

AS ESCUTAS TELEFÓNICAS. O CONTROLO JUDICIAL DA REALIZAÇÃO DE ESCUTAS - PROBLEMAS DO ACTUAL REGIME PROCESSUAL

*Nuno Vieira de Carvalho**

INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda as exigências legais para a realização de escutas telefónicas e as controvérsias em torno do actual regime jurídico da interceptação de comunicações.

Começarei por procurar definir o que é uma “escuta telefónica” para, depois, tentar saber o que cabe dentro do conceito legal de comunicação susceptível de ser interceptada, isto é, escutada e gravada.

De seguida, porei em relevo o carácter potencialmente agressivo para os direitos fundamentais à luz de instrumentos jurídicos internacionais a que o país se vinculou mas, sobretudo, à luz da Constituição da República (CRP). Percorrerei os direitos fundamentais que podem ser afectados pela realização de escutas, para tentar demonstrar a necessidade de regular apertadamente este meio de obtenção de prova. Tratando-se de uma intervenção das autoridades públicas que consubstancia uma restrição a direitos protegidos constitucionalmente, importará saber se ela respeita as exigências constitucionais de legalidade e de proporcionalidade em sentido amplo.

Estudarei o regime actual das escutas telefónicas, disciplinado essencialmente nos artigos 187º, 188º, 189º e 190º do Código de Processo Penal (CPP). Depois de apreender os contornos do regime vigente, discutirei em que medida algumas das soluções legislativas são problemáticas, essencialmente numa óptica de respeito pelas exigências constitucionais.

Neste trabalho, estou menos preocupado em ostentar “sinais exteriores de sabedoria” do que em conhecer a disciplina legal aplicável às escutas telefónicas em processo criminal. Por esse motivo, dispensarei as abundantes

* Licenciado em Direito e em Ciências da Comunicação; pós-graduado em Sociologia do Crime (UNL). Contacto: nvcarvalho@yahoo.com

citações doutrinárias e as notas de rodapé da praxe. Porém, quando discuto os pontos controversos do actual regime, faço-o com recurso às posições defendidas por diferentes Autores, que, por vezes, comparo.

Por cada uma das soluções legislativas controvertidas, tomo posição mesmo que eventualmente esteja a divergir da Doutrina mais reputada, à luz daquilo que me parece ser mais equilibrado dentro da lógica do sistema e da exigência de concordância entre a necessidade de respeitar os direitos legais e constitucionais dos intervenientes processuais e as finalidades da investigação e do processo criminal [a *concordância prática* de que fala a Doutrina].

De cada autor, utilizei uma única obra; por isso, para facilidade de leitura, dispenso-me de referir o respectivo título de cada vez que faço uma citação. Remeto para a bibliografia que indico no final do trabalho.

DEFINIÇÃO DE ESCUTA TELEFÓNICA

1. As escutas telefónicas são um meio de obtenção de prova previsto e regulado nos art. 187º a 190º do CPP. A nossa lei processual define a escuta como “a interceptação e gravação de conversações ou comunicações telefónicas”, realizadas durante um inquérito e autorizadas por um juiz [art. 187º/1 CPP].

Porém, a lei substantiva recorre a “intercepção” e a “intromissão” para descrever ilícitos relacionados com intervenções nas comunicações telefónicas. Enquanto o art. 192º do Código Penal (CP) pune quem “com a intenção de devassar a vida privada (...) interceptar, gravar, registar, transmitir ou divulgar conversa, comunicação telefónica(...)”, o art. 194º CP pune quem “se intrometer no conteúdo de telecomunicações ou dele tomar conhecimento”.

Importa, então, averiguar qual será, para a lei, a diferença entre estes dois ilícitos e se alguma consequência se pode retirar da utilização das expressões diferentes “intrometer-se” e “interceptar”.

Semanticamente, a ideia de interceptação implica apoderar-se do conteúdo de algo (nomeadamente, de uma carta), ao passo que a ideia de intromissão implica entrar em algo que não lhe diz respeito (por exemplo, uma conversa). Assim, a interceptação implicará a intromissão na conversa com o propósito de se apoderar do seu conteúdo (por exemplo, gravando-a), mas uma intromissão não implicará necessariamente uma interceptação.

Outra diferença muito relevante está em que, no art. 192º CP, o tipo objectivo exige a intenção de devassa da vida privada (para além da interceptação, gravação, registo, transmissão ou divulgação da conversa). Já no art. 194º CP

não é elemento do tipo a tomada de conhecimento de teor da conversação. Assim, bastará uma intromissão com o mero propósito de dificultar ou impedir a comunicação entre duas pessoas para estar preenchido o tipo penal do art. 194º CP. Donde se conclui aqui que não há concurso de normas.

Portanto, apenas se pode falar em interceptação quando o autor dessa interceptação não é parte na conversação. O conceito de escuta telefónica exige uma comunicação (por telefone) entre dois interlocutores (ou mais), que um terceiro (alheio a essa comunicação) intercepta, apoderando-se do seu conteúdo (nomeadamente, gravando-a).

Donde se conclui que não cabe neste conceito a gravação que um dos interlocutores possa fazer dessa conversa sem o conhecimento do outro. Nesse caso, será eventualmente aplicável o art. 199º CP [gravações e fotografias ilícitas], que pune quem “sem consentimento, gravar palavras proferidas por outra pessoa e não destinadas ao público”. Nesta situação, sendo a gravação efectuada por um dos interlocutores, não existe “interceptação”, não existe “intromissão” e não existe uma pessoa alheia à comunicação. Logo, não está preenchido o conceito de escuta.

Também não cabe neste conceito a gravação presencial de uma conversação. Para se falar de escutas, é necessário que os interlocutores comuniquem por telefone (ou telemóvel). A gravação ilícita de uma comunicação presencial preencherá o tipo do 199º CP [gravações e fotografias ilícitas]. Recorde-se, a este propósito, que a Lei 5/2002, de 11 de Janeiro [Lei da Criminalidade Organizada e Económico-Financeira] estabelece um regime especial de recolha de prova para determinados crimes graves e autoriza a gravação “de voz e imagem, por qualquer meio, sem consentimento do visado”.

Por fim, mas não menos importante, importa definir o que é uma conversação *telefónica*. Por *telefone*, devemos entender todos os tipos de aparelhos telefónicos (telefone fixo, telefone sem fios, telemóvel), mas a evolução tecnológica impõe que o conceito compreenda, também, as comunicações orais através da internet (por exemplo, videoconferência via Skype), os intercomunicadores, os “walkie-talkies”, os rádios e radiotelefonos, e todos os meios que sirvam para transmitir a palavra falada.

No sentido deste conceito abrangente de escuta telefónica, pronunciam-se vários autores.

Ana Raquel Conceição escreve que “como a evolução tecnológica é constante, apenas será importante estabelecer [...] que a conversa ou comunicação telefónica que será interceptada e gravada implica a utilização de um aparelho

técnico que permita a transmissão e a recepção da palavra falada, independentemente das diferentes formas tecnologicamente possíveis dessa transmissão [quer seja por fios, por satélite, através de ondas magnéticas ou eléctricas]”. Esta autora explica que preferiria a utilização na lei da expressão “intervenção nas comunicações”, em vez de “intervenção nas telecomunicações”.

Preocupado que o actual regime não deixe de dar resposta aos novos desafios da criminalidade informática e às exigências da prova digital, Benjamim Silva Rodrigues propõe, em vez da designação de escutas telefónicas, o conceito de “monitorização de fluxos informacionais e comunicacionais”: “Com a noção de ‘monitorização’ nada mais pretendemos do que abranger as operações de registo, captação, vigilância, observação, controlo, gravação, retenção e descodificação do fluxo informativo-comunicacional digital, que circula pelas redes postais e electrónicas publicamente acessíveis, em tempo real [contemporaneidade] ou não, dentro de um ciclo informacional e comunicacional [tendencialmente] fechado, com vista à integração desses dados de conteúdo, de tráfego, de localização e demais elementos externos, num repositório electrónico-digital de armazenamento, para posterior re-produção, des-gravação, re-audição e repetição fora da sua localização espaço-temporal”.

A EXTENSÃO DO REGIME DO ART. 189º CPP

2. Este conceito alargado de escuta *telefónica* parece-me adequado. Não deixa de ser verdade que, assim, o regime das escutas é estendido a um largo leque de meios de comunicação que não estritamente o telefone, com os inconvenientes que isso possa acarretar em termos de intrusão na privacidade e na confidencialidade dos cidadãos, mas com benefícios evidentes para a investigação e para a actualização da lei processual.

Aliás, este alargamento é operado expressamente pelo art. 189º CPP, que manda aplicar o regime das escutas telefónicas a todas as comunicações efectuadas “por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital”. Autoriza, ainda, a aplicação do mesmo regime às “comunicações entre presentes”.

Portanto, o conceito “alargado” de escuta decorre directamente da lei - e não é uma mera construção doutrinária.

