



INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA

ESTUDOS COMEMORATIVOS DOS 25 ANOS
DO INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS
E SEGURANÇA INTERNA EM HOMENAGEM
AO SUPERINTENDENTE-CHEFE
AFONSO DE ALMEIDA


ALMEDINA

ESTUDOS COMEMORATIVOS DOS 25 ANOS DO INSTITUTO SUPERIOR
DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA EM HOMENAGEM
AO SUPERINTENDENTE-CHEFE AFONSO DE ALMEIDA

COMISSÃO CIENTÍFICA
ARTUR ANSELMO
GERMANO MARQUES DA SILVA
MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE

COORDENAÇÃO
MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE

EDITOR
EDIÇÕES ALMEDINA. SA
Av. Fernão Magalhães, n.º 584, 5.º Andar
3000-174 Coimbra
Tel.: 239 851 904
Fax: 239 851 901
www.almedina.net
editora@almedina.net

PRÉ-IMPRESSÃO | IMPRESSÃO | ACABAMENTO
G.C. GRÁFICA DE COIMBRA, LDA.
Palheira – Assafarge
3001-453 Coimbra
producao@graficadecoimbra.pt

Novembro, 2009

DEPÓSITO LEGAL
301865/09

Os dados e as opiniões, incluindo o conteúdo, inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

Biblioteca Nacional de Portugal – Catalogação na Publicação

INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS
E SEGURANÇA INTERNA

Estudos comemorativos dos 25 anos do ISCP
em homenagem ao Superintendente-chefe Afonso
de Almeida . – (Estudos de homenagem)
ISBN 978-972-40-4048-6

CDU 351
343
342

CURRICULUM VITAE

1. Dados Pessoais

Nome: FERNANDO MANUEL AFONSO DE ALMEIDA
Superintendente Chefe da PSP (Aposentado)

Data de Nascimento: 11 de Novembro de 1934.

Naturalidade: Aldeia de João Pires, concelho de Penamacor.

2. Habilitações Literárias/Formação Complementar e Experiência Profissional

Após concluídos o ensino liceal no Liceu Nacional de Gil Vicente e a Licenciatura em Ciências Militares (Infantaria), na Escola do Exército, foi promovido a Alferes em 1958.

Na sua carreira militar ascendeu ao posto de coronel em Junho de 1984 tendo efectuado os cursos:

- de promoção a capitão na Escola Prática de Infantaria em 1963;
- de Promoção a Oficial Superior, no ano lectivo de 1970/71 no Instituto de Altos Estudos Militares.

Possui, ainda, os seguintes cursos:

- o Curso de Testador, do Centro de Estudos Psicotécnicos do Exército com a classificação de Muito Bom (SET/OUT68);
- os Cursos de Especialização sobre Droga no Centro de Investigação e Controlo de Droga em JAN 80 e JUN 81;

testigos y peritos cuando, por razón de la distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancias personales del testigo o perito o por cualquier otra causa de análogas características, resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de dichas personas en la sede del órgano judicial; o para contribuir de manera decisiva a que algunos testigos o peritos declaren con plena libertad en un proceso en el que concurran circunstancias relevantes de una especial presión sobre su persona o sobre sus familias, especialmente en el caso de víctimas de delitos o menores de edad, así como en aquellos casos de testigos o peritos protegidos que podrían prestar declaración desde otra dependencia o lugar, con libertad y seguridad, eliminando riesgos y tensiones innecesarias y sus evidentes ventajas cuando la persona que debe comparecer ante un Juzgado o Tribunal, para la práctica de algún acto procesal, se encuentra privada de libertad en un Centro Penitenciario, al disminuirse el riesgo de fuga y los costes.

Sin embargo estas indudables ventajas a las que hemos hecho referencia no deben servir de fundamento para adoptar una actitud que pudiera llegar a cegarnos, ignorando el respeto de los principios procesales y del derecho de defensa, por lo que, éstos, deberán verse siempre garantizados, ya que, en nuestra opinión, la videoconferencia por sí misma, no supone una lesión de esos derechos fundamentales, que, sin embargo si podrían llegar a verse vulnerados por la manera en que estas declaraciones se llevaran a la práctica, por lo que aconsejamos una utilización adecuada de la videoconferencia, plenamente respetuosa con los principios de oralidad, publicidad, intermediación, contradicción y con el derecho de defensa, sobre todo en aquellos casos en que quien declara a distancia es el propio sujeto pasivo del proceso penal.

Del mismo modo, consideramos, que pese a que no exista una colisión con dichos principios del proceso y de que contemos con una autorización legal para poder utilizar la videoconferencia, sin embargo, esto no debe llevarnos a entender que pueda efectuarse un uso indiscriminado de la misma en el proceso penal que pueda llegar a invertir la regla general, por lo que para su uso, estimamos que deberían concurrir, en cada caso concreto, los requisitos de necesidad, adecuación y proporcionalidad exigibles conforme a la doctrina general de restricción en materia de derechos fundamentales establecidas por los Tribunales.

LOCALIZAÇÃO CELULAR... PARA ALÉM DA MEDIDA CAUTELAR E DE POLÍCIA

NUNO RICARDO PICA DOS SANTOS
Oficial de Polícia
XVIII CFOP

Dedico o esforço e tempo aproveitado na elaboração deste trabalho àqueles que, através dos seus actos e saber, iluminam o *caminho...*

Aos Meus Professores e aos Profissionais de Polícia.
Ao ISCPsi, em especial!

- I. Introdução
- II. Breve conceito de localização celular
- III. Regime jurídico da localização celular no processo penal
 - i. Localização celular como meio de obtenção de prova
 - ii. Localização celular como medida cautelar e de polícia
- IV. A localização celular como medida cautelar e de polícia
 - i. Natureza das medidas cautelares e de polícia
 - a) Natureza da localização celular
 - b) Momento da localização: (in)existência de processo
 - ii. Pressupostos
 - a) Necessidade
 - b) Perigo para a vida
 - c) Perigo de ofensa à integridade física grave
 - iii. Procedimentos. Em especial: a elaboração do relatório
 - iv. Controlo judicial. A nulidade

- V. Para além da medida cautelar e de polícia
 - i. O art. 252.º-A e a origem criminosa do perigo
 - ii. Tutela jurídico-criminal
 - iii. Causas de exclusão da ilicitude
 - a) Direito de necessidade
 - b) Consentimento
 - iv. Origem não criminosa do perigo
 - a) Origem não criminosa e voluntária do perigo
 - b) Origem não criminosa e involuntária do perigo
- VI. Considerações finais

I. Introdução

A recente e discutida revisão operada ao Código de Processo Penal (CPP), através da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, consagrou um regime dual para a localização celular, tendo regulado o recurso a tal *instrumento* no âmbito dos meios de obtenção de prova e das medidas cautelares e de polícia. Este ponto, em especial, a tipificação de uma medida cautelar e de polícia cujo conteúdo versa sobre a localização celular foi alvo de acesa discussão, à qual a doutrina tem-se vindo a pronunciar acerca da sua adequação, da pertinência e da sua constitucionalidade, no âmbito das fases preliminares do processo.

Assim, no âmbito deste tema actual, o presente trabalho tem como objectivos centrais: a) definição sumária do conceito de localização celular e como se projecta na definição da posição geográfica de um utilizador; b) a distinção breve entre a previsão como meio de obtenção de prova e como medida cautelar e de polícia; c) a caracterização da localização celular como medida cautelar e de polícia, no que concerne aos pressupostos, procedimentos e controlo judicial; d) por último, reflectir quanto à amplitude e fundamentação legal de recurso a esta possibilidade tecnológica para a salvaguarda de bens jurídicos fundamentais com consagração constitucional, nomeadamente para a vida e a integridade física, nos casos de perigo não proveniente de actividade criminosa.

II. Breve conceito de localização celular

Importa começar por definir, de modo sumário e sem preciosismos técnicos, o que é a localização celular.

Em termos jurídicos, a Lei n.º 41/2004¹, no seu art. 2.º, n.º 1, al. e) define dados de localização como “*quaisquer dados tratados numa rede de comunicações electrónicas que indiquem a posição geográfica do equipamento terminal de um assinante ou de qualquer utilizador de um serviço de comunicações electrónicas acessível ao público*”².

¹ Esta lei transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2002/58/CE relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas.

² Especificamente quanto aos dados de localização, o mesmo diploma regula no seu Artigo 7.º, cuja epígrafe é “Dados de localização”, que:

“1 – Nos casos em que sejam processados dados de localização, para além dos dados de tráfego, relativos a assinantes ou utilizadores das redes públicas de comunicações ou de serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, o tratamento destes dados é permitido apenas se os mesmos forem tornados anónimos.

2 – É permitido o registo, tratamento e transmissão de dados de localização às organizações com competência legal para receber chamadas de emergência para efeitos de resposta a essas chamadas.

3 – O tratamento de dados de localização é igualmente permitido na medida e pelo tempo necessários para a prestação de serviços de valor acrescentado, desde que seja obtido consentimento prévio por parte dos assinantes ou utilizadores.

4 – As empresas que oferecem serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público devem, designadamente, informar os utilizadores ou assinantes, antes de obterem o seu consentimento, sobre o tipo de dados de localização que serão tratados, a duração e os fins do tratamento e a eventual transmissão dos dados a terceiros para efeitos de fornecimento de serviços de valor acrescentado.

