



Tânia Catarina Paiva Santos

# **O REGIME DAS ESCUTAS TELEFÓNICAS: DAS SUAS PARTICULARIDADES AOS SEUS LIMITES**

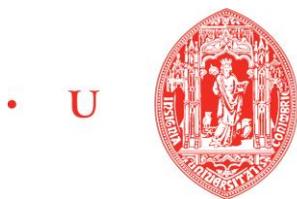
ESPECIAL PONDERAÇÃO DESTE MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

Dissertação de Mestrado na Área de Especialização  
em Ciências Jurídico-Criminais,  
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.  
Orientador: Professor Doutor Manuel da Costa Andrade

Coimbra, 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U • C •

**FDUC** FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

TÂNIA CATARINA PAIVA SANTOS

**O REGIME DAS ESCUTAS TELEFÓNICAS: DAS SUAS PARTICULARIDADES  
AOS SEUS LIMITES**

ESPECIAL PONDERAÇÃO DESTE MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

Dissertação de Mestrado, 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-Criminais,

Orientador: Professor Doutor Manuel da Costa Andrade

Coimbra, 2016

## **AGRADECIMENTOS**

Como não poderia deixar de ser os meus mais enaltecidos agradecimentos vocacionam-se para os meus pais, pelo seu precioso apoio e dedicação ao meu percurso académico. E ainda pelo esforço, atenção e confiança que depositaram nas minhas capacidades o que foi, sem dúvida, o mais precioso combustível que encontrei nas horas mais árduas. A par das minhas ambições académicas que sempre apoiaram, esteve sempre um carinho e dedicação digna de um prezado e eterno agradecimento, respeito e admiração.

À minha irmã, pelo seu extraordinário carinho e confiança nas minhas aptidões, pelo apoio e fomento em todos os anos do meu percurso académico, pela inigualável amizade e amparo permanente.

Um inestimável agradecimento à minha grande amiga Sara pelo apoio a vários níveis e a todos os meus amigos que, directa ou indirectamente deram o seu contributo para que a realização desta etapa.

Ao Senhor Professor Doutor Manuel da Costa Andrade por ser não só o excelente Professor Doutor que é, como por nos auxiliar e motivar a ir pelo mar infinito do conhecimento, remando com uma visão crítica, estimulando sempre a vontade de nos dedicarmos ao mundo do Direito.

Por último, mas não menos importante, um encarecido agradecimento à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra que me acolheu dando-me a oportunidade de me formar nesta instituição de insino de que me orgulharei sempre por ter pertencido – ou melhor – por sempre pertencer!

## **Resumo**

### **O regime das escutas telefónicas: das suas particularidades aos seus limites**

A presente investigação diz respeito às especificidades do regime das escutas telefónicas enquanto meio de obtenção de prova no Processo Penal Português. Sendo certo que se trata de um meio de obtenção de prova altamente lesivo para os direitos fundamentais dos cidadãos, cumpre delimitar as suas particularidades e os seus limites tendo em vista uma reflexão especial, designadamente sobre os seus pressupostos objectivos e subjectivos, as suas formalidades e as decorrências da violação das mesmas. Debruçamo-nos sobre várias problemáticas inerentes ao regime das escutas telefónicas, desde as “esferas de segredo” aos “conhecimentos fortuitos”. Dando também relevo ao estudo dos conhecimentos fortuitos, nomeadamente, à sua distinção com os conhecimentos de investigação e suas decorrências práticas. Passando por uma análise da doutrina portuguesa relativamente à sua valoração. Recorrendo ainda, ao direito alemão, enquanto direito vanguardista na análise da valoração relativa ao papel dos “conhecimentos fortuitos”. Inquirimos também – não obstante de forma breve – jurisprudência e doutrina alemã.

É analisada na presente dissertação de mestrado bastante jurisprudência e doutrina portuguesa, por forma a desenhar possíveis vias de soluções para diversas problemáticas a este regime iminente. Afastamo-nos de qualquer posição extrema e procuramos soluções dentro do equilíbrio necessário à análise deste regime. Olhamos também, criticamente, para outros ordenamentos jurídicos e suas soluções.

O objectivo da investigação é uma reflexão sobre o regime das escutas telefónicas em que se possa concluir, de que modo a existência deste regime deve ser interpretado por forma a que – para além da utilidade imanente a este recurso e a sua potencialidade para a eficácia da investigação criminal e repressão de formas de crime que acompanham uma sociedade moderna – seja um meio de obtenção de prova que não delegue para o esquecimento a protecção dos direitos fundamentais e respeite as linhas constitucionais orientadoras de um Estado de Direito Democrático.

Palavras-chave: Escutas telefónicas; Meios de obtenção de prova; Meios ocultos de investigação; “Esferas de segredo”; “Conhecimentos fortuitos”; danosidade para os direitos fundamentais.

## **Abstract**

### **Wiretapping: from characteristics to limitations**

The present research considers the specifications of wiretapping as way to obtain evidence in the Portuguese criminal procedure. Given that it is a means of obtaining highly damaging evidence for the fundamental rights of citizens, it is necessary to define its characteristics and its limits in view of a special reflection, in particular its objective and subjective assumptions, its procedures and the derivations of their violation.

We focus on various problems present in the system of wiretapping, from the "secret spheres" to "casual knowledge." We also consider the study of casual knowledge, particularly to its distinction with the investigation knowledge and its practical consequences. We analyze the Portuguese doctrine regarding its valuation, considering the German law, as an avant-garde law in the analysis of the valuation on the role of "casual knowledge". We also inquire - despite briefly - German jurisprudence and doctrine.

In this dissertation, Portuguese jurisprudence and doctrine is analyzed, in order to draw possible solutions to various problems in this impending regime. We distance ourselves from any extreme position and seek solutions within the necessary balance to analyze this topic. We also look critically to other legal systems and their solutions.

The aim of the research is a reflection on the system of wiretapping where it can be concluded, how the existence of this regime must be interpreted so that - in addition to the immanent use this feature and its potential for effective criminal investigation and prosecution of crime forms that accompany a modern society - is a means of obtaining evidence that no delegate to oblivion the protection of fundamental rights and respect the constitutional guiding lines of a democratic rule of law.

Keywords: wiretapping; means of obtaining evidence; hidden research facilities; "Secret Spheres"; "casual knowledge"; damaging for fundamental rights.

## **SIGLAS E ABREVIATURAS**

Arts.º ou Art.º – Artigos ou Artigo

DL – Decreto-Lei

L. - Lei

JIC – Juiz de Instrução Criminal

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

Ac. – Acórdão

TR – Tribunal da Relação

TRP – Tribunal da Relação do Porto

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

AJ – Autoridade Judiciária

OPC – Órgãos de Polícia Criminal

MP – Ministério Público

CPP – Código de Processo Penal

CP – Código Penal

CC – Código Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

StPO – Strafprozessordnung – Código de Processo Penal Alemão

GG – Grundgesetz – Constituição Alemã

## ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	P. 8
CAPÍTULO I – OS MEIOS DE PROVA E OS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA	
1 – Como se distinguem.....	PP. 9 a 12
CAPÍTULO II – AS ESCUTAS TELEFÓNICAS ENQUANTO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA	
1 – Conceito de escutas telefônicas.....	P. 14
2 – A sua necessidade .....	PP. 14 a 22
3 – A sua compressão e a danosidade para os direitos fundamentais.....	PP. 22 a 35
CAPÍTULO III – OS PRESSUPOSTOS OBJECTIVOS DO RECURSO ÀS ESCUTAS TELEFÓNICAS	
1 – Pendência de um processo criminal.....	PP. 36 a 38
2 – Despacho fundamentado de autorização do Juiz de Instrução.....	PP. 38 a 42
3 – Indispensabilidade do recurso às escutas telefônicas.....	PP. 41 a 43
4 – Suspeita do preenchimento de algum dos crimes de catálogo....	.....PP. 44 a 48
CAPÍTULO IV – OS PRESSUPOSTOS SUBJECTIVOS DO RECURSO ÀS ESCUTAS TELEFÓNICAS	
1 – Quem pode ser alvo de escutas telefônicas?.....	P. 49
1.1 – Suspeito ou Arguido.....	PP. 49 a 54
1.2 – Intermediário.....	PP. 53 a 57
1.3 – Vítima.....	PP. 57 a 59
2 – As “esferas de segredo”.....	PP. 589 a 67
CAPÍTULO V – AS FORMALIDADES DO ART. ° 188 DO CPP	
1 – As formalidades a respeitar no recurso às escutas telefônicas.....	PP. 68 a 77
2 – Consequências da violação das formalidades do regime.....	PP. 77 a 82
CAPÍTULO VI – OS CONHECIMENTOS FORTUITOS	
1 – Breve distinção entre conhecimentos fortuitos e conhecimentos de investigação.....	PP. 83 a 84
2 – Admissibilidade e relevância dos conhecimentos fortuitos em concreto.....	PP. 84 a 90
3 – Breve referência à experiência alemã.....	P. 90 a 93
CONCLUSÃO.....	P.94 a 97

BIBLIOGRAFIA.....	P. 98 a 102
JURISPRUDÊNCIA.....	P. 102 a 103

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação de mestrado tem em vista a reflexão ponderada do regime das escutas telefônicas, enquanto meio de obtenção de prova cujas particularidades e especificidades nem sempre se revelam de fácil destriça.

São muitas as interpretações feitas sobre este regime na nossa doutrina e jurisprudência, o que pretendemos sobretudo é analisar essas interpretações de um ponto de vista crítico, tendo em conta pontos sensíveis do regime, tais como: a ponderação entre a necessidade deste meio de obtenção de prova oculto e a potencial lesivo que comporta para os direitos fundamentais; quais são os pressupostos objectivos e subjectivos do recurso a este meio de prova e, designadamente, quais as “lacunas” da lei, ou “silêncios” que permitem divergentes interpretações, quiçá com diversas consequências práticas; é ainda dada especial atenção às ditas “esferas de segredo” enquanto problemática subjacente à delimitação subjectiva da amplitude das escutas telefônicas; sem esquecer as formalidades a que estas estão adstritas e as respectivas consequências na eventualidade de serem violadas. Vemos que mesmo no que diz respeito às consequências desta violação há divergências de interpretação, divergências estas importantíssimas no plano prático.

Ademais, atenta-se ao caso dos “conhecimentos fortuitos” enquanto possibilidade de decorrência das escutas telefônicas e como se fará (ou não) a sua valoração. Fazemos a distinção entre estes e os “conhecimentos de investigação”. Revelamos as interpretações, criticamente, feitas quanto à valoração dos conhecimentos fortuitos no ordenamento jurídico Português. Recorremos, por último, ao direito comparado por toda a dissertação, todavia, é dada uma atenção especial quanto à valoração dos conhecimentos fortuitos na experiência alemã, – ainda que breve – recorrendo a doutrina e jurisprudência. Estudamos em concreto a experiência alemã por se tratar de um ordenamento jurídico vanguardista na análise da valoração dos conhecimentos fortuitos.

## CAPÍTULO I – OS MEIOS DE PROVA E OS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA

### 1 – Como se distinguem

A investigação criminal busca apurar a eventual existência de determinado crime, quais os seus agentes e respectivas responsabilidades. O seu objectivo é descobrir estes factos e recolher provas que permitam a demonstração destes, pois não basta descobrir é necessário provar.<sup>1</sup>

Compreende-se de extrema importância para a discussão da problemática que se segue, a distinção, clara e concisa – ainda que breve – entre o significado de “meios de obtenção de prova” e “meios de prova”, pertencendo estes conceitos a diferentes realidades. Esta distinção mostra-se de enorme importância para enquadrar em qual destes meios se situa, designadamente, as escutas telefónicas, cujos contornos de admissibilidade configuram o alvo central da presente reflexão.

É líquido que os supra referidos conceitos não se reportam à mesma realidade, sendo certo que os meios de obtenção de prova são como “estradas”, i.é., caminhos para os meios de prova. Passo a explicar, nas palavras de FRANCISCO JESUS “os meios de prova são factos ou coisas”,<sup>2</sup> enquanto que os meios de obtenção de prova são instrumentos para lá chegar, ou seja, “servem para obter aquelas coisas ou declarações que, por sua vez, servirão para demonstrar a realidade de um facto; trata-se da actividade de recolha de meios de prova, sejam pessoais ou reais.”<sup>3</sup>

Como refere o próprio teor literal “meios de obtenção de prova” pressupõe vias para obter, através de determinados e concretos instrumentos e recursos, os meios de prova, e estes últimos sim, serão a base onde o juiz irá assentar a sua livre convicção e eventual decisão, em conformidade com o preceituado no art.º 127 CPP.

---

<sup>1</sup> BRAZ, JOSÉ, “Investigação Criminal – A organização, o método e a prova – Os desafios da nova criminalidade”, Almedina, 2009, P. 43 e 44.

A prova integra o objecto crucial na investigação criminal. Nas palavras de JOSÉ BRAZ “o tema da prova constitui, pois, uma das matérias centrais do Direito Processual Penal e a actividade probatória o objecto fundamental da Investigação Criminal.” Op. Cit. P. 45

Cfr. SANTIN, VALTER, “O Ministério Público na investigação criminal”, 2ªed., 2007, Edipro – edições profissionais Lda.

<sup>2</sup> JESUS, FRANCISCO MARCOLINO “Os meios de obtenção da prova em processo penal”, Almedina, 2011, P. 113.

<sup>3</sup> Op. Cit. P. 139.

As escutas telefónicas configuram um dos meios de obtenção de prova (art.º 187 a 190 CPP), sendo um meio “de obter provas reais e pessoais para um processo”.<sup>4</sup> A par de outros meios, tais como os exames (art.º 171 a 173 CPP), as revistas, as buscas (art.º 174 a 177 CPP) e as apreensões (art.º 178 a 186 CPP).

Enquanto que os meios de obtenção de prova se reportam à parte da investigação<sup>5</sup>, à supra aludida “estrada”, i.é, ao eventual itinerário seguido, os meios de prova são o corpo da prova que valerá por si mesma, tais como: a prova testemunhal (art.º 128 a 139 do CPP); as declarações do arguido (art.º 140 a 144 CPP); do assistente e das partes civis (art.º 145 CPP); a prova por acareação (art.º 146 CPP); a prova por reconhecimento (art.º 147 a 149 CPP); a reconstituição do facto (art.º 150 CPP); a prova pericial (art.º 151 a 163 CPP); e a prova documental (art.º 164 a 170 CPP).

A prova, regulada no CPP, no art.º 124 e ss., consubstancia o substracto dos alicerces em que se baseia a busca pela existência ou não de determinado crime, quais os seus agentes e respectivos graus de responsabilidade. Alude BENJAMIN SILVA RODRIGUES, que provar significa, de certa forma, um “esforço metódico através do qual são demonstrados, mediante uso de várias técnicas ou juízos racionais ou científicos, os factos relevantes para a existência do crime, punibilidade do arguido e determinação das consequências jurídicas aplicáveis ao caso concreto.”<sup>6</sup> O supra aludido “esforço metódico” deve ter em consideração não só o teor constitucional, como específicos princípios a ser rigorosamente observados, para não caírem no âmbito das proibições de prova. De entre eles, designadamente, o princípio da legalidade da prova (art.º 118, art.º 125, art.º 2)<sup>7</sup>, sendo importante a conjugação

---

<sup>4</sup> GUEDES VALENTE, MANUEL MONTEIRO *in* “Escutas telefónicas – Da excepcionalidade à vulgaridade”, Almedina, 2008, P. 19.

<sup>5</sup> *Vide*, sobre as correlações entre meios de prova e raciocínio, COSTA OLIVEIRA, FRANCISCO DA, *in* “A defesa e a investigação do crime” Almedina, 2008, P. 153 e ss.

<sup>6</sup> *In* “Da prova penal – Tomo I – A prova científica: exames, análises ou perícias de ADN? Controlo de velocidade, álcool e substâncias psicotrópicas”, Rei dos Livros, 2010, P. 298 e 299.

*Cfr.* Nas eruditas palavras de BENJAMIN SILVA RODRIGUES “a fase da produção de prova, em audiência de julgamento, é a fase “nobre” do processo penal”, uma vez que se propõe fornecer importantes elementos ao tribunal, os quais serão determinantes para a condenação ou absolvição do arguido.

*Op. Cit.* P. 216.

<sup>7</sup> Art.º 2 CPP: “A aplicação de penas e de medidas de segurança criminais só pode ter lugar em conformidade com as disposições deste Código.” *Cfr.* Art.º 125 CPP: “São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei.”

*Cfr.* Ac. TC nº213/08; Ac. STJ de 12-03-2008; Ac. TRL de 28-05-2009; Ac. TRG de 9-02-2009; Ac. TRC de 20-06-2012; Ac. TRC de 9-05-2012; Ac. TRC de 10-07-2013; Ac. TC nº340/2013; Ac. TRC de 27-11-2013; Ac. TRP de 25-02-2015; Ac. TRE de 14-07-2015; Ac. STJ de 12-03-2008; Ac. STJ de 3-09-2008; Acs. Disponíveis em: <http://www.dgsi.pt/> ;

com o disposto no nº 8 do art.º 32 da CRP e no art.º 126 do CPP quanto aos métodos proibidos de prova.<sup>8</sup> De facto, o legislador ao admitir esta limitação dos meios de prova, está “voluntária e intencionalmente” a “limitar o princípio da verdade material, consagrando a regra da superioridade ética do Estado”, proibindo que se busque a verdade a todo e qualquer custo.<sup>9</sup>

As proibições de prova no processo penal resultam antes de mais, do respeito pelo teor da CRP relativamente aos direitos e garantias fundamentais, a CRP determina, expressamente, que as provas obtidas mediante a violação de direitos e garantias fundamentais são nulas (nº 8 do art.º 32 e art.º 18 da CRP).<sup>10</sup>

Afinal, não será de esperar outra solução, uma vez que o direito processual penal é um dos campos, por excelência, de aplicação dos direitos e garantias fundamentais salvaguardados pela CRP, melhor refere HENKEL nos lembra que o direito processual penal é “como verdadeiro direito constitucional aplicado”.<sup>11</sup> Neste sentido também GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA se referem ao art.º 32 da CRP como sendo “a constituição processual criminal”.<sup>12</sup> É imprescindível realçar que os “interesses do processo penal encontram limites na dignidade humana (art.º 1 CRP), e nos princípios fundamentais do Estado de direito

---

<sup>8</sup> Este preceito concretiza que:

“1 - O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso.

2 - Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.

3 - O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória.

4 - Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais.

5 - O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.

6 - A lei define os casos em que, assegurados os direitos de defesa, pode ser dispensada a presença do arguido ou acusado em actos processuais, incluindo a audiência de julgamento.

7 - O ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei.

8 - São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

9 - Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior.

10 - Nos processos de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa.”

<sup>9</sup> JESUS, *Ibidem*, *Op. Cit.*, P. 82.

<sup>10</sup> *Cfr.* Art.º 5, art.º 12 DUDH; art.º 3 e 8 CEDH; art.º 7 PIDCP.

<sup>11</sup> *Apud* ANDRADE, MANUEL DA COSTA, *in* “Sobre as proibições de prova em processo penal”, Coimbra Editora, 2013, P.12

<sup>12</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, VITAL; *in* “Constituição da República Portuguesa Anotada” Vol. I, Coimbra Editora, 2007, P. 515. *Vide*: os autores vão mais longe – e a nosso ver muito bem – e afirmam mesmo, que “os princípios constitucionais do processo penal têm vindo a aumentar e a aperfeiçoar-se podendo afirmar-se que a CRP é um bom exemplo de que a história das constituições escritas é igualmente a história da codificação constitucional dos princípios materiais do processo criminal.”

democrático (art.º 2 CRP) ”, não lhe sendo para tal reconhecido a valência da utilização “de actos que ofendam direitos fundamentais básicos”.<sup>13</sup>

E ao legislador ordinário compete, especialmente no âmbito do processo penal, o legado de concretizar esta protecção, como observamos, nomeadamente, nos arts.º 118 nº 3, 126, 129, 167, 187 e ss, e 355 do CPP.<sup>14</sup> Com efeito, nos arts.º 126 e ss, o CPP expressamente enuncia que, no caso de violações dos direitos supra referidos, a existirem configuram “provas de valoração proibida”.<sup>15</sup>

Parafraseando ANDRÉ LAMAS LEITE, quando analisamos as proibições de prova é de enorme importância a distinção supra referida sobre os conceitos e significados inerentes “que se situam em momentos diversos da análise do material probatório: o da produção e o da valoração.” Sendo certo que do incumprimento desses conceitos resultam, respectivamente, as “proibições de produção de prova (beweiserhebungsverbote) e as proibições de valoração de prova (beweisverwertungsverbote).”<sup>16</sup> Isto porque, quando estamos perante proibições de produção de prova, significa que nos situamos nas “limitações ao nível dos próprios factos a investigar” e, por seu turno, quando perante proibições de valoração de prova, estamos em situações que, não obstante a proibição de produção de prova, os meios proibidos foram – apesar disso – utilizados, configurando assim proibições de valoração de prova dependentes ou independentes, conforme “tenham ou não na sua base uma proibição de produção de prova”.<sup>17</sup>

As proibições de prova reforçam o teor do respeito pelo Estado de Direito Democrático e pelos faróis orientadores da nossa CRP, i.é., toda a acção penal deve respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, sendo certo que os fins não justificam os meios. Até porque a maior finalidade de um Estado de Direito deve ser, simultaneamente, um meio e um fim a ser respeitado: a protecção dos direitos e garantias fundamentais, a maior conquista civilizacional que o Direito não deve olvidar em virtude da eficácia de outros objectivos.

---

<sup>13</sup> CANOTILHO, MOREIRA, *Ibidem*, *Op. Cit.* P.524.

<sup>14</sup> Neste sentido, ANDRADE, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 11 e 12.

<sup>15</sup> CANOTILHO; MOREIRA, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 524.

<sup>16</sup> In “As escutas telefónicas – Algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respectiva violação” - Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, Ano I, 2004, P. 13 ss.

Cfr. JESUS, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 94 ss.

<sup>17</sup> LEITE, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 17.

Nas sensatas palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA cumpre frisar que “todas as proibições de prova se reconduzem, ao fim e ao resto, à proibição de abusos contra os direitos fundamentais das pessoas”.<sup>18</sup> Remamos, desta forma, contra as ideias de que prova alguma devia ser considerada proibida, ainda que obtida por meios legais, em referência à busca da verdade, pois não nos podemos esquecer que “a dignidade da pessoa, de qualquer pessoa, está acima da própria perseguição dos criminosos, do combate à criminalidade”, ou seja, “não se combate o crime com actos atentatórios da dignidade humana, mesmo quando eficazes, porque a eficácia na luta contra o crime não é valor primeiro e em nome dela têm sido cometidos gravíssimos abusos como a história da justiça documenta.”<sup>19</sup>

Quanto ao contributo da doutrina e da jurisprudência, a este respeito, temos a realçar, no seguimento de MANUEL DA COSTA ANDRADE, que acreditamos que o “programa positivamente codificado das proibições de prova reconduz-se no essencial a uma remissa generalizada para os entendimentos intersubjectivamente convalidados a nível jurisprudencial e dogmático”, pois cremos que a jurisprudência no que diz respeito a esta área tem sido tímida, ou melhor, “discreta”<sup>20</sup>.

Concluimos, grosso modo, que a ingerência que comporta o recurso a determinados meios de obtenção de prova – conflitantes com direitos fundamentais – de que é o caso do recurso às escutas telefónicas, só é admissível nos casos previstos por lei, em que a CRP aceita essa compressão, mediante determinados requisitos e pressupostos, designadamente os do art.º 187 e 188 do CPP.

---

<sup>18</sup> In “Produção e valoração da prova em processo penal” in, Revista do Cej, nº 4, Almedina, 1º semestre 2006, P. 41.*Op. Cit.* P. 41.

<sup>19</sup> SILVA, GERMANO MARQUES, *Op. Cit.* P. 41.

<sup>20</sup> *Op. Cit.* P.16.

## **CAPÍTULO II – AS ESCUTAS TELEFÓNICAS ENQUANTO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA**

### **1 – Conceito de escutas telefónicas**

Ainda que muito genericamente, podemos definir as escutas telefónicas como a interceptação e gravação de conversações telefónicas com o objectivo de recolher provas que reforcem os pré-existentis indícios da prática de um crime elencado no art.º 187 do CPP (os ditos “crimes de catálogo), durante a fase do inquérito, e mediante o cumprimento de determinadas formalidades, sendo certo que a este meio de obtenção de prova só se deve recorrer se absolutamente indispensável para a descoberta da verdade material ou no caso de a prova ser impossível mediante a ausência deste meio de obtenção de prova ou ainda bastante difícil de obter por outra via. Ou seja, da sua utilização está subjacente uma índole de subsidiariedade, dado o carácter limitativo e restritivo que a sua utilização fornece aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, pela sua compressão. De um quase “silêncio” negligente, a matéria das escutas telefónicas tem, actualmente, ocupado páginas de jornais e provido fonte ociosa dos meios de comunicação.<sup>21</sup> Mas o que estará por detrás deste frenesim?

### **2 – A sua necessidade**

Ora, é certo que podemos observar latente ao conceito de escutas telefónicas a intromissão ou – acompanhando MANUEL DA COSTA ANDRADE – o carácter de “danosidade polimórfica” quanto aos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos.<sup>22</sup> Esta danosidade faz com que se revelem opiniões dissidentes sobre os demais critérios, requisitos, pressupostos de admissibilidade das escutas telefónicas.

Mas comecemos por partes, oriundo do CPP de 1987, o conceito de escuta telefónica no nosso CPP Português, foi submetido à fiscalização preventiva da constitucionalidade, logo já em 1987 na sua redacção originária tendo, todavia, o TC no Ac. nº 7/87 concluído

---

<sup>21</sup> Neste sentido, MATA-MOUROS, MARIA DE FÁTIMA, *in* “Sob Escuta: Reflexões sobre o problema das escutas telefónicas e as funções do juiz de instrução criminal”, 2003, Principia, Publicações Universitárias e Científicas, P. 20 e ss

<sup>22</sup> *In* “Das escutas telefónicas” *in* “Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais”, Visão Luso-Brasileira, 2006, Quartier Latin, P. 206

no sentido da sua não inconstitucionalidade.<sup>23</sup> A alteração subsequente, pela mão do DL nº 317/95 de 28 de Setembro não introduziu modificações substanciais, sendo certo que se limitou ao alargamento de novos crimes, isto é, a junção de novos crimes de catálogo em que seria possível o recurso às escutas telefónicas.<sup>24</sup> Volvidos doze anos depois, sobrevém com a Lei nº 48/2007 de 29 de Agosto a modificação – que vigora até aos nossos dias – cujo teor alargou e pormenorizou a regulamentação do regime, atentando a questões como: a delimitação das pessoas sobre as quais se pode confinar a medida da escuta (art.º 187 nº 4), a duração da medida da escuta telefónica (art.º 187 nº 6), a possibilidade de valorar os conhecimentos fortuitos (art.º 187 nº7), a limitação do uso da medida na fase do inquérito, sendo certo que a competência para a sua concreta autorização foi circunscrita ao JIC (art.º 187 nº 1 e nº 2) e, procedeu-se à dilatação de novos crimes ao elenco dos crimes de catálogo até então.<sup>25</sup> O art.º 187 do CPP referente à admissibilidade da utilização das escutas telefónicas passou a ter a seguinte redacção:

#### *Artigo 187º - Admissibilidade*

*“ 1 - A interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas só podem ser autorizadas durante o inquérito, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter, por despacho fundamentado do juiz de instrução e mediante requerimento do Ministério Público, quanto a crimes:*

- a) Puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos;*
- b) Relativos ao tráfico de estupefacientes;*
- c) De detenção de arma proibida e de tráfico de armas;*
- d) De contrabando;*

---

<sup>23</sup> LIMA RODRIGUES, CLÁUDIO “Dos pressupostos materiais de autorização de uma escuta telefónica” *in*, Verbo Jurídico, P. 3. Consulta disponível em: [http://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/ppenal/claudiolimarodrigues\\_autorizacoescutatelefonica.pdf](http://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/ppenal/claudiolimarodrigues_autorizacoescutatelefonica.pdf)

<sup>24</sup> LIMA RODRIGUES, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 3.

<sup>25</sup> Neste sentido, LIMA RODRIGUES, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 3, 4, e 5.

*Cfr.* COSTA ANDRADE, MANUEL DA in “Bruscamente no verão passado” a reforma do código de processo penal, observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente, *in* revista de legislação e jurisprudência, ano 137, nº 3948, Jan./Fev., Coimbra Editora, 2008, Págs. 135, 141 e 143

*Cfr.* LIMA RODRIGUES, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 5.

*e) De injúria, de ameaça, de coacção, de devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando cometidos através de telefone;*

*f) De ameaça com prática de crime ou de abuso e simulação de sinais de perigo; ou*

*g) De evasão, quando o arguido haja sido condenado por algum dos crimes previstos nas alíneas anteriores.*

*2 - A autorização a que alude o número anterior pode ser solicitada ao juiz dos lugares onde eventualmente se puder efectivar a conversação ou comunicação telefónica ou da sede da entidade competente para a investigação criminal, tratando-se dos seguintes crimes:*

*a) Terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada;*

*b) Sequestro, rapto e tomada de reféns;*

*c) Contra a identidade cultural e integridade pessoal, previstos no título iii do livro ii do Código Penal e previstos na Lei Penal Relativa às Violações do Direito Internacional Humanitário;*

*d) Contra a segurança do Estado previstos no capítulo i do título v do livro ii do Código Penal;*

*e) Falsificação de moeda ou títulos equiparados a moeda prevista nos artigos 262.º, 264.º, na parte em que remete para o artigo 262.º, e 267.º, na parte em que remete para os artigos 262.º e 264.º, do Código Penal;*

*f) Abrangidos por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima.*

*3 - Nos casos previstos no número anterior, a autorização é levada, no prazo máximo de setenta e duas horas, ao conhecimento do juiz do processo, a quem cabe praticar os actos jurisdicionais subsequentes.*

*4 - A interceptação e a gravação previstas nos números anteriores só podem ser autorizadas, independentemente da titularidade do meio de comunicação utilizado, contra:*

*a) Suspeito ou arguido;*

*b) Pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido; ou*

*c) Vítima de crime, mediante o respectivo consentimento, efectivo ou presumido.*

*5 - É proibida a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime.*

*6 - A interceptação e a gravação de conversações ou comunicações são autorizadas pelo prazo máximo de três meses, renovável por períodos sujeitos ao mesmo limite, desde que se verifiquem os respectivos requisitos de admissibilidade.*

*7 - Sem prejuízo do disposto no artigo 248.º, a gravação de conversações ou comunicações só pode ser utilizada em outro processo, em curso ou a instaurar, se tiver resultado de interceptação de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no n.º 4 e na medida em que for indispensável à prova de crime previsto no n.º 1.*

*8 - Nos casos previstos no número anterior, os suportes técnicos das conversações ou comunicações e os despachos que fundamentaram as respectivas interceptações são juntos, mediante despacho do juiz, ao processo em que devam ser usados como meio de prova, sendo extraídas, se necessário, cópias para o efeito.” (Itálico nosso)*

Boa parte da problemática iminente associada às escutas telefónicas surge dentro da compreensão do individuo como Humano dotado de direitos e garantias constitucionais e mesmo estes direitos, ultra reforçados pelo direito internacional. O arguido, actualmente, está dotado da característica de sujeito processual e como tal, “onerado com deveres e armado de direitos de defesa” ostentando “que a descoberta da verdade só pode efectivar-se através do respeito pelos direitos humanos basilares da nossa civilização.”<sup>26</sup>

O recurso às escutas telefónicas trata-se de um meio de investigação criminal oculto. Por sua vez, nele se inclui “um conjunto diversificado e heterogéneo de meios de obtenção de conhecimentos, em que os agentes da investigação se intrometem nos processos de comunicação privada das pessoas investigadas, que não têm conhecimento do facto. E, por causa disso, continuam a agir, a interagir e a comunicar de forma espontânea e “inocent e”,

---

<sup>26</sup> LEITE, ANDRÉ LAMAS, “As escutas telefónicas – algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respectiva violação” *in* Revista da Faculdade de Direito do Porto, Ano I, 2004, Coimbra Editora, P. 11.

dizendo e fazendo coisas de conteúdo e sentido directamente auto-incriminatório. Uma auto-incriminação de que, naturalmente, não têm consciência.”<sup>27</sup>

Ora, este meio de obtenção de prova, regulado nos arts.º 187 a 190 do CPP português vigente, que será alvo da nossa melhor atenção, cuja anatomização e reflexão do regime se pretende. Por hora, o art.º 187 CPP fornece os elementos de admissibilidade do regime das escutas telefónicas como se vislumbra supra; já o art.º 188 CPP as formalidades das operações; o art.º 189 CPP os casos em que é possível a extensão do regime disposto nos arts.º 187 e 188 CPP; e, o art.º 190 CPP aporta-se aos casos de nulidade em consequência de violações dos requisitos e condições expressos nas normas precedentes.

Toda a análise do âmbito e reflexão da problemática das escutas telefónicas, enquanto meio de obtenção de prova no Processo Penal Português, nos faz canalizar uma atenção especial em duas finalidades processuais que se encontram em permanente tensão. Isto é, duas finalidades “muitas vezes antinómicas: a prossecução da justiça penal (...) e o respeito e a garantia dos direitos fundamentais”.<sup>28</sup> Ou seja, se por um lado se entende que é função do Estado de Direito Democrático procurar fazer justiça, pela busca incessante da verdade material, na perspectiva de proteger os bens jurídicos ou seja, uma “vertente positiva” do respeito pelos direitos fundamentais, criando “condições essenciais ao livre desenvolvimento desses direitos e efectuar prestações adequadas a fazê-los ganhar intensidade”, por outro lado, há também que se respeitar uma “vertente negativa” entendida como a “exclusão da intromissão do Estado e de respeito por tais direitos” estas finalidades estão as mais diversas vezes em tensão.<sup>29</sup> Parafraçando MANUEL DA COSTA ANDRADE são finalidades que por um lado se preocupam com a “perseguição de criminosos, a

---

<sup>27</sup> ANDRADE, MANUEL DA COSTA, “Métodos ocultos de investigação (pladoyer para uma teoria geral)” in “Justiça Penal Portuguesa e Brasileira – Tendências de reforma” 2008, IBCCRIM, P. 104.