Não fosse esta expressa autorização legal do art. 189º CPP, a cominação para escutas [ou intercepções] realizadas a meios diferentes do telefone se-

ria a nulidade, por força do art. 190º CPP [e seriam meios proibidos de prova, por força do art. 126º/3 CPP]. A inexistência desta previsão legal implicaria a impossibilidade de valoração de provas obtidas pela interceptação de quaisquer meios que usassem a palavra falada.

Importa notar, pela importância em termos práticos para a investigação, a referência ao correio electrónico (*e-mail*). Não fosse esta previsão expressa, a única possibilidade seria o recurso ao art. 179º CPP [apreensão de correspondência]. É verdade que ambos utilizam a palavra escrita, mas a interceptação de um *e-mail* não ocorre fisicamente, como acontece com uma carta, mas através da intromissão nas telecomunicações e no computador do visado. Justifica-se, assim, o regime actual. Parece, porém, que, se esse *e-mail* já chegou ao destino e foi impresso em papel, impor-se-á o regime da apreensão de correspondência.

O mesmo, igualmente, para as mensagens escritas (SMS) ou vídeo por telemóvel (MMS) e os faxes (não impressos em papel).

Note-se que este art. 189º CPP estende o regime aos dados de correio electrónico [e outros] mesmo que estejam guardados em suporte digital. Compreende-se que assim seja: evita-se a aplicação do regime das apreensões aos dados de *e-mail* que se encontrem, por exemplo, guardados numa *pen*.

O Tribunal Constitucional já decidiu que o alargamento do regime das escutas operado por este art. 189º CPP não é inconstitucional.

No ordenamento alemão, a jurisprudência constitucional entendeu que as autoridades policiais só podem infiltrar-se através da internet no computador do suspeito havendo autorização legal e com mandado de um juiz. No ordenamento italiano, na falta de previsão expressa da lei, entende a jurisprudência que esses dados podem constituir meios atípicos de prova, em geral permitidos, excepto se ocorrerem dentro do domicílio - caso em que serão proibidos pela Constituição.

Mais problemático é o facto de o art. 189º CPP estender o regime das escutas às conversações entre presentes, ou seja, à interceptação de conversações entre pessoas que estão na presença uma(s) da outra(s). Parece-me que, tratando-se de conversas privadas no domicílio e em que intervenham determinadas pessoas do círculo íntimo do suspeito (por exemplo, o cônjuge), essa interceptação será inconstitucional. Analisarei esta eventualidade, quando debater os problemas e controvérsias do regime actual.

COLISÃO COM DIREITOS FUNDAMENTAIS OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS E EUROPEUS

O carácter potencialmente agressivo das escutas telefónicas é reconhecido por um grande número de instrumentos jurídicos internacionais e internos, que têm a preocupação de consagrar que esse género de intromissão na vida privada deve ter uma natureza excepcional.

3. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) consagra a liberdade de comunicação e protege contra intromissões abusivas: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques, toda a pessoa tem direito à protecção da lei” (art. 12º da DUDH). Ao proscrever intromissões “arbitrárias”, a DUDH não deixa de aceitar outro género de intromissões - justamente, as limitações que sejam justificáveis, “estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática” (art. 29º/2).

Este instrumento internacional é excepcionalmente relevante para o direito português porque é a própria Constituição da República Portuguesa que manda interpretar e integrar as normas constitucionais portuguesas de harmonia com a Declaração (art. 16º/2º CRP).

Mas outros instrumentos internacionais são relevantes, dada a vinculação supra-legal (e, em geral, infra-constitucional) das normas de direito internacional público (à luz do art. 8º CRP).

4. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), do Conselho da Europa, inspira-se na DUDH mas também não refere expressamente as escutas telefónicas: “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência” (art. 8º da CEDH). No entanto, há que assinalar que os juízes do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) têm tido um entendimento amplo do conceito de “correspondência”.

5. O Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos (PDCP) também usa uma formulação que deve ser interpretada de maneira extensiva: “Ninguém será objecto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem atentados ilegais à sua honra e à sua reputação” (art. 17º PDCP). Também aqui, o melhor entendimento é o de que “correspondência” deve abranger, em geral, todas as outras formas de comunicação pessoal privada.

6. A Carta dos Direitos Fundamentais (CDFUE) da União Europeia procura fazer uma síntese das tradições constitucionais na UE e das diferentes fontes europeias em matéria de direitos fundamentais. Ela é importante nomeadamente por vincular os novos Estados-membros da UE, recém-chegados à comunidade dos países de Estado de direito democrático, mas, na verdade, não acrescenta nada de inovador em relação ao nosso ordenamento constitucional ou legal. Como defendeu António Vitorino, os seus preceitos devem ser interpretados no mesmo sentido dos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A Carta estabelece que “todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações” (art. 7º CDFUE). Note-se que, sendo este um instrumento recente, a expressão utilizada aqui já é “comunicações” (e não “correspondência”), o que denota uma intenção de estender a tutela a todas as formas modernas de comunicação privada.

7. A Convenção Europeia de Auxílio Mútuo em Matéria Penal (art. 17º CE-AMMP) refere que o pedido de interceptação de comunicações deve ser formulado pela entidade competente para a investigação criminal e que a autorização será sempre emitida por um juiz.

Todos estes preceitos dos instrumentos jurídicos internacionais convergem em reconhecer a danosidade social da realização de escutas sem controlo jurisdicional. Mas também no nosso direito interno essa preocupação encontra reconhecimento, a começar, desde logo, pela fonte cimeira do nosso direito processual penal: a Constituição.

COLISÃO COM DIREITOS FUNDAMENTAIS A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS AFECTADOS

8. O direito fundamental logo imediatamente afectado numa interceptação é o direito à intimidade da vida familiar e privada. A CRP proclama, no seu art. 26º/1º, que “a todos são reconhecidos os direitos (...) ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar”. Para Canotilho e Vital Moreira, esta reserva da vida privada e familiar desdobra-se em duas dimensões: no direito de cada pessoa a impedir que outros acessem a informações privadas e no direito a que essas informações não sejam divulgadas por outros. É manifesto – e, por isso, dispensa explicações – que a interceptação de uma conversa constitui imediatamente uma intromissão na reserva da vida privada e/ou familiar. Alguns autores dizem estar aqui em causa o “direito à autodeterminação informacional”.

Mais duvidoso, para mim, é que este direito se inscreva necessariamente na esfera privada dos cidadãos e não na esfera íntima, como defende Ana Raquel Conceição, por referência à “teoria das três esferas” ou “dos três graus”, aceite pela jurisprudência alemã. Esta teoria distingue a esfera pública da vida de um cidadão [aqueles comportamentos que têm lugar no espaço público, à vista de todos], a esfera privada [a dimensão mais recatada ou doméstica da vida pessoal, que interesses de ordem pública, nomeadamente penal, podem levar a ser devassada] e a esfera íntima [que consiste num núcleo essencial que nunca poderá ser afectado em circunstância alguma]. Não me parece evidente que a interceptação de uma conversa não possa afectar a esfera íntima da vida de uma pessoa e que não seja possível conceber situações em que uma interceptação, por revelar conteúdos tão íntimos, afecte directamente a esfera íntima da pessoa.

9. O direito à palavra é um direito de cada pessoa decidir se permite que as suas palavras possam ser gravadas, por quem e para que fim, e que não sejam manipuladas ou deformadas. Está previsto no mesmo art. 26º CRP e foi introduzido pela revisão constitucional de 89. É co-relativo do direito à imagem. Assim, não se confunde com o direito à intimidade, que acabámos de ver, nem com o direito à liberdade de expressão, que analisaremos de seguida. São direitos fundamentais autónomos e essa autonomia é também revelada pela tutela penal em sede diferente [art. 192º, 194º e 199º CP]. São bens jurídicos autónomos, pois o direito à palavra é protegido pela lei penal independentemente de estar ou não relacionado com a vida privada e familiar.

Alguns autores falam do “direito à palavra virtual”, para estender a aplicação do regime jurídico das escutas telefónicas à interceptação de outras comunicações que não usem o telefone.

Importa notar que a interceptação das comunicações que usam a palavra escrita encontra-se disciplinada noutro local: no art. 179º/1 CPP [sobre apreensão de correspondência].

10. O direito à liberdade de expressão, consagrado no art. 37º CRP, atribui a cada pessoa o direito a exprimir e divulgar livremente o seu pensamento por meio da palavra escrita ou falada [ou virtual]. É, essencialmente, um direito fundamental negativo, ou seja, oponível ao Estado: o direito a não ser impedido pelas autoridades públicas de se exprimir livremente.

11. A experiência recente mostra que a afectação de direitos fundamentais não se esgota na realização de escutas e no momento em que elas são efectuadas. A divulgação de conversas interceptadas [ou do alegado teor des-

sas conversas] pode pôr em causa o direito ao bom nome, à honra e à reputação. Esse dano é acrescido por não ser possível ao lesado provar que não teve determinada conversa ou que não proferiu determinadas palavras.

