

AS ESCUTAS TELEFÓNICAS
— ALGUMAS REFLEXÕES EM REDOR DO SEU REGIME
E DAS CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS DERIVADAS
DA RESPECTIVA VIOLAÇÃO (*)

ANDRÉ LAMAS LEITE (**)

*Ao Senhor Professor Doutor JORGE RIBEIRO
DE FARIA, exemplo de Homem e de Mestre.*

SUMÁRIO: Introdução. Delimitação do objecto. Capítulo I — As «proibições de prova»: uma aproximação. § 1 — *Exclusionary rules* e *Beweisverbote*. § 2 — Conceitos básicos. Capítulo II — As escutas telefónicas. § 1 — Regime legal. Requisitos a prever? § 2 — O «efeito-à-distância». § 3 — Os «conhecimentos fortuitos». 3.1 — O problema e as vias de solução. 3.2 — A protecção do segredo e da confiança penalmente relevantes. 3.2.1 — O defensor. 3.2.2 — Os outros «portadores de esferas de segredo». Capítulo III — As consequências jurídicas derivadas da obtenção de material probatório mediante violação de uma proibição de prova, em especial das atinentes ao regime das escutas telefónicas. § 1 — Razão de ordem. Questão prévia. § 2 — As vias de resposta. Conclusão.

«A historicidade trouxe-nos o bálsamo do refúgio da privacidade, mas trouxe-nos também (...) os instrumentos, a técnica, que permite violar avassaladoramente aquele mesmo valor.»

JOSÉ DE FARIA COSTA

(*) O presente trabalho corresponde, em parte e com alterações, ao relatório apresentado no âmbito da cadeira de Direito Processual Penal, sob a regência do Senhor Professor Doutor José de Faria Costa, do curso de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. A esse Ilustre Professor dirigimos, respeitosamente, uma viva palavra de reconhecimento pela partilha de Saber e pela abertura de novos horizontes que as aulas por si leccionadas nos proporcionaram.

(**) Assistente-estagiário da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

INTRODUÇÃO. DELIMITAÇÃO DO OBJECTO

Vivemos num tempo de «repersonalização» ⁽¹⁾ que encontra na tutela penal da intimidade uma das suas mais notórias manifestações, no sentido de um reforço da protecção de bens jurídicos «eminentemente pessoais», em detrimento de bens jurídicos supra-individuais. Em conformidade, o resguardo que o legislador entendeu conferir às manifestações do «círculo do eu» — concebido como aquela margem de liberdade que contende com a vida privada de cada um, com os espaços e situações que caracterizam a nossa personalidade no diálogo que mantemos com o sistema e nas teias de relações que construímos — é *descontínuo* e *complexo*, obtendo consagração ao nível do direito internacional ⁽²⁾, constitucional e ordinário.

Essa protecção é, do prisma processual penal, conseguida basicamente através das chamadas «proibições de prova» (*Beweisverbote*) ⁽³⁾ — expressão cunhada por BELING em 1903 — que, tal como hoje as entendemos, e na sua *específica aplicação à salvaguarda da «privacy»*, apenas encontram cabimento numa estrutura processual de índole acusatória.

Na verdade, num processo de raiz inquisitória, as normas relativas à questão da interdição do recurso a provas ⁽⁴⁾ que contendessem com esse «escrínio de irredutibilidade» ⁽⁵⁾ eram, por forma a não manietar os pode-

(1) A expressão remonta a ORLANDO DE CARVALHO e é também usada por FARIA COSTA, «As Telecomunicações e a Privacidade: o Olhar (In)discreto de um Penalista», in: *Direito Penal da Comunicação. Alguns Escritos*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 163, nota 40.

(2) Cf. o art. 12.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 1948), o art. 8.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (CEDH), de 1950) e o art. 17.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 1966.

(3) O termo, porque não propicia «unidade terminológica», tem sido criticado por Autores como ROXIN (*apud* JUAN-LUIS GOMEZ COLOMER, *El Proceso Penal Aleman. Introduccion y Normas Basicas*, Barcelona: Bosch, 1985, p. 133, nota 26). Não obstante, atenta a sua consagração legal entre nós (art. 118.º, n.º 3, do Código de Processo Penal), empregá-lo-emos no presente estudo.

(4) Utilizamos a palavra não só no sentido de «actividade probatória ou direcção da prova (*Beweistätigkeit* (...))», mas também como o «próprio meio de prova (*Beweismittel*)». Sobre estes conceitos, v. JORGE RIBEIRO DE FARIA, «Prova», in: *Polis*, Vol. 4, Lisboa: Verbo, 1986, colunas 1687, s.

(5) A expressão deve-se a FARIA COSTA («As telecomunicações e a privacidade...», cit., p. 159-60, nota 31): «aquele escrínio de irredutibilidade, que permite que nos vejamos como seres individuais, únicos e absolutamente diferenciados» e que encontra o seu fundamento em «segmentos onto-antropológicos».

res do juiz, necessariamente escassas. Para além disto, o arguido era visto como um mero objecto ao serviço do interesse punitivo do Estado, o qual se considerava legitimado a empregar todos os meios de que dispunha para cumprir a sua finalidade primária em matéria penal: descobrir o agente e puni-lo, afirmando assim uma verdade que procurava ser a mais completa reconstituição do facto histórico e que acabava por tornar-se, paradoxo dos paradoxos, na «mais formal» ⁽⁶⁾ — aquela que resultava de meios probatórios com valor tarifado e em que a faculdade de a defesa influenciar a decisão final era praticamente inexistente.

Pelo contrário, uma estrutura acusatória que vê no arguido não só um meio de prova — agora entendido em termos muito diversos —, mas sobretudo um verdadeiro *sujeito processual*, onerado com deveres e armado de direitos de defesa, proclama que a descoberta da verdade ⁽⁷⁾ só pode efectivar-se através do respeito pelos direitos humanos basilares da nossa civilização.

O instituto das proibições de prova — aliás, toda a teoria da prova ⁽⁸⁾ — localiza-se no *campo de tensão* entre duas finalidades processuais muitas vezes antinómicas: a prossecução da justiça penal ⁽⁹⁾ — *i. e.*, a condena-

⁽⁶⁾ *Direito Processual Penal*, Lições do Prof. Doutor JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, coligidas por MARIA JOÃO ANTUNES, Coimbra: Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), 1988-9, p. 38.

⁽⁷⁾ A qual deve ser entendida, na formulação de FIGUEIREDO DIAS (*Direito Processual Penal* (1988-9), cit., p. 131), em sentido dúplice: enquanto «verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que (...) há-de ser (...) uma verdade *judicial, prática*». Ou ainda, nas palavras de FARIA COSTA («Consenso, Verdade e Direito», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (BFDUC), 77 (2001), p. 426), «Não é uma verdade ontológica. Não é a verdade do juízo existencial. Não é a verdade sequer do juízo histórico. É a verdade que as regras processuais permitem e que a decisão jurisdicional legitima». O Tribunal Constitucional (TC) (ac. n.º 192/2001, *Diário da República* (DR), II Série, de 17-7-2002) utiliza uma terminologia idêntica: «(...) uma verdade processualmente válida, ou seja, uma verdade obtida no processo através de meios não proibidos pela lei ou pela Constituição». Em resumo, e parafraseando CESARE BECCARIA (*Dos Delitos e das Penas*, trad. de JOSÉ DE FARIA COSTA, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 132), «como se a condenação de um inocente não fosse um perigo tanto maior quanto mais a probabilidade de inocência supera a probabilidade do crime».

⁽⁸⁾ Vide JEAN PRADEL, «Rapport Général», *Revue Internationale de Droit Pénal* (RIDP), 63, 1-2, p. 13.

⁽⁹⁾ Na verdade, desistindo-se de uma administração judicial eficaz, seria a própria *legitimação do ordenamento jurídico* que estaria em causa, por implosão dos seus princípios estruturantes. Por outras palavras, e parafraseando GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA

ção dos culpados e a absolvição dos inocentes, garantindo assim a paz social — e o respeito e a garantia dos direitos fundamentais ⁽¹⁰⁾, entendidos estes nos quadros actuais, tributários do Estado-de-Direito democrático (e material), como contendo não apenas uma *vertente negativa* de exclusão da intromissão do Estado e de respeito por tais direitos, mas também uma *vertente positiva*, no sentido de ser tarefa fundamental do poder político criar as condições essenciais ao livre desenvolvimento desses direitos e efectuar as prestações adequadas a fazê-los ganhar densidade. De tal jeito que, só assim perspectivado, o regime das proibições de prova não entrará em contradição com um processo criminal conforme ao desenho gizado pela Constituição ⁽¹¹⁾.

(*Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 163), prejudicado ficaria o «*direito de acção*, isto é, o direito subjectivo de levar determinada pretensão ao conhecimento de um órgão jurisdiccional, solicitando a abertura de um processo, com o consequente dever (*direito ao processo*) do mesmo órgão de sobre ele se pronunciar (...)», incluído no «direito de acesso aos tribunais» que, ao lado de outras faculdades extraídas do art. 20.º, constitui «elemento essencial da própria ideia de *Estado de direito*». Em idêntico sentido, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 202.

Na senda do que antecede e do que se expendeu em texto, vale a pena meditar nas palavras do juiz OLIVER WENDELL HOLMES, citado no ac. do TC n.º 407/97, de 21-5-1997, *Boletim do Ministério da Justiça* (BMJ), 467 (1997), p. 209: «We have to choose, and for my part I think it is less evil that some criminals should escape than the Government should play an ignoble part».

⁽¹⁰⁾ A «conciliação de dois princípios ético-jurídicos fundamentais: o princípio da reafirmação, defesa e reintegração da comunidade ético-jurídica (...) e o princípio do respeito e garantia da liberdade e dignidade dos cidadãos (...) A “ordem” e a liberdade, a comunidade e o indivíduo» (A. CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Criminal (1967-1968)*, Coimbra: ed. em offset, 1968, p. 7). Na doutrina italiana, cf. PIER GIORGIO GOSSO, «Intercettazioni Telefoniche», in: *Enciclopedia del Diritto* (EdD), Vol. XXI, Milano: Giuffrè, 1971, p. 892. Na jurisprudência, limitada às escutas telefónicas mas transportável para toda a matéria das proibições de prova, cf. o ac. do Tribunal da Relação de Lisboa (RL) de 6-2-2003, disponível em <http://www.dgsi.pt>. [Todas as consultas a sítios da *internet* referidos ao longo do trabalho, salvo expressa indicação em contrário, foram efectuadas durante o mês de Agosto de 2003].

⁽¹¹⁾ A generalidade da doutrina que se tem debruçado sobre o tema de que curamos recondu-lo-no à salvaguarda do *princípio da dignidade da pessoa humana* (art. 1.º, da Constituição), erigido em verdadeiro fundamento do Estado-de-Direito democrático em que vivemos (art. 2.º, da Lei Fundamental) e a que a *Carta dos Direitos Fundamentais da União* (in: *Projecto de Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa*, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2003, p. 57, 59 e 61) faz referência logo no seu preâmbulo e concretiza, primeiro de forma genérica no art. II-1.º e depois, no que tange à matéria de que tratamos, no art. II-7.º Nas palavras de GOMES

É neste contexto que nos propomos tecer algumas considerações sobre o regime processual penal das escutas telefónicas, aquele que, de modo emblemático, afecta a esfera pessoal dos cidadãos (cf. o art. 32.º, n.º 8, da Constituição). Para o seu cabal entendimento, é essencial a realização de um excursus sobre as proibições de prova configuráveis *in casu* (art. 126.º, n.º 3, do Código de Processo Penal (12)).

Assim enquadrados, afrontaremos, por último, uma questão controvertida que não se coloca apenas ao nível das escutas telefónicas mas de todo o resultado probatório obtido mediante a violação de uma proibição de prova: quais as consequências processuais que daí derivam?

CAPÍTULO I — AS «PROIBIÇÕES DE PROVA»: UMA APROXIMAÇÃO

§ 1 — *Exclusionary rules e Beweisverbote*

As proibições de prova contidas no sistema processual penal português, apesar de receberem influências das *Beweisverbote* alemãs e das *exclusionary rules* norte-americanas (13) (facto digno de registo, dada a frequente oposição de soluções a que se chega em cada uma destas construções) foram mais claramente moldadas à luz da experiência germânica, o que justifica que, na presente investigação, se lhes dedique maior espaço de análise.

CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 59, trata-se de um princípio que se erige como «um valor autónomo e específico inerente aos homens em virtude da sua simples personalidade. Consequentemente, a República baseia-se no homem como sujeito e não como objecto dos poderes ou relações de domínio». A partir desse princípio derivaria toda uma plétora de direitos fundamentais participantes do regime privilegiado do art. 18.º, da Constituição, como os direitos elencados nos arts. 26.º, n.º 1, e 34.º, da mesma Lei. No que concerne ao ordenamento jurídico alemão, compreende-se que, à míngua de normas positivadas em vários domínios das proibições de prova, o princípio da dignidade da pessoa humana tenha vindo a ser usado como uma espécie de «panaceia», por vezes explicativa de muito pouco, mas que poderá ainda estar relacionada com os traumas sentidos pela experiência nacional-socialista.

(12) Doravante, qualquer inciso legal indicado sem identificação expressa do diploma donde promana, deve entender-se como referente ao Código de Processo Penal.

(13) Onde, pela primeira vez, foi colocado o problema (HONIG, *apud* GOMEZ COLOMER, *El Proceso Penal Alemán...*, cit., p. 134, nota 28). Em geral, sobre a evolução da administração da Justiça nos EUA ao longo do século passado e, em especial, quanto ao direito probatório, *vide* LAWRENCE M. FRIEDMAN, *American Law in the 20th Century*, New Haven e London: Yale University Press, 2002, p. 80-2 e 266-70.

Porém, não cabendo aqui um estudo pormenorizado sobre elas, e tendo em conta a crescente aproximação entre o *common law* e o *civil law*, impressiva na matéria de que curamos e, *maxime*, no chamado «efeito-à-distância» (14), sempre se dirá, a traço grosso, que, nos EUA, as *exclusionary rules* — expressão cunhada num aresto de 1939 (*Nardone v. USA*) (15) — têm por fim sancionar toda a recolha de provas em violação do estatuído constitucionalmente. Tratam-se de preceitos de cariz processual que se dirigem apenas às instâncias formais de controlo e não aos particulares (excepto se actuarem sob a direcção e em comunhão de esforços com os órgãos de polícia) e em que o relevante é o modo como o material probatório chega ao processo, perfilhando-se, assim, uma perspectiva que apelidamos de *processualmente auto-subsistente*.

Daqui decorre que, tendo o meio probatório sido obtido de forma ilícita, nunca poderá, *como princípio*, ser valorado em juízo — trata-se de assegurar o *deterrence effect*, essencialmente em relação aos órgãos policiais. Para além desta justificação primacial, tem sido adiantada a necessidade de respeitar um «imperativo de integridade judiciária», como pode ler-se em *Mapp v. Ohio* (1961) (16).

A aproximação à questão dá-se com o caso *Boyd v. USA*, em 1886, mas apenas no ano de 1914, em *Weeks v. USA*, pode falar-se em verdadeiras «proibições de prova» (17). É, não obstante, com o caso *Miranda v. Arizona* (1966) que as *exclusionary rules* assumem particular destaque, sendo mesmo as «Miranda Rules» erigidas em normas constitucionais (18).

(14) Cf. *infra*, p. 32, s.

(15) ROBERT M. BLOOM, «Inevitable Discovery: an Exception beyond the Fruits», *American Journal of Criminal Law* (AJCL), 20 (1992-1993), p. 80.

(16) ROBERT BLOOM, «Inevitable Discovery...», *cit.*, p. 79.

(17) Cf. MC CORMICK, *apud* FRANCESCA RUGGIERI, *Divieti Probatori e Inutilizzabilità nella Disciplina delle Intercettazioni Telefoniche*, Milano: Giuffrè, 2001, p. 48-9, em esp. p. 49, nota 5. Destaca-se, ainda, em 1920, o caso *Silverthorne Lambert Co. v. USA* (ROBERT BLOOM, «Inevitable Discovery...», *cit.*, p. 80).

(18) Neste sentido pronunciou-se recentemente o Supremo Tribunal Federal norte-americano, em *Dickerson v. USA* (2000), considerando tratar-se de normas «firmemente embebidas na cultura legal» (nossa tradução) daquele País e pugnando mesmo pela impossibilidade de o Congresso legislar no sentido de retroceder nas garantias por elas proporcionadas aos cidadãos — cf. VICTORIA NEWNHAM MATTHEWS, «Miranda Rule is a Constitutional Rule: *Dickerson v. United States*», *AJCL*, 27 (1999-2000), p. 421-5. Apesar disto, várias vezes erguem-se no sentido de sustentar a eliminação de tais garantias. Assim, BURTON S. KATZ (*Justice Overruled: Unmasking the Criminal Justice System, apud* *recensão de TOM GORHAM, «Reforming our Sensational Criminal Justice System», AJCL*, 25 (1997-1998), p. 180-1

Pelo contrário, na Alemanha, as *Beweisverbote* assumem-se como preceitos em que avulta a dimensão substantiva de protecção de bens jurídicos (19), tendo como destinatários não só os órgãos judiciais e policiais, como também qualquer particular, fundamental se mostrando, ainda, o conteúdo dos elementos de prova e a sua pertinência à esfera da intimidade — perspectiva *processualmente aberta*, porquanto reconhece a influência das valorações do direito substantivo na modelação do regime das proibições de prova (20). O conteúdo do material probatório é mais importante que o modo pelo qual ele é trazido aos autos.

