma maneira, com a mesma força e o mesmo efeito do nº1, ou seja, como proibição de prova, que obsta a que a prova seja utilizada.

Com a reforma de 2007 ao CPP, esperava-se que o legislador esclarecesse esta questão, de forma a fazer cessar as divergências de opinião que existiam quanto à interpretação da norma. Tal não aconteceu, já que o legislador limitou-se a renumerar o art.189º, que agora passa a

⁽²⁸⁾ MAURÍCIO, NUNO e IRIA, CATARINA, 2006, pág.119.

⁽²⁹⁾ Assim, no sentido de que o incumprimento do art.187º origina uma nulidade insanável ou uma proibição de prova (neste aspecto há divergência entre os Tribunais) e de que o incumprimento do art.188º gera uma nulidade sanável, cf., entre muitos: Acs. do STJ de 6-12-2006 e 20-12-2006 (relatados pelo Conselheiro Oliveira Mendes); Ac. do STJ de 12-07-2007 (Cons. Arménio Sottomayor); Ac. de 7-3-2007 (Cons. Armindo Monteiro); Ac. do STJ de 20-12-2006 (Conselheiro Souza Fonte); Ac. 15-2-2006 (relatado pelo Conselheiro Silva Flor). Tais Acórdãos encontram-se disponíveis para consulta, respectivamente, em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/73dcb5bd7e549844802572ae002fc4bc?OpenDocument>

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a8170b691d90fe63802572dd0051befb?OpenDocument>

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d55c954f305ef2aa80257325002bf7f9?OpenDocument>

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0367c3da3af7b47e8025731b002e10ed?OpenDocument>

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4920f7efa1b6946f802572aa0039eed9?OpenDocument>

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7a020a3149b761c88025727500391daf?OpenDocument>

⁽³⁰⁾ Apud: VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES, 2008, pág.113.

⁽³¹⁾ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 2006, pág.188 e ss.

⁽³²⁾ SILVA, GERMANO MARQUES DA, 2000, Vol. II, pág.205 e 206.

⁽³³⁾ LEITE, ANDRÉ LAMAS, 2007, pág.665 e 666.

⁽³⁴⁾ VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES, 2008, pág. 114 e 115.

art.190º, mantendo o seu conteúdo praticamente idêntico. Assim, o actual art. 190º do CPP prevê que: “Os requisitos e condições referidos nos artigos 187º, 188º e 189º são estabelecidos sob pena de nulidade”.

No entanto, com a reforma de 2007, o legislador decidiu acrescentar à redacção do nº3 do art.126º do CPP a locução “não podendo ser utilizadas”, que sempre existiu na redacção do nº1 do art.126º. Desta forma, o legislador deixou claro que o nº3 do art.126º deve seguir o mesmo regime do nº1, ou seja, o sentido de “nulas” consagrado tanto no nº3 como no nº1, deve significar *proibidas* (em conformidade com a epígrafe do artigo – “proibições de prova”), e a consequência dessa proibição será, em ambos os casos, a *não utilização da prova*. Desta forma, dá-se razão e consagra-se na lei a posição sufragada por COSTA ANDRADE, GERMANO MARQUES DA SILVA, ANDRÉ LAMAS LEITE e de MANUEL GUEDES VALENTE.

Actualmente, após a reforma, restaram dissipadas todas as dúvidas que existiam sobre o sentido e a natureza a atribuir à sanção da nulidade estabelecida no art.190º do CPP, pois a única interpretação admissível, na opinião dos aludidos autores e na minha opinião também, é a de que ela deve ser entendida como *proibição de prova*, no sentido e nos termos do nº3 do art.126º do CPP (que veio reiterar o art.32º/nº8 da CRP). Isso significa que estamos perante uma nulidade absoluta e insuprível, porém não a nulidade insanável consagrada no art.119º do CPP. A proibição de prova é, pois, uma nulidade atípica, que implica obrigatoriamente a “*inutilização*” da prova recolhida.

ANDRÉ LAMAS LEITE salienta que, a partir da entrada em vigor do novo CPP, após a reforma de 2007, a nova redacção do nº3 do art.126º determina que seja ilegal àquela interpretação quase unânime da jurisprudência e de alguma doutrina, de que a violação do art.187º e do art.188º conduziam, respectivamente, a uma nulidade insanável ou a uma mera nulidade sanável. Na sua opinião, não se poderá entender que uma mudança legislativa tão clara vise abranger apenas os requisitos do art.187º e não os do art.188º, pois isso consistiria numa interpretação *contra legem* e ofensiva dos arts. 32º, nº8 e 34º, nº4 da CRP ⁽³⁵⁾.

Em jeito de conclusão, o autor explica que “de uma hermenêutica conjugada entre os arts. 126º, nº3, e 190º (este último inciso apenas tendo operado um alargamento do regime prescrito à norma de extensão do agora art.189º), conclui-se pela previsão, no art.190º, de uma *nulidade atípica*, designada por “*proibição de prova*”, a qual impede toda e qualquer utilização do material probatório assim obtido – mesmo se requerido pelo arguido – cujo regime não é *in*

⁽³⁵⁾ LEITE, ANDRÉ LAMAS, 2008, pág. 667 e 668.

totum sobreponível às nulidades insanáveis, mas que dele muito se aproxima.” Por fim, o autor nos deixa a reflectir, em termos de *iure condendo*, se não será porventura desadequado remeter ao regime da *proibição de prova* a ultrapassagem dos prazos estabelecidos no nº3 e 4 do art.188º. A seu ver, “estas duas hipóteses – e só estas – deveriam ter merecido uma consequência jurídica menos forte” ⁽³⁶⁾.

Ora, na minha opinião, ao ponderar sobre esta questão que ANDRÉ LEITE levanta a respeito de os números 3 e 4 do art.188º merecerem uma consequência jurídica menos forte do que a proibição de prova, julgo que é uma sugestão bastante interessante em termos de *iure condendo*, tal como o próprio autor indica. Como ficou demonstrado acima, é hoje inquestionável que o art.190º do CPP deve ser interpretado no sentido de que o incumprimento de todos e quaisquer uns dos requisitos estabelecidos nos arts.187º e 188º do CPP originará uma proibição de prova, por força do disposto no art.126º/nº3 do CPP (e no art.32º/nº8 da CRP). Porém, o que o autor sustenta não é uma proposta de interpretação do actual art.190º do CPP naquele sentido, não se dirige ao nosso direito constituído, mas é sim uma proposta em termos de *iure condendo*, ou seja, do nosso direito a constituir. A meu ver, tal entendimento é perfeitamente aceitável, pois para mim faz todo o sentido que, numa futura alteração legislativa, seja estabelecido neste art.190º do CPP diferenças ao nível da consequência jurídica a aplicar-se em função da gravidade da violação em causa. Julgo que a violação dos prazos previstos nos números 3 e 4 não é tão grave quanto às violações das restantes alíneas do art.188º e do art.187º, e neste sentido, penso que o autor tem toda razão ao invocar uma consequência jurídica menos forte do que a proibição de prova para estes casos.

⁽³⁶⁾ LEITE, ANDRÉ LAMAS, 2008, pág.669.

Capítulo II – A cláusula de extensão do art.189º do CPP e a Lei do Cibercrime - Lei nº 109/2009, de 15 de Setembro. Análise crítica.

1) A cláusula de extensão: evolução legislativa até ao actual art.189º do CPP

O nosso actual CPP tem a sua origem no DL nº78/87, de 17 de Fevereiro, que entretanto, já foi alvo de sucessivas alterações legislativas. Na versão originária do CPP de 1987, já se encontravam previstos quatro artigos referentes às “escutas telefónicas”, designadamente os artigos 187º, 188º, 189º e 190º, e este último artigo já contemplava uma extensão do regime das escutas telefónicas, ao dispor que *“O disposto nos artigos 187º, 188º e 189º é correspondentemente aplicável às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone”*. A expressão “qualquer meio técnico diferente do telefone” originava dúvidas interpretativas. Porém, o entendimento maioritário era o de que a aludida extensão apenas abarcava os meios técnicos que, à semelhança do telefone, tinham por objecto a palavra falada. Nesse sentido pronunciou-se FARIA COSTA ⁽³⁷⁾.

Entretanto, com a reforma ao nosso CPP, promovida pela Lei nº 59/98, de 25 de Agosto, o art.190º sofreu uma significativa alteração. Esta norma passou a estipular que *“O disposto nos artigos 187º, 188º e 189º é correspondentemente aplicável às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente o correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, bem como à interceptação das comunicações entre presentes”*. Com esta alteração legislativa, parece que o legislador quis esclarecer que, afinal, o entendimento acima estava equivocado, pois o regime das escutas telefónicas se aplicava também a comunicações que não envolvem a palavra falada, tais como o correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática. Além disso, como podemos constatar, o legislador decidiu também estender o regime das escutas à interceptação das comunicações entre presentes, o que provocou duras e merecidas críticas por parte da doutrina, como veremos.

Actualmente, após a reforma ao nosso CPP desencadeada pela Lei nº48/2007, de 29 de Agosto, a aludida cláusula de extensão mantém-se, todavia, deu-se uma inversão na ordem dos artigos 189º e 190º, passando agora a ser o artigo 189º a estatuir a cláusula de extensão e o

⁽³⁷⁾ COSTA, JOSÉ FRANCISCO DE FARIA, 1998, pág.174 e 175.

art.190º a consagrar o efeito da nulidade. Para além disso, a reforma de 2007 acrescentou, no então nº1 do art.189º, uma importante especificação quanto à interceptação do correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática: *“mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital”*. Muitas são as vozes que contestam e desaprovam o aditamento deste inciso na norma, como teremos oportunidade de observar. Por fim, a reforma de 2007 aditou ainda um nº2 ao art.189º, e assim veio a estender o regime das escutas, em alguns pontos mencionados, também à *localização celular* e aos *dados de tráfego*. Também neste ponto o legislador foi alvo de críticas e deixou muito a desejar, como veremos.

2) Da (in)adequação ou (des)ajustamento da cláusula de extensão prevista no art.189º do CPP

Com a evolução tecnológica, o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação e o emergir da Internet, abriu-se portas para o desencadear de novos meios de comunicação electrónica. Por outro lado, propiciou-se a abertura a novos fenómenos de criminalidade ligados ao uso dessas redes electrónicas de comunicação publicamente acessíveis. Trata-se da criminalidade informático-digital ou cibercriminalidade. Os criminosos não ficaram alheios às novas tecnologias e ao ciberespaço e passaram a organizar-se em redes através da Internet. Hoje, a actividade criminosa é uma actividade muito mais aprimorada e organizada graças ao recurso às novas tecnologias. Surgem assim, novas necessidades investigatórias e novos desafios ao Direito Processual Penal, que terá que evoluir e actualizar-se, já que agora a prova física cede lugar à prova digital e os meios clássicos de obtenção de prova até então existentes, concebidos para o mundo físico, mostram-se ineficientes para a investigação desses novos fenómenos de criminalidade. Assim sendo, o meio de obtenção de prova adequado deverá passar, igualmente, pelo recurso às novas tecnologias.