Obviamente, a divulgação de conversas verdadeiras, que eram para serem mantidas privadas, pode, por si só, causar um dano elevado aos intervenientes. Dano maior existirá quando essa divulgação for feita nos *media* e quando o teor não for verídico. Embora os Autores falem de “direitos afectados indirectamente”, penso que essa qualificação não deve ser vista como diminuindo a danosidade da violação dos direitos fundamentais em causa.

12. Importa falar dos direitos fundamentais de natureza processual que são afectados. Na medida em que a divulgação ilegal de escutas - em violação do segredo de justiça e do dever de sigilo daqueles que as efectuam ou delas têm conhecimento - pode afectar a presunção de inocência do arguido (art. 32º CRP) perante a comunidade (e o tribunal...), ela compromete o direito de defesa do arguido. Por vezes, irremediavelmente... A experiência mostra que são inúmeros os casos em que os arguidos entram para o julgamento já “condenados” aos olhos da opinião pública.

Afectado é também o direito ao silêncio (na dimensão mais concreta do direito a não se auto-incriminar) quando essas escutas são realizadas em condições proibidas pela lei. O direito de qualquer arguido a não produzir prova contra si próprio (art. 61º CPP) é o direito processual mais afectado por uma escuta realizada ilegalmente. Uma escuta não autorizada é um meio enganoso de obtenção de prova e, por isso, não pode ser valorada pelo tribunal. É uma prova proibida.

TUTELA CIVIL, ADMINISTRATIVA E PENAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AFECTADOS

13. A lei civil tutela os direitos de personalidade em geral nos art. 70º a 81º do Código Civil (CCiv.). A ofensa ilícita aos direitos de personalidade, nomeadamente à personalidade moral (art. 70º CCiv.) e à intimidade da vida privada (art. 80º CCiv.), constitui o infractor na obrigação de indemnizar os danos causados.

A lei administrativa prevê o procedimento disciplinar para quem, obrigado pelo dever de sigilo, divulgue ilegalmente o teor das escutas realizadas. A experiência mostra que, até aqui, o auto-controlo das polícias e das magistraturas parece ser ineficaz (dado que não são conhecidas sanções pela violação do dever de segredo).

Para além do procedimento civil e administrativo, a tutela penal está prevista para os crimes de violação da reserva da vida privada e familiar [art. 192º CP], violação de telecomunicações, incluindo o correio electrónico [art. 194º CP], gravações e fotografias ilícitas [art. 199º CP], violação de segredo [art. 195º CP, art. 371º CP, art. 383º CP, art. 384º CP], e de difamação, injúria e calúnia [art. 180, art. 181º e art. 183º CP].

A LEGALIDADE, A PROPORCIONALIDADE, A INDISPENSABILIDADE

14. Estando em causa uma ofensa a vários bens protegidos constitucionalmente, uma intromissão das autoridades públicas (*rectius*: de qualquer pessoa ou entidade) só pode ocorrer se estiver expressamente autorizada pela Constituição [contra: Jorge Reis Novais, in *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*]. Apoiando-se na letra do nº 2 do art. 18º CRP (“A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”) e no nº 3 do mesmo artigo (“As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”), a doutrina maioritária tem defendido que as restrições aos direitos garantidos constitucionalmente só podem ocorrer se estiverem reunidas as seguintes condições:

- Essa restrição deve estar expressamente prevista ou autorizada na Constituição. Por exemplo, a restrição ao direito de liberdade está prevista no art. 27º CRP; a ingerência nas comunicações telefónicas está prevista no art. 34º CRP.
- Essa restrição só pode ser efectuada para salvaguardar outros direitos com tutela constitucional. Por exemplo, o art. 270º CRP autoriza o legislador a restringir o direito de expressão e de reunião de militares e de agentes das forças de segurança.
- Essa restrição deve limitar-se ao mínimo necessário e ser apta para o efeito pretendido pela intervenção. Por exemplo, a prisão preventiva não deve ser decretada se for possível optar por um meio menos restritivo da liberdade [art. 28º CRP]. Esta exigência de que a intervenção seja apenas aquela que for apta e necessária decorre do princípio da proporcionalidade em sentido amplo.

- Essa restrição não pode anular o direito em causa, eliminando o seu núcleo essencial. Por exemplo, nenhuma pena de prisão pode eliminar para sempre ou indefinidamente o direito à liberdade (art. 30º).

A exigência de que a intervenção esteja expressamente prevista ou que seja autorizada pela Constituição consubstancia o princípio da legalidade. É em obediência ao princípio da legalidade que as escutas só podem realizar-se com autorização judicial.

A exigência de que a intervenção seja apenas aquela que for necessária traduz o princípio da proporcionalidade (em sentido amplo) ou da proibição do excesso. Este princípio desdobra-se em outros três princípios (ou sub-princípios): o princípio da adequação exige que a medida restritiva seja um meio adequado (apto) a satisfazer o fim (por exemplo, a escuta deve ser um meio apto à descoberta da verdade); o princípio da exigibilidade determina que a escuta só deva ser autorizada se for o meio mais eficaz e menos erosivo das liberdades; o princípio da proporcionalidade (em sentido restrito) impõe que a escuta não possa ser autorizada se for excessiva em relação ao fim que se pretende atingir (daí que só possa ser efectuada quando estiverem em causa crimes de certa gravidade, como veremos).

Decorre desta proibição do excesso o carácter de indispensabilidade da escuta que a lei processual acolhe no art. 188º CPP ao estabelecer que a sua realização só seja autorizada se for “indispensável para a descoberta da verdade” ou se a prova for “impossível ou muito difícil de obter” por outros meios.

Vários autores falam do carácter de *ultima ratio* (Helena Susano) ou de excepionalidade (Ana Raquel Conceição, Manuel Guedes Valente) a propósito desta exigência. A vida quotidiana dos tribunais mostra que os órgãos de polícia criminal recorrem, num número muito elevado de inquéritos, à realização de escutas telefónicas, o que parece jogar mal quer com a ideia de excepionalidade quer com a de último recurso. Mais à frente, a propósito do regime aplicável, desenvolverei este tema.

O ACTUAL REGIME JURÍDICO DAS ESCUTAS TELEFÓNICAS

15. Actualmente, o art. 187º/1 CPP consagra a indispensabilidade como critério para aferir se uma escuta deve ser autorizada. Anteriormente, a lei falava em “grande interesse para a descoberta da verdade”. Com a alteração operada pela Lei nº 48/2007, de 29 de Agosto, passou a falar em “razões para

crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil ou de obter”.

Devemos entender que, com esta alteração, o legislador quis reforçar a exigência de indispensabilidade da escuta. Ela não deve ser autorizada se outro meio menos intrusivo se revelar apto para o fim da investigação. Também não deve ser decretada como primeiro meio de investigação e a prudência aconselha a que, em geral, não seja decretada imediatamente na abertura do inquérito, numa fase demasiado precoce do inquérito. Como regra geral, ela só deve ser decretada como meio de obtenção de prova de um crime que já é indiciado no inquérito.

16. A escuta tem de ser autorizada pelo juiz mas este só pode autorizá-la nos termos requeridos pelo Ministério Público. Assim, o juiz não pode determinar que outra pessoa seja escutada nem que outro telefone da mesma pessoa seja interceptado. Porém, a autorização do juiz pode não ir tão longe como é requerido pelo MP: o juiz pode autorizar que menos pessoas do que as indicadas no requerimento do MP sejam escutadas ou que menos números de telefone sejam interceptados.

17. A decisão do juiz (de autorização ou de indeferimento) deve ser fundamentada, mas este pode limitar-se a reproduzir os fundamentos do MP.

18. O MP pode recorrer da decisão do juiz, se esta ficar aquém do que é pedido. O recurso sobe em separado, de imediato (art. 406º e art. 407º CPP), com efeito suspensivo (art. 408º CPP).

19. Excepcionalmente, em caso de urgência, pode ser o OPC a pedir ao juiz a realização de escutas (art. 269/1, alínea e e art. 268º/2 CPP). O MP pode opor-se.

20. A escuta só pode ser autorizada em relação a um catálogo fechado de crimes. Esse *numerus clausus* não levanta problemas (apesar de a enumeração dos crimes ser incorrecta, pois o crime de detenção de arma proibida da alínea c já está incluído nos crimes com o máximo de pena de prisão superior a três anos da alínea a do nº 1 do art. 187º CPP). A inclusão neste elenco dos “crimes de ameaça com prática de crimes ou de abuso e simulação de sinais de perigo” justifica-se pois, apesar de serem de menor gravidade, são cometidos frequentemente através do telefone.

Mais problemática - e, possivelmente, inconstitucional - é a inclusão do crime de evasão, pois a escuta é realizada para localizar um evadido e não para obter a prova do crime (uma vez que, estando evadido, não é preciso

escutá-lo para provar esse crime]. Discutirei este aspecto mais à frente, quando abordar os problemas levantados pelo actual regime.