Fácil é de concluir que a diversa estruturação da figura em estudo depende, em larga medida, do modelo processual penal. Assim, num «sistema de acusatório puro» como o norte-americano, em que apenas as partes podem carrear elementos probatórios para os autos, torna-se compreensível um «afrouxamento» das proibições de prova, erigidas estas, simplesmente, em um meio de assegurar a legalidade da intervenção das instâncias formais, em tudo congruente com a figura de um juiz passivo. Pelo contrário, num ordenamento jurídico como o português ou o alemão, os poderes de investigação do juiz, associados à *procura da verdade* — apodicticamente crismada como aquela que resulta da observância de regras e princípios legais, pensados não como catarse individual ou colectiva, mas

denuncia que «as *Miranda Rules* são baseadas em novos direitos lidos na Constituição por tribunais superiores liberais e activistas» e que transformam a descoberta da verdade em algo irrelevante dado incentivarem — ao contrário do que se afirma — a que as polícias ocultem a sua verdadeira actuação num dado processo de modo a não verem os seus esforços destruídos pelo «efeito-à-distância». Em idêntico sentido pronuncia-se WILLIAM J. CORNELIUS (*Swift and Sure: Bringing Certainty and Finality to Criminal Punishments*, apud recensão de STEPHANIE E. GIOIA, «Effectively Detering Crime», *AJCL*, 25 (1997-1998), p. 490), adiantando que as normas em causa são inúteis porque hoje suficientemente interiorizadas pela comunidade.

Especificamente sobre o alcance das *Miranda Rules* e do seu tratamento jurisprudencial, cf. KIRSTEN LELA AMBACH, «*Miranda's Poisoned Fruit Tree: The Admissibility of Physical Evidence Derived from an Unwarned Statement*», *Washington Law Review*, 78, 3 (2003), p. 757-94.

(19) Em Itália, a doutrina encontra-se dividida entre aqueles que, como NOBILI ou SIRACUSANO, se pronunciam pela vertente substantiva das proibições de prova e aqueles que, como CORDERO ou GALANTI, propugnam por uma dimensão estritamente adjectiva — cf. FRANCESCA RUGGIERI, *Divieti Probatori...*, cit., p. 147-8.

(20) COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 136. Esta perspectiva surge, no entanto, apenas a partir dos anos sessenta do Séc. XX (FRANCESCA RUGGIERI, *Divieti Probatori...*, cit., p. 50-1 e 150-1).

sim como restauradora da paz social em moldes comunitariamente suportáveis —, sempre reclamarão uma mais ampla aplicação das proibições de prova.

Acresce que a diferente configuração, organização e existência ou inexistência de controlos internos ou externos dos órgãos policiais em sistemas processuais penais «de adversários» ou «de não adversários» — usando a expressão proposta por MIRJAN DAMAŠKA ⁽²¹⁾ a fim de substituir a dicotomia «modelo anglo-americano» e «modelo continental» — é um outro factor a não escamotear. Na verdade, nos EUA, o escasso controlo pelos órgãos de governo federal face às polícias estaduais e até o facto de estarmos perante um País «muito heterogéneo em termos étnicos, económicos e culturais», acaba por conduzir a que — pelo menos num primeiro estágio — os Tribunais norte-americanos não tenham sido capazes de conseguir a *deterrence* das suas polícias senão através de uma aplicação radical das *exclusionary rules* ⁽²²⁾.

Reconhecendo-se o bem fundado do que se acaba de escrever — a que se junta a ideia de que qualquer tentativa comparatística não pode deixar de ter em conta que as «estruturas de base e os fenómenos psicológicos diferem» entre sistemas jurídicos ⁽²³⁾ — não se ignora, por outro lado, que o maior ou menor alcance atribuído ao instituto em causa é, em larga medida, determinado por *coordenadas político-criminais*, quando não mesmo de «política pura» — uma sociedade que tenha do processo criminal uma concepção «belicista» tenderá a atribuir um menor relevo à figura.

Uma interrogação pode, por último, assaltar-nos o espírito: apenas o *civil law* elege como finalidade essencial do processo penal a busca da verdade (material) enquanto o *common law*, em especial o direito norte-americano, visa tão-somente a comprovação ou infirmação de uma tese do *prosecutor* perante um juiz ou um júri? A resposta só poderá ser negativa e tal tem sido reforçado por pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal dos EUA. Contudo, é correcto afirmar que esta «determinação da verdade» não vai tão longe como no «modelo continental» devido ao *plea bargaining* ⁽²⁴⁾ e à proeminência do princípio da oportunidade.

⁽²¹⁾ *Apud* THOMAS VOLKMAN-SCHLUCK, «Continental European Criminal Procedures: True or Illusive Model?», *AJCL*, 9 (1981), p. 3.

⁽²²⁾ THOMAS VOLKMAN-SCHLUCK, «Continental European...», cit., p. 14, 16-7 e 31.

⁽²³⁾ THOMAS VOLKMAN-SCHLUCK, «Continental European...», cit., p. 18.

⁽²⁴⁾ THOMAS VOLKMAN-SCHLUCK, «Continental European...», cit., p. 4-5.

§ 2 — Conceitos básicos

Falar em proibições de prova implica referir-nos a dois conceitos que se situam em momentos diversos da análise do material probatório: o da *produção* e o da *valoração*. O incumprimento das normas destinadas a assegurar a legalidade de cada um destes momentos origina duas figuras distintas — as *proibições de produção de prova* (*Beweiserhebungsverbote*) e as *proibições de valoração de prova* (*Beweisverwertungsverbote*).

No primeiro caso, estamos perante limitações ao nível dos próprios factos a investigar (25).

Situações existem em que, apesar da proibição de produção, os meios vedados foram utilizados, sendo então necessário, *num segundo momento*, afirmar a impossibilidade legal de serem valorados em juízo, *i. e.*, não poderem servir para a formação da convicção do julgador. Trata-se das chamadas *proibições de valoração* (26), as quais podem ser *dependentes* ou *independentes*, consoante tenham ou não na sua base, uma proibição de produção (27).

(25) Não obstante a doutrina não ser unânime na terminologia, seguiremos a classificação proposta por KARL-HEINZ GÖSSEL («As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (RPCC), 2 (1992), p. 397, s.). Assim, dentro das «proibições de produção de prova», divisamos as seguintes modalidades: as *proibições de temas de prova* (factos que não podem ser objecto de prova; ex. matéria abrangida pelo segredo de deliberação do tribunal — art. 367.º —; as questões relativas ao segredo de Estado: art. 137.º); os *métodos proibidos de prova* (cf. art. 126.º); os *meios proibidos de prova* (ex. testemunha que não foi advertida da faculdade legal de recusar prestar declarações — art. 134.º, n.º 2); as *proibições de leitura de protocolos* (ex. art. 356.º, *a contrario*) e as *proibições de prova relativas* (factos que só podem ser introduzidos em juízo por intermédio de determinado meio de prova, como acontece, p. ex., com as perícias médico-legais e psiquiátricas e com as perícias sobre a personalidade — cf. arts. 159.º e 160.º).

(26) Por «prova valorada» referimo-nos, por excelência, àquela que, produzida ou examinada em sede de audiência de julgamento (art. 355.º), foi utilizada para a formação da convicção do julgador (não apenas aquela que desempenhou um papel essencial, mas todas as que, de qualquer modo, atingiram um grau mínimo de relevância na impressão judicativa). Mas não só: também o material probatório que serviu de base à decisão que encerra o inquérito ou a instrução — cf. arts. 277.º, n.os 1 e 2, 280.º, 281.º, 283.º, n.º 1, e 308.º, n.º 1.

(27) Exemplos típicos de proibições *dependentes* encontram-se, *inter alia*, nos arts. 126.º, 129.º, 134.º, n.º 2, 147.º, n.º 4, 148.º, n.º 3, 149.º, 167.º, 189.º e 355.º No que tange às proibições *independentes*, elas são menos comuns, deixando-se, aqui, um mero exemplo: nos termos das disposições conjugadas dos arts. 199.º, n.º 1, *b*), *in fine*, do Código Penal (CP) e 167.º,

Coisa diversa do que vimos até aqui são as *regras de produção da prova* (28), as quais, ao contrário das *Beweisverbote* que têm por fito impedir a sua produção, «visam apenas disciplinar o procedimento exterior da realização da prova na diversidade dos seus meios e métodos, não determinando a sua violação a reafirmação contrafáctica através da proibição de valoração» (29).

Desta «armadura conceptual» podemos traçar uma conclusão: uma vez que as proibições de prova são *restrições aos princípios da livre convicção probatória* (30) e da *livre admissibilidade dos meios de prova*, elas podem ser vistas como uma *manifestação negativa do princípio da prova legal*, porquanto estabelecem que determinados meios probatórios *não* podem ser utilizados e/ou valorados, assim lhes atribuindo (por via legislativa) um valor previamente fixado, se bem que apenas — repita-se — numa vertente negativa (31).

uma gravação lícitamente obtida (e, portanto, a que não corresponde uma qualquer *Beweiserhebungsverbot*), se posteriormente escutada ou utilizada sem consentimento dos intervenientes, gerará uma proibição de valoração. Sobre este ponto, cf. COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 247, e, em idêntico sentido, o ac. do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 14-1-1999, *Colectânea de Jurisprudência. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça* (CJ-ASTJ), VI (1999), 1, p. 179, s.

Assim, em regra, uma proibição de produção conduz a uma proibição de valoração (dependente), desde logo em virtude da necessidade de assegurar uma congruência intrínseca a toda a teoria da prova. Nesta medida, bem pode afirmar-se que a proibição de valoração surge como uma espécie de «defesa de segunda linha». Todavia, não devemos erigir tal asserção em máxima absoluta dado que a *Beweisverwertungsverbot* é apenas uma das sanções processuais aplicáveis a uma proibição de produção. De facto, casos existem em que a esta última se não segue uma proibição de valoração: pense-se nas hipóteses de gravações obtidas ilícitamente por particulares em que, por estar em causa a protecção de importantes bens jurídicos pessoais, não têm associado qualquer veto de valoração — sobre o problema, cf. COSTA ANDRADE, *Sobre a Valoração, como Meio de Prova em Processo Penal, das Gravações Produzidas por Particulares*, separata do número especial do BFDUC — «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia», Coimbra, 1987, *passim*, em especial, p. 76-7.

(28) No mesmo sentido, cf. o ac. do Tribunal da Relação de Coimbra (RC) de 19-12-2001, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

(29) COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 84. Cf., a título exemplificativo, o art. 341.º, cuja inobservância gera uma simples irregularidade processual — art. 123.º

(30) Assim, cf. o ac. da RL de 31-10-2001, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

(31) Igualmente, FRANCESCA RUGGIERI, *Divieti Probatori...*, cit., p. 43. Embora sem a subscrever em toda a sua extensão, aproximamo-nos da posição de AMODIO (*apud* MEDINA DE SEIÇA, *O Conhecimento Probatório do Co-Arguido*, Coimbra: BFDUC e Coimbra Editora,

CAPÍTULO II — AS ESCUTAS TELEFÓNICAS

§ 1 — Regime legal. Requisitos a prever?

Os normativos de que curaremos de seguida, inspirados nos arts. 258 a 261, do Projecto Preliminar italiano de 1978, abrangem, por força da extensão operada pelo art. 190.º, não só o telefax, mas também as formas mais recentes de «transmissão de dados por via telemática», entre as quais se encontra o *e-mail*. Mais do que isso, inclui ainda a «intercepção das comunicações entre presentes». Dado que esta última modalidade comporta inegáveis dificuldades e perplexidades ⁽³²⁾ que não se compadecem com a

1999, p. 191), na medida em que a admissão desta vertente negativa de regras probatórias legais tem a vantagem de não postular «conclusões finais, mas [fixar] as passagens obrigatórias do caminho em direcção à descoberta da verdade» (interpolação nossa), o que possibilita, verificados que estejam outros requisitos, o reexame desse mesmo percurso judicativo por um tribunal de recurso. Para uma caracterização pormenorizada do sistema da «prova legal» e da «prova livre», cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* (1988-9), cit., p. 135-43; MASSIMO NOBILI, *Il Principio del Libero Convincimento del Giudice*, Milano: Giuffrè, 1974, *passim*, em especial, p. 81-143; CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Perigosidade de Inimputáveis e «In Dubio Pro Reo»*, Coimbra: BFDUC e Coimbra Editora, 1997, p. 30-43, e MEDINA DE SEIÇA, *O Conhecimento Probatório...*, cit., p. 164-87.

⁽³²⁾ A actual redacção do art. 190.º resulta da Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, a qual acrescentou os «meios telemáticos» e as «comunicações entre presentes» à norma de extensão constante da versão originária do Código (DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro). No que concerne a este último aspecto, as implicações constitucionais (cf. arts. 32.º, n.º 8, e 34.º, da Lei Fundamental) e processuais penais são preocupantes. É legalmente possível que, *desde que verificados os requisitos dos arts. 187.º a 189.º*, um arguido (ou simples suspeito) que se encontre no seu domicílio, receba a visita de uma autoridade judiciária ou de um órgão de polícia criminal que, munido de microfones ocultos ou outros dispositivos capte, sem o seu consentimento, os diálogos ou meditações em voz alta que decorram no lar — aquele que é, hodiernamente, quase o único refúgio de interacção autêntica. E que dizer da simples colocação não consentida desses instrumentos no domicílio de suspeitos ou arguidos? Não constituirá um «convite» a uma violação do art. 190.º, do CP, a coberto, por vezes, de uma autorização judicial *a posteriori* requerida ao juiz que, na sua boa fé, considera que as operações de recolha da prova só se iniciarão a partir do seu despacho? Não haverá mesmo inconstitucionalidade material do segmento normativo que permite as escutas *inter praesentes* limitando-se a remeter o seu regime para os arts. 187.º a 189.º, aqui manifestamente lacunosos face às grandes dúvidas que suscita a sua realização prática?

Estamos em crer que o legislador ordinário foi longe demais e não logrou aqui a *concordância prática* entre os direitos fundamentais em presença. Nas palavras de EDUARDO CORREIA («As Grandes Linhas da Reforma Penal», in: AA.VV., *Para uma Nova Justiça Penal*, reimp., Coimbra: Almedina, 1996, p. 12), embora referindo-se ao Direito Penal,

economia da presente investigação analisaremos apenas, *ex professo*, a intercepção e gravação de conversações ou comunicações realizadas de e para telefone fixo ou móvel ⁽³³⁾.

Atenta a «danosidade social» destes meios de obtenção de provas (a que já ILLUMINATI se referia) ⁽³⁴⁾ — reforçada pelo «particular sinal de genuinidade e verosimilhança» dos interlocutores ⁽³⁵⁾ e pela possibilidade de, em dados casos que analisaremos, atingirem terceiros que não suspeitos ou arguidos no processo —, o legislador entendeu rodear as escutas telefónicas das maiores cautelas, tanto mais que nos encontramos no domínio daquilo que FARIA COSTA ⁽³⁶⁾ designa por «comunicação fechada», ou seja, 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». Daí

mas que julgamos aqui ganharem especial actualidade, «continua a lutar-se (...) “entre um realismo” que faz ressurgir a teoria medieval dos universais, e um nominalismo, voluntarismo ou pragmatismo, que conduz à possibilidade de violação de direitos fundamentais».

Se é um dado que o art. 190.º não consente ainda as chamadas «conversações entre quatro paredes», consideramos que este normativo admite já as «conversações face-a-face», ao contrário do que entende COSTA ANDRADE, «Anotação ao art. 199.º do CP», in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 838.

No direito italiano, perante uma norma semelhante, a discussão jurisprudencial e doutrinal tem sido intensa. Sobre o assunto, *vide*, entre outros, ENZO MARIA DELL'ANDRO, «Intercettazioni Ambientali e Costituzione», in: VINCENZO PERCHINUNNO (org.), *Percorsi di Procedura Penale*, Vol. I, Milano: Giuffrè, 1996, p. 155, s., e CORRADA DI MARTINO e TERESA PROCACCIANTI, *Le Intercettazioni Telefoniche*, Padova, CEDAM, 2001, p. 57-63.

⁽³³⁾ Fora do nosso estudo está, também, o regime excepcional previsto para o «registo de voz e de imagem, por qualquer meio, sem o consentimento do visado», mediante prévio despacho de autorização do juiz, mencionado no art. 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, cujo âmbito de aplicação se circunscreve à criminalidade organizada e económico-financeira correspondente aos tipos legais taxativamente elencados no art. 1.º da mesma Lei. Insere-se este diploma no «movimento securizante» que se seguiu aos atentados de 11-9-2001.

Refira-se, ainda, o disposto no art. 18.º, n.º 1 da Lei n.º 20/87, de 12 de Junho (Lei de Segurança Interna), com as alterações introduzidas pela Lei n.º 8/91, de 1 de Abril, em conformidade com o qual «o juiz de instrução criminal, para efeitos e nos termos do n.º 2 do art. 187.º do CPP, a requerimento da Polícia Judiciária, pode autorizar o controlo das comunicações», sendo competência exclusiva deste órgão de polícia criminal a execução das respectivas operações (n.º 3 do mesmo artigo).

⁽³⁴⁾ CORRADA DI MARTINO e TERESA PROCACCIANTI, *Le Intercettazioni...*, cit., p. 19.

⁽³⁵⁾ GOSSO, «Intercettazioni Telefoniche», cit., p. 890.

⁽³⁶⁾ «Os Meios de Comunicação (Correios, Telégrafo, Telefones ou Telecomunicação), o Segredo e a Responsabilidade Penal dos Funcionários», in: *Direito Penal...*, cit., p. 87-8.

que a nota marcante de todo o regime seja a sua penetração pelo *princípio da proporcionalidade* (37).