Foi este o propósito do legislador quando, na Reforma de 1998 ao CPP, decidiu estender o regime jurídico já existente para as escutas telefónicas *“às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática”*, nos termos do então art.190º do CPP. Urge então definir qual é o âmbito de aplicação desta norma de extensão.

O correio electrónico, também conhecido por e-mail, ou quaisquer outras formas de transmissão de dados por via telemática são formas de comunicação à distância potenciadas por recursos informáticos (³⁸).

A Directiva 2002/58/CE, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas, apresentou, no art.2º, alínea h), uma definição de correio de electrónico nos seguintes termos: “*correio electrónico é qualquer mensagem textual, vocal, sonora, ou gráfica enviada através de uma rede pública de comunicações que pode ser armazenada na rede ou no equipamento terminal do destinatário até o destinatário a recolher*”.

Acredito que com esta extensão ao “*correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática*”, o legislador pretendia estender o regime das escutas telefónicas a todos os novos meios de comunicação electrónica que haviam emergido nas últimas décadas, ou seja, terá querido abranger quer o correio electrónico, quer todas as demais comunicações electrónicas potenciadas pela Internet, quer, afinal, todas as telecomunicações. Assim, o legislador veio dissipar o entendimento maioritário existente na altura de que o regime das escutas telefónicas se aplicava apenas a outros meios de comunicação, que assim como o telefone, transmitissem a palavra falada. Em suma, embora o legislador tenha conferido especial destaque na redacção da norma ao correio electrónico, devemos interpretar a referida extensão no sentido de abranger todos os tipos de telecomunicações (³⁹).

Assim, o objectivo do legislador consistia na equiparação, enquanto meios de obtenção de prova, das escutas telefónicas às intromissões em todas as demais telecomunicações. Apesar das diferenças de tecnologia inerentes, e de envolverem em uns casos a transmissão da palavra falada e noutros da palavra escrita/virtual, existiria um ponto em comum fundamental: estaríamos sempre no campo das telecomunicações. Julgamos ter sido esse raciocínio seguido pelo legislador.

Importa agora definir o que envolve o conceito de telecomunicações. Nas palavras de COSTA ANDRADE, são telecomunicações “*todos os procedimentos técnicos de transmissão incorpórea (contraposta à transmissão postal, que é corpórea) à distância de qualquer espécie de informação ou notícia dirigidas a um destinatário individualizado. E isto independentemente do sistema tecnológico (fios, cabo, onda hertziana, satélite, analógica ou digitalizada, etc), das formas de expressão (palavras, imagens, cores, sons, dados, sinais) e do seu conteúdo (privado,*

(³⁸) De acordo com a definição de Telemática que o Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea nos fornece.

(³⁹) Entendimento sufragado por MANUEL COSTA ANDRADE (ensino oral), que subscrevo.

público, político, de negócios, etc). Assim, e a par das formas clássicas do telefone e do telegrama, cabem aqui telecomunicações como o telex, o telefax, a telefoto, o telemóvel, os serviços de mensagens_ mensagens curtas (SMS) ou mensagens melhoradas (EMS) _ e multimédia (MMS), as comunicações através da Internet, destaque para o correio electrónico e a telefonia através da internet, etc.” O autor refere ainda que trata-se de “comunicações entre pessoas determinadas (físicas ou colectivas) com exclusão dos meios abertos (rádio, televisão, teletexto, etc).” Ou seja, aqui apenas estão compreendidas “as chamadas telecomunicações privadas ou endereçadas e não já as telecomunicações públicas de massas ou de difusão (comunicações não endereçadas e unilaterais, do emissor para o receptor”. E continua: “ A telecomunicação pressupõe (aqui) uma relação triádica: um emitente e um destinatário, entre os quais se interpõe o mediador que oferece o serviço de transmissão” ⁽⁴⁰⁾.

No entanto, o legislador decidiu aditar, ainda no âmbito da reforma de 1998 ao CPP, uma terceira parte ao art. 190º (actual art.189º), onde se estabelece que o regime das escutas telefónicas estende-se também “à interceptação das comunicações entre presentes”. Desta maneira, acabou por transformar a norma em algo absurdamente estranho e incongruente, que equipara realidades completamente antagónicas: as telecomunicações e as comunicações entre presentes.

Nas comunicações entre presentes, a transmissão da mensagem é realizada através da palavra falada, tal como nas comunicações telefónicas. Contudo, existe uma diferença abismal a separar estas duas figuras: nas comunicações entre presentes, a palavra falada é transmitida directamente, sem a utilização de telefone ou qualquer outro aparelho ou instrumento técnico de transmissão. É isto também o que acaba por distinguir as comunicações entre presentes de todas as telecomunicações em geral. Tanto nas comunicações telefónicas, como em todas as telecomunicações, existe uma comunicação à distância, isto é, entre pessoas que não se encontram presentes no mesmo espaço físico, que é possibilitada precisamente pela utilização de um meio técnico de transmissão. Já nas comunicações entre presentes, as pessoas encontram-se presentes no mesmo espaço físico, e não existe nenhum meio técnico de transmissão, isto é, nenhum meio de telecomunicação envolvido. Somente a interceptação dessa conversa é que é efectuada através de um meio técnico, que vai captar as palavras proferidas oralmente pelos participantes da conversa ⁽⁴¹⁾ ⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 2012, pág. 1094, 1095.

⁽⁴¹⁾ Nesse parte acompanhamos de perto: CONCEIÇÃO, ANA RAQUEL, 2009, pág.31.

⁽⁴²⁾ Recorrendo ao art.199º/nº1, al. a) do CP, podemos afirmar que as comunicações entre presentes serão as palavras proferidas oralmente entre uma ou mais pessoas, não destinadas ao público.

Para além disso, a recondução da interceptação das comunicações entre presentes ao regime das escutas telefónicas é altamente censurável porque permite a agressão a direitos fundamentais, como o direito a reserva da intimidade da vida privada e familiar e principalmente o direito à palavra falada, de uma maneira muito mais intensa e avassaladora, do que as intromissões nas telecomunicações. COSTA ANDRADE nos alerta para tal ao referir que, relativamente às comunicações entre presentes, a sua “intercepção, gravação e posterior audição e utilização representam um potencial de devassa e danosidade social claramente superior (comparativamente às intromissões nas telecomunicações). A reclamar, por isso, um regime mais consistente e, na perspectiva da intromissão, mais exigente e selectivo (do que o regime das intromissões nas telecomunicações)”⁽⁴³⁾.

A grande maioria da doutrina portuguesa desaprova veementemente esta extensão do regime das escutas telefónicas à interceptação das comunicações entre presentes. E considera que, tendo em conta todas as diferenças de natureza já mencionadas acima, o contexto em que estas intervenções são efectuadas, e as implicações que delas resultam no que tange aos direitos fundamentais violados, impunha-se que o legislador tivesse consagrado um regime autónomo e diferenciado para a interceptação das comunicações entre presentes que, por sua vez, deveria ser muito mais exigente e menos permissivo do que o regime das escutas telefónicas. Entre os autores que advogam esta posição, podemos destacar: MANUEL COSTA ANDRADE⁽⁴⁴⁾, BENJAMIM SILVA RODRIGUES⁽⁴⁵⁾, ANDRÉ LAMAS LEITE⁽⁴⁶⁾, ANA RAQUEL CONCEIÇÃO⁽⁴⁷⁾, entre outros. Por minha parte, subscrevo inteiramente este entendimento.

Todavia, como já mencionamos anteriormente, após a Reforma de 1998 ao CPP, o art.190º ainda foi alvo de mais uma alteração, aquando da Reforma de 2007 ao mesmo Código. Desde então, o antigo art.190º do CPP transformou-se no actual nº1 do art.189º e passou a estatuir nos seguintes termos: “*O disposto nos artigos 187º, 188º e 189º é correspondentemente aplicável às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente o correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital, e à interceptação das comunicações entre presentes*”. Além disso, a Reforma de 2007 aditou um nº2 ao art.189º do

⁽⁴³⁾ ANDRADE, MANUEL COSTA, 2009, pág.186. Parênteses meus.

⁽⁴⁴⁾ ANDRADE, MANUEL COSTA, 2009, pág.186.

⁽⁴⁵⁾ RODRIGUES, BENJAMIM SILVA, 2008, Tomo I, pág. 439 e 440.

⁽⁴⁶⁾ LEITE, ANDRÉ LAMAS, 2004, pág.19.

⁽⁴⁷⁾ CONCEIÇÃO, ANA RAQUEL CONCEIÇÃO, 2009, pág.34 e 35

CPP. De seguida teremos a oportunidade de tecer algumas observações a esse respeito. Por agora, concentremo-nos no nº1 do art.189º do CPP.

Com esta alteração legislativa, o legislador determina a extensão do regime das escutas telefónicas às mensagens de correio electrónico (ou equiparáveis) “que se encontrem guardadas em suporte digital”. Esta extensão de regime é, na minha opinião, inaceitável. Se estamos perante um regime que regula as intromissões nas telecomunicações e que usa o termo “intercepção”, como é que se explica que esse mesmo regime seja adequado a aplicar-se a algo que (já) não é uma telecomunicação, nem sequer é uma comunicação, mas é sim, um “documento” ou ficheiro guardado no computador?! Não se explica. É, no mínimo, paradoxal.

Interceptar significa interferir no curso normal de alguma coisa, ou seja, pressupõe a circulação de algo, nesse caso, refere-se à interferência no curso normal das comunicações. Desta forma, só pode existir intercepção do correio electrónico em tempo real, isto é, enquanto este estiver a circular pelas redes dos computadores, passando pelo servidor, ou seja, enquanto for uma comunicação electrónica. Após o seu recebimento no computador de destino, depois de aberto, lido e guardado pelo destinatário, já não há comunicação electrónica, é apenas um ficheiro ou “documento” guardado no computador. E se não há comunicação, não pode haver intercepção de comunicação. Logo, não faz sentido a sua submissão ao regime das intromissões nas telecomunicações. Deverão, antes, ser reconduzidos para os regimes das buscas e das apreensões, regimes concebidos para o acesso e obtenção de objectos relacionados com o crime.