Cfr. COSTA RAMOS, VÂNIA; SILVA DIAS, AUGUSTO; in “O direito à não auto-incriminação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal português”, 2009, Coimbra Editora.

<sup>28</sup> LEITE, *Ibidem*, *Op. Cit.*, P. 11 e 12.

Cfr. GUEDES VALENTE, MANUEL MONTEIRO, “Escutas telefónicas – da excepcionalidade à vulgaridade”, Almedina Editora, 2008, Pags. 20,21, 22, 28, 29, 30 e 31.

<sup>29</sup> LEITE, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 11 e 12

Cfr. É inegável a existência da colisão de finalidades, no que à presente reflexão diz respeito, atentemos ao âmbito da prova no processo penal. Prescreve o art.º 32 n.º 8 CRP a nulidade de todas as provas indevidamente obtidas mediante a violação dos direitos e garantias fundamentais. Alicerçado neste teor constitucional, dispõe o nosso art.º 126 CPP em relação aos métodos proibidos de prova que são nulas quaisquer provas obtidas mediante violação dos direitos e garantias fundamentais, espelhando translucidamente o teor constitucional no nosso CPP. - SOUSA, DAVID MELO, “Escutas telefónicas: o efeito-à-distância e os conhecimentos fortuitos”, Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Orientador: Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Coimbra, 2015, P. 11 e ss.

segurança e a reafirmação da validade das normas e, por outro, a liberdade e as garantias de defesa”.<sup>30</sup> É preciso que não se descure – em nome da eficácia da investigação criminal – da protecção dos direitos fundamentais, designadamente, das garantias de defesa, como sublinha o autor, é necessário que não haja um aproveitar dos “silêncios” e “lacunas da lei”.<sup>31</sup> Neste sentido, JOSÉ MIGUEL JÚDICE critica que este meio de obtenção de prova se está a tornar “o equivalente no Século XXI para a tortura de épocas pretéritas” isto é, primeiro, “começava por se decidir quem era o 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.”<sup>32</sup> O autor acrescenta que a isto se junta o as crescentes “interpretações que se baseiam numa lógica securitária, numa filosofia de que os fins justificam os meios e na tendência para se estruturar sistemas liberticidas sobre a tese (avançada sem ironia pelos seus defensores) de que quem não deve não teme e que por isso quem contra abusos de escutas protesta fá-lo seguramente porque tem algo a temer” reforçando assim o autor que temos de remar contra este tipo de pensamentos e justificações pois “as escutas são um instrumento legal e legítimo, mas a sua utilização indiscriminada, sem regras, sem controlos, sem respeito pela privacidade e concretizadas por quem não é seguro que passasse em testes rigorosos de decência e ética, tudo isso é inadmissível, intolerável e insuportável.”<sup>33</sup>

Isto posto, acompanhando COSTA ANDRADE, não descuramos as vantagens e o carácter de necessidade inerentes a este meio de obtenção de prova, de como é o maior exemplo a perseguição das “manifestações mais graves de criminalidade contemporânea, o crime organizado em geral e o terrorismo em particular. Que para além de mobilizarem sem precedentes e exibirem poder que ombreia com o de muitos Estados em geral, adoptam formas de organização e de interacção que as tornam imunes à intromissão e devassa das instâncias de controlo social”, isto porque “a verdade é que os membros destas organizações tendem a estabelecer entre si relações mais marcadas pelo consenso do que pelo conflito”, o que acaba nos mostrar a importância do recurso a este tipo de modos de investigação ocultos,

---

<sup>30</sup> *Op. Cit.* P. 100.

<sup>31</sup> *Op. Cit.* P. 101. *Cfr.* Como referem BERNSMANN/JASEN: “em relação aos meios de investigação oculta até aqui regulamentados, o legislador optou por envolvê-los na neblina de preceitos extremamente obscuros e inseguros; e a jurisprudência optou por tentar segui-lo com todas as forças em relação aos métodos ainda não regulamentados” Apud, COSTA ANDRADE, *Ibidem, Op. Cit.* P. 101.

<sup>32</sup> In “Escutas telefónicas: a tortura do Século XXI?”, 2003, Revista da plataforma do site da Ordem dos Advogados, disponível em: <https://www.oa.pt/> P. 1

<sup>33</sup> *Ibidem, Op. Cit.* P. 2.

revelando que as mais diversas vezes, só este recurso “se mostra capaz de entrar no «santuário», neutralizar ou romper os vínculos de solidariedade e lograr acesso à verdade.”<sup>34</sup> Facto é que a criminalidade grave e organizada “produto claro da globalização” faz com que os Estados se vejam forçados “a conjugar esforços, havendo já várias medidas de cooperação em matéria de criminalidade organizada”, sendo certo que o “combate a este novo fenómeno de criminalidade, bem como ao terrorismo e à criminalidade violenta [...] faz-se em moldes completamente diferentes do combate à criminalidade clássica, pois para a eficácia pretendida já não bastam os métodos antes consagrados.”<sup>35</sup> Sendo portanto necessário reagir por forma a lutar contra estes fenómenos, numa actualização constante por parte do direito processual penal da nossa sociedade e destas formas de crime, “sob pena de a própria sociedade deixar de estar em segurança e se pôr em causa a ideia de Estado de Direito”.<sup>36</sup>

Todavia, é importante reflectir sobre o carácter lesivo dos fundamentais no que diz respeito ao recurso a este meio de obtenção de prova como já supra aludimos, essa desvantagens, prendem-se, no seu núcleo essencial, “com a patente danosidade social, expressa no sacrifício de bens jurídicos e direitos fundamentais”, pela devassa enorme que este recurso comporta, penetrando através dos direitos fundamentais, designadamente, através da compactação da “autonomia pessoal e do estatuto de sujeito processual reconhecido ao arguido”<sup>37</sup> e da sua intimidade.

Nas palavras de ROXIN “não há processo penal que resista à evolução dos tempos”<sup>38</sup> todavia, é preciso “manter as tendências securitárias do poder legislativo dentro de limites

---

<sup>34</sup> *Op. Cit.* P. 106 e 107.

<sup>35</sup> CASTANHEIRA NEVES, RITA, “As ingerências nas comunicações electrónicas em processo penal – natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova”, Coimbra Editora, 2011, P. 53.

*Cfr.* SILVA RODRIGUES, BENJAMIN In “Das escutas telefónicas – tomo I”, Coimbra Editora, 2008, P. 497 e 498.

<sup>36</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Ibidem, Op. Cit.* P. 95.

*Cfr.* BENJAMIN SILVA RODRIGUES advoga que continuar a utilizar a “polissémica expressão «escutas telefónicas» nos dias de hoje se revela “mutilante e desconcertante”. É desconcertante porque “se pretende abranger realidades que o nome da coisa não comporta, pois não faz qualquer sentido dizer-se que se «escutam» imagens ou fluxos internacionais e comunicacionais imagéticos e de dados, sem qualquer tipo de som. Mutilante, porque tal expressão é incapaz de abranger a totalidade e diversidade de fluxos informacionais e comunicacionais típicos das modernas sociedades das tecnologias da informação e comunicação.” *Op. Cit.* P. 497.

<sup>37</sup> COSTA ANDRADE, *Ibidem, Op. Cit.* P. 107 e 108.

*Cfr.* “Na verdade, os meios ocultos de investigação são, por natureza, os meios mais invasivos dos direitos da pessoa.” CASTANHEIRA NEVES, *Ibidem, Op. Cit.* P. 102

<sup>38</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Ibidem, Op. Cit.* P. 95.

toleráveis”.<sup>39</sup> Isto é, é necessário que se reafirme que “a lei deve respeitar um conjunto combinado de variáveis, umas de carácter material-substantivo, outras de índole formal-procedimental: catálogo de crimes, grau de suspeita, subsidiariedade, autorização/ordenação por autoridade competente e informação da pessoa atingida depois de terminada a medida. Trata-se noutros termos, de desenhar os pressupostos gerais a que a concreta aplicação das medidas deve obedecer. A justificar a designação de variáveis, está o facto de todos os pressupostos serem susceptíveis de graduação, de assumirem um espectro de exigências acrescidas ou atenuadas, segundo o princípio da proporcionalidade. E tendo fundamentalmente – se bem que não exclusivamente: outro factor de hierarquização será, por exemplo, a circunstância de a medida atingir apenas suspeitos ou tocar também terceiros – em conta o potencial da lesividade e devassa da medida.”<sup>40</sup> Acompanhamos também CLÁUDIO LIMA RODRIGUES quando reafirma que imanente à realização deste método oculto de prova “associada uma elevada danosidade social, objectiva e subjectiva, que resulta certamente do facto de não ser tecnicamente viável a limitação das interceptões telefónicas somente àquelas conversas que digam respeito ao crime, ou crimes, legitimadores da escuta telefónica e aos sujeito-alvo da medida sinalizados no despacho de autorização da mesma.”<sup>41</sup>

Sabemos que estamos a entrar num “século cada vez mais securitário onde a tensão entre direitos dos cidadãos e segurança da sociedade não deixará de crescer provocando variações (...) na hierarquia das prioridades a definir”<sup>42</sup> e por isso mesmo se julga de enorme importância a reflexão que se fará no tópico seguinte quanto à danosidade para os direitos fundamentais que o recurso às escutas telefónicas pode implicar, não obstante na nossa óptica – cumpridos os pressupostos e requisitos de admissibilidade das escutas telefónicas – estarmos perante um meio de obtenção de prova bastante útil e necessário ao combate da criminalidade mais grave da actualidade, num Estado de Direito Democrático “deve imperar

---

<sup>39</sup> In “Sobre o desenvolvimento do direito processual alemão, que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português, Coord. MÁRIO FERREIRA MONTE, Trad. INÉS FERNANDES GODINHO, Coimbra Editora, 2009, P. 393, Apud CASTANHEIRA NEVES, *Ibidem, Op. Cit.* P. 101

Cfr. LIMA RODRIGUES, *Ibidem, Op. Cit.* P. 8 e 9.

<sup>40</sup> COSTA ANDRADE, *Ibidem, Op. Cit.* P. 114.

<sup>41</sup> In “Dos pressupostos materiais de autorização de uma escuta telefónica, 2013, consulta disponível em: [http://verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/ppenal/claudioimarodrigues\\_autorizacaoescutatelefonica.pdf](http://verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/ppenal/claudioimarodrigues_autorizacaoescutatelefonica.pdf)

<sup>42</sup> NORONHA NASCIMENTO, LUÍS ANTÓNIO, “O elogio da loucura ou variações sobre um tema recorrente”, consulta disponível em [http://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/ppenal/noronhanascimento\\_elogioloucura.pdf](http://www.verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/ppenal/noronhanascimento_elogioloucura.pdf)

a defesa dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos”, todavia “devendo ao mesmo passo ser estes sopesados com outros valores igualmente dignos de tutela, tais como a busca pela verdade material e a necessidade de uma investigação criminal eficaz, capaz de enfrentar os difíceis desafios colocados pela criminalidade altamente complexa onde os tradicionais métodos de obtenção de prova se mostram de dúbia valia.”<sup>43</sup> Sem que contudo se entenda que a segurança se deva alcançar a qualquer custo.<sup>44</sup>

### 3 – A sua compressão e a danosidade nos direitos fundamentais

Como bem se pode depreender do tópico explanado anteriormente, a compressão dos direitos fundamentais de que é consequência o recurso às escutas telefónicas – ainda que admitindo a necessidade de a elas recorrer, mediante certos pressupostos e requisitos de admissibilidade – é uma preocupação transversal a todo este tema.

Na esteira de COSTA ANDRADE cremos ser evidente que o regime das escutas telefónicas para além de complexo, comporta uma “danosidade polimórfica” isto é, “é o meio de prova mais invasivo dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas”.<sup>45</sup> Segundo o autor, essa danosidade repercute-se “tanto numa dimensão subjectiva”, como objectiva. Isto é, numa dimensão subjectiva pois com o recurso às escutas “apanhamos sempre mais pessoas do que o que queríamos apanhar” e, por outro lado “muitos mais bens jurídicos [...] do que se queria lesar.”<sup>46</sup> Daí decorre que seja de extrema importância uma cautela, atenção

---

<sup>43</sup> LIMA RODRIGUES, CLÁUDIO *In* “Dos pressupostos materiais de autorização de uma escuta telefónica, 2013, consulta disponível em: [http://verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/ppenal/claudiolimarodrigues\\_autorizacoescutatelefonica.pdf](http://verbojuridico.net/ficheiros/doutrina/ppenal/claudiolimarodrigues_autorizacoescutatelefonica.pdf)

<sup>44</sup> Neste sentido também: GUEDES VALENTE, MANUEL MONTEIRO, *Op. Cit.* P. 29. O autor refere que a política criminal impõe “dois vectores”, isto é, “é exigida eficácia relativamente aos fins... [e por outro lado] é-lhe, também, imposta legitimidade – ética e jurídica – no que concerne aos meios para atingir aquela.” O autor refere os princípios da política criminal que refere como sendo “típicos de um Estado de Direito Democrático”, considerando assim uma necessidade segui-los, são eles: “o princípio da legalidade, o princípio da culpa, o princípio da humanidade e o princípio da recuperação ou ressocialização do delincente.” *Op. Cit.* P. 29, 30 e 35.

*Cfr.* É de notar que “os sistemas penais, individualmente considerados, são inoperantes para responder ao desafio da nova criminalidade, que noticiadamente cria o pânico do caos, que provoca as posições quase fundamentalistas da eficácia imediata da actividade policial, dotada de instrumentos legais fortemente restritivos dos direitos e liberdades fundamentais, isto é, dá voz à «política criminal securitária» em detrimento de uma «política criminal de liberdade». ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Política Criminal – Novos desafios, velhos rumos” *in* Liber Discipulorum para FIGUEIREDO DIAS, Coimbra Editora, 2003, P. 219 Apud GUEDES VALENTE, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 163.

<sup>45</sup> “Das escutas telefónicas” *in* “Direito Processual Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais”, Coordenação JOSÉ DE FARIA COSTA, MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA, Visão luso-brasileira, 2006, Editora Quartier Latin do Brasil, P. 206.

<sup>46</sup> *Op. Cit.* P. 206.

e reflexão acrescidas no recurso a este meio de prova. É responsabilidade intransponível do direito processual penal, em especial, respeitar e zelar pelo cumprimento dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, como refere de forma notável HENKEL “o direito processual penal [é como um] verdadeiro direito constitucional aplicado.”<sup>47</sup> Atentemos, especialmente, ao teor do preceituado no nº 8 do art.º 32 da CRP, que expressamente consagra a *nulidade* de “todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, *abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*” e ao teor do nº 4 do art.º 34 da CRP quanto à inviolabilidade do domicílio e da correspondência que “*é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.*” (Itálico nosso).

E ainda aos normativos, designadamente, do art.º 1, art.º 25, art.º 26, art.º 34 nº 1 da CRP.<sup>48</sup> Estes direitos, liberdades e garantias fundamentais estão todos “cobertos pela força jurídica que lhes empresta o regime privilegiado do art.º 18” da CRP, ademais, “sobreleva, a par da consistência normativa, a sua eficácia directa: tanto no plano legislativo como

---

Cfr. GUEDES VALENTE, MANUEL MONTEIRO, “Escutas telefónicas – Da excepção à vulgaridade”, Almedina Editora, 2008, Págs 133 e ss.

<sup>47</sup> Apud COSTA ANDRADE, MANUEL DA, “Sobre as proibições de prova em processo penal”, Coimbra Editora, 2013, P. 12.

<sup>48</sup> Cfr. “Artigo 1.º - República Portuguesa

Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”

Cfr. “Artigo 18.º - Força jurídica

1 - Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2 - A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3 - As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

Cfr. “Artigo 25.º - Direito à integridade pessoal

1 - A integridade moral e física das pessoas é inviolável. (...)”

Cfr. “Artigo 26.º - Outros direitos pessoais

1 - A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

2 - A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.”

Cfr. “Artigo 34.º - Inviolabilidade do domicílio e da correspondência

1 - O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis. (...)

4 - É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.”

jurisprudencial e tanto na direcção das instâncias públicas e formais como das informais ou privadas.”<sup>49</sup> É evidente a necessidade do legislador ordinário concretizar estes valores constitucionais inultrapassáveis. No entanto, estes são preceitos que bem nos fazem compreender que o legislador constituinte não abriu mão de “chamar a si a conformação normativa e directa dos seus aspectos mais decisivos”.<sup>50</sup> Cabe, todavia, ao legislador ordinário “a tarefa de definir as áreas de intervenção não abusivas, logradas pela concordância prática entre os direitos individuais e o interesse punitivo do Estado.”<sup>51</sup>

Cientes da dificuldade em estabelecer um devido equilíbrio entre estes valores, na tensão dialéctica aquando da colisão com os direitos fundamentais, a maioria dos autores alemães resolvem esta questão recorrendo ao “princípio da ponderação de interesses” ou seja “há-de identificar-se uma área mais ou menos extensa em que os direitos individuais poderão ser sacrificados em sede de produção e valoração da prova, em nome da prevenção e repressão das manifestações mais drásticas e intoleráveis da criminalidade”, sendo esta a interpretação que tem sido feita do § 100a) da stPO.<sup>52</sup> Sendo “consensual o postulado de um tratamento específico da criminalidade mais grave.”<sup>53</sup> No entanto, há autores alemães que não concordam com a doutrina da ponderação e a têm vindo a colocar em causa,

---

<sup>49</sup> COSTA ANDRADE, “Sobre as proibições...” *Op. Cit.* P. 14.

*Cfr.* Ac. TC nº 4/2006 “Representando a interceptação e gravação de conversações telefónicas uma restrição a um direito fundamental, esta restrição deve limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, sem jamais diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (art.º 18 nº 2 e nº 3 da CRP) (...)”. *Vide*: DAMIÃO DA CUNHA, JOSÉ MANUEL, “A mais recente jurisprudência constitucional em matéria de escutas telefónicas. Mero aprofundamento das escutas telefónicas? Anotação aos Acórdãos do TC nº 426/05 e 4/06” *in* Revista de jurisprudência constitucional, Dez., 3º Trimestre, 2005, P. 47 e 48.

Os direitos fundamentais são também protegidos pelo Direito Internacional Europeu, designadamente, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelo Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos Políticos, pela Lei de Cooperação Judiciária em Matéria Penal e pela Convenção de Palermo. Já no âmbito do Direito Europeu, sobressaem a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Sobre este tema *vide*: GUEDES VALENTE, MANUEL MONTEIRO “Escutas telefónicas – Da excepcionalidade à vulgaridade, Almedina Editora, 2008, Págs. 140 a 147.

<sup>50</sup> COSTA ANDRADE, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 12.

*Cfr.* Regime das escutas telefónicas. Arts-º 187 e ss do CPP.

<sup>51</sup> CONDE CORREIA, JOÃO; “Qual o significado da abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art.º 32 nº 8, 2ª parte da CRP)?” *in* Revista do Ministério Público, nº 79, ano 20, Jul./Set., 1999, P. 46.

<sup>52</sup> COSTA ANDRADE, “Sobre as proibições...” *Op. Cit.* P. 28

*Vide*: O Tribunal Constitucional tem defendido que este princípio deve ser igualmente aplicado, para além do caso das escutas telefónicas, “para os demais meios de prova”, sendo certo que “a Constituição oferece ao legislador ordinário um campo considerável de possibilidades de compressão dos direitos fundamentais para, à luz do princípio da ponderação, dar resposta adequada à ameaça da criminalidade mais grave.” COSTA ANDRADE, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 31. *Cfr.* Decisão de 31.1. 1973 COSTA ANDRADE, *Op. Cit.* P. 31.

<sup>53</sup> COSTA ANDRADE, “Sobre as proibições...” *Op. Cit.* P. 32.

designadamente, WOLTER, AMELUNG, HASSEMER, LADEUR e GRÜNWARD, pois advogam “colidir com princípios basilares da organização e funcionamento do Estado de Direito... [só sendo possível] em nome duma compressão do direito extremamente orientado para as consequências e, por isso, indiferente à legitimação material e à margem de todo o lastro ético-axiológico.”<sup>54</sup>

Entre nós, a nossa CRP dá-nos um farol interpretativo pelo art.º 18 nº 2 e nº 3<sup>55</sup> prescrevendo os direitos e garantias só podem ser restringidos mediante uma séria e concreta ponderação, indagação da proporcionalidade, um critério de necessidade e salvaguarda imperiosa do núcleo essencial de cada direito, mediante análise do caso concreto. Na esteira de Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, o princípio da proporcionalidade a ser observado, desdobra-se em “três subprincípios: a) princípio da adequação (...), b) princípio da exigibilidade [ou necessidade],<sup>56</sup> (...) c) princípio da proporcionalidade em sentido restrito” significando este último que “os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa «justa medida», impedindo a adopção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos.”<sup>57</sup> Imperioso é que se respeite o “limite absoluto” isto é, o «conteúdo essencial» de cada preceito.<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> COSTA ANDRADE, “Sobre as proibições...” *Op. Cit.* P. 34.

*Vide:* GRÜNWARD argumenta que a tendência da ponderação coloca o interesse da perseguição penal e da protecção dos princípios fundamentais “no mesmo plano” o que acarreta “«o perigo de estes princípios aparecerem relativizados e disponíveis em sede de ponderação com os interesses da perseguição penal»” e ainda AMELUNG defendendo que “«as proibições de valoração não configuram um acto de graça dispensada aos agentes da pequena e média criminalidade, nem assentam em qualquer cálculo económico no contexto do caso concreto, como supõe a doutrina da ponderação»”, o autor “contesta a legitimidade constitucional de [... o princípio da ponderação, reduzir e comprimir] a extensão dos direitos fundamentais em nome duma ponderação autónoma de interesses.” *Apud* COSTA ANDRADE, “Sobre as proibições...” *Op. Cit.* P. 36 e 40. *Cfr.* COLVIN, MADELEINE; COOPER, JONATHAN, “Human rights in the investigation and prosecution of crime”, 2009, Oxford University Press.

<sup>55</sup> Art.º 18 CRP: (...) “2 - A lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

3 - As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.” *Cfr.* Art.º 52 nº 1 e art.º 53 da CDFUE; Art.º 18 CEDH; Art.º 3, 29, 30 DUDH; Art.º 2 PIDCP, Art.º 4 PIDESC;

<sup>56</sup> Não descuidando elevada atenção aos restantes subprincípios, é imperioso que se reflecta quanto ao princípio da exigibilidade, enquanto subprincípio do princípio da proporcionalidade, no sentido em que só será admitida determinada e concreta medida restritiva de um direito ou garantia fundamental após a ponderação da “necessidade ou indispensabilidade” da concreta medida, isto é, “as medidas restritivas previstas na lei devem revelar-se necessárias, porque os fins visados pela lei não podiam ser obtidos por outros meios menos onerosos para os direitos, liberdades e garantias” CANOTILHO, J.J. GOMES; MOREIRA, VITAL; *in* “Constituição da República Portuguesa – Anotada”, Vol. I, 2007, Coimbra Editora, P. 392 e 393.

<sup>57</sup> CANOTILHO, J.J.; GOMES; MOREIRA, VITAL; *Op. Cit.* P. 392 e 393.

<sup>58</sup> CANOTILHO; MOREIRA, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 393.

*Cfr.* Ac. TC. 4/2006

Mas que direitos fundamentais, em concreto, podem ser alvo de compressão e iminente danosidade, no seio do recurso às escutas telefónicas? Ora, é certo que através do recurso a este meio de prova, os direitos fundamentais mais afectados são os relacionados com os direitos de personalidade, desde logo a *reserva da intimidade da vida privada e familiar* (art.º 26 n.º 1 da CRP, art.º 8 CEDH, art.º 12 DUDH, art.º 80 do nosso CC, Capítulo VII, do título II do nosso CP), a *inviolabilidade do domicílio e o sigilo da correspondência e outros meios de comunicação* (art.º 34 da CRP, art.º 12 DUDH, art.º 82 a 88 do nosso CC, art.º 190 do CP),<sup>59</sup> o *direito à imagem e à palavra* (art.º 26 CRP, protegidos em ilícitos típicos autónomos, designadamente: art.º 192, 194 e 199 do CP)<sup>60</sup>, o *direito ao silêncio*<sup>61</sup> ou à *não auto-incriminação* (art.º 32 n.º 2 e n.º 1 da CRP), a *liberdade de expressão* (art.º 37 da CRP) e ainda o *direito a um status processual activo* (art.º 32 n.º 1 da CRP).<sup>62</sup>

O direito fundamental da *reserva da vida privada e familiar* é alvo de definições um pouco díspares. PAULO MOTA PINTO defende que a vida privada pode ocorrer em lugar público e a pública em lugar privado, afastando o critério do lugar como o único critério de diferenciação.<sup>63</sup> JOSÉ FARIA COSTA argumenta ser “impensável ou pelo menos indicador de uma *contradictio in adjecto* conceber condutas susceptíveis de serem qualificadas, pelos seus intervenientes como íntimas se levadas a cabo em espaço público.”<sup>64</sup> Porém, e na esteira de RITA CASTANHEIRA NEVES cremos que o que releva aqui é a questão de saber se, em dada situação concreta, estamos perante um “domínio de intimidade ou privacidade inviolável ou, pelo menos, muito salvaguardado, porque condição inquestionável da faceta

---

Cfr. NOGUEIRA LEITE, SOFIA FERREIRA, in “Escutas telefónicas, outros meios ocultos de obtenção de prova e garantias processuais”, 2011/2012, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. P. 30 e ss.

<sup>59</sup> CONDE CORREIA, *Ibidem*, Op. Cit. Pags. 47 e ss.

Cfr. Sobre a intervenção na «correspondência» e nos demais meios de comunicação privada à luz da jurisprudência do TEDH e pelo art.º 8 da CEDH vide: SILVA RODRIGUES, BENJAMIN in “Das escutas telefónicas – Tomo I”, Coimbra Editora, 2008, Págs. 121 e ss.

<sup>60</sup> CONCEIÇÃO, ANA RAQUEL, “Escutas telefónicas – regime processual penal, 2009, Quid Juris Editora, P. 75.

<sup>61</sup> Cfr. Ac. TRP “...V- Atribuir valor probatório ao conteúdo das conversações escutadas não desvirtua o direito ao silêncio” (consulta disponível in: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

<sup>62</sup> SILVA RODRIGUES, BENJAMIN, “Das escutas telefónicas – tomo I”, Coimbra Editora, 2008, Págs. 176 e ss.

<sup>63</sup> Apud CONDE CORREIA, *Ibidem*, Op. Cit. P. 49.

<sup>64</sup> Apud CONDE CORREIA, *Ibidem*, Op. Cit. P. 49, Nota de rodapé n.º 15.

Cfr. ORLANDO CARVALHO, por sua vez, distingue em relação ao conteúdo da vida privada, uma diferenciação no que se aporta a três esferas: A esfera de segredo (em que todos os aspectos são secretos); a esfera pessoal (que é menos restrita que a do segredo e abrange conteúdos que dizem respeito à própria pessoa) e a esfera privada (esta diz respeito a conteúdos privados mas não necessariamente pessoais). Apud CASTANHEIRA NEVES, *Ibidem*, Op. Cit. P. 38.

mais reservada da pessoa” ou se, pelo contrário, se trata de outra “faceta da mesma pessoa, caracterizada pelos domínios sociais, que não obriga a preocupações de salvaguarda e que se projecta quase sempre nos domínios descobertos pelo próprio indivíduo, no seu agir e ser social.”<sup>65</sup> É notória a lesão neste direito fundamental aquando do recurso às escutas telefónicas, uma vez que, quando as pessoas estão ao telefone não esperam a existência de outrem diferente do destinatário com quem realmente se pretende conversar, muito menos é expectável que “esteja a ouvir e/ou a gravar o seu conteúdo.”<sup>66</sup>

Corolário do direito da reserva da vida privada e familiar<sup>67</sup>, o *direito ao sigilo da correspondência* “protege toda a espécie de comunicação interpessoal, privada ou não, efectuada por intermédio da correspondência e das telecomunicações, independentemente do meio técnico utilizado e do seu conteúdo”, abrangendo aquilo que os autores chamam de “comunicação fechada”.<sup>68</sup> Este direito é ainda sublinhado pelo teor constitucional do nº 8 do art.º 32 da CRP, que profere a nulidade de todas as provas obtidas mediante “abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.”

Na relação que se estabelece em determinada comunicação está “garantido que ninguém pode interferir, a não ser que se trate de situações expressamente previstas em sede de legislação penal, tal como consagra a norma constitucional.”<sup>69</sup>

Isto significa que as pessoas se comunicam confiando que a sua comunicação e o teor da mesma são decididos por si próprios, havendo uma autodeterminação da própria pessoa quanto ao teor a transmitir, quando e a quem. Existindo assim uma confiança de que o Estado não se intromete, quanto aquilo que é dito, como, quando e a quem. O legislador entendeu assim “rodear as escutas telefónicas de maiores cautelas”, considerando a enorme

---

<sup>65</sup> In “As ingerências nas comunicações electrónicas em processo penal – Natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova”, Coimbra Editora, 2011, P. 39.

<sup>66</sup> CONCEIÇÃO, ANA RAQUEL, *Ibidem, Op. Cit.*, P. 73.

Cfr. GUEDES VALENTE, *Ibidem, Op. Cit.* P. 140.

<sup>67</sup> CONCEIÇÃO, *Op. Cit.* P. 74.

<sup>68</sup> CONDE CORREIA, *Ibidem, Op. Cit.* P. 51 e 52.

Cfr. JOSÉ FARIA COSTA define como comunicação fechada “toda a relação comunicacional que opera dentro de um certo, preciso e determinado número de intervenientes que esperam que o Estado leve a cabo, de maneira eficaz, a protecção desse fechamento ou clausura.” *Apud* LAMAS LEITE, ANDRÉ, “As escutas telefónicas – algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respectiva violação”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano I, Coimbra Editora, 2004, P. 20.

Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Ibidem, Op. Cit.* P. 51.

<sup>69</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Ibidem, Op. Cit.* P. 29.

danosidade que as escutas comportam “reforçada pelo «particular sinal de genuinidade e verosimilhança dos interlocutores» ainda para mais “pela possibilidade de [...] atingirem terceiros que não suspeitos ou arguidos no processo, [...] e até por estarmos no domínio das referidas «comunicações fechadas».”<sup>70</sup> Nas palavras de BENJAMIM SILVA RODRIGUES “toda e qualquer intervenção ou monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais (tendencialmente)<sup>71</sup> fechados, seja pelas redes postais públicas ou pelas redes electrónicas publicamente acessíveis comungam do mesmo paradigma constitucional que se configura a partir do art.º 34 n.º 1 e n.º 4 da CRP, onde se consagra o direito à inviolabilidade do sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada”, defendendo o autor que a denominação “outros meios de comunicação privada” pelo teor do texto constitucional “é de tal forma maleável que permitiu colocar sob a tutela constitucional todos os meios técnicos conhecidos de veicular os fluxos informacionais e comunicacionais, bem como os novos meios técnicos que vão surgindo à medida que se verifica a evolução das técnicas de transmissão, tratamento, armazenamento e difusão.”<sup>72</sup>

Esta comunicação também pode ser feita a quem tem o dever de sigilo profissional, nesse caso, “em princípio não deve ser quebrado como forma de assegurar a manutenção do segredo das comunicações.”<sup>73</sup> Este sigilo abarca, em conformidade com o n.º 4 do art.º 34 da CRP, tanto as entidades públicas como privadas, “a protecção que é conferida impede que haja interferência ou que de qualquer forma seja divulgado, seja por quem for, o conteúdo transmitido na comunicação.”<sup>74</sup>

O que aqui se protege é a privacidade das pessoas, a (livre) exposição das mesmas, aliás, o preceito do art.º 34 da CRP vai – como refere RITA CASTANHEIRA NEVES – “mais longe ao equiparar a essa protecção da privacidade [domicílio] à correspondência e a todos os demais meios de comunicação (...).”<sup>75</sup> Na esteira da autora, pretende-se assim não só a

---

<sup>70</sup> LAMAS LEITE, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 20.

*Cfr.* Nem em todos os países “o sigilo das telecomunicações tem um tratamento específico na Constituição”, Portugal foi assim um dos pioneiros na “autonomização da tutela do sigilo das comunicações”, ao contrário do que acontece, por exemplo, na Bélgica, Luxemburgo, França, Finlândia, Grécia, Itália, Irlanda e Suécia. – CRISTINA MÁXIMO DOS SANTOS *apud* CASTANHEIRA NEVES, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 31.

<sup>71</sup> O autor refere “tendencialmente” propositadamente explanando que “mesmo ao nível das comunicações telefónicas, as chamadas “em conferência” entre 3 ou mais interlocutores estão, ainda, a coberto do sigilo nas comunicações privadas, nos termos em que se encontra consagrado no art.º 34 da CRP.” *Op. Cit.* P. 172.

<sup>72</sup> *Op. Cit.* P. 171.

<sup>73</sup> CANOTILHO, J.J. GOMES; MOREIRA, VITAL; *apud* CONDE CORREIA, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 52.

<sup>74</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 31.

<sup>75</sup> *Op. Cit.* P. 26.

protecção efectiva do sigilo das telecomunicações como “de todos os elementos relacionados com a comunicação, com o tráfego propriamente dito, o que inclui entre outros, todos os elementos relacionados com o emissor e o destinatário da mensagem, a espécie e a duração da utilização feita.”<sup>76</sup>

Aquando da compressão deste direito fundamental nos indivíduos envolvidos nas escutas telefónicas, será de esperar que consentimento retire uma certa utilidade a este meio de obtenção de prova e mesmo nos casos em que é admitido não seja o suficiente para estabelecer a determinada restrição<sup>77</sup>, é necessário em definido caso concreto verificar se é colocado em causa o conteúdo essencial/nuclear do direito. Na fortuita compressão do direito fundamental é imprescindível apurar se estão em causa e afectam “intoleravelmente a moral social ou valores e princípios fundamentais da ordem constitucional”, caso afecte, deve “resultar para o intérprete a convicção de que a protecção constitucional do direito não quis ir tão longe.”<sup>78</sup> Ficando assim mais que “demonstrada (...) a constante tensão dialéctica entre protecção da reserva da da intimidade da vida privada e os meios postos ao dispor da justiça penal para alcançar a descoberta da verdade material [isto é] ... a actuação dos órgãos de polícia criminal encontra barreira intransponível na protecção constitucional da vida privada, só se permitido uma qualquer invasão aos âmbitos que compõe aquela privacidade (...) quando contida nos parâmetros legalmente estabelecidos.”<sup>79</sup>

As escutas telefónicas podem também comprimir, isto é, acarretar elevado danosidade para certos direitos de personalidade, tais como: o direito à palavra e o direito à imagem (art.º 26 da CRP). Uma vez que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade comporta – na esteira de J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA – um direito à «auto-afirmação» quer em relação a si próprio, quer em relação a quaisquer terceiros ou até mesmo a poderes públicos; comporta também “o direito à auto-exposição na interacção com outros, o que terá especial relevo na exposição não autorizada do individuo nos espaços

---

<sup>76</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 31.