5 – As empresas que oferecem serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público devem garantir aos assinantes e utilizadores a possibilidade de, através de um meio simples e gratuito:

a) Retirar a qualquer momento o consentimento anteriormente concedido para o tratamento dos dados de localização referidos nos números anteriores;

b) Recusar temporariamente o tratamento desses dados para cada ligação à rede ou para cada transmissão de uma comunicação.

6 – O tratamento dos dados de localização deve ser limitado aos trabalhadores e colaboradores das empresas que oferecem redes e ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público ou de terceiros que forneçam o serviço de valor acrescentado, devendo restringir-se ao necessário para efeitos da referida actividade”.

A Lei n. 32/2008³ vem estabelecer que os fornecedores de serviços de comunicação electrónicas ou de rede pública de comunicações devem conservar os dados necessários para identificar a localização do equipamento de comunicação móvel, pelo período de um ano, a contar da data da conclusão da comunicação (cfr. al. f), n.º 1, art. 4.º e art. 6.º)⁴.

MANUEL VEIGA DE FARIA refere que “aquilo que está em causa no regime particular dos «dados de localização» é a possibilidade de, através da utilização de meios de comunicação electrónica, se conseguir determinar, em cada momento, o posicionamento geográfico do utilizador, a possibilidade de um controlo permanente dos seus passos e da sua localização”⁵.

Assim, a localização celular consiste na determinação espacial (célula) e temporal de determinado telemóvel. Uma célula corresponderá à área de cobertura de uma antena. Deste modo, a localização celular funciona quando é activado o IMEI, ou seja, quando é estabelecida uma comunicação e indica apenas a “antena” que está a transmitir para o IMEI alvo e não o local exacto onde está o telemóvel alvo. Após sabermos qual a antena que está a transmitir, poderemos então determinar o espaço, ou seja, a célula onde se localiza o

³ Lei que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2006/24/CE relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações. Refira-se que a portaria mencionada na Lei 32/2008, foi publicada no DR de 6 de Maio – Portaria n.º 469/2009, que estabelece os termos das condições técnicas e de segurança em que se processa a comunicação electrónica para efeitos de transmissão de dados de tráfego e de localização relativos a pessoas singulares e a pessoas colectivas, bem como dos dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador registado.

⁴ O n.º 7 do art. 4.º do mesmo diploma refere que “para os efeitos do disposto na alínea f) do n.º 1, os dados necessários para identificar a localização do equipamento de comunicação móvel são os seguintes:

- a) O identificador da célula no início da comunicação;
- b) Os dados que identifiquem a situação geográfica das células, tomando como referência os respectivos identificadores de célula durante o período em que se procede à conservação de dados.”

⁵ MANUEL VEIGA DE FARIA, “Comunicações electrónicas e a tutela da privacidade e do sigilo: «ouvir e falar sem ser falado; falar e ouvir sem ser ouvido»”, in *Direito e (tele)comunicações*, Glória Teixeira (direcção) e Maria Raquel Guimarães (coordenação), Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 176.

telemóvel, que coincidirá com a cobertura possível da antena. Tere-mos então uma área possível – célula – e não uma localização geográfica definida com coordenadas precisas (como acontece com o sistema de posicionamento global – GPS). Assim, a maior ou menor precisão da localização, isto é, a correspondência do equipamento móvel à célula, dependerá da densidade de cobertura de antenas na área da localização, sendo que o raio das células pode variar entre cerca de 100 metros (exemplo, em certos edifícios) e cerca de 20 Kms (zonas rurais ou semi-urbanas).

Em termos técnicos, importa referir que para ser possível a operação de obtenção dos dados de localização é necessário o conhecimento do IMEI⁶ ou cartão SIM⁷ que estará associado a determinado equipamento móvel.

Concluindo, “a localização celular é sedimentada numa localização à zona através da localização geográfica da antena que transmite para o telemóvel, enquanto a localização por GPS é activada por um aparelho sintonizado com pelo menos dois satélites, fornecendo as coordenadas da localização exacta, (longitude e latitude), visualizada e reproduzida num receptor, com reporte a mapas”⁸.

III. Regime jurídico da localização celular

A contemplação do actual regime de localização celular surgiu com a alteração operada ao CPP através da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, aparecendo prevista nos seus artigos 189.º e 252.º-A.

⁶ International Mobile Equipment Identity – Identificação Internacional de Equipamento Móvel.

⁷ Subscriber Identity Module – Módulo de Identificação do Assinante

⁸ BRUNO JOSÉ FERREIRA PRATAS, *Da Localização Celular – A problemática subjacente*, Trabalho final de Curso, Lisboa, ISCPPI, 2009, p. 47. Aproveitamos para, desde já, referir a importância deste trabalho científico, desenvolvido por um Aspirante a Oficial de Polícia, formado no ISCPPI, quanto ao tema da localização celular e sua problemática como meio de obtenção de prova e como medida cautelar e de polícia. Tratar-se-á de um dos primeiros trabalhos a estudar especificamente e com profundidade este tema actual, pelo que se recomenda a sua leitura.

No que concerne ao art. 189.º, este pertence ao capítulo IV cuja epígrafe é “Das escutas telefónicas”, inserido no Título III – “Dos meios de obtenção da prova”, Livro III – “Da prova”, Parte I do CPP.

No que diz respeito ao art. 252.º-A, este insere-se no capítulo II cuja epígrafe é “Das medidas cautelares e de polícia”, inserido no Título I – “Disposições gerais”, Livro VI – “Das fases preliminares”, Parte II do CPP.

Assim sendo, e atendendo ao elemento sistemático, poderemos, desde já, afirmar que o legislador quis consagrar a localização celular num duplo sentido, por um lado, como meio de obtenção de prova, por outro, como medida cautelar e de polícia.

Vejamos, de uma forma genérica, quais os traços diferenciadores de um e de outra.

i. *Localização celular como meio de obtenção de prova*

O art. 189.º, n.º 2, do CPP estabelece que “a obtenção e junção aos autos de dados sobre a localização celular ou de registos da realização de conversações ou comunicações só podem ser ordenadas ou autorizadas, em qualquer fase do processo, por despacho do juiz”. Acrescenta ainda que este meio de obtenção de prova está limitado aos “crimes previstos no n.º 1 do artigo 187.º e em relação às pessoas referidas no n.º 4 do mesmo artigo”.

Logo, o art. 189.º vem tornar aplicável à localização celular as exigentes regras reguladoras das escutas telefónicas, tal como estipuladas no art. 187.º, nomeadamente no que diz respeito aos crimes que admitem recurso a este meio de obtenção de prova – os chamados crimes de catálogo⁹, e às pessoas susceptíveis de serem visadas

⁹ Art. 187.º, n.º 1: “A interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas só podem ser autorizadas durante o inquérito, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter, por despacho fundamentado do juiz de instrução e mediante requerimento do Ministério Público, quanto a crimes:

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

com tal meio, nomeadamente o suspeito ou arguido, pessoa que sirva de intermediário havendo fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido, e vítima de crime, mediante o respectivo consentimento¹⁰.

Podemos então dizer que como meio de obtenção de prova, a localização celular está sujeita ao exigente regime das escutas telefónicas, tendo de ser ordenada ou autorizada por despacho de juiz, quanto aos crimes de catálogo e apenas visando as pessoas aí enumeradas.

ii. *Localização celular como medida cautelar e de polícia*

O art. 252.º-A, cuja epígrafe é “Localização celular”, refere no seu n.º 1 que: “as autoridades judiciárias e as autoridades de polícia criminal podem obter dados sobre a localização celular quando eles forem necessários para afastar perigo para a vida ou de ofensa à integridade física grave”.

No enquadramento do art. 252.º-A, a localização celular surge-nos como uma medida cautelar e de polícia “que possibilita às autoridades judiciárias e de polícia criminal a obtenção de dados sobre a localização celular nos casos em que tal informação seja necessária para afastar perigo para a vida ou para a integridade física”¹¹. A acta da Unidade de Missão para a Reforma Penal (UMRP) refere que “trata-se de uma medida cautelar e de polícia que se não confunde

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

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

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

¹⁰ Art. 187.º, n.º 4: “A interceptação e a gravação previstas nos números anteriores só podem ser autorizadas, independentemente da titularidade do meio de comunicação utilizado, contra:

- a) Suspeito ou arguido;
- b) Pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido; ou
- c) Vítima de crime, mediante o respectivo consentimento, efectivo ou presumido.”

¹¹ Acta n.º 29, Unidade de Missão para a Reforma Penal, p. 2.

com meios de obtenção de prova e que pode ser levada a cabo sem necessidade de prévia autorização judicial, tendo em conta a dignidade dos bens jurídicos que visa salvaguardar”¹².

De seguida, analisaremos o regime da localização celular como medida cautelar e de polícia.

IV. A localização celular como medida cautelar e de polícia

i. Natureza das medidas cautelares e de polícia

Na sua função de prevenção de criminalidade, a polícia reveste natureza de órgão auxiliar da administração da justiça como órgão de polícia criminal (OPC), ou seja, “reveste o sentido de polícia judiciária, que se distingue da polícia em sentido administrativo pela própria natureza das medidas que aplica em uma e em outra circunstância congregadora”¹³ – sendo de realçar a prática, enquanto OPC, das medidas cautelares e de polícia.