Parece que o legislador acabou por promover uma confusão conceptual entre intercepção e busca/apreensão. É precisamente isso que MANUEL COSTA ANDRADE defende, referindo-se aos suportes digitais provenientes de correio electrónico ou outras comunicações electrónicas: “Isto já não é o domínio das telecomunicações. Isto são buscas. Há uma diferença radical entre intromissão nas telecomunicações, a que se destinam estes artigos, e o acesso a documentos que estão gravados em computadores e outros meios digitais. Está aqui uma confusão muito grande de conceitos.”⁽⁴⁸⁾.

As buscas e as apreensões encontram-se previstas no CPP nos Capítulos II (“Das revistas e buscas”) e III (“Das apreensões”) do Título III (“Dos meios de obtenção de prova”). São meios de obtenção de prova que visam o acesso e a recolha de objectos que relacionados com o crime. Ou seja, suportes físicos de prova. A apreensão dos referidos suportes digitais resultantes de

⁽⁴⁸⁾ Excerto retirado de uma entrevista que MANUEL COSTA ANDRADE concedeu ao Jornal Correio da Manhã em 30/09/2007. Disponível em: <http://www.cmjornal.xl.pt/noticia.aspx?contentid=00259879-3333-3333-3333-000000259879&channelid=00000229-0000-0000-0000-000000000229>

comunicações electrónicas significará a apreensão dos próprios computadores onde estes se encontram armazenados, ou poderá significar, igualmente, a apreensão de cópias desses suportes digitais para suportes informáticos autónomos como CDs, DVDs, pen-drives, etc ⁽⁴⁹⁾.

A posição que estou aqui a advogar corresponde também à posição sufragada por MANUEL COSTA ANDRADE, como já mencionei acima ⁽⁵⁰⁾, e a posição defendida por RITA CASTANHEIRA NEVES ⁽⁵¹⁾, entre outros autores. Estes autores entendem, igualmente, que o correio electrónico ou outras comunicações electrónicas depois de recebidos, lidos e armazenados no computador são apenas ficheiros informáticos e como tal, não podem ser considerados comunicação, o que obsta a sua subsunção ao regime das escutas telefónicas e impõe a sua remissão ao regime das buscas e apreensões.

PEDRO VERDELHO, por sua vez, entende que o correio electrónico depois de recebido deve ser encarado como correspondência. Mas distingue duas situações: as mensagens electrónicas recebidas mas não lidas e as mensagens já recebidas e lidas. Para o autor, as primeiras são tidas como correspondência e como tal estão sujeitas ao regime de apreensão da correspondência (art.179º do CPP); já as segundas, são vistas como “meros documentos guardados no computador” e por isso “podem ser apreendidos no decurso de uma busca” ⁽⁵²⁾. Podemos então afirmar que a posição deste autor acaba por não divergir assim tanto da posição que defendemos, já que perante as mensagens já recebidas e lidas, também entende ser aplicável o regime das buscas e das apreensões. Já em momento posterior a Reforma de 2007, este autor vem alertar para a contradição que se origina com esta extensão do regime, pois, desta forma, se concede uma protecção superior, com os requisitos de admissibilidade e de forma das escutas telefónicas, aos ficheiros em formato digital resultantes de correio electrónico que o destinatário tenha aberto, lido e guardado no seu computador ou na sua conta de e-mail, ao mesmo tempo que atribui um regime muito menos protector aos e-mails que já foram abertos e lidos e que foram impressos em papel, nomeadamente, o regime das apreensões dos normais escritos. O autor critica a disparidade de regimes que se cria para situações materialmente idênticas ⁽⁵³⁾.

Relativamente a ingerência no correio electrónico enquanto este ainda é comunicação, ou seja, a intercepção em tempo real do correio electrónico e de outras comunicações electrónicas

⁽⁴⁹⁾ Nessa parte acompanhamos de perto: NEVES, RITA CASTANHEIRA, 2011, pág. 191 e 192.

⁽⁵⁰⁾ Para além do excerto da entrevista que foi supracitado, o autor manifesta a mesma posição em uma obra sua: ANDRADE, MANUEL COSTA, 2009, pág.185.

⁽⁵¹⁾ NEVES, RITA CASTANHEIRA, 2011, pág.190 e ss.

⁽⁵²⁾ VERDELHO, PEDRO, 2004, pág.158, 159 e 160.

⁽⁵³⁾ VERDELHO, PEDRO, 2008 , pág.167 e 168.

equiparáveis, temos alguma divergência de opiniões na doutrina. Para PEDRO VERDELHO, tal afingar-se-ia possível nos mesmos termos em que a lei permite a realização de escutas telefónicas, portanto, o regime aplicável seria o regime das escutas telefónicas ⁽⁵⁴⁾.

De acordo com COSTA ANDRADE ⁽⁵⁵⁾, a interceptação em tempo real do correio electrónico e demais comunicações electrónicas deveria ser subsumida ao mesmo regime das escutas telefónicas por estarmos, em todos esses casos, perante intromissões nas telecomunicações. Porém, entende que o actual regime previsto nos artigos 187º e ss do CPP deve ser alterado com vista a uma mudança de paradigma normativo. Assim, o capítulo das escutas telefónicas deveria ser substituído por outro mais amplo e compreensivo e mais adaptável a todas as diferentes formas de intromissão nas telecomunicações. Propõe, desta forma, um regime geral e comum a todas as intromissões nas telecomunicações. Isto implicaria logo a eliminação do art.189º do CPP. “Ao optar-se, como se optou, por um modelo assente nas *escutas telefónicas*, integrado por uma norma de *extensão*, então exigia-se que se procedesse com o cuidado devido para que a extensão parasse precisamente onde acabam as telecomunicações. Deslocando para outros enquadramentos normativos e sistemáticos as constelações que não podem reivindicar o estatuto e o regime das intromissões nas telecomunicações. Só assim se evitaria a “casa dos horrores” hermenêuticos em que se converteu o art.189º do CPP”. Assim, aquilo que não é telecomunicação e que actualmente encontra-se abrangido pela extensão do art.189º, nomeadamente, as intromissões nos “documentos” guardados no computador resultantes de comunicações electrónicas e a interceptação e gravação de comunicações entre presentes, obviamente deixariam de estar submetidos a esse regime. Como já foi mencionado, o autor defende, assim como eu, que esses “documentos” guardados no computador provenientes de comunicações electrónicas deveriam ser submetidos ao regime das buscas e apreensões e que as comunicações entre presentes, por não se equipararem em nada às telecomunicações e por representarem um potencial de devassa e danosidade social bastante superior do que as intromissões nas telecomunicações, reclamam um regime mais consistente e, na perspectiva da intromissão, mais exigente e selectivo do que o regime das intromissões nas telecomunicações. Subscrevo inteiramente este entendimento e esta proposta de regime sufragada por COSTA ANDRADE, que aliás correspondem aquilo que já vinha sendo aqui defendido anteriormente.

Por seu turno, RITA CASTANHEIRA NEVES entende que às ingerências no correio electrónico e demais comunicações electrónicas equiparáveis deveriam corresponder um regime

⁽⁵⁴⁾ VERDELHO, PEDRO, 2004, pág. 155.

⁽⁵⁵⁾ Nessa parte acompanhamos de perto: ANDRADE, MANUEL COSTA, 2009, pág.184 e ss.

autónomo e diferenciado do regime das escutas telefónicas (⁵⁶). Para a autora, esta diferenciação justifica-se por vários motivos: o telefone e correio electrónico configuram naturezas diversas em virtude da diferença de tecnologia; enquanto meios de obtenção de prova, não podem ser equiparados na medida em que não restringem direitos fundamentais com a mesma intensidade, por exemplo, o direito à palavra falada (art.26º da CRP); e por último, porque em um caso trata-se da palavra falada e no outro caso da palavra escrita, que na opinião da autora, reclamam um diferente grau de protecção, nomeadamente, uma tutela mais forte e exigente no que toca à palavra falada. Na sua opinião, quando estabelecemos uma conversa telefónica, sabemos que a nossa palavra é dita para se extinguir naquele momento, não se espera nenhuma perduração do que foi dito e por isso não ponderamos tanto o que dizemos, pelo contrário, quando enviamos um e-mail a alguém, sabemos que aquela mensagem existirá para o futuro, e por isso dedicamos um cuidado maior aquilo que escrevemos. Discordo desta visão das coisas. Entendo que o facto de se tratar da transmissão da palavra falada ou da transmissão da palavra escrita (nesse caso, palavra virtual) não é razão suficiente para justificar o tratamento destas figuras em regimes autónomos e diferenciados. Mais relevante é o facto de ambas serem telecomunicações. De igual forma, não considero que a palavra falada mereça mais protecção do que a palavra escrita/virtual. Actualmente o correio electrónico e outras comunicações electrónicas potenciadas pela Internet já são uma forma de comunicação considerada tão indispensável no nosso quotidiano pessoal e profissional quanto o telefone ou telemóvel, por isso entendo que ambos merecem a mesma protecção jurídica, devendo estar submetidos ao mesmo regime jurídico.

Para finalizar, resta-nos explicitar a outra inovação que a Reforma de 2007 trouxe para o art.189º e que se prende com a consagração do seu nº2. Tal preceito estabelece: “ *A obtenção e junção aos autos de dados sobre a localização celular ou de registos da realização de conversações ou comunicações só podem ser ordenadas ou autorizadas, em qualquer fase do processo, por despacho do juiz, quanto a crimes previstos no nº1 do art.187º e em relação às pessoas referidas no nº4 do mesmo artigo.*” Como se pode constatar, o legislador pretendeu estender uma parte do regime das escutas telefónicas à localização celular e aos dados de tráfego (dados relativos aos “registos da realização de conversações ou comunicações”). Contudo, deixa muito a desejar na redacção da norma, que não é clara e precisa como seria desejável e deixa transparecer dúvidas e lacunas. Na realidade, o legislador não teve em consideração as disposições consagradas na Directiva nº 2006/24/CE, relativa à conservação de dados no

(⁵⁶) NEVES, RITA CASTANHEIRA, 2011, pág. 206 e 207.

domínio das comunicações electrónicas, sendo que já se encontrava obrigado à transposição de tal Directiva para a ordem jurídica interna aquando da Reforma de 2007 ao CPP. O legislador deveria ter aproveitado a oportunidade para consagrar um único regime no CPP referente aos dados de tráfego e de localização, ao invés disso, decidiu consagrar uma norma pouco precisa a admitir esse dados como meio de obtenção de prova de uma maneira geral e optou por remeter para outros eventuais futuros diplomas a regulamentação dos demais aspectos, designadamente, o dever de conservação desses mesmos dados por parte dos operados de comunicação ⁽⁵⁷⁾. É o que vem a acontecer posteriormente, com a aprovação da Lei nº32/2008, de 17 de Julho, que transpôs a referida Directiva nº2006/24/CE. Esta Lei veio então regular, conforme prevê o seu nº1, “ a conservação e a transmissão dos dados de tráfego e de localização relativos a pessoas singulares e a pessoas colectivas, bem como dos dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador registado, para fins de investigação, detecção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes”. A transmissão dos referidos dados (especificados no art.4º da Lei) por parte dos fornecedores de serviços de comunicações electrónicas, nos termos do art.9º da Lei, só pode ser autorizada, por despacho fundamentado do juiz de instrução (assim como determina o art.189º/nº2 do CPP); 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 (requisito que não consta do art.189º/nº2); no âmbito de uma investigação (sendo que o art.189º/nº2 admite a obtenção e junção desses dados aos autos em qualquer fase do processo); para detecção e repressão de crimes graves (cujo catálogo encontra-se referido na al.g) do nº1 do art.2º da Lei e não coincide com o catálogo de crimes do nº1 do art.187º para o qual o art.189º/nº2 remete, coincide antes com os crimes elencados no nº2 do art.187º); quanto às pessoas estabelecidas no nº3 do art.9º (que coincidem com as pessoas referidas no art.187º/nº4 do CPP, para o qual remete o art.189º/nº2).

