



FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Rafael Marques Nunes

## **Garantias do Processo Penal**

***Versus***

## **Meios de Obtenção de Prova**

Das escutas telefónicas às ações  
encobertas e o registo de voz e de imagem

*Dissertação apresentada à  
Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra no âmbito  
do 2º Ciclo de Estudos em Direito  
(conducente ao grau de Mestre), na  
área de Especialização em Ciências  
Jurídico-Forenses*

**Orientadora:**

**Professora Doutora Maria João Antunes**

Coimbra, 2015.

## **Agradecimentos**

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, instituição que me acolheu durante os últimos anos, tendo contribuído decisivamente para a minha formação, quer académica quer pessoal.

À Senhora Professora Doutora Maria João Antunes, minha orientadora, pela disponibilidade demonstrada aquando das minhas solicitações e pelos seus importantes esclarecimentos ao longo da realização deste trabalho.

Aos meus amigos.

À minha família, o meu agradecimento sincero.

## **Siglas e Abreviaturas**

Art. – artigo

Arts. – artigos

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

p. – Página

pp. - Páginas

PJ - Polícia Judiciária

MP – Ministério Público

JIC – Juiz de Instrução Criminal

OPC – Órgãos de Polícia Criminal

DLG's – Direitos, Liberdades e Garantias

ss.- Seguintes

## Índice

Índice .....	4
Introdução .....	6
Capítulo I – Notas Introdutórias .....	10
1. Os imperativos constitucionais .....	10
2. Dos meios de obtenção de prova.....	11
3. As Proibições de Prova .....	12
Capítulo II – O regime das escutas telefónicas no processo penal português e os direitos fundamentais.....	15
1. Considerações Gerais .....	15
2. Enquadramento legislativo das escutas telefónicas.....	16
3. Direitos fundamentais restringidos .....	17
4. O princípio da garantia e defesa dos direitos fundamentais.....	21
5. O princípio da legalidade .....	21
6. Princípio da proporcionalidade .....	22
7. O princípio da lealdade e da boa-fé.....	24
8. Admissibilidade e formalidades do recurso à realização das escutas telefónicas.....	25
a) A pendência obrigatória de um processo criminal .....	25
d) A vinculação temática.....	33
9. O controlo judicial da realização das escutas telefónicas .....	35
Capítulo III – As Ações Encobertas: o agente provocador, o agente infiltrado e o agente encoberto. ....	38
1. Considerações Gerais .....	38
2. O princípio democrático e o princípio da lealdade .....	40
3. Requisitos de admissibilidade das ações encobertas.....	42
4. O agente provocador .....	43

4.1 O agente provocador: inadmissibilidade das provas.....	45
5. O agente infiltrado.....	46
5.1 Admissibilidade Legal do Agente Infiltrado.....	47
5.2 O agente infiltrado e os direitos fundamentais.....	49
6. A figura do Agente Encoberto .....	51
7. A questão da Punibilidade.....	51
Capítulo IV – O registo de voz e de imagem .....	53
1. Enquadramento do regime .....	53
2. Os Direitos Afetados .....	54
3. O artigo 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.....	55
4. O catálogo de crimes .....	56
5. Legislação avulsa .....	57
Conclusão .....	59
Bibliografia.....	61

**Este trabalho encontra-se redigido em conformidade com o novo acordo ortográfico.**

## Introdução

Tratar das questões relativas aos meios de obtenção de prova obriga a que se tenha em consideração um conjunto de garantias, plasmadas numa panóplia de diplomas, que nos seus conteúdos vários, mas uníssonos nas suas finalidades, impõem um fundamental limite à utilização destes, sob pena de estarmos na presença de mecanismos que visam a obtenção de material probatório em sede de processo penal, de forma violenta sem que nada se oponha, esse nada é o tudo a que chamamos dignidade da pessoa humana presente em todos, independentemente de juízos apressados feitos pela moralidade de humanos inaptamente pecadores<sup>1</sup>.

Consideramos resultar da tolerância humana o caminho adequado para a estabilização das relações sociais da vida em sociedade, sabemos, porém, que nem sempre a tolerância impera e que muitos consideram adequado explorar a intolerância do outro, resultando assim na necessidade de intervenção do processo penal através da realização da justiça, que pressupõe a descoberta da verdade material com vista ao restabelecimento da paz jurídica.

Citando Fernando Gonçalves e Manuel João Alves<sup>2</sup>, “O processo penal, como, aliás os restantes processos, de um Estado de Direito democrático, baseado na dignidade da pessoa humana, no respeito e na garantia da efetivação dos direitos e liberdades fundamentais do cidadão, como o nosso, numa perspetiva jurídico-processual, visa a aplicação da lei penal aos casos concretos, procurando garantir que nenhum responsável passe sem punição (*impunitum non relinqui facinus*) nem nenhum inocente seja condenado (*innocentum non condemnari*).”

Mas começar pelo fim só pode ter por razão a introdução de um começo. De facto, a aquisição do material probatório ou a sua não aquisição marca a diferença entre uma acusação ou um arquivamento, entre a condenação ou a absolvição de um arguido no seio de um processo penal. Embora singela, com esta breve explicação fica desbravado um

---

<sup>1</sup> Neste sentido, Francisco Marcolino de Jesus, “A justiça criminal é chamada a investigar actividades suspeitas, tanto de pessoas honestas como de malfeitores, mas todos são, antes de tudo, pessoas. Por outra parte, não se compreende que aqueles que se dedicam a servir a Justiça possam usar na luta contra os malfeitores meios análogos àqueles que lhes reprovam”. Francisco Marcolino de Jesus, Os Meios de Obtenção de Prova em Processo Penal, Almedina, 2011, p.83.

<sup>2</sup> Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, A Prova do Crime, Meios legais para a sua obtenção, Coimbra, Almedina, p.13.

caminho que se mostra tortuoso e perigoso. Tão tortuoso e perigoso, e perdoem-nos a redundância, como as novas formas de criminalidade que tanto amedrontam a sociedade como irritam a investigação criminal na busca incessante, e por vezes inglória, do conhecimento dos contornos da ação criminosa, dificultando assim a aquisição dos meios de prova.

Esta criminalidade altamente especializada convoca o recurso a meios de obtenção de prova adequados a gladiar forças e é neste combate que temos de ser criteriosos e respeitar outros valores, pois a descoberta da verdade<sup>3</sup> não deve ser obtida a todo o custo, sendo essencial considerar as garantias que pautam o ordenamento jurídico português. Nas palavras do célebre professor Hassemer<sup>4</sup>, “As investigações no processo penal ameaçam igualmente as liberdades, o património e a honra dos cidadãos e a pena obviamente também. Por isso os direitos fundamentais, enquanto direitos de defesa são decisivos, para o direito penal.”

Na ótica de Costa Andrade<sup>5</sup> detendo-se sobre os meios ocultos de investigação refere “Numa primeira e sumária caracterização, os *meios ocultos de investigação* surpreendem as pessoas atingidas nas suas formas mais descomprometidas e “inocentes” de acção, interacção e comunicação, levando-as a “dizer” – por vezes a “fazer” – coisas que de outro modo não diriam nem fariam (...) estes meios de investigação retiram aos suspeitos/arguidos a irrenunciável faculdade de serem eles próprios a decidir livremente sobre o *se* e o *como* da sua contribuição ativa para a descoberta da verdade e, particularmente, da verdade de sentido auto-incriminatório.”

Importa referir ainda Manuel Monteiro Guedes Valente<sup>6</sup> que caracteriza de forma precisa a criminalidade cada vez mais sofisticada, assim, “ A macrocriminalidade ocupa, hoje, a agenda dos decisores políticos nacionais e internacionais e não raro são os discursos, como este, que não se referem a tão profunda organização em redes nacionais e regionais e internacionais ou transnacionais capazes de envergarem não só um número indeterminado e invisível de recursos humanos, como também um inúmero «brutal» de fundos económicos,

---

<sup>3</sup> Nas palavras reconhecidamente meritorias de Manuel de Costa Andrade acerca das metas do processo penal, “proteger bens jurídicos, reafirmar a validade das normas e reforçar a confiança na sua vigência, restabelecer a paz jurídica e prosseguir a verdade preordenada à realização da justiça material”. Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, Coimbra Editora, 2006, p. 23.

<sup>4</sup> Maria Fernanda Palma, Jornadas de Direito Processual e Direitos Fundamentais, Almedina, p. 18.

<sup>5</sup> Manuel da Costa Andrade, O regime dos “conhecimentos de investigação” em processo penal – Reflexões a partir das escutas telefónicas, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 142.º, N.º3981, pp. 352 e 353.

<sup>6</sup> Nuno Brandão, apud Manuel Monteiro Guedes Valente, Escutas Telefónicas - da excepcionalidade à vulgaridade.

quantas vezes superiores a orçamentos de alguns Estados. Essas organizações criminosas detêm um poder material incalculável e, por conseguinte dominam ou determinam o poder formal dos Estados e das Organizações Nacionais e Internacionais.”

É também, com base no problema da eficácia penal que vamos elaborar o nosso escrito, ou seja, estará o processo penal suficientemente dotado para responder às exigências que a criminalidade atual convoca, estarão a ser protegidos os direitos e garantias fundamentais que decorrem dum Estado de Direito social e democrático?

Procuraremos responder com o presente escrito, mobilizando a temática dos meios de obtenção de prova, através dos meios ocultos de investigação, nomeadamente o regime das escutas telefónicas, das ações encobertas e do registo de voz e imagem, mecanismos que o ordenamento jurídico português dispõe, encontrando os pontos que possibilitam uma agressão de direitos fundamentais.

Não se pretende uma análise exaustiva dos regimes, mas sim uma convocação dos ditames mais claudicantes ao nível dos direitos fundamentais, desde logo por razões de economia a que o escrito está sujeito e por humildemente considerarmos que tal exaustividade retiraria originalidade ao texto.

Assim dedicámos o primeiro capítulo ao tratamento das questões que a todos os meios de obtenção de prova, por nós considerados dizem respeito, nomeadamente as imposições ao nível da Lei Fundamental, a noção de meios de obtenção de prova e uma abordagem meramente enunciativa das provas proibidas, demonstrando a sua importância ao nível dos métodos de aquisição de material probatório.

É nos restantes capítulos que tencionamos alcançar a maturidade do tema. Assim, o segundo capítulo é relativo ao regime das escutas telefónicas, basilar pela sua dimensão normativa e questões colocadas ao nível da sua aplicabilidade prática. A partir de uma seleção criteriosa tratamos dos direitos restringidos pelo meio de obtenção de prova, dos princípios fundamentais subjacentes à utilização da diligência e, por último, mobilizamos os requisitos de admissibilidade, extraindo as questões mais significantes ao nível das garantias.

O terceiro capítulo é orientado tendo em consideração as figuras que constituem as ações encobertas, assim assumimos uma tarefa distintiva entre o agente encoberto, o agente infiltrado e o agente provocador. Consideramos a problemática e os requisitos deste meio de obtenção de prova, especificando a que nível o meio oculto de investigação afeta DLG's.



Finalmente, no quarto, e último, capítulo dedicado ao registo de voz e de imagem regulado pela Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, iremos proceder à análise do art. 6.º, referindo os direitos restringidos, tendo sempre por base o regime das escutas telefónicas que contribuiu para atribuir densidade normativa e clareza a este meio de obtenção de prova.

É esta temática que doravante nos vai ocupar, tendo em consideração sempre os entendimentos mais reconhecidos ao nível do ordenamento jurídico português nesta sede assim como os entendimentos jurisprudências trazidos à colação sempre que se revele pertinente.

# Capítulo I – Notas Introdutórias

## 1. Os imperativos constitucionais

A CRP ao reconhecer expressamente liberdades e garantias inerentes ao exercício de direitos verifica consequentemente a obrigação de o legislador penal garantir o livre exercício dos direitos fundamentais. Por esta razão, cabe convocar a Lei Fundamental neste nosso escrito<sup>7</sup>, pois apresenta um conjunto de limitações fundamentais na utilização dos meios de obtenção de prova, sob pena de o legislador ordinário atuar sem qualquer tipo de balizamento na descoberta da verdade material, ofendendo assim DLG's<sup>8</sup> num efetivo Estado de Direito.

“ Em vez do princípio da procura sem limites da verdade, vigora hoje a regra de que toda a atividade probatória, que implique uma intervenção mais ou menos relevante nos direitos individuais, postula invariavelmente a necessária legitimação legal”<sup>9</sup>.

Falar da CRP neste âmbito impõe trazer à colação o art.18.º, n.º 2 do referido diploma, resultando do preceito em apreço, a *reserva de lei*<sup>10</sup>, impondo desde logo que a restrição aos DLG's obedeça a requisitos de clareza e determinabilidade, não havendo espaço para dúvidas quanto ao direito fundamental atingido, quanto à necessidade de tal agressão, clarificando-se ainda, a forma e as finalidades da restrição para que os seus eventuais destinatários se encontrem devidamente esclarecidos quanto ao alcance da diligência.

Ainda no que respeita à questão relacionada com o regime da restrição de direitos, a sua admissibilidade encontra-se adstrita às situações expressamente elencadas na Constituição, conforme o acima mencionado. Assim, a restrição deve salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, sendo o caso da descoberta da verdade material que apresenta relevo constitucional, possibilitando a restrição de direitos com base

---

<sup>7</sup> Citando Manuel da Costa Andrade, “ O direito das escutas telefónicas sobreleva ainda (...) pela interpenetração privilegiada com o ordenamento jurídico-constitucional. É, desde logo, a sua qualificada danosidade social a impor um reforço daquela «osmose entre o direito constitucional e o direito processual penal» (Knauth) (...)”Manuel da Costa Andrade, Sobre o Regime Processual Penal Das Escutas Telefónicas, p.379.

<sup>8</sup> Quanto à intangibilidade dos direitos fundamentais, cumpre ao Estado, “ não apenas respeitar os direitos e liberdades fundamentais, mas também garantir a sua efetivação”, Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 4.ª Edição, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p.208

<sup>9</sup> Manuel da Costa Andrade, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, Coimbra Editora, 2006, p. 22.

<sup>10</sup> Itálico nosso.

na utilização dos mecanismos por nós tratados, observados que estejam os requisitos de admissibilidade. Outro requisito a destacar para que a restrição dos direitos fundamentais seja legítima é que esta se limite ao necessário, vingando assim o princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso, e por último o princípio da adequação, fundamentais na moderação da danosidade social que estes meios de obtenção de prova acarretam.

Fica a cargo do poder judicial a tutela dos abusos cometidos em sede de direitos fundamentais como o direito à vida privada e familiar, domicílio, correspondência, direitos passíveis de serem feridos em resultado da utilização dos meios ocultos de investigação.

Nas palavras de MADISON<sup>11</sup>, “ é dever essencial dos Tribunais (independentes) resistirem a qualquer usurpação sobre os direitos (dos cidadãos) expressamente estipulados na Constituição”., demonstrando assim o carácter tutelador da Lei Fundamental em sede de meios de obtenção de prova.

No fecho das considerações citamos as palavras de Inês Ferreira Leite<sup>12</sup>, “O Estado de Direito Democrático, assente na autonomia e dignidade da pessoa humana e no pluralismo, tem, forçosamente, de conviver com o fracasso e de reconhecer que, no caminho da prossecução da justiça, há por vezes, um dever de recuar face à prevalência dos direitos fundamentais.”

## **2. Dos meios de obtenção de prova**

Contextualizando, decidimos neste nosso trabalho fazer referência aos meios de obtenção<sup>13</sup> de prova, distinguindo-se dos meios de prova, uma vez que estes materializam os factos relevantes que demonstram a existência do crime<sup>14</sup>, fundamentais na formação da convicção do julgador. Assim, decidimos abordar os meios de obtenção de prova que

---

<sup>11</sup> Apud, João Henriques Gomes de Sousa, Das Nulidades à “fruto of the poisonous tree doctrine”, (Escutas telefónicas e efeito à distância) p.734

<sup>12</sup> Inês Ferreira Leite, Direito da Investigação Criminal e da Prova, “ O novo regime das escutas telefónicas. Uma visão panorâmica sobre a reforma de 2007”, p.257.

<sup>13</sup> Segundo Paulo Pinto de Albuquerque, os meios de obtenção de prova estão subordinados ao princípio da não taxatividade, Comentário ao Código de Processo Penal, 4.º Edição, Lisboa p. 332.

<sup>14</sup> José Mouraz Lopes pronunciando-se sobre a utilização das interceções telefónicas refere, “ O suporte probatório decorrente das interceções, mesmo «transformado» em meio de prova, exige uma atividade de investigação criminal complementar que suporte um efetivo contraditório em audiência”., Escutas Telefónicas: seis teses e uma conclusão, Revista do Ministério Público, Ano 26, nº 104, Outubro – Dezembro 2005, p.145

consideramos colocar mais questões quanto aos DLG's fundamentais, ou seja, mais nocivos ao nível dos direitos dos cidadãos.