O fundamento legal das medidas cautelares e de polícia encontra-se consagrado no art. 55.º, n.º 2, do CPP, onde se estabelece que “compete em especial aos órgãos de polícia criminal, mesmo por iniciativa própria, colher notícia dos crimes e impedir quanto possível as suas consequências, descobrir os seus agentes e levar a cabo os actos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova”, estando aquelas tipificadas na lei nos arts. 248.º a 252.º-A.

MAIA GONÇALVES refere que as medidas cautelares e de polícia “destinam-se a acautelar a obtenção de meios de prova, que sem elas poderiam perder-se, mediante uma tomada imediata de providências pelos órgãos de polícia criminal, mesmo sem prévia autorização da autoridade judiciária competente, e isto pelo carácter urgente das diligências a praticar ou pela natureza precível dos meios de prova a recolher”¹⁴.

¹² *Idem*, p. 1.

¹³ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Teoria Geral do Direito Policial – Tomo I*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 20.

¹⁴ MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal – Anotado e Legislação Complementar*, 17ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 595.

GUEDES VALENTE refere que “os actos a praticar pelos OPC *a priori* da intervenção da AJ obedecem não só à previsão legal, mas também ao preenchimento dos pressupostos da medida cautelar e de polícia”¹⁵, salientando que “os OPC, ao tomarem conhecimento do crime de forma directa ou indirecta, p. e. através de denúncia de outrem, devem, antes da intervenção da AJ competente para proceder a investigações, praticar **actos cautelares**, actos de natureza pré-processual e de competência própria, que se mostrem não só **necessários e urgentes**, como também **adequados e menos onerosos** para os direitos do cidadão, que se destinem a «assegurar os meios de prova»”¹⁶.

O mesmo autor refere ainda que “as medidas cautelares e de polícia têm natureza precária e só são admissíveis na base da urgência para fazer cessar o dano de uma conduta humana negativa que afecta qualquer bem jurídico ou que põe em perigo de lesão um bem jurídico”¹⁷.

As medidas cautelares e de polícia consistem assim em medidas que, atendendo à sua necessidade e urgência, são da competência própria dos órgãos de polícia criminal – não estando sujeitas a um regime de autorização ou ordem prévias de autoridade judiciária¹⁸ – visando a salvaguarda de meios de prova, mas também **impedir as consequências do crime**, onde se enquadra a intervenção para afastar a actuação criminosa sobre a vítima, isto é, salvar ou libertar a vítima dos efeitos do crime ou, pelo menos, minorar esses efeitos.

a) Natureza da localização celular

A doutrina tem-se dividido quanto à natureza da localização celular como medida cautelar e de polícia, considerando alguns autores que esta não é uma medida cautelar e de polícia, considerando

¹⁵ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *op. cit.*, p. 162.

¹⁶ *Idem*, pp. 173 e 174.

¹⁷ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Escutas Telefónicas, Da Excepcionalidade à Vulgaridade*, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008, p. 101.

¹⁸ Nomeadamente, comunicação da notícia do crime (art. 248.º), providências cautelares quanto aos meios de prova (art. 249.º), identificação de suspeito e pedido de informações (art. 250.º), revistas e buscas (art. 251.º) e apreensão de correspondência (art. 252.º).

outros que se trata de uma medida cautelar e de polícia, no entanto, com particularidades.

GUEDES VALENTE refere que a localização celular “devia ser considerado unicamente como meio de obtenção de prova e jamais devia ter sido considerado como medida cautelar e de polícia”, salientando que “a construção legal positiva configura uma situação de *estado de necessidade* e, nunca, de medida cautelar e de polícia”¹⁹. Acrescenta ainda que “se a AJ pode aplicar a medida em causa, não estamos na figura das medidas cautelares e de polícia, mas num acto judiciário ou judicial”²⁰. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE considera que a inserção sistemática do art. 252.º-A “resulta de um equívoco” misturando “duas coisas que deviam andar separadas num Estado de Direito: a prevenção do crime (*Gefahrenabwehr*) e a perseguição criminal (*Tatverfolgung*)”²¹. BENJAMIM SILVA RODRIGUES refere que “não estaremos perante uma verdadeira medida “cautelar” e muito menos de “polícia” dada a ambiguidade do seu âmbito de aplicação”²².

PEDRO VERDELHO entende a localização celular como uma medida cautelar peculiar, “destinando-se exclusivamente a acautelar a vida ou a integridade física”²³. MANUEL DA COSTA ANDRADE, em entrevista²⁴, considera que se trata de “uma concretização ou um afloramento concreto do princípio geral do estado de necessidade, que está permanentemente presente na actuação policial”, entendendo que “não há nenhum inconveniente em que a medida do estado de necessidade esteja incorporada nas medidas cautelares e de polícia”. GERMANO MARQUES DA SILVA, em entrevista²⁵, quanto à configuração da matéria

¹⁹ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *op. cit.*, pp. 100 e 101.

²⁰ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo Penal – Tomo I*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 303.

²¹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2007, p. 653.

²² BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Das Escutas Telefónicas, Tomo I, A Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicacionais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 454.

²³ PEDRO VERDELHO, “Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal – Estudos”, in *Revista do CEJ*, 1º Semestre, N.º 9/Especial, CEJ, 2008, p. 170.

²⁴ MANUEL DA COSTA ANDRADE, em entrevista, in BRUNO JOSÉ FERREIRA PRATAS, *Da Localização Celular – A problemática subjacente*, *op. cit.*, anexo B, p. 87.

²⁵ GERMANO MARQUES DA SILVA, em entrevista, in BRUNO JOSÉ FERREIRA PRATAS, *Da Localização Celular – A problemática subjacente*, *op. cit.*, anexo C, p. 92 e 94.

pertinente à localização celular, considera-a correcta, “pois esta medida tem uma dupla natureza. Tem um género de medida de polícia, com fim específico do artigo 252.º-A” salientando que “em termos processuais, a situação de necessidade é como que justifica esta medida, se ela não existisse expressamente consagrada, podia vir-se a discutir se era possível ou não utilizar esta medida”. BRUNO PRATAS refere que “a *Localização Celular deve ser compreendida como medida cautelar e de polícia, bem como meio de obtenção de prova*”²⁶.

Consideramos que a localização celular prevista no art. 252.ºA se inscreve no conceito de medida cautelar e de polícia, no entanto, com duas diferenças relevantes que a distingue das outras medidas previstas nesse capítulo do Código e que a pode qualificar de medida cautelar e de polícia *sui generis*.

Em primeiro lugar, esta medida não se destina a assegurar a obtenção de meios de prova que se poderiam perder sem uma intervenção urgente, pois enquanto meio de obtenção de prova ela está sujeita ao exigente regime das escutas telefónicas. Assim, a localização celular prevista no art. 252.ºA adquire uma nobreza superior, pois ela tem como finalidade a salvaguarda de bens jurídicos vitais na nossa sociedade reconduzindo-se, “no fundo, às próprias figuras da legítima defesa e do direito de necessidade”²⁷. Trata-se, assim, de uma medida cautelar e de polícia que visa impedir a consumação de crime que ponha em perigo a vida ou a integridade física de forma grave, isto é, “impedir quanto possível as suas consequências” (cfr. art. 55.º, n.º 2 CPP)

Em segundo lugar, enquanto que todas as outras medidas cautelares e de polícia são da iniciativa dos órgãos de polícia criminal²⁸ (onde se engloba as APC), a lei reserva a competência desta recente medida a quem tenha a qualidade de autoridade de polícia

²⁶ BRUNO PRATAS, *op. cit.*, p. 58, em conclusão do seu trabalho académico quanto à problemática subjacente à localização celular.

²⁷ Fundamento proferido pelo Dr. Rui Pereira numa reunião da UMRP, p. 4 da Acta n.º29 da UMRP.

²⁸ Órgãos de polícia criminal são “todas as entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer actos ordenados por uma autoridade judiciária ou determinados por este Código” (art. 1.º, al. c) do CPP)

criminal²⁹ (e autoridade judiciária³⁰), sendo, deste modo, menos abrangente e mais exigente.

b) Momento da localização: (in)existência de processo

O n.º 2 do art. 252.º-A prevê os casos em que os dados sobre a localização celular se referem “a um processo em curso”, enquanto que o n.º 3 prevê as situações em que esses dados não se referem “a nenhum processo em curso”. Pela expressão *processo*, obviamente que se entende processo-crime.

Temos assim que esta medida pode surgir em dois momentos distintos, ou seja, numa fase pré-processual ou já numa fase processual. Deste modo, tal como pode acontecer com as outras medidas cautelares e de polícia, nomeadamente os arts. 249.º, 250.º, 251.º, 252.º, também no momento em que esta medida é tomada podemos, assim, ter já um processo-crime – tendo assim havido a promoção processual da autoridade judiciária titular da acção penal, ou ainda não haver processo formalmente aberto – a notícia do crime pode ainda nem ser do conhecimento do MP.

De salientar, que boa parte da doutrina tem vindo a entender como inconstitucional, o recurso à localização celular nos termos do

²⁹ Autoridades de polícia criminal são “os directores, oficiais, inspectores e subinspectores de polícia e todos os funcionários policiais a quem as leis respectivas reconhecerem aquela qualificação” (art. 1.º, al. d) do CPP).