Assim, uma gravação daquilo que um dos intervenientes numa conversa telefónica diz em plena via pública e de forma audível não se enquadra no objecto do regime específico das escutas telefónicas de que o CPP trata — é o próprio titular do direito que renuncia à protecção que o ordenamento lhe confere (38).

Analisemos, então, os requisitos de que a lei (art. 187.º, n.º 1) faz depender o recurso às escutas telefónicas e perscrutemos, *de iure constituendo*, a necessidade de os modificar, seja no sentido da sua ampliação, seja no da sua redução.

a) *Pendência de um processo criminal*. Apesar de a nossa legislação não o referir de modo expresso, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos que nos são próximos, por força do imperativo constitucional

(37) A secção 5., 2), do *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* do Reino Unido (disponível em <http://www.hms.gov.uk>), prevê, de modo expresso, os requisitos da «necessidade» e «proporcionalidade».

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) tem aqui desempenhado um papel não despreciando. Por variadas vezes (cf., entre outros, os acs. de 2-8-1984 — caso *Malone* — e de 24-8-1998 — caso *Lambert*) [disponíveis em <http://www.echr.coe.int>] esse Tribunal, baseando-se no art. 8.º, n.º 2, da CEDH, estabeleceu que o respeito pelo princípio da proporcionalidade no domínio não só das escutas telefónicas, mas de todos os meios capazes de perigar com o respeito pela «vida privada e familiar (...) domicílio (...) e correspondência», só será atingido na medida em que se preencham três requisitos: a) a ingerência da autoridade pública deve estar prevista expressamente pela lei (entendida esta em sentido formal e material, por forma a abranger os sistemas de raiz do *common law*); b) a medida tem de ser «compatível com a proeminência do direito», ou seja, o ordenamento jurídico de cada Estado deve prever mecanismos capazes de impedir ataques arbitrários a esses direitos (*vide*, neste particular, o ac. do caso *Malone*, cit.) e c) a ingerência deverá ser necessária à prossecução de algum dos interesses elencados no art. 8.º, n.º 2, da CEDH.

Também a jurisprudência nacional é vasta nesta matéria. Paradigmático é o ac. da RC de 22-12-1999, disponível em <http://www.dgsi.pt>, de acordo com o qual «(...) não é de deferir uma escuta telefónica quando apenas se sabe que o suspeito reside na casa onde o telefone está instalado, telefone de que não é titular, desconhecendo-se se tem acesso ao mesmo e a que título». *Vide*, ainda, o ac. da RL de 12-12-2002 e o ac. do Tribunal da Relação do Porto (RP) de 9-6-1993, ambos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

Cf., sobre o tratamento da problemática em estudo à luz da CEDH, CORRADA DI MARTINO e TERESA PROCACCIANTI, *Le Intercettazioni...*, cit., p. 6-11.

(38) Face ao sistema italiano, no mesmo sentido, CORRADA DI MARTINO e TERESA PROCACCIANTI, *Le Intercettazioni...*, cit., p. 16-8.

contido no art. 34.º, n.º 4, da Constituição, o recurso às escutas telefónicas só será admissível quando esteja pendente um processo criminal ⁽³⁹⁾, sob pena de este meio de obtenção da prova se converter numa banalizada forma de investigação livre dos arrimos que uma espécie de «fase pré-processual», desconhecida entre nós, sempre admitiria. O mais desejável será que somente após a abertura de um inquérito se possa recorrer às escutas telefónicas. No entanto, caso tal não aconteça, *mas sempre desde que já tenha havido queixa ou participação criminal*, poder-se-á lançar mão deste meio de obtenção da prova, dado encontrarmo-nos perante uma simples irregularidade pela qual «pode [o Ministério Público] ser responsabilizado hierarquicamente» ⁽⁴⁰⁾.

Uma questão conexas com o que se deixa dito consiste no seguinte: as escutas são apenas admissíveis contra suspeitos ou também contra arguidos constituídos? Se é certo que os arts. 187.º a 189.º não forneçam uma resposta directa — embora a redacção do n.º 3, do art. 187.º e do n.º 5 do artigo seguinte possam inculcar uma leve tendência favorável à segunda orientação —, o direito ao silêncio de que goza o arguido (art. 61.º, n.º 1, al. c)) poderia constituir um óbice a um entendimento mais lato.

No entanto, estamos em crer que o «âmbito de protecção» do último inciso citado não abrange as situações de que ora curamos ⁽⁴¹⁾. Por outro

⁽³⁹⁾ Assim, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, Lisboa: Verbo, 1993, p. 174, e o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República de 9-4-1992, disponível em <http://www.dgsi.pt>. Nada impede, por outro lado e ao que cremos, que o processo criminal em que se autoriza o recurso às escutas tenha por base denúncias anónimas, desde que, como é óbvio, elas contenham *factos determinados* que conduzam à formação da convicção judicativa exigida pelo art. 187.º, n.º 1. Em sentido próximo, cf. o ac. da RP de 9-5-2001, disponível em <http://www.dgsi.pt>. Em sentido contrário, DOMENICO SIGNORINO, «Intercettazioni Telefoniche», in: *Dizionario di Diritto e Procedura Penale* (dir. GIULIANO VASSALLI), Milano: Giuffrè, 1986, p. 498.

⁽⁴⁰⁾ Ac. da RP de 19-6-1991, *Colectânea de Jurisprudência* (CJ), XVI (1991), 3, p. 277, s.: «(...) III — Sendo-lhe [ao juiz de instrução] apresentado o pedido e verificando-se os pressupostos legais, o juiz não deve denegar a autorização com o fundamento em que o MP, contrariamente ao que devia ter feito, não abra inquérito. IV — É que, *iniciando-se o processo criminal com a denúncia ou queixa de crime*, a não abertura de inquérito constitui (...) mera irregularidade, susceptível apenas de importar responsabilidade disciplinar para o MP» (itálico nosso). No mesmo sentido, v. o ac. do STJ de 30-3-2000 (BMJ, 495 (2000), p. 230, s.), o ac. da RP de 26-6-1991 e o ac. da RL proferido no Proc. n.º 7860/2001 (referido no ac. do STJ de 6-3-2003, todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>).

⁽⁴¹⁾ Em sentido bastante mais restritivo, cf. MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *Sob Escuta — Reflexões sobre o Problema das Escutas Telefónicas e as Funções do Juiz de Instrução Criminal*, Lisboa: Principia, 2003, p. 84-6.

lado, a eficácia da investigação ficaria seriamente comprometida sem que possa falar-se em deslealdade por parte do Estado: muito pelo contrário, com a constituição como arguido, este passará, se porventura envolvido no crime sob investigação, a ter cuidados acrescidos e até a nem utilizar telefones ou meios análogos. Significará isto que a escuta que recaia sobre um arguido é *inútil*? Não, por certo. Haverá sempre a hipótese de recolla — desde 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.

b) *Despacho judicial fundamentado*. Existe, antes de mais, uma *reserva de competência jurisdiccional*, *i. e.*, a garantia funcional de que apenas pode recorrer-se às escutas telefónicas mediante despacho prévio e devidamente fundamentado do juiz de instrução (competência esta indelegável — cf. art. 269.º, n.º 1, c)).

Consideramos útil, *de iure constituendo* e à semelhança do que ocorre na Alemanha ou na Itália⁽⁴²⁾ que, em casos de *justificada urgência*, havendo fundado receio de perda do material probatório em virtude do atraso na autorização, pelo juiz, do recurso às escutas telefónicas — um verdadeiro *periculum in mora* —, o magistrado do MP titular do inquérito pudesse, sempre através de despacho motivado, autorizar o recurso a esse meio de obtenção da prova, sendo esse despacho presente, num curto período temporal, (num máximo de vinte e quatro horas) ao juiz de instrução competente, o qual (num prazo nunca superior a quarenta e oito horas) o confirmaria ou, pelo contrário, o revogaria, com a consequente inutilização das provas entretanto recolhidas⁽⁴³⁾. A mesma sanção seria aplicável nas hipóteses de não apresentação tempestiva do despacho do MP ao juiz de instrução. Assim se obteria, segundo cremos, o desejado equilíbrio entre a eficácia da investigação e o respeito escrupuloso pelos direitos fundamentais dos arguidos ou suspeitos.

(42) Cf. o § 100b), da StPO (*Strafprozessordnung* — Código de Processo Penal alemão) e o art. 267, 2, do *c.p.p.* (*Codice di procedura penale*) italiano. KONSTANZE JARVERS («Profil generali del diritto processuale penale tedesco», in: *Anuario di Diritto Tedesco* (ADT) (coord. de SALVATORE PATTI), Milano: Giuffrè, 2001 p. 465) designa esta competência do MP como uma espécie de «competenza d’urgenza» subsidiária». Para a sua interpretação, *vide*, entre outros, FRANCESCA RUGGIERI, *Divieti Probatori...*, cit., p. 11. Em Espanha, essa autorização excepcional, aplicável somente a actuações de «bandas armadas, elementos terroristas o rebeldes», cabe ao Ministro do Interior ou ao Director da Segurança do Estado, estando também sujeita a confirmação judicial (art. 579, 4, da LECr — *Ley de Enjuiciamiento Criminal*).

(43) Cf. *infra*, p. 51, s.

No que tange à fundamentação do despacho autorizativo, a sua maior ou menor densidade depende da fase das diligências investigatórias em que a escuta for ordenada, devendo o magistrado indicar, do modo mais completo possível, os dados que se visa recolher e a medida da sua relevância para a *notitia criminis* (44), ilustrando sempre de forma concreta o raciocínio que desenvolveu no sentido de considerar cumpridos os requisitos legais, não através de meras repetições do texto da lei ou de fórmulas vazias de sentido, como parece ser prática mais ou menos generalizada nos nossos Tribunais. Só assim se dará total cumprimento ao disposto no art. 97.º, n.º 4, em conjugação com o n.º 1, b), do mesmo artigo, e se acautelará o exercício *efectivo* do direito constitucional ao recurso. Particulares exigências de fundamentação devem existir sempre que, no decurso das escutas, haja necessidades objetiva e legalmente alicerçadas de atingir a esfera jurídica de terceiros.

Pelo que antecede, não basta existirem meras suspeitas para se lançar mão deste meio de obtenção da prova, devendo sim a investigação assentar «em factos determinados» (45). Para além das óbvias razões materiais que contendem com a compressão de direitos fundamentais e o consequente funcionamento do princípio da proporcionalidade — ambos já assinalados —, o próprio legislador, ao nível das formulações utilizadas evitou termos como «suspeitas» ou «indícios» (46) em todo o capítulo que

(44) Nesta linha de raciocínio, não se compadece o recurso a este meio de obtenção da prova com uma autorização judicial *vaga e imprecisa* — cf. o ac. da RL de 12-12-2002, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

(45) COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 290. Assim, no direito italiano, cf., entre outros, GOSSO, «Intercettazioni Telefoniche», cit., p. 892, e DOMENICO SIGNORINO, «Intercettazioni Telefoniche», cit., p. 496. Na formulação do Tribunal Supremo espanhol (ac. de 18-6-1992, referido na *Circular da Fiscalía General del Estado, de 29-12-1999, sobre intervención de las escuchas telefónicas en el seno de los procesos penales*, disponível em <http://www.mju.es>), é essencial a indicação de «datos externos que apreciados judicialmente, conforme a normas de recta razón, permiten descubrir o atisbar, sin la seguridad de la plenitud probatoria pero con la firmeza que proporciona una sospecha fundada, es decir, razonable, lógica, conforme a las reglas de la experiencia, la responsabilidad criminal (...)».

(46) Ao invés do que ocorre com o art. 267, 1, do *c.p.p.* italiano: «(...) quando vi sono *gravi indizi* di reato (...)» (itálico nosso). Esta formulação tem sido fortemente criticada, atenta a sua ambiguidade e por consentir a interpretação segundo a qual bastará um *fumus commissi delicti* para justificar o recurso às escutas telefónicas — cf., entre outros, GIOVANNI CONSO, VITTORIO GREVI *et al.*, *Compendio di Procedura Penale*, Milano: CEDAM, 2000, p. 287, e PAOLA BALDUCCI, *Le Garanzie nelle Intercettazioni tra Costituzione e Legge Ordinaria*, Milano: Giuffrè, 2002, p. 99, s. Em Espanha, o art. 579, 2, da LECr refere-se

regula as escutas telefónicas, referindo-se, ao invés, a «razões». Trata-se de um requisito que exige *menos* do que os «fortes indícios de prática de crime» (art. 202.º, n.º 1, *a*)), mas *mais* do que «meras suspeitas ou boatos não confirmados» (MEYER⁽⁴⁷⁾). Isto não significa, todavia, e como tem sido assinalado pela jurisprudência e doutrina italianas⁽⁴⁸⁾, que o recurso às escutas telefónicas não seja possível quando a investigação ainda decorre contra um agente indeterminado. Aliás, uma das suas virtualidades é, respeitadas os requisitos elencados, contribuir decisivamente para a identificação do criminoso.

c) «*Catálogo*» de crimes. As escutas só podem ser autorizadas face a um elenco taxativo de tipos legais de crime⁽⁴⁹⁾ (independentemente do grau de participação), de entre os quais ressalta a criminalidade violenta e aquela em que a palavra é utilizada como instrumento. Julgamos, no entanto, que a al. *a*), do n.º 1, do art. 187.º, por referir-se à chamada «criminalidade média» deveria ser substituída, em futura alteração legislativa, por uma outra em que se previsse uma moldura penal abstracta mais alta (v. g., 5 anos), assim reforçando-se o seu carácter de *ultima ratio* e desta forma conseguindo-se um equilíbrio entre os direitos fundamentais em questão que nos pareceria mais acertado⁽⁵⁰⁾.

igualmente a «*indicios* de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa» (itálico nosso).

(47) *Apud* COSTA ANDRADE, «Sobre o Regime Processual Penal das Escutas Telefónicas», RPCC, I (1991), 3, p. 386.

(48) Consultem-se as referências em FRANCESCA RUGGIERI, *Divieti Probatori...*, cit., p. 14, nota 23, e p. 106.

(49) O mesmo acontece com as Nações que nos são jurídica e civilizacionalmente mais próximas. Veja-se o art. 266, 1, do *c.p.p.* italiano, o § 100a), da StPO, e o art. 100, do *Code de Procedure Penale* francês. Este último apenas estabelece um limite mínimo abstracto de pena de prisão igual ou superior a dois anos. Em Espanha (art. 579, da LECr), a regulamentação não aponta para um elenco taxativo de delitos, sendo considerada lacunosa. Tal facto motivou já a condenação deste Estado pelo TEDH (v. o ac. n.º 943/1998, de 30-7, proferido no caso *Venezuela Contreras*, disponível em <http://www.echr.coe.int>). Daí o papel essencial desempenhado pela jurisprudência (v. a *Circular de la Fiscalía General del Estado*, de 29-12-1999..., cit.).

Num dos representantes do *common law* — o direito norte-americano — prevê-se também um catálogo (§ 2516 do tít. 18 do *United States Code*, disponível em <http://www4.law.cornell.edu>).

(50) Caminho idêntico tem sido trilhado por parte da doutrina italiana — cf. CORRADA DI MARTINO e TERESA PROCACCANTI, *Le Intercettazioni...*, cit., p. 38 e bibliografia aí indicada.

Na Alemanha exige-se expressamente que esteja em causa um crime consumado, uma tentativa punível ou a prática de actos preparatórios puníveis. Apesar do silêncio do nosso CPP, parece dever chegar-se à mesma conclusão, atenta a assinalada relevância do princípio da proporcionalidade, o qual implica que este meio de obtenção da prova não se transforme, como bem assinalou SCHLÜCHTER ⁽⁵¹⁾, numa instância que «dê guarida a meras medidas preventivas» ⁽⁵²⁾.

d) *Diligência «de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova»* ⁽⁵³⁾ — *princípios da subsidiariedade e da adequação*. Segundo um *juízo de prognose*, deve ser de esperar que a diligência cumpra uma destas finalidades.

Como interpretar este segmento normativo? Louvando-nos do trabalho filigrânico que a este respeito tem ocupado a doutrina germânica ⁽⁵⁴⁾, consideramos que daqui deve inferir-se, antes de mais, que o recurso às escutas telefónicas só será admissível 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* ⁽⁵⁵⁾) é o mais eficaz, atendendo à natureza do crime e às suas circunstâncias. E isto porque, em regra, dever-se-á atribuir primazia a outros meios de obtenção da prova menos restritivos de direitos fundamentais, sendo certo que não pode colher o argumento de que o recurso a outros mecanismos é mais trabalhoso ou mais caro. Estamos com COSTA ANDRADE quando o Autor defende que, apesar de não o fazer de modo tão claro como a legislação alemã, a parte *in fine*

⁽⁵¹⁾ *Apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 290.

⁽⁵²⁾ Em Itália, pelo contrário, o legislador optou por prever a intercepção de comunicações mesmo antes do surgimento da *notitia criminis* — é a chamada *intercettazione preventiva*. Sobre a figura, escrevendo ainda no plano do direito a constituir, cf. GOSSO, «Intercettazioni Telefoniche», cit., p. 892, e, posteriormente, entre outros, PAOLA BALDUCCI, *Le Garanzie nelle Intercettazioni...*, cit., p. 82, s., e CORRADA DI MARTINO e TERESA PROCACCIANTI, *Le Intercettazioni...*, cit., p. 82-5.