⁽⁵⁷⁾ Nessa parte acompanhamos de perto: NEVES, RITA CASTANHEIRA, 2011, pág. 229.

3) A Lei do Cibercrime – Lei nº 109/2009, de 15 de Setembro.

Consideração crítica.

A Lei do Cibercrime – Lei nº 109/2009, de 15 de Setembro, transpôs a Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação e adaptou o direito interno à Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa. Esta lei veio revogar a antiga Lei da Criminalidade Informática – Lei nº109/91, de 17 de Agosto. Todavia, não é simplesmente uma nova lei de criminalidade informática.

Na verdade, esta lei veio consagrar um regime processual penal geral de obtenção de *prova digital* que aplica-se a todos os tipos de crime, dado que, nos termos do seu art.11º/nº1, com excepção dos arts.18º e 19º, todas as demais disposições processuais (art.12º a 17º) configuram diligências de obtenção de prova digital que se destinam não só a processos relativos aos crimes informáticos previstos naquela lei, mas também a todos os tipos de crimes cometidos por meio de um sistema informático ou ainda, a todos os crimes em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico. Como refere PEDRO VENÂNCIO, “são assim medidas de aplicação geral. Trata-se da criação de meios de obtenção de prova digitais para o combate da criminalidade, seja qual for a sua forma” (⁵⁸). Também PAULO DÁ MESQUITA explica que “as regras de direito probatório previstas no diploma não são assim meras normas processuais sobre *cibercrimes* ou sequer apenas relativas a crimes praticados em *sistemas informáticos*, mas correspondem a um regime consideravelmente mais abrangente sobre *prova electrónica* em processo penal aplicável a qualquer crime” (⁵⁹). Assim sendo, estas medidas processuais previstas nos arts.12º a 17º aplicam-se indistintamente a todos os crimes. A meu ver, tal âmbito de aplicação é excessivamente amplo. Penso que esta lei deveria ter restringido o âmbito de aplicação de tais medidas atendendo à gravidade dos crimes, e não, ter admitido o seu recurso irrestritamente em relação a todos os crimes, exigindo apenas que se trate de um crime cometido por meio de um sistema informático ou em relação ao qual seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico. Tais disposições deveriam aplicar-se a estes crimes somente no caso de configurarem crimes com certo grau de gravidade, ou seja, crimes de média gravidade ou crimes graves. Julgo que, desse modo, a lei acaba por alargar desproporcionadamente a intromissão e devassa aos direitos fundamentais.

(⁵⁸) VENÂNCIO, PEDRO DIAS, 2011, pág. 90 e 91.

(⁵⁹) Apud: MILITÃO, RENATO LOPES, “A propósito da Prova digital no processo penal”, disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B53f46e96-536f-47bc-919d-525a494e9618%7D.pdf>

RENATO LOPES MILITÃO adverte que “a Lei nº 109/2009 consagra um *regime processual penal geral* de obtenção de *prova digital*, potencialmente dirigido a *todos* os crimes. Desse modo, impunha-se a integração das suas normas no CPP”. Pelo que “só uma intenção mal dissimulada do legislador em ampliar e facilitar os meios de obtenção daquela prova o pode ter levado a optar por produzir (mais) um diploma especial”⁽⁶⁰⁾. Concordo com o autor.

Outra falha da lei prende-se, no meu ponto de vista, com o nº2 do art.11º, que dispõe que “as disposições processuais previstas no presente capítulo não prejudicam o regime da Lei nº 32/2008, de 17 de Julho”. Ora, tais regimes são contraditórios e incompatíveis em muitos aspectos no que toca à conservação, ao acesso e obtenção de dados. Ao analisarmos os arts.12º, 13º e 14º da Lei do Cibercrime, constatamos que esta lei determina que a preservação de dados informáticos e de tráfego por parte do fornecedor de serviço é ordenada pela autoridade judiciária competente ou até mesmo pelos OPC, mediante autorização da autoridade judiciária ou quando haja urgência ou perigo na demora; o fornecedor de serviço a quem a preservação for ordenada tem ainda a obrigação de indicar, assim que souber, à autoridade judiciária ou ao OPC, outros fornecedores de serviço através dos quais aquela comunicação tenha sido efectuada; e por último, os fornecedores de serviço estão obrigados a comunicar os dados ao processo ou permitir o acesso aos mesmos, mediante injunção da autoridade judiciária competente, sob pena de punição por desobediência. É importante lembrar que tais medidas têm um âmbito de aplicação demasiado extenso, nos termos já expostos acima. Por sua vez, a Lei nº32/2008, de 17 de Julho determina (art.9º) que a transmissão dos dados de tráfego e localização “só pode ser autorizada por despacho fundamentado do Juiz de Instrução 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 no âmbito da investigação, detecção e repressão de crimes graves”. Tais crimes graves encontram-se previstos no art.2º/nº1, alínea g) da lei. Estamos, pois, perante regimes contraditórios e incompatíveis. Como resolver tal problema? Segundo RITA CASTANHEIRA NEVES, “face a este artigo 11º da Lei do Cibercrime, somos forçados a demarcar campos de aplicação distintos para a Lei nº 32/2008 e para a Lei nº109/2009. Se aquela primeira se aplica à investigação de crimes “graves” – tal como definido na alínea g) do nº1 do artigo 2º - procedendo-se aqui à obtenção de dados de tráfego e localização através das mencionadas exigências do art.9º, já a segunda lei só se aplicará no caso de a investigação criminal em curso dizer respeito a crimes cometidos por meio de um sistema informático ou em

⁽⁶⁰⁾ MILITÃO, RENATO LOPES, “A propósito da Prova digital no Processo Penal”, disponível em: <http://www.oa.pt/upl/%7B53f46e96-536f-47bc-919d-525a494e9618%7D.pdf>

relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico” (61). Contudo, a autora, ao referir que os âmbitos de aplicação das aludidas leis são distintos e que aplicam-se à investigação de crimes diversos, parece esquecer que, afinal, tais âmbitos de aplicação poderão ser coincidentes, na medida em que poderão existir crimes graves que são, em simultâneo, crimes cometidos por meio de um sistema informático ou em relação aos quais seja necessário a recolha de prova em suporte electrónico. Nesses casos, os âmbitos de aplicação das leis acabam por coincidir, o que torna os seus regimes incompatíveis.

Sem esquecer que, na realidade, não existem apenas estes dois regimes distintos sobre o acesso e obtenção de dados de tráfego no nosso ordenamento jurídico. Tal como já constatamos, existe ainda no CPP, no art.189º/nº2, um outro regime relativo ao acesso e obtenção de dados de tráfego, que também diverge dos dois regimes acima referidos. A minha maior crítica destina-se, pois, ao sistema jurídico que temos actualmente, que apresenta três regimes diferenciados para o acesso e a obtenção de dados de tráfego.

O que fazer perante tal impossibilidade de cumulação dos regimes? Segundo o princípio “lex posteriori derogat lex priori”, a Lei 32/2008, de 17 de Julho revoga o regime previsto no art.189º/2 do CPP para o acesso e obtenção de dados de tráfego. Aliás, já havíamos salientado que o legislador da Reforma de 2007 agiu mal ao consagrar tal regime no CPP sem ter em conta a obrigação de transposição da Directiva nº2006/24/CE, deixando para que esta transposição fosse realizada posteriormente, através da Lei nº 32/2008. Teria sido mais adequado que tal transposição tivesse sido efectuada no âmbito do próprio CPP, para evitar que tivéssemos agora um regime no CPP diverso do regime estabelecido em lei extravagante posterior. Também a Lei do Cibercrime, sendo posterior a Lei 32/2008, não obstante prever nos termos do seu art.11º/nº2 que as suas disposições processuais não prejudicam o regime da Lei 32/2008, impondo assim uma cumulação de regimes, tal cumulação é impossível na parte em que o âmbito de aplicação da Lei do Cibercrime coincide, nos termos expostos acima, com o âmbito de aplicação da Lei 32/2008. Portanto, nessa parte coincidente, o regime da Lei do Cibercrime revoga o regime da Lei 32/2008. Na parte não coincidente, continuam a vigorar as duas Leis.

Ao continuar a análise das disposições processuais da Lei do Cibercrime, deparamo-nos com os arts.15º e 16º, relativos à pesquisa e apreensão de dados informáticos. O primeiro artigo determina que a autoridade judiciária autoriza ou ordena por despacho a realização da pesquisa, devendo, sempre que possível, presidi-la, porém, o OPC pode proceder à pesquisa, sem prévia

(61) NEVES, RITA CASTANHEIRA, 2011, pág. 237.

autorização daquela, dentro de determinadas condições, estabelecidas no nº3 do artigo. Este artigo dispõe ainda que deve ser aplicável, à pesquisa de dados informáticos, as regras de execução das buscas previstas no CPP (art.174º e ss). O art.16º regula a apreensão de dados informáticos e dispõe, igualmente, que a entidade competente é a autoridade judiciária, contudo, nos casos em que tenha sido um OPC a realizar a pesquisa, este pode também proceder à apreensão, mas esta fica sujeita a validação da autoridade judiciária, no prazo de 72 horas. O nº7 do artigo define as formas que podem assumir a apreensão de dados informáticos.