O art. 11.º da Lei n.º 53/2007 (que aprova a orgânica da Polícia de Segurança Pública) refere no seu n.º1 que “para efeitos do disposto no Código de Processo Penal, consideram-se:

a) «Autoridades de polícia criminal», as entidades referidas no n.º 1 do artigo anterior”. Sendo que o art. 10.º, n.º 1 refere que: “são consideradas autoridades de polícia:

a) O director nacional;

b) Os directores-nacionais adjuntos;

c) O inspector nacional;

d) O comandante da Unidade Especial de Polícia;

e) Os comandantes das unidades e subunidades até ao nível de esquadra;

f) Outros oficiais da PSP, quando no exercício de funções de comando ou chefia operacional.

³⁰ Autoridades judiciárias são “o juiz, o juiz de instrução e o Ministério Público, cada um relativamente aos actos processuais que cabem na sua competência” (art. 1.º, al. b) do CPP). A inclusão expressa de *autoridade judiciária* neste artigo parece-nos desnecessária e geradora de equívocos quanto à natureza de medida cautelar e de polícia.

n.º 3. Tal como já havia referido na UMRP³¹, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE considera que “a norma do n.º 3 do artigo 252.º-A é **inconstitucional**, porque viola o artigo 34.º, n.º 4 da CRP, na medida em que a lei constitucional não prevê ingerências nas telecomunicações em matéria de pura prevenção criminal”³².

Em sentido contrário, MAIA GONÇALVES refere que “a localização celular de suspeitos quando não há ainda processo em curso não será, em nosso entendimento, inconstitucional porque a vida e a integridade física das pessoas são bens com protecção constitucional prioritária relativamente a qualquer outro”³³.

Voltamos a salientar que ou existe um processo crime em curso (n.º 2 do art. 252º-A) ou, não existindo, estão a ser praticados actos criminosos que fazem perigar a vida ou a integridade física de forma grave (n.º 3 do art.º 252-A), que serão objecto de promoção processual penal pelo MP, assim que os OPC, após praticarem os actos cautelares e de polícia necessários e urgentes, derem conhecimento da notícia desse crime³⁴.

³¹ O Prof. Doutor Paulo Pinto de Albuquerque sustentou em reunião da UMRP (conforme consta na p. 4 da Acta n.º 29 da UMRP) que “a localização celular no âmbito da prevenção criminal prevista no art. 250.ºA viola o art. 34.º, n.º 4, da Constituição, porque esta só autoriza medidas desta natureza no âmbito da perseguição (isto é, do processo) criminal”. Ora, esta nova medida cautelar e de polícia pretende salvaguardar a vida (e a integridade física (ofensa grave) de alguém), bem jurídico de mais alto valor. O art. 34.º, n.º 4 da CRP refere que é “proibida toda a ingerência das autoridades públicas nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal”, sendo que neste caso, se não estivermos ainda na presença de um processo crime haverá suspeitas da prática de crime das quais se dará conhecimento ao Ministério Público para o competente exercício da acção penal. Pensamos que esta medida é a materialização necessária da consagração legal de um recurso que usufrui da evolução tecnológica, permitindo salvar vidas.

³² PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, *op. cit.*, p. 652. Vide também GUEDES VALENTE, Escutas Telefónicas ..., *op. cit.*, pp. 102 a 104.

³³ MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *op. cit.*, p. 605.

³⁴ Podemos vislumbrar duas situações que possam não dar lugar à abertura de processo-crime, ou seja, promoção penal pelo MP: quando a situação criminosa não se venha a comprovar, podendo ter havido uma avaliação desadequada da parte da APC ou quando se trate de crime de natureza semi-pública e não houver queixa (o que atendendo aos pressupostos – perigo de vida ou ofensa grave – será difícil de enquadrar num tipo legal de crime que não seja de natureza pública).

Portanto, na hipótese do n.º 2 do art. 252.º-A existe inquérito, enquanto que na hipótese do n.º 3 do mesmo artigo está em vias de ser aberto o inquérito, sendo que a demora no contacto para AJ pode prejudicar a acção dos OPC em salvaguardar a vida ou integridade física (de uma ofensa grave), pelo que será legítimo tal recurso.

ii. Pressupostos

O art. 252.º-A estabelece como pressupostos da possibilidade de obtenção de dados sobre a localização celular: a) a sua **necessidade** para; b) afastar **perigo para a vida**, ou; c) afastar **perigo de ofensa à integridade física grave**.

a) Necessidade

Quanto ao conceito de necessidade, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE refere que “consiste numa relação de causalidade negativa segundo a qual há uma **forte probabilidade** de a consumação da lesão ser evitada com a obtenção dos dados sobre a localização celular, tendo sido esgotados outros métodos menos intrusivos previamente”³⁵.

Assim, será necessário caso não seja possível atingir o mesmo fim com recurso a outro meio menos gravoso e limitador de direitos.

b) Perigo para a vida

Quanto ao perigo, este terá de ser concreto e actual. Em termos genéricos, o perigo pode definir-se como a ameaça de lesão de um bem jurídico, acontecendo a partir do momento do qual é provável a produção de um resultado negativo, isto é, da produção da lesão do bem jurídico³⁶. O perigo concreto é o perigo real, o perigo actual é o perigo iminente ou já em produção de dano³⁷.

³⁵ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 652.

³⁶ HENRIQUES EIRAS E GUILHERMINA FORTES, *Dicionário de Direito Penal e Processo Penal*, 2.ª edição, Lisboa, Quid Juris, 2006, p. 277.

³⁷ *Ibidem*.

Como perigo para a vida deverá ser entendido a probabilidade de ocorrência do termo da vida humana, ou seja, morte de uma pessoa³⁸.

c) Perigo de ofensa à integridade física grave

Como perigo de ofensa à integridade física grave deverá ser entendido a probabilidade de ocorrência de ofensa adequada a: a) privar de importante órgão ou membro, ou a desfigurar grave e permanentemente; b) tirar ou afectar, de maneira grave, a capacidade de trabalho, as capacidades intelectuais, de procriação ou de fruição sexual, ou a possibilidade de utilizar o corpo, os sentidos ou a linguagem; c) provocar doença particularmente dolorosa ou permanente, ou anomalia psíquica grave ou incurável³⁹.

Partimos da presunção “que o legislador processual penal ao redigir o n.º 1 do preceito, estava a prever e conceptualizar a perigosidade da violação daqueles bens jurídicos tal como estes estão previsto na parte especial do Código Penal”⁴⁰.

Embora tenhamos recorrido ao art. 144.º do CP para conceptualizar o perigo de ofensa à integridade física grave, consideramos que a expressão perigo para a vida ou de ofensa à integridade física grave não nos remete para um catálogo de crimes, não estando assim esta medida limitada aos crimes constantes no Capítulo I, do Título I, do Código Penal, com epígrafe “Dos crimes contra a vida” e ao crime de ofensas à integridade física grave. Será antes uma medida susceptível de ser utilizada, independentemente do crime em questão, desde que esteja em perigo a vida ou a integridade física de forma grave.

³⁸ “A morte e o termo da vida humana têm vindo a ser definidas pela ciência médica através de um conceito de morte cerebral, que é o das linhas isoelectricas do electroencefalograma (EEG)”, sendo que, “para maior segurança, é recomendável exame clínico neurológico”, in MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português – Anotado e Comentado*, 17.ª edição, Coimbra, Almedina, 2005, p. 469.

³⁹ Seguindo a orientação do art. 144.º do Código Penal, “Ofensa à integridade física grave”.

⁴⁰ MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal – Comentários e notas práticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 621.

Assim, quando em consequência de acção criminosa de um agente resultar perigo para a vida ou de ofensa à integridade física grave de uma pessoa, está legitimado a solicitação às operadoras móveis de dados sobre a localização celular, quando estes forem necessários para remover esse perigo.

iii. Procedimentos

Verificados os pressupostos constantes no n.º 1 do art. 252.º-A, a autoridade de polícia criminal deverá realizar contacto telefónico directo com a operadora móvel, solicitando os dados sobre a localização celular de determinado equipamento móvel, indicando o IMEI e/ou cartão SIM.

Após este contacto inicial, deverá seguir-se a confirmação do pedido (afastando-se eventuais dúvidas quanto à autenticidade da fonte do pedido) e aguardar a resposta da operadora contendo a indicação da “antena” ou “antenas” utilizadas ou em utilização.

A APC não tem de demonstrar, de facto, quais os pressupostos que no caso concreto legitimam esse pedido, mas tão só fundamentá-lo, de direito, com base no art. 252.º-A, e por imposição do mesmo preceito a operadora móvel tem a obrigação de fornecer os dados solicitados. Entendemos que os dados de localização não se deverão resumir ao momento da solicitação, mas sim desde que a ocorrência criminal teve início, para que se possam tirar melhores ilações quanto à localização. Do mesmo modo, pensamos que a APC poderá continuar a efectuar o pedido de dados, havendo o dever da operadora móvel em os fornecer, durante o tempo em que os pressupostos se mantenham. Saber os dados de localização celular num determinado instante pode não ser o suficiente para lograr o intuito da norma, por exemplo, a pessoa que está a correr o perigo pode estar a ser naquele momento movimentada de lugar, sendo assim crucial a definição do seu percurso.