⁽⁵³⁾ Paralelamente, dispõe o art. 266, 2, do *c.p.p.* italiano: «(...) l'intercettazione è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini».

⁽⁵⁴⁾ De forma desenvolvida, COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 288-92.

⁽⁵⁵⁾ No mesmo sentido julgamos propender PETER HÜNERFELD, «Le Droit Allemand», RIDP, 63 (1992), 1-2, p. 66. Na doutrina italiana, cf. FRANCESCA RUGGIERI, *Divieti Probatori...*, cit., p. 16, e CORRADA DI MARTINO e TERESA PROCACCIANTI, *Le Intercettazioni...*, cit., p. 98. Em sentido oposto, PAOLA BALDUCCI, *Le Garanzie nelle Intercettazioni...*, cit., p. 114.

do artigo que vimos analisando consagra um verdadeiro *princípio da subsidiariedade* na utilização das escutas telefónicas ⁽⁵⁶⁾.

Intrinsecamente ligado a este princípio, o regime em estudo é perpassado pela *ideia de adequação, i. e.*, não basta demonstrar que a recolha daquele material probatório só pode ser feita (ou, pelo menos, feita sem o comprometimento da eficácia investigatória) através das escutas telefónicas, mas é ainda essencial demonstrar que, *em concreto*, este meio de obtenção da prova é *idóneo* à recolha do material probatório ⁽⁵⁷⁾. Neste particular, a parte *in fine* do art. 187.º, n.º 1, é bastante clara.

Por outro lado, o texto positivado não se basta com qualquer interesse para a realização de finalidades endo-processuais e/ou exo-processuais, exigindo que as escutas assumam um *interesse qualificado* («grande interesse», nas palavras da lei). Deste modo, se os pressupostos de que depende a aplicação de uma sanção penal estiverem já verificados ao longo da investigação com um grau de segurança que permita deduzir uma acusação, então será *desproporcionado* o seu uso.

Com tal entendimento exigente do pressuposto em causa, não encontramos perplexidades em que este meio de obtenção da prova possa ser utilizado como forma de descoberta do paradeiro de suspeitos ou arguidos relativamente aos crimes elencados no art. 187.º, n.º 1 ⁽⁵⁸⁾.

e) *Estabelecimento da duração do recurso às escutas telefónicas — requisito a prever?* Não estabelece a nossa lei uma duração máxima do

⁽⁵⁶⁾ Pelo que se diz em texto, salvaguardando a necessidade de pontuais alterações que aventamos, temos alguma dificuldade em compreender afirmações como as de que «o regime legal das escutas telefónicas tem de ser alterado no sentido de o tornar um meio de prova excepcional, única forma de respeitar o princípio constitucional da proporcionalidade» — EDUARDO MAIA COSTA, «Que Processo Penal Queremos?», disponível em <http://www.oa.pt> [consulta em Janeiro de 2004] — ou, ainda mais surpreendente, a ideia de que «a escuta telefónica está a tornar-se o equivalente no século XXI para a tortura de épocas pretéritas (...)» (JOSÉ MIGUEL JÚDICE, «Escutas Telefónicas: a Tortura do Século XXI?», disponível no mesmo sítio).

⁽⁵⁷⁾ Assim, cf. a decisão do 1.º Juízo Criminal de Lisboa de 21-1-1992 (CJ, XVII (1992), 1, p. 307, s.): «As escutas telefónicas são meios de prova e, nessa medida, devem obedecer ao *requisito da essencialidade*, isto é, devem ter a autorização para a sua realização subordinada à *demonstração da necessidade da mesma* (...)» (itálicos nossos).

⁽⁵⁸⁾ Pronunciando-se em idêntico sentido, cf. MARIA DA CONCEIÇÃO SIMÃO GOMES, «Das Escutas Telefónicas: da sua Conformação no Quadro Legal Vigente», disponível em <http://www.oa.pt> [consulta em Janeiro de 2004]. Para um entendimento oposto, pelo menos como posição de base, cf. FÁTIMA MATA-MOUROS, *Sob Escuta...*, cit., p. 42 e 46.

recurso a este meio probatório ⁽⁵⁹⁾, ao contrário do que acontece em Países como a Alemanha ⁽⁶⁰⁾ ou a Itália. No ordenamento jurídico deste último Estado, a lei prescreve que o despacho judicial fixe um período inicial máximo de quinze dias ⁽⁶¹⁾, o qual pode ser renovado por períodos iguais e sucessivos desde que se mantenham os pressupostos que motivaram a escuta (art. 267, n.º 3, do *c.p.p.*).

Consideramos que o nosso Código deveria conter um inciso paralelo. A grande vantagem desta alteração residiria na obrigação de o juiz de instrução controlar, periodicamente, a manutenção dos pressupostos que estiveram na base do recurso a este meio de obtenção da prova, assim se conseguindo uma protecção mais eficaz dos interesses em presença.

Retorquir-se-á, todavia, que uma escuta excessivamente prolongada no tempo sempre violaria o princípio da proporcionalidade (art. 18.º, da Constituição) e que, por isso, o requisito proposto nada traria de novo. Ao que se contrapõe: e o que entender por «tempo excessivo»? Afirmar-se-á, por outro lado, que o regime actual é suficiente, uma vez que o art. 188.º, n.º 1, determina que o material recolhido deva ser «imediatamente» presente ao juiz que ordenou ou autorizou a escuta, o qual, atenta a sua relevância, poderá revogar o despacho autorizativo. No entanto, é sabido que na prática jurisprudencial há divergências quanto ao entendimento do advérbio «imediatamente» ⁽⁶²⁾ e que, em alguns casos, seja por carên-

⁽⁵⁹⁾ Se bem que a nossa jurisprudência, meritoriamente e mesmo perante o silêncio da lei, já se tenha manifestado pela necessidade de o despacho autorizativo das escutas conter tal referência — cf. os acs. da RL de 20-12-2001 e de 13-2-2003, disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

⁽⁶⁰⁾ O § 100b), 2), da StPO prevê que o recurso às escutas telefónicas tenha uma duração máxima de três meses, se bem que admita, sempre no pressuposto de que se continuem a verificar os requisitos elencados no § 100a), do mesmo Código, uma prorrogação que não pode exceder os três meses subsequentes. Em Espanha, o prazo é de três meses, prorrogáveis por períodos iguais e sucessivos (art. 579, 2, da LECr). No Reino Unido, o prazo geral é o mesmo (secção 9., 6), c), do *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*, cit.). Em França, o art. 100-2, do *Code de Procedure Penale*, prevê o prazo máximo renovável de quatro meses.

⁽⁶¹⁾ O art. 13, da Lei de 2-7-1991, admite, nos casos de criminalidade organizada, o período inicial de quarenta dias e, no domínio da utilização das escutas telefónicas como *ultima ratio*, basta-se, ao contrário do regime geral aplicável, com uma mera «necessità» de recurso a esse meio de obtenção da prova.

⁽⁶²⁾ Em regra, entendido na praxe judiciária como o período de 30 dias a contar da intercepção, sendo certo que, por norma, o juiz de instrução não é informado da data de início das operações. Assim, o controlo é claramente deficitário, devendo, para a tal obviar,

cia de meios, seja por outros motivos, o controlo judicial da actividade dos órgãos de polícia criminal na captação dos telefonemas apenas é feito decorrido um lapso de tempo irrazoável.

Numa palavra, a fixação de períodos curtos de recurso às escutas telefónicas (renováveis nos termos expressos) permitiria que este meio de obtenção da prova, idealizado como *ultima ratio* da actividade investigatória, não se convertesse num instrumento fácil de injustificada devassa⁽⁶³⁾.

Ainda no seguimento do que se expôs, atenta a gravidade da sanção

estabelecer-se, em futura alteração legislativa, a obrigatoriedade de o despacho judicial autorizativo das escutas conter a data do seu termo — cf. FÁTIMA MATA-MOUROS, *Sob Escuta...*, cit., p. 23, 69-70.

O TC, no seu ac. n.º 407/97, de 21-5-1997 (BMJ, 467 (1997), p. 213-4), chamado a pronunciar-se sobre o critério interpretativo do advérbio de tempo em questão, estabeleceu que ele «não pode deixar de ser aquele que assegure a menor compressão possível dos direitos fundamentais afectados pela escuta telefónica».

No ac. da RC de 27-11-2002, disponível em <http://www.dgsi.pt>, pode ler-se que «II — (...) o termo imediatamente deve ser interpretado no seu sentido gramatical, ou seja, no sentido de sem nenhuma demora, urgentemente. III — Porém, tendo em conta a complexidade e a morosidade inerentes à intercepção e gravação de conversas telefónicas, não se pode exigir que o dito auto seja elaborado imediatamente, sob pena de ser inviável. (...) IV — O incumprimento destes requisitos acarreta, directa e imperativamente, a nulidade da intercepção ou escuta telefónica». De modo mais concreto, o ac. da RL de 17-6-1997 (disponível em <http://www.dgsi.pt>) remete para o disposto nos arts. 105.º e 106.º

Como antecipámos em texto, este critério parece-nos insuficiente, sendo a melhor ilustração do que referimos o facto de que, na decisão da RL sob censura no ac. do TC citado, *entendia-se mesmo discutível que o excessivo lapso temporal entre a realização das intercepções e a sua apresentação ao juiz fosse, no máximo, uma nulidade sanável (!)*, acrescentando-se que «o termo “imediatamente” teria sido usado *por um legislador excessivamente preocupado com a aceleração processual, porém esquecido das grandes lacunas e dos grandes estrangulamentos do sistema!* (itálicos nossos). Como se (e foi essa a orientação do relator Cons. BRITO E SOUSA) as dificuldades sentidas ao nível dos recursos técnicos e humanos na administração da justiça corresse por conta dos cidadãos que merecem tutela legal! Outra ilustração interessante é o ac. da RL de 16-8-1996, disponível em <http://www.dgsi.pt>, em que se escreve que o desrespeito pela expressão que agora analisamos «não constitui, em si [mesmo], requisito determinante de nulidade nos termos do art. 189.º» (no mesmo sentido, v. o ac. da mesma Relação de 25-10-2000, disponível no mesmo sítio). Pena foi que a revisão de 1998 do CPP não tivesse aproveitado para concretizar, em um lapso temporal, o que entender por «imediatamente».

(63) Só assim se cumprindo, em toda a linha, a exigência do TEDH que prevê a necessidade de fixação de um limite de duração temporal no recurso a meios de obtenção de prova lesivos de direitos fundamentais como o são as escutas telefónicas — cf. o ac. de 24-4-1990 (caso *Kruslin/Huvig*), disponível em <http://www.echr.coe.int>.

associada ao incumprimento das formalidades prescritas ⁽⁶⁴⁾, tendo presente a limitação de direitos fundamentais que as escutas telefónicas configuram e as conhecidas desvantagens da utilização, em matéria criminal, de conceitos indeterminados, tudo aconselha a que, numa futura revisão da legislação processual penal, seja quantitativamente estabelecido um lapso temporal máximo dentro do qual o material probatório deva ser presente ao juiz que ordenou o recurso às escutas telefónicas, para que este providencie pela sua transcrição e posterior junção aos autos ou, pelo contrário, ordene a sua destruição (art. 188.º, n.º 3).

f) *Delimitação das pessoas e dos aparelhos abrangidos pelas escutas?* O § 100a), da StPO ⁽⁶⁵⁾, visa delimitar o âmbito das pessoas e das ligações ou aparelhos que podem ser atingidos pelas escutas telefónicas. A *ratio legis* é límpida: assegurar que apenas se toque a esfera jurídica daqueles que tenham uma ligação directa com o crime sob investigação. No entanto, como vem sendo com frequência assinalado na Alemanha, mais do que conseguir tal desiderato, a StPO limitou-se a elencar os problemas, sendo usual dizer-se que a regulamentação actual acaba por permitir as escutas telefónicas face a um número praticamente ilimitado de possíveis «mediadores de informação».

No nosso ordenamento não encontramos uma norma paralela. De facto, para além do caso específico do defensor, entendeu-se não limitar, por via legislativa, o círculo de eventuais «fontes de informação» ⁽⁶⁶⁾. Haverá, então, vantagens, no plano do direito a constituir, em consagrar uma norma semelhante à do já citado § 100a), da StPO?

⁽⁶⁴⁾ Sobre o problema, cf. *infra*, p. 59, s.

⁽⁶⁵⁾ O preceito estabelece que «a escuta apenas pode dirigir-se contra o arguido ou contra as pessoas em relação às quais seja de supor, com base em factos determinados, que recebem ou transmitem comunicações de/para o arguido ou sempre que este utilize o seu aparelho». A adopção de norma praticamente igual foi agora proposta nas «Conclusões do Congresso da Justiça», realizado em Lisboa, de 18 a 20 de Dezembro de 2003 (disponíveis em <http://www.oa.pt> [consulta em Janeiro de 2004]).

⁽⁶⁶⁾ EDUARDO CORREIA («Les Preuves en Droit Pénal Portugais», *Revista de Direito e Estudos Sociais* (RDES), XIV (1967), 1-2, p. 47) já admitia que as escutas pudessem atingir a esfera jurídica de terceiros em relação ao objecto do processo. Recentemente, um parecer «do corpo docente da jurisdição penal» do Centro de Estudos Judiciários — CEJ — (LUÍS SILVA PEREIRA, JOSÉ MOURAZ LOPES, PAULO DÁ MESQUITA — relatores), *Contributos para a Reflexão sobre o Sistema Penal Português*, Lisboa: CEJ, 2003, p. 62), pronuncia-se em idêntico sentido. No direito italiano, cf., *inter alia*, PIERFRANCESCO BRUNO, «Intercettazioni di Comunicazioni o Conversazioni», in: *Digesto delle Discipline Penali* (DDP), Vol. VII, reimpr., Torino: UTET, 1995, p. 186.

Primo conspectu, somos atraídos pela (aparente) certeza e segurança jurídicas que empresta ao regime das escutas (67). Porém, numa análise mais cuidada, logo somos assaltados pela convicção de termos emitido uma conclusão apressada. Na realidade, uma eventual limitação dos «mediadores de notícias» e dos aparelhos respectivos, feita de modo expresso pelo legislador, está condenada a ser tautológica e, na senda de apenas abarcar o essencial à investigação (*mas tudo o que, de facto, o seja*), alargar em demasia o círculo de pessoas reflexamente sujeitas às escutas.

As dificuldades começam pela impossibilidade prática de, na grande maioria dos casos, no despacho que autoriza o recurso a esse meio de obtenção da prova, delimitar precisamente e sem comprometer a eficácia da investigação, os aparelhos e as pessoas que podem ser por ele atingidos, dado só *a posteriori*, na posse do conteúdo obtido, ser exequível, de modo absoluto, tal objectivo.

Contudo, tal não significa que o juiz não possa (*rectior*, não deva) identificá-los nesse despacho judicial, sempre que o estado da investigação assim o permita, sob pena da sanção processual prevista no art. 189.º Muito pelo contrário, a ausência de uma norma paralela à germânica, de todo implica que estejamos perante um espaço de *discricio-nariedade absoluta* das autoridades judiciárias ou dos órgãos de polícia criminal que executam as escutas. Atenta a natureza dos bens jurídicos em causa, essas autoridades deverão sempre pautar-se por um estrito princípio de *discricio-nariedade vinculada* ao fim da recolha de material probatório através dos possíveis portadores de informações sobre o(s) crime(s) (*e só eles*) de catálogo em função do(s) qual(ais) a escuta foi ordenada. É esta a única interpretação que julgamos conforme com o disposto no art. 32.º, n.º 8, da Constituição.

Somente identificando (quando possível) os mediadores e os aparelhos donde podem advir informações pertinentes para a investigação dar-se-á cabal cumprimento ao segmento normativo constante do art. 187.º, n.º 1: «razões para crer que a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova».

(67) Assim parecem pronunciar-se ANTÓNIO GARCIA PEREIRA, «20 Teses sobre a Justiça (em particular a Justiça Penal)», RUI PEREIRA, «A Crise do Processo Penal», artigos disponíveis em <http://www.oa.pt> [consulta em Janeiro de 2004], e JOSÉ MIGUEL JÚDICE, «Escutas Telefónicas...», cit.

Não vamos tão longe como ZUCK e SUPPERT⁽⁶⁸⁾ (porventura, na actualidade, bem quistos entre grande parte dos que têm reflectido sobre as escutas...) — ao defenderem que *apenas* os mediadores dolosos de notícias, sobre os quais «impende a suspeita bastante de terem de qualquer forma participado no crime perseguido ou de se terem constituído responsáveis por favorecimento pessoal, auxílio material ou receptação», podem ser objecto de escutas telefónicas —, dado que tal implicaria uma concepção demasiado inflexível, capaz de prejudicar gravemente a investigação⁽⁶⁹⁾.

Do exposto concluímos que a adopção de uma norma tão genérica como a do § 100a), da StPO, acabaria por ser *inoperante* — porque limitada a colocar em letra de lei algo que já se retira da leitura teleologicamente orientada do art. 187.º, n.º 1 — e até *perniciosa*. E dizemos «perniciosa» porquanto, atenta a sua redacção, ela seria uma via aberta para interpretações extensivas do regime das escutas telefónicas, contrárias ao seu próprio fim.

§ 2 — O «efeito-à-distância»

Vejamos agora um problema que se coloca ao nível das escutas telefónicas de que curamos no presente trabalho, mas que abrange também qualquer um dos restantes meios de obtenção da prova previstos nos arts. 171.º e s.

Imagine-se, então, que, *v. g.*, no âmbito de uma escuta telefónica *realizada ilicitamente*, é descoberta a prática de um ou mais crimes perpetrados pelo suspeito ou por um terceiro. Poderá essa prova ser utilizada?