O art. 125.º do CPP consagra o princípio da legalidade da prova, segundo este, são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei. Numa análise descuidada pode o intérprete considerar que não estando em causa um método proibido tudo será permitido, no entanto em sede de métodos de obtenção de prova conflitantes com DLG's, apenas são permitidos os métodos legalmente previstos e conforme a CRP.

Falamos concretamente das escutas telefónicas, das ações encobertas e do registo de voz e de imagem, que se apresentam como mecanismos requisitados pelas autoridades judiciárias na investigação e recolha dos meios de prova. Marcolino Francisco Jesus<sup>15</sup> considera que sendo os meios de obtenção de prova na generalidade potenciadores de restrições de DLG's tal restrição apenas é constitucionalmente legítima quando há uma autorização expressa da Constituição no sentido da admissibilidade da restrição, visando a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente tutelado. Tal salvaguarda deve ser adequada para o efeito e proporcional relativamente ao fim, sem nunca diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais, de acordo com o art. 18.º, n.º2 da CRP.

Senão vejamos, uma utilização anárquica destes meios de obtenção de prova apenas terá como resultado uma ofensa a título gratuito de quaisquer direitos pessoais e princípios fundamentais, nomeadamente a vida, a integridade física e psíquica, a reserva da intimidade da vida privada e familiar e, como não poderia deixar de ser, a dignidade da pessoa humana<sup>16</sup>.

### **3. As Proibições de Prova**

Antes de nos determos sobre os específicos meios de obtenção de prova que humildemente aqui analisamos cabe realizar uma passagem pelos *métodos proibidos de*

---

<sup>15</sup> Francisco Marcolino de Jesus, ob. cit. pp. 139 a 140.

<sup>16</sup> Nas consideráveis palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira as restrições aos direitos fundamentais são constitucionalmente excecionais e que esta excecionalidade, como o caso das escutas telefónicas que restringem os direitos fundamentais da palavra falada, da confidencialidade da palavra falada, da reserva da intimidade da vida privada, se encontra subordinada “ aos princípios jurídico-constitucionais das leis restritivas referidas no art. 18.º (necessidade, adequação, proporcionalidade, determinabilidade). No que respeita à lei restritiva, esta não pode legitimar escutas telefónicas (interceção, gravação de conversação ou comunicações telefónicas) para a investigação de quaisquer crimes, devendo limitar-se a crimes particularmente graves”. Vide Gomes Canotilho e Vital Moreira, ob. cit., p.543

*prova*,<sup>17</sup> previstos no art. 126.º, de epígrafe “Métodos proibidos de prova”, sendo meramente enunciativa, ao qual deve ser observado com a devida remissão para o artigo 32.º da CRP de epígrafe “Garantias do processo criminal”, prevê no n.º 8 a nulidade de todas as provas obtidas através da abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações e ainda o art. 34.º do mesmo diploma sobre a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, prevê uma ressalva nos casos em que a referida ingerência é passível de ser admitida, quando feita por autoridades públicas nos casos previstos pela lei em matéria de processo criminal.

A razão desta proibição resulta da essencial proteção dos direitos fundamentais das pessoas, não sendo meras limitações à atividade dos órgãos de polícia criminal e das autoridades judiciárias, mas sim um fundamento basilar do processo penal que terá conseqüentemente um retrocesso na descoberta da verdade material em função das limitações que impendem sobre os meios de obtenção de prova, afinal é exigível que a decisão penal resulte de um processo admissível<sup>18</sup> pautado pelo respeito dos direitos fundamentais, desde logo o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar e o direito à liberdade, reconduzíveis sempre ao expoente máximo da dignidade da pessoa humana, princípio intransponível do nosso ordenamento jurídico.

Neste ponto consideramos útil trazer a distinção avançada por Costa Andrade<sup>19</sup> entre proibições de produção de prova e proibições de valoração de prova, assim, “ (...) uma prova validamente adquirida não tem, só por isso, garantida a admissibilidade da sua valoração. Ela pode ter sido validamente adquirida e, todavia, estar coberta por inultrapassável proibição de valoração. Também a inversa: uma prova ilegalmente produzida não arrasta necessariamente consigo a produção de valoração. Até porque no momento da utilização ou valoração podem ocorrer autónomos e bastantes momentos de justificação e legitimação.” A distinção demonstra o restrito crivo a que a prova está sujeita aquando da sua mobilização em sede de processo penal.

---

<sup>17</sup> Itálico nosso.

<sup>18</sup> Segundo Carlos Adérito Teixeira, “ Contas feitas, não obstante a interceção telefónica já não ser o que era, é preferível, do ponto de vista do cidadão, reger um quadro normativo que consinta determinados coeficientes de devassa, judiciariamente tutelados e socialmente justificados, do que pontificar uma constelação de garantias formais, num processo “proibicionista” mas permeável a provas paralelas e clandestinas porque, tal como a vida, a investigação encontra sempre uma “saída”...” 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, 295.

<sup>19</sup> Manuel da Costa Andrade, O regime dos “conhecimentos de investigação” em processo penal – Reflexões a partir das escutas telefónicas, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 142.º, N.º3981, pp. 370 e 371.

Importa enunciar uma questão de relevo, que embora esteja presente não consideramos ser objeto essencial do nosso texto, mas somos obrigados a convocar em sede de proibição de prova.

A questão resulta do sentido e da natureza a atribuir à sanção da nulidade estabelecida no art. 190.º do CPP. Consideramos que esta deve ser entendida como proibição de prova, nos termos do n.º 3 do art. 126.º do CPP que reiterou o art. 32.º n.º 8 da CRP. Estamos perante uma nulidade absoluta e insuprível, porém não a nulidade insanável consagrada no art. 119.º do CPP. A proibição de prova é, pois, uma nulidade atípica, que implica obrigatoriamente a “*inutilização*” da prova recolhida.

Na ténue abordagem pelo regime das proibições de prova consideramos que a utilização dos meios ocultos de investigação, no decurso da investigação criminal com vista à descoberta da verdade material, apenas é admissível quando alcançada através de métodos válidos de prova.

## **Capítulo II – O regime das escutas telefónicas no processo penal português e os direitos fundamentais<sup>20</sup>**

### **1. Considerações Gerais**

Não haja dúvidas quanto ao enquadramento das escutas telefónicas no âmbito dos meios de obtenção de prova, previsto no Capítulo IV, do título III- Dos meios de obtenção de prova- Livro III- Da prova- parte primeira do CPP.

Sendo um ato de investigação que limita fortemente o segredo das comunicações, direito fundamental, apenas admissível perante atos puníveis que demonstrem especial gravidade, no âmbito de um procedimento criminal, carece de autorização devidamente fundamentada pela autoridade judiciária, o JIC.

Nas palavras de José Mouraz Lopes<sup>21</sup> referindo-se às escutas telefónicas numa tarefa caracterizante refere, “ Trata-se efetivamente de um meio poderosíssimo de obtenção de prova, porquanto e desde logo, tem subjacente ou ínsito um carácter secreto, impossível de ser detetado, onde o efeito surpresa é total.”

Neste explanar de considerações gerais sobre as escutas José Miguel Júdice<sup>22</sup> aborda o método oculto de investigação nos seguintes moldes, “ A escuta telefónica está a tornar-se o equivalente no Século XXI para a tortura de épocas pretéritas: então, começava por se decidir quem era culpado e, depois, ia-se encontrar modo de o confirmar, sendo o método mais expedito a confissão, durante muito tempo considerada a rainha das provas. E o melhor era que a confissão fosse extorquida à bruta – por tortura ou ameaça dela – para não se perder tempo. (...) A situação está, portanto, intolerável. Quanto mais não seja porque a generalização das escutas como método de investigação significa a destruição da prática do direito do arguido em não cooperar com a sua própria condenação.”

No sentido da sua admissibilidade limitada temos os defensores dos DLG’s que afastam a pesquisa da verdade material a qualquer custo, ao ponto de ser considerado um

---

<sup>20</sup> Sobre a definição de direitos fundamentais, “ Por direitos fundamentais entende-se “ os direitos básicos, essenciais, principais, que caracterizam a pessoa, mesmo que não estejam previstos no catálogo ou na Constituição”. Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, Almedina, 3.<sup>a</sup> edição, p.96

<sup>21</sup> José Mouraz Lopes, ob. cit., p. 144.

<sup>22</sup> José Miguel Júdice, “Escutas telefónicas: A tortura do século XXI?” in: Revista da Ordem dos Advogados, Ano 64, Lisboa, Novembro de 2004, pp. 53 a 54.

verdadeiro mecanismo de vigilância criminal. Em sentido oposto, temos os cultores da efetiva e máxima segurança, nem que para tal se leve a cabo um afogamento dos direitos e garantias em favor da justiça, tornando de conhecimento público o conteúdo das escutas por qualquer interessado, ainda que inexista interesse no seu conhecimento.

Evitando uma justiça amoral e de dúbia autoridade, a utilização da escuta telefônica deve cingir-se às necessidades probatórias, por mais apetecível e facilitada que a sua mobilização possa proporcionar no cumprimento das suas finalidades. Tal consideração encontra-se firmada desde logo pelo seu enquadramento sistemático, estando as escutas telefônicas consagradas em último lugar no elenco legal dos meios de obtenção de prova<sup>23</sup>. Tal enquadramento sistemático não pode desconsiderar outros meios ocultos de investigação, que não se encontram regulados no CPP, nomeadamente o regime do agente infiltrado<sup>24</sup> e o regime do registo de voz e de imagem<sup>25</sup>, que consideramos transportar a seu lado uma carga mais prejudicial na potencial danosidade de DLG's, razão pela qual são mobilizados no escrito.

A interceção é levada a cabo pela PJ<sup>26</sup> nos termos do art. 27.º da Lei de Segurança Interna 53/2008, de 29 de Agosto, cabendo-lhe exclusivamente a execução da diligência.

Pelas razões expostas compreende-se a necessidade de uma interpretação restritiva do regime jurídico das escutas telefônicas.

## **2. Enquadramento legislativo das escutas telefônicas**

Introduzidas embrionariamente no CPP de 1929, à época reguladas no art. 210.º, ocorreram sucessivas alterações como a que resultou da Lei n.º 43/86, de 26 de Setembro (Lei de autorização legislativa em matéria de processo penal), no art. 2.º, n.º 2, al. 25, que ordenou uma “Regulamentação rigorosa da admissibilidade de, interceção de correspondência e escutas telefônicas, mediante a salvaguarda de autorização judicial prévia e enumeração restritiva dos casos de admissibilidade, limitados quanto aos fundamentos e

---

<sup>23</sup> Em primeiro lugar no elenco encontram-se os exames (art.171.º e ss), seguem-se as revistas e as buscas (art.174.º e ss) seguidamente as apreensões (art.178.º e ss), finalizando com as escutas telefônicas (187.º e ss).

<sup>24</sup> Cfr. Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto.

<sup>25</sup> Cfr. Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, art.º 6.

<sup>26</sup> Em sentido contrário pronuncia-se José Miguel Júdice, na senda da formulação de um conjunto de medidas reformistas, considerando que, “ As escutas devem ser feitas sob controlo direto do Ministério Público (e não da PJ) e submetidas ao Juiz de Instrução competente (...) para que seja o Juiz a determinar o que deve ser aproveitado e não apenas se deve ser aproveitado o que foi selecionado pela investigação”. José Miguel Júdice, ob. cit,p.56.



condições, não podendo em qualquer caso abranger os defensores, exceto se tiverem participação na atividade criminosa”. Estabeleceu-se assim a alteração ao CPP, tendo como finalidade última a realização da justiça, considerando-se a preservação dos direitos fundamentais das pessoas e da paz social aditando um regime especial de controlo das comunicações em casos de terrorismo e criminalidade violenta ou altamente organizada, a requerer pela Polícia Judiciária ao Juiz de Instrução competente.

No âmbito da revisão operada pela Lei 48/2007 que procedeu à alteração dos arts. 187.º a 189.º do CPP, verificou-se com mais acuidade o estabelecimento das exigências a observar para legitimar a interceção das conversações através das escutas telefónicas, com a devida referência das pessoas passíveis de serem escutadas, o estabelecimento do catálogo de crimes, a fixação da duração para a execução da medida, e foi, ainda, regulado o procedimento das transcrições das conversações intercetadas com vista ao controlo realizado pelo juiz ou pela defesa, e ainda as situações em que se deve proceder à destruição das fitas, tudo com vista a tornar a lei suficientemente densa ao nível de conteúdo.

Sobre as competências do JIC, a reforma de 2007, segundo Helena Susano<sup>27</sup>, “Alterou as competências do JIC, atribuindo ao MP um papel activo que não possuía (...) Reforçou, por essa via de distanciamento, o papel do JIC na sua função garantística, impondo-lhe uma maior ponderação no que tange à excepcionalidade da concessão deste meio de obtenção de prova, competindo-lhe agora exclusivamente controlar a proficuidade da utilização das escutas (...)” Em virtude da Lei 48/2007, verificou-se uma restrição no que respeita à função do JIC, ficando a autorização das escutas telefónicas adstrita ao MP, retirando a possibilidade ao JIC de ordenar a diligência, cabendo-lhe somente a autorização. Aplaudimos tal decisão, uma vez que consideramos que deixa de haver confusão entre as funções das respetivas magistraturas.

### **3. Direitos fundamentais restringidos**

Nesta introdução aos direitos afetados em virtude da mobilização do regime das escutas telefónicas, dada a assertividade das suas palavras, optámos por citar Manuel da

---

<sup>27</sup> Helena Susano, *Escutas telefónicas, Exigências e controvérsias do actual regime*, Coimbra Editora, 2009, p.91

Costa Andrade<sup>28</sup>, “As escutas telefónicas são, na verdade, portadoras de uma danosidade social polimórfica e pluridimensional que, em geral, não é possível conter nos limites, em concreto e à partida, tidos como acertados. Tanto no plano objetivo (dos bens jurídicos sacrificados) como no plano subjectivo (do universo de pessoas atingidas), as escutas acabam invariavelmente por desencadear uma mancha de danosidade social, a alastrar de forma dificilmente controlável”.

Assim no que respeita ao meio de obtenção de prova das escutas telefónicas, estão em causa, o direito à palavra falada, o direito à reserva da intimidade da vida privada e o direito ao sigilo das telecomunicações.

### **a) Direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar**

O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar assume-se como o direito mais ligado ao ser humano e à sua dignidade. Resulta deste direito o impedimento do acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar, assim como o direito à não divulgação de tais informações, sendo facilmente afetado em resultado da utilização das escutas telefónicas.

Regulado no art. 26.º, n.1º da CRP, este direito de personalidade abrange todo o cidadão, apresentando-se regulado num conjunto de diplomas como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos<sup>29</sup> a Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>30</sup> e a Convenção de Palermo<sup>31</sup>. Deve ainda ser considerado o direito ao livre desenvolvimento pessoal e ao segredo profissional, que decorre do artigo que consagra o direito à reserva da intimidade e da vida privada. 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

---

<sup>28</sup> Manuel da Costa Andrade, Sobre o Regime Processual Penal Das Escutas Telefónicas, p.380.

<sup>29</sup> No que respeita à CEDH, naquilo que tange às escutas telefónicas o n.º 1 do art. 5.º da Convenção consagra a segurança e a liberdade como direitos dos cidadãos, não se defendendo uma prevenção a qualquer custo. Importa ainda referir o art. 8.º que prevê a inviolabilidade na correspondência e a reserva da intimidade da vida privada e familiar, limitando a ingerência da ação pública aos princípios da necessidade e da proporcionalidade.

<sup>30</sup> Cfr. o art. 12.º da DUDH que consagra os direitos à vida privada e familiar, à inviolabilidade da correspondência, à honra e à reputação, plasmando a não intromissão arbitrária de intromissões, sendo admissível somente nas situações em que se verifiquem exigências justificadas ao nível da moral e da ordem pública e do bem estar de uma sociedade democrática, conforme dispõem o n.º 2 do art. 29º do mesmo diploma

<sup>31</sup> Vide o art. 15.º da Convenção de Palermo- Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional, que tem por base o apoio para uma intervenção conjunta dos Estados participantes prevenindo a criminalidade organizada grave e estruturada, através de meios de obtenção de prova mais agressivas para com os direitos, liberdades e garantias do cidadão nacional e estrangeiro, tais como as ações encobertas, a realização da intercepção, transmissão e gravação das conversações e comunicações.

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 claro que com a evolução tecnológica, distinta na possibilidade de devassar a vida privada e familiar dos cidadãos, o legislador constitucional blindou tal direito, pois o contrário iria permitir cedências, ainda que justificadas, para a descoberta da verdade material em sede de processo criminal, e apenas neste, da esfera pessoal íntima do escutado.