Após a recepção dos dados pretendidos e realização das consequentes diligências necessárias tendo em vista findar com o perigo para a vida ou de ofensa à integridade física grave, a obtenção dos dados deverá ser comunicada à autoridade judicial no prazo máximo de quarenta e oito horas (art. 252.º-A, n.º 2) e elaborado o

relatório onde se mencionam os pressupostos que fundamentaram o pedido de dados sobre a localização celular, as diligências levadas a cabo, os resultados das mesmas, a descrição dos factos apurados e as provas recolhidas (art. 253.º CPP).

Em especial: a elaboração do relatório

Atendendo ao facto desta medida ser da competência das autoridades de polícia criminal, consideramos serem estas a quem deve incumbir a elaboração do relatório. Isto ao contrário do que comumente acontece com o relatório elaborado aquando da realização de outras medidas cautelares e de polícia⁴¹. Quanto à elaboração do relatório, GUEDES VALENTE refere que “não nos parece correcto que deva ser o OPC a assumir a responsabilidade total de uma ocorrência policial, cujo desenrolar e desfecho da mesma depende da acção da APC, que determina o andamento de todas as diligências”⁴².

Nesta senda, a elaboração de relatório acerca de ocorrência na qual a APC determinou a medida de localização celular, deverá sê-lo por APC, sendo incorrecto que aconteça o contrário. Apesar de não estar expressamente previsto na lei a incumbência do relatório à APC, entendemos que por força da conjugação do art. 253.º com o art. 252-A, n.º 1 deve ser a APC (que é também OPC) a elaborar o relatório, pois foi esta que determinou a medida.

Assim, o art. 253.º estipula que os “órgãos de polícia criminal que procederem a diligências” no âmbito das medidas cautelares e de polícia elaboram o relatório. Ora, se no caso da localização celular, por força do art. 252.º-A, a medida é da responsabilidade da APC, deve ser esta – que, salientamos, é também órgão de polícia criminal –

⁴¹ Como refere PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 654, “quando tenham sido feitas revistas, buscas, apreensões, exames ou outras diligências probatórias ou detenções para identificação em posto policial, o relatório não se confunde com os respectivos **autos**, devendo estes ser juntos ao relatório”.

⁴² MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE., “A desorientada sistemática e desmesurada ampliação dos meios de obtenção de prova e das medidas cautelares e de polícia – Que tarefa esfíngica”, in *Galileu, Revista de Economia e Direito*, “Reforma Penal em Debate – Breves Reflexões”, Universidade Autónoma de Lisboa, Volume XII, n.º 2, 2007/ XIII, n.º 1, 2008, pp. 250. Este autor entende mesmo que deveria estar prescrito a incumbência da elaboração deste relatório, em todos os casos, à APC.

a elaborá-lo. Não se fazendo esta interpretação do art. 253.º à luz do art. 252.º-A, n.º 1, penso que os ditames do Comando e Liderança impõem procedimento igual – que sejam as APC a assumirem a responsabilidade das diligências motivadas com recurso a tal medida.

Pensamos que a comunicação feita ao juiz quanto à obtenção de dados sobre a localização celular poderá ser feita através do relatório referido, sendo que se se referir a um processo em curso deve ser comunicado ao juiz (na fase de inquérito ou instrução, ao juiz de instrução), não correndo nenhum processo em curso deve ser comunicado ao juiz (de instrução) da sede da entidade competente para a investigação criminal (art. 252.º-A, n.ºs 2 e 3, conjugado com art. 253.º CPP).

Consideramos ainda que apesar do relatório ser enviado para o juiz de instrução deverá ser dado conhecimento ao Ministério Público, titular do inquérito, através do envio de cópia do relatório.

De notar que apesar da comunicação da obtenção de dados de localização celular ser feita ao juiz, muitas vezes haverá peças de expediente base, como por exemplo a notícia do crime (por exemplo, quando ainda não existe processo em curso, nos casos do n.º 3), cujo original deve ser remetido ao Ministério Público (art. 258.º CPP), sendo que, neste caso, uma **cópia do relatório** a dar conhecimento dos dados de localização celular deve acompanhar o **original do expediente base – notícia do crime**, remetendo-se para o MP, enquanto que o **original do relatório** com **cópia do expediente base** será remetido para o juiz, pois teremos expediente diverso, com destino e finalidades diferentes.

Consideramos que a *confusão* gerada com o procedimento proposto seria realmente evitada se estivesse estipulado no Código de Processo Penal que toda e qualquer medida cautelar e de polícia seria comunicada pelos OPC ao Ministério Público, e não, ser susceptível de, no âmbito do inquérito ou ainda em fase pré-processual, o OPC comunicar com o juiz de instrução, deixando o titular da acção penal e responsável pela direcção do inquérito, à sua margem.

GUEDES VALENTE considera que deveria estar prescrito a transmissão do expediente atinente às medidas cautelares e de polícia ao MP, e mesmo não tendo havido tal consagração nas recentes alterações de 2007, considera que “deve ser este o procedimento e o trajecto a ser seguido pelos OPC, pelas APC, pelo MP e pelo JIC, tendo em conta a lógica da competência ascendente ou da cooperação vertical ou da

coadjuvação de todas as entidades para que o tribunal administre a justiça em nome do povo”⁴³.

Seria realmente mais adequado que o OPC, na fase de inquérito ou pré-processual, em regra, não contactasse directamente com o juiz de instrução, por *atropelamento* da entidade à qual está sob dependência funcional (arts. 53 e 56.º do CPP). No entanto, estando legalmente estipulado tal procedimento – comunicação ao JIC – terá o mesmo de ser cumprido, propondo, no entanto, para aligeirar tal desequilíbrio na competência ascendente ou cooperação vertical, que seja sempre dado conhecimento pelo OPC ao MP – titular do inquérito e titular da acção penal, nos moldes supra.

iv. *Controlo judicial. A nulidade*

Tratando-se de uma medida cautelar e de polícia, esta tem de ser comunicada à autoridade judiciária para efeitos de controlo e validação.

No caso concreto, como já vimos supra, a localização celular é obrigatoriamente comunicada a autoridade judicial – juiz – no prazo máximo de 48 horas, para efeitos de validação.

Estabelece o n.º 4 que “é nula a obtenção de dados sobre a localização celular com violação do disposto nos números anteriores”, ou seja, com violação dos n.ºs 1, 2 e 3.

Vejamos relativamente ao estipulado no n.º 1.

O n.º 1 do art. 252.º-A estabelece os diversos elementos para o recurso a esta novel medida cautelar e de polícia. Basicamente, poderemos dividi-los entre os pressupostos a verificar e quais as entidades com legitimidade para tal: quanto às entidades solicitantes resumem-se a autoridade judiciária e autoridade de polícia criminal; quanto aos pressupostos deverá haver a necessidade de tal medida e necessidade dirigida a afastar perigo para a vida ou de ofensa à integridade física grave. Portanto, caso a localização celular seja obtida por pessoa que não tenha aquela qualidade, por exemplo, por órgão de polícia criminal (que não seja APC), ou fora dos requisitos já referidos, a consequência será a sua nulidade.

⁴³ *Idem*, pp. 250 e 251.

Relativamente aos n.ºs 2 e 3 é estabelecido o prazo para a comunicação ao juiz, sendo que o desrespeito de tal prazo – exceder as 48 horas – determinará a nulidade dessa obtenção de dados.

Esta medida cautelar e de polícia visa salvaguardar a vida ou a integridade física (de uma ofensa grave), devendo apenas ser usada quando verificados os pressupostos, sendo que ao recorrer-se a esta medida com tal finalidade e logrando-se obter tão alto valor, a medida foi coroada de natural sucesso.

No entanto, e apesar de termos dividido claramente a localização celular como medida cautelar e de polícia, por um lado, e como meio de obtenção de prova, por outro, não podemos concordar que a sua utilização no processo como medida cautelar e de polícia se esgotará com o afastamento do perigo. Após a sua utilização, e tendo sido obtida de forma legal, os dados obtidos serão obviamente valorados, pois estes poderão eventualmente, *per si*, servir de meio de prova, bem como terem servido de meio de obtenção de prova.

Por exemplo, imagine-se a situação de alguém ter sido raptado, havendo concretas suspeitas de estar a correr perigo de vida. Neste contexto, e ao abrigo do art. 252.º-A, solicitou-se a localização celular do telemóvel do suspeito, tendo assim sido descoberta a vítima, bem como, o raptor. Verificada a situação em flagrante delito, tratando-se de um crime público e ao qual corresponde pena de prisão, o suspeito será detido. Assim, a medida serviu numa dupla perspectiva, para a salvaguarda da vida da vítima – que é a sua finalidade e justificação, mas também para a recolha de meios de prova no local, acontecendo, inclusive, a detenção em flagrante do suspeito, que não aconteceria naquelas circunstâncias de tempo e lugar caso não se tivesse recorrido à localização celular – a recolha de prova será uma situação acessória, ou seja, um resultado acrescido (e nunca a finalidade da localização com o fundamento legal do art. 252.º-A) que, no entanto, se volta a salientar, não sucederia naquele momento se não se tivesse recorrido a tal medida. Assim, o fundamento da localização celular foi a necessidade para afastar o perigo de vida – medida cautelar e de polícia –, mas que também vem a servir como meio de obtenção de prova.