É de louvar o facto de esta lei ter promovido, nos termos dos arts. 17º e 18º, um tratamento diferenciado para a ingerência no correio electrónico quando este se encontra armazenado em suporte digital ou quando se encontra em transmissão. Assim, o art.17º admite a apreensão de mensagens de correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante que se encontrem armazenados em sistema informático desde que cumpridos determinados requisitos e determina que a esta apreensão deverá ser aplicado, correspondentemente, o regime da apreensão de correspondência previsto no CPP. Por outro lado, ao correio electrónico ou outras comunicações electrónicas de natureza análoga que se encontrem em transmissão, deverá ser aplicado regime diverso, o regime da interceptação de comunicações previsto no art.18º. Este é um grande mérito desta Lei, pois como vimos, antes de essa Lei ser aprovada, o art.189º/1 do CPP estipulava que o correio electrónico, mesmo depois de já ter sido recebido, lido e guardado em suporte digital, devia seguir o mesmo regime que o correio electrónico que se encontrava em transmissão, o regime das escutas telefónicas (art.187º e ss do CPP). Esta submissão de ambos ao regime das escutas telefónicas é altamente criticável. A esse regime apenas deveria estar submetido o correio electrónico que se encontra em transmissão, porque só nesse caso estamos efectivamente perante uma comunicação.

Mais uma vez reitero o que mencionei acima a respeito do âmbito de aplicação destas disposições processuais ser excessivamente abrangente. É certo que, quanto ao art.17º, é vantajoso na medida em que permite o acesso ao correio electrónico armazenado em suporte digital nas investigações de crimes informáticos, o que não era possível antes, já que o regime das escutas telefónicas prevê um catálogo de crimes que só admite crimes puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos (art.187º/nº1, al.a) do CPP), o que excluía a maior parte da criminalidade informática prevista na anterior Lei 109/91. Portanto, relativamente aos crimes informáticos, entendo que a sua inclusão no âmbito de aplicação do art.17º é acertada, visto que tais crimes só podem ser provados através do recurso à prova digital. Porém, no que

toca ao restante âmbito de aplicação do art.17º, previsto no art.11º/nº1, julgo que é exorbitante e que tal lei deveria aplicar-se a estes crimes apenas quando consubstanciarem crimes de média gravidade ou crimes graves.

No que concerne ao art.18º, relativo à interceptação de comunicações, tal artigo goza de um âmbito de aplicação bem mais limitado do que os anteriores e, na minha opinião, muito mais adequado e equilibrado, tendo em conta os princípios da necessidade e proporcionalidade e a lesão de direitos fundamentais. Tal artigo circunscreve-se aos crimes informáticos previstos naquela lei ou então aos crimes cometidos por meio de um sistema informático ou em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico, mas desde que esses crimes se encontrem previstos no art.187º do CPP. O nº3 do artigo relaciona-se com a interceptação de dados de conteúdo e de tráfego, no entanto, sempre no que tange a uma diligência de interceptação da comunicação em tempo real. O nº4 do artigo remete, em tudo o que não for contrariado pelo artigo, para o regime das escutas telefónicas constante dos arts.187º, 188º e 190º do CPP. Como se vê, o nº4 do art.18º não remete para o art.189º do CPP. Isto é assim, obviamente, porque o art.18º acaba por revogar quase inteiramente o art.189º do CPP, no âmbito, é claro, da criminalidade prevista no seu nº1. O art.18º é, a meu ver, uma decisão claramente acertada da Lei do Cibercrime.

Por fim, chegamos ao art.19º, que admite o recurso às acções encobertas, nos termos previstos na Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto, no decurso de inquérito relativo aos seguintes crimes: “os previstos na presente lei; os cometidos por meio de um sistema informático, quando lhes corresponda, em abstracto, pena de prisão de máximo superior a 5 anos ou, ainda que a pena seja inferior, e sendo dolosos, os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual nos casos em que os ofendidos sejam menores ou incapazes, a burla qualificada, a burla informática e nas comunicações, a discriminação racial, religiosa ou sexual, as infracções económico-financeiras, bem como os crimes consagrados no título IV do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos”. Esta norma é um ponto claramente negativo desta lei, dado que as acções encobertas agridem direitos fundamentais de uma maneira ridiculamente devastadora, sendo muito mais graves do que as próprias escutas telefónicas (ou outras intromissões nas telecomunicações), pois nestas, o investigado não é influenciado ou pressionado a auto-incriminar-se, como acontece nas acções encobertas. Nesse sentido, a admissão das acções encobertas no âmbito desta lei, principalmente tendo em conta a abrangência do seu catálogo de crimes, é para mim, altamente condenável.

Capítulo III – Os conhecimentos fortuitos. Os conhecimentos fortuitos em sentido estrito e os conhecimentos da investigação

1) Distinção entre “conhecimentos da investigação” e “conhecimentos fortuitos” (em sentido estrito)

É frequente acontecer que, no seio de uma investigação criminal, onde se recorra à utilização de escutas telefónicas ou outras ingerências nas telecomunicações (nos termos do art.189º do CPP), sejam descobertas informações relativas a infracções que não correspondem àquela infracção objecto da investigação, que legitimou o recurso a estes meios de obtenção de prova. Neste contexto, fala-se de *conhecimentos fortuitos em sentido amplo*, que, por sua vez, subdivide-se em dois grupos: *os conhecimentos fortuitos em sentido estrito* e *os conhecimentos da investigação*. Cumpre-nos agora a tarefa de proceder à distinção dos aludidos conceitos.

No que concerne aos *conhecimentos da investigação*, podemos defini-lo pela específica *relação de conexão* que existe entre o crime cuja perseguição legitimou a investigação e o crime a que se reportam os conhecimentos que a mesma investigação acabou por fornecer. Este é precisamente o ponto de divergência que separa os *conhecimentos da investigação* dos *conhecimentos fortuitos* (expressão utilizada, a partir de agora, em sentido estrito), dado que quanto a estes últimos, não obstante também relacionarem-se com um outro tipo de crime que não aquele que consubstanciava o objecto da investigação, distinguem-se dos primeiros porque o crime novo, fortuitamente descoberto, *não se encontra em nenhuma relação de conexão* com o crime objecto da investigação.

Segundo COSTA ANDRADE, é esta *relação de conexão* que efectivamente distingue os *conhecimentos da investigação* dos *conhecimentos fortuitos* e que, “tanto no plano material-substantivo como, sobretudo, no processual, permite falar de uma relação de “mesmidade” entre o crime originário e os novos crimes postos a descoberto pela escuta. Em termos tais que a investigação do crime originário já leva consigo a investigação dos crimes novos, como conhecimentos da(que) investigação de que fazem parte. (...) Por isso é que, diferentemente do que sucede nos conhecimentos fortuitos – em que o processamento do(s) outro(s) crime(s) tinha, em princípio, de ocorrer noutro(s) processo(s) – os conhecimentos da investigação fazem parte

do mesmo “pedaço de vida”, devendo ser tratados no mesmo processo, a cujo objecto pertencem”⁽⁶²⁾.

Com o propósito de uma melhor clarificação das figuras em apreço, urge trazer ao presente estudo dois conceitos da qual COSTA ANDRADE nos apresenta: o conceito de *vinculação ao fim* (*Zweckbindung*) e o conceito de *mudança de fim* (*Zweckentfremdung*). Nas palavras do autor, “diferentemente do que sucede com os conhecimentos da investigação, os *conhecimentos fortuitos* em sentido estrito introduzem uma *mudança de fim*, isto é, uma divergência entre o fim em nome do qual os conhecimentos foram *obtidos* e o fim para que venham ulterior e eventualmente a ser *utilizados*. A sua utilização representa neste contexto uma excepção ao princípio da *vinculação ao fim*” (princípio cuja afirmação é associada ao Tribunal Constitucional alemão), que determina que “os dados pessoais obtidos através de meios particularmente invasivos, estão em princípio circunscritos ao fim (a perseguição do crime) em nome do qual a intromissão foi legitimamente levada a cabo”⁽⁶³⁾. O autor explica ainda que a vinculação ao fim não significa a proibição absoluta de mudança de fim, que será admissível desde se encontre consagrada na lei e que esta lei seja conforme com a Constituição⁽⁶⁴⁾.

Numa tentativa de ilustrar constelações fácticas de *conhecimentos da investigação*, COSTA ANDRADE acompanha WOLTER e indica como exemplos: “os factos que estejam numa relação de concurso ideal e aparente com o crime que motivou e legitimou a investigação por meio da escuta telefónica; os delitos alternativos que com ele estejam numa relação de comprovação alternativa de factos; 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; as diferentes formas de comparticipação (autoria e cumplicidade); as diferentes formas de favorecimento pessoal, auxílio material ou receptação”⁽⁶⁵⁾. Porém, esta lista não deve ser vista como um critério fechado e esgotante de delimitação dos conhecimentos da investigação, sendo o seu objectivo apenas assinalar a distinção entre conhecimentos da investigação e conhecimentos fortuitos⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶²⁾ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 2013, pág.254.

⁽⁶³⁾ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 2013, pág.355.

⁽⁶⁴⁾ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 2013, pág.356.

⁽⁶⁵⁾ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 2006, pág. 306.

⁽⁶⁶⁾ Ibidem.

2) A valoração dos conhecimentos fortuitos (em sentido estrito)

A questão que nesta sede se levanta prende-se com a admissibilidade de os conhecimentos fortuitos recolhidos – que não dizem respeito ao crime que era objecto da investigação e em nome de qual a ingerência nas telecomunicações foi permitida – serem utilizados e valorados como prova do crime a que se referem.

Esta é uma matéria que se encontrava omissa no nosso CPP até há pouco tempo atrás. Foi, portanto, só com a Reforma de 2007 ao CPP desencadeada pela Lei nº48/2007, de 29 de Agosto, que passamos a contar com a regulação legal desta matéria, nomeadamente, no nº7, do art.187º do CPP. Até então, apenas por meio “do labor da jurisprudência e da doutrina pode esperar-se a necessária e ajustada resposta ao problema dos conhecimentos fortuitos” ⁽⁶⁷⁾.

A nossa doutrina apresenta opiniões bastante divergentes. MANUEL COSTA ANDRADE, após fazer algumas referências à posição da doutrina e da jurisprudência alemã ⁽⁶⁸⁾, expõe o seu ponto de vista: “ temos por bem fundado o entendimento da doutrina e jurisprudência alemãs na parte em que reclamam como *exigência mínima* que os *conhecimentos fortuitos se reportem a um crime do catálogo*, sc., a uma das infracções previstas no art.187º do CPP. Para além disso, cremos em segundo lugar, ser mais consistente a posição dos autores que, a par do crime do catálogo, fazem intervir exigências complementares tendentes a reproduzir aquele *estado de necessidade investigatório* que o legislador terá arquetipicamente representado como fundamento da legitimação (excepcional) das escutas telefónicas. Qualquer outro entendimento que reduzisse as exigências e, nessa medida, abatesse algumas das defesas do cidadão, só seria possível em nome de uma hermenêutica menos atenta ao peso dos elementos sistemático, teleológico e político-criminal. Parece, outrossim e em terceiro lugar, que em caso de perseguição de associação criminosa nada impedirá a valoração dos conhecimentos fortuitos relativos aos crimes que integram a finalidade ou actividade da associação” ⁽⁶⁹⁾.