### **b) Direito à palavra falada**

O direito à palavra, consagrado no art. 26.º da CRP é desde a revisão constitucional de 1989 considerado um direito fundamental autónomo. Este direito aglutina dois direitos, o direito à voz e o direito às palavras ditas. Quanto ao direito à voz, encontra-se consagrado no art. 26.º n.º 1 da CRP, assumindo-se como sendo um símbolo da personalidade, portanto qualquer registo e divulgação da voz sem o consentimento do seu titular reveste-se de ilicitude.

Assim o demonstra Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>32</sup>, quando referem, “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”. É ainda referido pelos autores, um terceiro direito, “(c) direito ao auditório, ou seja, a decidir o círculo de pessoas a quem é transmitida a palavra”.

Referindo a comunicação fechada onde os sujeitos da relação comunicacional falam livres de inibições, a admissibilidade da violação desta comunicação, nomeadamente através da interceção das comunicações, apenas é admissível em casos excepcionais, concretamente quando em causa esteja a proteção de interesses do Estado, devidamente plasmados na lei.

### **c) Direito à inviolabilidade das telecomunicações**

O direito por nós aqui considerados, que encontra a sua regulação no art. 34.º, n.º 1 da CRP abarca por um lado, uma garantia ao direito de reserva da intimidade da vida e

---

<sup>32</sup> Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, ob. cit., pp. 467 e 543.

familiar e por outro, uma garantia do direito à inviolabilidade do sigilo do conteúdo das conversações e comunicações.

Quanto ao direito à inviolabilidade do sigilo das telecomunicações constitui uma efetiva proibição de toda e qualquer ingerência nas telecomunicações, seja através da interceção, gravação, detenção entre outras formas de ingerência, prevalecendo uma obrigatoriedade de ninguém violar ou devassar, daqueles que tenham acesso a tais comunicações sob pena de violação do dever de segredo<sup>33</sup>, podendo tal violação impulsionar uma situação de responsabilidade civil, disciplinar e criminal. Na distinção entre privacidade em sentido material e privacidade em sentido formal, Costa Andrade<sup>34</sup> considera que “ Pela razão simples mas decisiva de que com o sigilo das telecomunicações não se visa proteger a chamada privacidade em sentido material, sc, a reserva sobre as coisas, os eventos, as emoções (...) a verdade é que o valor ou interesse diretamente protegido – se quisermos o bem jurídico típico – é aqui a privacidade em sentido formal. Que é violada sempre que alguém, sem consentimento, ultrapassa uma barreira física ou psicológica, independentemente da natureza, privada ou não, das coisas ou eventos que se tem acesso.” Esta proibição da ingerência é relativa não apenas às autoridades públicas, mas também às entidades privadas.

#### **d) O direito à autodeterminação informacional e comunicacional**

O direito à autodeterminação informacional e comunicacional também é limitado em função 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.

---

<sup>33</sup> Neste sentido dispõem o art.188.º n.º 6, “Sem prejuízo do disposto no n.º7 do artigo anterior, o juiz determina a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo: (...) al d) Cuja divulgação possa afectar gravemente direitos, liberdades e garantias; ficando todos os intervenientes vinculados ao dever de segredo relativamente às conversações de que tenham tomando conhecimento.”

<sup>34</sup> Manuel da Costa Andrade, Parecer do Professor Doutor Manuel da Costa Andrade, p.378.

Segundo Manuel da Costa Andrade<sup>35</sup> estamos perante um novo direito constitucionalmente ancorado, sendo pacificamente e universalmente reconhecido e protegido, traduzindo-se no domínio que cada um tem sobre a informação que lhe diz respeito, exprimindo-se “ no direito de decidir se, quem, quando e em que termos, pode ter acesso ou utilizar a informação que lhe diga respeito.”

#### **4. O princípio da garantia e defesa dos direitos fundamentais**

A proteção dos direitos fundamentais é uma finalidade que preside no decurso do processo penal, quer sejam ou não suspeitos da prática de um crime, baseada na individualidade do sujeito enquanto objeto do processo e no interesse da comunidade em geral.

Embora vigore no nosso ordenamento jurídico o princípio da verdade material, este tem que ser balizado pelos direitos fundamentais nomeadamente, e no caso do regime aplicável às escutas telefónicas, a reserva da intimidade da vida privada e da palavra. Tais direitos inviabilizam desde logo o recurso a este meio de obtenção de prova quando em causa não estejam suspeitos/arguidos, intermediário ou vítima, em virtude da danosidade social que tal meio provoca, só compreensível de acordo com um juízo bem sustentado quanto à necessidade para obtenção de prova.

É ainda exigível considerar o princípio do interesse público, através do restabelecimento da paz jurídica posta em cheque sempre que exista a suspeita da prática de um crime e claro, nas situações em que é evidente a existência do mesmo. Mais uma vez reafirmamos o tempero do processo penal com base nos direitos fundamentais, sob pena de ao utilizarmos este método excepcional, estarmos a agudizar o mal que o crime já comporta.

#### **5. O princípio da legalidade**

O princípio da legalidade apresenta-se como sendo uma garantia jurídica a favor dos cidadãos contra eventuais ações arbitrárias levadas a cabo pelo Estado no exercício da ação penal, garantindo assim a igualdade na aplicação dos normativos legais, independentemente de quem seja o agente do crime. No caso em análise não se basta com a

---

<sup>35</sup> Manuel da Costa Andrade, Idem, p.374.

previsão legal do meio de obtenção de prova no art. 187.º a 190.º do CPP, carecendo o referido normativo de uma interpretação rigorosa e proporcional, de acordo com a intencionalidade constitucional salvaguardando-se a incontrolável restrição de direitos fundamentais. Assim, o princípio da legalidade impõe que o recurso à realização das escutas telefônicas tenha como exigência a verificação de determinados requisitos, nomeadamente o respeito da tipicidade substantiva plasmada no catálogo e ainda um juízo de adequação e proporcionalidade para a prossecução dos fins atinentes à investigação criminal. Mais concretamente, o requerimento do MP para a autorização da interceção e gravação de conversações deve conter os fundamentos de facto e de direito com o objetivo de demonstrar a indispensabilidade para a descoberta da verdade. Aferindo da pertinência do requerimento do MP, o juiz emite um despacho regado por um exame crítico dos fundamentos invocados neste, ordenando ou não a realização da interceção, tendo sempre por base o espelho dos direitos e liberdades dos cidadãos.

## **6. Princípio da proporcionalidade**

Resulta do princípio da proporcionalidade *stricto sensu* ou da proibição do excesso, a exigência do respeito pelo crivo da adequação, exigibilidade, necessidade e claro da proporcionalidade, numa justa e proporcional ponderação entre o meio e o fim pretendido, ou seja, a preterição de outros meios menos onerosos para os direitos e liberdades fundamentais só deve ser efetivada quando a prova por tais meios seja impossível ou de extrema dificuldade de obtenção.

Nas palavras de Francisco Marcolino de Jesus,<sup>36</sup> “O princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso desdobra-se em três subprincípios: (1) O princípio da conformidade ou adequação, que “impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes, i.e., “ as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio para a persecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos; (2) o princípio da exigibilidade ou da necessidade (...) segundo o qual, “ As medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato; (3) O princípio

---

<sup>36</sup> Gomes Canotilho, J.J., apud Francisco Marcolino de Jesus, p. 290

da proporcionalidade em sentido restrito, “ entendido como princípio da «justa medida» ” “ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionais para alcançar os fins pretendidos) ”. Citando Manuel da Costa Andrade<sup>37</sup> sobre o princípio da proporcionalidade refere, “ Que, na sua expressão mais exposta e direta, obriga a reservar os meios mais agressivos para a perseguição dos crimes mais graves.”

A dimensão de excecionalidade está presente no art. 187.º n.º 1 do CPP, demonstrando um grau de exigência elevado, fundamentado na indispensabilidade para a descoberta da verdade e na impossibilidade ou particular dificuldade para obter a prova por outro meio.

Na antiga redação o requisito para utilizar a diligência era o “grande interesse” para a descoberta da verdade, hoje, com o texto introduzido pela reforma de 2007, exige-se a indispensabilidade ou que o meio de prova se revele impossível ou muito difícil de alcançar, demonstrando a atual formulação uma ponderação mais exigente sobre a necessidade de utilização da diligência<sup>38</sup>, tendo sempre em consideração o caso concreto. Requer-se ainda a verificação da existência de uma suspeita fundada da prática de um crime do catálogo, não bastando meros indícios, resultantes da notícia do crime exemplarmente e por último, fortalecendo a ideia de subsidiariedade da interceção telefónica dada a onerosidade para os direitos fundamentais, tal meio de investigação apenas poderá ser utilizado se a mesma eficácia probatória não for concretizável por meios menos gravosos.

Finalizando as considerações relativas à excecionalidade deste meio, nas palavras de Manuel Monteiro Guedes Valente<sup>39</sup> pode ser retirada de três vetores fundamentais, por um lado a sistematização dos meios de obtenção de prova, por outro, dos princípios inerentes e imanentes aos meios de obtenção de prova, nomeadamente o princípio da legalidade, da proporcionalidade, do interesse particular ou de defesa dos direitos fundamentais, do interesse público, da justiça, da boa-fé e, ainda, pela redação do art. 187.º do CPP introduzida pela reforma de 2007, que sujeita a utilização da escuta aos princípios da indispensabilidade

---

<sup>37</sup> Manuel da Costa Andrade, Escutas Telefónicas, Conhecimentos Fortuitos e Primeiro-ministro, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 139.º, N.º3962, Coimbra Editora, p. 279.

<sup>38</sup> Na perspetiva de Manuel da Costa Andrade manifestando-se quanto à intencionalidade do legislador na formulação introduzida pela reforma de 2007, considera que não houve interesse na redução do número de escutas realizadas, pois nesse caso, “ teria seguramente ponderado a hipótese de refazer o catálogo, em vez de o ter alargado ou adensado (...)” “ «Bruscamente no Verão passado», a reforma do Código do Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e deveria ter sido diferente”, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Coimbra Editora, Ano 137.º, n.º 3951, p.346.

<sup>39</sup> Manuel Monteiro Guedes Valente, ob. cit. p.58.

da descoberta da verdade ou da impossibilidade ou de muita dificuldade de obter a prova por meio menos oneroso. É pacífico que existe uma graduação de meios a mobilizar pela ordem elencada pelo legislador, ficando a escuta telefónica no fim da lista, dos meios elencados no CPP, pela sua especial aptidão para afrontar direitos fundamentais, tais como, a reserva da intimidade da vida privada, inviolabilidade do domicílio e das telecomunicações e da correspondência, imagem, palavra e honra.

Cabe assim aos operadores judiciários a obrigação de provar a impossibilidade ou a dificuldade de proceder à investigação através de um meio menos oneroso para que se obtenha a prova na fase de inquérito

## **7. O princípio da lealdade e da boa-fé**

Chegamos é certo, ao princípio que consideramos mais relevante, o princípio da lealdade, pois a estrutura fundamental de um processo penal moderno e democrático tem por base a dignidade da pessoa humana, garantindo a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais. Encontra-se materializado no art. 126.º do CPP e no art. 32.º n.º 8 da CRP, dotando o processo penal de moralidade, instruindo os operadores judiciários, na figura do Ministério Público e fundamentalmente nos OPC que procedem à investigação criminal através do melodioso som ambiente dos direitos fundamentais, resultando num enaltecimento da digna justiça que respeita os valores da pessoa humana, com a sua inata venerabilidade, implacavelmente irreduzível. Porque no limite, cabe à justiça o papel fundamental de conservar a dignidade da pessoa humana. Como refere Germano Marques da Silva<sup>40</sup>, “ não se pode admitir que a justiça atue por meios ilícitos e que o combate da criminalidade se possa fazer por meios criminosos o que redundaria em que a justiça e os criminosos se distinguissem apenas pela quantidade e não pela qualidade dos seus atos, sendo que bem poderia suceder serem mais os atos criminosos da justiça do que aqueles que buscam ou conseguem combater. A ordem pública é, seguramente, mais perturbada pela violação das regras fundamentais da dignidade e retidão da atuação judiciária, pilares fundamentais da sociedade democrática, do que pela não repressão de alguns crimes, por mais graves que sejam, pois são sempre muitos, porventura a maioria, os que não são punidos, por não descobertos, sejam quais forem os métodos de investigação utilizados”.

---

<sup>40</sup> Germano Marques da Silva apud Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, A Prova do Crime, Meios legais para a sua obtenção, Coimbra, Almedina, p.71.



Podemos concluir que sempre que não seja necessário o recurso à realização da escuta telefônica, porque a obtenção da prova é possível por meios menos onerosos, a utilização da intercepção apresentar-se-á como uma clara violação ao princípio da lealdade.

Cabe ainda referir o princípio da concordância prática, referindo que é função do juiz harmonizar as finalidades do processo penal e dos princípios que norteiam os meios de obtenção de prova e falamos daqueles que pela sua natureza se demonstram aptos a violar os direitos fundamentais, dando-se prevalência aos que se assumem mais respeitadores da dignidade da pessoa humana.

## **8. Admissibilidade e formalidades do recurso à realização das escutas telefônicas**

Importa considerar os requisitos subjacentes a este específico meio de obtenção de prova que tem por característica inata a escoriação dos direitos fundamentais. Assim, cabe fazer uma utilização prudente e responsável, respeitando sempre quer os requisitos formais quer os materiais sob pena de invalidade do material probatório adquirido através deste meio de obtenção de prova, com o indissociável respeito pelos DLG's.

As formalidades que necessariamente tem que ser respeitadas representam todas elas um escopo de tutela aos direitos fundamentais, que o recurso a este meio de obtenção de prova é apto a ofender, assim procuraremos ao mobilizar as formalidades encontrar a que nível se apresenta a tutela.

### **a) A pendência obrigatória de um processo criminal**

O requisito primordial para a realização das escutas telefônicas resulta da existência de um processo criminal, em virtude do art. 187.º, n.º 1 do CPP que estabelece que as escutas telefônicas, “ só podem ser utilizadas durante o inquérito”, ou seja estamos no decurso de um processo penal.

Importa ainda discorrer umas palavras acerca da fase processual que o Legislador considerou ser adequada para a realização da escuta telefônica, porque mais uma vez estamos na presença de uma formalidade que interfere com os direitos fundamentais. Até à última revisão era possível teoricamente a realização da diligência quer na fase de inquérito quer na fase da instrução. Após a revisão a realização das escutas, só pode ser autorizada na

fase de inquérito<sup>41</sup>, uma vez que esta é a fase primígena da investigação com vista à recolha de prova suficiente para o andamento do processo - crime e, a única em que vigora ou pelo menos existe essa possibilidade do segredo interno, sendo natural que a realização das escutas se encontre limitada a esta fase processual.

Ficam contudo algumas questões sem resposta, a nosso ver, mesmo após a reforma de 2007, nomeadamente saber se podem ser realizadas escutas depois de encerrado o inquérito, verificando-se um despacho de acusação. Consideramos que deduzida a acusação, terá que se ordenar a cessação da interceção da conversação, desde logo porque o momento para a reunião de material probatório já terminou, tendo sido suficiente para a dedução de acusação, e pela razão fundamental que nos temos vindo a bater ao longo deste escrito, o carácter excepcional que gira em torno do regime das escutas telefónicas enquanto meio oculto de investigação criminal.

Outra questão atinente à fase processual em que o MP é o *dominus* prende-se com o facto de saber se passados os prazos de inquérito também a interceção das conversações, validamente autorizadas durante a fase de inquérito, têm de cessar. Ainda que formalmente os prazos máximos do inquérito já se tenham esgotado, o inquérito materialmente não encerrou, verificando-se o andamento normal das diligências investigatórias, nestas situações consideramos ser admissível a continuação da diligência uma vez que a prorrogação do inquérito é possível conforme demonstra o art. 276.º do CPP, desde que com base no art. 89.º n.º 6 do CPP o MP requeira a manutenção do segredo interno, pois caso não o faça, o sentido útil da interceção deixaria de existir, pelo conhecimento do arguido sobre a sua condição de escutado em função do acesso aos autos.

Face à referência do contexto em que as escutas podem ser autorizadas e o conseqüente material probatório utilizado, ou seja, em sede de processo penal, importa mobilizar um caso mediático pela notoriedade dos sujeitos envolvidos. Colocou-se a relevante questão de se conhecer da legalidade e admissibilidade da utilização e valoração das escutas telefónicas no contexto dos processos disciplinares desportivos, escutas essas

---

<sup>41</sup> Nas palavras de Manuel Monteiro Guedes Valente considera“(…)demasiado redutor a prescrição legal da diligência à fase de inquérito. Somos defensores de utilização desta diligência como *ultima ratio* investigatória, mas temos consciência que há tipos criminais, cuja especial complexidade e elevadíssima gravidade impõem, até para um melhor juízo do juiz de instrução e para um melhor apuramento da verdade e de defesa de direitos fundamentais do arguido (...) o legislador não devia restringir a escuta telefónica (...) à fase de inquérito, sob pena de o paradigma da investigação criminal percorrer todo *iter processualis* se desmoronar e se resumir a uma fase inicial não totalmente jurisdicionalizada.

que resultaram de um processo criminal instaurado por suspeitas de infrações criminais no contexto do fenómeno desportivo devidamente autorizadas.