A *fruit of the poisonous tree doctrine*, de inspiração norte-americana, no seguimento da IV Emenda à Constituição dos EUA (1791)⁽⁷⁰⁾, ser-

(68) *Apud* COSTA ANDRADE, *Sobre o Regime...*, cit., p. 389.

(69) Assim, GATTI e CAMON, *apud* CORRADA DI MARTINO e TERESA PROCACCIANTI, *Le Intercettazioni...*, cit., p. 47-8.

(71) «The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized». Trata-se, para TOM C. CLARK («Some Notes on the Continuing Life of the Fourth Amendment», *AJCL*, 5 (1977), p. 276), da mais importante Emenda à Constituição americana e do verdadeiro «esteio do sistema democrático» desse País. Para um estudo profícuo sobre o tema, cf. JANICE

vindo-se de uma expressiva imagem, postulava a total comunicabilidade de uma proibição de prova às chamadas «provas consequenciais», ou seja, todo o material probatório cuja obtenção se ficasse a dever a uma proibição de produção ou de valoração seria fulminado com a total inaptidão para servir de base à convicção judicativa.

Nesta concepção originária, que decorreu sensivelmente até à década de setenta do século passado, partia-se do princípio de que não era possível determinar em que medida uma prova proibida contribuiu para a obtenção de outras dela dependentes, razão pela qual devia defender-se um total «contágio». Nem se diga — continuava esta primeira formulação — que poderia lançar-se mão da ideia de uma «prova hipotética», *i. e.*, admitir-se-ia a valoração de todos os resultados probatórios que se concluísse teriam sido carreados para os autos de igual forma, mesmo não existindo o *poisoned fruit*, porquanto tal traduzir-se-ia em admitir uma condenação baseada numa mera suposição falível e nem sempre de fácil demonstração prática (71).

Reconhecendo a inflexibilidade deste entendimento, a doutrina e jurisprudência norte-americanas foram desenvolvendo exceções à «total contaminação das provas principais às secundárias» (72).

São habitualmente assinalados três núcleos de limitação do *poisoned fruit*: a *independent source exception* («exceção da fonte independente»), a *attenuation of the taint exception* («exceção da atenuação do veneno» (73)) e a *inevitable discovery exception* («exceção da inevitabilidade da descoberta»).

De acordo com a primeira, a qual é uma mera limitação ao princípio geral e que foi afirmada inicialmente em *Silverthorne Lumber Co. v. USA*, sempre que a prova secundária tenha sido não só obtida através de uma proibição de prova, mas também por intermédio de um outro meio lícito, o vício existente sana-se. Para a *attenuation of the taint exception*, igual solução

M. JOYCE BARTEE, «The Fourth Amendment: an Immodest Proposal», *AJCL*, 11 (1983), p. 293-320.

(71) Era este o entendimento propugnado por COSTA ANDRADE, na vigência do CPP de 1929 — cf. «Parecer», *CJ*, VI (1981), 1, p. 9.

(72) Seguiremos de perto, a este propósito, ROBERT BLOOM, «Inevitable Discovery...», *cit.*, p. 80-3.

(73) Rigorosamente, *taint* significa «mancha», «nódoa», «mácula». Preferimos a designação em texto porque mais de acordo com a origem desta exceção — a *fruit of the poisonous tree doctrine*.

final é atingida nas hipóteses em que possa afirmar-se que, entre a prova inicial (viciada) e o material probatório que dela derivou intercede uma ligação muito distante. Finalmente, a «excepção da inevitabilidade da descoberta» (74) acaba por dar guarida à concepção inicialmente esconjurada de «causalidade hipotética» (75): sempre que possa concluir-se, de acordo com elevados padrões de probabilidade que o material probatório teria sido igualmente recolhido através de uma investigação «independente» ou «conduzida licitamente», é de aceitar a produção e valoração da prova obtida através de uma proibição inicial.

Começou por haver alguma confusão entre a *inevitable discovery exception* e a *independent source exception* quando, na verdade, são realidades diferentes — nesta última, ao contrário da primeira, o juiz valora provas que acabaram por ser obtidas através de meios lícitos. Sustentou-se a excepção em análise com a ideia de que «a polícia deveria ser colocada na mesma posição e não numa posição *pior* daquela em que estaria se não tivesse ocorrido qualquer ilegalidade na sua actuação» (76).

A partir da decisão *Nix* (em que, de facto, não foi aceite tal ideia) passou a discutir-se uma outra limitação que, dada a ainda existente controvérsia acerca da sua validade, não juntámos ao elenco acima referido. Trata-se da chamada *good-faith exception* (77), segundo a qual seria de admitir a validade das provas obtidas pelas instâncias formais de controlo sempre que a sua actuação tivesse sido razoável e desde que agissem na

(74) A sua génese remonta ao caso *Somer v. USA* (1943), mas apenas viu os seus contornos definidos em *Nix v. Williams* (1984).

(75) Para a caracterização da figura, cf. FIGUEIREDO DIAS, *Textos de Direito Penal. Doutrina Geral do Crime*. Lições ao 3.º ano da FDUC, elaboradas com a colaboração de NUNO BRANDÃO, Coimbra: Secção de Textos da FDUC, 2001, p. 76-7 e bibliografia aí indicada.

(76) Deixe-se claro que esta última excepção não é consensual na doutrina e jurisprudência, havendo mesmo Estados que a não reconhecem. Autores existem que sustentam a sua perniciosidade, na medida em que incentiva os órgãos de polícia criminal a utilizarem meios de obtenção da prova sem a autorização judicial nos casos em que dela deviam munir-se, dado saberem que poderão alegar a dita excepção. Para além disto, o entendimento amplo da *inevitable discovery exception* por parte de alguns Tribunais é motivo de preocupação. Sobre o assunto, cf. ROBERT BLOOM, «Inevitable Discovery...», cit., p. 95-8, e KENT ROACH, «Borderline Justice: Policing in the Two Niagaras», *AJCL*, 23 (1995-1996), p. 341-2.

(77) ROBERT BLOOM, «Inevitable Discovery...», cit., p. 85-9. A excepção foi judicialmente criada no aresto *USA v. Leon* (1984). Cf., também, KENT ROACH, «Borderline Justice...», cit., p. 347-8.

convicção (*good-faith*) de que se moviam no domínio daquilo que a lei lhes permitia.

É ainda a partir da decisão *Nix* que a jurisprudência do outro lado do Atlântico começa a desenvolver o conceito de *balancing test* que, bem vistas as coisas, acaba por ser similar ao princípio do *civil law* da ponderação de interesses em matéria de direitos fundamentais: em conformidade com esse «teste», deverá o juiz, caso a caso, sopesar os benefícios do efeito dissuasor da irrelevância do material probatório obtido ilicitamente e os custos sociais da supressão de tais provas.

Na Alemanha, por seu turno, até ao final da década de sessenta do século passado (mais concretamente até ao 46.º Congresso dos Juristas Alemães), encontrávamos adeptos das duas posições extremadas que aqui podem configurar-se.

Uma delas — a admissão total do «efeito-à-distância» (*Fernwirkung*), negando a valoração de todo o material probatório obtido mediante uma proibição de prova (PETERS, OTTO, GRÜNWARD, *inter alia*) — estribava-se, *primo*, no argumento de que só assim se impediria que a prova originária inquinada fosse um mero pretexto para carrear material probatório que de outra forma nunca seria legalmente admissível e, *secondo*, porque só admitindo a *Fernwirkung* se «[purificaria] o processo da nódoa da ilegalidade, consumada com a violação da proibição de prova».

A orientação contrária, propugnando pela negação da *Fernwirkung* e admitindo, em consequência, a valoração de tais provas (BRADLEY, SCHÄFER, MEYER e BAUMANN, entre outros ⁽⁷⁸⁾), aduzia duas ordens de razões: uma de política criminal, segundo a qual a tese oposta implicaria uma «paralisação da administração da justiça penal» e outra, de feição dogmática, transpondo para os quadros da prova o instituto jurídico-penal substantivo da causalidade hipotética ⁽⁷⁹⁾ ⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁸⁾ Entre nós, muito recentemente, FRANCISCO JOSÉ GUERRA DA MOTA, «O Problema das Provas Ilícitas em Processo Penal», *Revista do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados*, 22/23 (Dezembro/2002 a Junho/2003), p. 119-20. Na Itália, *inter alia*, BRUNO («Intercettazioni di Comunicazioni...», cit., p. 201).

⁽⁷⁹⁾ COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 172, nota 90, e p. 173-6, e, do mesmo Autor, *Sobre a Valoração...*, cit., p. 42-3.

⁽⁸⁰⁾ WOLTER propõe uma teoria própria. Partindo do princípio de que a valência ou não do «efeito-à-distância» não se compadece com regras gerais, o Autor considera que a resolução do problema da *Fernwirkung* passa por dois momentos de análise: o primeiro, de cariz substantivo, em que se leva em consideração a categoria da imputação e um segundo em que se apela a um juízo de ponderação de interesses. Assim, no âmbito do primeiro

Passando agora em revista as chamadas «doutrinas intermédias», estas apelam ou «para a ponderação entre tópicos como a gravidade do crime, relevo do direito do arguido e alcance da respectiva lesão» (ROGALL, HANACK e FIGUEIREDO DIAS) ou para «critérios como a proximidade ou vínculo de causalidade entre a «árvore envenenada» e o «fruto» em questão» (GRÜNWARD, DENCKER). Estes últimos Autores socorrem-se do princípio da *causalidade hipotética*, segundo o qual as provas obtidas com base numa proibição podem ser valoradas se o juiz concluir que, a serem inicialmente respeitadas as regras de produção ou de valoração, elas seriam lícitamente obtidas. Está aqui patente um entendimento de causalidade próximo da teoria da *conditio sine qua non* que acabava por conduzir a que um mais extenso conjunto de meios de prova fosse julgado proibido⁽⁸¹⁾, uma vez que, como defende DENCKER, não faria sentido provar a situação do arguido através da admissão da valoração de provas que, não fora a ilicitude dos meios da sua produção, nunca seriam obtidas.

Todavia, se não estivermos no domínio de «proibições de prova acima de tudo ditas pelo propósito de prevenir perigos para a descoberta da verdade» (v. g. art. 129.º), mas sim no domínio daquelas que visam assegurar a «liberdade de declaração do arguido ou das testemunhas», como ocorre no caso das escutas telefónicas e, em geral, nas situações subsumíveis ao nosso art. 126.º, então, aqui, seria de afirmar uma valência irrestrita da *Fernwirkung*, sob pena de o arguido poder contribuir para a sua auto-incriminação ou de se violarem princípios essenciais de um Estado-de-Direito⁽⁸²⁾.

Entre nós, o art. 122.º, n.º 1, e a sua ligação à matéria das nulidades demonstra uma admissibilidade de princípio da *Fernwirkung*⁽⁸³⁾. Tal

seria de admitir a valoração de uma prova secundária obtida à custa de uma proibição de prova sempre que não se pudesse afirmar um nexó causal entre ambas. Concluída esta operação, sopesar-se-ia a gravidade da infracção das regras processuais com a gravidade do delito, negando-se a *Fernwirkung* nos casos de criminalidade grave. Para uma explanação completa da posição de WOLTER, cf. COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 178-80.

(81) Assim, COSTA ANDRADE, *Sobre a Valoração...*, cit., p. 43 e, em especial, nota 61.

(82) COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 177.

(83) Em Espanha, segundo informa ANTÓNIO PABLO RIVES SEVA (*La Prueba Ilicita Penal y su Efecto Reflejo. Analisis Jurisprudencial*, disponível em www.fiscalia.org, p. 12-3), depois de uma corrente jurisprudencial se pronunciar no sentido da aplicação irrestrita do «efeito-à-distância» (falava-se em «efecto dominó»), as sentenças do Supremo Tribunal daquele País de 5-6-1995 e 24-1-1998 marcaram uma viragem para uma concepção mais flexível. Assim, admitiram a «não contaminação das provas restantes se for possível esta-

admissibilidade deve ser total, como já se antecipou, quanto à «utilização de métodos proibidos de prova contra o arguido», dado ser este o fim de protecção de normas como a do art. 126.º e, nas palavras de BEULKE (84), evitar que se possa «compelir o arguido a colaborar na sua própria condenação».

No que concerne às escutas telefónicas, somos de opinião que, face ao nosso ordenamento positivo, é de defender a aplicação, como princípio, do «efeito-à-distância». Esta afirmação, quase apodíctica, exige que se ressalte uma nota. Toda a matéria sobre a qual nos debruçamos é perpassada por critérios de «imputação objectiva» que legitimam duas considerações essenciais: a primeira supõe que a *Fernwirkung* apenas se afirmará quando for de estabelecer um «nexo causal» (entendido este à luz da «teoria da adequação») entre a proibição de prova original e a consequencial; a segunda permite-nos introduzir uma excepção à valência do «efeito-à-distância».

Deste modo, sempre que for possível afirmar que *mesmo sem a violação da proibição, a prova secundária ou mediata teria sido obtida, admitir-se-á a sua valoração*, assim se atribuindo relevância aos chamados «processos hipotéticos de investigação» (85).

Em relação a estes últimos casos, a questão impõe-se: bastará um qualquer grau de convicção do julgador para que se afaste o «efeito-à-distância»? Para o BGH (*Bundesgerichtshof* — Supremo Tribunal Federal Alemão) é suficiente, para a admissão da valoração da prova mediata, que *possa dizer-se que não se consegue demonstrar que sem a violação da*

belecer uma desconexão causal entre as que fundamentam a condenação e as ilicitamente obtidas» e «que essa desconexão existe sempre nos casos tratados na jurisprudência norte-americana como de conhecimento inevitável» (nossa tradução).

(84) *Apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 315.

(85) COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 316. Neste sentido parece também poder interpretar-se o ac. da RC de 19-12-2001, disponível em <http://www.dgsi.pt>, de acordo com o qual «A prova obtida *contra legem*, mas através de método não proibido, pode ser valorada sempre que susceptível de se obter através de meio ou procedimento conforme à lei, suposto, evidentemente, que a irregularidade do acto de produção de prova não haja sido arguida.». A sentença do Tribunal Judicial de Oeiras (*Sub Judice* (SJ), 4 (1992), 71, s.), apesar de referente ao art. 126.º, n.ºs 1 e 2, propugna (e bem) pela *Fernwirkung* quanto a uma busca domiciliária que teve na sua base a prova obtida por um *agent provocateur*, negando a aplicação, *in casu*, dos «processos hipotéticos de investigação». Na verdade, a apreensão do material que se registou só foi possível por intermédio da violação de uma proibição de prova.

lei os órgãos de polícia criminal não teriam tido acesso às provas. Pensamos, contudo, tratar-se de uma perspectiva a rejeitar em toda a linha dado concorrer para uma diminuição inaceitável das exigências de certeza e segurança jurídicas.

O caminho parece passar, numa palavra, pela exigência feita entre outros por BEULKE ⁽⁸⁶⁾, segundo o qual, para a valoração de tais provas, é necessário que se possa concluir, *com o mesmo grau de «convicção do juiz [necessário] para sustentar a condenação do arguido»* ⁽⁸⁷⁾ que, mesmo sem a violação da proibição de prova, o resultado probatório sequencial teria sido obtido de igual forma. Só assim se evita que os «processos hipotéticos de investigação» se transformem em hipóteses (reais) de fraude às regras de produção e valoração da prova, daqui decorrendo que qualquer dúvida quanto à verificação dessa causalidade hipotética só poderá ser solucionada *pro reo* ⁽⁸⁸⁾, afirmando-se aí o «efeito-à-distância».

§ 3 — Os «conhecimentos fortuitos»

3.1 — O problema e as vias de solução

1. Por *conhecimentos fortuitos* (*Zufallsfunde*) entendemos todos aqueles que exorbitam o núcleo de fontes de informação previstas no meio de obtenção da prova em causa, assim atingindo a esfera jurídica de terceiros, bem como aqueles que, atendendo ao seu conteúdo, não se prendem com a factualidade que motivou o recurso a tal meio. Coloca-se, então, o problema de saber — não só ao nível das escutas telefónicas, mas também em outros meios de obtenção da prova — se e em que medida esses «conhecimentos fortuitos» podem ser valorados ⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁶⁾ COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 316.

⁽⁸⁷⁾ Itálico nosso.

⁽⁸⁸⁾ Sobre o conceito, em geral, do princípio do *in dubio pro reo*, cf. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Perigosidade...*, cit., p. 9-79.

⁽⁸⁹⁾ Um exemplo claro de «conhecimentos fortuitos» encontra-se na factualidade que serviu de base ao ac. do STJ de 23-10-2002 (disponível em <http://www.dgsi.pt>) em que, no decurso de um dado inquérito, foi autorizado o recurso a escutas telefónicas e foram obtidas informações que, apesar de não contenderem directamente com o objecto do processo, revelavam-se de grande interesse para a descoberta da verdade (art. 187.º, n.º 1) quanto a factos de um outro processo. Assim, o juiz titular deste último ordenou (e bem) a passa-

A noção que avançamos é claramente formal e necessita de ser complementada por uma outra de índole material. Seguindo os ensinamentos da doutrina alemã, julgamos essencial distinguir os *conhecimentos fortuitos* dos *conhecimentos de investigação* (*Untersuchungserkenntnissen*). Este último conceito apresenta, como adverte WOLTER⁽⁹⁰⁾, fronteiras ténues, estando muito ligado ao problema do «objecto do processo». Assim, na senda deste mesmo Autor, acompanhamos COSTA ANDRADE⁽⁹¹⁾ na consideração da categoria dos «conhecimentos fortuitos» como residual, devendo começar-se por determinar quais os casos que, indisputavelmente, pertencem aos «conhecimentos de investigação».