21. Para além do catálogo fechado de crimes, o nº 4 do art. 187º CPP estabelece, também, um catálogo fechado de alvos. Pode ser escutado o arguido ou suspeito, mesmo que não seja ele o proprietário do telefone ou telemóvel. Bastará que esse aparelho seja utilizado habitualmente por essa pessoa. Mas o número (ou números) a interceptar tem de estar descrito no requerimento do MP e na autorização do juiz.

Pode ser escutado o “intermediário”, por exemplo, aquela pessoa que transmite mensagens do arguido, mesmo que ele próprio não seja suspeito e possa até não ter conhecimento do crime. Não se exige, pois, que haja dolo.

Pode ser escutada a vítima do crime, consentindo. O seu consentimento só se presume se estiver impossibilitada de o prestar (por exemplo, porque foi sequestrada).

O elenco fechado de alvos exige que a escuta só possa ser feita a uma pessoa especificada e não a incertos.

22. Não podem ser escutadas as conversas entre o arguido e o seu advogado. Esta proibição aplica-se ao defensor que tenha agido ainda sem procuração ou que tenha defendido o arguido em outros processos. A excepção é se o juiz tiver “fundadas razões” para crer que essas conversas constituem “objecto ou elemento do crime” (por exemplo, se o advogado for participante ou se for autor do crime de receptação).

O nº 6 do art. 187º estende esta proibição a todos aqueles que possam invocar segredo profissional (por exemplo, jornalistas, médicos, sacerdotes).

A propósito: é correctíssima a decisão do Supremo espanhol (9 de Fevereiro de 2012) de sancionar o juiz Baltasar Garzón por mandar escutar as conversas entre detidos e os seus advogados, embora estes não fossem suspeitos de nenhum crime. O próprio Ministério Público, a quem a decisão de Garzón aproveitava, manifestou dúvidas sobre a decisão.

23. O prazo máximo das escutas é de três meses, podendo a autorização judicial ser renovada por períodos iguais (ou menores) até se atingir o prazo máximo da duração do inquérito. São proibidas e nulas as escutas realizadas após o fim do inquérito.

24. A gravação e transcrição de escutas realizadas num processo podem ser aproveitadas e valoradas noutro processo, a decorrer ou a instaurar (nº 7 do art. 187º CPP). Chama-se “conhecimentos fortuitos” às informações que foram obtidas por acaso no processo em curso e que podem ser relevantes não nesse

mas noutro processo. Permite-se assim que, surgindo indícios de um crime estranho ao actual processo, o MP possa abrir outro inquérito, aproveitando o meio de prova já obtido (que, de outro modo, poderia vir a revelar-se irrepetível).

Porém, as escutas só são válidas se válidas forem no processo “original”. Se as escutas forem inadmissíveis no processo “original” e forem aí declaradas nulas, serão nulas para todos os efeitos - nesse ou em qualquer outro processo. Portanto, elas terão de respeitar todos os requisitos (pedido do MP e autorização judicial, catálogo de crimes, catálogo de alvos, prazo, etc.). Como escreve Maria de Fátima Mata-Mouros, “tal como a descoberta de um cadáver durante uma busca domiciliária realizada no decurso de uma investigação por tráfico de estupefacientes poderá originar uma investigação nova tendente a apurar as causas daquela morte se houver sinal que permita duvidar da causa natural da mesma, também a audição de uma conversa que denuncie ou demonstre a prática de um crime (para cuja investigação a lei permite a utilização de escutas telefônicas) poderá originar uma nova investigação. A única limitação consiste na verificação da condição de aquela matéria integrar crime para cuja descoberta fosse legalmente possível recorrer a intercepções telefônicas”.

O juiz do processo “original” é competente para decidir da validade das escutas e para determinar o envio “ao outro processo” de escutas que possam ser relevantes noutro processo. Deve remeter a totalidade das gravações e os despachos que proferiu. O juiz do “outro processo” deve apreciar se essas escutas são relevantes e, se não forem, mandá-las destruir.

Há quem defenda (Paulo Pinto de Albuquerque) que os interessados no outro processo devem ter a oportunidade de se pronunciarem sobre essas escutas, em cumprimento da exigência do contraditório. Isso levanta, porém, o grande problema de dar a conhecer a outros escutas que deveriam eventualmente ser destruídas por não interessarem a esse processo. À frente, discutirei esta opinião controversa.

25. O art. 188º CPP estabelece o procedimento que o processo de escutas deve seguir. Autorizada a escuta pelo juiz, por um prazo de até três meses, o OPC inicia a escuta, lavra o auto de início de intercepção, elabora um relatório com a indicação das passagens relevantes, descrevendo-as sucintamente e indicando a importância que têm para a investigação (“o seu alcance para a descoberta da verdade”, diz a lei). O auto de início da intercepção é comunicado ao juiz.

Até 15 dias após o início da operação, o OPC elabora um auto intercalar de intercepção e remete-o ao MP. Na posse desse auto, o MP tem 48 horas para se pronunciar e para o levar ao conhecimento do juiz (ou seja, até 17 dias após o

início da operação]. Estes prazos são imperativos e, portanto, não podem ser modificados pelo juiz, pelo MP ou pelo OPC.

O juiz deve ouvir as escutas pessoalmente e valida-as (ou não). Os arts. 188º e ss. não estabelecem nenhum prazo, pelo que deve aplicar-se o prazo máximo de 24 horas previsto pelo art. 268º/4 CPP para os actos de competência expressamente reservada ao juiz de instrução. Em caso de considerar a escuta indispensável, deve o juiz decretar que ela se mantenha (pelo mesmo prazo máximo de três meses ou por prazo menor). No caso contrário, deve ordenar que a interceptação cesse. O juiz só deve ordenar a continuação da interceptação depois de ter ouvido as escutas já efectuadas.

Mesmo que decida pela não continuação da interceptação, os suportes técnicos com as gravações das escutas não devem ser destruídos e devem ficar no processo para que o arguido se possa pronunciar. Ao contrário do que manda o CPP. Voltarei a este assunto.

A possibilidade de o arguido se pronunciar é importante: só ela satisfaz a exigência constitucional do contraditório. Pode acontecer que as escutas provem que, afinal, o arguido está inocente. Por esse motivo, os suportes técnicos não devem ser destruídos.

Isto levanta um problema, pois a lei diz que o juiz determina a “destruição imediata” dos suportes técnicos com conteúdos “manifestamente estranhos ao processo”. Há boas razões para ver nessa destruição imediata um problema de constitucionalidade por poder pôr em causa o contraditório.

26. As conversas escutadas são transcritas, em regra no final do inquérito quando o MP indica determinadas passagens que considera serem provas. Havendo acusação particular (por exemplo, por crime cometido através do telefone), caberá ao assistente escolher as passagens que quer apresentar como provas.

Se, durante o inquérito, o MP solicita a aplicação de uma medida de coacção com base em conversações escutadas, devem elas ser transcritas pelo OPC, devendo o arguido tomar conhecimento delas durante o primeiro interrogatório judicial, para se poder pronunciar. Se o arguido pede a abertura da instrução com base em algumas dessas conversas, elas têm de ser transcritas pelo arguido no requerimento de abertura de instrução. O mesmo quando é o assistente que pede a abertura da instrução.

Na prática, só raramente as conversações escutadas são transcritas durante o inquérito e juntas ao processo (a não ser, pois, quando o MP pede ao juiz a aplicação de uma medida de coacção ou de garantia patrimonial).

27. A escuta só pode valer como prova (ou melhor, como meio de obtenção de prova) depois de transcrita e junta aos autos. Essa transcrição é feita pelo OPC por determinação do MP ou, nos casos que vimos, pelo arguido ou pelo assistente. Também o juiz pode mandar o OPC fazer uma transcrição para fundamentar a aplicação de medida de coacção ou garantia patrimonial (caso em que o MP não precisa de mandar repeti-la).

Apesar de já transcritas, o tribunal pode sempre ouvir as gravações *em bruto* ou aleatoriamente se quiser assegurar-se de que a transcrição é fidedigna.

28. Havendo interrogatório judicial ao arguido, o juiz tem de revelar as escutas cujas passagens fundamentam a decisão de aplicar uma medida de coacção. Assim, por exemplo, se o juiz tenciona determinar que o arguido fique em prisão preventiva porque determinada conversa indicia a prática de um crime susceptível da aplicação dessa medida, o juiz não pode deixar de revelar essa conversa ao arguido, para que ele possa pronunciar-se, querendo. Poderá ser do interesse do arguido alegar, por exemplo, que determinada passagem transcrita está citada fora do contexto, para contestar a medida de coacção.

Já não é assim em relação a outras gravações, que o juiz pode revelar ou não. Nos termos do 144^o/4 CPP, o juiz deve informar o arguido dos factos que lhe são imputados e dos elementos que indiciam a prática desses factos, desde que essa informação não faça perigar a investigação (ou não cause perigo a outras pessoas, nomeadamente às vítimas). Portanto, no primeiro interrogatório judicial, o juiz tem de tomar uma decisão sobre os elementos a revelar ao arguido e o critério há-de ser, portanto, este: as gravações que indiciam a prática de determinado crime; aquelas que servirem de fundamentação à aplicação de uma medida de coacção; e aquelas que não façam perigar o inquérito nem os intervenientes processuais.