No parecer realizado pelo Professor Doutor Manuel da Costa Andrade<sup>42</sup> a resposta foi claramente negativa, nesse sentido vejamos, “ (...) temos, com efeito, como seguro que no direito português, tanto constitucional como ordinário, é absoluto e irredutivelmente proibida a realização e utilização de escutas e das suas transcrições no contexto do processo disciplinar instaurado para a investigação e sancionamento dos ilícitos disciplinares (...) Proibição que se estende a todos os demais processos disciplinares de natureza pública ou privada, seja qual for a eminência ou dignidade da instituição, organização ou sub-sistema social no seio dos quais se exerça poder disciplinar.”

Sobre a mesma questão de fundo, foi solicitado um parecer ao Professor Doutor Germano Marques da Silva<sup>43</sup> pronunciando-se nas suas conclusões da seguinte forma, “Não é possível utilizar em processo disciplinar material probatório recolhido por meio de escutas efetuadas no âmbito de um processo criminal ainda pendente. Tal utilização seria ilegal por violação do disposto no art. 187.º n.º 7, do Código de Processo Penal e, mais grave, seria inconstitucional por violar o disposto no art. 34.º, n.º4, da Constituição da República. (...) Em consonância com a conclusão anterior não vale como prova o que conste de certidão de transcrição das escutas efectuadas em processo criminal e transferidas para o processo disciplinar.”

Em sentido contrário foi o parecer do Professor Doutor Vital Moreira, senão vejamos, “A não se admitir a utilização no procedimento disciplinar das transcrições das escutas telefónicas realizadas em processo penal, para prova de facto ilícito e dos seus autores, poderia suceder que o princípio da autonomia do direito disciplinar desportivo face ao direito penal conduzisse a uma generalizada impunidade disciplinar, mesmo em caso de condenação do processo penal, apesar de este ser um direito sancionatório processualmente muito mais exigente do que o disciplinar. O n.º 4 do artigo 34.º da CRP só admite a

---

<sup>42</sup> Manuel da Costa Andrade, A utilização e valorização do resultado de escutas telefónicas em processos disciplinares desportivos/ Manuel de Costa Andrade, Germano Marques da Silva, Vital Moreira, Revista Jurídica de Desporto, Ano 6, nº 18 (2009), p.363.

<sup>43</sup>Idem p. 428.

«obtenção» de escutas telefónicas em processo penal, mas não se refere explicitamente a nenhuma proibição absoluta de utilização das mesmas fora do processo penal.»<sup>44</sup>

Consideramos indubitável que no direito português as escutas realizadas e utilizadas com fins probatórios apenas são admissíveis no seio do processo criminal em face da verificada danosidade da diligência, o contrário poderia conduzir a uma banalização na realização das escutas telefónicas numa tentativa rápida de se atingir a verdade material, olvidando o carácter de exceção que deve acompanhar o método oculto de investigação aqui abordado.

## **b) Delimitação subjetiva**

Quanto aos sujeitos alvo da escuta até à reforma de 2007, a Lei portuguesa era omissa quanto às pessoas passíveis de serem escutadas, sendo uma preocupante lacuna, suprível apenas através de critérios jurisprudenciais, que raramente são uníssonos nos seus entendimentos. Com a reforma aludida foi introduzido o n.º4 do art. 187.º, que dispõem que a interceção e gravação só pode ser autorizada, independentemente da titularidade do meio de comunicação usado, podendo ser do próprio escutado, de terceiro ou mesmo público, ao suspeito<sup>45</sup> ou arguido, pessoa que sirva de intermediário nas situações em que existam fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes do arguido e por último a vítima<sup>46</sup> do crime mediante o seu consentimento efetivo ou presumido. Podemos concluir que o catálogo de pessoas referidas, se enquadram num contexto ao nível das relações próximas do crime, seja porque são suspeitos ou arguidos, ou pelo facto de socialmente serem próximos do agente do crime.

Nesta parte acompanhamos o pensamento levado a cabo por Francisco Marcelino de Jesus<sup>47</sup> quando no seu escrito refere o princípio da não autoincriminação, senão vejamos, sendo o arguido, sujeito processual de acordo com o art. 60.º do CPP ficando-lhe assegurado

---

<sup>44</sup> Neste sentido, vide Manuel da Costa Andrade, A utilização e valorização do resultado de escutas telefónicas em processos disciplinares desportivos/ Manuel de Costa Andrade, Germano Marques da Silva, Vital Moreira, Revista Jurídica de Desporto, Ano 6, nº 18 (2009), pp. 470 e ss.

<sup>45</sup> Sobre o conceito de suspeito deve ser entendido como aquele sobre quem recaem indícios seguros do cometimento de um dos crimes elencados no catálogo.

<sup>46</sup> Quanto ao conceito de vítima deverá ser remetido ao do ofendido, verificando-se na maioria dos casos, salvo quando a intervenção dos familiares da vítima é fundamental dadas as especificidades da natureza do crime. É o caso do crime de sequestro, sendo possível a localização celular da vítima, em que o pedido é formulado aos familiares da vítima nas situações em que se revele fundamental estando em apreço a vida da pessoa sequestrada.

<sup>47</sup> Vide Francisco Marcolino de Jesus, ob. cit., p.237

o exercício de direitos e deveres processuais, e muito embora venha referido a ressalva para a sujeição às diligências probatórias, é inegável que o arguido goza do direito ao silêncio de acordo com o art. 61.º, n.º 1 alínea d) adivinhando-se a leviandade com que pela via da palavra o arguido tem a possibilidade de autoincriminar-se numa clara violação do direito ao silêncio. Ainda assim o TC<sup>48</sup> considera não haver qualquer desconformidade constitucional com as normas aqui consideradas.

Há uma proibição imposta pelo n.º 5 do art. 187.º do CPP, especificamente a proibição de interceções e gravações de conversas e comunicações entre o arguido e o seu defensor<sup>49</sup>, uma vez que o contrário resultaria numa violação dos direitos de defesa pelo facto de ser do conhecimento dos investigadores precocemente o conteúdo da defesa. Aditamos ainda o facto da eventual violação do segredo profissional que impende sobre os advogados e a especial relação de confiança existente entre defensor e arguido. De acordo com RUDOLPHI<sup>50</sup>, “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 prevaletentes razões próprias do estado de direito, uma prestação adequada da sua função processual.”

Não obstante este caso estar devidamente considerado no art. 187.º, n.º 5, alguma doutrina considera que houve uma falha na tarefa legislativa do legislador ordinário por não considerar outros sujeitos que estão a coberto do regime do segredo, falamos concretamente dos médicos, jornalistas, ministros de culto, funcionários públicos, uma vez que estes não beneficiam do impedimento legal de serem escutados, nas situações em que não são suspeitos do crime do catálogo. Importa referir que o que existe é uma proibição de valoração, coisa diferente é a proibição de produção, ou seja, as escutas destes profissionais são autorizadas, havendo um conhecimento efetivo dos investigadores e do juiz de instrução criminal e apenas nas situações em que o conteúdo da gravação é manifestamente estranho ao processo é que se procede à destruição dos elementos recolhidos pela sua irrelevância mas para apurar desta circunstância já houve conhecimento dos segredos.

---

<sup>48</sup> Cfr, Ac. do TC 155/2007 relevante nesta sede.

<sup>49</sup> José Miguel Júdice considera mesmo que a colocação sob escuta do advogado deve estar sujeita a regras especiais semelhantes àquelas que existem para outras formas intrusivas na sua atividade, ou seja, segundo o autor nenhuma escuta a um advogado pode ser decretada sem que seja instaurado o devido processo por parte da Ordem dos Advogados, tutelando-se assim o segredo profissional e os restantes clientes do advogado. ob. cit., p. 57.

<sup>50</sup> Apud Manuel da Costa Andrade, Sobre o Regime Processual Penal Das Escutas Telefónicas, p.392.

Esta proibição é contornada caso o juiz tenha fundadas razões para crer que tais conversações e comunicações constituem objeto de crime, uma vez que Portugal é um Estado de Direito, sendo assim intolerável a absoluta impunidade pela qualidade do sujeito.

Continuando na análise dos sujeitos passíveis de serem alvos das escutas telefónicas importa trazer à colação uma situação mergulhada de interesse, uma vez que estava envolvida uma pessoa titular de um órgão de soberania mais especificamente o Primeiro-ministro.<sup>51</sup>

Assim quando estejamos na presença de titulares de cargos políticos, Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República ou o Primeiro-Ministro, é o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça que autoriza a interceção, gravação e transcrição das conversações, em tudo o resto e verificados que estejam os pressupostos legais não subsiste qualquer privilégio para os referidos titulares dos cargos políticos de acordo com o disposto na alínea b) do n.º 2 do art. 11.º do CPP, preceito que foi introduzido pela Reforma de 2007. Segundo Costa Andrade<sup>52</sup>, a partir da reforma passou a haver dois juízes de Instrução, um juiz de instrução “normal” para as coisas “comuns” e um outro juiz de instrução “especial” a quem estão confiadas, em exclusivo, as coisas e causas das escutas, sendo um papel reservado ao Presidente do STJ, considerando que o normativo avançado em 2007 suscita reparos e críticas frequentes. Desde logo as motivações do legislador em atribuir ao Presidente do STJ a autorização para a realização de escutas sempre que os alvos sejam titulares de órgãos políticos superiores, acrescentando o facto de tal exigência não ser extensível para outros meios de investigação tão ou mais invasivos, que a seguir atentaremos.

Acompanhamos Costa Andrade quando considera que sendo o Presidente do STJ o juiz de instrução só para as escutas, o facto de o ser apenas ocasionalmente, e descontinuadamente potencia decisões ao nível dos requisitos materiais, desde logo a questão da subsidiariedade “ficarão em boa medida expostos aos caprichos da álea”. Outro

---

<sup>51</sup> Contextualizando, ainda que sucintamente o caso em análise, “ Nos serviços do MP de Aveiro, corria um processo penal, na fase de inquérito, tendo sido realizadas interceções e gravações telefónicas devidamente autorizadas pelo juiz de instrução criminal que ficara conhecido por “Face oculta”, verificando-se suspeitas de crimes de corrupção na modalidade ativa e passiva, envolvendo altas individualidades a nível nacional. A questão ganhou contornos mediáticos quando tais interceções captaram conversações entre um dos suspeitos e o primeiro-ministro. Esta factualidade levou à consideração da prática de um crime do catálogo por parte do titular do órgão de soberania, sendo consequentemente transmitido os registos e as transcrições ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, que considerou nulas, ordenando a destruição das escutas com base na violação do art. 11.º, n.º 2, al) b. Manuel da Costa Andrade, Escutas Telefónicas, Conhecimentos Fortuitos e Primeiro-ministro, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 139.º, N.º3962, Coimbra Editora, pp. 269 e ss.

<sup>52</sup> Idem p. 275.

argumento que cumpre referir prende-se com o estatuto que o Presidente do STJ ocupa, sendo imune a pressões de qualquer espécie, pautando-se pela aplicação da lei, na realização do direito em nome do triunfo da justiça, no entanto a sua proximidade com o poder político, não obstante a clara diferenciação dos sistemas, verifica-se a existência de contactos que deverão ser ultrapassados por exigências da diferenciação e autonomia nas situações em que o Presidente do STJ é chamado a pronunciar-se sobre escutas que atinjam altos cargos da cúpula política nacional.

Por fim, cabe referir as conversas com familiares e afins e mais uma vez as opiniões são divergentes, havendo quem considere ser a situação destes equiparáveis à dos portadores de segredos. Segundo Francisco Marcolino de Jesus<sup>53</sup> ressaltando as situações em que os familiares se recusam com base no direito de recusa de depoimento como testemunha em sede de julgamento, ao abrigo da lei, não devem as conversas devidamente intercetadas ser valoradas. Em sentido contrário pronunciam-se Fernando Gonçalves e Manuel João Alves<sup>54</sup>, considerando que não são atendíveis as razões que justificam a proibição para os titulares do segredo profissional àquelas outras pessoas que ao abrigo do art. 134.º do CPP podem recusar-se a depor como testemunhas<sup>55</sup>. Nesta altura equivaleria a deixar de haver escutas.”

Neste sentido cabe referir o acórdão<sup>56</sup> 388/2009 do TC, de 23 de julho de 2009 que na fundamentação quanto à inconstitucionalidade do art. 187.º do CPP, refere,“(…) em nenhuma das transcrições se afirmou ser inconstitucional (…) quando interpretado no sentido de ser permitido a obtenção e valoração das interceções telefónicas, a arguidos detidos, em especial (mas não só) quando se traduzam em conversas mantidas com os seus familiares a quem assiste o direito a não falarem em sede de julgamento, quando (…) ele não for absolutamente imprescindível (…) e não houver notícia segura de que, mesmo detido, o arguido prosseguirá o seu intuito criminoso”.

---

<sup>53</sup> Assim, Francisco Marcolino de Jesus, ob. cit., p.248

<sup>54</sup> Vide Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, ob. cit., p.236

<sup>55</sup> Sobre a questão, Manuel da Costa Andrade, considera “ À pletera dos bens jurídicos ou direitos agredidos, acresce a circunstância de, por via de regra, as escutas telefónicas acabarem por atingir a esfera jurídica de pessoas que estão fora do círculo de arguidos e suspeitos em relação aos quais foram ordenados. O que pode abrir a porta à devassada privacidade das pessoas a que, de um modo ou de outro, a lei outorga o direito (ou impõe mesmo o dever) de recusa do depoimento.” Manuel da Costa Andrade, Sobre o Regime Processual Penal Das Escutas Telefónicas, p.379.

<sup>56</sup> Disponível para consulta em:

[Http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090388.html](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090388.html)

Nas palavras de Carlos Adérito Teixeira<sup>57</sup>, abordando o direito ao silêncio refere, “ Além disso, o direito ao silêncio dos familiares do arguido (...), não se funda no interesse público, antes se pretende salvaguardar interesses pessoais, baseados na tutela de relações familiares e efetivas. Aduz-se ainda um argumento de lógica: se não pudessem ser utilizadas as escutas de pessoas com essa prerrogativa (art. 134.º), por maioria de razão, o arguido, que pode remeter-se ao silêncio, não poderia nunca ser escutado, ou, tendo-o sido, não poderiam as conversações ser utilizadas como prova quando aquele se remetesse ao silêncio.”

Acompanhamos no entanto Manuel da Costa Andrade que tempera a solução baseado na não crença da denegação de forma simplista da relevância social e institucional da intimidade que aflora nos estreitos círculos da convivência familiar, ficando estes à margem de restrições e intromissões. Ainda assim o regime do segredo profissional, apresenta especificidades que o singularizam face a um regime de segredo e confiança dos parentes e afins, não permitindo uma aplicação daquele, porém sempre será adequado assegurar a parentes e afins uma menor exposição à devassa das escutas telefónicas, através da intervenção de exigências acrescidas em sede de subsidiariedade<sup>58</sup>.

### **c) Delimitação temporal**

Já quanto à duração da medida, a interceção e gravação de conversações ou comunicações são autorizadas pelos prazos de três meses, renováveis por períodos sujeitos ao mesmo limite, desde que se verifiquem os respetivos requisitos de admissibilidade de acordo com o n.º 6 do art. 187º, devendo cessar a medida assim que seja desnecessária para a descoberta da verdade ou para a prova. Sem que se pretenda referir exhaustivamente as questões que giram em torno dos prazos, consideramos ser adequado ter em conta se os prazos correm em férias, uma vez que o legislador não curou esta matéria. Assim, defendemos que com base na garantia dos direitos fundamentais o controlo judicial periódico não deverá suspender-se durante as férias, visando-se salvaguardar os direitos dos intervenientes processuais. Consideramos ainda ser um prazo adequado uma vez que havendo um controlo judicial obrigatório de quinze em quinze dias, tal controlo servirá para aferir da pertinência da continuidade ou por outro lado ordenará a sua destruição imediata e cessação face ao desinteresse que demonstram no contexto em que foram autorizadas.

---

<sup>57</sup> Carlos Adérito Teixeira, ob. cit. p. 252.

<sup>58</sup> Manuel da Costa Andrade, Sobre o Regime Processual Penal Das Escutas Telefónicas, p.398 e 399.