Obviamente que este valor só se obterá após validação judicial, sendo que nos parece ser neste âmbito que releva a nulidade estabelecida para a obtenção de dados fora dos requisitos, pressupos-

tos e formalidades estipuladas nos diversos números do art. 252.º-A do CPP. Pois, apesar da nulidade já não ter efeito (por extemporânea) na obtenção dos dados nem na sua utilização como medida cautelar, visando o afastamento do perigo quer se tenha conseguido ou não, terá efeitos na valoração como meio (cautelar) de obtenção de prova. Faltando a validação judicial, a obtenção de dados é nula⁴⁴.

Como refere BENJAMIM RODRIGUES, “além da observância dos requisitos materiais (“necessidade ou perigosidade”) e do requisito formal (“comunicação ao juiz de instrução”), é, ainda, necessário considerar um outro requisito: a validação judicial da obtenção dos dados de localização celular”⁴⁵.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE salienta que “a nulidade dos dados obtidos constitui uma **proibição de prova**, resultante de uma intromissão inadmissível no direito ao sigilo das comunicações (artigo n.º 126.º, n.º 3), e, portanto, pode ser suprida apenas pelo consentimento da pessoa visada pela localização celular”⁴⁶.

V. Para além da medida cautelar e de polícia

i. O art. 252.º-A e a origem criminosa do perigo

A localização celular é um meio que permite a localização de telemóveis (através do IMEI ou cartão SIM), podendo, assim, servir para o afastamento de perigo para uma determinada pessoa, através da sua localização. Esse perigo terá de ser para a vida ou de ofensa à

⁴⁴ GUEDES VALENTE refere que a consequência jurídica de nulidade “se insere no quadro das proibições de prova, previstas no art. 126.º do CPP e consagradas no n.º 8 do art. 32.º da CRP”, in GUEDES VALENTE, Escutas telefónicas, *op. cit.*, p. 105.

⁴⁵ BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *op. cit.*, p. 454. No entanto, este autor considera que recorrendo ao elemento histórico (proposta de Lei n.º 109/X e a partir do debate parlamentar), “deve o intérprete concluir pela impossibilidade de junção ao processo criminal dos dados sobre a localização celular obtidos no âmbito do art. 252.º-A CPP 2007, por os mesmos configurarem prova ilícita nos precisos termos do artigo 126.º, n.º 4 CPP, dado tal “abertura legislativa” contender com o paradigma constitucional de ingerência nas comunicações privadas estabelecidos nos artigos 32.º, n.º 8 e 34.º, n.º 1 e 4 CRP” (PP. 454 e 455). Não concordamos pelos motivos supra expostos.

⁴⁶ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 653.

integridade física grave. Temos assim que, sem margem para dúvidas, o fim justifica o meio, pois a vida é o bem jurídico de maior valor no ordenamento jurídico (art. 24.º CRP).

No entanto, consideramos importante saber qual a origem/natureza do perigo previsto no art. 252.º-A.

BENJAMIM RODRIGUES refere que se exige “um nexo de causalidade entre uma eventual acção da pessoa que será alvo da medida de ingerência nas suas comunicações privadas, ainda que ao nível dos seus elementos externos – dados de localização – e o perigo (efectivo!) que aquela tenha causado para a vida de outra pessoa ou em virtude de ameaça grave à integridade física dessa pessoa”⁴⁷.

MAIA GONÇALVES considera que “deve porém salientar-se que se trata de uma medida de que as autoridades judiciárias ou de polícia criminal só podem fazer uso para localizar quem seja suspeito de pôr em perigo a vida de outra pessoa ou de lhe ofender gravemente a integridade física”⁴⁸.

Deste modo, “em princípio, esta medida surge para socorrer o ofendido, quando este se encontra ameaçado na sua integridade física ou na sua vida”, partindo-se do presunção que o legislador “estava a prever e conceptualizar a perigosidade de violação daqueles bens jurídicos, tal como estes estão previsto na parte especial do Código Penal”⁴⁹.

Entendemos, também, que o perigo previsto no art. 252.º-A terá de ser de origem criminosa pelas seguintes razões:

- Recorrendo ao elemento sistemático de interpretação, este artigo insere-se no capítulo das medidas cautelares e de polícia, integrado no livro das fases preliminares do processo, do **Código de Processo Penal** – medidas que se constituem como actos necessários e urgentes face a uma ocorrência criminal (quer estejamos já no âmbito processual ou ainda no âmbito pré-processual);
- Os n.º 2 e 3 do art. 252.º-A fazem referência a “processo em curso” e, não havendo processo em curso, a “entidade com-

⁴⁷ BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *op. cit.*, p. 453.

⁴⁸ MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal – Anotado e Legislação Complementar, op. cit.*, p. 605.

⁴⁹ MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *op. cit.*, p. 621.

petente para a investigação criminal”, o que salienta a ideia de que já existe um processo criminal em curso ou, não existindo ainda, terá início seguidamente um processo criminal. Logo, se existe processo-crime ou se ainda não existe, mas, ao menos, o OPC, após praticar os actos cautelares e urgentes, irá dar notícia de crime com o competente exercício da acção penal pelo MP, será adequado retirarmos a conclusão de que o **perigo previsto, como pressuposto, no n.º 1 art. 252.º-A, tenha de resultar de conduta criminosa de terceiro; e**

- Pelo facto do art. 34.º, n.º 4 da CRP apenas permitir ingerências nas telecomunicações em matéria de processo criminal. Portanto, a interpretação do art. 252.º-A à luz da Constituição impõe que se conclua pela natureza criminosa do perigo.

Deste modo, importa saber a legitimidade e justificação do recurso a dados sobre a localização celular quando o perigo para vida ou de ofensa à integridade física grave não resulte de comportamento criminoso de terceiro. Neste sentido, vamos dividir o perigo para a vida ou de ofensa à integridade física grave adoptando um critério quanto à sua origem. Teremos assim duas situações: origem não criminosa e involuntária do perigo; ou origem não criminosa e voluntária do perigo.

Desde já, poder-se-á dizer que atendendo ao referido supra, o recurso à localização celular, nos casos de perigo não resultante de crime, não poderá nem deverá ser fundamentado no art. 252.º-A do Código de Processo Penal. Assim, não havendo uma norma habilitadora expressa para a utilização dos dados de localização celular e constituindo estes uma intromissão na esfera privada de particulares, nomeadamente com afectação de direitos fundamentais, podendo gerar responsabilidade criminal de quem recorre a tal medida, o recurso a tal medida terá de ser fundamentado com base em causas de justificação – causas de exclusão da ilicitude.

Assim, antes de nos debruçarmos sobre as duas situações de perigo não proveniente de crime, faremos uma breve referência à protecção jurídica dos bens jurídicos afectados com a intromissão nos dados de localização celular, com referência aos tipos legais de crime que, em abstracto, poderão ser preenchidos, para, seguidamente, aludirmos a duas causas de exclusão da ilicitude – direito de

necessidade e consentimento – que entendemos revestirem-se de crucial importância neste âmbito.

ii. Tutela Jurídico-Criminal

Os dados de localização celular estão na “posse” das operadoras móveis de telecomunicações, mas “pertencem” à esfera do titular do telemóvel em utilização. A intromissão nesses dados pode colidir com direitos fundamentais, dos quais destacamos a reserva da intimidade da vida privada e a inviolabilidade das telecomunicações. Direitos que estão constitucionalmente protegidos, em especial, no art. 34.º. Como extensão da protecção constitucional, tais direitos fundamentais e bens jurídicos encontram-se protegidos no ramo do direito penal, ramo que se constitui como a *ultima ratio* para a protecção de bens jurídicos. Dos crimes tipificados e que protegem tais bens jurídicos, salientamos o crime de “devassa da vida privada”, previsto no art. 192.º do CP e o crime de “violação de correspondência ou de telecomunicações”, previsto no art. 194.º do CP⁵⁰.

Assim, a obtenção de dados de localização celular fora dos pressupostos e condições dos art. 189.º e 252.º-A do CPP pode, em abstracto, preencher a tipicidade de algum dos tipos legais previstos no CP.

iii. Causas de exclusão da ilicitude

Segundo a teoria da infracção ou teoria da subsunção progressiva, crime é uma acção – comportamento humano dominado ou dominável pela vontade – típica, ilícita, culposa e punível⁵¹.

⁵⁰ Sobre este assunto, vide GUEDES VALENTE, op. cit., pp.133 a 150, e MANUEL VEIGA DE FARIA, “Comunicações electrónicas e a tutela da privacidade e do sigilo: «ouvir e falar sem ser falado; falar e ouvir sem ser ouvido»”, in *Direito e (tele)comunicações*, Glória Teixeira (direcção) e Maria Raquel Guimarães (coordenação), Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 156-167.

⁵¹ TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal*, 2.º volume, Lisboa, A.A.F.D.L., 2002 (reimpressão), pp. 15 e ss.

Dizer-se que a acção é típica, ou que a tipicidade está preenchida, significa que aquela acção concreta preenche os vários elementos de um dos tipos legais de crime – constante na parte especial do código penal ou em legislação avulsa. Após termos uma acção típica temos ainda de ver se se verifica a ilicitude, a culpabilidade e a punibilidade.