Por sua vez, também GERMANO MARQUES DA SILVA é favorável à valoração dos conhecimentos fortuitos, porém, desde que estes conhecimentos reportem-se a crimes do catálogo. No entanto, contrariamente a COSTA ANDRADE, considera não ser exigível o

⁽⁶⁷⁾ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 1991, pág.407.

⁽⁶⁸⁾ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 2006, pág.307 à 311.

⁽⁶⁹⁾ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 2006, pág. 311 e 312.

“estado de necessidade investigatório” como pressuposto para a valoração dos conhecimentos fortuitos, sendo, portanto, suficiente, apenas que respeitem a um crime do catálogo⁽⁷⁰⁾.

No que toca a FRANCISCO AGUILAR, este coloca-se numa posição mais radical, assumindo a tese da proibição total de valoração dos conhecimentos fortuitos, apoiando-se no art.32, nº8 da CRP. Segundo o autor, “na falta de uma norma especial de permissão de valoração, não restará outra alternativa senão a aplicação do princípio que constitui sempre o direito, liberdade e garantia; no caso em apreciação: o direito à palavra falada, o direito à intimidade da vida privada e o direito ao sigilo das telecomunicações. Donde, os conhecimentos terão de ser objecto de uma proibição de valoração de prova nos termos do art.32º, nº8 da CRP, por representar uma “intromissão abusiva” a valoração de determinados factos quando efectuada fora dos casos previstos na lei”⁽⁷¹⁾. O autor entende que os arts. 187º e 188º estão adstritos aos factos que possam ser valorados no processo em que a escuta foi ordenada ou autorizada pelo JIC. No entanto, é ainda possível que os conhecimentos fortuitos sejam utilizados como *notitia criminis*, no caso de inexistir ainda um processo que tenha por objecto esses mesmos factos⁽⁷²⁾ ⁽⁷³⁾.

Posição semelhante é defendida por BENJAMIM SILVA RODRIGUES, que afirma ser apologista da tese de FRANCISCO AGUILAR⁽⁷⁴⁾.

Por seu turno, MANUEL GUEDES VALENTE considera que “são de valorar os *conhecimentos fortuitos* obtidos por escuta telefónica lícita que se destinem ao «esclarecimento de um dos crimes do catálogo» do art.187º do CPP, quer o sujeito desses factos seja o arguido do processo em cuja a vigilância telefónica se opera, quer seja um terceiro (intermediário) – desde que tenha participado nas comunicações e conversações – que se mostrem *indispensáveis e necessários a esse esclarecimento* e que, face a um juízo de “hipotética repetição de intromissão” – «estado de necessidade investigatório» - se verifique uma *probabilidade qualificada* de que em aquele processo autónomo se recorreria à escuta telefónica por se mostrar «indispensável para a descoberta da verdade» ou de que seria impossível ou muito difícil, de

⁽⁷⁰⁾ SILVA, GERMANO MARQUES DA, 2002, pág.205. Há autores que entendem que, a ser assim, estaríamos a desrespeitar o objecto da escuta, pois seria mais fácil a valoração dos conhecimentos fortuitos do que dos próprios conhecimentos de investigação, já que estes são obrigados a obedecer a juízos de proporcionalidade, necessidade, adequação. CONCEIÇÃO, ANA RAQUEL, 2009, pág.230.

⁽⁷¹⁾ AGUILAR, FRANCISCO, 2004, pág.78 e 79.

⁽⁷²⁾ AGUILAR, FRANCISCO, 2004, pág.108 e 109.

⁽⁷³⁾ No mesmo sentido, CONCEIÇÃO, ANA RAQUEL, 2009, pág.235. A autora não exclui, porém, a possibilidade de utilização dos conhecimentos fortuitos num processo autónomo (em curso ou a instaurar), nem a possibilidade de realização de mais do que uma escuta telefónica no mesmo processo.

⁽⁷⁴⁾ RODRIGUES, BENJAMIM SILVA, 2008, pág.435 e 436.

outra forma, obter a prova e que os conhecimentos tenham sido comunicados *imediatamente* (⁷⁵) [e «não de 15 em 15 dias»], ao MP e deste, imediatamente, ao juiz que autorizou a diligência processual [e não passadas 48 horas]. O autor acrescenta que a não verificação *cumulativa* destes requisitos deverá implicar uma proibição de valoração dos conhecimentos fortuitos; além disso, quanto aos crimes que servem de *actividade ou finalidade* ao crime do catálogo – *associação criminosa ou terrorismo* – que legitimou a escuta e que não se confirma, entende que esses conhecimentos devem ser valorados, por pertencerem ao processo histórico do delito que legitimou a interceptação, desde que se verifiquem, quanto a eles, todos os requisitos acima descritos (⁷⁶).

Passemos agora a uma análise geral sobre a nossa jurisprudência relativamente ao tema. A posição que maioritariamente é seguida pela nossa jurisprudência é aquela que, por sua vez, é maioritariamente defendida no seio da nossa doutrina, e que corresponde à posição de COSTA ANDRADE.

Para exemplificar esta tomada de posição jurisprudencial, podemos citar o Acórdão do STJ de 23 de Outubro de 2002 (⁷⁷): «o aproveitamento dos conhecimentos fortuitos através de escutas telefónicas será meio de prova válido e admissível se: - as escutas de que provêm os conhecimentos fortuitos tiverem obedecido aos respectivos requisitos legais contidos no artº 187º do CPP (prévia autorização judicial, referentes a crimes taxativamente indicados na lei - crimes de catálogo - e seu interesse para a descoberta da verdade ou para a prova); - o crime ou crimes em investigação e para cujo processo se transportam os conhecimentos fortuitos constituírem também crimes de catálogo; - o aproveitamento desses conhecimentos tiverem igualmente interesse para a descoberta da verdade ou para a prova no processo para onde são transportados; - o arguido tiver tido possibilidade de controlar e contraditar os resultados obtidos por essa via».

Também o Acórdão do STJ de 29 de Abril de 2010 (⁷⁸) cita o aludido Acórdão do STJ de 23 de Outubro de 2002 e partilha da mesma posição. O Acórdão de 29 de Abril de 2010

(⁷⁵) Advérbio da redacção anterior do nº1 do art.188º do CPP, que MANUEL VALENTE aqui volta a inserir e a defender, pois, imediatamente é logo que tenha conhecimento comunica sem quaisquer delongas.

(⁷⁶) VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES, 2008, pág.124, 125 e 126.

(⁷⁷)Disponível para consulta em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/485be55e8b5f46fb80256c7c003537f1?OpenDocument>

(⁷⁸) Disponível para consulta em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1722ea30bc0c1a3880257735003cf57b?OpenDocument>

acrescenta ainda que esta posição também é a que mais apologistas encontra na doutrina, de entre os quais se destaca COSTA ANDRADE. E conclui declarando que: “com o advento da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, o legislador português tomou posição expressa quanto a esta problemática, ao consignar no n.º7 do art.º 187º do Código de Processo Penal que «Sem prejuízo do disposto no artigo 248.º, a gravação de conversações ou comunicações só pode ser utilizada em outro processo, em curso ou a instaurar, se tiver resultado de interceptação de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no n.º 4 e na medida em que for indispensável à prova de crime previsto no n.º 1». Significa isto que a doutrina do citado Ac. STJ 23-10-2002 e de MANUEL DA COSTA ANDRADE foi agora vertida em letra de lei.”

Posto isto, podemos dizer que, com a implantação do n.º7 do art.187º do CPP, a nossa lei adoptou uma posição moderada, admitindo a valoração dos conhecimentos fortuitos, desde que se cumpram determinadas condições: a escuta deve incidir sobre comunicações de uma das pessoas referidas no n.º4 do art.187º do CPP e deve ser indispensável à prova de um dos crimes enumerados no catálogo do n.º1 do art.187º do CPP. Ou seja, é imprescindível que se trate de um dos crimes do catálogo e que exista o tal “estado de necessidade investigatório”, sendo estes precisamente os requisitos das quais COSTA ANDRADE já advogava e das quais o acórdão de 23 de Outubro de 2002 subscrevia. Assim sendo, podemos concordar com o acórdão do STJ de 29 de Abril de 2010, quando afirma que o legislador, ao consagrar o n.º7 do art.187º, acabou por acolher na lei a posição de COSTA ANDRADE e do acórdão de 23 de Outubro de 2002.

Não obstante, é ainda pertinente procedermos a uma análise mais minuciosa do preceito em questão. Podemos constatar que o legislador apenas se refere à valoração dos *conhecimentos fortuitos*, mas nada refere acerca dos *conhecimentos de investigação*. Retornaremos a esta questão mais adiante.

Ainda nos termos do n.º7 do art.187º do CPP, exige-se que a gravação de conversações seja proveniente de “intercepção de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no n.º4”. Assim, restringe-se às comunicações realizadas pelo suspeito, arguido, intermediário ou vítima do crime. Surge aqui o problema de saber se deve ou não ser admissível a valoração de conhecimentos fortuitos, quando estes reportam-se a um crime do catálogo, porém crime este cometido por um terceiro alheio à investigação. O legislador novamente não nos fornece nenhuma resposta. A meu ver, o facto de se tratar de um crime cometido por um terceiro, isto é, alguém que não fazia parte do universo de escutáveis, não deverá ser impeditivo da possibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos recolhidos, pois mais importante do que a identidade

do autor do crime corresponder ao elenco de escutáveis, será, na minha opinião, o facto de ter sido cometido um crime do catálogo e de existirem gravações de conversas que podem provar este crime. Portanto, desde que exista um crime do catálogo e desde que se conclua que a escuta telefónica (ou outra intromissão nas telecomunicações) seria, igualmente, um meio de obtenção de prova a ser utilizado no processo a que se destinam os conhecimentos fortuitos (a doutrina fala, nesse sentido, da “intromissão alternativa hipotética”⁽⁷⁹⁾), sou totalmente favorável à valoração de conhecimentos fortuitos relativos a crimes cometidos por terceiros. Isto, naturalmente, no caso de o terceiro ter participado na conversa em causa, pois, caso contrário, podia se tratar de uma tentativa de manipulação da conversa com vista à incriminação do terceiro.