Em consonância com os prazos, surge mais uma questão que nos inquieta diretamente ligada com a danosidade social que resulta da intromissão nas telecomunicações. Desta feita, importa referir que a violação dos direitos fundamentais verifica-se quer no momento da intromissão e gravação da conversação telefónica, quer em momentos posteriores aquando da valoração dos conhecimentos obtidos. Segundo KRETSCHMER<sup>59</sup>, “ a violação do sigilo da correspondência e de telecomunicações não se esgota no acto de intromissão e registo das comunicações. Também a valoração dos conhecimentos adquiridos pelas instâncias do processo penal configura um sacrifício autónomo deste direito fundamental. Que atinge a sua expressão extremada na valoração como fundamento de uma condenação.”

#### **d) A vinculação temática**

Estamos na presença de uma imposição constitucional que decorre do n.º 2 do artigo 18.º da CRP, de suma relevância uma vez que fica o legislador ordinário incumbido de tipificar os tipos de crime suscetíveis de investigação de acordo com a gravidade do ilícito típico e da danosidade social através da interceção das escutas, apresentando-se a tipificação como uma materialização da proteção dos direitos fundamentais das pessoas e uma insofismável marca da excecionalidade que reveste a imagem legal do regime das escutas. Reiteramos as acertadas palavras de Costa Andrade<sup>60</sup> quando se pronuncia acerca da pertinência da existência de um catálogo de crimes, referindo que a existência de um universo circunscrito de infrações criminais representa a expressão dada pelo legislador, expressão de ponderação e superação entre os interesses conflitantes, de um lado os de investigação e da eficácia da justiça penal e do outro figuram os bens jurídicos ou os valores correspondentes aos direitos fundamentais. Conclui portanto que será sempre ilegítima e ilícita a valoração de uma escuta sem que não tenha tido a cobertura permanente e contínua de um crime do catálogo.

Assim são crimes passíveis de estarem sujeitos à diligência por nós aqui tratada, os crimes que se enquadram na designada criminalidade grave, mais concretamente os crimes

---

<sup>59</sup> Apud Manuel da Costa Andrade, O regime dos “conhecimentos de investigação” em processo penal – Reflexões a partir das escutas telefónicas, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 142.º, N.º3981, p.369.

<sup>60</sup> Idem, p.371.

puníveis com pena de prisão superior no seu máximo a três anos de prisão<sup>61</sup>, ou crimes de investigação complexa e especial gravidade, como o tráfico de estupefacientes; detenção de arma proibida e de tráfico de armas; contrabando; de ameaça com prática de crime ou de abuso de simulação de sinais de perigo; de evasão<sup>62</sup>, quando o arguido haja sido condenado por algum dos crimes previstos nas alíneas anteriores<sup>63</sup>. Por último de referir os crimes em que exista dificuldade na produção de prova e por conseguinte, apesar de punidos com pena inferior, no máximo a três anos de prisão e falamos concretamente do crime de injúria, ameaça, coação de devassa da vida privada e perturbação da paz e sossego praticados pelo telefone fixo e móvel<sup>64</sup> são considerados. Importa ainda referir a tipificação do n.º 2 do mesmo artigo que prevê a aplicação do meio de obtenção de prova para a investigação de crimes de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, sequestro, rapto, tomada de reféns, crimes contra a identidade cultural e pessoal, contra a segurança do Estado, falsificação de moeda ou títulos equiparados a moeda, crimes abrangidos por convenção sobre segurança de navegação aérea ou marítima. O elenco previsto nesta catalogação demonstra a especialidade que as tipologias presentes acarretam provocando dificuldades acrescidas no sucesso da investigação.

#### **e) A necessidade do despacho fundamentado**

Na realização da interceção e gravação de conversações e de comunicações há uma dependência de um despacho fundamentado<sup>65</sup> do JIC uma vez que a diligência é apta a violar os direitos fundamentais, portanto carece de legitimação através da sindicância e ordem do

---

<sup>61</sup> al. a), do n.º1 do art.187.º do CPP. Existem no entanto opiniões no sentido de aumentar o limite mínimo para cinco anos, à semelhança do que foi feito para a prisão preventiva por uma questão de harmonia axiológica.

<sup>62</sup> Importa pronunciarmo-nos sobre este ponto, pois nas situações em que o arguido haja sido condenado por alguns dos crimes previstos nos crimes considerados no catálogo, visando a localização do condenado evadido através da localização das comunicações telefónicas depois de se ter evadido. Aqui não se verifica a obtenção de prova mas sim um mero instrumento com vista à localização e conseqüente captura.

<sup>63</sup> als. b), c) e d), f),g) do n.º1 do art.187.º do CPP.

<sup>64</sup> al. e) do n.º1 do art.187 do CPP.

<sup>65</sup> Nas palavras de Manuel Monteiro Guedes Valente relativamente ao despacho fundamentado "As escutas telefónicas são um meio de obtenção de prova dotado "formalmente" de elevada excepcionalidade que, mesmo autorizado por despacho fundamentado do juiz, devassa "ferozmente" direitos fundamentais pessoais – a reserva da intimidade da vida privada, a palavra, a inviolabilidade das telecomunicações – e encerra em si mesmo uma danosidade social qualificada." ob. cit. p.123.

Juiz das Liberdades de acordo com o art. 187.º n.º 1 e 2 e do art. 269 n.º 1, al. e) do CPP. Assim o JIC, pode deferir o requerimento na totalidade, reduzir o âmbito de aplicação material do requerimento com fundamento na ilegalidade das escutas ou indeferir o requerimento na totalidade com base no mesmo fundamento.

Importa retomar o pensamento por nós acima avançado quanto à exigência do despacho fundamentado<sup>66</sup> resultando da imposição dos arts. 205º, n.º 1 da CRP e o art. 97.º, n.º 5 do CPP, devendo constar as razões de facto e de direito que justificam o recurso às escutas telefónicas, mais concretamente a indicação da existência de indícios determinados de que alguém cometeu um dos crimes do catálogo, a idoneidade e necessidade da medida demonstrando a indispensabilidade para a descoberta da verdade, sendo a escuta o mais adequado, necessário e possível para a obtenção de prova, sem olvidar a delimitação subjetiva, referindo quem são os sujeitos alvos da diligência, a delimitação objetiva, nomeadamente o aparelho telefónico objeto da escuta e a duração da medida.

Assim, é ao JIC que cabe fazer um juízo ponderativo dos direitos fundamentais conflituantes devendo ter por finalidade o direito à administração da justiça, uma vez que estão em causa os superiores interesses de um Estado de Direito com o devido paralelismo aos direitos também eles constitucionalmente protegidos.

## **9. O controlo judicial da realização das escutas telefónicas**

Pelo facto de estarmos na presença de um método de obtenção de prova fortemente conflituante com diversos direitos fundamentais dos cidadãos, a lei exige naturalmente um controlo permanente por parte do juiz de instrução criminal, controlo que deve ser pautado pela efetividade e continuidade, aferindo da conformidade da realização da escuta com o despacho que procedeu à respetiva autorização, cessando a diligência logo que esta se demonstre ineficaz. Indissociável desta questão é o art. 32.º n.º 4 da CRP, sendo uma manifestação da “reserva do juiz”, não se bastando a intervenção judicial com a autorização para a realização da diligência investigatória.

Estamos na presença de mais uma questão problemática que gravita em torno do regime das escutas telefónicas, no âmbito do controlo da realização das escutas, mais concretamente a impossibilidade de o juiz de instrução controlar os limites jurídico-

---

<sup>66</sup> Cfr. o art. 187.º n.º 1 do CPP, estabelece a exigência do despacho fundamentado do juiz de instrução

constitucionais da gravação no momento em que está a ser realizada, uma vez que é levada a cabo pelo OPC, nomeadamente a polícia judiciária.

Sobre a querela em sede de controlo da realização das escutas telefónicas importa referir o acórdão 426/2005 do TC, anotado por José Manuel Damião da Cunha<sup>67</sup>, do acórdão não resultou a declaração de inconstitucionalidade do art. 188.º, n.º 1,3 e 4 do CPP, nas situações em que não se verifica uma prévia audição pessoal das transcrições, mas sim uma leitura de textos, contendo a sua reprodução, apresentadas pelo OPC ainda que acompanhadas pelas fitas gravadas. Em suma, a questão que se coloca é a de saber se a forma do JIC tomar conhecimento do conteúdo das interceções exige a audição feita pessoalmente da totalidade das gravações ou se, por outro lado, é bastante e constitucionalmente legítima a leitura dos textos que resultaram da transcrição das conversações.

De acordo com o referido acórdão, é defendido o seguinte “ A jurisprudência deste Tribunal tem sustentado que a especial danosidade social desta intromissão nas comunicações implicava, não apenas um controlo judicial do desencadear da operação, mas um acompanhamento judicial da própria execução da operação- que deve ser contínuo e próximo, temporal e materialmente, da fonte-, mas que não implica necessariamente, “ que toda a operação da escuta tenha de ser materialmente executada pelo juiz”, como uma “visão maximalista” exigiria.” Conclui-se assim que constitucionalmente não é exigível que para o juiz exercer a sua função de acompanhamento tenha que o fazer através da audição pessoal, do integral conteúdo das gravações efetuadas.

Outra ramificação do controlo judicial da diligência passa pela identificação nas conversações da existência de determinadas situações, como conversações interceptadas por pessoas que não pertencem ao elenco legal, conversações relativas a matérias tuteladas pelo segredo profissional de funcionário ou de Estado ou conversações cuja divulgação afete gravemente DLG's de acordo com o art. 188.º n.º 6 do CPP, determinando assim a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo, sempre que se verifiquem as situações acima indicadas.

Outra questão importante é aquela que resulta da destruição imediata das conversações infetadas pelas situações acima referidas, uma vez que a destruição do material considerado não relevante, sem que antes o arguido tivesse tomado conhecimento sobre o

---

<sup>67</sup> Neste sentido, José Manuel Damião da Cunha, “A mais recente jurisprudência constitucional em matéria de escutas telefónicas- Mero aprofundamento de jurisprudência?”, *Jurisprudência Constitucional*, n.º8, ano 2005, pp.46 a 55.

eventual interesse para a defesa, através da transcrição de passagens da gravação levou autores a defender a inconstitucionalidade do preceito, pois resultaria numa ofensa grave às garantias de defesa do arguido levadas a cabo pelo JIC, acrescentando o facto de considerarem que o direito de defesa apenas se encontrava devidamente assegurado se houvesse um conhecimento na íntegra das transcrições.

Em sentido oposto considerava-se que as garantias dos direitos de defesa não poderiam servir para menosprezar os valores que foram restringidos pela escuta, mais concretamente a intimidade de terceiros, sendo a norma que ordena a destruição a possibilidade real de sanar a intromissão, que se revelou injustificada na reserva da intimidade da vida privada do arguido ou de terceiros. Neste sentido, pronuncia-se o acórdão<sup>68</sup> 293/2008 do TC, de 29 de maio de 2008 que não julgou inconstitucional a norma do art. 188.º, n.º 6, al) a) do CPP, na hipótese de o JIC determinar a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios estranhos ao processo, sem que antes o arguido tenha tido possibilidade de se pronunciar sobre a sua relevância, pois considerou-se que “ Assim, defender a destruição destes suportes técnicos e relatórios apenas depois do arguido deles ter conhecimento e de poder pronunciar-se sobre a sua relevância, comportaria uma desnecessária e inaceitável compreensão daqueles direitos constitucionalmente consagrados”, como o direito ao sigilo das telecomunicações e da reserva da intimidade da vida privada.

Assim, o facto de o sujeito passivo da escuta não ter oportunidade de aceder ao conteúdo da escuta telefónica, assume-se contrário ao princípio da lealdade, havendo a possibilidade de omissão de aceder a conversações que podem ir no sentido de demonstrar a inocência do escutado<sup>69</sup>, portanto o disposto no n.º 6 do art. 188.º do CPP assume-se contrário ao n.º 1 e n.º 8 do art. 32.º da CRP pois viola as garantias processuais. Quanto à jurisprudência do TEDH importa referir o acórdão *Craxi v. Itália* (N.º2), de 17.7.2003, que demonstra a essencialidade do conhecimento integral do conteúdo das interceções pelo arguido, antes da recolha do juiz das passagens que devem ser destruídas.

Minuciando a situação estamos na presença de um ponto bastante problemático ao nível dos direitos fundamentais, senão vejamos, na situação em que as conversações não são absolutamente estranhas ao objeto do processo, mas também não revelam interesse

---

<sup>68</sup> Disponível para consulta em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/2008029.html>

<sup>69</sup> Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário ao Código de Processo Penal*, pp. 533 e 534.

considerável para a investigação ou defesa, fazendo com que o JIC não ordene a sua destruição imediata com o objetivo de serem dadas a conhecer, quer ao arguido quer ao assistente, acompanhamos Carlos Adérito Teixeira<sup>70</sup> quando refere, “ Daqui decorrerão riscos da devassa da vida privada quer dos arguidos, quer dos co-arguidos, ou dos suspeitos, ou de testemunhas, ou de ofendidos, ou de assistentes, ou simplesmente de terceiros, já que para além de os escutados terem acesso às gravações, o arguido e o assistente têm direito a cópia dos suportes técnicos sem que tenham uma obrigação legal de lhes dar determinado destino (...) não sendo difícil imaginar abusos de toda a espécie.”

Concluimos pela existência de devassa das telecomunicações, pois permite-se que outros acessem ao seu conteúdo, utilizando os registos e transcrições nomeadamente para fins probatórios.

Só a consideração de todos os aspetos do regime das escutas telefónicas, pode permitir uma melhor dialética entre os fins que se pretendem quando se recorre ao analisado meio oculto de investigação e o respeito pelos direitos fundamentais, sob pena de um processo penal esbatido nas suas funções de tutela.

## **Capítulo III – As Ações Encobertas: o agente provocador, o agente infiltrado e o agente encoberto.**

### **1. Considerações Gerais**

Continuando a análise dos meios de obtenção de prova em sede de investigação criminal, cabe agora proceder à análise das designadas ações encobertas e dos aspetos do regime que consideramos contrários ou potenciadores de uma delapidação dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Afinal, o ponto de partida é o mesmo e certamente o de chegada também, mas pelo caminho abordamos um conjunto de situações peculiares em função das diferentes formas de atuação destes métodos ocultos de investigação, que têm por finalidade a angariação de meios de prova com o desígnio da descoberta da verdade material e consequente realização da justiça.

---

<sup>70</sup> Carlos Adérito Teixeira, ob. cit., p.262.

Descoberta da verdade material que se encontra cada vez mais dificultada, pelo facto da criminalidade atual demonstrar especificidades, em resultado de haver uma atuação organizada das redes criminosas, com estruturas extraordinariamente bem delineadas, existindo mesmo uma hierarquia ao nível destas organizações criminosas, às quais os métodos tradicionais de investigação se demonstram incapazes de responder, daí a crescente necessidade de atuação com vista à eficácia penal, respeitando os direitos fundamentais quer de investigados quer de acusados. Neste sentido importa trazer à colação as palavras de José Luiz Guzmán Dalbora<sup>71</sup>, “O que rege para a apreciação jurídica vale paralelamente para o processo ético. A consecução de um fim justo, inclusivamente um fim trivial ou indiferente, não pode pretender-se à mercê de uso de meios que tratam o próximo como uma coisa livre do arbítrio de quem manipula com propósitos experimentais, comprimindo a sua dignidade. De onde se deve voltar a uma antiga máxima de que os fins justos devem ser alcançados apenas com a utilização de meios eles mesmo justos.”.

O processo penal pauta-se pela efetivação dos direitos e liberdades dos indivíduos contra os eventuais abusos do jus puniendi do Estado, que não se pode arrogar de todos os meios e métodos disponíveis para perseguir os infratores, nem que em virtude da sua elevada eficácia se apresentem como apetecíveis.

Não restem dúvidas quanto à importância das ações encobertas no seio da investigação criminal naquilo que respeita à criminalidade mais grave, havendo a possibilidade de agentes da policia criminal, ou terceiros sob orientação daqueles, atuarem como agentes encobertos ou infiltrados com a finalidade de contactarem com os suspeitos da prática de um crime, impedindo a prática de crimes e naquilo que nos importa, angariar material probatório que permita a condenação dos criminosos.

São vários os pontos problemáticos nesta sede, um deles resulta dos diferentes entendimentos quanto às figuras que constituem o conceito amplo de homens de confiança, defendemos uma visão tripartida, agente provocador, infiltrado e encoberto. Como critério diferenciador suportamos a nossa opinião com base na maior ou menor interferência que estes demonstram na atividade do suspeito, permitindo assim conhecer a que título foi a prova obtida.

---

<sup>71</sup> José Luis Guzmán Dalbora, O delito experimental, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 18, n.º 1, Coimbra Editora, p.31.