29. Salvo estas transcrições que lhe são dadas a conhecer, o arguido (e o assistente) não podem consultar os suportes técnicos enquanto dura o segredo (interno) do inquérito. Após o encerramento do inquérito, podem fazê-lo livremente. Justifica-se que assim seja: o arguido pode ter interesse em que seja junta ao processo determinada conversa não transcrita que indicia que, afinal, ele não praticou o facto que lhe é imputado.

O mesmo para outras pessoas que intervenham nas conversações escutadas e que sejam estranhas ao processo. Justifica-se que tenham este direito: alguém que não foi admitido como assistente pode ter interesse em alegar que determinada conversação não transcrita demonstra, afinal, que deveria ser chamado ao processo nessa qualidade. Ou alguém sobre quem os escu-

tados conversam pode ter interesse em alegar que essa conversa constitui elemento de um crime (por exemplo, de difamação).

30. O art. 189º CPP estende, como vimos, o regime das escutas telefónicas a outros meios e a outras formas de comunicação que não o telefone e as conversações telefónicas propriamente ditas. Esse alargamento do regime não é inconstitucional, mas levanta problemas sérios de constitucionalidade se forem gravadas conversas privadas no domicílio entre pessoas do núcleo íntimo do suspeito (por exemplo, a mulher ou o marido).

31. O mesmo art. 189º CPP autoriza que o juiz ordene a localização celular (i.e., através do telemóvel) às pessoas referidas no art. 187º/4 CPP se estiverem em causa os crimes do art. 187º/1 CPP. Ou seja, faz depender a localização celular do catálogo de crimes e do catálogo de alvos referidos no art. 187º CPP.

A localização pode ser ordenada pelo juiz em qualquer fase do processo.

32. Finalmente, o art. 190º CPP refere que os requisitos dos art. 187º, 188º e 189º CPP “são estabelecidos sob pena de nulidade”. Este preceito remete para o regime das provas proibidas (art. 118º conjugado com o art. 126º CPP).

Assim, não haverá sempre uma nulidade insanável, pois o arguido pode consentir numa prova obtida por intromissão ilegal nas comunicações (se, eventualmente, isso for do seu interesse).

O que de mais importante se retira deste artigo é que a nulidade da escuta deve implicar a nulidade da prova obtida (o chamado “efeito à distância” da prova proibida - neste caso, a escuta ilegal).

PROBLEMAS E CONTROVÉRSIAS DO REGIME VIGENTE

Passo a analisar, agora, os principais problemas do regime vigente, muitos dos quais já fui identificando ao longo do texto.

33. A primeira dificuldade que identifiquei logo no início é a do art. 189º CPP, que estende a aplicação do regime das escutas telefónicas a outros meios de comunicação que não o telefone e a outras conversações que não as conversas telefónicas. A lei manda aplicar o regime das escutas a conversações “entre presentes” e não diferencia entre conversas em local público ou em local privado.

Parece abusivo se o caso for o de uma conversa entre marido e mulher ocorrida no domicílio de ambos. A protecção dada pela Constituição à privacidade, por meio do art. 26º CRP (direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar) e do art. 34º CRP (inviolabilidade do domicílio) proíbem que, por lei ordinária, se legitimem intromissões.

Parece-me que o melhor entendimento é o de que a Constituição proíbe que o regime das escutas telefónicas se aplique a conversas de carácter privado mantidas no domicílio entre pessoas do círculo íntimo do suspeito (como o cônjuge, os filhos, os pais). Portanto, é inconstitucional a interpretação do art. 189º CPP segundo a qual o regime das escutas telefónicas pode aplicar-se a conversas do arguido com pessoas que lhe são íntimas na sua própria residência.

Já não me choca que não seja assim se também essas pessoas do círculo íntimo forem arguidas (*maxime*, se usarem o domicílio para a prática ou o planeamento de crimes), pois aí tratar-se-á de uma conversação entre arguidos que estão a ser investigados. A natural dificuldade em obter prova nesses casos poderá, eventualmente, justificar essa intromissão.

Neste sentido que defendo, também argumentando com a inconstitucionalidade, escreve Paulo Pinto de Albuquerque. Fátima de Mata-Mouros lembra que algumas das pessoas mais íntimas do arguido não podem ser obrigadas a depor em tribunal e, por isso, escreve que “não faz sentido obter, por outra via, mais precisamente à revelia do visado, aquilo que o legislador fez depender da sua vontade: depor, de forma a comprometer o seu familiar, ainda que o faça por telefone. Delatar o próprio filho, ainda que sem o saber, não é fácil de aceitar”.

34. Apesar da abertura do art. 189º CPP, ele não é aplicável a todas as outras formas de comunicação em geral. Nomeadamente, não se aplica a conversas mantidas em público (por exemplo, declarações feitas num programa de televisão, participação numa tertúlia, etc.).

Também não se aplica a comunicações automáticas entre máquinas (por exemplo, as passagens na Via Verde), que estão sujeitas ao regime geral das apreensões.

Também não é aplicável se o suspeito fala sozinho em casa. Uma intromissão de uma autoridade pública na liberdade de pensamento e de reflexão (em voz alta...) violaria pelo menos o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, previsto no art. 26º CRP (para além de que não se trata, em qualquer sentido, de uma “comunicação”).

Também não se aplica à utilização de um aparelho de GPS para localizar e seguir uma viatura. Parece que não há uma previsão expressa na lei portuguesa para esta forma de vigilância. Portanto, não pode aplicar-se este artigo, desde logo porque não se trata aqui de uma comunicação entre pessoas, mas da recepção por pessoas de um sinal enviado automaticamente por um aparelho; depois, porque é uma intromissão tão grande nos direitos fundamentais (nomeadamente, na reserva da vida privada) que exige expressa previsão legal.

35. Este art. 189º CPP autoriza a intercepção de mensagens de correio electrónico. Também é aplicável a mensagens arquivadas no telemóvel.

Porém, já não autoriza que um OPC se infiltre, através da internet, no computador pessoal do suspeito, com o fim de conhecer os dados que aí estão armazenados. Essa acção apresenta um carácter tão restritivo e intrusivo que só poderá ser feita licitamente ao abrigo de norma legal expressamente habilitante.

36. A escuta de conversações entre determinados alvos só pode ser autorizada pelo juiz se for “indispensável para a descoberta da verdade” ou se a prova for “impossível ou muito difícil de obter” de outra forma, nos termos do art. 187º/1 CPP. A actual formulação legal foi introduzida em 2007 (pela Lei nº 48/2007, de 29 de Agosto) e substitui a versão primitiva de 1987, que rezava assim: “se houver razões para crer que a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova”.

Como escreve Helena Susano, “as escutas só podem ser autorizadas em *ultima ratio* e com recurso à ponderação da necessária exclusão de outros meios de obtenção de prova”. Para a autora, a intenção de *ultima ratio* da nova redacção é visível na exigência de que o juiz fundamente a verificação dos requisitos do art. 187º CPP - uma fundamentação que terá de ser por exclusão, i.e., explicando por que razões os outros meios menos intrusivos não são aptos ao fim da investigação. E é visível também no facto de este meio de prova ter passado a ser possível apenas na fase de inquérito - embora a autora reconheça que a fase de instrução já não é o tempo próprio para esse meio de investigação.

Vários autores falam da “excepcionalidade” das escutas. Parece-me incorrecto.

No sentido dessa excepcionalidade - e usando mesmo esse termo -, Manuel Guedes Valente junta às duas razões apontadas pela autora anterior (a alteração da letra do preceito e a fase processual) mais duas: o sistema dos meios de obtenção de prova (com uma gradação desses meios) e os princípios inerentes aos meios de prova (a legalidade, a proporcionalidade, a defesa dos direitos fundamentais, o interesse público e a boa fé).

Uma argumentação essencialmente de índole constitucional é expandida por Ana Raquel Conceição, no mesmo sentido da excepcionalidade das escutas.

O que me parece é que é incorrecto falar-se em excepcionalidade quando se sabe, na vida prática dos tribunais, que os OPC efectuem milhares de escutas por ano. Por outras palavras: causa alguma perplexidade falar de excepcionalidade a propósito da vulgaridade que um meio de investigação já adquiriu.

Não significa isto que eu pense que se deva banalizar o recurso à interceptação de comunicações entre suspeitos. Pelo contrário. Mas será mais apropriado falar em “indispensabilidade” como prefere a própria lei ou em dizer que essa indispensabilidade “visa reforçar a ponderação dos princípios da adequação e da necessidade na determinação deste meio de obtenção de prova”, como escreve Paulo Pinto de Albuquerque.

37. Esta indispensabilidade é aferida pelo juiz no momento em que aprecia o pedido formulado pelo MP (ou, excepcionalmente, pelo OPC) e não num juízo de prognose quanto ao fim do inquérito.