Neste grupo incluímos «os factos que estejam numa relação de concurso (...) aparente com o crime que motivou e legitimou a investigação por meio de escuta telefónica»; os «delitos alternativos que com ele estejam numa relação de comprovação alternativa de factos»; os diversos graus de comparticipação, o favorecimento pessoal, a receptação e o auxílio material e os delitos que, como veremos mais detidamente, perante suspeitas dos crimes de associação criminosa ou de terrorismo, constituam «a sua finalidade ou actividade»⁽⁹²⁾.

2. Aqui chegados, estamos já em condições de compreender que os *Zufallsfunde* são o oposto do «efeito-à-distância»: enquanto neste último se questiona a possibilidade de valorização do material probatório obtido por intermédio de uma violação de uma proibição de prova, nos «conhecimentos fortuitos» estamos perante hipóteses em que, p. ex., no âmbito de uma *escuta lícita*, se descobre que o arguido ou um terceiro praticou um ou mais crimes diversos daquele(s) que motivou(aram) o recurso a este meio de obtenção da prova. A interrogação impõe-se: tal resultado probatório pode ou não, e em que medida, ser processualmente utilizado?

Postas de parte as teorias que negam qualquer relevância a tais conhecimentos, bem como aquelas que lho atribuem sem qualquer excepção⁽⁹³⁾,

gem da certidão respectiva, a qual foi valorada como meio de prova nesse outro processo em que não tinham sido produzidas. Veja-se, ainda, o ac. do mesmo Tribunal de 12-3-1997 (disponível no mesmo sítio) em que se considerou constituir «pura questão de facto, insusceptível de fiscalização e crítica por parte do STJ», a *fattispecie* descrita.

⁽⁹⁰⁾ *Apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 281.

⁽⁹¹⁾ *Sobre as Proibições...*, cit., p. 306.

⁽⁹²⁾ Decisão do BGH de 30-8-1978, *apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 309.

⁽⁹³⁾ No primeiro sentido, autores como KNAUTH ou PRITZWITZ, *inter alia*, baseando-se na necessidade de respeito pelo «princípio da reserva de lei». Entre nós, as «Conclusões

resta-nos o caminho para uma resposta mitigada, nunca esquecendo que aqui apenas podemos aspirar a analisar alguns princípios orientadores.

Para efeitos de resposta, a pergunta tem de ser dividida. Assim, se estivermos perante suspeitas da prática, pelo arguido ou por um terceiro, (mesmo que não apresente qualquer ligação com o processo em que as escutas foram autorizadas) de tipos legais *contidos no catálogo do art. 187.º, n.º 1*, tudo parece apontar para a *admissibilidade* da valoração de tais provas⁽⁹⁴⁾. Note-se que não se exige que o tipo legal sobre o qual surge a suspeita seja o mesmo que motivou a escuta, mas apenas (*e sempre*) que esteja contido no catálogo⁽⁹⁵⁾ e que, na nossa óptica, esses «conhecimentos fortuitos» *sejam de imediato transmitidos ao juiz para apreciar da validade da sua utilização*.

Contudo, neste ponto, registam-se divergências na doutrina alemã. Autores existem que, na esteira do entendimento do BGH, vêem a conexão dos «conhecimentos fortuitos» com um dos crimes de catálogo como uma «condição necessária e suficiente para a respectiva valoração»⁽⁹⁶⁾, julgando tratar-se de uma interpretação que se harmoniza com as exigências ditadas pelo princípio da proporcionalidade. Por outra banda, alguns penalistas⁽⁹⁷⁾ exigem «requisitos adicionais», fazendo aqui intervir uma ideia de «juízo hipotético de intromissão», concretizado num «estado de necessidade investigatório» (*Ermittlungsnotstand*). Esta figura traduz-se, uma vez mais, no recurso à *causalidade hipotética, i. e.*, será de admitir a valoração dos «conhecimentos

do Congresso da Justiça», cit., trilham o mesmo caminho, tal como JOSÉ MIGUEL JÚDICE, «Escutas Telefónicas...», cit. No segundo sentido, SCHÜNEMANN, em virtude da congruência entre a licitude de produção e de valoração da prova (COSTA ANDRADE, *Sobre o Regime...*, cit., p. 405). Aliás, esta é uma posição coerente com a concepção do Autor (minoritária na Alemanha) segundo a qual toda a prova obtida através de escutas telefónicas apenas pode suscitar *proibições de produção* e não de *valoração*, dado que, se o meio de aquisição processual foi válido, admissível será também a sua valoração em sede de convencimento do julgador (*idem*, p. 376).

⁽⁹⁴⁾ Está também implícita, para admitir essa utilização, não só que as escutas tenham decorrido com o escrupuloso respeito pelas normas legais, que o material recolhido tenha grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova dos factos fortuitos (art. 187.º, n.º 1) e que «o arguido [tenha] tido possibilidade de controlar e contraditório os resultados obtidos» (cf. o ac. do STJ de 23-10-2002, disponível em <http://www.dgsi.pt>).

⁽⁹⁵⁾ Decisão do BGH de 15-3-1976 (*apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 307), e, entre nós, *vide* o ac. da RP de 11-1-1995, CJ, XX (1995), 1, p. 232, s.

⁽⁹⁶⁾ É esta a posição, entre outros, de MEYER, SCHRÖDER, ROXIN (COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 310).

⁽⁹⁷⁾ É o caso de WELP e RUDOLPHI (COSTA ANDRADE, *Sobre o Regime...*, cit., p. 406, nota 78).

fortuitos» sempre que se possa concluir que, se o Tribunal, no momento em que ordenou uma dada escuta, tivesse elementos para suspeitar da prática, pelo arguido ou por um terceiro, de outros crimes que admitissem o recurso às escutas telefónicas, teria ordenado a execução desse meio de obtenção da prova. ROGALL ⁽⁹⁸⁾ defende que não basta uma mera probabilidade de obtenção daquele material probatório, devendo exigir-se uma *probabilidade qualificada*, «o que obrigará a valorar *pro reo* (...) todos os casos de dúvida».

Julgamos ser esta última a solução que melhor se quadra ao nosso ordenamento jurídico, permitindo estas «exigências adicionais» conseguir uma protecção mais eficaz dos direitos fundamentais que são beliscados pelas escutas, porquanto asseguram, dentro das margens de uma *concordância prática*, 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 da prova.

Quid iuris se, pelo contrário, estivermos perante suspeitas relativas a tipos legais *não incluídos no catálogo*? Será de admitir a sua valoração, atentas considerações de economia processual?

Tudo indica que não, por dois argumentos essenciais. Em primeiro lugar, aceitar aqui a valoração dos «conhecimentos fortuitos» face a crimes *fora do catálogo* previsto no art. 187.º, n.º 1, implicaria um grave entorse do *princípio da legalidade*. Na verdade, tudo se passaria como se, por circunstâncias de vária ordem, se acabasse por admitir o recurso ao material recolhido por intermédio das escutas telefónicas face a crimes que o legislador expressamente entendeu não terem suficiente «dignidade» para serem levados à balança da ponderação dos interesses entre a inviolabilidade das telecomunicações e a descoberta da verdade em processo penal. Por outro lado, e sobretudo, assim almeja-se um importante *efeito de prevenção geral exo-processual*, ou seja, evita-se que os órgãos das instâncias formais de controlo, de modo a obterem (em muitos casos com menos esforço) material probatório quanto a crimes não constantes do catálogo e que julgam ser mais facilmente descobertos com recurso a métodos como as escutas telefónicas, aleguem a suspeita da prática de um dos crimes de catálogo, num claro exemplo de «burla de etiquetas».

Destarte, para estes casos, sufragamos a concepção segundo a qual tais factos apenas podem (*e devem*) implicar, para os órgãos competentes, a abertura de um inquérito, correspondendo à notícia do crime (arts. 241.º

(98) Apud COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 110.

e 242.º). Só assim se dará cabal cumprimento ao princípio da oficialidade imposto pelo art. 262.º, n.º 2, e se conseguirá o seu correcto equilíbrio com a necessidade premente de respeitar a finalidade concreta que as escutas autorizadas visam servir e, em última análise, será possível dar cumprimento ao mandato jurídico-constitucional imposto pelo princípio do Estado-de-Direito de que a perseguição criminal se faça através de meios legal e socialmente suportáveis ⁽⁹⁹⁾.

3. Especial acuidade revestem os já mencionados casos das escutas telefónicas motivadas pela suspeita da prática dos crimes de associação criminosa (art. 299.º, do CP) ou de terrorismo (arts. 2.º e 4.º, da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto ⁽¹⁰⁰⁾).

Nestas situações, por certo em virtude do *qualificado alarme social* que encerram, tem sido orientação maioritária da doutrina e jurisprudência alemãs admitir alguma divergência quanto ao quadro que deixámos traçado. Assim, tem-se defendido, nas hipóteses em que não se consegue provar a existência destes tipos legais, a possibilidade de valoração em juízo dos conhecimentos atinentes a crimes que constituam a sua «finalidade ou actividade», mesmo que não constem do catálogo, dado integrarem-se no «processo histórico que a seu tempo ofereceu o motivo para uma ordem legítima de escuta» (RIESS ⁽¹⁰¹⁾) ou que vieram a ocorrer «no decurso da sua realização» ⁽¹⁰²⁾. Ao fim e ao cabo, ao que cremos, tem-se entendido que esses factos estariam incluídos nos «conhecimentos de investigação» e não nos *Zufallsfunde*, o que implicaria o não

⁽⁹⁹⁾ Não concordamos com KAISER (*apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 276, nota 138) quando defende a irrelevância dos «conhecimentos fortuitos» nos casos de pequena criminalidade. Para além das exigências ditadas pelo princípio da legalidade, não julgamos estar em causa qualquer violação do princípio da proporcionalidade na concepção que perfilhamos.

⁽¹⁰⁰⁾ O diploma (extravagante, o que é, em si mesma, uma opção legislativa muito discutível) insere-se na lógica securitária posterior aos acontecimentos de 11-9-2001, visando definir com maior rigor (e alcance legal) o conceito de «organizações terroristas (art. 2.º, n.º 1, da Lei n.º 52/2003, a qual dá cumprimento à Decisão Quadro n.º 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de Junho) e de «outras organizações terroristas» (art. 3.º, n.º 1), autonomizando o tipo legal do «terrorismo internacional» (art. 5.º) e elevando-se, em alguns casos, os limites das molduras penais abstractas. Assim, o art. 11.º da Lei em causa revogou os arts. 300.º e 301.º, do CP.

⁽¹⁰¹⁾ *Apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 306.

⁽¹⁰²⁾ Decisão do BGH de 30-8-1978, *apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 309.

levantamento do correspondente veto de proibição de valoração da prova assim obtida.

Manifestamos a nossa concordância com tal posição, atenta a especial gravidade dos delitos em causa, mas sublinhamos a necessidade de um *controlo apertado* na verificação de que os «conhecimentos fortuitos» dizem respeito, *apenas e tão-só*, aos crimes que estavam conexionados com a associação criminosa (ou o acto de terrorismo), sob pena destes tipos legais serem, na prática, usados como pretextos para, sob o manto respeitável da protecção face a essa criminalidade, se procurar obter material probatório através de um meio que, não fora essa «capa protectora», nunca poderia ser validamente obtido.

Outra questão diversa é a de saber se o entendimento expendido se deverá aplicar apenas aos casos em que, no final da fase de julgamento se conclui pelo não preenchimento dos tipos legais em mérito, ou se, ao invés, bastará a existência de um simples inquérito que não conduza a um despacho de acusação para se sufragar essa concepção⁽¹⁰³⁾. Nesta matéria, acompanhamos ROXIN, WOLTER e WELP⁽¹⁰⁴⁾ na defesa da primeira posição. Segundo estes Autores, para ser possível valorar os «conhecimentos fortuitos» em causa, é essencial que o processo *atinja, pelo menos, a fase da acusação*. De outro modo, como adverte ROXIN, estar-se-ia a abrir a porta a um expediente contrário à regulamentação deste meio de obtenção da prova — bastaria invocar a suspeita da prática de um crime de associação criminosa ou de terrorismo para ser autorizada a escuta telefónica face a um crime não previsto na tipologia correspondente ao nosso art. 187.º, n.º 1.

3.2 — A protecção do segredo e da confiança penalmente relevantes

Os «portadores de informação» que podem vir a ser atingidos pelas escutas telefónicas são classificáveis em três grupos. Assim, para além do *defensor*, temos as *outras pessoas vinculadas ao dever de sigilo profissional* (arts. 135.º e 195.º, do CP) e as *elencadas no art. 134.º*⁽¹⁰⁵⁾, às quais cor-

⁽¹⁰³⁾ Neste último sentido pronunciaram-se TRIESS e SCHLÜCHTER (*apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 309).

⁽¹⁰⁴⁾ *Apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 311.

⁽¹⁰⁵⁾ Para a interpretação deste artigo, *maxime* nas hipóteses de recusa de depoimento por parte de testemunha familiar de um dos arguidos em situações de co-argui-

respondem regimes processuais penais diversos. Porque conexiões de modo mais directo com o presente trabalho, quedar-nos-emos pelos dois primeiros (106).

3.2.1 — O defensor

No que respeita à consagração de mecanismos protectores à utilização das escutas, o legislador português apenas reconheceu a especificidade das relações de confiança e segredo entre o defensor (107) e o arguido. Assim se explica o disposto no n.º 3 do art. 187.º — consagrando um verdadeiro «tema proibido de prova» —, aliás em consonância com a tutela constitucional (v. g., art. 32.º, n.os 1 e 3, e, na perspectiva do defensor, o art. 208.º, ambos da Lei Fundamental) e penal (v. g., art. 195.º, do CP).

ção, cf. MEDINA DE SEIÇA, «Anotação ao ac. do STJ, de 17-1-1996», RPCC, 6 (1996), p. 477-96.

(106) Algumas breves palavras sobre portadores de esferas de segredo constituídas pelas pessoas que podem legitimamente recusar-se a depor. Vozes minoritárias defendem, aqui, a aplicação do regime dos portadores de informação vinculados ao segredo profissional. A maioria dos Autores, por seu turno, partindo da inexistência, nestes casos, de uma *função pública* reconhecida a esses indivíduos, mas apenas de um *interesse particular* em não depor contra um seu familiar ou outra pessoa que consigo mantém uma relação próxima, e considerando a pouca relevância, para este efeito, da instituição familiar, defendem a subsunção destas «fontes de informação» ao regime comum de qualquer outro «mediador de notícias».

Julgamos que a razão estará do lado de uma *via di mezzo* que, partindo do reconhecimento da importância social da instituição familiar e da admissão da diferença de bens jurídicos protegidos face às pessoas indicadas no art. 134.º e as vinculadas ao segredo, defende a necessidade de *exigências acrescidas ao nível do princípio da subsidiariedade* para autorizar escutas telefónicas face aos primeiros. Sobre o problema, cf. COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 302-3.

(107) Apesar de a lei se referir somente ao «defensor», cremos dever entender-se que o dispositivo se aplica também a advogados, advogados-estagiários ou consultores técnicos que auxiliem o defensor na sua tarefa. No direito italiano, expressamente, o art. 103, 5 e 7, do *c.p.p.* Um outro aspecto a salientar contende com o facto de que a proibição do art. 187.º, n.º 3 «não se aplica[r] apenas a partir do momento em que o arguido junta aos autos procuração forense (...) mas abrange[r] também o mandato sem representação». A entender-se o contrário, «frustrar-se-ia o direito processual de que goza o arguido, à confidencialidade e de poder comunicar com o seu defensor em privado (...) previsto no art. 61.º, als. *d*) e *e*), do CPP» (ac. da RP de 8-3-2000, CJ, XXV (2000), 2, p. 227, s.) e violar-se-ia, digamo-lo, o art. 32.º, n.º 3, da Constituição. Em idêntico sentido, MARIA DA CONCEIÇÃO GOMES, «Das Escutas Telefónicas...», cit. O ponto é relativamente consensual em Itália — CORRADA DI MARTINO e TERESA PROCACCIANTI, *Le Intercettazioni...*, cit., p. 51-4.

1. Tem-se discutido, na Alemanha (108), se a proibição em causa se refere à suspeita de prática, pelo defensor, de qualquer tipo legal de crime ou, ao invés, apenas de um dos crimes de catálogo em relação aos quais se admitem as escutas telefónicas. O BGH tem defendido que «a escuta só será possível quando o defensor seja, ele próprio, suspeito de um crime de catálogo» (109).

Em face da legislação portuguesa, propendemos para a sustentação de um idêntico entendimento. Vejamos: *primo conspectu*, tal poderia ficar prejudicado por uma interpretação declarativa, dado que o inciso se refere expressamente a «objecto ou elemento *de* (110) crime». A utilização da preposição «de» poderia inculcar a ideia de uma *indeterminação* de tipos legais (111). Todavia, analisando a inserção sistemática deste n.º 3 do art. 187.º, logo nos apercebemos da bondade da solução contrária, reforçada pela ajuda fornecida pelo elemento teleológico — se a intenção do legislador foi privilegiar o relacionamento entre o defensor e o arguido (ou mero suspeito), não se entenderia que a prática de um crime não incluído no elenco taxativo do n.º 1 da norma em mérito pudesse autorizar a interceptação e gravação de conversações à revelia deste mesmo inciso e do tratamento de resguardo que se conferiu ao defensor, enquanto *sujeito processual funcionalmente vinculado ao segredo*.