*Cfr.* Os dados de *localização celular* (art.º 252-A do CPP) podem comprimir fortemente os direitos fundamentais, *vide*: condições de admissibilidade: Critério da necessidade ou da perigosidade; obrigatoriedade de comunicação ao JIC; pendência de processo criminal (art.º 187 n.º 1 e art.º 269, n.º 1, al. e) CPP) ou fora de um processo criminal (art.º 252-A n.º 3 do CPP (como medida cautelar e de polícia); validação judicial dos dados obtidos. *In*, SILVA RODRIGUES, BENJAMIN, *Op. Cit.* P. 453 e 454.

<sup>77</sup> Além do mais, há casos em que ainda que haja consentimento a prova será nula. É o que acontece nos casos do art.º 126 do CPP.

<sup>78</sup> CONDE CORREIA, *Ibidem*, *Op. Cit.* Pags. 54 e 55.

<sup>79</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 31.

públicos” – onde releva, em especial, o direito à imagem e o direito à palavra – e ainda o direito “à criação ou aperfeiçoamento de pressupostos indispensáveis ao desenvolvimento da personalidade”. Ora, para efectivação destes direitos, “o direito ao desenvolvimento da personalidade pressupõe, desde logo, a exigência de proibição de ingerências dos poderes públicos ou de poderes privados dotados de poderes públicos (...).”<sup>80</sup>

No que diz respeito ao *direito à palavra* (art.º 26 n.º 1 da CRP), devidamente autonomizado no nosso ordenamento jurídico (ao invés do ordenamento jurídico alemão),<sup>81</sup> faz com que autores tenham entendimentos diferentes quanto à questão de saber se este direito se reporta à palavra falada ou também à palavra escrita. Na esteira de RITA CASTANHEIRA NEVES, cremos que se reconhece através do art.º 26 da CRP “que o valor que se reconduz à protecção constitucional é à palavra falada, pela necessidade de protecção que esta carece, face à sua volatilidade e à expectativa de que a mesma não possa ser reproduzida em mais nenhum contexto espaço-temporal para além daquele em que foi proferida. Efectivamente, o mesmo não sucede com a palavra escrita, que, como bem sabe o emissor que a profere, uma vez trazida ao mundo real ou virtual, fica perpetuada”, sendo certo que, tal como a autora proclama, “entendemos que se pode continuar a reclamar o âmbito de protecção (...) da palavra escrita mesmo quando esta é transmitida através de mecanismos virtuais, tal como pode suceder com a palavra falada”.<sup>82</sup> Como referem J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA o direito à palavra falada “implica (...) o direito à confidencialidade da palavra falada (cfr. Ac. TC n.º 374/01).”<sup>83</sup>

Este direito dá confiança ao seu emissor de que é livre para escolher a quem, como e onde quer proferir as suas palavras, munindo-se da privacidade que pretender para o acto, confiando que o Estado para além de não interferir nesse direito, ainda o protegerá dado a pluridimensionalidade de consequências nefastas que da sua violação poderiam ocorrer nos mais diversos campos, incluindo até no status processual do arguido ou suspeito.<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> Op. Cit. Pags. 464 e 465.

<sup>81</sup> CASTANHEIRA NEVES, *Ibidem*, Op. Cit. P. 45 e 46.

<sup>82</sup> *Ibidem*, Op. Cit. P. 46 e nota de rodapé n.º 72.

<sup>83</sup> Op. Cit. P. 543.

<sup>84</sup> Neste sentido, COSTA ANDRADE in “As escutas telefónicas como meio de obtenção de prova no novo Código de Processo Penal em Macau”, Revista Jurídica de Macau, Vil. IV, n.º 1, Janeiro-Abril, 1977, P. 78, *apud* CASTANHEIRA NEVES, *Ibidem*, Op. Cit. P. 48.

*Vide*, JOSÉ FARIA COSTA: “Somos, porque somos seres falados. E porque somos seres falados somos pensados”, sobre a importância e a necessidade acrescida da protecção da palavra falada, advogando que “a

A palavra falada é como um carisma distintivo da personalidade de cada pessoa enquanto tal, é um direito fundamental e imprescindível. A protecção que é atribuída à palavra falada é feita “independentemente da sua relevância no que concerne à privacidade ou intimidade.”<sup>85</sup> É por demais evidente a lesão deste direito fundamental no recurso às escutas telefónicas pois é “a palavra falada que é interceptada e gravada”, ou seja, “é a fala dos interlocutores e sua entoação (enquanto gravada) que preenche o conteúdo deste meio de obtenção de prova”.<sup>86</sup> Apesar do regime das escutas telefónicas se aplicar também a outras formas de comunicação (art.º 189 do CPP), “a palavra escrita não é posta em causa com a escuta telefónica ou com a interceptação nas outras formas de comunicação sujeitas ao regime jurídico dos artigos 187º e 188º, uma vez que, as comunicações que implicam o uso da palavra escrita encontram-se previstas em outra sede – no regime jurídico da apreensão de correspondência.”<sup>87</sup>

A *liberdade de expressão* estatuída no preceito do art.º 37 da CRP – reflectida no direito das pessoas traduzirem o seu pensamento através da palavra – “seja escrita, falada ou virtual”, é um dos direitos violados com o recurso às escutas telefónicas, pois “se com a escuta se coarta o direito à palavra falada ou virtual, sendo estes direitos uma forma de exercício, do também direito, à liberdade de expressão, este é necessariamente, restringido com a interceptação das comunicações.”<sup>88</sup>

Os *direitos à honra, bom nome e reputação* podem, eventualmente, ser também lesados, para tal basta reflectir o quanto estes direitos andam de “mãos dadas com o direito à palavra”.<sup>89</sup> MANUEL GUEDES VALENTE refere que nestes direitos, se tratam de lesões “indirectas ou à posteriori”. Concordamos com o autor, no sentido em que “o direito ao bom nome e à reputação – honra – preconiza a não ofensa ou lesão da honra, da dignidade ou consideração social através de imputações feitas por outrem e, neste sentido, constitui um limite imanente e inerente aos direitos de liberdade de expressão e de liberdade de imprensa.” Tal como o autor defende, acreditamos ser de máxima importância “que aqueles que interceptam e gravam e transcrevem e lêem as conversas e comunicações devem estar

---

palavra falada é o suposto, a condição e, simultaneamente, o ‘essencial’ segmento onto-antropológico do humano.” *Apud* CASTANHEIRA NEVES, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 49.

<sup>85</sup> CONCEIÇÃO, ANA RAQUEL, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 75.

<sup>86</sup> COSTA ANDRADE *apud* CONCEIÇÃO, ANA RAQUEL, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 75.

<sup>87</sup> CONCEIÇÃO, *Op. Cit.* P. 76.

<sup>88</sup> CONCEIÇÃO, ANA RAQUEL, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 77.

<sup>89</sup> CONCEIÇÃO, *Op. Cit.* P. 77.

dotados de uma formação moral e ética muito sólida para não cederem à tentação de fazer justiça na praça pública ou para não se deixarem corromper.”<sup>90</sup>

O *direito à imagem* (art.º 26 nº 1 da CRP), também lesado no recurso a este meio de obtenção de prova oculto, compreende “o direito de definir a sua própria auto-exposição”, ou seja, neste caso, o direito de cada um de definir a sua imagem e consequente exposição conforme sua livre vontade e conforme os contornos que assim entender.<sup>91</sup>

Em relação a direitos de carácter processual penal, também o *direito a um status processual activo* (art.º 32 nº 1 da CRP) pode ser afectado. Podem ser lesados “em sede de escutas telefónicas algumas das garantias de defesa e seus corolários”, concretamente, o “direito ao silêncio, corolário do direito a não produzir prova contra si próprio.”<sup>92</sup> (Art.º 61 nº 1 al. d) do CPP). Na esteira de ANA RAQUEL CONCEIÇÃO sabemos que a “escuta telefónica (...) não induz intencionalmente o arguido em erro (...) mas (...) o arguido [encontra-se] espontaneamente em erro. Assim, caberá ao legislador estabelecer até que ponto o erro do arguido inquinará a prova obtida. Esse limite é estabelecido, mais uma vez, com os apertados requisitos de admissibilidade da escuta telefónica.”<sup>93</sup>

Facto é que os direitos fundamentais “não são absolutos” e portanto podem “ser legalmente restringidos, nos casos expressamente previstos na Constituição (art.º 18, nº 2, 1ª parte)”.<sup>94</sup> Dai decorre por isso, no caso concreto das escutas telefónicas, que o nosso CPP fornece os pressupostos do recurso às mesmas, sendo aqui de sublinhar a necessidade de despacho fundamentado de autorização da escuta telefónica pelo Juiz de Instrução Criminal (art.º 187 nº 1 do CPP), exibindo assim a importância do «juiz das liberdades» na manutenção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Não obstante esta “protecção” há autores que criticam esta designação, como é o caso de MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, a autora refere

---

<sup>90</sup> *Op. Cit.* P. 145 e 146.

<sup>91</sup> Neste sentido, CANOTILHO, J.J. GOMES; MOREIRA, VITAL; *Ibidem, Op. Cit.* P. 467.

*Cfr.* GUEDES VALENTE, *Ibidem, Op. Cit.* O. 147. Também aqui o autor refere ser um direito fundamental lesado indirectamente. Tal como o direito à honra, ao bom nome e reputação. Por sua vez, os direitos fundamentais da reserva da vida privada e familiar, o direito ao sigilo da correspondência e de outras comunicações e o direito à palavra são lesados directamente. *Op. Cit.* P. 140 a145.

<sup>92</sup> CONCEIÇÃO, *Op. Cit.* P. 81.

“Apesar de não ter uma referência expressa na nossa lei fundamental, resulta como corolário do princípio da presunção de inocência e do nosso modelo de processo penal imposto pela nossa Constituição no art.º 32 da CRP”. P. 81 e 82.

*Cfr.* COSTA RAMOS, VÂNIA, *Op. Cit.*

<sup>93</sup> *Op. Cit.* P. 84.

<sup>94</sup> CONDE CORREIA, *Ibidem, Op. Cit.* P. 59.

não estar “plenamente convencida” defendendo que “por mais que um juiz de instrução se esforce nunca poderá assumir o papel de controlo de certas medidas processuais penais que a lei lhe confere ou sequer um desempenho que faça justiça ao novo nome com que o legislador passou a gostar de designar: o juiz das liberdades.”<sup>95</sup>

Porém, facto é que o despacho fundamentado do JIC revela-se de enorme importância concedendo “segurança jurídica aos cidadãos” na medida em que apenas nos casos expressamente previstos na lei, poderão os direitos fundamentais ser comprimidos e sendo sempre por despacho devidamente justificado do JIC. Todavia, tanto no caso dos direitos fundamentais do art.º 34 n.º 2 e n.º 4 da CRP, como nos do art.º 26 da CRP “o legislador está impedido de criar meios de prova que legitimem de forma abusiva aqueles direitos, sob pena de nulidade (art.º 32, n.º 8, 2ª parte, da CRP)” tendo sempre a intervenção do legislador ordinário de “constar de decreto-lei autorizado, com carácter geral e abstracto e não retroactivo (*cf.* Arts. 18, n.º 3 e 165, n.º 1, al. b), da CRP)” cumulativamente “ser adequada e apropriada aos fins que se propõe atingir”, e ainda “necessária, na medida em que só é admissível quando for impossível utilizar outro meio menos oneroso, e proporcional em relação aos resultados obtidos (art.º 18, n.º 2, da CRP).”<sup>96</sup> Na esteira de BENJAMIN SILVA RODRIGUES, note-se que a ideia de reserva de lei “não se basta com a existência de uma lei prévia, devendo a mesma ser suficiente para com isso permitir que o lesado, alvo da ingerência nas comunicações, goze de um mínimo de protecção legal no seu direito”, conforme refere o autor, uma restrição efectuada dentro do recurso às escutas telefónicas “só fica legitimada numa ponderação de interesses cujo equilíbrio se encontra entre a salvaguarda do núcleo mínimo essencial dos direitos fundamentais envolvidos (...) e, por outro lado, a necessidade de prossecução da investigação criminal, com vista a manter o nível de confiança dos cidadãos nas normas jurídicas e na protecção dos seus direitos fundamentais.”<sup>97</sup>

A eventual restrição jamais poderá assim “afectar o conteúdo essencial do direito em causa, isto é a dignidade da pessoa humana, enquanto essência dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados (art.º 18, n.º 3, da CRP).”<sup>98</sup> Na esteira de J. J. GOMES

---

<sup>95</sup> *In* “Escutas telefónicas – o que não muda com a Reforma”... *Op. Cit.* P. 219.

<sup>96</sup> CONDE CORREIA, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 59.

<sup>97</sup> *Op. Cit.* P. 203. *Cfr.* Art.º 8 CEDH.

<sup>98</sup> CONDE CORREIA, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 59.

CANOTILHO e VITAL MOREIRA no que se reporta às escutas telefónicas, dado o seu carácter de excepcionalidade, tanto as restrições legais como as “intervenções restritivas decididas ou autorizadas pelo Juiz”, devem sempre estar “sujeitas aos princípios jurídico-constitucionais das leis restritivas referidos no art.º 18 (necessidade, adequação, proporcionalidade<sup>99</sup>, determinabilidade), sendo que a lei restritiva jamais poderá “legitimar escutas telefónicas (intercepção, gravação de conversação ou comunicações telefónicas) para a investigação de quaisquer crimes, devendo limitar-se a crimes particularmente graves (...).” Não devendo também “estender ilimitadamente o universo das pessoas suspeitas à escuta (alargamento das escutas a terceiros que não têm qualquer relação com os factos sujeitos a investigação) ”.<sup>100</sup> Tomando ainda a segurança acrescida de que o juiz “não pode autorizar escutas em termos de «mero expediente», pois a decisão judicial de autorização reveste-se das características de intervenção restritiva” e por isso, se exige “uma apreciação rigorosa quanto ao princípio da proporcionalidade, devendo a restrição limitar-se ao estritamente necessário à protecção de direitos e bens constitucionais e à prossecução do interesse subjacente à acção penal (descoberta de um crime concreto e punição do agente ou agentes).” Sendo que inclusive a recolha de prova está “sujeita à imediação do juiz, que se traduz no acompanhamento próximo, temporal e materialmente, da fonte, de forma a poder decidir sobre a manutenção ou alteração da decisão”.<sup>101</sup> Estes critérios observam-se nas escutas telefónicas (arts.º 187 e 188 do CPP), num esforço de aplicação destas máximas constitucionais, espelhando a importância da compressão de direitos e garantias fundamentais obedecerem sempre à dignidade humana, não obstante a iminente danosidade associada ao seu recurso, este meio de obtenção de prova terá sempre de respeitar os imperiosos princípios constitucionais.<sup>102</sup>

---

<sup>99</sup> Neste sentido, *Vide*: SILVA RODRIGUES, BENJAMIM, *Op. Cit.* P. 202.

*Cfr.* GUEDES VALENTE, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 135, 136, 137, 138 e 139.

<sup>100</sup> *Op. Cit.* P. 543.

<sup>101</sup> J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Op. Cit.* P. 543.

*Cfr.* Acs. TC n.º 407/97 e 374/01

<sup>102</sup> *Cfr.* MOURAZ LOPES, JOSÉ, “Escutas telefónicas: seis teses e uma conclusão” in *Revista do Ministério Público*, n.º 104, Out./Dez., 2005, P. 141.

*Cfr.* MARCOLINO DE JESUS, FRANCISCO “Os meios de obtenção de prova em processo penal”, 2011, Almedina Editora Pags. 68, 69 e 70.

*Cfr.* Nunca deve estar em causa “que a dignidade humana é direito fundamental, intransponível, absoluto; e que a justiça não pode fazer-se a qualquer custo, antes a superioridade ética do Estado tem de fazer sentir. Ponderação essa que há-de ser feita, pois, entre a necessidade de investigação, por um lado; e o(s) direito(s) fundamental (ais) conflituante(s), por outro, devendo prevalecer o que, em concreto, se mostrar superior.” MARCOLINO DE JESUS, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 68.

A danosidade que impende sobre o recurso das escutas telefónicas torna imperativo que este recurso só se faça mediante a atenta e cuidada reflexão supra descrita, acrescida da verificação pormenorizada dos pressupostos de admissibilidade (arts. 187 e ss do CPP). É importante sublinhar que este recurso veio acompanhar necessidades crescentes por parte da investigação criminal, apenas justificável em casos ponderados – como último recurso – e para a criminalidade mais grave. Todavia quando me refiro a último recurso, quero dizer que a utilização das escutas telefónicas deve ser feita de forma subsidiária, isto é, “não se trata de ser o último meio a lançar-se mão, num sentido cronológico, mas sim o «último» no plano lógico-funcional. De outro modo, se o critério fosse cronológico, só no fim do inquérito é que haveria lugar a escutas; nessa altura, já não se justificaria porque a prova estaria coligida ou já não se poderia obter porque a oportunidade efectiva ter-se-ia gorado.”<sup>103</sup>

Em suma, não podemos apenas afirmar “sem mais” que são válidas todas as provas que não são proibidas, isto é, somente valem as provas que “sendo ou não proibidas, não contendem, de forma irremediável e insuportável, com a eminente dignidade da pessoa humana, seja ao nível estético-existencial, seja ao nível informativo-comunicacional.”<sup>104</sup>

No seguimento das palavras de LUÍS ANTÓNIO NORONHA NASCIMENTO “é na encruzilhada destas preocupações que faz sentido repensar o feixe central do sistema investigatório naquilo que contende com nichos estruturantes dos direitos fundamentais e com que estes têm de inegociável e inviolável; porque, se assim não for, estaremos a hipotecar o ADN civilizacional do nosso futuro.”<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> ADÉRITO TEIXEIRA, CARLOS, “Escutas telefónicas: A mudança de paradigma e os velhos e os novos problemas” in Revista do CEJ, 1º Sem., nº 9 (especial), Almedina Editora, 2008, P 245.

Cfr. CONCEIÇÃO, ANA RAQUEL, *Ibidem*, Op. Cit. P. 84.

<sup>104</sup> SILVA RODRIGUES, BENJAMIM, *Op. Cit.* P. 498.

<sup>105</sup> *Op. Cit.* P. 5.

Cfr. “A verdade processual, nas sociedades democráticas e de direito, não pode ser procurada a qualquer custo, tem de ser uma verdade “processualmente válida”, para evitar que se posterguem num ápice uma mole enorme de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Deste modo, os desígnios investigatórios não podem menosprezar os legítimos interesses de defesa daqueles que se vêem enredados da malha da actividade de investigação criminal.” In SILVA RODRIGUES, BENJAMIM, *Op. Cit.* P. 475.

### **CAPÍTULO III - OS PRESSUPOSTOS OBJECTIVOS DO RECURSO ÀS ESCUTAS TELEFÓNICAS**

As escutas telefónicas, não obstante a sua utilidade – essencialmente no combate à criminalidade mais grave – são, como vimos, um meio de obtenção de prova bastante lesivo e restritivo dos direitos e garantias fundamentais. Portanto, há que respeitar, cuidadosamente, os pressupostos e requisitos basilares materiais e subjectivos que o legislador ordinário expressamente refere nos preceitos dos arts.º 187, 188, 189 e 190 do CPP. Começemos por enunciar os pressupostos matérias que se deduzem da lei, são eles: a existência de um processo criminal, o despacho fundamentado de autorização por parte do JIC, a autorização da escuta na fase de inquérito quanto a crimes de catálogo (art.º 187 do CPP), e a indispensabilidade do recurso à escuta telefónica.

#### **1 – Pendência de um processo criminal**

Não obstante não estar expressamente consagrado no art.º 187 do CPP no seu n.º 1 a necessidade de que a interceptação e gravação de conversações ou comunicações telefónicas só se possa verificar aquando da existência da pendência de um processo criminal, na esteira de COSTA ANDRADE, “é preciso que haja suspeitas fundadas da prática de crime”, ou seja, “deve haver uma suspeita já fundada em factos determinados”.<sup>106</sup>

Ao contrário do que acontecia no CPP antes da Reforma de 2007 que não se pronunciava directamente sobre esta questão, facto é que sempre decorreria do n.º 4 do art.º 34 da CRP que “é proibida toda a ingerência das autoridades públicas (...) nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo penal”, como refere ANDRÉ LAMAS LEITE “sob pena de este meio de obtenção de prova se converter numa banalizada forma de investigação livre de arrimos que uma espécie de «fase pré-processual», desconhecida entre nós, sempre admitiria”.<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> In “Das escutas telefónicas...”, *Op. Cit.* P. 207.

<sup>107</sup> In “As escutas telefónicas – Algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respectiva violação”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I, Coimbra Editora, 2004, P. 22.

Actualmente, da conjugação do nº 1 do art.º 187 do CPP e do art.º 262 do CPP (cfr. art.º 34 nº 4 da CRP) resulta expressamente só serem possíveis o recurso às escutas telefónicas na fase do inquérito o que pressupõe já a pendência de um processo criminal.<sup>108</sup>

As escutas telefónicas são um meio de obtenção de prova que permite investigar a existência, mais provável do que improvável, de um crime. Ou seja não é permitido utilizar as escutas com carácter preventivo, o que é de fácil compreensão dado a restrição e lesividade que comporta para os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

No ordenamento jurídico Espanhol (cfr. Art.º 579 LECrim), à semelhança do Português, também têm de ser autorizadas as escutas telefónicas “num processo penal em curso”.<sup>109</sup>

Já no ordenamento jurídico Alemão (cfr. § 100) encontramos uma grande diferença em relação ao nosso regime, uma vez que aqui as escutas telefónicas podem ser utilizadas “independentemente da existência de um processo penal, visando as mesmas neste domínio a obtenção de informação e protecção dos titulares de cargos públicos, assim como as escutas telefónicas de mera prospecção, visando a prevenção do cometimento de crimes.”<sup>110</sup> Todavia, segundo KLAUS ROGALL o Tribunal Constitucional Federal Alemão tem apreciado a existência de um “núcleo intangível da vida privada, derivada da própria dignidade da pessoa humana, que não pode ser restringido pela lei”.<sup>111</sup> Conforme KALUS ROGALL fazem parte desse núcleo “processos interiores, tais como sensações, reflexões, opiniões, experiências de natureza pessoalíssima, da vida inconsciente e formas de expressão da sexualidade.”<sup>112</sup>

Cabe ainda referir, no que ao nosso ordenamento diz respeito, e na esteira de MANUEL GUEDES VALENTE que, uma vez que só é (e bem!) permitido o recurso às escutas telefónicas na fase de inquérito, esta devia “ser dominada pelo princípio da não publicidade” apesar de “se prescrever como regra a publicidade do processo crime ab initio (nº 1 do art.º 86 do CPP)” cremos que deixariam de ter a utilidade que podia ter “se na fase

---

<sup>108</sup> Neste sentido também LIMA RODRIGUES, CLÁUDIO, *Op. Cit.* P. 25.

<sup>109</sup> LIMA RODRIGUES, CLÁUDIO, *Op. Cit.* P. 16.

<sup>110</sup> KLAUS ROGALL, *apud* LIMA RODRIGUES, *Op. Cit.* P. 23.

*Cfr.* No ordenamento Jurídico Italiano também são possíveis escutas telefónicas de “cariz preventivo”. *Cfr.* Art.º 266 a 271 do CPPI.

*Op. Cit.* P. 25.

<sup>111</sup> LIMA RODRIGUES, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 23.

<sup>112</sup> *Apud* LIMA RODRIGUES, *Op. Cit.* P. 23.

de inquérito e com as escutas a decorrer, o MP não requerer ao juiz de instrução a validação de aplicação do segredo de justiça”.<sup>113</sup> Porém – e salvo melhor opinião – não é de concordar com MANUEL GUEDES VALENTE quando refere que deixam, conseqüentemente, de estarem cumpridos os “princípios da indispensabilidade da descoberta da verdade ou da impossibilidade de obtenção de prova por outro meio.”<sup>114</sup> Uma vez que não se considera automaticamente que o segredo de justiça implique a desnecessidade das escutas telefônicas, muito menos a possibilidade de obter a prova por outro meio. Isto posto, se o legislador tivesse outra intenção, cremos que teria tratado de configurar o segredo de justiça ao lado dos outros pressupostos exigidos, cumulativamente, no regime das escutas telefônicas.

## **2 – Despacho fundamentado de autorização do Juiz de Instrução Criminal**

Como não poderia deixar de ser a autorização das escutas pressupõe a intervenção através de despacho, devidamente fundamentado, do JIC. (Cfr. art.º 187 nº 1 e nº 2 do CPP; e art.º 97 nº 5 do CPP) Existe uma reserva de competência jurisdicional.<sup>115</sup> (Cfr. Art.º 269, nº 1, al. e) do CPP)

Com este despacho o JIC faz, nas palavras de COSTA ANDRADE “uma tutela preventiva dos direitos fundamentais”.<sup>116</sup> Neste despacho de autorização, o JIC terá de individualizar os “alvos da medida” e o/s número/s de telefone que se pretende escutar.<sup>117</sup>

Esta necessidade é de fácil compreensão, uma vez que o juiz “vai decidir tendo apenas sobre a mesa o pedido e a argumentação da polícia e do Ministério Público.”<sup>118</sup>

Por outro lado, a exigência do despacho fundamentado de forma “autónoma e suficiente” serve também “o propósito de tornar a autorização da medida objecto idóneo de ulterior escrutínio, nomeadamente em sede de julgamento ou de recurso”, em que possa ser questionada, designadamente, a “legalidade e a subsistência ou não de uma proibição de valoração das provas através dela alcançadas”.<sup>119</sup> Da mesma maneira um despacho de

---

<sup>113</sup> In “Escutas telefônicas – da excepcionalidade...”, *Op. Cit.* P. 79.

<sup>114</sup> *Op. Cit.* P. 79.

<sup>115</sup> LAMAS LEITE, *Op. Cit.* P. 23.

<sup>116</sup> In “Métodos ocultos de investigação (pladoyer para uma teoria geral)”, in *Justiça penal Portuguesa e Brasileira – Tendências de Reforma*, 2008, P. 116.

<sup>117</sup> Neste sentido, LIMA RODRIGUES, *Ibidem, Op. Cit.* P. 29.

*Cfr.* Decisão do TEDH Dumitriu Popescu vs. Roménia de 26/04/2007

<sup>118</sup> COSTA ANDRADE, *Ibidem, Op. Cit.* P. 117.

<sup>119</sup> COSTA ANDRADE, *Ibidem, Op. Cit.* P. 116 e 118.

indeferimento deve ser fundamentado de igual modo e com a mesma exigência no que diz respeito ao grau de fundamentação.<sup>120</sup> Os despachos devem ser assim fundamentados “quer com os motivos de facto, quer com a alegação de fundamentos de direito que legitimem a decisão de intervenção”.<sup>121</sup>

Na esteira de LAMAS LEITE, concordamos que devem existir “particulares exigências de fundamentação” quando no decorrer das escutas telefónicas haja a imprescindível necessidade de “atingir a esfera jurídica de terceiros.”<sup>122</sup>

Para além disso, e conforme refere CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA cremos que o legislador utilizou propositadamente a expressão “*despacho fundamentado do juiz de instrução*” (itálico e sublinhado nossos; cfr. art.º 187 n.º 1 do CPP), ora se é certo que qualquer despacho deve ser fundamentado (desde que não se trate de um despacho de mero expediente, cfr. art.º 205 da CRP;), crê-se que a utilização deste termo só vem reforçar esta exigência. Conforme refere o autor “só poderá pretender um grau de fundamentação mais densificada que a da generalidade dos despachos que autorizam meios de obtenção de prova” (cfr. art.º 174; 177 do CPP), sendo certo o que aqui se exige “não se cinge à fundamentação da generalidade dos despachos que o JIC profere nos autos, nem é expectável que constitua uma motivação equivalente à de uma sentença condenatória.”<sup>123</sup> Não podemos concordar, deste modo, com a tese que defende que “a exigência de fundamentação constitui, aparentemente, uma redundância (...)”, porém, se por razões de “desconfiança do legislador”<sup>124</sup> ou não quanto à “vulgarização do recurso a este meio de obtenção de prova”, não cremos ser demais a utilização do preceito “despacho fundamentado” interpretado no sentido de lhe promover uma maior intensidade, peculiaridade e atenção no que diz respeito não só ao (in)deferimento da medida mas às concretas justificações que trazem claros benefícios ao nível do princípio do contraditório e na manutenção da confiança dos cidadãos. Para não falar da evidente protecção dada aos direitos e garantias fundamentais.

---

Cfr. MARQUES SILVA, GERMANO, *In* “Produção e valoração da prova em processo penal”, *in* Revista do CEJ, 1.º Sem., n.º 4, Almedina Editora, 2006, P. 52.

<sup>120</sup> Neste sentido, ADÉRITO TEIXEIRA, CARLOS, *Op. Cit.* P. 246.

<sup>121</sup> SILVA RODRIGUES, BENJAMIM, *Op. Cit.* P. 226.

Cfr. Ac. Tribunal da Relação de Lisboa de 08/11/1994 (Proc. N.º 0079575). Referido na *Op. Cit.* P. 227.

<sup>122</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 34.

<sup>123</sup> ADÉRITO TEIXEIRA, CARLOS, *Op. Cit.* P. 246.

<sup>124</sup> SUSANO, HELENA, “Escutas telefónicas – exigências e controvérsias do actual regime”, Coimbra Editora, 2009, P. 25.

Todavia é importante ainda referir que, e no seguimento de COSTA ANDRADE, os conhecimentos adquiridos depois “especialmente os que a execução da escuta tornou possíveis” não devem ser considerados no momento da autorização da escuta pelo JIC, ou seja, “só pode aferir-se a legalidade da autorização a partir dos conhecimentos disponíveis no momento em que ela é dada”.<sup>125</sup>

É, no entanto, necessário reflectir sobre a questão de saber se, na realidade prática este controlo é feito de forma rigorosa, uma vez que, perante a “falta ou insuficiência de fundamentação só [se] pode ter como resposta contrafáctica a ilegalidade da medida. E a proibição de valoração dos meios de prova por ela tornados possíveis.”<sup>126</sup>

ANDRÉ LAMAS LEITE argumenta que seria útil – à semelhança do que acontece nos ordenamentos jurídicos de Itália e da Alemanha<sup>127</sup> – que havendo razões de “justificada urgência”, ou “fundado receio de perda do material probatório em virtude do atraso na autorização, pelo juiz, do recurso às escutas telefónicas”, estaria o MP possibilitado de recorrer às mesmas, através de “despacho motivado”, sendo certo que, este seria apresentado ao JIC competente “num prazo nunca superior a quarenta e oito horas” com a finalidade deste confirmar ou revogar a medida, “com a consequente inutilização das provas entretanto recolhidas”.<sup>128</sup> Com o devido respeito, não podemos concordar com esta argumentação. Como vimos, as escutas telefónicas representam uma enorme ingerência nos direitos fundamentais, não faz sentido permitir que um JIC – que denominamos, frequentemente, de «juiz das liberdades», um juiz que deve ser um incansável protector das liberdades e garantias dos cidadãos – tomasse conhecimento de determinada ingerência/violação dos direitos fundamentais à posteriori, tomando como princípio de que uma ingerência/violação por quarenta e oito horas é um “espaço permitido”. Colocando na dianteira do Estado de Direito Democrático [ainda que temporariamente] não a protecção dos direitos e garantias

---

<sup>125</sup> *Op. Cit.* P. 117.

<sup>126</sup> COSTA ANDRADE, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 118.

<sup>127</sup> *Cfr.* Art.º 579 n.º 4 da Ley de Enjuiciamiento Criminal;

Esta lei permite em casos de “urgência” o recurso às escutas telefónicas “semprévia autorização judicial, ainda que ficando submetidas ao seu controlo e eventual ratificação judicial num prazo de 72 horas.” SILVA RODRIGUES, BENJAMIM, *Op. Cit.* P. 231.

*Cfr.* § 100 da StPO também prevê esta possibilidade de – nos casos de urgência – a medida de ingerência ser decretada pelo MP “nos casos em que se verificar o periculum in mora”, o dispositivo refere ainda que “«a decisão do MP fica sem efeito se não for confirmada pelo juiz no prazo de três dias»”. SILVA RODRIGUES, BENJAMIM, *Op. Cit.* P. 231.

<sup>128</sup> *Op. Cit.* P. 23.

fundamentais mas sim a finalidade de reprimir um, eventual, crime à custa do sacrifício dos direitos e do sacrifício da reserva de competência jurisdicional. Além do mais urge que não se esqueça que “a estrutura acusatória do nosso processo criminal aliada à natureza da função jurisdicional justifica que seja o juiz, enquanto garante dos direitos fundamentais, a única autoridade a poder ordenar ou autorizar as medidas de ingerências nas comunicações (...).”<sup>129</sup>

Na esteira de BENJAMIM SILVA RODRIGUES “a lei autoriza a intervenção nas comunicações telefônicas, contando que seja um juiz – e só ele – a tomar (ordenar) essa decisão, visto ser o garante dos direitos fundamentais dos cidadãos”, ademais “a autorização compete exclusivamente ao Juiz de Instrução e não admite a sua delegação nos demais actores judiciários”.<sup>130</sup> Por outro lado, em nenhuma parte do Estatuto do MP lhe é atribuída “competência para decretar a gravosa medida restritiva dos direitos fundamentais em que se traduz a «escuta telefónica»”.<sup>131</sup>

É competente para autorizar esta medida o “tribunal territorialmente competente ou o tribunal dos lugares onde a conversação ou comunicação possa ter lugar” (cfr. art.º 187 n.º 2), todavia note-se que neste âmbito há certo tipo de crimes que, na esteira de BENJAMIM SILVA RODRIGUES “demonstra a inoperacionalidade dos critérios actuais de delimitação da competência territorial”.<sup>132</sup> Como refere o autor, um dos possíveis critérios é o de se atender aos dados existentes no momento do surgimento da necessidade de decretar a medida de ingerência nas comunicações electrónicas, ainda que, posteriormente, com esclarecimentos obtidos com o material interceptado, se venha a concluir pela competência de um outro tribunal”, sendo outro critério, eventualmente, possível o do “tribunal da área a partir do qual o crime é cometido”.<sup>133</sup>

Ora, é importante sublinhar na esteira de GERMANO MARQUES DA SILVA que “a exigência de fundamentação é antes de tudo uma questão de transparência” e vai para além

---

<sup>129</sup> SILVA RODRIGUES, BENJAMIM, *Op. Cit.* P. 232.