Não se exige que o crime já tenha sido consumado, mas parece-me que o juiz não deve autorizar a realização de escutas apenas no seguimento de uma denúncia ou logo no início do inquérito, numa fase em que ele pode não ter ainda a percepção da gravidade dos crimes indiciados e da consistência desses indícios.

E, sobretudo, não deve autorizar meramente porque o MP ou o OPC reputam essa diligência de “muito necessária”. Como escreve Maria de Fátima Mata-Mouros (embora em 2003, antes da redacção actual do art. 187º CPP), o juiz não deve partir do princípio de que todas as diligências que a polícia pede são necessárias: “A verificação da necessidade deve presidir à autorização de qualquer diligência de prova que interfira com os direitos fundamentais dos cidadãos. A verdade é que a ideia de necessidade e adequação não encontrou ainda a completa maturidade na jurisprudência e na doutrina portuguesas referentes aos actos da competência reservada ao juiz de instrução criminal. Pior, não estará para breve o alcance desse estágio. Ele pressupõe a maioria da figura dos juízes de instrução”.

38. Para mim, é criticável que a lei processual não estabeleça um prazo para o início da interceptação. Concedida a autorização pelo juiz, o OPC deve elaborar um auto de início de interceptação e dá-lo a conhecer ao juiz (para que este saiba que a operação está a decorrer e possa controlá-la, nomeadamente ouvindo as conversações em tempo real, se assim o entender). Contudo, a lei não fixa um prazo que corra entre o despacho de autorização e o início da operação.

Fátima Mata-Mouros nota que “poucos são os juízes que podem prever o dia em que se inicia a interceptação telefónica que autorizaram”.

39. Os serviços de informações não podem realizar escutas telefónicas. Como vimos, não pode haver escutas que não sejam as autorizadas por um juiz, a pedido do MP (ou, por motivo excepcional de urgência, de um OPC). É isso que manda a Constituição quando proíbe ingerências de autoridades pú-

blicas nas comunicações “salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal” (art. 34º/4 CRP). Ora, o SIS e o SIED não são órgãos de polícia criminal e, portanto, não podem requerer nem realizar escutas, pois não têm competência para praticar actos de processo criminal.

Como escreve Manuel Guedes Valente, “os elementos do SIS e do SIED não são OPC nem APC [Autoridade de Política Criminal], não podem desempenhar e praticar actos processuais e pré-processuais, como se afere dos seus diplomas orgânicos, o que, por natureza, limita e trava qualquer possibilidade legal - por freio constitucional - de poderem solicitar ao juiz a realização de escutas telefónicas”.

Esta proibição não impede completamente o recurso a intercepções por parte dos serviços secretos. A Lei de Segurança Interna (Lei nº 53/2008, de 29 de Agosto) prevê que os serviços de informações possam proceder ao *controlo de comunicações* (sem esclarecer o significado dessa expressão), mas impõe dois requisitos: que esse “controlo” seja precedido de autorização judicial e que ele seja efectuado pela Polícia Judiciária (art. 27º da Lei 53/2008). Ao exigir autorização prévia de um juiz e ao atribuir a operação técnica aos serviços de um OPC, o legislador deixa claro que quis controlar apertadamente o “controlo de comunicações” que os serviços secretos podem realizar. Para além disso, respeita o comando constitucional da proporcionalidade e da legalidade.

Há quem defenda que os serviços de informações possam realizar escutas telefónicas, à semelhança dos seus congéneres europeus (por exemplo, Jorge Bacelar Gouveia). O problema é que, embora sendo uma actividade que lhes está interdita, há suspeitas de que essas entidades procedem secretamente (ou procederam no passado) a escutas telefónicas. Como escreve este autor que citámos, “se nos perguntarem se os serviços secretos efectuam as escutas, não lhes poderemos responder”. Uma alteração legislativa teria a vantagem de permitir aos serviços portugueses dispor do mesmo aparato técnico que os seus congéneres estrangeiros e que, segundo os especialistas de segurança interna, é indispensável face às novas ameaças globais. Por outro lado, legitimaria, pelo menos, uma prática que, possivelmente, é corrente. Parece-me que o importante será que não deixe de passar pelo crivo de um juiz enquanto *garante das liberdades* - juiz esse que, por motivos de confidencialidade, poderá estar adstrito a um tribunal especializado.

40. Alguns autores pronunciam-se contra a utilização das escutas para localizar pessoas. Nesta situação, o fim da intercepção não é obter informações a partir das conversas escutadas, mas obter a localização dos indivíduos que utilizam o telemóvel.

Na vigência do regime anterior, Fátima Mata-Mouros relatava que, no silêncio da lei, esse fim era, frequentemente, ocultado pela polícia ao juiz. A autora pronunciava-se a favor da localização celular, considerando que obter a localização era um meio menos intrusivo do que a audição das conversas e, portanto, devia ser autorizado: “Recorrer ao meio mais lesivo quando o de menor ingerência na esfera pessoal do visado é suficiente para os fins em vista configura manifesta desproporção, inadequação e desnecessidade”.

Actualmente, o art. 189º/2 CPP autoriza a localização celular, fazendo-a depender do catálogo de crimes e de alvos do 187º CPP. Parece-me que a razão está com Fátima Mata-Mouros: não é inconstitucional a localização celular [graças ao princípio de que quem pode o mais pode o menos].

O perigo, como adverte Manuel Guedes Valente, é que o art. 189º/2 CPP autoriza a localização celular “em qualquer fase do processo”, ao passo que as escutas só podem ser autorizadas durante o inquérito. Daí esse autor perguntar: “Será que esta abertura na fase de instrução e do julgamento não se configura como uma possibilidade indirecta de realizar escutas telefónicas inadmissíveis *ex lege* através da *localização celular*? O tempo o dirá”.

Mais problemático é o caso do art. 252º-A CPP. Esta norma também prevê a localização celular, mas como medida cautelar e de polícia e não como meio de obtenção de prova. O problema reside na previsão de que isso se faça sem “nenhum processo em curso”[nº 3 do referido art.]. Ora, isso é inconstitucional, por violação do art. 34º/4 CRP, que proíbe intercepções fora do processo criminal. Parece-me correcto defender, como Paulo Pinto de Albuquerque, que a intercepção para efeitos de mera prevenção criminal contraria a Constituição [como contrariaria, nota este autor, a atribuição dessa competência aos serviços de informações].

E se a polícia precisar urgentemente de localizar uma pessoa [por exemplo, alguém que foi sequestrado]? Parece-me que terá sido situações dessa natureza que o legislador teve em mente quando redigiu a norma [“para afastar perigo para a vida ou de ofensa à integridade física grave”, como exige o nº 1 do art. 252º-A CPP].

Aí, parece-me correcta a posição de Manuel Guedes Valente, que entende estar-se antes perante uma situação de estado de necessidade: “Consideramos que não enquadrará este juízo de inconstitucionalidade se a situação factual preencher os quesitos do estado de necessidade”. Em qualquer caso, fora desse estado de necessidade, a posterior comunicação ao juiz “da sede da entidade competente para a investigação criminal”, como exige o nº 2 do art. 252º-A CPP, não torna constitucional a intercepção realizada fora do processo criminal.

41. Diferente será se a localização celular tiver a finalidade de encontrar um evadido [autorizada pelo art. 187º/1, alínea g). Note-se que, então, não se trata de obter a prova do ilícito de evasão, que não precisa da escuta para ser conhecido e provado. Do que se trata é da mera detecção do paradeiro.

Fátima Mata-Mouros pronuncia-se [parece-me que em tese geral] contra essa possibilidade [embora escreva ao abrigo do regime anterior] e considera particularmente chocante que tenha, por exemplo, de se escutar a conversa de um arguido evadido com a sua mulher para se conseguir detê-lo.

Paulo Pinto de Albuquerque [citando, em apoio, a posição de Costa Andrade] critica que se instrumentalize um meio de prova para um fim que não tem que ver com a prova e considera inconstitucional por violar a proporcionalidade e a adequação.

Parece-me, contudo, que a escuta poderá ser a única maneira de localizar um arguido que tem de ser presente a tribunal ou um condenado evadido da prisão. Defendo que o interesse público na detenção deve prevalecer nestes casos.

No mesmo sentido que eu defendo também se pronuncia Helena Susano [mas sustentando que a norma precisa de outra redacção para poder continuar em vigor]. Embora comece por dizer que lhe parece “muito improvável, se não mesmo impossível” que se possam autorizar escutas quando o crime objecto de investigação seja o de evasão, esta autora acaba por concluir que não viola o princípio da adequação e da proporcionalidade se não houver outra forma de localizar um condenado por crimes do catálogo. Parece-me a posição mais acertada.

42. Tratando-se de um telemóvel, há quem sustente que a escuta só deva ser autorizada pelo juiz em relação ao número atribuído ao alvo. Ou seja, não seria admissível a interceptação a todos os cartões que sucessivamente sejam introduzidos nesse telemóvel.