Apesar da acção corresponder a um tipo legal de crime, a ordem jurídica pode permitir, em determinadas circunstâncias, tal actuação. Quando assim acontece estamos na presença de causas de justificação – causas de exclusão da ilicitude –, dizendo-se que aquele comportamento está justificado, ou seja, aquela acção que é penalmente relevante e que preenche um tipo legal de crime, não é ilícita por ser realizada ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude. Deste modo, e ocorrendo o afastamento da ilicitude de tal comportamento, não estaremos na presença de um crime por lhe faltar um elemento da definição referida – acção típica, ilícita, culposa e punível.

O art. 31.º, n.º 1, do CP estabelece que “o facto não é punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade”. Concretizando no seu n.º 2 que não é ilícito o facto praticado em legítima defesa, no exercício de um direito, no cumprimento de um dever imposto por lei ou por ordem legítima da autoridade ou com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado. Nos arts. seguintes surgem-nos reguladas as seguintes causas de exclusão de ilicitude: legítima defesa (art. 32.º), direito de necessidade (art. 34.º), conflito de deveres (art. 36.º) e o consentimento (arts. 38.º e 39.º).

Destas várias figuras de exclusão da ilicitude, vamos debruçar-nos sobre o direito de necessidade e o consentimento.

a) Direito de necessidade⁵²

Os elementos do direito de necessidade constantes no art. 34.º do CP são a **prática de um facto típico** como **meio adequado** para **afastar um perigo actual** que ameace interesses juridicamente prote-

⁵² “...também chamado correctamente estado de necessidade objectivo ou estado de necessidade justificante” in JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais – A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra, Coimbra editora, 2004, p. 413.

gidos do agente ou de terceiro, verificando-se os seguintes **requisitos cumulativos**: a) não ter sido voluntariamente criada pelo agente a a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro; b) haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e c) ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado.

Relativamente ao perigo, FIGUEIREDO DIAS põe em evidência “que o bem jurídico a salvaguardar tem que se encontrar objectivamente em perigo” havendo “a exigência expressa (...) de que se trate de um perigo actual”⁵³.

Esta causa de justificação operará quando uma pessoa comete um facto típico (previsto na lei como crime) lesando assim um interesse protegido pela ordem jurídica, mas para que dessa forma se salve um interesse sensivelmente superior. Relativamente à superioridade do interesse a salvaguardar, “o critério com que todos estão de acordo é de que haverá sempre que atender às escalas de valores dos bens juridicamente protegidos estabelecidos pela lei, mas dificilmente se pode avançar mais numa formulação abstracta”⁵⁴. Assim, teremos de partir da escala de valores dos bens jurídicos protegidos por lei, onde a vida humana ocupa o lugar cimeiro, portanto existe assim um critério objectivo, no entanto, sem esquecer, que a expressão interesse jurídico não corresponderá, na plenitude, com a expressão bem jurídico, pelo que será de atender à avaliação subjectiva do bem a salvaguardar⁵⁵.

O comportamento humano, que preencha um tipo legal de crime, realizado ao abrigo do direito de necessidade não é um comportamento ilícito, pois vê a ilicitude ser excluída por esta causa de justificação, tornando assim a conduta lícita.

⁵³ *Idem*, p. 416.

⁵⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Parte Geral II, Teoria do Crime*, 1ª edição, Lisboa, Editorial Verbo, 1998, p.112 com referência a MANUEL CAVALheiro DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, p. 220 e JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Pressupostos da Punição e Causas que Excluem a Ilícitude e a Culpa*, p.62

⁵⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 428.

b) Consentimento

O consentimento (real ou efectivo) está previsto no art. 38.º do CP, compreendendo requisitos de vária ordem, nomeadamente: a) referir-se a interesses jurídicos livremente disponíveis⁵⁶ e o facto não ofender os bons costumes; b) expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida; c) prestado por quem tiver mais de 14 anos e possuir discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance.

Interessa-nos estudar a figura do consentimento presumido.

O art. 39.º, n.º 1, do CPP equipara o consentimento presumido ao consentimento efectivo, previsto no art. 38.º. O n.º 2 do art. 39.º estipula que “há consentimento presumido quando a situação em que o agente actua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias em que este é praticado”.

FIGUEIREDO DIAS salienta que “do que se trata pois aqui é de situações em que o titular do bem jurídico lesado *não consentiu* na ofensa, mas nela **teria presumivelmente consentido** se lhe tivesse sido possível pôr a questão”⁵⁷.

Como refere MAIA GONÇALVES, “dá-se relevância à vontade virtual ou hipotética do ofendido, a qual, segundo o quadro das circunstâncias faz conjecturar, seria no sentido de dar o consentimento”, tendo “como requisitos específicos a *necessidade de decisão* e a *impossibilidade de esta ser tomada pelo titular do interesse*”⁵⁸.

Citando novamente FIGUEIREDO DIAS, “quem age supondo, com cuidadosa comprovação ou sem ela, verificados os pressupostos da justificação, actua justificadamente se tais pressupostos na realidade se verificam; se ele supõe erroneamente a sua verificação não actua dolosamente, só podendo ser punível, se disso for caso, por negligência”⁵⁹.

⁵⁶ Os bens jurídicos em causa são livremente disponíveis, note-se que, numa banalização excessiva, existem já operadoras que disponibilizam serviços de localização de telemóveis aos seus clientes, mediante autorização prévia dos visados. Por exemplo, o serviço de localização celular da Vodafone ou o serviço LOCALIZZ da TMN.

⁵⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 453.

⁵⁸ MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português – Anotado e Comentado*, *op. cit.*, p. 173.

⁵⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 456.

iv. *Origem não criminosa do perigo*

Após referência breve aos pressupostos e requisitos destas duas causas de exclusão da ilicitude vamos então expor as duas situações que considerámos quanto à origem não criminosa do perigo e que, como tal, extravasam o domínio do art. 252.º-A do CPP, sendo que o recurso à localização celular nesses casos poderá integrar um facto típico, eventualmente o previsto no art. 192.º do CP – “Devassa da vida privada” ou no art. 194.º CPP – “Violação de correspondência ou de telecomunicações”.

A divisão realizada baseia-se no critério da origem do perigo, resultando em: a) origem não criminosa e voluntária do perigo; b) origem não criminosa e involuntária do perigo.

a) *Origem não criminosa e voluntária do perigo*

Nesta situação, o perigo para a vida ou de ofensa à integridade física grave não resulta de acção criminosa de outrem, mas é a própria pessoa que, voluntariamente, provoca esse perigo concreto.

Imagine-se, por exemplo, que alguém tentou suicidar-se, e após a tentativa infrutífera desapareceu, tudo levando a crer que estará a tentar novamente pôr termo à vida.

Embora considere que esta situação sai das fronteiras do art. 252.º-A, por não se tratar de perigo originado por comportamento criminoso, penso que é legítimo o recurso à localização celular, tendo a nobre finalidade de preservar a vida humana. Esta solicitação estará legitimada num regime de direito de necessidade, não constituindo o pedido de dados pela autoridade de polícia criminal qualquer facto ilícito.

Teremos então os elementos do direito de necessidade preenchidos, senão vejamos: a) prática de um facto típico como meio adequado para afastar um perigo actual que ameaça interesse juridicamente protegido de terceiro (comportamento auto-destrutivo da vida humana); b) não foi voluntariamente criada pelo agente (quem faz o pedido), em todo o caso tratar-se-ia sempre de proteger interesse de terceiro; c) o bem jurídico vida é o mais elevado da escala de valores, havendo assim superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao sacrificado (sigilo nas comunicações e reserva da vida

privada); d) é razoável impor ao lesado o sacrifício do interesse da protecção das telecomunicações em atenção à natureza ou valor do interesse ameaçado (vida ou integridade física de forma grave).

FIGUEIREDO DIAS adverte que a lei se refere a interesse jurídico e não a bem jurídico, pelo que a avaliação da superioridade do interesse se processa de acordo com critérios basicamente objectivos, mas não podendo ficar completamente de fora de consideração a avaliação subjectiva da importância do bem a salvaguardar. A este propósito, “o caso mais complexo é aqui o do suicídio: saber se, em casos tais, é relevante ou irrelevante (o que pode acontecer face à lei moral, mas só dificilmente se poderá defender perante a lei jurídica) a vontade do suicida”⁶⁰.

Pensamos que neste caso, quando se trate de evitar que alguém ponha termo voluntária e propositadamente à sua vida, estaremos sempre a coberto da consagração constitucional da inviolabilidade da vida humana (art. 24.º CRP) – bem jurídico indisponível –, e que a vontade do suicida, quanto à ponderação do interesse, será de desprezar. Julgamos incumbir, assim, um duplo dever – moral e jurídico – de actuação tendo em vista afastar o comportamento auto-destrutivo de bem jurídico que é inviolável e indisponível⁶¹. Esta ponderação, extrai-se, aliás, do art. 154.º do CP, cuja epígrafe é coacção, ao referir que a coacção não será punível se visar evitar suicídio⁶². Deste modo, se até podemos por meio de violência ou de ameaça com mal importante, constranger outra pessoa a uma acção ou omissão tendo em vista evitar o suicídio, logo, interferir no bem jurídico liberdade pessoal e integridade física, não seria compreensível que a ordem jurídica não legitimasse a obtenção de dados de localização de um

⁶⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 428.