*Cfr.* Neste sentido também, GUEDES VALENTE, MANUEL MONTEIRO, *Op. Cit.* P. 77 e 78.

<sup>130</sup> *Op. Cit.* P. 214 e 215.

<sup>131</sup> SILVA RODRIGUES, BENJAMIM, *Op. Cit.* P. 230.

<sup>132</sup> *Op. Cit.* P. 234.

<sup>133</sup> SILVA RODRIGUES, BENJAMIM, *Op. Cit.* P. 234.

*Cfr.* Sobre este tema vide: SILVA RODRIGUES, BENJAMIM, *Ibidem*, *Op. Cit.* Págs. 232 e ss.

disso, “visa também o autocontrolo das autoridades judiciárias e o direito de defesa a exercer através dos recursos”, reforçando a “confiança do povo nas decisões dos tribunais”.<sup>134</sup>

### 3 – A indispensabilidade do recurso às escutas telefónicas

Sendo um meio tão gravoso dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos não seria de esperar outra coisa que não a imprescindibilidade ou indispensabilidade do recurso a este meio de obtenção de prova, por forma, a ele ser possível, legitimamente, recorrer. Ou seja, como expressa e inequivocamente refere o teor do nº 1 do art.º 187 do CPP, o recurso às escutas telefónicas só é permitido “*se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter*”. (Itálico nosso)

Tal como alude ADÉRITO TEIXEIRA “onde antes se dizia que a diligência” do recurso às escutas telefónicas tinha de ser “de grande interesse para a descoberta da verdade”, hoje lê-se um o critério de “indispensável” ou “impossível ou muito difícil de obter alcançar e, decerto, tal alteração não constitui, apenas, um modo enfático de dizer a mesma coisa.”<sup>135</sup>

Como refere LAMAS LEITE só se pode recorrer às escutas telefónicas “quando houver razões objectiva e judicialmente controláveis que permitam concluir que já foram utilizados malogradamente outros meios de prova, ou que o recurso às escutas telefónicas (mesmo que o primeiro a ser usado) é o mais eficaz, atendendo à natureza do crime e das suas circunstâncias”.<sup>136</sup> Concordamos com o autor, e conforme refere, não é de admitir o recurso a este meio de obtenção de prova como forma a evitar “maiores trabalhos” se se tivesse de recorrer a outros meios que comprimissem menos os direitos fundamentais.<sup>137</sup>

Não cremos portanto que – contrariamente a opinião de alguns autores, designadamente HELENA SUSANO – o objectivo do legislador, com este pressuposto, fosse reduzir o número de escutas realizadas, nem acreditamos que seja seu objectivo manifestar uma “preocupação (...) em positivar que as escutas só podem ser autorizadas em

---

<sup>134</sup> *Op. Cit.* P. 52.

*Vide:* como refere o autor “a fundamentação actua assim como garantia de apreciação racional da prova legalmente obtida no processo.” *Op. Cit.* P. 52.

<sup>135</sup> *In* “escutas telefónicas: a mudança de paradigma e os velhos e os novos problemas”, *in* Revista do CEJ, 1º Sem., nº 9, Almedina Editora, 2008, P. 243

*Cfr.* Neste sentido também: SUSANO, HELENA, *in* “Escutas telefónicas – exigências e controvérsias do actual regime, Coimbra Editora, 2009, P. 21.

<sup>136</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 26.

<sup>137</sup> *Op. Cit.* P. 26.

última ratio” num sentido temporal, isto é, mostrar que o recurso às escutas telefónicas só será feito “por exclusão de [outros] meios”.<sup>138</sup>

De facto, para além de um “princípio de subsidiariedade”<sup>139</sup> a respeitar escrupulosamente, é necessário passar por um filtro de “ideia de adequação”, isto é, “é essencial demonstrar que, em concreto, este meio de obtenção de prova é idóneo à recolha do material probatório.”<sup>140</sup> Aqui é necessário ainda analisar o princípio da subsidiariedade sob duas ópticas cumulativas, sendo que cada uma delas representa um filtro específico. Por um lado, “a escuta tem que ser necessária, no sentido em que é o único meio através do qual se pode coligir o material probatório relevante, dando-se assim cumprimento ao princípio da necessidade ou indispensabilidade, enquanto princípio que emana da proibição do excesso e, por isso, com assento constitucional no art.º 18, nº 2 da CRP”.<sup>141</sup> Por outro lado, é necessário “dar cumprimento ao princípio da adequação (art.º 18, nº 2 da CRP), exigindo que a medida seja adequada para a descoberta do material probatório pretendido pela investigação.”<sup>142</sup> LAMAS LEITE refere ainda a necessidade de existir um “interesse qualificado”<sup>143</sup> para que se possa recorrer às escutas telefónicas.

A actual redacção do art.º 187 nº 1 do CPP exige, portanto, uma “mais exigente ponderação” tanto em relação à proporcionalidade da diligência, como à sua concreta adequação e idoneidade, como exige também, não uma “mera suspeita” mas sim uma suspeita verdadeiramente fundada da prática de um dos crimes de catálogo.<sup>144</sup> Isto não significa, todavia, uma certeza da prática de um crime, nem tal poderia ser. Se assim fosse a diligência das escutas telefónicas não seria indispensável e não cumpriria os requisitos/pressupostos da sua autorização. As escutas telefónicas seriam inúteis. O que se quer dizer é que “uma fundada suspeita pressupõe que já haja um certo nível de indícios” e que por exemplo “uma simples denuncia não pode, por si só, fundamentar uma promoção ou uma autorização judicial de intercepção telefónica”.<sup>145</sup>

---

<sup>138</sup> SUSANO, HELENA, *Op. Cit.* P. 23 e 24.

<sup>139</sup> *Cfr.* Neste sentido também ADÉRITO TEIXEIRA, *Op. Cit.*, P. 243 e 244.

*Cfr.* COSTA ANDRADE, MANUEL in “Bruscamente no verão...”, *Op. Cit.* Págs. 142 e ss.

<sup>140</sup> LAMAS LEITE, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 27.

<sup>141</sup> LIMA RODRIGUES, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 34.

<sup>142</sup> LIMA RODRIGUES, *Op. Cit.* P. 34.

<sup>143</sup> *Op. Cit.* P. 27.

<sup>144</sup> ADÉRITO TEIXEIRA, *Op. Cit.* P. 244.

<sup>145</sup> ADÉRITO TEIXEIRA, *Op. Cit.* P. 244.

No ordenamento jurídico alemão, na esteira de KAUS ROGALL encontramos a necessidade no § 100 inciso 1º de as escutas só poderem ser autorizadas mediante “factos, capazes de alicerçar a suspeita da comissão de um delito grave, delito esse que se identifica com o catálogo legal do inciso 2º do citado paragrafo”, para além disso tem de se revelar uma diligência “necessária para o esclarecimento dos factos ou para a investigação do paradeiro do arguido, verificando-se essa mesma necessidade sempre que aquelas tarefas se revelem muito difíceis ou impossíveis de realizar por outros meios”<sup>146</sup>

À semelhança do que se passa no ordenamento jurídico português, à luz da StPO são exigidos requisitos como: a “existência de circunstâncias determinadas que permitam fundar a suspeita de que alguém cometeu (...) um facto punível elencado no § 100”; e o carácter de subsidiariedade da interceptação das conversações ou comunicações.<sup>147</sup>

O TEDH tem, igualmente, entendido na sua interpretação do segmento do art.º 8, nº 2 d CEDH, que não se pode descurar da necessidade de observar o princípio da proporcionalidade “na parte em que se exige que a medida seja necessária numa sociedade democrática.”<sup>148</sup>

#### **4 – Suspeita do preenchimento de algum dos crimes elencados no catálogo do art.º 187 do CPP**

A interceptação e a gravação de conversações só poderá ser autorizada pelo JIC, através de despacho devidamente fundamentado, se se mostrar absolutamente indispensável para a descoberta da verdade material ou se se puder prever que, sem a elas recorrer, a prova seria muito difícil ou até impossível de obter, havendo suspeitas fundadas da prática de crimes elencados no art.º 187 do CPP e só a eles, sendo esses crimes taxativos no que concerne à possibilidade do recurso às escutas telefónicas.

Como tivemos oportunidade de reflectir, é essencial que o recurso às escutas telefónicas só se faça mediante uma rigorosa ponderação e necessidade, tendo em conta a enorme restrição que acarreta para os demais direitos fundamentais, sendo certo que, cumulativamente, só poderá recorrer a esta diligência em certos tipos de criminalidade e nos crimes de catálogo. (Cfr. art.º 187 nº 1 do CPP) Para além dos demais requisitos materiais, têm de estar,

---

<sup>146</sup> KAUS ROGALL *apud* LIMA RODRIGUES, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 21.

<sup>147</sup> LIMA RODRIGUES, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 22.

<sup>148</sup> LIMA RODRIGUES, *Op. Cit.* P. 34.

concomitantemente, presentes a fundada suspeita e que essa suspeita se reporte a um dos crimes elencados no art.º 187 nº 1 do CPP. Na esteira de LIMA RODRIGUES, cremos que “o grau de convicção” que a lei exige trata-se de “uma maior probabilidade de o facto criminoso se ter praticado do que o inverso”, ou seja, “de que existe uma probabilidade razoável de um determinado agente ter cometido aquele crime”, no fundo trata-se de existir “factos concretos e determinados que a sustentam e não meras suposições.”<sup>149</sup>

Do catálogo de crimes do nº 1 do art.º 187, podemos sintetizar: “crimes designados de criminalidade grave – puníveis com pena de prisão superior no seu máximo, a três anos de prisão (cfr. al. a) do nº 1 do art.º 187); - crimes de complexa investigação e especialíssima gravidade, tráfico de estupefacientes, armas, engenhos explosivos, matérias explosivas e análogas, contrabando (cfr. als. B), c) e d) do nº 1 do art.º 187); e de difícil produção de prova e, por conseguinte, de difícil investigação, apesar de punidos com pena inferior, no máximo, a 3 anos de prisão, injúria, ameaça, coacção de devassa da vida privada e perturbação da paz e sossego praticados por telefone fixo e móvel (cfr. al. e) do nº 1 do art.º 187 do CPP).”<sup>150</sup>

A reforma de 2007 veio introduzir no catálogo de crimes a al. f) e g) do art.º 187 do CPP. A adição da al. g) pretende localizar o condenado evadido “através da localização das comunicações telefónicas por ele realizadas depois da evasão”, o objectivo não é “a obtenção de prova de qualquer ilícito”, tratando-se aqui – conforme refere HELENA SUSANO – “de um mero instrumento de captura”.<sup>151</sup> Existem alguns autores – tal como PINTO DE ALBUQUERQUE e MATA-MOUROS – que argumentam a inconstitucionalidade da norma, o primeiro porque defende violar o princípio da adequação e da proporcionalidade, (cfr. art.º 18 da nossa lei fundamental); e a segunda por entender que a realização de escutas telefónicas com o objectivo de “mera localização do arguido ... viola o princípio da proporcionalidade e da adequação.”<sup>152</sup> LAMAS LEITE, por sua vez, não obstante criticar o preceito, não o considera ferido de inconstitucionalidade.<sup>153</sup>

---

<sup>149</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 31.

*Cfr.* COSTA ANDRADE “Bruscamente no verão...”, *Op. Cit.* Págs. 142 e ss.

*Cfr.* GUEDES VALENTE, *Ibidem*, “Escutas telefónicas...”, *Op. Cit.* P. 76.

<sup>150</sup> GUEDES VALENTE, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 76 e 77.

<sup>151</sup> *Op. Cit.* P. 29.

<sup>152</sup> SUSANO, HELENA; *Op. Cit.* P. 29, 30 e 31.

<sup>153</sup> *Cfr.* SUSANO, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 30.

Acompanhamos HELENA SUSANO quando defende que, efectivamente, no caso da al. g) do nº 1 do preceito do art.º 187 do CPP “as escutas não são indispensáveis” e por isso, “afigura-se muito improvável, se não mesmo impossível, que se possam autorizar” as escutas telefónicas com respeito pelos requisitos materiais de admissibilidade das mesmas “quando o crime objecto de investigação seja o de evasão”; como defende a autora há uma “contradição intrínseca entre a natureza deste delito e os requisitos de admissibilidade das escutas... [tornando] inadmissíveis” o seu recurso, sendo um “despacho que as autorize... nulo, nos termos do disposto no art.º 190.”<sup>154</sup>

Ainda no que diz respeito à lista do catálogo de crimes acompanhamos LAMAS LEITE quando refere que a al. a) do nº 1 do art.º 187 do CPP, devia ser substituída por “uma moldura penal abstracta mais alta (v.g. 5 anos), assim reforçando-se o seu carácter de última ratio e desta forma conseguindo-se um equilíbrio entre os direitos fundamentais em questão que nos pareceria mais acertado.”<sup>155</sup> Além do mais, na esteira de GUEDES VALENTE, nem devíamos poder afirmar que a al. a) do nº 1, do art.º 187 retrata “crimes designados de criminalidade grave”, para tal seria necessário que se reportassem a crimes puníveis com pena de prisão superiores a 5 anos<sup>156</sup>, como sugere LAMAS LEITE.

Já no que diz respeito aos tipos que constam do nº 2 do art.º 187, que refere expressamente que “a autorização a que alude ... [o nº 1 do art.º 187] pode ser solicitada ao juiz dos lugares onde eventualmente se puder efectivar a conversação ou comunicação telefónica ou da sede da entidade competente para a investigação criminal” se se tratar dos crimes previstos no elenco do nº 2. (Itálico nosso) Como refere HELENA SUSANO, estes tipos de crime “não constituem apenas um subconjunto dos previstos na al. a) do nº 1”, de facto o que sucede é que dada a sua “gravidade e necessidade de celeridade na investigação” se justifica e impõe “uma excepção à determinação da competência judicial para a concessão

---

<sup>154</sup> *Op. Cit.* P. 30. *Cfr.* A autora defende, todavia, que ao contrário do que argumenta PINTO DE ALBUQUERQUE, o facto de se incluir o crime de evasão no catálogo de crimes “não viola o princípio da adequação e proporcionalidade” se não existir outra forma “de localizar o condenado por crime do catálogo”. A autora argumenta ainda que, “no caso, o interesse público deve prevalecer em detrimento dos direitos do condenado evadido”. Justificando-se, no entanto, outra “formulação da norma, designadamente sem a subsunção da autorização aos requisitos do artigo, para que possa subsistir nos termos em que o legislador a deixou exarada na al. g).” *Op. Cit.* P. 31.

<sup>155</sup> *Ibidem, Op. Cit.* P. 25.

<sup>156</sup> GUEDES VALENTE, *Ibidem, Op. Cit.*, P. 76 e nota de rodapé nº 156 O autor advoga que “consideramos que se enquadram no âmbito de criminalidade grave os crimes puníveis com pena de prisão superior a 5 anos, devendo todos os crimes puníveis com pena de prisão inferior a 5 anos serem inseridos no âmbito da criminalidade de massa.”

da autorização das escutas telefónicas, em conformidade com o disposto nos arts. 19º a 31º. Neste nº 2, a al. c) acrescenta ao nº 1 o tipo previsto no art.º 245 do CP e a al. d) os ilícitos previstos nos arts. 311, nº 2, 316º, nº 4, e 318º nº 2 do CP.”<sup>157</sup>

Ou seja, a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações é permitida no ordenamento jurídico português desde que preenchidos os demais requisitos do seu recurso aliado, cumulativamente, à suspeita do preenchimento dos crimes de catálogo sendo certo que o catálogo se reporta à devida conjugação do nº 1 e do nº 2 do art.º 187, “sendo que muitos dos constantes” do nº 2 “já se encontram inclusos na al. a) do nº 1”, servindo – na esteira de HELENA SUSANO – esta redacção para que, “simultaneamente, acrescentar o elenco do nº 1 e atribuir competência para ordenar as escutas, quanto ao aditamento e ao subconjunto, ao JIC do local onde eventualmente se puder efectivar a conversação ou comunicação, cuja autorização deverá ser levada ao conhecimento do JIC do processo no prazo de setenta e duas horas. (nº 3).”<sup>158</sup>

Entre nós, a existência de escutas telefónicas apenas de natureza repressiva não significa a certeza de determinado crime (de catálogo), caso contrário, não seria necessário recorrer a este meio de obtenção de prova, aliás, nem tal seria permitido. E por isso, na esteira de BENJAMIM RODRIGUES usar este meio de obtenção de prova “para efeitos de repressão criminal” seria implicar “o aniquilamento do direito à reserva da intimidade da vida privada pessoal e familiar, rectius, privacidade e contende com o teor dos artigos 34º, nº 4 e 35º, nº 4 da CRP.”<sup>159</sup> E por isso, acompanhamos SCHLÜCHTER quando refere a necessidade de estar perante a suspeita de “um crime consumado ou, pelo menos, de tentativa punível. A investigação de actos preparatórios só legitimará o recurso à escuta telefónica quando revista a forma de factos puníveis”, tentando-se, desta forma, impedir que “uma instância de perseguição criminal dê guarida a meras medidas preventivas”.<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> *Op. Cit.* P. 31.

*Cfr.* GUEDES VALENTE, *Op. Cit.* P. 77.

<sup>158</sup> *Op. Cit.* P. 31 e 32.

<sup>159</sup> *Op. Cit.* P. 509.

<sup>160</sup> SCHLÜCHTER *apud* LIMA RODRIGUES, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 25.

*Cfr.* Nas palavras de LIMA RODRIGUES “é por via do estabelecimento deste catálogo de crimes que o legislador processual penal pretendeu dar expressão ao princípio da ponderação de bens, enquanto dimensão do princípio da proporcionalidade (art.º 18, nº 2 da CRP), funcionando este último – assim como refere LORENA BACHMAIER – “um importante factor de correcção e limitação da adopção de medidas restritivas de direitos fundamentais”. *Apud* LIMA RODRIGUES, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 31 e 32.

*Cfr.* LAMAS LEITE, ANDRÉ, *Op. Cit.* P. 26.

Já no que diz respeito ao ordenamento jurídico italiano, o art.º 266 n.º 1 do CPPI, refere que a “escuta telefónica não é admitida para a busca de matéria probatória relativamente a todos os tipos legais de crime, mas tão-somente relativamente aos elencados” no preceito supra enumerado.<sup>161</sup> Todavia, diferentemente do que sucede no nosso ordenamento jurídico, alguns preceitos italianos “preveem o que os autores italianos chamam de interceptação preventiva, isto é, a interceptação com o fim de prevenção ou de aquisição de informações relativamente a certos delitos, sem que no entanto tais resultados possam ter utilização processual”.<sup>162</sup> Existe ainda um “aligeiramento da exigência geral”, uma vez que ainda que “esteja em causa criminalidade organizada ou ameaça por meio de telefone, o Direito italiano basta-se... com indícios suficientes”<sup>163</sup> para autorizar esta medida de obtenção de prova.

Igualmente diferente do que sucede no ordenamento jurídico Português, a lei alemã – à semelhança da lei italiana – permite o recurso à interceptação de conversações ou comunicações telefónicas “de mera prospecção, visando a prevenção do cometimento de crime”.<sup>164</sup> O § 100 da StPO elenca os factos puníveis, sendo certo que, para recorrer à diligência das escutas telefónicas terá de se suspeitar da prática de um desses crimes, ainda que como autor ou participante, na esteira de KLAUS ROGALL “para tanto não são suficientes meras suposições.” Isto é, é necessário que “a suspeita ... [corresponda] a um dos factos puníveis mencionados e deve ter alcançado uma certa medida de concretização, através do material fáctico conclusivo do mundo externo e interno dos eventos.”<sup>165</sup> Uma vez que – à semelhança do que defendemos pela interpretação no nosso ordenamento jurídico – a lei alemã “exige expressamente que esteja em causa um crime consumado, uma tentativa punível ou a prática dos actos preparatórios puníveis.”<sup>166</sup>

---

<sup>161</sup> LIMA RODRIGUES, *Op. Cit.* P. 18.

<sup>162</sup> MORELLO, MICHELE apud LIMA RODRIGUES, *Ibidem, Op. Cit.* P. 18 e 19.

<sup>163</sup> LIMA RODRIGUES, *Op. Cit.* P. 19.

<sup>164</sup> KLAUS ROGALL apud LIMA RODRIGUES, *Ibidem, Op. Cit.* P. 23.

<sup>165</sup> Apud LIMA RODRIGUES, *Ibidem, Op. Cit.* P. 21 e 22.

<sup>166</sup> LAMAS LEITE, *Ibidem, Op. Cit.* P. 26.

## CAPÍTULO IV – OS PRESSUPOSTOS SUBJECTIVOS DO RECURSO ÀS ESCUTAS TELEFÓNICAS

### 1 - Quem pode ser alvo de escutas telefónicas

Depois de analisados os pressupostos subjectivos/materiais de que depende a admissibilidade do recurso às escutas telefónicas, cumpre agora delimitar o seu âmbito subjectivo, isto é, balizar os eventuais sujeitos que podem, efectivamente, ser alvo deste meio de obtenção de prova.

Antes da revisão elaborada em 2007 não havia uma delimitação concreta das pessoas que podiam ser alvo das escutas telefónicas, todavia, “a polémica à volta do processo conhecido por «processo casa pia», em que foram feitas gravações de pessoas altamente colocadas na política fez com que o legislador de 2007 estabelecesse a limitação que consta agora do art.º 187 n.º 4 do CPP.”<sup>167</sup>

Ora, atentemos ao teor do n.º 4 do preceituado no art.º 187 do CPP:

*“4 - A interceptação e a gravação previstas nos números anteriores só podem ser autorizadas, independentemente da titularidade do meio de comunicação utilizado, contra:*

*a) Suspeito ou arguido;*

*b) Pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido; ou*

*c) Vítima de crime, mediante o respectivo consentimento, efectivo ou presumido.”* (Itálico e sublinhado nosso)

Perante esta novidade da reforma de 2007, podemos delimitar como sujeitos, eventualmente, alvos de escutas processuais, para além do suspeito ou arguido, a vítima de um crime mediante o consentimento da mesma e ainda “pessoa relativamente à qual haja fundadas razões” para acreditar que é um intermediário.

#### 1.1 - O Suspeito ou Arguido

---

<sup>167</sup> MARQUES DA SILVA, GERMANO, in “Curso de Processo Penal II”, 4ª Ed.; Editorial Verbo, 2008, P. 249.

Cfr. ADÉRITO TEIXEIRA, *Ibidem*, Op. Cit. P. 246.

Cfr. SILVA RODRIGUES, BENJAMIM, *Ibidem*, Op. Cit., Nota XXIX, P. 501.

No que concerne à utilização deste meio de obtenção de prova em relação aos arguidos a nossa doutrina é controversa, pois o recurso a este meio de obtenção de prova oculto pode colocar em causa uma importante garantia processual, restringindo-a. Ora, vejamos, por um lado há que considerar o direito ao silêncio de que o arguido enquanto tal dispõe, (direito a não se auto incriminar) isto é, um “corolário do direito a não produzir prova contra si próprio”.<sup>168</sup> Na opinião de ANA RAQUEL CONCEIÇÃO trata-se de um princípio que nem sempre respeitado.<sup>169</sup> Isto porque, na esteira de alguns autores “o direito ao silêncio e a não se auto-incriminar será de aplicar analogicamente sempre que o cumprimento da prestação da informação exponha a pessoa ao perigo de uma perseguição penal ... [mas] tal não significa, porém, que eles tenham um carácter absoluto, antes podem, em determinadas condições ser legalmente restringidos”.<sup>170</sup> Concordamos com a autora quando refere que as escutas telefónicas podem ser admitidas em relação aos arguidos tendo, porém, em conta o respeito por determinados pressupostos, tais como o dever de estarem previstas em lei prévia e expressa e obedecer ao princípio da proporcionalidade e da necessidade, em conformidade com o disposto no nº 2 do art.º 18 da CRP, sendo que este segundo pressuposto exige uma apreciação em concreto da natureza dos conflitos em causa; observados estes pressupostos deverá considerar-se jurídico-constitucionalmente admissível a restrição desta garantia processual.<sup>171</sup> Isto posto, não consideramos que com a escuta telefónica se esteja a “desvirtuar o seu direito ao silêncio, as suas conversações ou comunicações podem-se revelar de grande interesse para a descoberta da verdade material”, sendo certo que, cumpridos os pressupostos da devida ponderação, acaba por pesar mais na “balança da

---

<sup>168</sup> CONCEIÇÃO, ANA RAQUEL, *in* “Escutas Telefónicas – Regime...” P.109.

*Cfr.* Artigo 58º nº 4; Artigo 141º; Artigo 144º; Artigo 343º; Artigo 345º do CPP... entre outros.

*Cfr.* “O direito ao silêncio tem vindo a ser adoptado pela maioria das legislações processuais penais dos Estados de Direito modernos, assim como tem vindo a merecer consagração escrita em documentos internacionais de protecção dos Direitos do Homem, como é o caso do artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do artigo 14º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos da ONU.” FIGUEIREDO DIAS, JORGE; COSTA ANDRADE, MANUEL; COSTA PINTO, FREDERICO DE LACERDA; *in* “Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova”, Fevereiro 2009, Almedina Editora, P. 37.

*Cfr.* Este direito está intimamente conectado com o direito “à não auto-incriminação, entendido como o direito de não contribuir para a sua própria incriminação, conhecido por *privilege against self-incrimination* ou ainda através do brocardo latino *nemo tenetur se ipso accusare* ou *nemo tenetur se delegere*” [...] FIGUEIREDO DIAS; COSTA ANDRADE; COSTA PINTO; *Ibidem, Op. Cit.* P. 37.

<sup>169</sup> Neste sentido, CONCEIÇÃO, *Ibidem, Op. Cit.* P. 109.

<sup>170</sup> FIGUEIREDO DIAS; COSTA ANDRADE; COSTA PINTO; *in* “Supervisão...”, P. 44.

Os autores salientam como exemplos desta restrição, designadamente, as perguntas sobre a sua identidade, elemento constante do preceituado na al. b) do nº 3 do artigo 61º do CPP.

<sup>171</sup> FIGUEIREDO DIAS; COSTA ANDRADE; COSTA PINTO; *in* “Supervisão...”, P. 45.

concordância prática dos interesses em conflito no processo penal, este interesse”.<sup>172</sup> Neste sentido tem entendido também a jurisprudência do TC que tem considerado não existir “qualquer desconformidade constitucional...[com as normas dos arts.º 60 e 61 n.º 1 al. d) do CPP]... por isso, terá o arguido de se sujeitar a escutas telefónicas desde que, estejam reunidos os pressupostos e requisitos legais.”<sup>173</sup>

Além disso – nas palavras de LAMAS LEITE – “com a constituição de arguido, este passará, se porventura envolvido no crime sob investigação, a ter cuidados acrescidos e até nem utilizar telefones ou meios análogos”, porém, este facto não significa que a escuta se torna inútil, uma vez que “haverá sempre a hipótese de recolha – desde que que persista, repita-se, o conjunto de requisitos em análise – de novos elementos de prova, de descoberta de participantes ou de locais ou objectos utilizados na actividade criminosa.”<sup>174</sup> Segundo a ANA RAQUEL CONCEIÇÃO – sendo constituído arguido – o individuo poderá, eventualmente, tomar medidas de cautela nas conversas telefónicas, perdendo a espontaneidade das conversações. E conseqüentemente, danificará o elemento “surpresa” do recurso a este meio de obtenção de prova, o que em boa medida comporta a maior ou menor utilidade no recurso às escutas telefónicas. Esta perda de “espontaneidade” que caracteriza e dota a escuta telefónica de uma grande eficácia na obtenção de elementos de prova” poderá assim resultar na sua menor eficácia.<sup>175</sup>

Não cremos que a constituição de arguido faça perder a perspectiva sobre utilidade da escuta telefónica no caso de existir constituição de arguido no processo.

Por outro lado há que considerar que, se reflectirmos bem na questão, se isto não fosse permitido, bastaria que o individuo requeresse a sua constituição como arguido para, automaticamente, estar excluído da hipótese de ser alvo das escutas telefónicas, e este meio de obtenção de prova já não poderia ser contra ele utilizado, o que ai sim, se inutilizaria o recurso ás escutas telefónicas em imensos casos e no limite, dificultaria ou impossibilitava a própria investigação criminal.<sup>176</sup>

---

<sup>172</sup> CONCEIÇÃO, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 110

<sup>173</sup> MARCOLINO DE JESUS, FRANCISCO, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 237.

*Cfr.* Ac. do TC 155/2007, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 237.

<sup>174</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 23.

<sup>175</sup> *Op. Cit.* P. 109.

<sup>176</sup> CONCEIÇÃO, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 110.

Poderíamos colocar ainda a questão da admissibilidade de utilização do meio de obtenção de prova das escutas telefónicas a pessoa colectiva arguida. Neste caso, as escutas telefónicas só serão admissíveis no caso de determinada e concreta pessoa estar a agir em nome e no interesse da pessoa colectiva. É, importante, nas palavras de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE “a máxima prudência na autorização da escuta a pessoa colectiva, devendo esta restringir-se àquelas pessoas físicas em relação às quais há fundadas razões para supor que têm um relacionamento directo com o crime.”<sup>177</sup>

Em relação aos números de telefone a interceptar no recurso a esta medida, diz-nos a jurisprudência, designadamente, de acordo com o Acórdão do TEDH Dumitriu Popescu V. Roménia de 26/04/2007, os números de telefone a ser interceptados também devem ser especificados, porém “nem o arguido nem o suspeito têm de ser proprietários do telefone (Acórdão do TEDH Lambert v. França de 24/08/1998), no caso da autorização das escutas a telemóvel [...] esta só deve ser autorizada em relação ao nº atribuído ao arguido ou suspeito, negando-se a escuta dos sucessivos cartões que no mesmo venham a ser introduzidos, bem como os sucessivos aparelhos que venham a albergar esses cartões.”<sup>178</sup>

Entendimento semelhante têm os autores MATA-MOUROS e PINTO DE ALBUQUERQUE que argumentam que a escuta só pode ser autorizada “em relação ao número telefónico atribuído e não ao aparelho e sucessivos cartões que no mesmo venham a ser introduzidos, bem como aos sucessivos aparelhos onde venham a funcionar esses cartões.”<sup>179</sup>

---

<sup>177</sup> ALBUQUERQUE, PAULO PINTO; in “Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem” – 3ª Ed.; Universidade Católica Portuguesa; Lisboa 2009; P. 512. – O autor advoga que desta forma, não será de estranhar que não seja admissível efectuar uma escuta a «intermediários» de pessoas colectivas, ou seja, “de pessoas que recebem e transmitem mensagens destinadas ou provenientes de pessoas colectivas, na medida em que este grupo de alvos pode ser tão vasto que é totalmente indefinido.” *Op. Cit.* P. 512.

<sup>178</sup> ALBUQUERQUE, PAULO PINTO; *Ibidem, Op. Cit.* P. 509.

*Cfr.* Neste sentido, vide: SUSANO, HELENA, *Ibidem, Op. Cit.* P. 33 e seguintes.

*Cfr.* Todavia, há jurisprudência em sentido diverso, como é o caso do Acórdão do TRL de 10/12/2003 “que permite a escuta a todos os números telefónicos utilizados com o mesmo IMEI.” *Op. Cit.* P. 509.

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

*Cfr.* MATA-MOUROS, MARIA DE FÁTIMA, “Sob escuta – reflexões sobre o problema das escutas telefónicas e as funções do juiz de instrução criminal”, Principia, publicações universitárias e científicas, 1ª ed., 2003, Págs. 44 e 45.

<sup>179</sup> SUSANO, HELENA, *Op. Cit.* P. 33

*Cfr.* PINTO DE ALBUQUERQUE, *Op. Cit.* P. 504.

Não podemos concordar com este entendimento, na esteira de HELENA SUSANO defendemos que cada caso é um caso e que “cada situação deve ser devidamente ponderada”, podendo acontecer que “num processo em que há notícia que o alvo utiliza vários cartões, seja interceptado através do aparelho que possui, assim abarcando todos os cartões nele utilizados, e através dos cartões, interceptando vários aparelhos, consabido que é que para se furtarem às malhas da investigação, os suspeitos ou arguidos utilizam diversos telefones e vários cartões, alterando amiúde a sua fonte de comunicação.”<sup>180</sup> É necessário que a investigação criminal acompanhe a “crescente evolução tecnológica” e todas as formas e métodos a ela associados que permitem aos agentes esquivarem-se da investigação.<sup>181</sup>

No ordenamento jurídico espanhol, na esteira do art.º 579 da LECrim., no que diz respeito ao telefone a escutar, interpreta-se que “não tem de ser necessariamente o telefone do arguido, podendo ser o telefone de uma empresa ou de um hotel”, porém, “nestes casos a polícia deve abster-se de gravar as conversações alheias ao destinatário da medida.”<sup>182</sup> O que a nosso ver, é algo difícil de prever.

Como alude LIMA RODRIGUES, seguindo o art.º 579 da LECrim., também pode ser escutado “o telefone de terceiro, desde que o arguido se sirva deste para realizar os seus fins criminosos” mas, “tem de haver uma conexão entre esse terceiro e o suspeito da prática do crime, como por exemplo receberem comunicações do suspeito ou fazerem chamadas sobre sua ordem.”<sup>183</sup>

Por sua vez, no ordenamento jurídico alemão, o § 100 da StPO, estatui que podem ser alvo da medida de escutas telefónicas o arguido ou “pessoas que para ele recebem ou transmitem informações e as pessoas cujo equipamento é utilizado pelo arguido, sendo a vigilância levada a cabo através de operadores de comunicações, não sendo assim necessário tratarem-se de operadores profissionais.”<sup>184</sup> Conforme elucida KLAUS ROXIN, não obstante a medida se dirigir, em regra, “contra o imputado”, facto é que “a ordem também pode afectar terceiros não suspeitos quando, em razão de circunstâncias determinadas, possa

---

<sup>180</sup> SUSANO, HELENA, *Op. Cit.* P. 34.