Nesse sentido, é o comentário de Paulo Pinto de Albuquerque. É essa também a opinião de Mata-Mouros, que exemplifica: “Bastaria um filho do suspeito colocar um cartão diferente no aparelho de telemóvel do pai para passar a ser escutado em paralelo com a manutenção da escuta iniciada ao cartão primitivo inserido no aparelho. Mas havia mais: se, de seguida, o filho do suspeito retirasse o cartão do aparelho do pai e o recolocasse no seu, continuaria sob escuta, tal como sob escuta ficaria a sua namorada, caso lhe pedisse emprestado o seu telemóvel para fazer um telefonema, ainda que introduzindo o cartão próprio daquela”. Esta juíza receia a proliferação de alvos e o número

incontrolado de escutas que seria possível manter, mesmo contra a vontade dos investigadores, se a interceptação não for limitada desde o início.

Parece-me que não têm razão estes autores. Limitar a interceptação a um determinado cartão - mas não a outros - inserido num determinado telemóvel é permitir um truque fácil para contornar a possibilidade de estar a ser escutado. Penso que a autorização de interceptação deve abranger todas as chamadas feitas (ou recebidas) através do número atribuído ao suspeito, bem como todas feitas com utilização de outros cartões (logo, usando outros números) introduzidos naquele aparelho. Neste sentido, correctíssima a decisão da Relação de Lisboa de 10.12.2003.

No sentido da posição que defendo, pronuncia-se Helena Susano: “Não nos repugna que, por exemplo, num processo em que há notícia de que o alvo utiliza vários cartões, seja interceptado através do aparelho que possui, assim abarcando todos os cartões nele utilizados, e através dos cartões, interceptando vários aparelhos, consabido que é que, para se furtarem às malhas da investigação, os suspeitos ou arguidos utilizam vários telefones e vários cartões, alterando amiúde a sua fonte de comunicação”. Este entendimento parece-me o mais conforme à realidade da investigação criminal.

43. Há quem aceite a escuta a uma pessoa colectiva arguida em processo penal. É o caso de Paulo Pinto de Albuquerque, admitindo a escuta a pessoas que ajam em nome e no interesse dessa pessoa colectiva (embora recomendando a máxima prudência).

Tal como não pode haver escutas contra incertos, penso que o alvo não pode deixar de ser especificado no pedido de autorização e na autorização. Em caso nenhum poderá ser admitida, por exemplo, uma escuta a todos os funcionários da empresa X ou a todas as chefias da empresa Y. O pedido tem de especificar os nomes dos indivíduos e os respectivos aparelhos a interceptar e a autorização judicial tem de ser fundamentada com o indício de que aqueles indivíduos agem criminosamente enquanto ao serviço de tal pessoa colectiva.

44. Na vigência do regime anterior, era muito discutido o entendimento a dar à palavra “imediatamente” para o conhecimento do juiz das escutas já realizadas. A versão primitiva da lei mandava lavrar auto da interceptação, “o qual, junto com as fitas gravadas ou elementos análogos, é imediatamente levado ao conhecimento do juiz”. A jurisprudência seguia um entendimento alargado do que era “imediatamente”, aceitando que pudessem passar vários dias até que o juiz tivesse conhecimento dessas escutas - e, na verdade, só assim se conseguia que o regime fosse funcional na prática. Como escreve Ana Raquel

Conceição, tratava-se “de uma palavra que deve ser entendida em termos hábeis, talvez equivalente à expressão *no mais rápido tempo possível*”.

O regime actual prevê o auto de início de interceptação e relatórios quinzenais ao MP, que tem depois dois dias para os dar a conhecer ao juiz. Portanto, os relatórios (e os respectivos suportes técnicos) terão de chegar ao conhecimento do juiz até 17 dias depois do início da interceptação e, posteriormente, de 15 em 15 dias.

O controlo pelo juiz com este diferimento temporal respeita a Constituição.

Mas, a verdade é que, na vida diária dos tribunais, os juízes nem sempre (ou, mesmo, raramente) poderão proceder à audição na totalidade das gravações. Bastará, pois, que o juiz possa ouvir, que tenha essa possibilidade de, a qualquer momento, proceder ao controlo, para que seja respeitada a exigência de legalidade. Ou seja, o juiz deve ter a possibilidade de, a qualquer momento, verificar se as conversações interceptadas respeitam os requisitos legais e mantêm interesse para a investigação, bem como verificar se as gravações correspondem ao relatório que o OPC elaborou (no qual este “descreve de modo sucinto o respectivo conteúdo e explica o seu alcance para a descoberta da verdade”, como manda o art. 188º/1 CPP).

Portanto: o juiz de instrução criminal não tem de ouvir as conversações na íntegra; basta que as possa ouvir. É isso que exprime o nº 5 do art. 188º CPP quando afirma que o juiz pode ser coadjuvado pelo OPC “para se inteirar do conteúdo das conversações” e o seu nº 10 quando afirma que “o tribunal pode proceder à audição das gravações já efectuadas para determinar a correcção das transcrições já efectuadas”.

45. A falta de audição das gravações na íntegra, pelo juiz, não é ilegal nem inconstitucional. Já era esta a jurisprudência na vigência do regime anterior e justifica-se que se mantenha. Repito aqui a mesma razão aduzida antes: o controlo judicial opera pela leitura que o juiz faz das transcrições mandadas fazer pelo MP, mas baseia-se, sobretudo, na possibilidade de o juiz ter acesso real às gravações (i.e., à integralidade das gravações).

46. Um dos maiores problemas identificados por alguma doutrina é a destruição imediata dos suportes técnicos das gravações e dos relatórios enviados pelo OPC ao MP e por este ao juiz.

O art. 188º/6 CPP manda o juiz ordenar “a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo”, explicitando, nas suas alíneas seguintes, que são estranhas ao processo aquelas conversações em que intervierem pessoas que não façam parte do catálogo de alvos, que es-

tenham obrigadas pelo regime do segredo (profissional, de funcionário ou de Estado), ou cuja divulgação afecte gravemente direitos fundamentais.

Compreende-se a boa intenção do legislador. Procurava-se evitar que permanecessem no processo e viessem a ser divulgadas conversas inócuas do ponto de vista criminal, que não indiciassem crimes mas que pudessem pôr em causa a privacidade das pessoas envolvidas (e de outras). O problema dessa destruição precoce é que o arguido vê serem destruídas conversas que poderiam, eventualmente, provar a sua inocência ou a ausência de dolo, ou que poderiam provar a responsabilidade de outrem. Para além disso, essa destruição pode privar o arguido da possibilidade de demonstrar que as transcrições seleccionadas são tiradas fora do contexto e induzem em erro quanto à responsabilidade criminal.

É imperioso que o arguido possa ouvir as gravações na íntegra e pronunciar-se sobre elas, exercendo o seu direito constitucional ao contraditório. Ele deve poder invocar, por exemplo, que determinada passagem interceptada e constante das gravações não foi seleccionada para transcrição (só as passagens efectivamente transcritas e juntas ao processo podem valer como prova) mas deveria ser transcrita; pode ter interesse em alegar que determinado interveniente não é arguido mas deveria sê-lo; pode achar que determinada passagem está a coberto do regime do segredo e não pode ser usada pela acusação.

Por estes motivos, impõe-se que a destruição não se efectue nessa fase (durante o inquérito), ao contrário do que determina esse artigo. Parece-me que ela deve ocorrer, no mínimo, depois do fim do inquérito.

Já assim sustentava Mata-Mouros em 2003: “A ordem de eliminação das escutas que não interessam à investigação tem de passar a aguardar a abertura do processo ao contraditório”. A juíza relatava que a sua experiência demonstrava que a prova ganhava em credibilidade se as gravações fossem reveladas ao arguido logo no primeiro interrogatório judicial e era de opinião de que a destruição devia aguardar pela fase de instrução.

Em doutrina mais recente, a interpretação de Ana Raquel Conceição sobre o regime anterior era a de que o acesso do arguido à gravação pretendia possibilitar-lhe “a sindicância do auto de transcrição da escuta telefónica ordenado pelo juiz, limitando essa sindicância à comparação do que consta nos registos sonoros e o que foi transcrito, o que implica o acesso limitado aos referidos suportes. O mesmo é dizer que o acesso só é possibilitado em relação àqueles cujo conteúdo foi transcrito e nada mais”. Esta autora considerava insuficiente esta sindicância pelo arguido. Esta doutrina já não se aplica, na medida em que o JIC

já não tem qualquer papel na selecção do que é transcrito para valer como meio de prova [o que está agora no poder do MP], limitando-se a mandar transcrever aqueles trechos que fundamentem uma medida de coacção que seja aplicada [mas, a mais das vezes, o JIC limitar-se-á, na prática, a reproduzir a selecção feita pelo MP]. Relevante a reter na doutrina aqui expendida é que a autora entende - e bem - que “para esse controlo e fiscalização serem efectivos, dever-se-ia possibilitar o acesso não apenas ao auto de transcrição e aos suportes sonoros onde constam as declarações transcritas, mas a todas as gravações efectuadas. (...) Logo, os *elementos recolhidos* com a escuta telefónica só deveriam ser destruídos depois de ter sido possível a essas entidades consultá-los, pois caso contrário esse controlo, como foi referido, era *ab initio* limitado”.