Uma questão que emerge desde logo, resulta do facto de sabermos se estamos na presença de uma proibição relativa ou absoluta. No entendimento de Rui Pereira<sup>72</sup>, “ Uma primeira questão que se coloca – e que assume a maior importância quando se tem em vista o tratamento da figura do “agente encoberto” – diz respeito à distinção entre duas espécies de proibições de provas a que, implicitamente, a norma constitucional alude: “absolutas” e “relativas”. As primeiras provas, proibidas em quaisquer circunstâncias, são as extorquidas mediante tortura, coação ou ofensa da integridade física ou moral das pessoas. As segundas, apenas proibidas se “abusivas”, derivam da intromissão da vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.”

Somos da opinião que o recurso ao agente encoberto não deve ser considerado um meio absolutamente proibido de obtenção de prova, sob pena da realização da justiça ficar aquém dos desafios impostos por uma criminalidade cada vez mais sofisticada.

Ainda assim importa ressaltar que a figura do agente provocador configura um meio enganoso, devendo ser reconduzido ao regime dos métodos proibidos de prova. Nas consideráveis palavras de Maria João Antunes a atuação dos «homens de confiança» que habitualmente se repudia, do ponto de vista legal, doutrinal e jurisprudencial enquanto meio enganoso de prova nas chamadas «investigações ocultas», no âmbito da repressão criminal, pese embora, a admissibilidade legal, nalgumas situações do agente infiltrado<sup>73</sup>.”

## **2. O princípio democrático e o princípio da lealdade**

Ancoramos o nosso texto mais uma vez no valor supremo da dignidade da pessoa Humana<sup>74</sup> que tanto nos informa e forma nesta matéria, sendo a provocação do crime inadmissível face ao princípio democrático, que garante a liberdade ao cidadão na escolha dos seus atos. Não é aceitável que a descoberta da verdade material seja obtida a qualquer custo, o balizamento é provocado pelo respeito que deve ser efetivado pela integridade física

---

<sup>72</sup> Rui Pereira, *Medidas de Combate à criminalidade Organizada e Económica- Financeira*, O “Agente encoberto na Ordem Jurídica Portuguesa”, p. 12.

<sup>73</sup> Maria João Antunes, *in Droga. A Prevenção e a investigação do Tráfico e Consumo*, Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga, 1999, p. 52.

<sup>74</sup> De acordo com Gomes Canotilho e Vital Moreira, a dignidade da pessoa humana, assim como a sua integridade física e moral, serão um “valor supremo”, que serão mais relevantes do que os próprios fins da justiça; porque a dignidade da pessoa humana é inata e, de certo modo, “ofertada pela Natureza igualmente a todos os seres humanos, insuscetível de ser perdida para qualquer homem em qualquer circunstância.



e moral das pessoas. Nas palavras de Joaquim Loureiro<sup>75</sup>, “ – Porque a busca da verdade material não é um valor supremo, tal impõe que a dignidade da pessoa humana, a sua integridade, a liberdade de pensar e de agir sem qualquer constrangimento ou coação tenham a supremacia, tal deverá evidenciar-se em todas as fases do processo: investigação, recolhas de prova no inquérito ou no julgamento”. Devendo ser devidamente consideradas as garantias de defesa em processo criminal, aditando a necessária consideração dos princípios da necessidade e da proporcionalidade em face das especificidades do caso concreto a investigar.

Já quanto ao princípio da lealdade ou do *fair trail*, consagrado no art. 32.º, n.º 8 da CRP, servindo como bússola da investigação e da recolha de prova pelos OPC, faz com que a utilização do agente provocador represente uma clara violação da lealdade impulsionada pela justiça, desde logo porque a figura não se encontra regulada em nenhum diploma no ordenamento jurídico português, assim a sua utilização resultaria em ilicitude de atuação da justiça quando se quer uma justiça que atue contra a referida ilicitude. Em virtude da violação do princípio da lealdade, a prova obtida será reconduzida ao regime das proibições de prova em processo penal.

Consideramos, no entanto, que relativamente ao agente infiltrado, quando a utilização deste meio oculto de investigação se pauta pelos exigidos requisitos de admissibilidade, a dignidade e a moralidade da atuação das instâncias da justiça penal não é posta em causa a legitimidade do processo penal e do Estado de Direito. Também o TEDH tem considerado que a intervenção dos agentes infiltrados deve ser delimitada pelas garantias, independentemente da reprovação e alarme que o crime possa ter gerado na comunidade, afastando a provocação policial, sob pena de a administração da justiça funcionar de forma desgovernada. Convocamos ainda a questão relativa ao direito ao silêncio, de que auferem o arguido e o suspeito, que numa das suas muitas vertentes consideram o direito de não se incriminar, com a utilização do agente encoberto, tal direito esfuma-se em virtude de a utilização do agente provocador configurar um meio enganoso de obtenção de prova.

---

<sup>75</sup> Joaquim Loureiro, *Agente infiltrado? Agente provocador!*, Reflexões sobre o 1.º Acórdão do T.E.D. Homem – 9.Junho.1998. Almedina, p.198.

Em suma, a provocação assume a sua aptidão violadora dos princípios democráticos e da lealdade processual, contrária à garantia de efetivação dos direitos fundamentais.

### **3. Requisitos de admissibilidade das ações encobertas**

A legalidade das ações encobertas está dependente da verificação de determinados requisitos de legitimação, que apenas com a sua verificação é assegurado o respeito pelos direitos fundamentais.

Mais uma vez acentuamos o *caráter excepcional*, ou seja, a ação encoberta apenas deverá ser mobilizada quando outro método de obtenção de prova menos gravoso não possa ser usado, por razões de ordem ética e moral e por razões de segurança do próprio infiltrado. Outro requisito é o essencial *juízo de proporcionalidade* com o objetivo de serem considerados os conflitos em causa no caso concreto, tendo como limite os direitos e as garantias fundamentais. Também a *especialidade*, ou seja, devem à data da autorização, existir indícios suficientes para a imputação de um ilícito também ele já determinado assim como os sujeitos que serão alvo da diligência investigatória. Diretamente ligado ao requisito da especialidade, deve ser analisado o da *motivação*, assim deve ser demonstrada a importância do papel do agente infiltrado na realização da ação encoberta e na consequente restrição de direitos fundamentais dos investigados.

Importa ainda considerar o facto de ser exigida uma autorização por parte da autoridade judiciária, cabendo ao MP a decisão, possibilitando ao magistrado uma análise da necessidade do método de investigação e da forma como se vai processar. Como não poderia deixar de ser a ação encoberta tem que ser alvo de um controlo exercido pelo JIC e pelo MP durante o seu desenrolar. A teleologia desta fiscalização é semelhante à que existe no seio das escutas telefónicas, assim cabe ao JIC em função do controlo evitar que se verifiquem abusos e excessos que possam por em causa os direitos fundamentais dos investigados e consequentemente a prova obtida pelo decurso da atuação destes. Convocando as considerações de Paulo Pinto Sousa<sup>76</sup>, “ (...) a valoração da prova a ser recolhida durante a ação encoberta dependerá de uma série de fatores a analisar, como o grau de violação de direitos fundamentais do/s investigado/s, a obediência ao princípio da proporcionalidade quanto à produção da prova, devendo, até mesmo por exceção, ser

---

<sup>76</sup> Paulo Pinto de Sousa, ob. cit., p.238.

admitida a prova ilícita *pro societate*, preservando-se os interesses e o bem-estar da colectividade.”

Somos da opinião que respeitando-se os princípios da proporcionalidade e da legalidade, estaremos na presença de um meio de investigação legítimo, assim as ações encobertas apresentam-se como sendo um meio de obtenção de prova absolutamente válido, embora opere na fronteira jurídico-constitucional exigindo-se um adequado acompanhamento por parte das instâncias formais de controlo.

#### **4. O agente provocador**

Começando por apresentar a noção avançada por Costa Andrade<sup>77</sup> dos homens de confiança<sup>78</sup>, adotando para o efeito um conceito extensivo, serão “ todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais da perseguição penal, tendo como contra partida a promessa de confidencialidade da sua identidade e actividade. Cabem aqui tanto os particulares (pertencentes ou não ao submundo da criminalidade) como os agentes das instâncias formais, nomeadamente a polícia (...) que disfarçadamente se introduzem naquele submundo ou com ele entram em contacto; e quer se limitam à recolha de informações (...) quer vão ao ponto de provocar eles próprios a prática do crime”.

Em função da brilhante caracterização podemos já tecer algumas considerações, nomeadamente a vontade do agente provocador, independentemente da sua natureza subjetiva em provocar outrem através da sua conduta à prática de um ilícito típico.

Nesta tarefa caracterizante importa considerar as palavras de António Henriques Gaspar<sup>79</sup>, “ (...) o agente provocador é definido como o agente da autoridade policial ou um terceiro por esta controlado que dolosamente determina outrem à comissão de um crime, o qual não seria cometido sem a sua intervenção, movido pelo desejo de obter provas da prática desse crime ou de submeter o autor do facto a um processo penal e à condenação; como «aquele que induz outrem a delinquir com a finalidade de o fazer condenar.”

---

<sup>77</sup> Manuel da Costa Andrade, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, Coimbra Editora, 2006, p.220.

<sup>78</sup> Importa referir que existem figuras afins ao conceito extensivo dos homens de confiança, nomeadamente os informadores, o arrependido e o denunciante anónimo.

<sup>79</sup> António Henriques Gaspar, Medidas de Combate à criminalidade Organizada e Económica- Financeira, Acções encobertas, p.46.

Num sentido menos coincidente com o acima referido intervém José Luis Gozmán Dalbora<sup>80</sup> considerando que, “ Dá-se o nome de agente provocador àquele que induz outro a realizar um crime, sem querer que o mesmo se consume, mas apenas com o objetivo de poder revelar o instigado, revelar a sua tendência criminosa e poder, assim, evitar o resultado.” O autor considera mesmo que a utilização do conceito de instigação se apresenta como sendo apenas uma das várias manifestações possíveis de atividade de quem provoca.

As motivações que podem levar ao “empurrar” do provocado à prática de uma factualidade típica e à sua conseqüente condenação por parte do agente provocador podem ser de várias ordens, desde logo pela necessidade de realização profissional quando em causa esteja um agente pertencente a uma instância formal, envolto numa busca incessante de resultados no âmbito da sua função. Sendo o agente provocador um particular, as razões aumentam de acordo com a tarefa imaginativa do pensante nesta matéria, sobrevalorizando-se razões pessoais, desejos de vingança ou até promessas de um desfecho favorável do cultor do submundo da criminalidade. Consideramos ainda que numa visão simplista, necessária quando se introduz, as motivações apresentadas padecem de desmotivantes intenções.

A utilização do agente provocador representa um total desrespeito pelos direitos fundamentais da pessoa, pelo facto de ser utilizado um meio enganoso, quando o legislador não permite a utilização de meios dissimulados, sob pena de o Estado ou alguém devidamente apoiado por ele, induzir um sujeito à prática de um crime, com o objetivo de o punir. De acordo com Susana Aires de Sousa<sup>81</sup>, “ Ora o recurso à provocação, enquanto método de investigação, dificilmente se conciliará com a ideia de um *due process* ou do princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*, descreditando a lealdade do estado no exercício do *ius puniendi*”.

Nas palavras de Fernanda Palma<sup>82</sup>, “ O agente provocador é, segundo a nossa tradição jurídica, um verdadeiro autor moral e perverte a função constitucional de defesa da legalidade democrática atribuída à polícia”.

---

<sup>80</sup> José Luis Guzmán Dalbora, ob. cit p.17.

<sup>81</sup> Susana Aires de Sousa, *Agent Provocateur e meios enganosos de prova. Algumas reflexões in Liber Discipulorum* para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003, p. 1234.

<sup>82</sup> Fernanda Palma, <http://www.inverbis.pt/2007-2011/opiniao/fernandapalma-agente-provocador.html>

#### **4.1 O agente provocador: inadmissibilidade das provas**

Caracterizada a figura do agente provocador e sendo este um instrumento que já consideramos como sendo inadmissível no ordenamento jurídico português, importa esclarecer qual o destino das provas obtidas através da utilização desta figura. Em virtude da ilicitude da atuação do agente provocador, as provas por ele angariadas são reconduzíveis, naturalmente, às provas proibidas, com o fundamento legal do art. 125.º do CPP de epígrafe legalidade da prova, e pelo art. 126.º, n.º 2 alínea a), em virtude de se tratar de um método proibido de prova, por ser um meio enganoso de prova, fica esta a padecer do vício da nulidade em virtude da violação dos princípios democráticos e da lealdade.

De acordo com o TC<sup>83</sup>, “É inquestionável a inadmissibilidade da prova, obtida por agente provocador, pois seria imoral que, num Estado de Direito, se fosse punir aquele que um agente estadual induziu ou instigou a delinquir. Uma tal desonestidade seria de todo incompatível com o que, num Estado de direito, se espera que seja o comportamento das autoridades e agentes da justiça penal, que deve pautar-se pelas regras gerais da ética (...).” Afinal o contrário representaria uma clara violação e desrespeito da liberdade de determinação e da liberdade de vontade da capacidade de avaliar, nem sequer justificável por exigências públicas da investigação.

Numa alusão ao Acórdão do TEDH, no caso Teixeira de Castro Versus Portugal (44/1997/828/1034), de 9 de junho de 1998, o Estado português foi condenado a pagar a título de indemnização, uma quantia considerável a um cidadão português condenado pelos tribunais portugueses por tráfico de droga. O fundamento da condenação resultou do facto de os agentes da polícia de segurança pública terem insistido na compra dos produtos estupefacientes, atuando como verdadeiros agentes provocadores e não infiltrados.

Em virtude da criação de um regime geral das ações encobertas, encimado pela Lei n.º 101/2001, verificou-se uma tentativa de evitar as decorrentes dificuldades que estas ações, não raras vezes, provocavam, naquilo que mais nos importa, a questão da fiabilidade e admissibilidade das provas recolhidas.

---

<sup>83</sup> Cfr. Acórdão n.º 578/98, do Tribunal Constitucional, Processo n.º 835/98.

## 5. O agente infiltrado

“Agente infiltrado é, pois o funcionário da investigação criminal ou terceiro<sup>84</sup>, por exemplo, o cidadão particular, que atue sob o controlo da Policia Judiciária que, com ocultação da sua qualidade e identidade, e com o fim de obter provas para a incriminação do suspeito, ou suspeitos, ganha a sua confiança pessoal, para melhor o observar, em ordem a obter informações relativas às atividades criminosas de que é suspeito e provas contra ele(s), com as finalidades exclusivas de prevenção ou repressão criminal, sem contudo, o(s) determinar à pratica de novos crimes.”<sup>85</sup>

Mobilizando as características do agente provocador com vista a definir o conceito de agente infiltrado, este caracteriza-se pela introdução no mundo do crime com vista a ganhar a confiança dos suspeitos das atividades criminosas para que assim possa proceder à recolha de material probatório, sendo admissível para o efeito, que se verifique uma verdadeira colaboração na atividade criminosa, através da prestação de auxílio material e moral, havendo mesmo possibilidade da prática de atos de execução desde que a atividade criminosa já esteja em curso, com a finalidade última de reunir suficientes meios probatórios para a verificação da condenação. Ainda assim, o agente infiltrado não determina outrem à prática do crime, simplesmente a sua atividade desenrola-se num meio onde já se verificou a prática do crime, ou a sua concretização encontra-se iminente, limitando-se a acompanhar a marcha do crime, salvo situações em que o agente infiltrado põe em marcha uma decisão que já fora previamente tomada, ainda assim sem que se verifique uma incitação ou instigação, como acontece na figura do agente provocador, conduzindo o suspeito pelo trajeto criminoso. “A sua atividade não pode ser formativa do crime, mas apenas informativa.”<sup>86</sup>

Quanto à aceitação da tarefa do agente infiltrado, deve ser dada de forma livre e voluntária, em conformidade com o n.º 2, do art. 3.º, uma vez que a sua atuação é pautada

---

<sup>84</sup> Quanto à intervenção do terceiro, estando legitimado para figurar como agente encoberto importa considerar alguns pontos, nomeadamente a sua menor preparação que pode significar maior facilidade em ser corrompido pelas malhas criminosas, acrescentando o facto de serem leigos ao nível da tarefa da infiltração, pondo em risco quer a sua integridade quer a própria atuação em sede de eficiência penal.

<sup>85</sup> Fernando Gonçalves, Manuel João Alves e Manuel Monteiro Guedes Valente, “ Lei e Crime” O Agente Infiltrado versus o Agente Provocador. Os Princípios do Processo Penal, Almedina, p.264.

<sup>86</sup> Fernando Gonçalves, Manuel João Alves e Manuel Monteiro Guedes Valente, “ Lei e Crime” O Agente Infiltrado versus o Agente Provocador. Os Princípios do Processo Penal, Almedina, p.265.

pelo risco pessoal, não havendo lugar para perdão e arrependimento caso a sua identidade seja revelada. O agente deve estar convenientemente preparado quer eticamente quer moralmente, afinal a atividade que vai levar a cabo estará envolta de ilicitude, pautando a sua atuação com base no respeito pelos direitos, liberdades e garantias individuais.