<sup>181</sup> *Cfr.* Neste sentido, SUSANO, HELENA, *Op. Cit.* P. 34.

<sup>182</sup> LIMA RODRIGUES, *Op. Cit.* P. 17

<sup>183</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 17. Refere a decisão do Supremo Tribunal 1200/2009 que é de extrema importância que “existam indícios, entendidos como dados objectivos, verificáveis, seriamente sugestivos da prática do crime ou da participação do mesmo, por parte do suspeito escutado”. (*Cfr.* n.º 3 do art.º 579 da LECrim.), *Op. Cit.* P. 17.

<sup>184</sup> KLAUS ROGALL *apud* LIMA RODRIGUES, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 21.

supor-se que eles recebem ou transmitem comunicações dirigidas ao imputado ou procedentes dele ou que o mesmo usa a sua conexão telefónica.”<sup>185</sup> Ou seja, também no ordenamento jurídico alemão há a possibilidade de interceptação e gravação de conversações ou comunicações telefónicas à figura do intermediário.

## 1.2 - O Intermediário

A pessoa do intermediário ou «mediador de notícias»<sup>186</sup> será todo o indivíduo que recebe ou transmite mensagens que, “por razões familiares, de amizade ou outras, ainda que ocasionais ou fortuitas seja um interlocutor em conversas em que se discutam assuntos que directa ou indirectamente se prendem com o crime em investigação.”<sup>187</sup> Na esteira de COSTA ANDRADE os mediadores de notícias tratam-se de “pessoas por cujas conversas passam notícias sobre o crime, e estas são todas aquelas pessoas em cujas comunicações telefónicas se fala sobre o crime.”<sup>188</sup>

ADÉRITO TEIXEIRA remete-nos para uma reflexão interessante, que será a de se saber se é exigível que a dita «intermediação», o seja numa relação “directa ou imediata entre arguido e intermediário” ou se – pelo contrário – podem ser escutados indivíduos numa “posição mediata ou intercalada da cadeia de intermediários”.<sup>189</sup> De facto, e no acompanhamento do supra referido autor, se atentarmos ao teor da letra da lei que na al. b) do nº 4 do art.º 187 do CPP quando refere ser possível a autorização de escutas a intermediários que recebem ou transmitem mensagens “destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido”, a “norma não prescreve que tenha de ser pessoa que transmita ou receba mensagens do suspeito ou do arguido”, e por isso não parece reduzir-se “àquelas pessoas que recebem ou transmitem, imediata ou directamente, mensagens do ou para o

---

<sup>185</sup> *Apud* LIMA RODRIGUES, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 22.

<sup>186</sup> Expressão cunhada por COSTA ANDRADE. *Cfr.* COSTA ANDRADE, *Ibidem*, “Das escutas telefónicas...”, *Op. Cit.* P. 209.

<sup>187</sup> ALBUQUERQUE, PAULO PINTO; *Op. Cit.* P. 509.

*Cfr.* “como por exemplo, o irmão da pessoa a investigar que se ausenta de forma inesperada e brusca do local do crime em data coincidente com a da sua prática e tem como familiares próximos apenas a mãe e o dito irmão com quem já falou do crime (Acórdão TRL de 6/02/2007) ... incluindo o participante necessário numa conversação, no sentido do Ac. do TEDH Amann V. Suíça de 16/02/2000)...” *Op. Cit.* P. 509.

*Cfr.* Neste mesmo sentido, ADÉRITO TEIXEIRA, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 249.

*Cfr.* MARCOLINO DE JESUS, FRANCISCO, *Ibidem*, *Op. Cit.* Págs. 237 e 238.

*Cfr.* SUSANO, HELENA, *Op. Cit.* P. 35.

<sup>188</sup> *In* “Das escutas telefónicas...”, *Op. Cit.* P. 209. Conforme ressalva o autor, devemos excepcionar desta definição “o defensor e os demais portadores de segredo”. Tópico que trataremos mais em diante.

*Cfr.* No mesmo sentido, *vide*: Ac. TRL de 6/12/2007 (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt))

<sup>189</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 249.

arguido, parece [portanto] não se excluir a possibilidade de as comunicações de várias pessoas de um circuito – associação criminosa estratificada – poderem ser interceptadas.”<sup>190</sup> Todavia, é sempre necessário que se verifique num sólido e exigente grau de “fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido”.<sup>191</sup> (Cfr. art.º 187 nº 4 al. b) do CPP).

E se esse intermediário se tratar do defensor? Refere ANA RAQUEL CONCEIÇÃO que “podem ser escutadas as pessoas cujas conversas passam notícias sobre o crime”, à excepção das “pessoas portadoras de segredo”.<sup>192</sup> Todavia, há autores que argumentam poder ser escutadas quaisquer “pessoas cujas conversas passam notícias sobre o crime”, “ressalvando as pessoas portadoras de segredo por força do nº 5 do artigo 187º”, sendo certo que não é necessário de que se tratem de “mediadores de notícias dolosos (...) basta que passem notícias sobre o crime sem saber que o estão a fazer, pois caso contrário (...) passariam a ser suspeitos (...)” de crimes de favorecimento pessoal, auxílio material ou receptação.<sup>193</sup> Isto posto, não se pode confundir um «intermediário» com um “suspeito da prática do crime, pois ele não pode estar relacionado com o cometimento do crime e nem sequer saber da existência do crime, razão pela qual a lei não exige a má fé ou o dolo do «intermediário.»<sup>194</sup>

Também na esteira da lei germânica, podemos definir “mediadores de notícias (Nachrichtenmittlern)” como todas as pessoas que “presumivelmente passem notícias de e para os suspeitos”, ainda que estejamos perante “mediadores inocentes ou de boa fé”.<sup>195</sup> Todavia, há autores como ZUCK ou SUPPERT que defendem “uma redução drástica dos «mediadores» expostos a escutas”, estes autores defendem que só podem ser alvo das escutas

---

<sup>190</sup> ADÉRITO TEIXEIRA, *Ibidem, Op. Cit.* P. 249. - O autor dá-nos um exemplo bastante elucidativo a este respeito, imaginemos o caso de um grande traficante, é certo que ele “não contacta, por regra, com a substância estupefaciente, nem efectua comunicações (que deixam rasto), nem recebe fisicamente o dinheiro (basta-se com o facto de alguém o fazer por ele); dispõe sempre de alguém que trata desses «pequenos assuntos» por ele, e, nesta matéria, tem quem lhe selecione a informação e lha transmita em recato (porventura, em «abrigos» subterrâneos ou à beira-mar onde o sinal das comunicações tende a perder-se.” *Op. Cit.* Nota de rodapé nº 13, P. 249.

<sup>191</sup> Neste sentido, ADÉRITO TEIXEIRA, *Ibidem, Op. Cit.* P. 250.

<sup>192</sup> CONCEIÇÃO, ANA RAQUEL, in “Escutas Telefónicas – Regime...” P.107.

<sup>193</sup> CONCEIÇÃO, *Ibidem, Op. Cit.* P. 107 e 108.

<sup>194</sup> ALBUQUERQUE, *Ibidem, Op. Cit.* P. 509.

Cfr. ADÉRITO TEIXEIRA, *Ibidem, Op. Cit.* P. 249.

<sup>195</sup> COSTA ANDRADE, MANUEL, in “Sobre as proibições de prova em processo penal”; Coimbra Editora; 2013; P. 292. “Objecto de escutas telefónicas poderão ser todos os aparelhos por onde presumivelmente passam notícias de e para os suspeitos ou possam ser por eles utilizados”.

“mediadores dolosos de notícias”, em que exista “suspeita bastante de terem de qualquer forma participado no crime perseguido ou de se terem constituído responsáveis por favorecimento pessoal, auxílio material ou receptação.”<sup>196</sup> Na esteira de COSTA ANDRADE cremos que nenhuma posição extremista será a mais adequada, em relação à definição da amplitude do conceito de intermediário, por um lado, podendo ser escutadas quaisquer pessoas, defende o autor que estamos a acabar por homogeneizar “todos os mediadores de notícias ... [acabando assim] por fazer tábua rasa das áreas de segredo e confiança legalmente tuteladas, pondo abertamente em causa as instituições que as suportam”.<sup>197</sup> Porém, também não acreditamos tratar-se de uma circunscrição equilibrada – na esteira de COSTA ANDRADE – reduzir o número de intermediários à tese defendida por ZUCK ou SUPPERT consideramos que a explanação supra exposta, se trata de um método que impõe “limites excessivamente apertados à descoberta da verdade” e ainda “abre a porta” a “domínios (...) exageradamente extensos”.<sup>198</sup>

Na esteira de autores como ROXIN, RUDOLPHI, WOLTER, WELP, SCHLÜCHTER, refere COSTA ANDRADE que parece ter sido do entendimento do legislador português que devemos ter um tratamento diferenciado quando se trata de escutas telefónicas que digam respeito a relações de segredo, solidariedade e confiança em relação às quais a própria lei “atenta ao respectivo relevo sistémico-social, dispensa uma mais ou menos consistente tutela jurídica”, tendo como “proibição expressa da escuta das comunicações entre arguido e o defensor (art.º 187, nº 5), o CPP português quis singularizar o estatuto do defensor face aos demais mediadores de notícias.<sup>199</sup>

Continuando o percurso pela reflexão da delimitação subjectiva das pessoas que podem ser objecto das escutas telefónicas é importante realçar, como refere ANA RAQUEL CONCEIÇÃO que “a escuta telefónica poderá abranger uma multiplicidade de pessoas, desde pessoas singulares, colectivas, nacionais, estrangeiros, maiores ou menores, suspeitos, arguidos, quer sejam titulares ou usuários do telefone”, sendo certo que poderá ser objecto

---

<sup>196</sup> COSTA ANDRADE, in “Sobre as proibições...”, *Ibidem, Op. Cit.* P. 292 e 293.

<sup>197</sup> COSTA ANDRADE, “Sobre as proibições...”, *Ibidem, Op. Cit.* P. 293 e 294.

<sup>198</sup> COSTA ANDRADE, “Sobre as proibições...” *Ibidem, Op. Cit.* P. 294.

<sup>199</sup> COSTA ANDRADE, “Sobre as proibições...” *Ibidem, Op. Cit.* P. 294. Em momento oportuno, iremos abordar, mais à frente, com maior pormenor a singularidade o papel do defensor em tópico particular, atendendo ao teor do preceituado no nº 5 do art.º 187 do CPP.

de escuta “todos os aparelhos telefónicos que presumivelmente serão utilizados pelos suspeitos ou por onde poderão passar notícias do crime.”<sup>200</sup>

Quanto à eventualidade de serem escutados por exemplo amigos e familiares, isto é, pessoas que no âmbito do preceituado no art.º 134 do CPP estão legitimadas a recusar o depoimento,<sup>201</sup> na esteira de COSTA ANDRADE e de ANA RAQUEL CONCEIÇÃO, cremos ser possível realizar-se escutas telefónicas a estas pessoas, “desde que demonstrem ser aparelhos por onde, presumivelmente passam notícias...para os suspeitos ou possam por eles ser utilizados”<sup>202</sup>

### 1.3 - A vítima mediante consentimento efectivo ou presumido

Já no que diz respeito à al. c) do nº 4 do art.º 187 do CPP, que refere a possibilidade da vítima ser alvo de escutas telefónicas, mediante o seu consentimento, a lei reporta-se a este consentimento como “efectivo ou presumido”. Ao contrário do termo “efectivo”, que não suscita dúvidas, a designação do conceito “presumido”, na prática, pode revelar-se de difícil delimitação. Na esteira de PINTO DE ALBUQUERQUE cremos que o consentimento só se poderá dar como presumido “quando a vítima estiver incontactável.”<sup>203</sup> A designação de «vítima» nem sempre coincide com «ofendido» ou «lesado», segundo ADÉRITO TEIXEIRA, não há necessidade de “misturar a perspectiva de uma pretensão cível com a

---

<sup>200</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 108. Acrescenta a autora, no seguimento de MIGUEL ÂNGEL TORRES MORATO que é possível fazer-se uma escuta a um telefone público; para tal basta que haja indícios de que ele é utilizado pelo suspeito da prática do crime a investigar. Porém, aqui a ponderação dos interesses em conflito terá de ser feita atendendo à multiplicidade de pessoas cujos direitos fundamentais são afectados com essa escuta telefónica. Nada impede a sua realização porém, desde logo, os OPC (órgãos de polícia criminal) e o juiz apenas poderão ouvir, gravar e valorar as conversas mantidas pelos suspeitos ou arguidos, sem interferir nas conversações dos demais utilizadores desse aparelho de telefone, melhor tem de existir uma clara e expressa identificação dos interlocutores objecto da investigação.” *Op. Cit.* P. 108.

<sup>201</sup> *Cfr.* “Artigo 134.º - Recusa de depoimento

1 - Podem recusar-se a depor como testemunhas:

a) Os descendentes, os ascendentes, os irmãos, os afins até ao 2.º grau, os adoptantes, os adoptados e o cônjuge do arguido;

b) Quem tiver sido cônjuge do arguido ou quem, sendo de outro ou do mesmo sexo, com ele conviver ou tiver convivido em condições análogas às dos cônjuges, relativamente a factos ocorridos durante o casamento ou a coabitação.

2 - A entidade competente para receber o depoimento adverte, sob pena de nulidade, as pessoas referidas no número anterior da faculdade que lhes assiste de recusarem o depoimento.” (Itálico nosso)

*Cfr.* Ac. Tribunal Constitucional nº1/2009, DR, 2ª Série de 29-05-2009; *Cfr.* Ac. TRE de 3-06-2008; *Cfr.* Ac. TRP de 28-11-2007; *Cfr.* Ac. TRP de 30-01-2013; *Cfr.* Ac. TRG de 6-10-2014; *Cfr.* Ac. TRG de 30-06-2014; *Cfr.* Ac. TRL de 26-05-2015; *Cfr.* Ac. TRC de 3-06-2015; in <http://www.pgdlisboa.pt/> e <http://www.dgsi.pt/>

<sup>202</sup> RAQUEL CONCEIÇÃO, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 109;

*Cfr.* COSTA ANDRADE, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 292.

<sup>203</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 509.

perspectiva de obtenção de prova inerente à pretensão penal”, isto porque o termo «ofendido» “em sentido técnico-jurídico, é mais rigoroso” e nesse sentido “a noção de vítima... [deve remeter-se], por regra, à de ofendido em matéria relativamente ao âmbito subjectivo da interceptação telefónica”.<sup>204</sup>

Todavia, é necessário esclarecer que o consentimento não é condição suficiente para que se possa, sem mais, recorrer às escutas telefónicas, isto é, não poderá ser alvo de escuta toda e qualquer pessoa que nesse sentido o consentir, conforme ADÉRITO TEIXEIRA, somos de opinião negativa quanto a essa hipótese. Cremos que ainda que a pessoa consinta só “apenas as que o nº 4 do art.º 187 contempla” é que podem ser escutadas, e ainda as que “plano concreto se justifiquem.”<sup>205</sup>

No esteira do autor, é preciso salientar ainda que, não obstante a presença de qualquer sujeito elencado no nº 4, do art.º 187, por si só não cremos ser o necessário, é imperativo que se conjugue com os demais pressupostos, sendo certo que – por exemplo – não será de admitir escutas a pessoas que apesar de constarem do elenco legal não constem do despacho de autorização. O autor defende que só podem intervir pessoas que constem do “elenco legal e que tenham sido individualizadas no despacho de autorização”, sendo certo que a escuta terá de ser autorizada tendo em vista um destinatário “concreto, identificado ou [pelo menos] identificável”.<sup>206</sup> Por sua vez, LAMAS LEITE, discordando de alguns autores, defende a possibilidade de recorrer às escutas telefónicas “quando a investigação ainda decorre contra um agente indeterminado”, referindo mesmo que essa é precisamente “uma das suas virtualidades”, isto é, cumpridos os demais pressupostos, este meio de obtenção de prova permite “contribuir decisivamente para a identificação do criminoso.”<sup>207</sup> Ao contrário deste autor, JOSÉ MIGUEL JÚDICE argumenta que deve “sempre já existir um procedimento criminal em curso, e não contra incertos”, sugerindo a “clarificação” do CPP neste aspecto.<sup>208</sup> Na esteira de GERMANO MARQUES DA SILVA os alvos das escutas devem

---

<sup>204</sup> *Op. Cit.* P. 251. O autor refere a possibilidade dos «lesados» e «ofendidos» poderem ser considerados intermediários, i.é., “na medida em que podem transmitir mensagens aos agentes do crime”, veja-se, por exemplo, no caso de um “pedido de resgate”. Este exemplo é dado pelo autor. *Op. Cit.* P. 252.

*Cfr.* MARCOLINO DE JESUS, *Op. Cit.* P. 238.

<sup>205</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 253.

<sup>206</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 248 e 249.

<sup>207</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 25.

<sup>208</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 3.

estar especificados concretamente “independentemente do meio de comunicação que é utilizado.”<sup>209</sup>

De facto, não podemos concordar com LAMAS LEITE, na esteira de PINTO DE ALBUQUERQUE defendemos que não podem ser utilizadas as escutas telefónicas “contra incertos”, é imperativo que estejamos perante “pessoas concretas, ainda que não seja conhecida a sua identidade civil.”<sup>210</sup> Com efeito, seguindo o próprio teor da letra da lei não cremos ter sido por mero acaso a introdução do termo “só podem ser autorizadas” (itálico e sublinhado nossos), contra as pessoas elencadas na al. a), b) e c), do nº 4 do art.º 187 do CPP. O termo «só» cairia no acaso se fossem permitidas escutas contra incertos, isto porque tratando-se de “incertos” não podemos ter a certeza que a pessoa vai constar do nº 4 do art.º 187 do CPP.

## 2 – As “esferas de segredo”

Cumpre delimitar as “esferas de segredo” isto é, os sujeitos que – não obstante poderem ser escutados – em casos particulares não o podem ser. Como vimos, é inquestionável que não pode toda e qualquer pessoa ser escutada. Todavia, na análise desta questão que excepciona certas possibilidades, fazendo parte das ditas “esferas de segredo”, são de enorme importância a reflexão no teor do preceituado no nº 4, bem como no nº 5 do art.º 187 do CPP. Ora vejamos.<sup>211</sup>

Refere o nº 5 do art.º 187 do CPP que: “*É proibida a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime.*” (Itálico e sublinhado nossos)

Através da atenta interpretação deste preceito, facilmente se depreende que apenas “se proíbe a interceptação das conversas ou comunicações telefónicas que o arguido tem com

---

<sup>209</sup> *Ibidem, Op. Cit.* P. 250.

<sup>210</sup> *Ibidem, Op. Cit.* P. 509 e 510.

*Cfr.* Ac. TRL de 28/11/2007

<sup>211</sup> *Cfr.* Narra o nº 4 do art.º 187 do CPP: “A interceptação e a gravação previstas nos números anteriores só podem ser autorizadas, independentemente da titularidade do meio de comunicação utilizado, contra:

a) Suspeito ou arguido;

b) Pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido; ou

c) Vítima de crime, mediante o respectivo consentimento, efectivo ou presumido.”

o seu defensor, sendo certo que todas as demais podem ser interceptadas.”<sup>212</sup> Todavia, note-se que esta proibição até pode desaparecer quando existir fundadas suspeitas de que as referidas conversas ou comunicações telefônicas são elemento de um crime.<sup>213</sup> A necessidade e essencialidade que aqui se coloca é a distinção o tratamento processual em relação à ratio de cada segredo,<sup>214</sup> isto é, “o único limite que o legislador impõe no âmbito subjectivo das escutas telefônicas consta [...] do nº5 do artigo 187º, em relação ao defensor, todos os demais sujeitos poderão ser escutados desde que se respeitem os limites legais na utilização deste meio de obtenção de prova”, isto é assim porque “todos podem ser mediadores de notícias” no entanto, é importante salientar que, “as pessoas portadoras de segredo deverão ter um tratamento processual distinto face à ratio desse dever de segredo.”<sup>215</sup>

Relativamente ao defensor, entre diversos outros preceitos, salienta-se o da CRP que consagra no seu art.º 208 “as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça.”<sup>216</sup>

Ora, vejamos, segundo o disposto no Estatuto da Ordem dos Advogados, designadamente, no art.º 92 da Lei n.º 145/2015, de 09 de Setembro “o advogado é obrigado a guardar segredo profissional no que respeita a todos os factos cujo conhecimento lhe advenha do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços”, sendo ainda certo que esta obrigação “existe quer o serviço solicitado ou cometido ao advogado envolva ou não representação judicial ou extrajudicial, quer deva ou não ser remunerado, quer o advogado haja ou não chegado a aceitar e a desempenhar a representação ou serviço, o mesmo acontecendo para todos os advogados que, directa ou indirectamente, tenham qualquer intervenção no serviço”, este segredo “abrange ainda documentos ou outras coisas que se relacionem, directa ou indirectamente, com os factos sujeitos a sigilo”.<sup>217</sup> Dentro deste dever de segredo profissional estão todos os “factos cujo conhecimento advenha do exercício das funções ou da prestação de serviços profissionais, e já não [leia-se: já não só] os conhecidos «no exercício da profissão» como constava...” acerca de duas revogações atrás do Estatuto

---

<sup>212</sup> CONCEIÇÃO, *Ibidem*, Op. Cit. P. 109.

<sup>213</sup> CONCEIÇÃO, *Ibidem*, Op. Cit. P. 109.

<sup>214</sup> CONCEIÇÃO, *Ibidem*, Op. Cit. P. 111.

<sup>215</sup> CONCEIÇÃO, *Ibidem*, Op. Cit. P. 111.

<sup>216</sup> V.g. Art.º 144 n.º 3 al. a) e c) da LOFTJ; art.º 195 e 196 do CP; art.º 135 CPP; art.º 497 n.º 3 CPC; art.º 417 n.º 3 al. c) do CPC, pontos 2.3.1 a 2.3.4 do C.D.A.E; art.º 13 n.º 2 al. a) e c) da LOSJ.

<sup>217</sup> Cfr. Art.º 92 n.ºs 1, 2 e 3 do EOA.

da Ordem dos Advogados. Isto posto, esta obrigação uma vez estabelecida prolonga-se no tempo, mesmo após a extinção da relação entre o advogado e o cliente.<sup>218</sup> E mais é referido no n.º 7 do art.º 92 EOA que este dever é “extensivo a todas as pessoas que colaborem com o advogado no exercício da sua atividade profissional”.<sup>219</sup> Como cominação da sua violação, as provas recolhidas mediante esta violação não poderão fazer prova em juízo (art.º 92 n.º 5 EOA).

Na sequência do supra aludido, este diferente tratamento, está na ratio nuclear do dever, sem a existência deste dever era impossível estabelecer uma relação de confiança, ou seja funciona como “um compromisso da Advocacia com a sociedade”, sendo certo que os advogados têm na sua natureza a índole de “confidentes necessários”.<sup>220</sup> Ora não estivéssemos nós a falar de uma profissão privada com funções públicas, “a função social desempenhada pelos advogados implica [...] isenção, independência [...] mas também o reconhecimento de que o segredo profissional] é o «timbre da advocacia», sendo indissociável da sua própria identidade.”<sup>221</sup> Desta forma, e na esteira de COSTA ANDRADE, se compreende que “podem ser objecto de escutas telefónicas todas as pessoas que possam ser consideradas como mediadoras de notícias, aquelas que passam de e para o suspeito ou arguido notícias do crime, desde que não sejam titulares do dever de segredo profissional”.<sup>222</sup>

---

<sup>218</sup> MAGALHÃES, FERNANDO SOUSA; in “Estatuto da Ordem dos Advogados – Anotado e Comentado”, 9ª ed.; 2014; Almedina Editora; P. 130. Cfr. Ponto 2.3.3 do C.D.A.E.

<sup>219</sup> Cfr. Art.º 92 n.º 8: “ *O advogado deve exigir das pessoas referidas no número anterior, nos termos de declaração escrita lavrada para o efeito, o cumprimento do dever aí previsto em momento anterior ao início da colaboração, consistindo infração disciplinar a violação daquele dever.*” (Itálico nosso)

<sup>220</sup> MAGALHÃES, FERNANDO SOUSA; *Op. Cit.* P. 129.

Cfr. Na Alemanha não há esta proibição “mas chegou-se lá por interpretação da constituição e da lei.”, COSTA ANDRADE, in “Das escutas...”, *Op. Cit.* P. 209.

Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 288.

Cfr. SILVA RODRIGUES, in “Das escutas...”, *Op. Cit.* P. 502.

<sup>221</sup> MAGALHÃES, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 129

Cfr. N. 3: Ponto 2.3.1 do C.D.A.E: “É requisito essencial do livre exercício da advocacia a possibilidade do cliente revelar ao advogado informações que não confiaria a mais ninguém, e que este possa ser o destinatário de informações sigilosas transmissíveis no pressuposto da confidencialidade. Sem a garantia de confidencialidade não pode haver confiança. O segredo profissional é, pois, reconhecido como direito e dever fundamental e primordial do advogado. [E ainda:] “A obrigação do advogado guardar segredo profissional visa garantir razões de interesse público, nomeadamente a administração da justiça e a defesa dos interesses dos clientes. Consequentemente, esta obrigação deve beneficiar de uma protecção especial por parte do Estado.” *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 129.

Cfr. art.º 195 CP;

Cfr. COSTA ANDRADE in “Sobre as proibições...”, *Op. Cit.*, Págs. 301 e 302.

<sup>222</sup> “Sobre as proibições de prova...”, *Op. Cit.*, P. 294.

Cfr. COSTA ANDRADE, “Das escutas...”, *Op. Cit.* P. 209.

Assim sendo, se estivermos perante um defensor, este só pode ser alvo de escutas telefónicas mediante casos exigentemente demarcados, casos em que “haja suspeitas de que este é participante ou participante no crime de catálogo que se pretende investigar com a escuta”, ou como refere ANA RAQUEL CONCEIÇÃO, “deixa de ser defensor e passa a ser suspeito” e preencha, cumulativamente, dois requisitos: “não se pode prejudicar em nada a defesa, isto é, nunca se pode valorar o conteúdo da conversação ou da comunicação telefónica do advogado para prejudicar o cliente<sup>223</sup>, tem de se fazer o denominado *splitting*<sup>224</sup>; por outro lado [...] as conversações ou comunicações telefónicas só se podem valorar contra o advogado, se [e só se] for suspeito de um crime de catálogo.”<sup>225</sup> Isto é assim porque o legislador “instituiu uma via compromissória entre a descoberta da verdade material e a protecção do segredo profissional.”<sup>226</sup>

Há jurisprudência, designadamente, o Acórdão do TRP de 8/03/2000 que defende ainda que a proibição de prova não se aplica só quando o defensor junta uma procuração “mas abrange também o período em que o defensor actua, embora sem procuração, em defesa do arguido.”<sup>227</sup> E ainda nos casos em que, determinado defensor “tenha assumido a defesa do arguido noutros processos que não o processo em que é ordenada a interceptação telefónica”,<sup>228</sup> caso contrário estaríamos a fazer entrar pela janela aquilo que, regularmente, não podemos fazer entrar pela porta, contornando o disposto no nº 5 do art.º 187 do CPP, e toda a razão de ser desse preceito.

---

<sup>223</sup> Neste sentido também, COSTA ANDRADE, “Das escutas...”, *Op. Cit.* P. 209.

<sup>224</sup> *Cfr.* MARCOLINO DE JESUS, *Ibidem, Op. Cit.* P. 245 e 246.

<sup>225</sup> CONCEIÇÃO, *Ibidem, Op. Cit.* P. 112.

*Cfr.* COSTA ANDRADE, *in* “Sobre as proibições de prova...”, *Op. Cit.*, Págs. 301 e 302.

*Cfr.* Acórdão do TEDH Kopp V. Suíça de 25/03/1998; *Cfr.* ALBUQUERQUE, Paulo Pinto; *Ibidem, Op. Cit.* P. 510 e ss.

“Assim, podem ser escutadas conversações entre o arguido e o seu defensor nos seguintes casos: [caso se trate de] participante a qualquer título (...); se o defensor foi ou é autor dos crimes de receptação ou branqueamento de capitais relacionados com o crime imputado ao arguido uma vez que estes crimes são de catálogo legal, mas já não se ele foi ou for autor do crime de favorecimento pessoal (porque é punível apenas com pena de prisão até três anos) ou do crime de auxílio material (porque é punível apenas com pena de prisão até dois anos)...” *Op. Cit.* P. 510.

<sup>226</sup> CONCEIÇÃO, *Ibidem, Op. Cit.* P. 115.

*Cfr.* Neste sentido, *vide:* ALBUQUERQUE, *Ibidem, Op. Cit.* P. 510 e ss.

<sup>227</sup> ALBUQUERQUE, *Ibidem, Op. Cit.* P. 510.

<sup>228</sup> ALBUQUERQUE, *Ibidem, Op. Cit.* P. 510.

Caso não seja tido na devida conta o respeito por esta disposição, será nula a prova obtida mediante a violação deste preceito, excepto se houver o consentimento do arguido e do defensor no sentido de valorar a prova.<sup>229</sup>

O defensor pode não cumprir o dever de segredo profissional se estiverem reunidas as condições do nº 4 do art.º 92 do EOA, que expressamente refere a possibilidade do advogado poder “revelar factos abrangidos pelo segredo profissional, desde que tal seja absolutamente necessário para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes, mediante prévia autorização do presidente do conselho regional respetivo, com recurso para o bastonário, nos termos previstos no respetivo regulamento.” É importante sublinhar que esta autorização é de carácter excepcional, desta forma, “a norma em questão não permite interpretação analógica e deve ser interpretada em rigoroso respeito pela literalidade”.<sup>230</sup>

A este respeito, merece especial atenção o teor de certos acórdãos, designadamente, o Ac. do STJ de 31-03-2009 que refere que o defensor é obrigado tanto ética como juridicamente, “a guardar segredo de todos os factos de que tome conhecimento, de forma directa ou indirecta, no exercício da sua actividade profissional, só podendo revelar factos abrangidos pelo sigilo profissional mediante prévia autorização da Ordem dos Advogados. Mas a extensão do sigilo profissional do advogado está directamente relacionada com a existência efectiva de um segredo, pelo que, para prestar depoimento como testemunha, só será necessária aquela autorização se o depoimento recair sobre factos sujeitos a segredo.”<sup>231</sup>

---

<sup>229</sup> ALBUQUERQUE, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 510.

*Cfr.* CONDE CORREIA, *Op. Cit.* Págs. 52, 53 e 54.

*Cfr.* Art.º 126 nº 3 do CPP; *Cfr.* art.º 190 do CPP...

*Cfr.* § 203 do StGB.

<sup>230</sup> MAGALHÃES, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 131. *Vide:* No actual EOA o procedimento administrativo de prévia autorização é previsto em regulamentação autónoma.

*Cfr.* Regulamento nº 94/2006 (2ª série), aprovado em Conselho Geral (Plenário) em 24/03/06 e publicado no DR II Série em 12/06/06.

*Ibidem*, *Op. Cit.* P. 399.

*Ibidem*, *Op. Cit.* N. 16; 17; 18; P. 131.

<sup>231</sup> Consulta disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/>; e em: <http://www.dgsi.pt/>

*Cfr.* Ac. STJ de 27-05-2008 : “O dever de sigilo profissional dos advogados, contido no art. 81.º do EOA é estabelecido, fundamentalmente, no interesse dos respectivos clientes, aceitando-se sem esforço que seja de interesse e ordem pública.

Porém, acima daquele Estatuto existem outras leis, entre elas, sobretudo, a Constituição da República Portuguesa, onde se estabelecem princípios fundamentais, estruturantes, cuja não aplicação ou desrespeito fere de nulidade os respectivos actos decisórios.

Daí que se estabeleça no n.º 4 do art. 81.º do EOA que a obrigação de segredo profissional cessa em tudo quanto seja absolutamente necessário, para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio

Veja-se também o Ac. TRL de 24-09-2008 cujo teor refere: “A quebra de sigilo profissional dos advogados impõe uma criteriosa ponderação dos valores em conflito, em ordem a determinar se a salvaguarda do sigilo profissional deve ceder ou não perante outros interesses, designadamente o da colaboração com a realização da justiça penal, ponderando-se a imprescindibilidade do depoimento para a descoberta da verdade, a gravidade do crime em causa e a necessidade de protecção dos bens jurídicos. Ouvida a Ordem dos Advogados, nos termos do artº 135º, nº4 do CPP, o parecer emitido por este organismo não é vinculativo para o tribunal a quem compete decidir o incidente de quebra de segredo profissional.”<sup>232</sup>

Então e se estivermos perante outras pessoas abrangidas pelo art.º 135 do CPP, por um segredo profissional, excepcionando o defensor?

Neste âmbito, a Lei nº 48/2007 alargou a proibição de valorar a prova de conversações tidas por determinado arguido com as “demais pessoas legitimadas por lei a recusar o depoimento em nome do segredo profissional, isto é, ministros de religião ou confissão religiosa, médicos, jornalistas e membros de instituições de crédito e outras a que a lei impuser que guardem segredo profissional, como decorre do disposto no art.º 188 nº 6 al. b) do CPP.”<sup>233</sup> Porém, em relação a estas outras pessoas – ao contrário do que sucede no caso do defensor – é bastante que sobre o titular do dever de segredo incidam suspeitas de ter praticado um crime de catálogo *ou com algum deles relacionados*, como será o caso de “favorecimento pessoal, o auxílio material ou a receptação” ou seja, pela interpretação do preceituado no nº 5 do art.º 187º do CPP, facilmente se depreende que “*este crime será o do catálogo para o defensor*”<sup>234</sup>, e *qualquer um relacionado com o crime de catálogo para as pessoas titulares dos demais deveres de segredo.*”<sup>235</sup> (Itálico e sublinhado nossos)

---

advogado ou do cliente ou seus representantes, mediante prévia autorização do presidente do conselho distrital respectivo. Com recurso para o presidente da Ordem dos Advogados.” *Ibidem*. Consulta disponível em: <http://www.dgsi.pt/>

<sup>232</sup> Consulta disponível em: <http://www.dgsi.pt/>

<sup>233</sup> ALBUQUERQUE, *Ibidem*, Op. Cit. P. 510.