Paulo Pinto de Albuquerque não hesita em considerar inconstitucional essa destruição e em proclamar que o juiz não pode determiná-la, apesar do que manda a lei: “A defesa tem o direito constitucional de, findo o segredo interno, conhecer a totalidade das escutas telefónicas realizadas no processo. Só assim o arguido pode contrariar a interpretação que o Ministério Público e o juiz fizeram das conversações gravadas. Só assim o arguido pode verdadeiramente contraditar a prova da acusação”. Para este autor, este problema deve ser colocado “a partir do fim do inquérito”.

Citando alguma jurisprudência constitucional, sobretudo relativa à versão anterior da lei, e percorrendo vários autores, também Helena Susano conclui neste sentido: “Acompanhamos o entendimento de que deve ser dado ao arguido prazo para se pronunciar sobre a destruição das escutas que o JIC entenda serem subsumíveis às alíneas do nº 6 do art. 188º, a final do inquérito, o que salvaguarda, também a nosso ver, de forma equilibrada os vários interesses a ponderar”.

47. Um forte argumento contra a destruição imediata dos suportes técnicos é a necessidade de as gravações serem ouvidas no âmbito de outro processo. Como já disse antes, é possível, dentro de limites apertados, aproveitar os “conhecimentos fortuitos” para outro processo [actual ou futuro]. Uma interceptação pode dar notícia de um crime estranho ao processo “inicial” que originou essa interceptação e impor-se-á, então, que o MP abra inquérito [tratando-se de indício de um crime do catálogo e implicando um alvo do catálogo]. Ora, se o juiz destruir o suporte técnico com uma gravação “manifestamente estranha ao processo” inicial, estará a destruir irremediavelmente um meio de prova do “segundo processo” e, com isso, a perigar o esclarecimento da verdade sobre esse alegado crime. Não faz sentido autorizar que um conhecimento

fortuito dê origem a outro processo se, de seguida, se comprometer o aproveitamento de um meio de prova.

48. A decisão do juiz quanto à destruição das escutas é recorrível. Não estranha o regime dos recursos: se a decisão for de destruição, o recurso sobe em separado, de imediato e com efeito suspensivo; se for de não destruição, sobe em separado, de imediato e com efeito meramente devolutivo [art. 406º, 407º e 408º CPP]. Compreende-se, pois procura-se evitar a divulgação junto do público dessas conversas irrelevantes para o processo.

Parece, em todo o caso, que não devem ser destruídos os suportes contendo conversações que possam ser relevantes para outro processo em curso ou a instaurar [os chamados “conhecimentos fortuitos”, que já abordei]; e as conversações em que intervenham pessoas do núcleo íntimo do arguido, mas que estejam incluídas no catálogo de alvos [trata-se de pessoas que podem ter o direito de recusar depor como testemunhas, mas que podem vir a ser constituídas arguidas].

49. A lei processual autoriza que terceiros que tenham sido escutados (que não o arguido ou o assistente) possam examinar os suportes técnicos “até ao encerramento da audiência de julgamento”. A lei não esclarece a partir de que altura podem fazê-lo. É evidente que alguém que não foi constituído arguido não poderá ter acesso a esses elementos enquanto durar o segredo externo. Graças à publicidade da fase de julgamento, poderá pelo menos fazê-lo a partir do momento em que o processo é recebido no tribunal de julgamento.

50. A lei manda guardar os suportes técnicos em envelope lacrado, mas omite o destino a dar aos suportes técnicos cujo processo é arquivado [por exemplo, se o MP, no decurso do inquérito, decide que não há indícios de crime ou que esses não são suficientes e, por isso, decide não deduzir acusação]. Parece-me que, se o caso for de falta de indícios *suficientes*, a melhor opção é que essas gravações sejam conservadas à guarda do TIC até que o procedimento ou o crime prescrevam. Na eventualidade de surgirem indícios *complementares* noutra investigação posterior, o MP ou o JIC poderão fazer juntar aos autos do “novo processo” as transcrições arquivadas [na estrita medida em que elas forem admissíveis e relevantes].

EM CONCLUSÃO: O LUGAR CENTRAL DO JUIZ

Ao longo de toda a minha exposição, foi ficando cada vez mais evidente que o juiz ocupa um papel central na realização das escutas telefónicas. Aqui, acompanho Benjamim Silva Rodrigues, um dos autores que mais demoradamente terá estudado este assunto:

51. A lei faz depender a realização das escutas da autorização de um juiz. Trata-se sempre, obrigatoriamente, de uma autorização judicial prévia ao início da interceptação, sob pena de ilegalidade (e de nulidade da escuta). Isto é assim mesmo que se verifiquem todos os outros requisitos legais impostos pela lei (nomeadamente, quanto à pessoa a escutar e ao crime indiciado).

52. Essa autorização judicial é necessária sempre que haja uma intervenção de uma autoridade pública no fluxo das comunicações, independentemente do tipo de telefone usado (fixo, móvel, satélite, etc.). A lei estende o mesmo regime das escutas telefónicas a outros meios de comunicação, como o correio electrónico, e mesmo que guardados em suportes digitais, como *pens*.

53. O juiz competente é exclusivamente o JIC, que não pode delegar esse acto e passa a ficar impedido de participar na fase posterior de julgamento (ao intervir na instrução, gera-se um impedimento previsto pelo art. 40º CPP). A fixação da competência faz-se nos termos do art. 187º/2 CPP: em princípio, é competente o juiz dos lugares onde se efectuar a conversação ou, nalguns crimes mais graves elencados, o da sede da entidade competente para a investigação.

54. Ao longo de toda a operação de interceptação, o juiz que intervém deve ser o mesmo (sem prejuízo, naturalmente, de situações de substituição motivadas, por exemplo, por doença). O juiz de instrução competente deve ser o mesmo a autorizar a escuta e a praticar os outros actos da instrução (como, por exemplo, a aplicação de uma medida de coacção). Compreende-se: só o mesmo magistrado estará em condições de avaliar se se justifica manter a interceptação ou de avaliar se os sucessivos relatórios devem determinar uma medida de coacção. A esta exigência legal a Doutrina chama “princípio da unicidade do juiz” (ou da identidade ou da coincidência).

55. Não é possível que uma entidade não jurisdicional ou administrativa determine uma ingerência nas comunicações telefónicas. Porém, o princípio da exclusividade ou monopólio do juiz em matéria de intervenção nas comunicações não impede que o OPC execute a operação material, sob dependência do *dominus* do processo, o MP. Como diz Benjamim Rodrigues, este monopólio

do juiz ocorre *a priori* e *a posteriori*, pois o juiz deve controlar a operação antes e depois de ela ter sido executada: “O juiz tem a primeira e a última palavra em matéria de ingerência no direito à inviolabilidade do sigilo das comunicações”.

56. A decisão de autorização deve ser fundamentada pelo juiz. Benjamin Silva Rodrigues escreve que essa fundamentação deve incluir, sob pena de nulidade: a existência de indícios determinados de um crime de catálogo; a idoneidade e necessidade da escuta; a indicação da pessoa e do número a escutar; o início, duração e cessação da interceptação; a razão de ciência em que se baseia o juízo de admissibilidade da escuta; o cumprimento de deveres acessórios, como o da entrega de relatórios periódicos para controlo.

57. O regime exclui a possibilidade de um procedimento *ex abrupto* pelo MP com posterior ratificação pelo juiz.

58. Inerente à autorização judicial é o segredo da medida de interceptação e gravação, que não precisa de ser decretado.

59. Como escrevi logo no início, a escuta só é admissível dentro do processo criminal.

Sobre os contornos do regime e os problemas que ele levanta, já me debruicei demoradamente. Concluo este estudo manifestando a minha preferência pela tutela jurisdicional *ab initio ad finem* da operação de interceptação das comunicações de suspeitos/arguidos. A desjudicialização (o modelo anglo-saxónico) não é possível com a nossa Constituição e, em todo o caso, não me parece preferível: por muitos defeitos que tenha - e tem, certamente, alguns - e por muito criticável que a nossa lei seja - e tem sido, certamente, criticada - não acredito que a “policialização” de toda a investigação criminal seja mais protectora dos direitos fundamentais do que o actual modelo.

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, edição Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009
- CONCEIÇÃO, Ana Raquel, Escutas Telefónicas. Regime Processual Penal, edição Quid Juris, Lisboa, 2009
- MATA-MOUROS, Maria de Fátima, Sob Escuta, edição Principia, Cascais, 2003
- RODRIGUES, Benjamim Silva, A Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicacionais, Volume I, s/ ed., Coimbra, 2009
- SUSANO, Helena, Escutas Telefónicas. Exigências e Controvérsias do Actual Regime, edição Coimbra Editora, Coimbra, 2009
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Escutas Telefónicas. Da Excepcionalidade à Vulgaridade, edição Almedina, Coimbra, 2008