## **5.1 Admissibilidade Legal do Agente Infiltrado**

O agente infiltrado enquanto meio de obtenção de prova não se encontra regulado no CPP, nem expressamente na CRP, no entanto, a sua figura não é rejeitada no ordenamento jurídico português, afinal a CRP, consagra um conjunto de direitos, dos quais destacamos o direito à integridade física e moral previsto no art. 25.º da CRP, assim com o direito à liberdade e segurança de acordo com o art. 27.º do mesmo diploma, legitimando o recurso a este meio de investigação para que se garanta a realização destes direitos com o fim último de prevenir as formas de criminalidade altamente organizadas capazes de afrontar tais direitos.

Em suma, “Embora a Constituição da República não preveja expressamente o recurso à figura do agente infiltrado, no entanto admiti-o. Na consagração que faz dos direitos, tais como, o direito à vida (art. 24.º, n.º 1), à integridade física e moral (art. 25.º, n.º 1), à igualdade (art. 13.º), à liberdade e à segurança (art. 27.º n.º 1) e à saúde (art. 64.º), entre outros, há-de, também, permitir o recurso aos meios necessários para garantir a realização e defesa de tais direitos, entre os quais se encontra a figura do agente infiltrado a fim de prevenir e reprimir as formas de criminalidade mais graves, que atentem contra tais direitos.<sup>87</sup>”

Quanto ao regime jurídico, a introdução do agente infiltrado no ordenamento jurídico português foi levado a cabo pelo DL n.º 430/83, de 13 de Dezembro, no art. 52.º. Seguindo-se o DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, a denominada lei do combate à droga, reforçado o seu teor no art. 59.º, dispondo, “1 – Não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal que, para fins de inquérito e sem revelação da sua qualidade e identidade, aceitar diretamente ou por intermédio de um terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas”.

---

<sup>87</sup> Fernando Gonçalves, Manuel João Alves, Manuel Monteiro Guedes Valente, O Novo Regime Jurídico do Agente Infiltrado, Comentado e Anotado, Legislação Complementar, Almedina, p.44

A Lei n.º 45/96 de 3 de Setembro, no art. 59.º, especificou a figura, mantendo a não punibilidade da conduta do funcionário da investigação criminal, ou de terceiro, desde que atuando sob o controlo da PJ, que para fins de prevenção ou repressão criminal, mantendo a ocultação da identidade, podendo aceitar, detiver, guardar, transportar, quando, anteriormente, apenas era contemplada a aceitação. Exigiu-se ainda a prévia autorização judiciária.

O recurso ao agente encoberto foi considerado ainda, pela Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, no art. 1.º, n.º 1 e 6.º, n.º 1, no âmbito do combate à corrupção e criminalidade económica e financeira. Deve-se no entanto à Lei n.º 45/96 a introdução em Portugal de um regime devidamente elaborado sobre o agente encoberto, ficando reservada a diligência à PJ, quer diretamente quer indiretamente.

Atualmente o regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal encontra-se regulado na Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto e importa considerar a intenção do Legislador em referir expressamente que o recurso à técnica do agente infiltrado não se limita à investigação mas também considera os fins ligados à prevenção<sup>88</sup>. Há ainda uma referência à figura do agente encoberto de forma ampla, temperado mais uma vez no art. 3.º, pelos requisitos da adequação e proporcionalidade em face da gravidade dos crimes sob investigação. Importa ainda referir o princípio da necessidade, “ só quando forem indispensáveis para assegurar os fins de prevenção e repressão criminal”, demonstrando a exigência do requisito da necessidade, que deve ser considerada aquando da utilização da diligência, apresentando um catálogo considerável<sup>89</sup>, sendo constituído por crimes que pela sua gravidade e dada a complexidade ao nível da investigação, exigem novas formas de obtenção de prova com a intenção de esclarecimento da verdade material dos factos que consubstanciam a prática de um crime. O art. 2.º da Lei

---

<sup>88</sup> No decurso da extensão da figura do agente encoberto para fins de investigação criticou-se a banalização excessiva desta figura, importando esclarecer o seu alcance “ O recurso à ação encoberta para fins de prevenção criminal funciona necessariamente como uma técnica de investigação excecional que tem como fim último a realização do direito nas prossecuções de defesa da sociedade, do coletivo, que tem o direito de viver em segurança e numa ordem social nacional e internacional que lhes garanta a efetivação plena dos seus direitos e liberdades, ou seja, a realização dos fins e interesses da ordem jurídica, em particular ao direito penal e das penas, subjugados a princípios consagrados constitucionalmente (...)” Fernando Gonçalves, Manuel João Alves, Manuel Monteiro Guedes Valente, ob.cit., p. 29.

<sup>89</sup> Sobre os crimes que reclamam métodos especiais de investigação, António Henriques Gaspar enumera, “ crimes sem vítima imediata; com sofisticação de organização; com redes e sustentáculos de proteção; com confusão entre atividades lícitas e ilícitas; o terrorismo; o tráfico de droga e a reciclagem de capitais; outros tráficos de grande dimensão, sejam de armas ou pessoas, alguns crimes económicos ou, por fim, a corrupção.” Rui Pereira, ob. cit., p. 44.



em análise prevê os tipos de crime em que o recurso à figura do agente infiltrado é admissível enquanto meio de obtenção de prova, a enumeração apresenta-se como sendo taxativa.

No exemplo introduzido por Ana Rita de Melo Justo<sup>90</sup> sobre a atuação do agente infiltrado refere, “(...) o agente propõe comprar droga a um suspeito de tráfico, enquanto operação instrumental para ganhar a confiança do criminoso, e assim, poder recolher informações e provas da sua atividade criminosa. Esta atuação parece-nos válida, sob pena de deixarmos inoperantes as ações encobertas, sobretudo quando estivesse em causa atingir os níveis operativos superiores das operações criminosas. Note-se que o agente (infiltrado) não iria recusar o criminoso por tráfico de droga decorrente da venda que lhe fez, mas por crimes que ele mais tarde viesse a cometer, podendo o agente infiltrado ter aqui uma importante função preventiva (fruto das informações e das provas obtidas).” No caso em apreço não estamos perante uma nulidade das provas obtidas, concretizadas pelas disposições referidas no art. 126.º, n.º 2, alínea a) do CPP e com o n.º 8 do art. 32.º da CRP

Em suma o recurso a estas ações estará sempre dependente dos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade pelo facto de em causa estarem direitos fundamentais, respeitados. Assim, somos da opinião que não se verifica a existência de qualquer inconveniente relativamente às provas obtidas através deste meio de obtenção de prova.

## **5.2 O agente infiltrado e os direitos fundamentais**

Depois de referidas as especificidades deste meio oculto de investigação, encontramos-nos aptos a considerar o ponto que nos move neste escrito, concretamente analisar a técnica de investigação criminal com vista à obtenção de prova e os direitos lesados em virtude da utilização da diligência.

E como direitos eventualmente lesados surgem desde logo o direito à integridade moral, plasmado no art. 25.º, n.º 1, assim como o direito à reserva da vida privada, regulado no art. 26.º, n.º 1 da CRP, apenas sendo admissível o recurso ao agente infiltrado quando seja realizado mediante a observação dos pressupostos necessários.

---

<sup>90</sup> Ana Rita de Melo Justo, *Jurisprudência Crítica*, Acórdão de 30 de Outubro de 2002, Proibição de Prova em Processo Penal, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, N.º3, Coimbra Editora, 2006.

Falamos da necessária autorização pelo MP, na fase processual adequada à recolha de indícios, o inquérito. Há uma obrigação de comunicação ao JIC, para que se proceda à validação sendo uma demonstração do controlo jurisdicional em conformidade com o art. 32.º, n.º 4 da CRP, sempre que o recurso ao agente infiltrado tenha como fim a investigação criminal.

De acordo com o TC<sup>91</sup>, “A técnica do agente infiltrado comporta, contudo, perigos vários: desde logo, se o funcionário de investigação criminal encarregado dessa missão não for pessoa de sólida formação moral e firmeza de carácter, pode facilmente deixar-se envolver nas atividades criminosas que investiga; depois, entre a atividade do agente infiltrado, que, disfarçadamente, procura ganhar a confiança dos suspeitos, para melhor observar e obter informações sobre a sua atividade delituosa, e a do agente provocador, que induz à prática do crime, a diferença é, por vezes, bem ténue (...)”. Não podemos deixar de concordar com o TC, afinal estamos na presença de figuras que no meio operacional, ou seja, no contexto criminoso, desde logo pela dificuldade de controlo pelas instâncias formais aditando a elevada tensão a que o agente infiltrado está exposto, num reino de dúbia moralidade, são tomadas decisões que podem extravasar o ténue balizamento do regime atinente ao agente infiltrado.

Importa ainda numa tarefa comparativa com o regime das escutas telefónicas referir QUENTIN<sup>92</sup>, “o agente encoberto não se limita a ocultar o seu propósito de recolher provas. Para além disso, tenta transmitir ao suspeito uma imagem de proximidade, confiança e solidariedade. O engano associado à introdução de um agente encoberto (...) distingue-se qualitativamente da escuta telefónica ou da observação”. Pela relação de proximidade existente para com o suspeito somos da opinião que este meio oculto de investigação manifesta-se, em confrontação com as escutas telefónicas, mais danoso dos bens jurídicos ou direitos fundamentais, sendo essencial um crivo mais estreito quanto à sua admissibilidade, valendo apenas para as manifestações mais graves e intoleráveis de criminalidade apta a afetar gravemente os valores fundamentais que à justiça criminal cabe tutelar.

---

<sup>91</sup> Neste sentido, Acórdão n.º 578/98.

<sup>92</sup> Quentin, apud Manuel da Costa Andrade, Escutas Telefónicas, Conhecimentos Fortuitos e Primeiro-ministro, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 139.º, N.º3962, Coimbra Editora, p. 278.

## **6. A figura do Agente Encoberto**

Nesta análise distintiva de figuras, cabe referir o conceito de agente encoberto, que embora próximo do agente infiltrado apresenta traços distintivos, destacando-se a sua atitude passiva relativamente à decisão criminosa. Também pode figurar como agente encoberto um órgão de polícia criminal ou um particular, ocultando a sua identidade, introduz-se no meio criminoso ou conotado como tal, atuando com o objetivo de conhecer e até deter eventuais suspeitos da prática criminosa, abstendo-se de determinar o suspeito à prática do crime e não atuando com o objetivo de se imiscuir na rede criminosa com a pretensão de ganhar a confiança, para que assim venha a adquirir material probatório, visando a condenação do suspeito ou suspeitos.

Não consideramos a atuação do agente encoberto ilegítima, uma vez que em virtude da atipicidade dos meios de prova, conforme o art. 125.º do CPP e da investigação o recurso a esta figura assume-se conforme as exigências de prevenção criminal, não resultando da sua atividade qualquer influência na vontade do delinquente, sendo o agente encoberto um mero espectador em férteis terrenos para o normal desenrolar do ilícito.

## **7. A questão da Punibilidade**

Apoiados pela letra da Lei n.º 101/2001, mais especificamente no seu art.6.º, n.1.º, consideramos que o agente encoberto goza de impunibilidade, desde que não existia instigação ou autoria mediata, devendo o agente atuar com especial cuidado, sob pena de ser ultrapassada a ténue linha existente e conseqüentemente deixar de se verificar a isenção de responsabilidade penal.

Quanto ao agente infiltrado que participe na prática de atos preparatórios ou de execução, sob a forma de comparticipação, realizando-se um juízo de proporcionalidade quanto à sua atuação, não haverá responsabilização.

Comprovamos assim a inadmissibilidade do agente provocador no quadro das ações encobertas, pelo facto de este na sua atitude se revelar um verdadeiro instigador do crime ou autor mediato, devendo este ser punido e as provas obtidas em função da atuação deste serem reconduzidas ao regime das provas proibidas em virtude de preencher o conceito de meio enganoso.

Concluindo, as ações encobertas, na figura da provocação, resultam na desconstrução dos pilares da investigação própria de um Estado de Direito.

## **Capítulo IV – O registo de voz e de imagem**

### **1. Enquadramento do regime**

A Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro criou um regime especial de meios de obtenção de prova no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico-financeira, através do registo de voz e de imagem regulado no art. 6.º, permitindo-se o registo de voz e de imagem sem o consentimento do visado, embora esteja previsivelmente dependente de prévia autorização do juiz mediante requerimento do MP.

Cumpra assim averiguar os limites de atuação dos OPC, na produção de imagem e som com vista a obter prova sobre determinado facto criminoso no decurso de um processo-crime.

Com esta forma de angariação de prova, pelas suas especificidades, verifica-se um esmaecer das garantias em função da eficácia penal no específico contexto da criminalidade organizada e económico-financeira.

Também este meio de obtenção de prova deve estar a coberto do princípio da legalidade, considerando-se o art. 18.º, n.º 2 da CRP, devendo a restrição de direitos fundamentais, em concreto a restrição dos direitos à imagem e à palavra, ser a necessária, e somente essa, para tutelar outros interesses constitucionais como o da segurança e de uma justiça penal eficaz.

Ao regime de voz e imagem são aplicáveis as formalidades prescritas no art. 188.º do CPP de acordo com o art. 6.º n.º 3 da Lei n.º 5/2002, pelo facto do regime aqui por nós analisado complementar as disposições do CPP nesta matéria, desde logo prevê uma ampliação da técnica de investigação, pois permite a utilização por qualquer meio, enquanto o art. 187.º do CPP, apenas considera as hipóteses relativas ao telefone ou meios técnicos similares. Nesta tarefa demonstrativa de justificação de acima referida complementaridade importa mobilizar as semelhanças com as disposições do CPP, começando por ser dispensável o consentimento do visado, o contrário não faria sentido. Exige-se ainda a prévia autorização ou o denominado prévio despacho judicial fundamentado do juiz, visando a efetiva tutela dos direitos fundamentais através do juízo de necessidade da diligência de acordo com o concreto caso, constando a identificação do visado pela diligência e o prazo

para a sua utilização. Por último, é exigido um acompanhamento próximo através do controlo de conteúdo, requisito que resulta do art. 188.º, n.º 5 e 6 do CPP.

Embora o n.º 3 do art. 6.º apenas remeta expressamente para as formalidades estabelecidas no 188.º do CPP, consideramos ser aplicável o art. 189.º, assim, a falta de observância dos requisitos e formalidades conduz à nulidade do material probatório obtido através do referido meio de obtenção de prova. Defendemos ainda a aplicação dos requisitos previstos no art. 187.º, n.º 4 a 8 do CPP, pois se tal não se apresentasse nestes moldes haveria um conjunto de questões fundamentais que ficariam no âmbito do vazio legislativo, atribuindo ao regime um elevado grau de incerteza e indeterminabilidade, propiciando a prática de eventuais abusos.

Também aqui é possível quer ao arguido quer ao assistente ou até ao intermediário, cujas vozes e imagens tenham sido registadas através desta diligência, ter acesso aos registos de voz e imagem com a respetiva reprodução documental, uma vez que estamos na presença de um meio de obtenção de prova igualmente danoso para o direito à palavra e à imagem, direitos que encontram expressão no art. 26.º da CRP, dispondo no mesmo sentido o art.º 199 do CP pelo facto de em causa estarem bens jurídicos autónomos em virtude da privacidade e da intimidade.

Segundo Mário Ferreira Monte<sup>93</sup>, “ (...) o regime geral dos direitos à voz e à imagem é muito claro no sentido de considerar ilícita a utilização da voz (a palavra, mais concretamente, mas como vem a ser indiferente o conteúdo, será também a voz) e da imagem, sem o consentimento do titular, exceções feitas por razões processuais, sob apertadas exigências previstas legalmente. Tudo porque tais direitos são constitucionalmente protegidos, dignos por isso de uma tutela penal autónoma.”

## **2. Os Direitos Afetados**

Não restam dúvidas quanto à possibilidade do registo de voz e de imagem afetar o direito à imagem e à palavra, sem desconsiderar o direito à privacidade, bens jurídicos que gozam de uma tutela penal autónoma. Ainda assim cumpre proceder a uma paragem no que

---

<sup>93</sup> Mário Ferreira Monte, “ A interceção e gravação das conversações e comunicações. O registo de voz e de imagem” in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económica Financeira*, CEJ- Coimbra Editora, 2004, p.82

respeita ao direito à privacidade, de acordo com Carlos Rodrigues de Almeida<sup>94</sup>, importa saber se o art. 6.º da Lei n.º 5/2002 apenas legitima a violação do direito à imagem e à palavra falada ou se a sua força justificadora também se aplica à privacidade, permitindo fotografar, captar, registar imagens de pessoas em espaços íntimos, através da aplicação de câmaras e microfones no domicílio. Acompanhamos o autor e consideramos que tal dimensão de devassa não é justificável, nem por necessidades de defesa da sociedade, devendo prevalecer a salvaguarda dos direitos fundamentais até porque estamos na presença de um bem jurídico autónomo, o direito à reserva da intimidade, gozando de proteção absoluta. Importa acautelar as específicas situações em que se verifica uma gravação de som e imagem dentro do domicílio, ou seja, se a ordem jurídica permite a restrição dos direitos à imagem e à palavra o mesmo não acontece quanto ao direito à reserva da vida privada, somos da opinião que não deve haver uma compressão deste direito.