Cfr. Art.º 188 nº 6 al. b) do CPP; Cfr. art.º 135 do CPP.

Cfr. Acórdão TRC de 20/01/1993; Acórdão TRG de 11/10/2004; Acórdão do TRE de 23/01/1992; Acórdão do TRC de 23/01/1992; Acórdão do TRL de 21/09/2005; Acórdão REP de 03/11/2004; Acórdão do TRG de 05/11/2007; consulta disponível in <http://www.dgsi.pt/> e <http://www.dgsi.pt/>

Cfr. ALBUQUERQUE, *Ibidem*, Op. Cit. Anotação ao at.º 135 do CPP.

Cfr. MARQUES DA SILVA, *Ibidem*, in “Curso de Processo...”, Op. Cit., P. 252.

Cfr. COSTA ANDRADE, “Sobre as proibições...”, *Op. Cit.*, P. 53.

<sup>234</sup> Cfr. COSTA ANDRADE, “Das Escutas...”, *Op. Cit.* P. 210.

<sup>235</sup> CONCEIÇÃO, *Ibidem*, Op. Cit. P. 113 e Nota de Rodapé nº 244 da P. 113.

Cfr. COSTA ANDRADE, “Das escutas...”, *Op. Cit.* P. 209.

Cfr. Art.º 187 nº 5 do CPP e art.º 179 nº 2 do CPP.

Daí que crimes como favorecimento pessoal, auxílio material ou a receptação já não possam ser fundamento de recurso a escutas telefónicas para o defensor.<sup>236</sup> Nas palavras de RITA CASTANHEIRA NEVES “a relação entre advogado e arguido continua a ser alvo, de uma forma ou de outra, de um *plus* de protecção legal.”<sup>237</sup>

E em relação às pessoas que, normalmente, se poderiam recusar a depor? Isto é, as pessoas abrangidas pelo disposto no art.º 134 do CPP?

Perante esta circunstância já não é feito o mesmo raciocínio supra descrito, uma vez que a lei não está a “impor um dever mas apenas a conceder um direito, que cede diante do interesse na investigação.”<sup>238</sup> É atribuído um direito de se recusarem a depor como testemunhas, uma vez que “não valem as razões que justificam a proibição relativamente às pessoas obrigadas a segredo profissional” mas isto não significa que haja “prejuízo de pela via da proporcionalidade de admissibilidade de limitação do direito se dever ponderar as razões da atribuição do direito a recusar o depoimento.”<sup>239</sup> Nem todos os autores concordam

---

Cfr. É importante realçar a diferença de posição da nossa jurisprudência relativamente à quebra do dever de sigilo em relação aos demais obrigados, exceptuando os defensores, veja-se:

Ac. STJ de 17-05-2007, CJ (STJ), 2007, T2, pág.191; Ac. STJ de 23-04-2009; Ac. TRC de 5-11-2007, CJ, 2007, T5, pág.35; Ac. TRG de 5-11-2007, CJ, 2007, T5, pág. 288; Ac. TRP de 26-09-2007, CJ, 2007, T4, P.218; entre outros... Consulta disponível in <http://www.pgdlisboa.pt/> e <http://www.dgsi.pt/> ;

<sup>236</sup> Cfr. MARQUES DA SILVA, in “Curso de processo...”, *Op. Cit.*, P. 251 e ss.

<sup>237</sup> *Op. Cit.* P. 300.

<sup>238</sup> ALBUQUEQUE, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 511.

<sup>239</sup> MARQUES DA SILVA, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 252 e 253.

Cfr. “Artigo 134.º - Recusa de depoimento

1 - Podem recusar-se a depor como testemunhas:

a) Os descendentes, os ascendentes, os irmãos, os afins até ao 2.º grau, os adoptantes, os adoptados e o cônjuge do arguido;

b) Quem tiver sido cônjuge do arguido ou quem, sendo de outro ou do mesmo sexo, com ele conviver ou tiver convivido em condições análogas às dos cônjuges, relativamente a factos ocorridos durante o casamento ou a coabitação.

2 - A entidade competente para receber o depoimento adverte, sob pena de nulidade, as pessoas referidas no número anterior da faculdade que lhes assiste de recusarem o depoimento.” (Itálico nosso)

Cfr. Ac. Tribunal Constitucional nº1/2009; Ac. TRE de 3-06-2008; Ac. TRP de 28-11-2007; Ac. TRP de 30-01-2013; Ac. TRG de 6-10-2014; Ac. TRG de 30-06-2014; Ac. TRL de 26-05-2015; Ac. TRC de 3-06-2015; consulta disponível in <http://www.pgdlisboa.pt/> e <http://www.dgsi.pt/>

Cfr. “A lei nova ao modificar a al. b), curou de precisar que as relações análogas às dos conjugues incluem os casais do mesmo sexo, mas não sanou a inconstitucionalidade, por violação do princípio da igualdade, (art.º 13 CRP), na medida em que não prevê o direito da pessoa que com o arguido convive em condições análogas às dos conjugues recusarem a depor como testemunha relativamente a factos ocorridos antes da coabitação, nos mesmos termos em que o art.º 134/1/a) prevê essa faculdade para o conjugue do arguido.” E mais: “o Parente ou o afim é o único senhor deste direito e exerce-o sem qualquer restrição.” ALBUQUERQUE, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 358. Cfr. Acórdão do STJ de 17/01/1996. Consulta disponível in <http://www.dgsi.pt/>

Cfr. Art.º 126 nº 3 do CPP.

Vide: “Os parentes e afins do arguido têm o direito a ser advertidos do direito à recusa. A omissão da advertência é uma nulidade. Esta nulidade consubstancia uma verdadeira proibição de prova resultante da intromissão na vida provada. A violação desta proibição tem o efeito da nulidade das provas obtidas, salvo

relativamente a esta questão. De entre eles está MANUEL GUEDES VALENTE que defende não poder existir escutas telefónicas entre o arguido e os seus familiares, para sustentar a sua tese o autor debruça-se essencialmente em dois fundamentos: “por um lado, existem situações em que mulher e filhos e pais desconhecem por completo a actividade criminosa do marido, do pai, ou do filho, vendo-se subjugados à possibilidade de conversações e comunicações telefónicas íntimas e familiares serem ouvidas e gravadas por estranhos à família; por outro lado, (...) não faz [para o autor] qualquer sentido permitir que as declarações de familiares sejam incriminadoras ou valoradas como prova na descoberta da verdade, obtidas sem o seu consentimento, quando, em sede de inquirição, aqueles – cônjuge, pais, filhos, irmãos, afins – podem recusar-se a depor como testemunhas, ex vi do art.º 134 do CPP. Salvaguardando os casos em que os parentes e afins sejam, também, objecto da investigação em curso ou intermediários... [o autor advoga que] devem ser proibidas as intercepções e gravações das conversas e comunicações entre arguido e parentes e afins, sob pena de legitimarmos um testemunho contra vontade ou não consentido”, considerando por isso, o autor que “o nº 4 do art.º 187 do CPP vem restringir o leque de possíveis escutados, inclusive familiares.”<sup>240</sup>

Com o devido respeito, não concordamos com o autor. Em relação a estas pessoas somos da opinião de que não dispõem de regime semelhante ao do defensor e de outros indivíduos titulares de segredo, e isto será assim “porque a ratio dessa recusa se prende com a salvaguarda da intimidade e das relações familiares e não com interesses sociais ou comunitários inerentes à obrigação de sigilo.”<sup>241</sup>

Ou seja, há uma ponderação de interesses a ter em conta, sendo certo que, dessa ponderação resulta aqui, ao contrário dos casos supra descritos, um maior peso no interesse da prossecução da utilização das escutas, uma vez que a finalidade aqui em conta já não se tratará de um interesse social ou comunitário mas sim de uma protecção da intimidade e das relações familiares que devem ceder perante as primeiras. Na esteira de CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA para além do mais, vale a pena reflectir que o direito nos termos do

---

consentimento do titular do direito, isto é, da testemunha que prestou o depoimento (art.º 126 nº 3 CPP).”  
ALBUQUERQUE, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 252 e 253.

<sup>240</sup> GUEDES VALENTE, “Escutas telefónicas...”, *Op. Cit.* P. 93.

<sup>241</sup> CONCEIÇÃO, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 113.

Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Op. Cit.* Págs. 307 e 308.

Cfr. MARCOLINO DE JESUS, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 248.

art.º 134 do CPP “não se funda no interesse público” mas sim em “interesses pessoais, baseados na tutela de relações familiares e afectivas” e por isso chama a atenção para “um argumento de lógica” ora se não pudéssemos, efectivamente, recorrer ás escutas telefónicas em casos advindos do preceito do art.º 134 do CPP, “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. Nesta altura, equivaleria a deixar de haver escutas.”<sup>242</sup>

---

<sup>242</sup> *Op. Cit.* P. 252.

Neste sentido também: COSTA ANDRADE, “Das escutas...”, *Op. Cit.* P. 209.  
Ainda, CASTANHEIRA NEVES, *Op. Cit.* P. 310.

## CAPÍTULO V – FORMALIDADES DO ART.º 188 DO CPP

### 1 – As formalidades a respeitar no recurso às escutas telefónicas

O recurso a este meio de obtenção de prova deve seguir, escrupulosamente, determinadas formalidades. Elas estão elencadas no amplo art.º 188 do CPP.

Primeiramente, cumpre sublinhar que, actualmente, o nº 6 do art.º 187 do CPP, nos fornece o prazo máximo da duração das escutas telefónicas. Com efeito, o recurso a este meio de obtenção de prova tem o prazo máximo de três meses, prazo esse renovável por períodos sujeitos ao mesmo limite se – no caso concreto – se verificarem os requisitos de admissibilidade.<sup>243</sup> À semelhança do nosso, no ordenamento jurídico alemão, também tem um prazo de três meses, renovável “por um prazo superior a três meses” se se mantiverem “as condições designadas no § 100 da StPO.”<sup>244</sup> Em França, dispõe o art.º 100 -2 do Code de Procédure Pénale um máximo de quatro meses, sendo que só pode ser renovada “nas mesmas condições de forma e duração.”<sup>245</sup> Já o ordenamento jurídico italiano prevê, no seu

---

<sup>243</sup> Cfr. Acórdão do TC nº 4/2006

Cfr. DAMIÃO DA CUNHA, JOSÉ MANUEL, “A mais recente Jurisprudência Constitucional em matéria de escutas telefónicas – mero aprofundamento de jurisprudência ? anotação aos acórdãos do TC nº 426/05 e 4/06” in Revista de Jurisprudência Constitucional, Dez., 3º Trimestre, 2005, Págs. 47 e ss.

Cfr. Já em 2004, antes da actual redacção do nº 6 do art.º 187 do CPP, ANDRÉ LAMAS LEITE reclamava a importância da lei estabelecer um limite máximo de duração das escutas telefónicas argumentando – e a no nosso entendimento, muito bem – que “a grande vantagem ... [nesta alteração seria] a obrigação do juiz de instrução controlar, periodicamente, a manutenção de pressupostos que estiveram na base do recurso a este meio de obtenção de prova, assim se conseguindo uma protecção mais eficaz dos interesses em presença”, o autor acaba mesmo por, de forma cirúrgica, referir que “a fixação de períodos curtos do recurso às escutas telefónicas (...) permitiria que este meio de obtenção de prova, idealizado como última ratio da actividade investigatória, não se convertesse num instrumento de injustificada devassa.”, *Op. Cit.* P. 28 e 29.

Cfr. MATA-MOUROS pertinentemente alude aos estudos empíricos que se têm realizado na Alemanha, sobre o recurso as escutas telefónicas no que se reporta ao prazo de duração da escuta. Nestes se concluíram que “na esmagadora maioria dos despachos de autorização das escutas o prazo fixado coincide com o máximo previsto na lei. Daí que naquele país, onde o prazo actual é de três meses, hoje se reivindique a respectiva diminuição.” Já em Portugal, a autora refere que se tem fixado um prazo “optando-se por um espaço de tempo que excede o que tem vindo a prevalecer na prática dos tribunais: 30 ou 60 dias.”, *Ibidem*, “Escutas telefónicas – o que não muda...”, *Op. Cit.* P 238.

Cfr. Na esteira de BENJAMIM RODRIGUES cremos que o CPP antes da Reforma de 2007 ao não estabelecer um prazo “dificilmente escapava ao juízo de inconstitucionalidade”, para além de que a ausência do prazo tinha consequência “que ficasse dependente da «sensibilidade» do juiz de instrução competente o estabelecimento de uma limitação temporal, assim se violando o princípio da igualdade em matéria de (boa) administração da justiça...”. Acresce que “militavam os dados da prática judiciária em que, consoante a área geográfica, se assistia à estipulação de distintos prazos de duração ao nível deste meio de ingerência nas comunicações”, *Op. Cit.* P. 299.

Cfr. SILVA RODRIGUES, *Op. Cit.* Págs. 300 e 301.

<sup>244</sup> SILVA RODRIGUES, *Op. Cit.* P. 303.

Cfr. LIMA RODRIGUES, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 22.

<sup>245</sup> SILVA RODRIGUES, *Op. Cit.* P. 303.

dispositivo do preceito do art.º 267 nº 3 um prazo muito mais apertado, um prazo de 15 dias renováveis.<sup>246</sup> Por sua vez, na Suíça no art.º 579 da Ley do Enjuiciamiento Criminal estabelecesse o prazo de três meses, prorrogáveis por iguais períodos desde que se mantenham os pressupostos de autorização.<sup>247</sup>

No que diz respeito ao nosso ordenamento jurídico, não obstante o legislador não nos ter fornecido um limite máximo de renovações, é necessário conjugar o exposto no nº 1 e nº 6 do art.º 187 com o nº 1 e nº 2 do art.º 276 do CPP, o que nos permite concluir que a interceptação e gravação de conversações ou comunicações telefónicas só poderá ter a duração de – no limite – autorizando-se a medida por três meses uma vez, “com o máximo de três renovações”, isto é, “3 meses + 3 x 3 meses = 12 meses”.<sup>248</sup> Porém – e na esteira de BENJAMIM RODRIGUES – defendemos que “tal formulação legislativa é censurável na medida em que admite a renovação por «períodos idênticos» [prazo não superior a três meses], o que permite um carácter de indeterminação na execução da medida (...)” acabando por, como alude o autor, se tratar de “um «alargamento» da restrição que lhe retira a sua natureza restritiva, visto que a não limitação temporal consubstancia uma não-restricção e daí a censura constitucional à luz do princípio da proporcionalidade consagrado no art.º 18, nº 2 da CRP.”<sup>249</sup>

Relativamente aos “prazos nos procedimentos”<sup>250</sup> e às formalidades em concreto deve, antes de mais, o OPC aquando da interceptação e gravação das escutas lavrar auto<sup>251</sup> e

---

<sup>246</sup> SILVA RODRIGUES, *Op. Cit.* P. 303.

Cfr. LIMA RODRIGUES, *Ibidem, Op. Cit.* P. 20.

<sup>247</sup> Neste sentido, BENJAMIM RODRIGUES, *Op. Cit.* P. 304.

Cfr. LSCPT de 2002 no seu art.º 7 nº 3.

<sup>248</sup> SILVA RODRIGUES, *Op. Cit.* P. 307.

<sup>249</sup> SILVA RODRIGUES, *Op. Cit.* P. 307.

Cfr. SILVA RODRIGUES, *Op. Cit.* P. 500.

<sup>250</sup> MATA-MOUROS, *Ibidem*, “Escutas telefónicas – o que não muda...”, *Op. Cit.* P. 236.

<sup>251</sup> Cfr. RAQUEL CONCEIÇÃO, *Ibidem, Op. Cit.* P.186.

Cfr. “Artigo 99.º - Auto

1 - O auto é o instrumento destinado a fazer fé quanto aos termos em que se desenrolaram os actos processuais a cuja documentação a lei obrigar e aos quais tiver assistido quem o redige, bem como a recolher as declarações, requerimentos, promoções e actos decisórios orais que tiverem ocorrido perante aquele.

2 - O auto respeitante ao debate instrutório e à audiência denomina-se acta e rege-se complementarmente pelas disposições legais que este Código lhe manda aplicar.

3 - O auto contém, além dos requisitos previstos para os actos escritos, menção dos elementos seguintes:

a) Identificação das pessoas que intervieram no acto;

b) Causas, se conhecidas, da ausência das pessoas cuja intervenção no acto estava prevista;

c) Descrição especificada das operações praticadas, da intervenção de cada um dos participantes processuais, das declarações prestadas, do modo como o foram e das circunstâncias em que o foram, incluindo, quando houver lugar a registo áudio ou audiovisual, à consignação do início e termo de cada declaração, dos

elaborar um relatório<sup>252</sup> onde indique, sucintamente, quais são as passagens relevantes para a prova e porquê<sup>253</sup>. (Cfr. nº 1, do art.º 188 do CPP) Isto significa que, se for necessário, o OPC pode tomar previamente conhecimento do conteúdo da comunicação que foi interceptada para o caso de ter que praticar determinados actos cautelares «necessários e urgentes para assegurar os meios de prova.» (Cfr. nº 2 do art.º 188 do CPP)

Após lavrar o auto e o relatório supra referido, o OPC dispõe do prazo de 15 dias para os levar (o auto e o relatório) e levar ainda os correspondentes suportes técnicos ao conhecimento do MP. Este prazo começa a contar “a partir do início da primeira interceptação efectuada no processo”. (Cfr. nº 3 do art.º 188 do CPP)

Por sua vez, o MP dispõe do prazo de 48 horas para levar ao conhecimento do JIC os elementos supra referidos. (Cfr. nº 4 do art.º 188 do CPP)

A maioria dos autores – designadamente BENJAMIM SILVA RODRIGUES – defendem, portanto, simplesmente que temos um prazo de “15 + 2 dias para elaboração de auto e relatório, e a respectiva entrega ao juiz de instrução, após ter passado pelo dominus do inquérito.”<sup>254</sup>

Mas e em eventualidades não previstas, como é que se conta, concretamente, os prazos? Ora, na esteira de ADÉRITO TEIXEIRA<sup>255</sup> – em relação ao prazo de 15 dias que OPC tem para levar o auto, relatório e suportes técnicos ao conhecimento do MP, somos da opinião de que se aplica a “solução do dia seguinte” referida no nº 1 do art.º 104 do CPP. (Cfr. art.º 138 e nº 1 do art.º 137 do CPC; nº 2 do art.º 104 do CPP) Todavia, como refere o autor, o mesmo já não é “tão linear no que tange ao prazo de 48 horas” de que o MP dispõe para levar os elementos supra referidos ao conhecimento do JIC, isto porque vejamos “se contabilizarmos o prazo de 48 horas, a começar na sexta, o seu termo haveria de ocorrer a uma certa hora de domingo; e então pergunta-se, como é que se contam as 48 horas, qual é

---

*documentos apresentados ou recebidos e dos resultados alcançados, de modo a garantir a genuína expressão da ocorrência;*

*d) Qualquer ocorrência relevante para apreciação da prova ou da regularidade do acto.*

*4 - É correspondentemente aplicável o disposto no artigo 169.º” (Itálico nosso)*

<sup>252</sup> Quanto aos requisitos do auto e do relatório elaborado pelo OPC, *vide*, SILVA RODRIGUES, *Op. Cit.* Págs. 321, 322, 323 e 324.

<sup>253</sup> *Cfr.* No ordenamento jurídico espanhol “a polícia não pode ocultar ou seleccionar por sua iniciativa as passagens que tenha por relevantes.” LIMA RODRIGUES, *Ibidem, Op. Cit.* P. 17.

<sup>254</sup> *Op. Cit.* P. 349.

<sup>255</sup> *Op. Cit.* P. 253.

*Cfr.* SILVA RODRIGUES, *Op. Cit.* Págs. 302 e 303.

a primeira e qual é a última?” Acompanhamos este autor na sugestão de que a boa solução passaria por o MP e o OPC articularem a sua acção “por forma a este [OPC] antecipar a apresentação dos materiais para o 14º ou 13º dia de modo a que o MP disponha de tempo (até 48h) para se inteirar do conteúdo e tomar posição, em vez de se protelar a apresentação daqueles materiais.”<sup>256</sup>

Pode, igualmente, ser colocada a questão de saber qual o prazo, por sua vez, de que o JIC dispõe. Na esteira de ADÉRITO TEIXEIRA e na falta de melhor opinião, cremos que na ausência de “prazo específico, certamente deve prevalecer o previsto no art.º 268 nº 4 e 269º do CPP, em todo o caso funcionará como prazo disciplinador.”<sup>257</sup>

Quando são autorizadas as escutas telefónicas pelo JIC, estas são executadas pelos OPC e os “chamados operadores de comunicações electrónicas que têm o domínio sobre as redes de telecomunicações ou comunicações electrónicas e possuem os meios técnicos para levarem a cabo o acto de ingerência no segredo nas (tele) comunicações telefónicas privadas.”<sup>258</sup> Ambas as entidades “competentes para a execução material da autorização da ingerência nas comunicações privadas” ficam, por isso, submetidas ao segredo de justiça.<sup>259</sup> Pode ainda ser colocada a questão do prazo que os OPC têm, após o despacho judicial de autorização das escutas telefónicas, para proceder à execução das mesmas. Ora, na esteira de BENJAMIM SILVA RODRIGUES, na “falta de prazo legal, propendemos para aplicação analógica do actual prazo constante do nº 4 do art.º 188 CPP 2007 (...)”<sup>260</sup>

O JIC tem agora a particularidade de poder ser coadjuvado por OPC e, se isso for necessário, pode nomear ainda um intérprete. (Cfr. nº 5 do art.º 188 do CPP)

Em conformidade com o art.º 92, nº 2 e 3 do CPP, o intérprete fica sujeito ao regime do perito (cfr. art.º 153 a 162 do CPP), ficando “vinculado aos deveres do perito e tem de guardar segredo relativamente aos factos sobre os quais tomou conhecimento.”<sup>261</sup>

---

<sup>256</sup> ADÉRITO TEIXEIRA, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 254.

<sup>257</sup> *Op. Cit.* P. 255.

*Cfr.* MATA-MOUROS chama a atenção para dois perigos “a considerar na previsão legal de um prazo fixo para a efectivação do controlo judicial. São eles: o perigo de mecanização dos procedimentos de controlo e o perigo de esvaziamento do próprio controlo do juiz”, in “Escutas telefónicas – o que não muda...”, *Op. Cit.* P. 236.

<sup>258</sup> SILVA RODRIGUES, *Op. Cit.* P. 311.

<sup>259</sup> SILVA RODRIGUES, *Op. Cit.* P. 311.

<sup>260</sup> *Op. Cit.* P. 361.

<sup>261</sup> SILVA RODRIGUES, *Op. Cit.* P. 317.

Todavia, será pertinente reflectir se será “funcional ou possível” o JIC nomear um intérprete em apenas 48 horas.<sup>262</sup> Ademais, o MP vai precisar “saber qual o conteúdo das conversas”, por forma a saber qual a língua em que é necessário o intérprete, e “determinar a transcrição” das escutas telefónicas “úteis para a prova”, não se considerando assim “tal acto «estritamente jurisdicional» ” como a norma aparenta.<sup>263</sup>

Na eventualidade de determinados suportes técnicos colocarem causa gravemente direitos liberdades e garantias; ou atingirem matérias abrangidas pelo segredo profissional de funcionário ou de Estado; ou ainda se disserem respeito a conversações em que não intervenham as pessoas delimitadas no nº 4 do art.º 187 do CPP, o JIC determina a “destruição imediata” desses suportes técnicos e relatórios, considerados assim, manifestamente estranhos ao processo. (Cfr. nº 6, al. a), al. b), al. c), do art.º 188 do CPP)

Ora, vejamos, é obvio que se estivermos perante escutas a sujeitos não abrangidos no elenco do nº 4 do art.º 187<sup>264</sup>, a resolução desta situação torna-se “imperiosa” devendo considerar-se que o JIC “pode fazer cessar” as escutas telefónicas “por sua iniciativa”.<sup>265</sup> Considerando-se aqui bastante pertinente a analogia de ADÉRITO TEIXEIRA quando refere que “se na verdade, à luz de certo parâmetro... o MP é o dominus do inquérito, não podemos deixar de considerar que, no momento de autorização... [da escuta telefónica] e acompanhamento da mesma, o JIC é o dominus da escuta, a que acresce a função estatutária do JIC, enquanto órgão monofuncional, de garante de direitos, liberdades e garantias.”<sup>266</sup> E, por isso, evidentemente, tem uma importância impreterível na protecção dos direitos, liberdades e garantias.

É necessário reflectir ainda sobre o conceito formulado no texto lei referente à “destruição imediata” ordenada pelo JIC. O autor ADÉRITO TEIXEIRA refere que “a formulação legal sugere a ideia de que a eliminação imediata não é automática e forçosa.”<sup>267</sup>

---

<sup>262</sup> Neste sentido, ADÉRITO TEIXEIRA, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 263.

<sup>263</sup> ADÉRITO TEIXEIRA, *Op. Cit.* P. 263.

<sup>264</sup> *Vide*, estas situações podem ocorrer, v.g., em casos de “erro na pessoa alvo de escuta; ou mesmo sendo escutada a pessoa pretendida, quando se trate de conversações absolutamente estranhas ao processo e irrelevantes para a prova (a que a mesma se destinava)”, ADÉRITO TEIXEIRA, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 257.

<sup>265</sup> ADÉRITO TEIXEIRA, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 257.

<sup>266</sup> *Op. Cit.* P. 257.

<sup>267</sup> *Op. Cit.* P. 258.

O que se vem defendendo é que desta “destruição imediata” se afere uma ideia de “tão rápido quanto possível”, isto é, um “princípio do imediatismo ou da imediatividade”.<sup>268</sup>

De facto a designação legal “destruição imediata” acarreta divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à sua constitucionalidade ou não “quando interpretada no sentido de o juiz poder determinar a destruição do material coligido com as escutas telefónicas, considerando não relevante, sem antes o arguido ter tomado conhecimento e poder pronunciar-se sobre o eventual interesse para a defesa em ver transcritas outras passagens da gravação.”<sup>269</sup> Há autores que consideram a norma inconstitucional. Nomeadamente BENJAMIM SILVA RODRIGUES que defende que “a norma do artigo 188º nº 6 CPP 2007, no seu confronto com o nº 9, alínea b) do artigo 188º CPP 2007, quando interpretada no sentido de que a destruição dos suportes técnicos pode ocorrer sem que o arguido aos mesmos tenha acesso, para exercer o contraditório, sendo tal destruição, na prática, um encurtamento das garantias de defesa do arguido constante do artigo 32º, nº 1 CRP.”<sup>270</sup>

Na esteira de ADÉRITO TEIXEIRA defendemos que, perante esta situação, terá de se “encontrar o ponto de «concordância prática» entre os vários interesses em presença: a necessidade da defesa em ver contextualizadas certas conversas interceptadas e não sincopadas e os interesses do próprio e de outras pessoas (terceiros) escutados.”<sup>271</sup> (Cfr. nº 1, do art.º 32 da CRP)

No entanto, como bem sugere MATA-MOUROS – sugestão que a nossa concordância segue inteiramente – “a eliminação das gravações das escutas telefónicas não

---

<sup>268</sup> SILVA RODRIGUES, *Op. Cit.* P. 333. *Cfr.* P. 336 e 337, 342 e 343.

*Cfr.* Ac. Tribunal da Relação de Lisboa de 13/02/2003 (processo nº 0068469), *Op. Cit.* P. 346.

<sup>269</sup> ADÉRITO TEIXEIRA, *Ibidem*, *Op. Cit.* Págs. 260 e 261. A linha de argumentação desta tese – que refere esta “destruição imediata” como inconstitucional – baseia-se no facto de “as garantias de defesa do arguido não poderem estar «depositadas» no controlo de um órgão externo ... à defesa”, isto é, no JIC; ademais, “o controlo judicial incide essencialmente sobre a perspectiva de “relevância para a prova” que, logicamente, interessa à investigação ou acusação”; e, além disso, “o direito do arguido a examinar as transcrições, para se inteirar da conformidade destas, pressupõe o acesso à integralidade das gravações, para questionar ou contextualizar em sentido divergente as passagens transcritas.”

Por sua vez, pela defesa da constitucionalidade desta norma, estão os argumentos de que “não se pode aceitar a ideia de secundarizar a salvaguarda de valores e interesses cuja restrição foi afectada pela escuta (v.g. intimidade de terceiros) em prol da prevalência das garantias de defesa”, além disso, “o JIC, enquanto juiz das liberdades, cabe-lhe em seu critério e ponderação, salvaguardar direitos e exigências constitucionais do processo penal, designadamente interesses da defesa e direitos de terceiros”; e por último, “a norma que autoriza a destruição representa uma possibilidade de correcção pelo tribunal de uma intromissão injustificada na reserva da intimidade da vida privada do arguido ou de terceiros.” ADÉRITO TEIXEIRA, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 261.

<sup>270</sup> *Op. Cit.* P. 358.

<sup>271</sup> *Op. Cit.* P. 261.

vertidas para os autos” devia aguardar “sempre por uma fase de abertura do processo ao contraditório”, pois sem passar “pelo crivo da verificação pela defesa dos critérios de selecção adoptados, sem a garantia desta a elementos equivalentes aos facultados à investigação, nunca a prova adquirida pelas escutas telefónicas deixará de oferecer sérias reservas quanto à sua credibilidade, com os reflexos negativos, de todos nós conhecidos, na fase tardia do julgamento.”<sup>272</sup>

Com entendimento semelhante, BENJAMIM SILVA RODRIGUES defende que deve ser feita uma “interpretação restritiva” do termo «destruição imediata», ou seja, deve entender-se que com “a expressão «destruição» o legislador terá pretendido que tais conversações e comunicações sejam tornadas não acessíveis por terceiros que não os intervenientes nas comunicações, pelo que as mesmas deverão ser guardadas e lacradas, vedando-se o seu acesso, a não ser que nisso consintam as pessoas que intervieram nas comunicações íntimas. O que não pode é efectuar-se a sua destruição material quando o processo ainda se encontra em curso e não transitou em julgado ou, por outro lado, enquanto a acção penal ainda não prescreveu.”<sup>273</sup>

Ademais, como refere PINTO DE ALBUQUERQUE o que para o JIC pode não ser relevante, pode ser para o arguido e para a sua defesa.<sup>274</sup>

Cumprir ainda referir que ressalvando no caso do termo de identidade e residência, pode o MP requerer ao JIC, durante o inquérito, a transcrição e a junção aos autos das conversações e comunicações que forem indispensáveis para aplicar e fundamentar determinada medida de coacção ou de garantia patrimonial, não obstante o referido no nº 6 do art.º 188 do CPP. (Cfr. nº 7 do art.º 188 do CPP) Pela conjugação com o nº 9 do art.º 188

---

<sup>272</sup> MATA-MOUROS, MARIA DE FÁTIMA, in “Sob Escuta – Reflexões sobre o problema das escutas telefónicas e as funções do juiz de instrução criminal”, 1ª ed., Príncípia, publicações universitárias e científicas, 2003, P. 35 e 36.

Cfr. Sobre a importância do contraditório, vide: MARQUES DA SILVA, GERMANO, in “Produção e valoração de prova em processo penal”, Revista do CEJ, 1ª Sem., nº 4, Almedina, P. 43 e 46. A respeito da igualdade entre a acusação e a defesa, o autor refere mesmo que “estamos ainda muito longe da efectiva igualdade entre a acusação e a defesa, nomeadamente pela falta de meios da defesa, sobretudo dos mais fracos, mas não só.” P. 46.

Cfr. MARCOLINO DE JESUS, FRANCISCO, *Ibidem*, Op. Cit. P. 112, 244. Cfr. Ac. do nº 70/2008 (processo nº 1015/2007)

Cfr. Neste sentido também, SUSANO, HELENA, *Ibidem*, Op. Cit. P. 70, 71 e 72.

Cfr. COSTA ANDRADE, “Bruscamente no verão...”, P. 347.

<sup>273</sup> Op. Cit. P. 390.

Cfr. SILVA RODRIGUES, *Ibidem*, Op. Cit. P. 394.

<sup>274</sup> Op. Cit. P. 512 e 513.

do CPP, podemos concluir – na esteira de ADÉRITO TEIXEIRA – que também estas transcrições “servem como prova de acusação”, isto porque o teor do preceituado no n.º 9 se refere “às conversações transcritas e não funcionalizadas aos sujeitos que determinam a respectiva transcrição”.<sup>275</sup>

Uma vez encerrado o inquérito e até ao termo dos prazos previstos para requerer a abertura da instrução ou apresentar a contestação podem, assistente e arguido respectivamente, obter a sua custa cópia das partes que pretendam transcrever para juntar ao processo, englobando relatórios e os autos. (Cfr. n.º 8, do art.º 188 do CPP)

De facto, podemos sintetizar três momentos<sup>276</sup> diferentes em que é possível ser elaboradas transcrições: - Durante a escuta telefónica no caso de se pretender aplicar medida de coacção, a transcrição é feita por ordem do JIC, a requerimento do MP; - Durante o inquérito com o objectivo de o encerrar, a transcrição é efectuada pelo MP e vai integrar os meios de prova na acusação ou ainda “pelo assistente ou pelo arguido após despacho do encerramento do inquérito, a partir dos suportes técnicos”; - Ou então, numa “fase posterior”, já num “tribunal de julgamento”, esta transcrição parece deduzir-se do preâmbulo quando refere “que o tribunal intervém a partir do encerramento do inquérito (logo não contemplando o JIC no inquérito)”, e o n.º 10 do art.º 188 ao mencionar “tribunal” e não expressamente o JIC, na esteira de ADÉRITO TEIXEIRA parece “suprir quaisquer dúvidas”.<sup>277</sup> (Cfr. n.º 10 do art.º 188 do CPP)

Certo é que as conversações ou comunicações só valem como prova, as escutas que o MP peça ao OPC que as efectuou, para as transcrever e o MP indicar, efectivamente, como meio de obtenção de prova na acusação; No caso do arguido e do assistente estes seguem a mesma regra, isto é, só podem valer como prova as conversações ou comunicações que estes transcrevam, de acordo com o n.º 8 do art.º 188, (ou seja a partir das cópias supra referidas), e juntem ao requerimento de abertura de instrução ou à acusação. No caso do assistente que

---

<sup>275</sup> *Op. Cit.* P. 268. O autor explica que se assim não fosse correríamos o risco de “não poder ser aplicada medida de coacção, em momentos intermédios e avançados do processo, com apoio em escutas telefónicas se não tivessem estas sido transcritas por determinação do juiz de instrução, mesmo com as razões cautelares processuais ou os perigos do art.º 204 CPP só nesta altura justificassem a adopção de determinada medida.” P. 269.