Outra conclusão importante é a de que não basta uma qualquer suspeita de responsabilidade penal relacionada com o crime de catálogo para se lançar mão das escutas telefónicas — a lei fala em «fundadas razões» (art. 187.º, n.º 3). Acresce que tem-se entendido não ser suficiente a suspeita de prática, pelo defensor, de crimes de favorecimento pessoal, recepção ou auxílio material para se lançar mão, em relação a ele, desse meio de obtenção da prova (112).

(108) Onde não existe uma norma paralela ao nosso art. 187.º, n.º 3, mas em que a generalidade da doutrina e da jurisprudência chega aos mesmos resultados, mercê, entre outros aspectos, da interpretação analógica do § 148, da StPO que estabelece o direito de livre comunicação entre o defensor e o arguido, verbalmente e por escrito. Sobre o problema, cf. COSTA ANDRADE, *Sobre o Regime...*, cit., p. 391-3. Quanto ao ordenamento jurídico espanhol e, em geral, sobre a questão de que tratamos em texto, cf. VERÓNICA LÓPEZ YAGÜES, *La Inviolabilidad de las Comunicaciones con el Abogado Defensor*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, *passim*.

(109) *Apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 297.

(110) Itálico nosso.

(111) Igual dificuldade se experimenta (até de modo mais claro) no art. 179.º, n.º 2 («objecto ou elemento de *um* crime») — nosso itálico —, sem que, contudo, aí se defenda uma posição diversa da exposta em texto.

(112) Assim, COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 299-300.

2. Uma outra dúvida hermenêutica suscitada pelo artigo que vimos analisando consiste em saber se, nas hipóteses em que existem «fundadas razões para crer» que as «conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor» constituem «objecto ou elemento» de um dos crimes elencados no art. 187.º, n.º 1, o material assim recolhido pode apenas ser utilizado contra o defensor ou, pelo contrário, também contra o arguido.

Na linha de Autores como ROXIN, WELP e RUDOLPHI, COSTA ANDRADE sustenta a primeira via de resposta, dado considerar ser a única forma de salvaguardar a «funcionalidade da defesa» (113).

Salvo o muito e devido respeito, julgamos que face ao nosso direito positivo impor-se-á resposta contrária.

Na verdade, no art. 187.º, n.º 3, não se distingue a relevância da prova obtida apenas como podendo ser usada contra o defensor. Por outro lado, sendo esse material um resultado da actividade de ambos, não se encontra razão para operar a restrição apontada pelos Autores acima referidos. Acresce, em terceiro lugar, que, se é verdade que «a defesa não configura nenhuma instituição do processo penal, preordenada a propiciar vantagens probatórias às autoridades da perseguição penal» (WELP) (114), também é certo que o facto de a lei autorizar as escutas telefónicas entre o defensor e o arguido nos casos elencados no art. 187.º, n.º 3, só pode ser interpretado no sentido de se considerar que a protecção conferida a esta relação deve ceder face às necessidades de investigação, *dado terem sido os próprios interessados directos nessa protecção a traírem-na*, bem como aos objectivos para que foi criada. Ela não visa, por certo, funcionar como qualquer «imunidade pessoal» do defensor, mas também *não pretende que o arguido, a coberto da «funcionalidade da defesa» se possa eximir à utilização do material recolhido contra si*. De facto, tal como nas conversações ou comunicações com outros indivíduos (*maxime* os indicados no art. 135.º), trata-se de palavras proferidas directamente por si, não nos parecendo razoável falar, aqui, em qualquer *deslealdade* por parte do Estado.

Nem se diga, por outro lado, que esta concepção faz tábua rasa das especificidades das relações entre o defensor e o arguido. Não podíamos deixar de as reconhecer face à evidência do art. 187.º, n.º 3. No entanto,

(113) *Sobre as Proibições...*, cit., p. 299.

(114) *Apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 298-9.

esta protecção tem de ser entendida como subsistindo *apenas enquanto a sua finalidade é respeitada*; e a finalidade é a protecção dessa esfera de segredo *quando ela não contende com a prática de um dos crimes elencados no n.º 1*. Caso contrário, julgamos estar-se a levar demasiado longe essa protecção, até ao ponto de a defesa se arvorar em uma instituição processual penal dotada de *privilégios injustificados* e contrários à realização das finalidades da restauração da paz social e da busca da verdade material, tanto mais que já se opera a restrição de não bastar a mera suspeita da prática, pelo defensor, dos crimes de favorecimento pessoal, receptação e auxílio material para autorizar a escuta telefónica.

Por último, e tendo em conta os argumentos já elencados, não nos parece que se levante qualquer veto de *proibição de auto-incriminação pelo arguido*; pelo menos não em maior medida do que acontece em uma outra escuta telefónica com um interlocutor diverso do defensor.

3.2.2 — Os outros «portadores de esferas de segredo»

1. Como interpretar a não consagração de uma norma paralela ao art. 187.º, n.º 3, para os demais obrigados ao sigilo e àqueles que, *maxime* nos termos dos arts. 134.º a 139.º, podem legitimamente recusar-se a depor?

Não deve concluir-se deste silêncio da lei a intenção de parificar o tratamento das comunicações entre o médico, o orientador espiritual ou outras das pessoas elencadas no art. 135.º e qualquer terceiro (de modo especial se, de alguma forma, contribuiu para a prática do crime). Destarte, tem-se defendido uma interpretação restritiva do art. 187.º quando estiverem em causa comunicações entre o arguido (ou mero suspeito) e esse círculo de pessoas, de forma a conferir-lhes uma «tutela reforçada», «na linha do que (...) se prevê para o defensor e, noutra direcção, para outros meios de obtenção de prova, como a busca domiciliária (art. 177.º, n.º 3) ou a apreensão em escritório de advogado ou em consultório médico (art. 180.º)»⁽¹¹⁵⁾. Propugna-se, ainda, pelo entendimento de que, quanto a estes «portadores de segredo», basta a suspeita da prática de um crime de favorecimento pessoal, receptação e auxílio material conexionsados com o crime de catálogo sob investigação para que seja possível o recurso à escuta telefónica.

2. Cientes do problema, e reconhecendo o bem fundado da solução proposta, não será ela ainda insuficiente para a salvaguarda da «privacidade

(115) COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, cit., p. 287. V., ainda, *idem*, p. 286 e 300.

em sentido material» ⁽¹¹⁶⁾, em causa nas relações entre o arguido e aquele núcleo de pessoas que, em virtude da sua profissão, têm acesso a esferas de segredo e de intimidade que importa preservar, reunidos que estejam determinados condicionalismos? Não será de aplicar *analogicamente*, a tais situações, a norma constante do art. 187.º, n.º 3, impedindo a «intercepção e gravação de comunicações», salvo verificando-se a circunstância prevista na parte *in fine* desse artigo?

Poder-se-ia argumentar no sentido da existência de uma lacuna, a preencher pela aplicação de uma norma que se adequa formal e materialmente às situações de que nos ocupamos (art. 4.º), não se levantando também qualquer veto de direito penal substantivo a esta solução, dado a analogia funcionar *in bonam partem* (cf. art. 1.º, n.º 3, do CP). Todavia, não parece de sufragar tal entendimento ⁽¹¹⁷⁾: nada nos aconselha a sequer considerar que exista uma lacuna, mas que a intenção do legislador foi estabelecer, de forma expressa, a diferença de tratamento das comunicações entre o defensor e o arguido (ou suspeito) e os restantes indivíduos portadores de esferas de segredo legalmente protegidas.

Se assim nos pronunciamos no plano *do direito constituído*, tal não significa que concordemos com o silêncio da lei face àqueles que têm, em virtude do exercício do seu ministério, profissão ou ofício, o dever de sigilo. Na verdade, um *congruente programa de tutela* penal da «privacidade em sentido material» implicaria, segundo cremos, a consagração de uma norma que, à semelhança do que ocorre no ordenamento jurídico italiano (art. 271, 2, do *c.p.p.* desse País), determinasse que a intercepção e gravação de conversações ou comunicações telefónicas que abrangessem as pessoas que, nos termos do art. 135.º, podem recusar-se a depor — desde que, como é óbvio, tivessem cumprido todas as regras deontológicas a que estão vinculados ⁽¹¹⁸⁾ —, só poderia autorizar-se verificando-se uma das seguintes circunstâncias: a elencada na parte final do art. 187.º, n.º 3; quando essas pessoas tivessem já deposto sobre tais factos ou quando, de outro modo, os houvessem divulgado.

⁽¹¹⁶⁾ COSTA ANDRADE, «Anotação ao art. 195.º, do CP», in *Comentário Conimbriense...*, cit., Tomo I, p. 777.

⁽¹¹⁷⁾ LUÍS SILVA PEREIRA *et al.*, *Contributos para a Reflexão...*, cit., propendem no mesmo sentido, embora sem recorrerem aos argumentos expendidos em texto.

⁽¹¹⁸⁾ BRUNO, «Intercettazioni di Comunicazioni...», cit., p. 187.

CAPÍTULO III — AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DA OBTENÇÃO DE MATERIAL PROBATÓRIO MEDIANTE VIOLAÇÃO DE UMA PROIBIÇÃO DE PROVA, EM ESPECIAL DAS ATINENTES AO REGIME DAS ESCUTAS TELEFÓNICAS

§ 1 — Razão de ordem. Questão prévia

1. O problema que nos irá agora ocupar consiste no tratamento jurídico a conferir às provas obtidas mediante a violação, em geral, de uma proibição de prova e, em particular, daquelas que de modo mais directo contendem com o regime das escutas telefónicas.

Com o fito de tornar a exposição subsequente mais clara, deixemos as inquietações que nos irão guiar sob a forma de interrogações: o regime a que está sujeito o art. 126.º, n.º 3, é o da *nulidade* ou de outra figura? E, dependendo da resposta à questão anterior, qual o regime de nulidade a aplicar?

Antes de mais, contudo, torna-se essencial dilucidar uma outra dúvida: a utilização da expressão «são nulas», constante do art. 32.º, n.º 8, da Constituição e do art. 126.º, é de interpretar em sentido técnico-jurídico?

Com JOÃO CONDE CORREIA⁽¹¹⁹⁾, parece-nos de sufragar a tese de que o conceito é usado com um *sentido amplo, não técnico*, e que significa (tão-só) a impossibilidade de valoração das provas obtidas por intermédio dos meios elencados no preceito constitucional, tendo o legislador constituinte deixado um campo mais ou menos vasto dentro do qual o legislador ordinário está legitimado a consagrar o regime processual que melhor se adequa à matéria das proibições de prova.

Senão vejamos a redacção do art. 118.º, n.º 3, a qual traduz a intenção clara de *autonomizar* o instituto e o regime das proibições de prova face às nulidades processuais⁽¹²⁰⁾. Mas mesmo que assim não fosse, e se

⁽¹¹⁹⁾ *Contributo para a Análise da Inexistência e das Nulidades Processuais Penais*, Coimbra: BFDUC e Coimbra Editora, 1999, p. 159, nota 362. Cf., também, COSTA ANDRADE, *Sobre a Valoração...*, cit., p. 22.

⁽¹²⁰⁾ Cf. TERESA PIZARRO BELEZA, «A Prova», in: *Apontamentos de Direito Processual Penal*, Vol. II, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (AAFDL), 1993, p. 150, s., e JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo...*, cit., p. 109 e 156.

admitisse que as primeiras são verdadeiras nulidades insanáveis, o facto de, ao contrário destas últimas — as quais não se compadecem com qualquer utilização —, se admitir o recurso às proibições de prova para efeito de perseguição penal do seu autor nos casos em que tal configure um crime (n.º 4 do art. 126.º), sempre deporia no sentido que defendemos.

Pelo contrário, partindo do emprego do conceito em termos técnicos, alguma jurisprudência⁽¹²¹⁾ e doutrina têm entendido que as nulidades decorrentes da valoração de provas obtidas por intermédio dos meios indicados no art. 126.º, n.º 3, conduzem a *nulidades sanáveis*. Isto porque, do confronto com os arts. 119.º e 120.º, poderá, à primeira vista, dizer-se que, como as nulidades insanáveis estão sujeitas a um *princípio de taxatividade* e as proibições de prova não estão elencadas no art. 119.º, nem o art. 126.º indica estarmos perante esta modalidade de nulidade (ao contrário do que acontece com normas como os arts. 321.º, n.º 1, e 330.º, n.º 1), então o regime a aplicar é o do art. 120.º

Representativo deste entendimento é MAIA GONÇALVES⁽¹²²⁾ que defende ser necessário, na economia do art. 126.º, distinguir duas situações: às provas obtidas por intermédio dos meios referidos nos seus n.ºs 1 e 2 deve aplicar-se o regime do art. 119.º, ao passo que as provas obtidas nos termos do n.º 3 serão reguladas pelo disposto no art. 120.º⁽¹²³⁾. Fundamenta esta posição no facto de ser maior «o desvalor ético-jurídico» das primeiras e de, apesar de o art. 119.º não se referir expressamente a elas, o segmento «não podendo ser utilizadas», presente no art. 126.º, n.º 1, constituir o suporte literal essencial a este entendimento. No que concerne às provas obtidas nos termos do n.º 3 deste último preceito, dada a

(121) Ac. do STJ de 5-6-1991, BMJ, 408 (1991), p. 405.

(122) O Autor exprime-se, em nosso juízo e salvo o devido respeito, em termos algo equívocos. Assim, no estudo intitulado «Meios de Prova» (in: *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 1997, p. 195 e, especificamente quanto ao art. 189.º, p. 218), MAIA GONÇALVES pronuncia-se no sentido referido em texto. No entanto, noutra lugar (*Código de Processo Penal Anotado e Comentado*, 11.ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, p. 305), afirma: «as nulidades resultantes da produção de prova proibida são *sempre* de conhecimento oficioso até ao trânsito em julgado da decisão final (...)» (itálico nosso). Saliente-se ainda que, na anotação aos arts. 119.º e 120.º, não se detecta também a diferença de regimes que o Autor defendera na primeira obra citada.

(123) Na jurisprudência, cf., entre outros, o ac. do STJ de 21-10-1992, o ac. da RL de 3-5-2001, ambos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>, e o ac. do STJ de 17-1-2001, CJ-ASTJ, IX (2001), 1, p. 210, s.

ausência de referência no art. 119.º «ou em qualquer outra disposição da lei», seriam nulidades sanáveis.

Salvaguardando o devido respeito, consideramos que esta concepção, apontando para uma dupla valoração de regimes no art. 126.º, carece de fundamento ⁽¹²⁴⁾. O regime sancionatório a aplicar às provas obtidas pelos meios elencados nos n.ºs 1 a 3 terá de ser *unitário*, desde logo em virtude do elemento literal constante do último destes números. Aí se prescreve: «(...) são *igualmente* ⁽¹²⁵⁾ nulas (...)». Ora, tal só poderá significar que, no que tange à invalidez (ou a outra figura) a aplicar aqui, ter-se-á de sustentar o mesmo regime que se defender para o disposto nos números anteriores ⁽¹²⁶⁾.

Por outro lado, e de modo mais relevante, na nossa óptica, não é líquido que os meios indicados no n.º 3 do art. 126.º sejam, *em abstracto e/ou em concreto*, menos lesivos dos direitos fundamentais dos titulares dos interesses sacrificados e que, por isso, tenham menor «desvalor ético-jurídico» que os constantes dos n.ºs 1 e 2, *maxime* se pensarmos, *v. g.*, na realização de uma escuta telefónica sem despacho judicial de autorização ou permitida em relação a crimes não constantes do catálogo. A distinção a traçar entre os segmentos normativos contidos nos n.ºs 1 e 2 e no n.º 3 do artigo em análise consiste apenas nisto: 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, *consente a sua restrição* quando estejam em causa outros valores constitucionalmente garantidos e observando sempre o já convocado *princípio da concordância prática* ⁽¹²⁷⁾.

§ 2 — As vias de resposta

1. No direito processual penal italiano, o art. 191 fulmina a prova obtida mediante violação dos preceitos legais respectivos com a *inutilizza-*

⁽¹²⁴⁾ FIGUEIREDO DIAS («Para uma Reforma Global do Processo Penal Português», in: *Para uma Nova Justiça Penal*, cit., p. 207-8) criticava já a resolução dos problemas de que tratamos em texto no quadro das nulidades sanáveis ou das meras irregularidades.

⁽¹²⁵⁾ Itálico nosso.

⁽¹²⁶⁾ Cf., igualmente, TERESA PIZARRO BELEZA, «A Prova», cit., p. 151.

⁽¹²⁷⁾ MANUEL MEIREIS, *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 1999, p. 190.

bilità⁽¹²⁸⁾, constituindo, essa violação, fundamento de recurso (art. 606, *c*), do *c.p.p.*). Trata-se, na verdade, de uma expressão que corresponde às nossas «proibições de prova»⁽¹²⁹⁾. Contudo, as dificuldades em distinguir a figura do mais estabilizado conceito de *nulidade* não são desprezíveis, tanto mais que o *c.p.p.* não define a *inutilizzabilità*.