Por último, é ainda relevante mencionar um outro pressuposto exigido pelo nº7 do art.187º, que é o da indispensabilidade à prova de crime previsto no nº1. Se o conhecimento fortuito não for indispensável para provar um dos crimes do catálogo, não poderá ser valorado.

3) A valoração dos conhecimentos da investigação

É hoje consensual o entendimento de que é admissível a valoração dos *conhecimentos da investigação* para efeitos de prova do *crime de conexão*, mesmo que este não se inclua nos crimes do catálogo. Sob o prisma de COSTA ANDRADE, “esta é uma diferença face aos *conhecimentos fortuitos (stricto sensu)*: o alargamento ou comunicação da clarificação mediada pela medida de intromissão dá-se aqui para um crime não pertinente ao catálogo. Só que aqui não ocorre aquela *mudança de fim* que é a marca da figura e do regime dos *conhecimentos fortuitos*”⁽⁸⁰⁾.

Assim sendo, na prática, existe a possibilidade de a escuta telefónica vir a servir de prova a um crime não pertencente ao catálogo e que jamais legitimaria a realização da escuta. Porém, justifica-se que assim seja nos casos em que vem a provar-se efectivamente a prática do crime do catálogo que impulsionou a escuta, pois a comprovação do crime do catálogo e a sua persistência no momento da valoração, garantem a legitimidade originária das escutas. Desta forma, a escuta pode ser valorada livremente, tanto para efeitos da prova do originário crime do catálogo, como para prova do crime conexo.

⁽⁷⁹⁾ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 2013, pág.357.

⁽⁸⁰⁾ ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 2013, pág 359.

Chegados a este ponto, deparamo-nos com uma complexa e pertinente questão. Se antes referíamos aos casos em que se fez a prova do originário crime do catálogo que legitimava a realização da escuta, e por isso, permitia-se a valoração dos conhecimentos da investigação como meio de prova dos crimes conexos, mesmo que estes crimes não pertencessem ao catálogo, o que dizer dos casos em que não se consegue fazer a prova do originário crime do catálogo que legitimou a escuta, mas consegue-se provar a prática de um crime de conexão que, no entanto, não faz parte do catálogo. É admissível a valoração destes conhecimentos da investigação como prova do crime de conexão não pertencente ao catálogo? Ou, pelo contrário, a não comprovação do crime do catálogo implica, obrigatoriamente, a proibição de valoração dos conhecimentos da investigação na prova do crime de conexão?

A fim de demonstrar a posição que vem sendo assumida pela nossa Jurisprudência, passo a exemplificar com dois casos sucedidos nos tribunais portugueses (⁸¹):

“ Impendendo sobre A, Inspector da Polícia Judiciária, a suspeita de ter recebido vantagem patrimonial indevida para revelar factos cobertos pelo segredo de justiça, o Juiz de Instrução autorizou a realização de escutas para recolha de provas do crime de *Corrupção passiva para acto ilícito* (artigo 373º, nº1 do Código Penal, crime do catálogo). No fim do inquérito o Ministério Público concluiu pela insubsistência de indícios indispensáveis à acusação por corrupção passiva, arquivando nesta parte o processo e acusando apenas por *Violação de segredo por funcionário* (artigo 383º do Código Penal), “crime de conexão”, não pertinente ao catálogo. Podem valorar-se as escutas para prova deste crime? ”

“ Em processo crime movido contra quatro arguidos, foram todos eles condenados pelo crime de *Abuso de poder*. Nenhum dos arguidos havia sido acusado e pronunciado pelo crime de *Abuso de poder*. Os factos que, a seu tempo, foram dados como provados e subsumidos na factualidade típica da incriminação de *Abuso de poder* haviam antes, em sede de acusação e pronúncia, sido valorados como outros tantos momentos integradores do crime de *corrupção activa/passiva para acto ilícito* (artigos 372º, nº1 e 374º, nº1, do Código Penal). Foi por estes crimes de *corrupção* que todos os arguidos foram acusados e pronunciados; como foi na perspectiva da respectiva prova que foi conduzida a investigação e produzida a prova em julgamento. Foi já no termo da produção da prova em julgamento que o Tribunal, invocando o disposto nos nºs 1 e 3 do artigo 358º do Código de Processo Penal, comunicou aos arguidos a possibilidade de os factos que lhes eram imputados (como *corrupção activa/passiva para acto*

(⁸¹) Nessa parte acompanhamos de perto: ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 2013, pág. 362 e 363.

ilícito) virem a ser subsumidos na factualidade típica do artigo 382º (*Abuso de poder*) do Código Penal e, como tais punidos. A prova dos factos que determinaram a condenação dos arguidos pelo crime de *Abuso de poder* baseia-se *inter alia* na valoração das gravações e intercepções telefónicas feitas durante o inquérito. E que haviam sido requeridas e autorizadas em nome da investigação dos crimes de *corrupção para acto ilícito*. Assim, escutas autorizadas e levadas a cabo em nome da perseguição de um crime do “catálogo” vieram a ser valoradas para a prova de um crime estranho ao “catálogo” ”.

COSTA ANDRADE assume uma posição no sentido contrário das aludidas soluções apresentadas pela jurisprudência. O autor entende que “ *o catálogo representa, pois, o padrão e a medida da proporcionalidade querida pelo legislador e, como tal, imposta ao intérprete e aplicador*” e por isso, as instâncias formais de controlo jamais poderiam “*realizar nem valorar escutas sem a cobertura permanente e contínua de um crime do catálogo*”. Sendo assim, “*será sempre ilegítima e ilícita a valoração de uma escuta que, ao tempo em que (a valoração) é feita, não está (deixou de estar) associada à perseguição de um crime do catálogo*” (82).

COSTA ANDRADE sustenta a sua opinião com base nas soluções defendidas pela doutrina maioritária alemã, que advoga que “a queda do crime do catálogo determina também a queda do crime de conexão” e “faz impender uma proibição de valoração sobre os conhecimentos da investigação” (83).

O autor relembra-nos que “ a diferença entre os regimes dos conhecimentos fortuitos e dos conhecimentos da investigação reside na possibilidade de, nestes últimos, as escutas poderem estender-se a crimes não pertinentes ao catálogo. Desde que cobertos por um crime do catálogo. Desde que, noutros termos, pertençam à sua “investigação”. Vale por dizer que, uma vez decaído o crime do catálogo, ou seja, abandonada a sua investigação, deixa de subsistir qualquer legitimidade para utilizar as escutas valorando os conhecimentos da investigação” (84).

Neste sentido, o autor acredita que, relativamente ao primeiro caso apresentado, colhido da jurisprudência portuguesa, “a partir do momento em que o MP decidiu arquivar o processo por aquele crime do catálogo, abstendo-se de formular a respectiva acusação, não podem os conhecimentos propiciados pelas escutas (*conhecimentos da investigação*) ser valorados como meio de prova da *Violação de segredo por funcionário*, crime não pertinente ao catálogo”. Da mesma forma, entende que o mesmo se aplica ao segundo caso exposto “ em que, já no

(82) ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 2013, pág.371.

(83) ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 2013, pág. 373.

(84) ANDRADE, MANUEL DA COSTA; 2013, pág.373.

juízo, se abandona a perseguição pelo crime de *Corrupção passiva para acto ilícito*, o único pelo qual os arguidos haviam sido investigados, acusados e levados a julgamento e à sombra do qual haviam sido autorizadas e levadas a cabo as escutas. Admitida como válida a alteração da qualificação para o crime de *Abuso de poder* (não pertinente ao catálogo), não é possível assegurar a sua prova à custa da valoração dos meios de prova mediatizados pelas escutas” (85).

Por fim, o autor conclui esclarecendo que o regime das escutas telefónicas obedece ao irreduzível axioma normativo segundo o qual ***não pode haver escutas sem crime do catálogo, nem para além do crime do catálogo***. Neste sentido, os regimes dos *conhecimentos da investigação* e dos *conhecimentos fortuitos* seguem igualmente o referido axioma. No que tange aos *conhecimentos fortuitos*, exige-se que o crime a que eles se reportam seja, também ele, um crime do catálogo: *sem crime do catálogo não há valoração legítima dos conhecimentos fortuitos*. Por outro lado, também o regime dos *conhecimentos da investigação* assegura o cumprimento do axioma, visto que a queda do crime do catálogo implica, obrigatoriamente, a proibição de valoração de todos os conhecimentos obtidos na escuta, inclusive dos conhecimentos da investigação relativos a crimes de conexão não pertencentes ao catálogo. Assim, *só há escuta (tanto a produção como a valoração) se e enquanto subsistir a perseguição de um crime do catálogo* (86).

(85) ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 2013, pág. 376 e 377.

(86) ANDRADE, MANUEL DA COSTA, 2013, pág.377.

Conclusão

O actual regime jurídico previsto no nosso CPP para as escutas telefónicas não é inteiramente adequado nem do ponto de vista material, nem do ponto de vista sistemático. O regime foi originariamente concebido e estruturado (aquando do CPP de 1987) a pensar na interceptação e gravação de comunicações telefónicas (realizadas em telefone fixo). Hoje, após as alterações efectuadas no antigo art.190º do CPP, pela Reforma de 1998 (operada pela Lei nº 59/98, de 25 de Agosto), e no actual art.189º/nº1 do CPP, pela Reforma de 2007 (operada pela Lei nº 48/2007, de 29 de Agosto), o regime passou a estender-se a todas as diferentes formas de intromissões nas telecomunicações, aos “documentos” guardados no computador resultantes de comunicações electrónicas e ainda, às interceptações das comunicações entre presentes. A norma de extensão vem assim submeter ao mesmo regime coisas tão heterogéneas, que obviamente mereciam tratamentos diferenciados. Os “documentos” guardados no computador resultantes de comunicações electrónicas deveriam ser submetidos ao regime das buscas e apreensões e a interceptação das comunicações entre presentes deveria ser tratada em um regime diferente e mais exigente do que o regime das escutas telefónicas. Uma coisa é reunir e regular no mesmo regime todas as intromissões nas telecomunicações – o que faz todo o sentido – , outra coisa é estender este regime a outras situações que não configuram telecomunicações. Isto é inaceitável.

E mesmo que se eliminasse essa parte final da cláusula de extensão relativa às situações acabadas de referir, ainda assim, o actual regime mereceria alguns reparos, para que se pudesse adequar inteiramente a todas as formas de intromissão nas telecomunicações. Assim, o actual capítulo das escutas telefónicas deveria ser substituído por outro mais amplo e compreensivo, que passaria a denominar-se “Das intromissões nas telecomunicações” e que apresentaria um regime geral e comum aplicável às diferentes formas de intromissão nas telecomunicações.