*Cfr.* Neste sentido *vide*: Ac. TRL de 24/10/2007

*Cfr.* SILVA RODRIGUES, *Op. Cit.* Págs. 319, 320 e 321.

<sup>276</sup> *Op. Cit.* P. 264.

<sup>277</sup> *Op. Cit.* P. 264.

não requeira a abertura de instrução ou que não tenha legitimidade para o fazer, este dispõe à mesma do prazo previsto para fazer esta junção, prazo este igual ao prazo para requerer a abertura de instrução.<sup>278</sup> (Cfr. al. a), b), e c) do n.º 9 do art.º 188 do CPP). Os autos de transcrição valem como prova documental, e esta pode, efectivamente, ser lida em audiência, todavia ainda que não venha a ser lida, isso não significa que não pode valer como prova. (Cfr. art.º 164 e ss, art.º 355, 356º do CPP)

O que se pretende dizer é que “a base explicativa de que importa partir é a de que prova é a transcrição enquanto documentação das conversas gravadas (...) o significado do termo «só»” no n.º 9 do art.º 188 diz respeito a objectos e não a pessoas.<sup>279</sup> (Cfr. n.º 12 art.º 188 do CPP) Ou seja, só as escutas telefónicas transcritas podem fundamentar decisões, “e não todo o conteúdo dos suportes técnicos”.<sup>280</sup>

O facto do OPC efectuar uma transcrição na parcial – conforme elucida BENJAMIM SILVA RODRIGUES – pode levar-nos a “um perigo extremo”<sup>281</sup>. Concordamos com este perigo no sentido em que este «só» formulado na lei, pode tratar-se de “um ónus que, nalgumas situações, poderá ser insuportável económica e tecnicamente para o arguido, daí que [segundo o autor] a transcrição integral facilitasse as coisas, ainda que no relatório houvesse uma espécie de resumo ou índice com vista a indicar, topicamente, ao juiz (...) as passagens mais relevantes para a prova da verdade à luz dos factos imputados ao arguido. Por estes argumentos, e em nome de um Estado Democrático ideal” o autor refere a importância da obrigação de transcrever integralmente as conversações e comunicações, “pois caso contrário, como controla o juiz de instrução se não ouve sequer as gravações? Se existirem registos escritos (e sonoros), mais facilmente será levado a cabo o controlo da legalidade e veracidade das transcrições constantes do relatório.”<sup>282</sup>

---

<sup>278</sup> Cfr. DAMIÃO DA CUNHA, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 50 e 51.

<sup>279</sup> ADÉRITO TEIXEIRA, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 265.

<sup>280</sup> ADÉRITO TEIXEIRA, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 265.

<sup>281</sup> *Op. Cit.* P. 324.

<sup>282</sup> *Op. Cit.* P. 324. O autor refere mesmo que não é sequer “admissível qualquer recepção não integral das gravações e comunicações que contradizem, eventualmente, a tese da acusação”. *Op. Cit.* P. 350.

Cfr. Neste sentido, *vide*: “Teses em possíveis ou em confronto: i) Transcrição integral; ii) Transcrição parcial; iii) Desnecessidade de transcrição: a audição e a incorporação documental escrita consensual (acordo das partes sobre o conteúdo)” in, SILVA RODRIGUES, *Ibidem*, *Op. Cit.* Págs. 362 e ss.

O tribunal não é passivo e pode proceder à audição das gravações tendo em vista a correcção ou mesmo a junção de novas transcrições se entender que é necessário para a descoberta da verdade e boa decisão da causa. (Cfr. nº 10, do art.º 188 do CPP)

Até ao encerramento da audiência de julgamento, as pessoas que tiverem sido alvo deste meio de obtenção de prova, podem examinar os respectivos suportes técnicos que foram transcritos. (Cfr. nº 11, do art.º 188 do CPP) A formulação da lei com este teor, faz suscitar a dúvida acerca da possibilidade de quer o assistente ou o arguido poderem ou não consultar o auto e o relatório, uma vez que o legislador só refere a hipótese de consultar os «suportes técnicos» onde se encontram gravadas as escutas telefónicas.<sup>283</sup> Conforme sugere BENJAMIM SILVA RODRIGUES cremos que seria pertinente a “expressão «suportes técnicos» ser reconduzida a uma outra global”, que neste caso seria: «os correspondentes suportes técnicos, bem como os respectivos autos e relatórios», tal como alude o nº 3 do art.º 188 do CPP.<sup>284</sup>

Todavia, cumpre ainda mencionar que os suportes referentes a escutas que não forem transcritas, são guardados num envelope lacrado, à ordem do tribunal e – após o trânsito em julgado da decisão que colocar termo ao processo – são destruídos. (Cfr. nº 12, do art.º 188 do CPP)

Por fim, os suportes técnicos que não forem destruídos, conforme o nº 12 do art.º 188, só podem ser utilizados, eventualmente, no caso de interposição de recurso extraordinário. (Cfr. nº 13, do art.º 188 do CPP)

## **2 – Consequências da violação das formalidades do regime**

É líquido que um Estado de Direito se deve pautar pelo farol da protecção dos direitos, liberdades e garantias. Sendo que, nas douradas palavras de COSTA ANDRADE, “nem sempre o interesse do esclarecimento do crime e da perseguição de um suspeito terá, só por si, bastante para dirimir a ilicitude material indicada pela tipicidade das pertinentes formas de produção ou valoração de prova.”<sup>285</sup> Como refere o autor, na esteira de AMELUNG, “o Estado cairá em contradição normativa e comprometerá a legitimação da própria pena se, para impor o direito, tiver de recorrer, ele próprio, ao ilícito criminal.

---

<sup>283</sup> SILVA RODRIGUES, *Op. Cit.* P. 374.

<sup>284</sup> *Op. Cit.* P. 374.

<sup>285</sup> “Sobre as proibições...”, *Op. Cit.* P. 15.

Elucida AMELUNG “o fim da pena é a confirmação das normas do mínimo ético, cristalizado nas leis penais. Esta demonstração será frustrada se o próprio estado violar o mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena. Desse modo, ele mostra que pode valer a pena violar qualquer norma fundamental cuja vigência o direito penal se propõe precisamente assegurar.»<sup>286</sup> Por isso, é imperativo que ao analisar e reflectir um modelo de obtenção de prova no processo penal – ainda para mais tendo em conta o seu enorme potencial lesivo neste âmbito – reflectir sobre as consequências da violação do seu regime.

Ora, no que respeita ao meio de obtenção de prova das escutas telefónicas refere expressamente o art.º 190 do CPP que:

*“Os requisitos e condições referidos nos artigos 187.º, 188.º e 189.º são estabelecidos sob pena de nulidade.”* (Itálico e sublinhado nossos)

Como explana MATA-MOUROS, “o problema é que qualquer vício de procedimento na realização de uma escuta dá nulidade”, já antes da Reforma a lei anterior suscitava “controvérsia em torno do regime de nulidade de provas obtidas por meio de escutas telefónicas feridas de ilegalidade.”<sup>287</sup> No âmbito desta controvérsia alguns autores defendiam que “sendo maior o desvalor ético-jurídico das provas obtidas mediante os procedimentos aludidos no nº 1 do art.º 126 do CPP do que as obtidas mediante as intromissões referidas no nº 3 da mesma disposição legal, impunha-se que tal distinção tivesse reflexo no regime das nulidades cominadas padecendo as provas obtidas mediante tortura, coacção ou ofensa à integridade física ou moral das pessoas, de nulidade absoluta, [e por isso] insanável e de conhecimento oficioso, «não podendo ser utilizadas», para usar a nomenclatura legal.”<sup>288</sup> A este respeito veio o Ac. STJ de 20/12/2006 defender que a violação dos procedimentos elencados no art.º 188 do CPP “constituem formalidades cuja não observância não contende com a validade e a fidedignidade” de determinado meio de prova e por isso, essa violação deve subsumir-se ao regime das nulidades sanáveis, previsto no art.º 120 do CPP.<sup>289</sup> Havia ainda quem colocasse a hipótese do nº 3 do art.º 126 do CPP

---

<sup>286</sup> AMELUNG *apud* COSTA ANDRADE, *Ibidem*, “Sobre as proibições...”, *Op. Cit.* P. 15.

<sup>287</sup> MATA-MOUROS, *Ibidem*, “Escutas telefónicas ...”, *Op. Cit.* P. 229.

<sup>288</sup> MATA-MOUROS, *Ibidem*, “Escutas telefónicas ...”, *Op. Cit.* P. 229.

Ac. STJ de 20/12/2006. Este acórdão veio defender que a violação dos procedimentos elencados no art.º 188 do CPP “constituem formalidades cuja não observância não contende com a validade e a fidedignidade” de determinado meio de prova e por isso, essa violação deve subsumir-se ao regime das nulidades sanáveis, previsto no art.º 120 do CPP.

<sup>289</sup> *Cfr.* MATA-MOUROS, *Op. Cit.* “Escutas telefónicas...”, P. 229.

– quando refere «*Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.*»<sup>290</sup> (itálico nosso) – estarmos perante a mesma espécie de nulidade do n.º 1 e do n.º 2 do preceituado no art.º 126 do CPP, isto é, nulidade absoluta.<sup>291</sup>

A questão colocava-se em saber se da violação das formalidades inerentes ao art.º 188 do CPP, resultava uma nulidade sanável (cfr. art.º 120 e 188º do CPP) e dependente de arguição; ou, diversamente, uma nulidade absoluta, insanável (cfr. art.º 126, 190º e 188º do CPP) e de conhecimento oficioso.

Porém após a Reforma de 2007<sup>292</sup> uma questão desapareceu com uma explanação legislativa, neste sentido, que veio completar o n.º 3 do art.º 126 do CPP, passando a dispor: «*Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.*» (Itálico e sublinhado nossos)<sup>293</sup> No entanto, e na esteira de MATA-MOUROS, “o grande problema não residia propriamente na questão que o legislador pretendeu ver esclarecida”, isto é, o problema residia “na distinção, de entre as regras descritas, na lei como «formalidades das operações», as que constituem efectivamente meras formalidades daquelas que traduzem a concretização dos parâmetros constitucionais de tolerância na realização de uma escuta”, sendo essa a

---

<sup>290</sup> Redacção do Decreto-Lei n.º 324/2003, de 27 de Dezembro; consulta disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/>

<sup>291</sup> Neste sentido, MATA-MOUROS, *Op. Cit.* “Escutas telefónicas...”, P. 230.

<sup>292</sup> Na redacção da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto; consulta disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/>

<sup>293</sup> Neste sentido, MATA-MOUROS, *Op. Cit.* “Escutas telefónicas...”, P. 231.

*Cfr.* Ac. STJ de 14-07-2010;

*Cfr.* Ac. STJ de 20-09-2006 “Nos termos do art. 126.º do CPP, os métodos proibidos de prova são de duas categorias, consoante a disponibilidade ou indisponibilidade dos bens jurídicos violados: os absolutamente proibidos, pelo uso de tortura, coacção ou em geral ofensas? Integridade física ou moral - n.ºs 1 e 2 -, que não podem em caso algum ser utilizados, mesmo com o consentimento dos ofendidos, e os relativamente proibidos - n.º 3 -, que respeitam ao uso de meios de prova com intromissão na correspondência, na vida privada, domicílio ou telecomunicações, sem consentimento do respectivo titular.

A locução «sem o consentimento do respectivo titular» tem sido usado como pedra de toque para o estabelecimento da dicotomia prova absolutamente nula e prova relativamente nula. Se o consentimento do titular afasta a nulidade, então esta não é insanável e o decurso do prazo de invocação preclui o direito? Declaração de invalidade do acto e dos que dela dependerem, no caso vertente até 5 dias sobre a notificação de encerramento de inquérito - n.º 3 do art. 120.º do CPP.

Os métodos absolutamente proibidos de prova, por se referirem a bens absolutamente indisponíveis, determinam que a prova seja fulminada de nulidade insanável, a qual está consagrada na expressão imperativa «não podendo ser utilizadas», usada no art. 126.º, n.º 1, do CPP.” Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/> ;  
*Cfr.* Ac. TRC de 19-12-2001; Ac. STJ de 2-04-2008; Ac. STJ de 15-11-2007;

duvida, isto é, “a questão que dividia o entendimento muitas vezes perfilhado nos Tribunais<sup>294</sup>... designadamente em sede de classificação do vício traduzido no incumprimento da remessa dos suportes das gravações «imediatamente» a tribunal para efeitos de concretização do controlo judicial da escuta.”<sup>295</sup> Facto é que tanto a doutrina como a jurisprudência estão divididas e a Reforma de 2007 para além de não resolver o problema acabou assim por contribuir para o mesmo, uma vez que veio alterar o n.º 3 do art 126 do CPP, introduziu a expressão «não podendo ser utilizadas» e criou a dúvida, por consequência de uma interpretação “a contrário”, isto é, permitiu interpretar-se que se a lei não utilizar a essa “expressão ou equivalente, então estaremos perante nulidade sanável”.<sup>296</sup> Havendo assim quem defenda que o facto do teor do art.º 190 do CPP, não utilizar esta expressão, significa que estamos perante uma nulidade sanável.

Isto posto, a dúvida continua a descoberto, estamos então perante uma nulidade sanável ou insanável? A Reforma de 2007 não resolveu esta questão.<sup>297</sup>

LAMAS LEITE não considera que a distinção que deve ser efectuada entre o n.º 1, n.º 2 do art.º 126 e o seu n.º 3 consiste apenas no carácter “lesivo dos direitos fundamentais dos titulares dos interesses sacrificados”.<sup>298</sup> LAMAS LEITE – na esteira de MANUEL MEIREIS – explica que a distinção consiste em que “o primeiro grupo de situações contende com direitos fundamentais que, dada a sua maior densidade, não admitem qualquer restrição, ao passo que o segundo grupo problemático, bolindo também com direitos fundamentais,

---

<sup>294</sup> Cfr. Ac. STJ de 26-09-2007: “Existe uma diferença qualitativa entre a interceptação efectuada à revelia de qualquer autorização legal e a que, autorizada nos termos legais, não obedeceu aos requisitos a que alude o art. 187.º do CPP. Nesta hipótese o meio de prova foi autorizado, e está concretamente delimitado em termos de alvo, prazo e forma de concretização, e, se os pressupostos de autorização judicial forem violados, estamos em face de uma patologia relativa a uma regra de produção de prova e não a uma situação de utilização de um meio proibido de prova (art. 126.º, n.º 3, do CPP).

Resumidamente, e dito com Peters, as regras de produção da prova são «ordenações do processo que devem possibilitar e assegurar a realização da prova. Elas visam dirigir o curso da obtenção da prova sem excluir a prova. As regras de produção da prova têm assim a tendência oposta à das proibições de prova. Do que aqui se trata não é de estabelecer limites à prova como sucede com as proibições de prova, mas apenas de disciplinar os processos e modos como a prova deve ser regularmente levada a cabo.

Assim, quando o que está em causa é a forma como foram efectuadas as interceptações telefónicas enquanto meio de prova autorizado e perfeitamente definido, carece de qualquer fundamento, sendo despropositada, a referência a uma prova proibida e/ou viciada por violação da Constituição.” Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/> ;

<sup>295</sup> MATA-MOUROS, *Op. Cit.* “Escutas telefónicas...”, P. 231 e 232.

<sup>296</sup> MARCOLINO DE JESUS, *Ibidem, Op. Cit.* P, 268.

<sup>297</sup> MATA-MOUROS, *Op. Cit.* “Escutas telefónicas...”, P. 232.

Cfr. Neste sentido também, LAMAS, LEITE, *Ibidem, Op. Cit.* P. 49.

Cfr. RAQUEL CONCEIÇÃO, *Ibidem, Op. Cit.* Págs. 175 e ss.

<sup>298</sup> *Op. Cit.* P. 51.

consente a sua restrição quando estejam em causa outros valores constitucionalmente garantidos e observando sempre ... o princípio da concordância prática.”<sup>299</sup>

Conjugando o art.º 120 e o art.º 118 do CPP (Cfr. art.º 123 do CPP), com o método de obtenção de prova das escutas telefónicas, refere a lei pela interpretação desta questão, na falta dos casos em que a lei expressamente refere como nulidades insanáveis (cfr. art.º 119 do CPP) culminar com nulidade, determinado acto será meramente irregular. LAMAS LEITE defende que “não se compreende que um sistema processual penal como o português, e em geral todos os seus congéneres ocidentais, apostado (...) na descoberta de uma verdade processualmente válida e não numa verdade absoluta, permitisse que o juiz, conhecendo a ilegalidade da prova, a valorasse sem remorsos pelo simples (e por vezes aleatório) motivo de que aquele contra quem a prova viesse a ser usada, por qualquer razão, não arguisse em tempo útil a respectiva nulidade.”<sup>300</sup>

Com efeito, coloca-se a questão de saber se a violação dos preceitos dos arts. 187º e 188º do CPP acarretam então ou não as mesmas consequências. Segundo LAMAS LEITE o art.º 187 é uma “norma nuclear na matéria e” traduz “de forma mais directa, o difícil equilíbrio entre a boa administração da justiça e o respeito pelos direitos fundamentais envolvidos.”<sup>301</sup> E por isso mesmo o autor argumenta que “a violação do art.º 187 implica uma sanção radical: a «inutilização» do material probatório assim recolhido.” Por sua vez, no que diz respeito a “matéria «procedimental» ” que não conflitue com direitos e garantias fundamentais de forma tão intensa, será de “intuir” que estamos “perante uma nulidade sanável (art.º 120).<sup>302</sup> O autor defende que da violação dos preceitos do art.º 187 e 188 não se pode estabelecer um “regime unitário”, o regime do art.º 189 do CPP, uma vez que, conforme defende o supra citado autor, “o termo «nulidade» não é ai usado em sentido técnico-jurídico.”<sup>303</sup> Neste sentido também VINÍCIO RIBEIRO argumenta a diferença entre os vícios materiais e formais, sendo certo que da violação dos preceitos do art.º 187 desencadeia-se sempre, na sua opinião, uma “indiscutível proibição de prova, proibição de valoração dessa prova obtida”, ao passo que as provas em que falham alguma/s das sua/s

---

<sup>299</sup> MANUEL MEIREIS, *apud* LAMAS LEITE, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 51.

<sup>300</sup> *Op. Cit.* P. 53.

<sup>301</sup> LAMAS LEITE, *Op. Cit.* P. 55 e 56.

<sup>302</sup> *Op. Cit.* P. 56.

<sup>303</sup> LAMAS LEITE, *Op. Cit.* P. 56.

formalidade/s legais, designadamente as aludidas no art.º 188, “padecem de nulidade, sujeita ao regime de arguição dos arts. 120º e 121º”.<sup>304</sup>

Para outros autores – designadamente BENJAMIM SILVA RODRIGUES – tanto a violação pelos requisitos formais como a violação dos requisitos materiais, acarretam consigo a nulidade insanável de ambos os tipos de vícios em apreço, “dado que a prova «é ilícita», ou seja, não obtida segundo as disposições legais e constitucionais autorizativas do levantamento do sigilo das comunicações privadas.”<sup>305</sup>

Na esteira de COSTA ANDRADE e DAMIÃO CUNHA cremos que tanto num caso como no outro estamos perante «prova ilícita» e por isso não pode ser utilizada, uma vez que “na sua origem ou desenvolvimento se lesou um direito ou liberdade fundamental”.<sup>306</sup> Ainda que a lei não refira expressamente nulidade insanável, tal não significa – em nossa opinião – que a contrário do que se trate de prova lícita, até porque vejamos que o preceituado nas ditas «formalidades das operações» do art.º 188 do CPP, oferecem as mais diversas vezes, garantias processuais imprescindíveis.

COSTA ANDRADE defende assim que “as situações estão parificadas”, no entanto defende a possibilidade de “em casos em que não estejam em causa o núcleo íntimo da privacidade”, a possibilidade deste meio de obtenção de prova ser utilizado, não obstante a violação de certas formalidades, “desde que o estado de necessidade investigatório o justifique”.<sup>307</sup>

Concordamos com MATA-MOUROS quando critica abertamente a necessidade de tomada de posição por parte do nosso legislador, nas palavras da autora “a definição de admissibilidade da escuta de certas conversas bem como a diferenciação das consequências pela sua inobservância ao nível da obtenção de prova, ou da sua valoração, pressupõe tomada de posição do legislador. Não depende de um critério individual de cada juiz!”<sup>308</sup>

---

<sup>304</sup> *Apud* MARCOLINO DE JESUS, *Op. Cit.* P. 269.

<sup>305</sup> *Op. Cit.* P. 504.

<sup>306</sup> *Apud* MARCOLINO JESUS, *Op. Cit.* P. 269.

*Cfr.* COSTA ANDRADE, “Bruscamente...”, *Op. Cit.* P. 325.

<sup>307</sup> *Apud* MARCOLINO JESUS, *Op. Cit.* Nota de rodapé nº 695, P. 269.

<sup>308</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.* “Escutas telefónicas...”, P. 236.

## CAPÍTULO VI- OS CONHECIMENTOS FORTUITOS

### 1 – Breve distinção entre conhecimentos fortuitos e conhecimentos de investigação

Nem todos os conhecimentos advindos da interceptação e gravação de conversações e comunicações telefónicas são classificados da mesma forma. Tal como refere CONDE CORREIA, “durante a realização de uma escuta telefónica legalmente autorizada a entidade policial pode tomar conhecimento de outros crimes...” sendo que esses conhecimentos representam “factos novos” que, por sua vez, “tanto podem constituir o objecto da investigação em curso, como não ter qualquer conexão. No primeiro caso são o objectivo da própria investigação, no segundo são conhecimentos meramente fortuitos.”<sup>309</sup>

Com efeito, cumpre fazer uma breve mas importante distinção entre o que são realmente os denominados «conhecimentos fortuitos» e os que são os «conhecimentos de investigação».

No âmbito das escutas telefónicas, conhecimentos fortuitos são conhecimentos que são adquiridos sobre *outros crimes e/ou processos* e, por sua vez, os conhecimentos de investigação são conhecimentos adquiridos no âmbito de um processo com a *mesma situação fáctica e conexão processual*.<sup>310</sup> (Itálico nosso) Como refere COSTA ANDRADE, os conhecimentos fortuitos têm assim, um carácter meramente residual.<sup>311</sup>

Todavia, do teor literal da lei e da conjugação entre o nº 4 e no nº 7 do art.º 187 do CPP, as escutas só serão permitidas noutro processo já em curso ou a instaurar se tiver resultado da interceptação das possíveis pessoas alvo das escutas aí delimitadas e se tal for indispensável para a prova de algum crime de catálogo.<sup>312</sup> Coloca-se assim, a questão de

---

<sup>309</sup> *Ibidem, Op. Cit.* P. 66.

<sup>310</sup> ADÉRITO TEIXEIRA, *Op. Cit.*, Págs. 247 e 248.

Na esteira do autor podemos entender por conhecimentos de investigação podemos entender “as conversações que se reportam à “mesma situação fáctica” tendo uma “conexão processual”, ao contrário dos “conhecimentos fortuitos (outros crimes e processos), [estão] para além das denominadas “pistas de investigação”. P. 248.

<sup>311</sup> In “Sobre as proibições...”, *Op. Cit.* P. 275.

*Cfr.* CONDE CORREIA, *Ibidem, Op. Cit.* P. 66.

Neste sentido também, LAMAS LEITE, acompanha COSTA ANDRADE, referindo que “na consideração dos «conhecimentos fortuitos» como residual” deve “começar-se por determinar quais os casos que, indisputavelmente, pertencem aos «conhecimentos de investigação».., *Ibidem, Op. Cit.* P. 39.

<sup>312</sup> *Cfr.* Art.º 187 nº 7 do CPP: “Sem prejuízo do disposto no artigo 248.º, a gravação de conversações ou comunicações só pode ser utilizada em outro processo, em curso ou a instaurar, se tiver resultado de interceptação de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no n.º 4 e na medida em que for indispensável à prova de crime previsto no n.º 1.” (Itálico nosso)

saber, na prática, em que contornos se define a admissibilidade dos conhecimentos fortuitos e qual a sua relevância prática no âmbito da problemática em apreço.

## 2 – Admissibilidade e relevância dos conhecimentos fortuitos

Como refere COSTA ANDRADE ainda não existem “critérios ou princípios gerais de distinção” entre conhecimentos de investigação e conhecimentos fortuitos “em sentido estrito”, esta tarefa revela-se “complexa e difícil”.<sup>313</sup> O que por sua vez, influencia as teses sustentadas à volta da admissibilidade e relevância dos conhecimentos fortuitos.

Debruçando-nos concretamente nos conhecimentos fortuito, facilmente compreendemos que a questão da sua admissibilidade é controversa no nosso ordenamento jurídico. Ademais, existe um silêncio da lei que propicia – em nossa opinião – estas divergências doutrinárias. Refere o nº 7 do art.º 187 do CPP: “*Sem prejuízo do disposto no artigo 248.º, a gravação de conversações ou comunicações só pode ser utilizada em outro processo, em curso ou a instaurar, se tiver resultado de intercepção de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no n.º 4 e na medida em que for indispensável à prova de crime previsto no n.º 1.*”

Ora o preceito do nº 7 do art.º 187 do CPP permite a utilização das escutas telefónicas noutro processo *quer se trate de um processo já a decorrer quer se trate de um processo ainda a instaurar*, o que realmente nos transporta para algo inovador após a reforma, uma vez que este preceito é *alargado aos casos em que há processos a instaurar*, “alargando por isso os pressupostos de admissibilidade da escuta telefónica.”<sup>314</sup> (Itálico nosso)

Na opinião do autor GERMANO MARQUES DA SILVA pela interpretação do preceituado no art.º 187 do CPP conhecimentos fortuitos são conhecimentos sobre outros

---

Cfr. Art.º 187 nº 8 do CPP: “*Nos casos previstos no número anterior, os suportes técnicos das conversações ou comunicações e os despachos que fundamentaram as respectivas intercepções são juntos, mediante despacho do juiz, ao processo em que devam ser usados como meio de prova, sendo extraídas, se necessário, cópias para o efeito.*” (Itálico nosso)

<sup>313</sup> “O regime dos conhecimentos de investigação em processo penal, *in* Revista de Legislação e Jurisprudência, nº 3981, ano 142, Jul./Agosto, 2013, Págs. 353 e 376, 373.

Cfr. *Op. Cit.* P. 358.

Cfr. “O regime dos «conhecimentos de investigação» em processo penal, reflexões a partir das escutas telefónicas”, *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 22, nº 111, Set./Out., 2014, P. 262.

<sup>314</sup>MARQUES SILVA, “Curso...”, *Ibidem, Op. Cit.* P. 256.

Para este autor a esta norma não padece de qualquer inconstitucionalidade. *Op. Cit.* P. 256. Cfr. Nota de rodapé nº 9 da P. 248.

factos relativos *a pessoas que não constem do n.º 4 do art.º 187 do CPP*, o que, na perspectiva deste autor, acaba por alargar a delimitação antes feita no n.º 4º do art.º 187 do CPP.<sup>315</sup> (Itálico nosso)

Na esteira da explicação do supra aludido autor, é necessário sublinhar que: “A norma parece afinal *bem mais ampla* do que poderia parecer ser o espírito do legislador ao limitar as interceptões e gravações de comunicações telefónicas relativamente às pessoas indicadas no n.º 4 do art. 187.º, pois as conversações ou comunicações interceptadas relativamente a quaisquer outras pessoas que utilizem o meio de comunicação utilizado pelas indicadas no n.º 4 podem ser utilizadas *em outro processo, em curso ou a instaurar*, desde que se trate de processo por algum dos crimes relativamente aos quais a lei admite a escuta telefónica.”<sup>316</sup> (Itálico nosso)

O autor refere a título exemplificativo: “... se a pessoa suspeita relativamente a quem seja autorizada a escuta for um deputado, é possível interceptar quer o telefone pessoal do deputado, quer o utilizado pelo seu grupo parlamentar e eventualmente outros da Assembleia da República a que o deputado tenha acesso. Se nas operações de interceptação o órgão de polícia criminal se aperceber de conversação ou comunicação de outro qualquer deputado que utilize algum dos referidos telefones, pode a comunicação ser interceptada, gravada e utilizada noutro processo em curso ou mesmo a instaurar, devendo ainda o órgão de polícia criminal comunicar a notícia criminis ao Ministério Público, nos termos do disposto do art. 248º. É o que frequentemente sucede com leis feitas à medida de casos concretos antes ocorridos!”<sup>317</sup>

Efectivamente, se atentarmos ao teor do n.º 7 do art.º 187 do CPP, pretende GERMANO MARQUES DA SILVA, advogar que podem ser deduzidas três tipos de interpretações quanto à admissibilidade e relevância dos conhecimentos fortuitos. O autor alude à possibilidade de “uma interpretação meramente *declarativa, extensiva ou restritiva*”.<sup>318</sup> (Itálico nosso) Por um lado, é certo que, a interpretação declarativa conduz – na sua perspectiva – a soluções não razoáveis, o que não pode presumir-se”.<sup>319</sup> E, por outro lado, a

---

<sup>315</sup> In “Curso...”, *Op. Cit.*, P. 250, 251.

<sup>316</sup> MARQUES SILVA, *Ibidem*, “Curso...”, *Op. Cit.* P. 250, 251.

<sup>317</sup> Sublinha o autor, in “Curso...”, *Op. Cit.* P. 250, 251.

<sup>318</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 251.

<sup>319</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 251.

interpretação restritiva leva a que “só as comunicações ou conversações das pessoas referidas no nº 4 podem ser utilizadas noutra processo”, o que de certa forma, para o autor, parece entrar em “conflito com a ressalva do nº6 do art.º 188 do CPP”.<sup>320</sup>

Posto isto, GERMANO MARQUES DA SILVA defende que na eventualidade de estarmos perante escutas entre pessoas que não estão indicadas no nº 4 do art.º187, apesar de dizerem respeito “ao crime que é objecto do processo no qual foi ordenada a escuta” não pode ser utilizado nesse processo, o autor defende uma “interpretação extensiva da letra da lei”.<sup>321</sup> Portanto, segundo GERMANO MARQUES DA SILVA, uma interpretação extensiva do nº 7 do art.º 187 do CPP, abrange “comunicações ou conversações de pessoas não indicadas no nº 4, mas que respeitam ao crime objecto do processo em que foi ordenado [a determinada escuta telefónica] desde que sejam utilizados os meios de comunicação utilizados por pessoa referida no nº 4.”<sup>322</sup>

Relativamente ao valor e relevância dos conhecimentos fortuitos, demonstra-se relevante a questão feita por GERMANO MARQUES DA SILVA quando questiona: “qual o valor dos conhecimentos obtidos sobre factos que não se reportam ao crime cuja investigação legitimou a realização da escuta telefónica?”<sup>323</sup>

Também aqui o autor nos alude para três possíveis vias:

1 – A valoração, sem quaisquer restrições ou limites dos conhecimentos obtidos, “em nome do postulado da continuidade entre a licitude da produção de uma prova e a legitimidade da sua valoração”.<sup>324</sup>

2 – Em sentido diverso, temos a total e completa proibição da valoração de todo e qualquer conhecimento fortuito “em nome da exigência constitucional da reserva de lei”.<sup>325</sup>

---

<sup>320</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 251.

<sup>321</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 251.

<sup>322</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 251

<sup>323</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 255.

<sup>324</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 255.

<sup>325</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 255.

*Cfr. Op. Cit.*, nota de rodapé nº 3, Págs. 255 e 256.

“Ac. TRP de 11-01-1995 [...] «A danosidade social indissociavelmente ligada à utilização das escutas telefónicas como meio de prova impõe uma leitura restritiva das normas que fixam os pressupostos da sua admissibilidade. Nessa ordem de ideias, é de considerar como preceito de observância obrigatória, o da proibição ... da valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos através das escutas. Consequentemente, ao arguido tem de ser concedido o direito de controlar os conhecimentos adquiridos por essa via e o modo como

3 – Por último, temos o entendimento de GERMANO MARQUES DA SILVA, esse entendimento é o mesmo que tinha antes da Reforma de 2007. Com efeito, o autor defende que “com a previsão legal, ainda que de expressão imperfeita”, isto é, no seguimento da doutrina e jurisprudência alemãs generalizadas, admite-se os conhecimentos fortuitos “que se reportem a um dos crimes relativamente aos quais a escuta é legalmente admissível.”<sup>326</sup>

Com diferente opinião temos COSTA ANDRADE que sustenta a necessidade da cumulação de dois requisitos para que sejam valorados os conhecimentos fortuitos em sentido estrito: por um lado, temos de estar perante um crime de catálogo<sup>327</sup>, como refere o autor, é facto assente que “*não se podem produzir nem valorar escutas telefónicas sem crime de catálogo nem para além do crime de catálogo*”.<sup>328</sup> E, por outro lado – para além da necessidade de estarmos perante um crime catalogar – temos de estar perante um estado de necessidade tal que legitime a investigação. Respeitando o princípio da intromissão sucedânea hipotética.<sup>329</sup> COSTA ANDRADE crê que é “...mais consistente a posição dos autores que, a par do crime do catálogo, fazem intervir exigências complementares tendentes a reproduzir aquele *estado de necessidade investigatório* que o legislador terá arquetipicamente representado como fundamento da legitimação (excepcional) das escutas telefónicas.”<sup>330</sup> Na apreciação de LAMAS LEITE – e na esteira de ROGALL<sup>331</sup> – para valorar os conhecimentos fortuitos “não basta uma mera probabilidade de obtenção daquele material probatório” deve sim, ser exigida “uma probabilidade qualificada, «que obrigará a valorar pro reo (...) todos os casos de dúvida».”<sup>332</sup> LAMAS LEITE defende que esta solução é a que, de forma mais eficaz, protege os direitos fundamentais dos cidadãos, conferindo-lhes uma “*concordância prática*” e assegurando “que as instâncias formais de controlo não farão um uso dos «conhecimentos fortuitos» que permita uma espécie de fraude ao próprio regime deste meio de obtenção de prova.”<sup>333</sup> O autor defende ainda a não admissibilidade e

---

o foram e, se para tal for imprescindível, o acesso directo aos próprios meios técnicos utilizados na escuta.” (Itálico nosso), *Op. Cit. Págs. 255 e 256.*

<sup>326</sup> *Ibidem, Op. Cit. P. 256.*

<sup>327</sup> “Sobre as proibições...”, *Op. Cit. Págs. 311 e 312.*

*Cfr.* COSTA ANDRADE, “O regime dos conhecimentos...”, *Op. Cit. P. 377.*

<sup>328</sup> COSTA ANDRADE, “O regime dos conhecimentos...”, *Op. Cit. P. 358.*

<sup>329</sup> COSTA ANDRADE, “Bruscamente...”, *Op. Cit. Págs. 173, 174, 177.*

<sup>330</sup> *Apud* AGUILAR, FRANCISCO; *in* “Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas – contributo para o seu estudo nos ordenamentos jurídicos alemão e português, Almedina Editora, 2004, P. 62.