Tradicionalmente, estabelece-se que a última consiste na violação de uma proibição de prova (seja uma proibição de produção, seja de valoração⁽¹³⁰⁾) e que a nulidade diz respeito à violação da forma dos actos processuais; por outras palavras: a primeira contende com o *se* da prova e a segunda com o *modo* da prova⁽¹³¹⁾. De acordo com GUIDO PIERRO⁽¹³²⁾, esta figura e a nulidade «têm subjacentes graus de exigência na tutela dos bens jurídicos correspondentes às normas violadas». No caso da última, «a norma jurídica violada está na disponibilidade do interessado na declaração do vício», ao passo que, na *inutilizzabilità*, isso

(128) «1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento». A doutrina italiana distingue a *inutilizzabilità* absoluta e relativa, consoante impeça a produção de qualquer efeito de uma prova ou, pelo contrário, limite-se a impedi-lo em determinados actos processuais. Sobre estas figuras, cf. FABIO MARIA GRIFANTINI, «Inutilizzabilità», in: DDP, Vol. VII, reimp., Torino: UTET, 1995, p. 249-53.

Tem sido entendimento jurisprudencial que o instituto diz respeito à «violazione dei diritti soggettivi, tutelati in modo specifico dalla Costituzione» (*apud* D. SIRACUSANO *et al.*, *Diritto Processuale Penale*, Vol. I, 3.^a ed., Milano: Giuffrè, 2001, p. 334).

No que concerne à disciplina específica das escutas telefónicas, o art. 271 do *c.p.p.*, prevê uma *inutilizzabilità* especial, em que se opera uma parificação entre a consequência jurídica derivada da utilização deste meio de obtenção da prova em casos legalmente inadmissíveis e as situações em que apenas são inobservadas as formalidades prescritas. Trata-se da chamada *inutilizzabilità patologica*, a qual tem por finalidade manter o tribunal dentro dos temas permitidos de prova e, por decorrência, no respeito pelos direitos fundamentais — cf. FRANCESCA RUGGIERI, *Divieti Probatori...*, cit., p. 3, 6 e 7. No direito espanhol, o art. 11.º, 1, da *Ley Orgánica del Poder Judicial* (disponível em <http://www.fiscalia.org>) pronuncia-se em sentido aproximado da *inutilizzabilità*: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando los derechos o libertades fundamentales».

(129) Neste sentido, e ainda face a uma anterior redacção do *c.p.p.*, cf. GOSSO, «Intercezzazioni Telefoniche», cit., p. 897.

(130) Assim, GIOVANNI CONSO, VITTORIO GREVI *et al.*, *Compendio...*, cit., p. 296-7.

(131) FRANCESCA RUGGIERI, *Divieti Probatori...*, cit., p. 21, e GRIFANTINI, «Inutilizzabilità», cit., p. 245. SIRACUSANO *et al.* (*Diritto Processuale Penale*, cit., p. 335) distinguem também claramente a figura face à nulidade.

(132) *Apud* JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo...*, cit., p. 109-10, nota 227.

não acontece, atento o facto de contenderem com direitos fundamentais em que é mesmo irrelevante o consentimento do seu titular, assumindo o carácter de verdadeiros direitos indisponíveis. Daí a insanabilidade da sua violação.

Para outro segmento doutrinal, a figura em análise apresenta uma *dupla natureza*: ela é, ao mesmo tempo, uma *regra legal probatória e de decisão* e uma *causa de invalidade*, distinguindo claramente as consequências derivadas da nulidade e da *inutilizzabilità*. Enquanto que a primeira não impede que o material probatório dela ferido volte a ser introduzido no processo, admitindo-se a sua renovação, a prova atingida pela figura de que curamos nunca reentra nos autos, sendo irrepetível *tout court* ⁽¹³³⁾.

2. A posição que julgamos maioritária na doutrina nacional ⁽¹³⁴⁾ vai no sentido de defender que, atenta a violação de um esteio de todo o processo penal e que consiste no *princípio da legalidade das provas* — com óbvias implicações constitucionais, ao visar a protecção de direitos fundamentais dos cidadãos (que não apenas do arguido), como a reserva da intimidade privada, o direito à imagem ou à palavra, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana, as garantias de defesa —, estamos perante uma *figura atípica*, não subsumível directamente aos quadros da *nulidade insanável*, mas dela próxima.

De facto, como vimos já, a aceitar-se a parificação das duas figuras, no rigor da aplicação dos arts. 118.º e s., estaríamos perante uma nulidade sanável. Ora, não se compreenderia que um sistema processual penal como o português, e em geral todos os seus congéneres ocidentais, apostado (como vimos) na descoberta de uma *verdade processualmente válida* e não de uma 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 a respectiva nulidade.

⁽¹³³⁾ Cf. GRIFANTINI («Inutilizzabilità», cit., p. 244-5) e bibliografia aí indicada.

⁽¹³⁴⁾ JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo...*, cit., p. 160, nota 365, e MANUEL MEIREIS, *O Regime...*, cit., p. 189-92. Já EDUARDO CORREIA («Les preuves...», cit., p. 40) propugnava pela inutilização de tais provas, não podendo integrar a convicção do juiz. COSTA ANDRADE pronuncia-se pela diferença de regimes entre a violação de uma «proibição de prova» e a arquitectura processual da nulidade (*Sobre as Proibições...*, cit., p. 63 e 194) mas, mais à frente (*op. cit.*, p. 313), sustenta a sua submissão à sanção prevista para as nulidades.

Na jurisprudência, cremos ser largamente maioritária a concepção de que as proibições de prova configuram verdadeiras nulidades insanáveis ⁽¹³⁵⁾.

Pela nossa banda, dado o caminho que trilhámos, somos de opinião que o ordenamento jurídico português não consente outra solução que não seja a de que *as proibições de prova configuram um regime autónomo, diverso da nulidade* e a que se poderá designar por «*nulidades de prova*» ⁽¹³⁶⁾ — são os próprios arts. 119.º e 120.º, n.º 2, que admitem a existência de figuras de nulidade não expressamente contempladas numa destas disposições —, o que, *ergo*, implica que não lhe apliquemos um dos regimes elencados nos arts. 119.º e 120.º, embora se reconheça a sua maior proximidade face ao primeiro. Assim, as proibições de prova podem (*e devem*) ser *oficiosamente conhecidas pelo juiz e declaradas em qualquer fase do processo*, implicando que *se vede o aproveitamento dos actos processuais que as violem* ⁽¹³⁷⁾.

Consideramos, pois, conveniente, *de iure constituendo*, modificar a redacção do art. 32.º, n.º 8, da Constituição e do art. 126.º, eliminando a expressão «são nulas», e mantendo a indicação de que *tais provas não podem ser utilizadas* ⁽¹³⁸⁾, como aliás acontece noutras disposições do CPP, *v. g.*, os arts. 58.º, n.º 4, e 129.º, n.º 1 ⁽¹³⁹⁾.

Em síntese, quanto a este ponto: dado partirmos de uma autonomia do regime das proibições de prova face ao da nulidade, sustentamos que a valoração de um meio de prova não consentida, ao invés de gerar uma nulidade, *gera pura e simplesmente a não possibilidade da sua utilização para formar o convencimento do tribunal* ⁽¹⁴⁰⁾, devendo os documentos que os corporizam ser desentranhados dos autos.

⁽¹³⁵⁾ Cf., *inter alia*, o ac. do STJ de 5-6-1991, BMJ, 408 (1991), p. 404, s., e o ac. da RP de 12-6-2002, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

⁽¹³⁶⁾ É este o termo cunhado por MANUEL MEIREIS, *O Regime...*, cit., p. 192. Apesar de o estudo do Autor se debruçar sobre o art. 126.º, n.ºs 1 e 2, entende (p. 190), como já CURADO NEVES o fizera (*apud* TERESA PIZARRO BELEZA, «A Prova», cit., p. 151, nota 9), que o n.º 3 do inciso deverá merecer o mesmo regime.

⁽¹³⁷⁾ Assim, MANUEL MEIREIS, *O Regime...*, cit., p. 191-2 e 223.

⁽¹³⁸⁾ Deste modo dando-se pleno cumprimento ao disposto no n.º 22 do art. 2.º, n.º 2, da Lei de autorização legislativa que esteve na base da aprovação do presente CPP (Lei n.º 43/86, de 26 de Setembro): «*Disciplina rigorosa da matéria respeitante às nulidades (...) com especial atenção às consequências da violação de proibição de prova e à determinação dos seus efeitos sobre a validade do processo*» (itálicos nossos).

⁽¹³⁹⁾ Acompanhamos JOÃO CONDE CORREIA, *Contributo...*, cit., p. 160-1.

⁽¹⁴⁰⁾ TERESA PIZARRO BELEZA («A Prova», cit., p. 151) argumenta que a prova obtida em contravenção do art. 126.º é «totalmente inútil porque em absoluto não utilizável», com a excepção do n.º 4 do mesmo artigo.

3. Coloquemos agora uma outra questão: que consequências se retiraram do que se afirmou ao nível da validade da decisão proferida num processo em que o juiz baseou a sua convicção numa prova proibida?

Julgamos não restar outra hipótese que não seja a de afirmar a sua *nulidade* ⁽¹⁴¹⁾ com base no disposto no art. 379.º, n.º 1, c), anulando-se o julgamento respectivo ⁽¹⁴²⁾, ponto é que, obviamente, possa ser estabelecido um *nexo de causalidade* entre a proibição de prova e a decisão judicial. Causalidade aqui entendida de uma forma próxima da *teoria das condições equivalentes*, i. e., impõe-se demonstrar que, *não fora a proibição de prova, a sentença ou o acórdão teriam sido diferentes* ⁽¹⁴³⁾. De facto, em tais situações, o tribunal conheceu «de questões de que não podia tomar conhecimento», devendo aqui interpretar-se esta expressão em termos hábeis: somente em virtude do recurso a uma proibição de prova é que os eventuais factos por ela motivados chegaram ao conhecimento do juiz e foram introduzidos no seu processo de convicção. Considerando-se a decisão judicial nula, o respectivo trânsito não sana o vício de violação de uma proibição de prova ⁽¹⁴⁴⁾, devendo a nulidade do aresto ser declarada nos termos gerais do art. 379.º, n.º 2.

4. Para encerrar este capítulo, enfrentemos uma outra questão que, sendo decorrência do que se expôs, assume inegável relevo prático-jurídico: no domínio específico das *escutas telefônicas*, será que o desrespeito pelos arts. 187.º ou 188.º conduz à aplicação de um regime sancionatório diverso entre si?

Na verdade, poder-se-á dizer que o primeiro destes incisos assume uma maior importância, dado definir o catálogo de crimes em relação aos quais o uso deste meio de obtenção da prova pode ser autorizado, bem como os demais requisitos cumulativos que analisámos. Trata-se, assim, de uma *norma nuclear* na matéria e que exprime, de forma mais directa, o difícil

⁽¹⁴¹⁾ Sendo que as nulidades da sentença são insanáveis — cf. o ac. do STJ de 5-6-1991, BMJ, 408 (1991), p. 404, s.

⁽¹⁴²⁾ No domínio da StPO, defende-se uma posição semelhante à expendida em texto (cf. GÖSSEL, *As Proibições...*, cit., p. 438). Na nossa jurisprudência, admite-se também a nulidade do julgamento com a consequente repetição, mas baseada na existência de um «erro notório na apreciação da prova» (art. 410.º, n.º 2, c)) — cf. ac. do STJ de 2-10-1996 (BMJ, 460 (1996), p. 540, s.).

⁽¹⁴³⁾ Utilizamos uma expressão já «clássica» no mundo jurídico germânico (cf. GÖSSEL, *As Proibições...*, cit. p. 435).

⁽¹⁴⁴⁾ Cf. MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal...*, cit., p. 307.

equilíbrio entre a boa administração da justiça e o respeito pelos direitos fundamentais envolvidos.

Daí que a violação do art. 187.º deva implicar uma sanção mais radical: a «*inutilização*» do material probatório assim recolhido. Pelo contrário, se é certo que o disposto no art. 188.º também contende com direitos fundamentais, estamos apenas perante matéria «*procedimental*» que não bole com tais direitos de forma tão intensa. Logo, do confronto desta norma com o regime das nulidades, seria de intuir que estaríamos perante uma *nulidade sanável* (art. 120.º) ⁽¹⁴⁵⁾.

Nem se diga que o art. 189.º, ao estabelecer a sanção da nulidade quer para o art. 187.º, quer para o artigo seguinte, implicaria um regime unitário, uma vez que, como já vimos, o termo «nulidade» não é aí usado em sentido técnico-jurídico.

Apesar de reconhecermos a lógica intrínseca a esta posição, manifestamos em relação a ela a nossa *discordância*. Em primeiro lugar, a correcta interpretação do art. 189.º, quer com base no elemento literal, quer recorrendo ao elemento lógico, aqui de índole sistemática e teleológica, imporá a conclusão de que o incumprimento do preceituado nos arts. 187.º e 188.º terá de implicar *uma mesma sanção processual*. De facto, assente que está a especial «danosidade social» das escutas telefónicas, tudo aponta para que tenha sido intenção do legislador parificar a consequência jurídica a desencadear quer no que concerne aos requisitos essenciais do recurso a este meio de obtenção da prova, quer no que tange aos aspectos, digamos, «procedimentais». Donde, não julgamos correcto afirmar a menor «dignidade» do art. 188.º face ao dispositivo anterior ⁽¹⁴⁶⁾. Basta atentar em alguns exemplos: a não apresentação atempada das fitas gravadas e do respectivo auto ao juiz (n.º 1 do art. 188.º); o não cumprimento escrupuloso do procedimento de destruição do material irrelevante para o objecto do processo (n.º 3 do inciso); o incumprimento do n.º 5 do mesmo artigo, que periga, fron-

⁽¹⁴⁵⁾ Neste sentido, *vide* os acs. do STJ de 29-10-1998 (BMJ, 480 (1998), p. 292) e de 21-10-1992 (BMJ, 420 (1992), p. 230, s.) e o ac. da RC de 16-8-2001, CJ, XXVI (2001), 4, p. 46, s.

⁽¹⁴⁶⁾ Não se referindo *ex professo* sobre a questão, encontramos no ac. do TC n.º 407/97 (de 21-5-1997, BMJ, 467 (1997), p. 199, s.) ponto de apoio para este último argumento, dado esse Tribunal ter decidido pronunciar-se pela inconstitucionalidade do art. 188.º, n.º 1, quando interpretado de forma menos exigente, por violar o actual art. 32.º, n.º 8, da Lei Fundamental.

talmente, com a preparação do exercício *do contraditório* ou com a *igualdade de armas*.

Por decorrência, a concepção que vimos de criticar fornece uma *tutela incompleta* ao direito à inviolabilidade do sigilo das comunicações que está em causa na matéria das escutas telefónicas. Consequentemente, consideramos que a sanção elencada no art. 189.º é uma única: a «*inutilização*» do material probatório.

CONCLUSÃO

O Direito, enquanto construção humana, apenas pode aspirar a uma pálida imagem da perfeição. E o Direito Criminal, nas suas vertentes substantiva e adjectiva, não só porquanto lida de modo umbilical com as grandezas e fraquezas de cada um de nós, mas também na medida em que mais directamente contende com limitações a direitos fundamentais, é, por excelência, o cenário em que as antinomias da convivência comunitária surgem da forma mais desassombrada.

Essas realidades inter-limitadoras comunicam-se, de modo ostensivo, à matéria das proibições de prova relacionadas com a protecção da esfera pessoal, no seio da qual as escutas telefónicas assumem papel cimeiro. O instituto, assim configurado, reclama-se produto de uma sociedade tributária do espírito da Ilustração e que tem na Razão e na Liberdade — essa «possibilidade do isolamento» de que falava PESSOA — lídimos esteios civilizacionais.

A *palavra* — igualmente em causa como específico bem jurídico no domínio das gravações como meio de prova (art. 167.º) — é uma das dimensões do «círculo do eu» à qual o legislador entendeu conferir especial protecção.

No domínio de um Estado-de-direito democrático, as proibições de prova que analisámos apresentam-se qual cabeça de JANO: por um lado, reclama-se uma investigação e punição eficazes, no respeito pelas finalidades adstritas às reacções criminais e, por outro, afirma-se que tal tarefa não pode ser empreendida à custa de uma intervenção abusiva naquilo que os anglo-saxónicos designam por *privacy*. Daí que o *princípio da concordância prática* configure a via menos problemática para o sopesamento dos interesses em litígio.

Contudo, não tenhamos ilusões: esta última construção, para além de inegáveis condicionalismos históricos, resulta, sobretudo, do tipo de Socie-

dade e de Estado pretendidos e que, em última análise, não está dependente de abstractos critérios dogmático-jurídicos, mas de considerações (sempre discutíveis) de política criminal, senão mesmo de «política pura».

No que tange às escutas telefónicas (e meios análogos), é já um chavão afirmar, por uma banda, a sua *especial danosidade* e, por outra, a sua *indispensabilidade* enquanto meio de obtenção da prova em hipóteses de criminalidade grave ou em que a palavra é utilizada como verdadeiro *instrumentum*. Mais ainda: os seus resultados probatórios, observadas as formalidades prescritas, têm a qualidade daquilo que é genuíno, porque dito atrás de um aparelho capaz de nos fazer expor as nossas fragilidades ou de nos apresentar o lado hercúleo que julgávamos inexistir.

Atentos estes pressupostos, o ordenamento jurídico português consagra mecanismos que, num conspecto geral, equilibram as finalidades investigatórias e o sigilo das comunicações, vincando o carácter *judicial, fundamentado, subsidiário e proporcionado* do regime das escutas.

Porém, tal não obsta a que, em circunstâncias precisas, as normas processuais necessitem de ajustamentos que, sem descaracterizar o sistema, contribuam para um diálogo menos tenso entre a realização da Justiça e os direitos fundamentais consagrados na Constituição. Bem vistas as coisas, são ambas irrenunciáveis exigências de cidadania a reclamar do jurista um papel atento e interventivo.