Creemos que a ponderação de interesses levado a cabo pelo Legislador, dos direitos afetados, concretamente os direitos à imagem e à palavra, apenas é legítima quando verificada em espaços públicos e nunca dentro do domicílio, dada a especial proteção do mesmo. Tal permissão, aparentemente justificada por elevado interesse ao nível da investigação, poderia resultar numa escancarada porta de entrada a abusos por parte deste excecional meio de obtenção de prova.

Nas elucidativas palavras de Mário Ferreira Monte<sup>95</sup> sobre o disposto, “veio claramente criar um regime de exceção relativamente ao tratamento daqueles direitos constitucionalmente tutelados, constituindo uma restrição dos direitos fundamentais da imagem e da palavra.”

### **3. O artigo 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro**

É em função do conteúdo do art. 6.º de epígrafe “Outros meios de obtenção de prova”, integrado no Capítulo III, que é admissível num contexto de investigação criminal, o registo de voz e de imagem, por qualquer meio sem o consentimento do visado, existindo

---

<sup>94</sup> Carlos Rodrigues de Almeida, O registo de voz e imagem – Notas ao art. 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11-01”, in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económica Financeira*, CEJ- Coimbra Editora, 2004, p. 113.

<sup>95</sup> Mário Ferreira Monte, ob. cit., p.82.

uma autorização do juiz<sup>96</sup> para a utilização da diligência, desde que a investigação respeite a um dos crimes do catálogo e se cumpra o requisito da necessidade investigatória que justifique a utilização do meio de obtenção de prova. Sem esta disposição as gravações de som e imagem realizadas pelos órgãos de polícia criminal não eram admissíveis no processo pelo facto de serem ilícitas.

Numa perspetiva comparativa com o regime das escutas telefónicas, cabe considerar a questão da necessidade da diligência para a investigação. Assim, no caso das escutas consideramos que a admissibilidade apresenta um crivo mais rigoroso, desde logo porque exige-se a indispensabilidade para a descoberta da verdade ou impossibilidade ou particular dificuldade de obtenção de prova por outros meios enquanto para o registo de voz e de imagem, apenas é exigido uma necessidade não qualificada para levar a cabo a diligência visando a investigação, verificando-se uma conduta que incorpore um crime do catálogo e que tal conduta integre a categoria de criminalidade organizada.

Convocando nesta sede o acórdão<sup>97</sup> do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de janeiro de 2011, naquilo que respeita à imprescindibilidade da diligência refere, “O catálogo legal do artigo 6.º da Lei n.º 5/2002 é mais apertado do que o do artigo 187.º, n.º 1, do CPP, mas o crivo da necessidade para a investigação é mais lasso do que o crivo da indispensabilidade para a descoberta da verdade do CPP”

#### **4. O catálogo de crimes**

Numa tarefa comparativa entre os crimes do catálogo do CPP de acordo com os arts. 187.º e os que figuram no registo de voz e de imagem, consideramos que o campo de aplicação das escutas telefónicas é mais vasto, ainda que na maioria das situações o que verdadeiramente acontece é uma menor precisão quanto à utilização dos conceitos técnicos jurídicos, importando realçar ainda assim que o catálogo da lei avulsa não se encontra contido no catálogo previsto no art. 187.º do CPP.

---

<sup>96</sup> No mesmo sentido dos meios de obtenção de prova acima analisados, também aqui é necessária uma prévia autorização do juiz, que vai apurar da necessidade em função do caso concreto, decorrendo tal exigência do art. 18.º da CRP, pelo facto de em causa estar a restrição de direitos fundamentais decorrentes da utilização da diligência.

<sup>97</sup> Disponível para consulta em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/aabcf4ac9292f3bd80257823004fccd1?OpenDocument>



Ainda sobre a vinculação temática deste meio de obtenção de prova, plasmada no art. 1.º, coloca-se a questão sobre um possível alargamento nesta sede com vista a considerar outra criminalidade mais grave, destacando a título de exemplo o crime de homicídio e violação. Tal alargamento poderia representar níveis de eficiência aliciantes na obtenção de material probatório, ainda assim, somos da opinião que pelos direitos em apreço o regime não deve ser ampliado, colocando-se já questões consideráveis quanto aos crimes que figuram no atual catálogo.

Em suma, no contexto da criminalidade organizada, pensamos que a tendência para permitir maiores restrições ao nível dos direitos fundamentais em nome da justiça e eficácia penal, não deve ser a pedra de toque do registo de voz e de imagem que se apresenta como sendo um meio excecional, dotado de especificidades necessárias a dar resposta a um tipo de criminalidade, organizada, amplamente complexa carecendo de uma laboriosa investigação.

Sobre o registo de voz e de imagem pronuncia-se João Gouveia de Caires<sup>98</sup>, “ Constitui mais um caso de permissão da Ordem Jurídica, com vantagem acrescida de constituir um meio de obtenção de prova exposto para os fins de investigação criminal. (...) É efectivamente um regime complementar do CPP. Constitui um plus face ao regime geral”. Tal afirmação demonstra que a boa compreensão do regime apenas é possível analisando o registo de voz e de imagem à luz dos ditames plasmados no CPP, nomeadamente o regime legal das escutas telefónicas.

## **5. Legislação avulsa**

O registo de voz e de imagem é ainda considerado em regimes avulsos, sendo a prova obtida válida, tais como, a Lei n.º 37/2008, de 6 de Agosto (Lei orgânica da PJ), que permite ao órgão de polícia criminal referido proceder a registos de som e imagem no âmbito da prevenção criminal mediante permissão judicial.

A Lei n.º1/2005, de 10 de Janeiro, que regula a utilização de câmaras de vídeo em locais públicos de utilização comum para registo de som e imagem, levados a cabo pelas forças de segurança.

---

<sup>98</sup> João Gouveia de Caires, O registo de som e imagem e as escutas ambientais, in Direito da Investigação Criminal e da Prova, Almedina, 2014, p.282.

Também o DL n.º 35/2004, de 21 de Fevereiro, que regula a instalação de circuitos internos de registo de som e de imagem. Ocorrendo um crime captado pelos circuitos de videovigilância, as provas obtidas podem ser utilizadas em processo penal de acordo com o n.º 2 do art. 13.º.

Importa tecer algumas considerações sobre este diploma. O referido DL permite a utilização de vigilância, tendo por fim questões relacionadas com a segurança, com o registo de voz e de imagem, tendo como requisitos a obtenção de licença e a divulgação de que o espaço físico se encontra vigiado entre outros requisitos. A questão coloca-se quando é captado pelo sistema de vigilância a ocorrência de um crime, somos da opinião que estando as exigências previstas no DL n.º 35/2004, devidamente observadas nada obsta à possibilidade da junção aos autos dos registos, não se verificando qualquer desconformidade ao nível dos direitos fundamentais afetados, pois a lealdade é assegurada a partir do momento em que o visado toma conhecimento que a sua voz e imagem está a ser captada em resultado da obrigatoriedade de tal informação, de acordo com o art. 13.º, n.º 3 do referido DL, aditando o facto que a existência de um controlo posterior permite a necessária ponderação de interesses. Ainda assim o facto, de estarmos perante uma autorização meramente administrativa na utilização da vigilância com finalidades preventivas, carece de concretização, pois a inexistência de catálogo nestas situações pode criar situações de falta de tutela no que aos direitos fundamentais diz respeito. Ainda cumpre assinalar que a utilização do circuito de vigilância como mais um meio de proceder à investigação criminal é de excluir, pois que obviamente carece de autorização judicial.

Em jeito de finalização cumpre referir as assertivas palavras de Carlos Adérito Teixeira<sup>99</sup>, “ Se é verdade que o Estado, no âmbito do processo penal, se deve comportar de forma eticamente irrepreensível, não é menos verdade que, nas demais dimensões da vida social e jurídica, as captações de imagem, voz e movimento colidem e lesam, em igual medida, direitos e liberdades (...).” Como forma de contornar a lesão de DLG’s, é necessária a permissão legal, acrescida de um juízo de proporcionalidade, adequação, necessidade, lealdade e posterior controlo judicial quando os registos constituam objeto de um processo-crime.

---

<sup>99</sup> Carlos Adérito Teixeira, ob. cit., p. 290.

## Conclusão

Vertidas que ficam um conjunto de considerações que julgamos dotadas de relevo quer teórico quer prático, num esforço de equilíbrio entre as necessidades de investigação, por um lado, e o respeito dos direitos fundamentais por outro, aliás questão basilar neste nosso escrito, fica assente a importância que estes mecanismos comportam em sede de investigação criminal desde logo.

Manuel Monteiro Guedes Valente,<sup>100</sup> referindo-se à atitude do Estado na repressão dos comportamentos desviantes avança, “A «demanda da segurança» sai da materialização e formaliza-se e, quando em vez, intelectualiza-se de forma “atabalhada” e “desorganizada”, originando políticas de segurança precárias e reativas quer no plano legisferante quer no plano executivo da intervenção do Estado, cozendo o retalho que se descoseu ou a parte do tecido, ainda bom, que se rasgou com o esforço inadequado dos homens servidores do Estado”.

Portanto compartilhamos da opinião do autor ao considerar que estamos no âmbito de questões da maior importância, estando em causa direitos fundamentais que requerem uma regulação e uma condução adequada, acima de permeáveis políticas securitárias leves de conteúdo.

Fica ainda claro a necessidade de uniformização interpretativa, que em abono da verdade e, felizmente, já não justifica uma utilização menos ponderada destes mecanismos, ficando assim o monopólio destas ações nas mãos dos operadores, daqueles que o equacionam, daqueles que os autorizam e daqueles que controlam os meios de obtenção de prova objeto deste estudo. O Legislador cumpriu a sua tarefa, independentemente do seu mérito ou desmérito, cabendo aos intérpretes e aplicadores dotados do tempero que a vida prática impõe, o conhecimento claro das situações lacunosas que tendem a resistir e que nos propusemos a redigir, decidindo sempre em observância aos direitos fundamentais, porque a letra da Lei figurada nas garantias, que quer ao nível do processo penal quer constitucional, necessitam de ser efetivadas, concretizadas por quem opera no quotidiano tais mecanismos de investigação criminal.

No que toca a estes mecanismos concluímos pela sua excecional eficiência no combate à criminalidade grave e organizada, face aos métodos tradicionais de obtenção de

---

<sup>100</sup> Manuel Monteiro Guedes Valente ob. cit., pp. 72 e73

prova. Tais considerações não secundarizam a danosidade social inerente ao recurso à investigação sob estes mecanismos, afinal estes representam expressamente um sacrifício de bens jurídicos e de princípios fundamentais do processo penal como o *nemo tenetur se ipsum accusare*, obrigando à procura constante de novos equilíbrios entre a política criminal e os DLG's.

A análise dos meios de obtenção de prova, escutas telefónicas, ações encobertas e registos de voz e de imagem revelou-se algo laborioso, mas consideramos que a sua mobilização conjunta permitiu elaborar uma panóplia de considerações que de outra forma dificilmente seria possível. Unidas quanto ao fim, a obtenção de material probatório e homogéneas na restrição dos direitos fundamentais, consideramos que a evolução quer quanto aos resultados, exigindo-se cada vez mais em função de uma criminalidade incaracterizável, quer quanto às garantias, não passa por inovações ao nível da criação de novos mecanismos, mas sim pelo contínuo aperfeiçoamento das questões que a sua operacionalidade prática têm vindo a demonstrar e que foram abordados no nosso escrito.

Consideramos assim crucial o aperfeiçoamento ao nível da regulação quanto aos métodos ocultos de obtenção de prova, bem como a harmonia entre o regime geral do CPP e os restantes regimes legais. Afinal, como tivemos oportunidade de verificar, quer o regime das ações encobertas quer o do registo de voz e de imagem, têm no CPP a densidade de que carecem.

Apenas o conhecimento esclarecido destes mecanismos permitirá a utilização em toda a sua amplitude, cumprindo-se as necessidades investigatórias sem que para tal se provoque uma lapidação dos direitos fundamentais para além do que é considerado aceitável e legítimo.

## **Bibliografia**

**ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE** - *Comentário ao Código de Processo Penal*, 4.<sup>a</sup> edição, actualizada, Lisboa, UCP, 2011.

**ANDRADE, José Carlos Vieira de**, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Almedina

**ANDRADE, Manuel da Costa**, *Escutas Telefónicas, Conhecimentos Furtivos e Primeiro Ministro*, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 139, nº 3962, Maio – Junho 2010, Coimbra Editora

- *O regime dos “conhecimentos da investigação” em processo penal. Reflexões a partir das escutas telefónicas*, *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.

- *A utilização e valorização do resultado de escutas telefónicas em processos disciplinares desportivos/ Manuel de Costa Andrade, Germano Marques da Silva, Vital Moreira*, *Revista Jurídica de Desporto*, Ano 6, nº 18 (2009)

**ANTUNES, Maria João**, *in Droga. A Prevenção e a investigação do Tráfico e Consumo*, Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga, 1999

**CANOTILHO, J.J. GOMES e MOREIRA, VITAL** - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.<sup>a</sup> Edição revista, Coimbra Editora, 2007.

**CAIRES, João Gouveia de**, *O registo de som e imagem e as escutas ambientais, direito da investigação criminal e da prova*, Almedina, 2014

**CUNHA, José Manuel Damião da**, *A mais recente jurisprudência constitucional em matéria de escutas telefónica – mero aprofundamento de jurisprudência*, *Jurisprudência Constitucional*, nº 8, Outubro – Dezembro 2005

**DALBORA, José Luis Guzmán**, *O Delito Experimental*, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, nº 1, Janeiro – Março 2008

**GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes**, *Lei e Crime – o agente infiltrado versus o agente provocador. Os princípios do processo penal*, Almedina, Coimbra, 2001

**JESUS, Francisco Marcolino de**, *Os meios de obtenção de prova em processo penal*, Coimbra, Almedina 2011

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

**JUSTO, Ana Rita de Melo**, *Proibição da Prova em Processo Penal: O Agente Provocador*, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15, nº 3, Julho – Setembro 2006

**LEITE, Inês Ferreira**, *O novo regime das escutas telefónicas. Uma visão panorâmica sobre a reforma de 2007*, *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Almedina, 2014

**LOPES, José Mouraz**, *Escutas Telefónicas: seis teses e uma conclusão*, *Revista do Ministério Público*, Ano 26, nº 104, Outubro – Dezembro 2005

**LOUREIRO, Joaquim**, *Agente Infiltrado? Agente Provocador! Reflexões sobre o 1º Acórdão do TEDH – 9 de Junho de 1998*, Almedina, Coimbra, 2007

**MONTE, Mário Ferreira**, *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*, Coimbra Editora, 2004

**PALMA, Maria Fernanda**, *Jornadas de Direito Processual Penal e direitos fundamentais*, Almedina

**PEREIRA, Rui**, *O “agente encoberto” na ordem jurídica portuguesa in Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira – Centro de Estudos Judiciários*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004

**SOUSA, João Henrique Gomes de**, *Das nulidades à “fruit of the poisonous tree doctrine”, (escutas telefónicas e efeito à distância)*, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, nº2

**SOUSA, Paulo Pinto de**, *Acções Encobertas, Meio Enganoso de Prova? Agente Infiltrado e o Agente Provocador, Outras Questões*, *Revista do CEJ*, Ano 2010, nº 14, 2º Semestre

**SUSANO, Helena**, *Escutas telefónicas, Exigências e controvérsias do actual regime*, Coimbra Editora, 2009

**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

**VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES**, *Escutas Telefónicas, Da excepcionalidade à vulgaridade*, 2ª Edição, Almedina, 2008.

*-Regime jurídico da investigação criminal comentado e anotado, Coimbra, Almedina, 2006*

## **Jurisprudência**

Acórdão do Tribunal Constitucional de 14 de outubro de 1998 disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980578.html>

Acórdão do Tribunal Constitucional de 23 de julho de 2009 disponível em:

<Http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090388.html>

Acórdão do Tribunal Constitucional de março de 2007 disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070155.html>

Acórdão do Tribunal Constitucional de 29 de maio de 2008 disponível em:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/2008029.html>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18 de janeiro de 2011 disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/aabcf4ac9292f3bd80257823004fccd1?OpenDocument>