<sup>331</sup> *Apud* COSTA ANDRADE “Sobre as proibições...”, *Op. Cit. P. 110.*

LAMAS LEITE, *Op. Cit. P. 41.*

<sup>332</sup> LAMAS LEITE, *Op. Cit. P. 41.*

<sup>333</sup> LAMAS LEITE, *Op. Cit. P. 41.*

valorização dos conhecimentos fortuitos advindos das escutas telefónicas se mediante suspeitas que estamos perante um crime que não consta do catálogo legal do preceituado no art.º 187 do CPP. O autor justifica a sua posição recorrendo a dois argumentos: - Por um lado aceitar a valoração destes conhecimentos, nestas situações, “implicaria um grave entorse do *princípio da legalidade*”.<sup>334</sup> E, por outro lado, pretende evitar um certo laxismo pelos órgãos das instâncias formais de controlo, isto é, evita-se que estes órgãos com vista à obtenção de material probatório referentes a crimes que não estão elencados no catálogo do art.º 187 do CPP, “e que julgam ser mais facilmente descobertos com recurso a métodos como escutas telefónicas, aleguem a suspeita da prática de um dos crimes de catálogo” para chegar ao objectivo de recolher material probatório de forma a ser – para aqueles – um método mais facilitado, ou – como refere LAMAS LEITE uma busca “num claro exemplo de «burla de etiquetas»”.<sup>335</sup>

Com opinião discordante, temos FRANCISCO AGULAR, que critica abertamente a “tese da valoração adstrita aos crimes de catálogo e ao juízo hipotético de intromissão” de COSTA ANDRADE.<sup>336</sup>

FRANCISCO AGULAR defende que a tese, em que COSTA ANDRADE refere a possibilidade de serem valorados os conhecimentos de crimes de catálogo, desde que submetidos ao “juízo hipotético de intromissão”, deve ser rejeitada.<sup>337</sup> Justificando a sua posição com recurso ao teor constitucional e pela inobservância de uma autorização de valoração destes conhecimentos no art.º 187 do CPP. FRANCISCO AGUILAR critica a tese de COSTA ANDRADE sustentando que este último está a “aplicar analogicamente o regime dos conhecimentos da investigação aos conhecimentos fortuitos.”<sup>338</sup> FRANCISCO AGUILAR faz uma pergunta retórica sobre a opinião defendida por COSTA ANDRADE, “com efeito, como aferir um estado de necessidade investigatório quando nenhuma investigação exista?”<sup>339</sup>

Para FRANCISCO AGUILAR “apenas e só a valoração dos conhecimentos de investigação” deve ser sustentada, “porque só em vista destes é autorizada a devassa característica daa

---

<sup>334</sup> *Op. Cit.* P. 41.

<sup>335</sup> *Op. Cit.* P. 41.

<sup>336</sup> AGUILAR, *Op. Cit.* P.62.

<sup>337</sup> *Op. Cit.* P. 65.

<sup>338</sup> *Op. Cit.* P. 65.

<sup>339</sup> *Op. Cit.* Nota de rodapé nº 254. P. 65.

vigilância telefônica.”<sup>340</sup> O autor recorre aos preceitos dos arts 18º nº 2, 34º nº 4, 32º nº 8 da CRP e ao art.º 187 do CPP para justificar a sua opinião, isto é, “não é possível a aplicação analógica do art.º 187 do CPP, na medida em que através dela estaria o aplicador do direito a substituir-se ao legislador ordinário.”<sup>341</sup> Para além de que o fim da norma do art.º 187 “seria ultrapassado no âmbito da valoração” e tal ultrapassagem “representaria uma intervenção autónoma sobre os direitos fundamentais”.<sup>342</sup> Uma vez que não existe autorização para valorar os conhecimentos fortuitos, vale a regra da proibição dos sustentada nos preceitos supra referidos, além de que, “a norma do art.º 187 do CPP é, por ser restritiva de direitos, liberdades e garantias, excepcional, assim se inviabilizando a respectiva aplicação analógica.”<sup>343</sup>

FRANCISCO AGUILAR faz as mesmas críticas a GERMANO MARQUES DA SILVA, com o acréscimo de que considera que este último, ao passar unicamente a admissibilidade da valoração dos conhecimentos fortuitos pelo crivo de se reportar a um dos crimes de catálogo, faz surgir a questão de como se pode “explicar que haja conhecimentos fortuitos que sejam valorados independentemente da sua sujeição a qualquer crivo de necessidade investigatória ou, pelo menos, probatória? Não seriam, afinal, tais conhecimentos casuais mais facilmente valoráveis do que os próprios conhecimentos da investigação?”<sup>344</sup> FRANCISCO AGUILAR argumenta que a “teologia da norma do art.º 187 do CPP não inclui a permissão de valoração de conhecimentos que não são relativos ao processo em que a escuta é autorizada, só por aplicação analógica, ou, pelo menos interpretação extensiva daquele preceito se legitimaria a valoração dos conhecimentos fortuitos.”<sup>345</sup> Ou seja – para o autor – uma vez que o art.º 187 “se trata de uma norma restritiva de direitos, liberdades e garantias” está fora de questão ser aplicada analogicamente. <sup>346</sup>

---

<sup>340</sup> *Op. Cit.* P. 66.

<sup>341</sup> *Op. Cit.* Págs. 66 e 67.

<sup>342</sup> *Op. Cit.* P. 67.

<sup>343</sup> AGUILAR, *Op. Cit.* P. 67.

<sup>344</sup> *Op. Cit.* P. 68.

<sup>345</sup> *Op. Cit.* P. 68.

<sup>346</sup> *Op. Cit.* P. 68.

FRANCISCO AGUILAR defende a proibição dos conhecimentos fortuitos, todavia, com eficácia de *notitia criminis*. In GUEDES VALENTE, MANUEL MONTEIRO, “Conhecimentos fortuitos – a busca de um equilíbrio apuleiano!”, Almedina Editora, 2006, P. 132.

Na esteira de GUEDES VALENTE cremos que – devidamente afastados de posições extremistas<sup>347</sup> - “e em óptica de equilíbrio apuleiano”, defendemos a valorização dos conhecimentos fortuitos obtidos através da utilização de escutas telefónicas lícitas, cujo objectivo se reporte “ao «esclarecimento de um dos crimes de catálogo» do art.º 187 do CPP, quer o sujeito desses factos seja o arguido do processo em cuja vigilância telefónica se opera quer seja um terceiro – desde que tenha participado nas comunicações e conversações – que se mostrem indispensáveis e necessários a esse esclarecimento e que, face a um juízo de “hipotética repetição de intromissão” – em «estado de necessidade investigatório» - se verifique uma probabilidade qualificada de que em aquele processo autónomo se recorreria à escuta telefónica por se mostrar «de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova» e que os conhecimentos tivessem sido comunicados imediatamente ao juiz que autorizou ou ordenou a diligência processual.”<sup>348</sup>

No entanto temos de concordar com FRANCISCO AGUILAR – e na esteira de GUEDES VALENTE – que face ao silêncio, ao vazio da nossa lei, somos levados a concordar com os autores quando referem que “seria de todo necessário prescrever um preceito idêntico ao inciso V do §100 b) da StPO ou ao nº 1 do art.º 270 do Código de Processo Penal Italiano, que pudesse afastar as dúvidas jurisprudenciais e doutrinárias”.<sup>349</sup> No tópico seguinte tratamos de esclarecer esta opinião.

### **3 – Breve referência à experiência alemã**

Como vimos, a matéria relativa às escutas telefónicas está regulada no respectivo ordenamento jurídico alemão, constante dos § 100 a § 100 b) da StPO, tendo como delimitador constitucional o § 10 da GG (Grundgesetz).<sup>350</sup>

---

<sup>347</sup> V.g. Valoração total por: SCHÜNEMANN; o da proibição total: PRITTWITZ e KNAUTH; ou o da proibição dos conhecimentos fortuitos, todavia, com eficácia de notitia criminis: FRANCISCO AGUILAR. *In*, GUEDES VALENTE, “Conhecimentos fortuitos – a busca...”, *Op. Cit.* P. 133.

<sup>348</sup> GUEDES VALENTE, “Conhecimentos fortuitos – a busca...”, *Op. Cit.* P. 133.

*Cfr.* Art.º 188 nº 1 do CPP.

<sup>349</sup> AGUILAR, *Op. Cit.* P. 102.

GUEDES VALENTE, “Conhecimentos fortuitos – a busca...”, *Op. Cit.* P. 134.

<sup>350</sup> *Cfr.* Este preceito sublinha no inciso 1º que o “sigilo da correspondência, assim como o sigilo postal e das telecomunicações, é inviolável”, e no inciso 2º “(...) as limitações só podem ser estabelecidas com base em uma lei. Se a limitação tiver por escopo a protecção da ordem fundamental livre e democrática ou a segurança do Estado Federal ou de um Estado Federado, a lei pode determinar que a limitação não seja comunicada ao atingido e que, no lugar da via judicial, o controlo seja feito por órgãos principais e órgãos auxiliares constituídos por representação popular.”, LIMA RODRIGUES, *Op. Cit.* P. 21.

As primeiras decisões jurisprudenciais alemãs referentes à matéria da valoração dos conhecimentos fortuitos, revelaram-se de grande importância e – ao contrário do que sucede no ordenamento jurídico português – foram pioneiras, constituindo assim “um marco de referência na controvérsia que animou o debate nos vinte anos seguintes.”<sup>351</sup>

Com efeito, a primeira e marcante decisão está datada de 11 de Outubro de 1972 pelo *Oberlandsgericht* de Hamburgo.<sup>352</sup> Este tribunal decidiu a favor da valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos através de uma escuta telefónica “legalmente autorizada independentemente de a suspeita da prática de crime que motivou a investigação através da escuta telefónica catalogado no § 100 a) da StPO ainda se verificar”, sustentando a sua posição nos subseqüentes fundamentos: “- O conhecimento dos factos distintos da suspeita do crime de catálogo legitimador do § 100 a) da StPO é uma «consequência adicional extremamente óbvia» da devassa produzida pela escuta telefónica. (...) A proibição [da valoração dos conhecimentos fortuitos] não pode retirar-se do art.º 10, nº 1 GG; - Argumento que se confirma ou reforça com o preceituado pelo § 108 da StPO – valoração de conhecimentos diferentes aos que motivaram a ordem ou autorização de busca; - Do inciso V do § 100 b) da StPO afere-se que não se verifica uma proibição de valoração, pois a destruição das gravações só podem ser destruídas não quando a investigação criminal do crime legitimador cesse, mas quando se revelarem desnecessárias e, por conseguinte, inúteis «para a perseguição criminal» - *zur Strafverfolgung* – de qualquer crime.”<sup>353</sup>

Decisão diferente tomou o Supremo Tribunal Federal (BGH) alemão – *Bundesgerichtshof* – que admitiu a valoração de todos os conhecimentos fortuitos, todavia “o BGH decidiu que «a valoração só é admissível se e na medida em que os factos conhecidos no âmbito de uma escuta telefónica (...) estão em conexão com a suspeita de um crime de catálogo...» [no sentido do preceito § 100 a)], e “independentemente de a responsabilidade da nova *notitia criminis* se imputar a um terceiro.”<sup>354</sup>

---

<sup>351</sup> AGUILAR, *Op. Cit.* P. 27.

*Cfr.* COSTA ANDRADE, “Bruscamente no verão...”, *Op. Cit.* Págs. 139 e ss.

<sup>352</sup> GUEDES VALETE, “Conhecimentos fortuitos...”, *Op. Cit.* P. 103.

<sup>353</sup> GUEDES VALENTE, *Ibidem*, “Conhecimentos fortuitos...”, *Op. Cit.* Págs. 103 e 104.

<sup>354</sup> GUEDES VALENTE, *Ibidem*, *Op. Cit.* Págs. 104 e 105.

*Cfr.* AGUILAR, *Op. Cit.* P. 31.

*Cfr.* A decisão de 30 de Agosto de 1978, “o BGH esclarece (...) que a conexão pode não só reportar-se ao crime catálogo motivador da escuta como a outro crime prescrito no catálogo.”, GUEDES VALENTE, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 106.

Porém, é de sublinhar a importância da Lei de Combate ao Tráfico Ilegal de Estupefacientes e Outras Formas de Criminalidade Organizada de 15 de Julho de 1992. Esta lei veio alterar o inciso V do § 100 b) da StPO “no qual se prevê a valoração probatória dos conhecimentos fortuitos em outros processos-crime necessários ao esclarecimento de um dos crimes mencionados no § 100 a) da StPO”<sup>355</sup>

Antes desta alteração, também na doutrina viamos três grandes opiniões dissidentes quando à questão da valoração dos conhecimentos fortuitos (*Zufallsfunde*).

Por um lado a tese da “inexistência da relevância jurídica”, isto é, a tese segundo a qual deveriam ser *proibidos a valoração de quaisquer conhecimentos fortuitos*. (Itálico nosso) Esta tese é defendida por autores como KNAUTH e PRITWITZ.<sup>356</sup> Os defensores desta tese alegam que não existe norma positiva que “estipulasse tal valoração” e, como o § 100 a) se trata de uma norma de carácter excepcional por comprimir direitos fundamentais, “não se pode transpor para os conhecimentos fortuitos os quesitos dos conhecimentos de investigação, i.é., o intérprete não se pode substituir ao legislador.”<sup>357</sup>

Por outro lado, temos a tese, completamente oposta, que defende a valoração “sem restrições” dos conhecimentos fortuitos – tese defendida por SCHÜNEMANN – este autor argumenta que os conhecimentos devem ser totalmente valorados “desde que não se verifique uma proibição de produção de prova – i.é., desde que a escuta telefónica obedeça aos quesitos legais – pois se esta é lícita não faz sentido [para o autor] proibir a valoração das provas recolhidas sobre outros factos delituosos” quer se tratem ou não de crimes de catálogo.<sup>358</sup> Como refere RIESS, o autor desta tese – SCHÜNEMANN – não tem atenção ao carácter lesivo que este meio de obtenção de prova comporta em relação aos direitos fundamentais e à sua possibilidade de, com isso, comportar uma proibição «de valoração autónoma ou independente»<sup>359</sup>, para além de que, não parece preocupado com a

---

<sup>355</sup> GUEDES VALENTE, *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 107.

*Cfr.* “A previsão legal” alterada com a Lei de Combate ao Tráfico Ilegal de Estupefacientes e Outras Formas de Criminalidade Organizada de 15 de Julho de 1992 veio provocar “dúvidas e influenciou a jurisprudência pela possibilidade de limitar a extensibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos.” GUEDES VALENTE, *Op. Cit.* P. 107.

<sup>356</sup> GUEDES VALENTE, *Op. Cit.* P. 114.

<sup>357</sup> GUEDES VALENTE, *Op. Cit.* P. 115. Vide: esta tese tem “como base o respeito pelo princípio (...) da reserva de lei.”, GUEDES VALENTE, *Op. Cit.* P. 115.

<sup>358</sup> GUEDES VALENTE, *Op. Cit.* Págs. 114 e 116.

<sup>359</sup> *Apud* GUEDES VALENTE, *Op. Cit.* P. 116.

*Cfr.* AGUILAR, *Op. Cit.* P. 42.

possibilidade de, com esta tese – metaforicamente – fazer entrar pela janela aquilo que, regularmente, não poderia entrar pela porta. Isto é, fazer com que se pudesse recorrer às escutas telefónicas alegando determinado crime de catálogo quando, na realidade, o único objectivo seria o laxismo das autoridades, por forma a procurar, de maneira mais facilitada um qualquer crime. Como refere MANUEL GUEDES VALENTE poderia acontecer que “os crimes que não poderiam, *ex lege*, ser investigados por meio de escuta telefónica – por os crimes não pertencerem ao catálogo – passassem a sê-lo.”<sup>360</sup>

Por último temos a tese defendida por ROXIN, WOLTER, WELP, MEYER, RUDOLPHI, SCHRÖDER<sup>361</sup>, cujas opiniões não são tão extremistas como as supra descritas.<sup>362</sup> Estes autores têm especial cuidado com as normas que comprimem os direitos fundamentais, sublinhando que estas “devem ser sempre interpretadas restritivamente e com algumas particularidades individuais” e concretas e, por isso, estes autores nem afastam a total valoração dos conhecimentos fortuitos, nem a “absolutizam”.<sup>363</sup> Esta tese subdivide-se em duas orientações: - Por um lado, temos autores como ROXIN, MEYER, SCHRÖDER, DÜRING, HERZOG, MANZ e SCHRÖDER, que defendem que a conexão com os crimes de catálogo é sempre “*condição necessária e suficiente*” para os conhecimentos fortuitos serem valorados, não os submetendo a outras exigências.<sup>364</sup> – E, por outro lado, temos autores como ROGALL, RUDOLPHI, WELP, MAIWAID e FEZER que para além da supra conexão, “entendem que a valoração deve obedecer «ao programa político-criminal subjacente àquele regime e aos juízos de concordância prática que lhes emprestam sentido», ou seja, impõe-se «a gravidade da suspeita e a própria urgência criminalística da medida *sub nomine* da cláusula da *ultima ratio*».”<sup>365</sup>

Em relação ao âmbito subjectivo, não se vislumbra no § 100 b) V da StPO qualquer limitação em relação à valoração dos conhecimentos fortuitos de crimes de catálogo realizados por terceiros, “ficando ratificada a posição do BGH.”<sup>366</sup>

---

<sup>360</sup> *Ibidem*, *Op. Cit.* P. 116.

<sup>361</sup> GUEDES VALENTE, *Op. Cit.* P. 114.

<sup>362</sup> GUEDES VALENTE, *Op. Cit.* P. 114.

<sup>363</sup> GUEDES VALENTE, *Op. Cit.* Págs. 114 e 115.

<sup>364</sup> GUEDES VALENTE, *Op. Cit.* P. 117.

<sup>365</sup> COSTA ANDRADE *apud* GUEDES VALENTE, *Op. Cit.* P. 117.

<sup>366</sup> AGUILAR, *Op. Cit.* P. 56.

*Cfr.* GUEDES VALENTE, *Op. Cit.* P. 122.

## CONCLUSÃO

É sólida a necessidade da existência das escutas telefónicas. Actualmente a investigação criminal deve dotar-se de meios que permitam acompanhar a evolução da sociedade e com ela as diversas formas de crime que vão ganhando espaço na criatividade tecnológica, prometendo um maior esquivo nas rédeas da investigação criminal.

As escutas telefónicas surgem como um meio de obtenção de prova oculto que pode afectar gravemente os direitos fundamentais, comprimindo-os. Porquanto, apesar de necessário, deve ser utilizado com cautela. Esta cautela exige que se respeitem no seu máximo os direitos fundamentais. São especialmente afectados os direitos da reserva da intimidade da vida privada e familiar; a inviolabilidade do sigilo e da correspondência; o direito à imagem e à palavra; entre outros. Como farol interpretativo a nossa CRP fornece-nos através do nº 2 e nº 3 do art.º 18, o itinerário seguro para uma eventual restrição, sendo aqui também de realçar o constante do nº 4 do art.º 34 da CRP.

Os requisitos objectivos e subjectivos do regime das escutas telefónicas são concretizados pelo legislador ordinário nos arts.º 187 a 190 do CPP, tendo em vista o reforço e concretização dos direitos fundamentais.

O art.º 187 do CPP clarifica os pressupostos objectivos de que depende a autorização das escutas telefónicas: pendência de um processo criminal, despacho devidamente fundamentado de autorização pelo JIC (quer autorize ou não a medida de escutas telefónicas), e que estejamos perante a suspeita fundada do preenchimento de um dos crimes de catálogo.

Concluimos que entre nós – ao contrário de ordenamentos jurídicos como o alemão e o italiano – não é permitido o recurso à interceptação e gravação de conversações e comunicações telefónicas com carácter preventivo.

Consideramos que no caso do recurso às escutas, na fase de inquérito devia assumir o segredo de justiça, por aplicação do JIC, para potenciar a eficácia das escutas, contudo o facto de não o fazer, não implica uma desnecessidade deste meio ou a possibilidade de obter a prova por outro meio.

A necessidade da autorização do JIC (reserva de competência) é – além de imprescindível para a protecção dos direitos fundamentais – impreterível em qualquer caso. Isto é, ao

contrário do que defende, como vimos, alguma doutrina não se considera adequado a possibilidade do MP ter hipótese de recorrer às escutas telefônicas, ainda que perante um curto espaço de tempo (v.g. 48h) e em casos de urgência.

Os crimes de catálogo, em coerência com os demais pressupostos reportam-se à criminalidade grave ou a crimes cuja prova seria muito dificilmente obtida por outros meios.

O nº 4 do art.º 187 do CPP delimita os sujeitos que podem ser alvo das escutas telefônicas: o arguido ou suspeito, a figura do «mediador de notícias» ou intermediário e a vítima perante consentimento efectivo ou presumido. Com a ressalva do nº 5 do art.º 187 que atribui particularidades quanto às escutas com o defensor.

Não se crê que a hipótese do arguido ser alvo de escutas faça perder nem utilidade da escuta, nem as garantias processuais.

Relativamente ao consentimento da vítima defende-se que esse consentimento, apesar de condição necessária não é condição suficiente, este consentimento deve ser cumulado, rigorosamente, com a observância de todos os demais pressupostos de autorização das escutas telefônicas.

Quanto à possibilidade de usar escutas contra incertos, questão muito discutida na nossa doutrina, cremos que a utilização do termo “só” no nº 4 do art.º 187 do CPP, cairia no acaso se fossem permitidas escutas contra incertos. Salvo melhor opinião, não nos parece ter sido essa a intenção do legislador.

Concluimos ainda a supremacia do segredo profissional do defensor relativamente aos demais segredos, sustentada pela confiança que a comunidade deposita na defesa dos seus direitos e garantias, dando cor a um verdadeiro Estado de Direito. Seguimos COOSTA ANDRADE quando argumenta que o defensor só poderá ser escutado se houverem suspeitas de que é participante ou comparticipante de algum dos crimes de catálogo. Tendo em sempre em conta que tal escuta não pode prejudicar a defesa, nem ser valorado contra o cliente. E, na esteira do autor, se se tratar de pessoas abrangidas pelo segredo profissional referido no art.º 135 do CPP, estes podem ser escutados, mediante suspeita da prática de um dos crimes de catálogo ou com algum deles relacionado, i.é., favorecimento pessoal, auxílio material e receptação. Por sua vez as quanto às pessoas referidas no preceituado do art.º 134 do CPP, foi entendido que uma vez que aqui, ao contrário dos casos supra descritos, se trata de um

direito que é conferido a estas pessoas e por isso, se reunidos os demais pressupostos podem, regularmente, ser alvo de escutas telefônicas.

As formalidades do art.º 188 do CPP são também alvo de algumas controvérsias. Designadamente quanto ao termo “eliminação imediata” referida no n.º 6 do art.º 188, este termo acarreta bastantes divergências doutrinárias. Quanto a nós, somos da opinião de que esta devia ser precedida de contraditório, conforme defende a autora MATA-MOUROS.<sup>367</sup>

Os autos de transcrição valem como prova documental (art.º 164 e ss; art.º 355 e 356 do CPP)

A doutrina e a jurisprudência não entram em unanimidade quanto à questão de saber se da violação das formalidades inerentes ao art.º 188 em conjugação com o art.º 190 do CPP, resulta uma nulidade sanável, dependente de arguição (art.º 188 e 120 do CPP) ou se estamos perante uma nulidade absoluta e por isso insanável e de conhecimento oficioso. Na esteira de COSTA ANDRADE e depois de analisadas as diferentes possibilidades, cremos que se trata se prova ilícita. Mesmo que a lei não tenha referido no art.º 190 do CPP o termo “nulidade insanável”, na nossa opinião, isso não significa que possamos interpretar no sentido contrário. Todavia, se em causa estiverem casos em que não se coloque em causa o “núcleo íntimo a privacidade”, apesar da violação de certas formalidades, será possível a utilização deste meio, “desde que o estado de necessidade investigatório o justifique”.<sup>368</sup>

Do percurso pelos conhecimentos fortuitos concluímos que a questão da sua valoração é controversa na doutrina, sendo que passamos por quem não os valora até quem os aceite. Quanto a nós, no seguimento de COSTA ANDRADE, defendemos a valoração dos conhecimentos fortuitos mediante a existência de determinado crime de catálogo e o respeito pelo “princípio da intromissão sucedânea ou hipotética”<sup>369</sup> (i.é., temos de estar perante um estado de necessidade tal que legitime a investigação).

Por último, e porque acreditamos que o estudo do direito nunca deve ser isolado, debruçamo-nos sobre a questão da valoração no ordenamento jurídico alemão, até porque foi pioneiro neste estudo. Na Alemanha, a Lei de Combate ao Tráfico Ilegal de Estupefacientes e Outras Formas de Criminalidade Organizada de 15 de Julho de 1992 alterou o inciso V do § 100 b)

---

<sup>367</sup> In “Sob escuta...”, *Op. Cit.* P. 35 e 36.

<sup>368</sup> *Apud* JESUS, *Op. Cit.* P. 209.

<sup>369</sup> In “Bruscamente...”, *Op. Cit.* P. 173, 174, 177.

da StPO, permitindo sempre a valoração dos conhecimentos fortuitos sempre que em causa estejam outros processos-crime que sejam necessários ao esclarecimento dos crimes elencados no § 100 a) da StPO. E ficou validada a posição do BGH em relação ao âmbito subjectivo, não havendo quaisquer alterações neste aspecto.

Na presente dissertação, não consideramos que seja de seguir qualquer via extremista em quaisquer dos problemas reflectidos na presente dissertação. Pelo contrário, é por nós defendido um equilíbrio entre as necessidades em causa. Isto é, uma especial ponderação (como alude o título toda presente dissertação) quer na interpretação dos seus pressupostos objectivos e subjectivos, quer nas formalidades e consequências iminentes a este regime.

## **Bibliografia**

AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de

- “Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas – Contributo para o seu estudo nos ordenamentos jurídicos alemão e português”, Abril de 2004, Almedina Editora.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

- “Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 3ª ed., actualizada, Lisboa, 2009, Universidade Católica Editora.

ANDRADE, Manuel da Costa

- “Sobre as proibições de prova em processo penal”, 1ª ed., Outubro de 2013, Coimbra Editora.

- “Das escutas telefónicas”, *in* Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais, Visão Luso-Brasileira, São Paulo, 2006, Editora Quartier Latin do Brasil.

- “O regime dos «conhecimentos da investigação» em processo penal; reflexões a partir das escutas telefónicas”, *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 22, Setembro/Outubro de 2014.

- “Bruscamente no verão passado – a reforma do código de processo penal, observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente” *in* Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 137, nº 3948, Janeiro/Fevereiro de 2008, Coimbra Editora.

- “Métodos ocultos de investigação (plädoyer para uma teoria geral)” *in* Justiça Penal Portuguesa e Brasileira – Tendências de Reforma, São Paulo, Agosto de 2008.

- “O regime dos «conhecimentos de investigação» em processo penal” *in* Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 142, nº 3981, Julho/Agosto, 2013.

BRAZ, José

- “Investigação criminal – a organização, o método e a prova. Os desafios da nova criminalidade”, Outubro de 2009, Almedina Editora.

COLVIN, Madeleine; COOPER, Jonathan

- “Human rights in the investigation and prosecution of crime”, 2009, Oxford University Press.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital

- “Constituição da República Portuguesa – Anotada – Artigos 1º a 107º”, Vol. I, Ed., revista, 2007, Coimbra Editora.

CONCEIÇÃO, Ana Raquel

- “Escutas telefónicas – Regime processual penal”, 2009, Quid Juris.

CORREIA, João Conde

- “Qual o significado da abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art.º 32, nº 8, 2ª parte da CRP)?”, *in* Revista do Ministério Público, nº 79, ano 20, Julho/Setembro de 1999.

COSTA, José de Faria; SILVA, Marco António Marques da;

- “Das escutas telefónicas” *in* Direito Processual Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais, Visão luso-brasileira, 2006, Editora Quartier Latin do Brasil.

COSTA, Vânia Ramos; DIAS, Augusto Silva;

- “O direito à não-inculpação (nemo tenetur se ipse accusare) no processo penal e contra—ordenacional português”, Julho de 2009, Coimbra Editora.

CUNHA, José Manuel Damião da

- “A mais recente Jurisprudência Constitucional em matéria de escutas telefónicas- Mero aprofundamento de Jurisprudência? Anotação aos Acórdãos do Tribunal Constitucional nº 426/05 e 4/06”, *in* Revista de Jurisprudência Constitucional, 3º Trimestre, Dezembro de 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, Frederico de Lacerda da

- “Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova”, Fevereiro de 2009, Almedina Editora.

JESUS, Francisco Marcolino de

- “Os meios de obtenção da prova em processo penal”, setembro de 2011, Almedina Editora.

JÚDICE, José Miguel

- “Escutas telefónicas: a tortura do século XXI?” in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 64, Novembro de 2004; Consulta disponível em: [www.oa.pt](http://www.oa.pt)

LEITE, André Lamas

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

LEITE, Sofia Ferreira Nogueira

“Escutas telefónicas, outros meios ocultos de obtenção de prova e garantias processuais”, 2011/2012, consulta disponível na plataforma: <http://www2.formare.pt/oa/portal/default.aspx>

LIMA RODRIGUES, Cláudio

- “Dos pressupostos materiais de autorização de uma escuta telefónica”, consulta disponível in [www.verbojuridico.net](http://www.verbojuridico.net)

LOPES, José Mouraz

- “Escutas telefónicas: seis teses e uma conclusão”, in Revista do Ministério Público, nº 104, ano 26, Outubro/Dezembro de 2005.

MAGALHÃES, Fernando Sousa

- “Estatuto da Ordem dos Advogados – Anotado e Comentado”, 9ª ed., 2014, Almedina Editora.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima

- “Sob escuta – reflexões sobre o problema das escutas telefónicas e as funções do juiz de instrução criminal”, 1ª ed., Novembro de 2003, Príncípa, Publicações Universitárias e Científicas.

- “Escutas telefónicas – o que não muda com a reforma”, in Revista do CEJ, 1º semestre, nº 9, nº especial, 2008, Almedina Editora.

NASCIMENTO, Luís António Noronha

- “O elogio da loucura ou variações de um tema recorrente”, consulta disponível in [www.verbojuridico.net](http://www.verbojuridico.net)

NEVES, Rita Castanheira

- “As ingerências nas comunicações electrónicas em processo penal – natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova”, 1ª ed., Junho de 2011, Coimbra Editora.

OLIVEIRA, Francisco da Costa

- “A defesa e a investigação do crime – guia prático para a análise da investigação judiciária e para a investigação pelos recursos próprios da defesa criminal”, 2ª ed., Agosto de 2008, Almedina Editora.

RODRIGUES, Benjamin Silva

- “Das escutas telefónicas – Tomo I”, Abril de 2008, Coimbra Editora.

- “Da prova penal – Tomo I”, 3ª ed., Novembro de 2010, Rei dos Livros.

SANTIN, Valter Foletto,

- “O Ministério Público na investigação criminal”, 2ª ed., 2007, Edipro – Edições profissionais Ltda.

SILVA, Germano Marques da

- “Produção e valoração da prova em processo penal” in Revista do CEJ, 1ª Semestre, nº 4, nº especial, 2006, Almedina Editora.

- “Curso de Processo Penal”, 4ªed., 2008, Editorial Verbo.

SUSANO, Helena

- “Escutas telefônicas – Exigências e controvérsias do actual regime”, Novembro de 2009, Coimbra Editora.

TEIXEIRA, Carlos Adérito

- “Escutas telefônicas: A mudança de paradigma e os velhos e novos problemas” *in* Revista do CEJ, 1º semestre, nº 9 , nº especial, 2008, Almedina Editora.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes

- “Escutas telefônicas – Da excepcionalidade à vulgaridade”, 2ª ed., Julho de 2008, Almedina Editora.

- “Conhecimentos fortuitos – a busca de um equilíbrio apuleiano!”, outubro de 2006, Almedina Editora.

### **Jurisprudência**

- Ac. do TC nº 4/2006

- Ac. do TC nº 374/01

- Ac. do TC 155/2007

- Ac. do TC nº1/2009

- Ac. do STJ de 20/12/2006

- Ac. do STJ de 17/05/2007

- Ac. do STJ de 26/09/2007

- Ac. do STJ de 31/03/2009

- Ac. do STJ de 23/04/2009

- Ac. do STJ de 14/07/2010

- Ac. do TRC de 19/12/2001

- Ac. do TRC de 5/11/2007

- Ac. do TRC de 3/06/2015
- Ac. do TRG de 5/11/2007
- Ac. do TRG de 6/10/2014
- Ac. do TRG de 30/06/2014
- Ac. do TRE de 3/06/2008
- Ac. do TRL de 08/11/1994
- Ac. do TRL de 13/02/2003
- Ac. do TRL de 28/11/2007
- Ac. TRL de 24/10/2007
- Ac. TRL de 6/12/2007
- Ac. do TRL de 24/09/2008
- Ac. do TRL de 26/05/2015
- Ac. do TRC de 3/06/2015
- Ac. do TRP de 11/01/1995
- Ac. do TRP de 26/0/2007
- Ac. do TRP de 28/11/2007
- Ac. do TRP de 30/01/2013
- Ac. do TEDH Amann V. Suíça de 16/02/2000