Na prática, isto implicaria alterações, por exemplo, a nível do actual catálogo de crimes, estabelecido no art.187º/nº1 do CPP. Este catálogo de crimes é excessivamente abrangente relativamente a certos tipos de crimes que não deveriam estar aí incluídos devido a sua menor gravidade quando comparados aos restantes. A escuta telefónica é um meio de obtenção de prova que deve ser subsidiário, excepcional, utilizado apenas em *ultima ratio*, pelo seu alto potencial de devassa e danosidade social, inerente à restrição aos direitos fundamentais. É, pois, necessário reduzir o âmbito de aplicação do actual catálogo de crimes atendendo à gravidade diferenciada dos mesmos, pois tal catálogo deve ser o mais restrito possível e circunscrever-se exclusivamente à investigação de crimes de significativa gravidade e/ou de difícil investigação e

repressão. De resto, os demais requisitos de admissibilidade e formais que o actual regime prevê nos arts.187º e 188º deveriam continuar a manter-se, é claro que com as necessárias adaptações a nível dos requisitos formais, em função do tipo de telecomunicação. O art.190º, por sua vez, deveria dispor expressamente que a violação dos artigos precedentes implica uma proibição de prova, por força do art.126º/nº3. Esta é a interpretação que deve ser retirada do art.190º. Contudo, é preciso questionar, se não seria mais adequado, em termos de iure condendo, estabelecer-se diferenças ao nível da consequência jurídica a atribuir em função da gravidade da violação.

No que concerne à Lei do Cibercrime – Lei nº 109/2009, de 15 de Setembro, esta estatui um regime geral de obtenção de prova digital. A Lei apresenta pontos positivos e negativos. Entre os pontos negativos, destaca-se principalmente o âmbito de aplicação excessivamente abrangente das disposições processuais dos arts.12º a 17º; a impossibilidade de cumulação de regimes (imposta pelo art.11º/nº2 da lei) entre esta lei (arts.12º a 14º) e a Lei 32/2008, de 17 de Julho, na parte em que os seus âmbitos de aplicação coincidem; e o âmbito de aplicação exorbitante do art.19º relativo às acções encobertas. Sem esquecer, obviamente, da grande desvantagem de esta lei contribuir para a multiplicação de regimes extravagantes e não codificados. Entre os pontos positivos, destacam-se as disposições processuais dos arts.17º e 18º.

Por último, e no que toca à problemática da valoração dos conhecimentos fortuitos e dos conhecimentos da investigação, constatamos que só a partir da reforma de 2007 ao CPP é que passamos a ver regulada a matéria da valoração dos conhecimentos fortuitos no nosso ordenamento jurídico, nomeadamente no art.187º/nº7 do CPP. Antes disso, tal matéria encontrava-se à mercê do labor doutrinal e jurisprudencial. Existiam autores que defendiam a tese da proibição total ou da valoração total dos conhecimentos fortuitos, contudo, a posição que mais apologistas encontrou na doutrina é a posição advogada por COSTA ANDRADE, que defendia a admissibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos desde que fossem relativos a um crime do catálogo e desde que existisse o tal “estado de necessidade investigatório”. Verificamos que esta posição é também a que maior acolhimento mereceu por parte da nossa Jurisprudência, e que acabou por ser vertida em letra de lei, com a entrada em vigor da Lei 48/2007 de 29 de Agosto, que consagrou o nº7 do art.187º do CPP.

Contudo, tal norma dispõe apenas sobre a valoração dos conhecimentos fortuitos, sem mencionar nada acerca dos conhecimentos da investigação. Como vimos, é consensual o entendimento de que tais conhecimentos podem ser valorados como prova de crimes conexos ao crime do catálogo que legitimou a realização da escuta, desde que este tenha sido provado e

mesmo que o crime conexo não pertença ao catálogo. Porém, nos casos em que não se consegue fazer prova do originário crime do catálogo que legitimou a escuta, mas consegue-se provar a prática de um crime conexo a este que, no entanto, não pertence ao catálogo, deparamo-nos com divergências de opiniões. Foram citadas algumas decisões jurisprudenciais que demonstram que os tribunais portugueses têm admitido a valoração de conhecimentos da investigação na prova de crime de conexão não pertencente ao catálogo, mesmo que o crime do catálogo que legitimou a escuta não tenha sido comprovado. Todavia, há quem não concorde com tal posição, como é o caso de COSTA ANDRADE, que acompanha a doutrina maioritária alemã e defende que a queda do crime do catálogo, isto é, a sua não comprovação, determina a queda do crime de conexão e implica obrigatoriamente a proibição de valoração dos conhecimentos da investigação.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE

- “*Comentário ao Código de Processo Penal*”, 4.^a edição, actualizada, Lisboa, UCP, 2011.

ANDRADE, MANUEL DA COSTA

- “Anotação ao artigo 194º do Código Penal” in: “*Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Artigos 131º a 201º*”, 2.^a edição, Coimbra Editora, Maio de 2012.

- “O regime dos “conhecimentos da investigação” em processo penal. Reflexões a partir das escutas telefónicas” in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 142, nº 3981, Outubro de 2013.

- “*Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*”, Reimpressão, Coimbra Editora, 2006.

- “Sobre o regime processual penal das escutas telefónicas” in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano I, fasc.3, Julho/Setembro 1991.

- “*Bruscamente no Verão Passado – A reforma do Código de Processo Penal, Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*” – Coimbra Editora, 2009.

CANOTILHO, J.J.GOMES

- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição, Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. GOMES e MOREIRA, VITAL

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.^a Edição revista, Coimbra Editora, 2007.

CONCEIÇÃO, ANA RAQUEL

- “*Escutas telefónicas: Regime Processual Penal*”, Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa, 2009.

CORREIA, JOÃO CONDE

- “*Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art.32º, nº8, 2ª parte da CRP?)*”, in: *Revista do Ministério Público*, Ano 20, nº79, Julho-Setembro de 1999.

COSTA, JOSÉ DE FARIA

- “*As telecomunicações e a privacidade: o olhar (in)discreto de um penalista*”, *Direito Penal da Comunicação – Alguns escritos*, Coimbra Editora, 1998.

- *Direito Penal da Comunicação – Alguns escritos*, Coimbra Editora, 2008.

CUNHA, J.M. DAMIÃO DA

- “*O regime Legal das escutas telefónicas: Algumas breves reflexões*” in: *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, nº 9, Almedina, 1º Semestre de 2008.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO

- *Direito Processual Penal*, Volume I, Coimbra Editora, 1974 (reimpressão 2004)

GERMANO MARQUES DA SILVA

- “*Curso de Processo Penal*”, 2ª Edição, Verbo, Lisboa/S.Paulo, 2000, Vol.II.

JÚDICE, JOSÉ MIGUEL

- “*Escutas telefónicas: A tortura do século XXI?*” in: *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 64, Lisboa, Novembro de 2004.

LEITE, ANDRÉ LAMAS

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

- “ As escutas telefónicas – Algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respectiva violação” *in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra Editora, Ano I, Março de 2004.

MATA-MOUROS, MARIA DE FÁTIMA

- “Escutas telefónicas – O que não muda com a reforma” *in: Revista do Centro de Estudos Judiciários*, nº9, Almedina, 1º Semestre 2008.

MAURÍCIO, NUNO e IRIA, CATARINA

- “As escutas telefónicas como meio de obtenção de prova – Necessidade de uma reforma legislativa ou suficiência de uma interpretação conforme? Ponto de situação numa já vaexata quaestio!” *in Polícia e Justiça*, nº7, 3ª série, 2006.

NEVES, RITA CASTANHEIRA

- “ As ingerências nas comunicações electrónicas em Processo Penal. Natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova”, 1ª Edição, Coimbra Editora, Junho 2011.

PINTO, PAULO DA MOTA

- “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada” *in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, nº69, 1993.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA

- “*Código Civil Anotado*”, vol. I, 4ª Edição, Reimpressão, 2010.

RODRIGUES, BENJAMIM SILVA

- “Das Escutas Telefónicas. A Monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais”, Tomo I, 2ª Edição Revista, Actualizada e Aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, Novembro de 2008.

- “Das Escutas Telefónicas à obtenção da Prova (em ambiente) digital”, Tomo II, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, Maio de 2008.

VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES

- “Escutas Telefónicas, Da excepcionalidade à vulgaridade”, 2ª Edição, Almedina, 2008.

VERDELHO, PEDRO

- “*Apreensão de correio electrónico em Processo Penal*”, Revista do Ministério Público, ano 25, nº 100, Outubro/Dezembro, 2004.

- “Técnica no Novo C.P.P.: Exames, Perícias e Prova Digital”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 1º Semestre 2008, nº9 (Especial) – Jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal.

TEIXEIRA, CARLOS ADÉRITO

- “Escutas telefónicas: a mudança de paradigma e os velhos e os novos problemas”, *in Revista do Centro de Estudos Judiciários*, Almedina, nº 9, 1º Semestre de 2008.

Jurisprudência

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Dezembro de 2006, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/73dcb5bd7e549844802572ae002fc4bc?OpenDocument>

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Dezembro de 2006, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/a8170b691d90fe63802572dd0051befb?OpenDocument>

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 2007, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/d55c954f305ef2aa80257325002bf7f9?OpenDocument>

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Março de 2007, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0367c3da3af7b47e8025731b002e10ed?OpenDocument>

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Dezembro de 2006, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4920f7efa1b6946f802572aa0039eed9?OpenDocument>

-Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Fevereiro de 2006, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7a020a3149b761c88025727500391daf?OpenDocument>

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Outubro de 2002, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/485be55e8b5f46fb80256c7c003537f1?OpenDocument>

-Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Abril de 2010, disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/1722ea30bc0c1a3880257735003cf57b?OpenDocument>

Sites consultados

- Para a consulta de diversos Acórdãos:

<http://www.dgsi.pt/>

- ANDRADE, MANUEL DA COSTA

Entrevista concedida ao Jornal “Correio da Manhã” a propósito da reforma de 2007 ao CPP, disponível em: <http://www.cmjornal.xl.pt/noticia.aspx?contentid=00259879-3333-3333-3333-000000259879&channelid=00000229-0000-0000-0000-000000000229>

- CUNHA, JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA

“O regime legal das escutas telefónicas. Algumas breves reflexões”, disponível em:

http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/escutas_dc.pdf

- MILITÃO, RENATO LOPES

“A Propósito da Prova Digital no Processo Penal”

<http://www.oa.pt/upl/%7B53f46e96-536f-47bc-919d-525a494e9618%7D.pdf>

- RODRIGUES, CLÁUDIO LIMA

“Dos pressupostos materiais de autorização de uma escuta telefónica”, disponível

em: http://www.verbojuridico.com/ficheiros/doutrina/ppenal/claudiolimarodrigues_autoriza_aoescutatelefonica.pdf