⁶¹ FIGUEIREDO DIAS refere que “a vida constitui um bem jurídico absolutamente indisponível (...) acentue-se desde já, perante lesões provenientes de terceiros, não quando provenientes do seu próprio titular: o suicídio, mesmo sob a forma tentada, não constitui um ilícito típico” (*idem*, p. 447). Apesar do suicídio não constituir qualquer ilícito típico, nem faria sentido que assim fosse, parece-nos que não se poderá retirar daqui a conclusão que a vida é um bem jurídico disponível perante lesões do seu próprio titular. Este facto causará sempre um impacto e danosidade social, aliado à necessidade de protecção e ajuda do suicida, pelo que se justificará sempre uma actuação no sentido de fazer cessar aquela ofensa à vida, ainda que não esteja penalmente protegida na situação concreta.

⁶² Neste sentido, BRUNO PRATAS, *op. cit.*, 38.

telemóvel, violando as telecomunicações e a privacidade (bens jurídicos inferiores à liberdade e à integridade física) de alguém que se vai suicidar, tendo em vista evitar tal acto – entendemos que a lei considera como justificado tal recurso, a título das causas de exclusão da ilicitude ou, para quem manifesta reservas desta possibilidade, através da exclusão da culpa pelo estado de necessidade desculpante.

Não seria compreensível e não haveria *justiça*, caso alguém pudesse vir a ser condenado por ter tomado acções que visaram directamente afastar perigo para o bem jurídico mais elevado da hierarquia e absolutamente indisponível, por ora, em toda e qualquer circunstância.

b) Origem não criminosa e involuntária do perigo

Nesta situação, o perigo para a vida ou de ofensa à integridade física grave não resulta de acção criminosa de outrem, estando a pessoa nessas condições involuntariamente.

Imagine-se, por exemplo, o cenário de alguém se perder no decurso de uma caminhada numa serra, estando a abater-se sobre o local um violento temporal, que atendendo a todas as condições (logísticas, atmosféricas, especial vulnerabilidade da pessoa, etc.) faz com que aquela pessoa corra perigo de vida ou de ofensa à integridade física grave.

Como já referido, pensamos que neste tipo de situações, em que não existe relação entre o perigo actual e um comportamento criminoso, o pedido de dados não pode ser fundamentado no art. 252.º-A.

No entanto, julgo que não subsistem dúvidas que podendo localizar a pessoa através da localização celular o podemos e devemos fazer. Assim, importa analisar qual a base legal que possa permitir o recurso à localização celular neste tipo de situações.

Atendendo à origem do perigo, e estando a pessoa a correr um perigo involuntariamente e que lhe é indesejável, é de supor que admite os meios necessários para o afastamento da situação de perigo, sendo que se conhecesse as circunstâncias em que a intromissão nas suas comunicações é praticado, teria consentido nessa intromissão. Ou seja, caso fosse possível um consentimento efectivo o visado dá-lo-ia, não sendo possível, o consentimento presume-se.

Parece-nos que, além da possibilidade de enquadramento como direito de necessidade, o regime do consentimento presumido é adequado às características deste tipo de situações, **quando os dados de localização digam respeito a equipamento móvel na posse da vítima**. Em casos de consentimento presumido, poderá, até, fundamentar-se o recurso a tal medida, mesmo sem haver o perigo de vida ou de ofensa à integridade física grave (*vide* exemplo infra), pois os bens jurídicos ofendidos são livremente disponíveis, pelo que, verificando-se os requisitos do consentimento, a obtenção dos dados estará justificada.

Assim, e praticando-se um facto que fosse típico, a ilicitude seria excluída por esta causa de justificação.

Apesar de considerarmos que os casos aqui tratados de origem não criminosa, quer voluntária ou involuntária, possam ambos ser tratados pela figura do direito de necessidade, casos haverá (fora do contexto de perigo para a vida ou integridade física), em que será possível e mais adequado falar de consentimento. Imagine-se a seguinte situação, meramente a título de exemplo: António, aventureiro e experiente escalador, seguidor das passadas do seu pai sendo este facto motivo de orgulho mútuo, decide fazer mais uma caminhada na Serra, com mantimentos e alimentação para várias semanas. Será mais uma caminhada entre tantas outras. Como sabe que o seu pai está bastante doente, ele leva o seu telemóvel, deixando bem exposto que quer ser avisado se algo de mal lhe acontecer, para assim puder regressar de imediato a casa. Entretanto o seu pai morre e o irmão de António tenta contactá-lo para o informar da morte, mas o seu telemóvel sofreu uma avaria, e apesar de estabelecer contacto, não recebe nem emite qualquer comunicação de voz ou mensagem. Para informar António, resta localizá-lo e informá-lo pessoalmente. Mas ele pode estar numa área enorme e com visibilidade diminuída para meios de busca, sendo importante reduzir a área de busca. Caso não seja encontrado e informado do triste acontecimento, quando este regressar já o seu pai terá ido a enterrar. Neste contexto, não se verifica qualquer situação de perigo, pelo que não é possível falar em direito de necessidade. Consideramos que a localização celular do telemóvel de António poderia ser feita num regime de consentimento presumido.

Em conclusão de capítulo, citamos GUEDES VALENTE que, apesar de entender como incorrecta a inserção sistemática da localização celular como medida cautelar e de polícia e denotadora de confusão com a intervenção dos OPC em estado de necessidade, considera que “os OPC podem sempre fazer a localização celular sem autorização judicial nos casos em que haja perigo para a vida ou integridade física grave no âmbito do instituto do *estado de necessidade*”.⁶³ Na verdade, “os bens jurídicos superiores impõem que os OPC intervenham de imediato sem demoras sob pena da intervenção ser tardia, ou seja, o estado de necessidade obriga os OPC a intervir sob pena de serem responsabilizados por omissão”⁶⁴.

VI. Considerações finais

A localização celular prevista no art. 252.º-A é, assim, uma medida cautelar e de polícia, ou seja, uma competência própria da Polícia, neste caso, das autoridades de polícia criminal e que deverá ser utilizada quando e sempre que for necessária para remover perigo, actual e concreto, para a vida ou de ofensa à integridade física grave, tendo este perigo origem em actividade criminosa, não sendo possível aguardar pela intervenção da autoridade judiciária.

Consideramos que, apesar desta medida não ser mais do que a materialização da figura do direito de necessidade alicerçado na localização celular, é útil positivizar este recurso à localização celular, constituindo-se como um acompanhamento do avanço tecnológico, e afastando-se assim dúvidas que se poderiam colocar quanto à possibilidade do seu uso sem prévia autorização judicial no âmbito processual e pré-processual, esclarecendo todos os intervenientes nesta operação, desde o pedido até à validação dos dados – até porque os dados de localização serão, em grande parte das situações, do suspeito, havendo assim conflito de direitos.

⁶³ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, “A desorientada sistemática e desmesurada ampliação dos meios de obtenção de prova e das medidas cautelares e de polícia – Que tarefa esfíngica”, *op. cit.*, p. 249.

⁶⁴ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo Penal – Tomo I, op. cit.*, p. 304.

Consideramos que – atendendo aos pressupostos da medida – o preceito legal não levanta a mera possibilidade da utilização da localização celular, pois a utilização terá de ser necessária – e quando for necessária para atingir o seu fim (salvaguardar a vida ou integridade física de forma grave) –, não se tratará de mera possibilidade mas sim de **dever** atenta a superioridade dos bens jurídicos a salvaguardar.

Consideramos ainda que a utilização da localização celular como meio necessário para afastar perigo que não tenha origem em actividade criminosa, estará justificada pelas figuras do direito de necessidade e/ou consentimento presumido, ficando excluída a ilicitude de tal comportamento.

Compete, assim, às autoridades de polícia criminal o recurso legítimo a esta medida que se constitui como um importante meio para o afastamento de perigo para bens jurídicos cimeiros da hierarquia dos valores consagrados na Constituição da República Portuguesa.

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*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2007.
- BELEZA, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, 2.º volume, Lisboa, A.A.F.D.L., 2002 (reimpressão).
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões fundamentais – A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra, Coimbra editora, 2004.
- EIRAS, Henriques, *Processo Penal Elementar*, 5.ª edição, Lisboa, Quid Júris, 2004.
- EIRAS, Henriques e FORTES, Guilhermina, *Dicionário de Direito Penal e Processo Penal*, 2.ª edição, Lisboa, Quid Juris, 2006.
- FARIA, Manuel Veiga de, “Comunicações electrónicas e a tutela da privacidade e do sigilo: «ouvir e falar sem ser falado; falar e ouvir sem ser ouvido»”, in *Direito e (tele)comunicações*, Glória Teixeira (direcção) e Maria Raquel Guimarães (coordenação), Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 153-191.
- MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal – Comentários e notas práticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.
- MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes, *Código Penal Português – Anotado e Comentado*, 17.ª edição, Coimbra, Almedina, 2005.
- *Código de Processo Penal – Anotado e Legislação Complementar*, 15.ª edição, Coimbra, Almedina, 2009.
- MATA-MOUROS, Maria de Fátima, *Sob Escuta – Reflexões sobre o problema das escutas telefónicas e as funções do juiz de instrução criminal*, 1.ª edição, Cascais, Principia, 2003.

- PRATAS, Bruno José Ferreira, *Da Localização Celular – A problemática subjacente*, Trabalho final de Curso, Lisboa, ISCPSP, 2009.
- RODRIGUES, Benjamim Silva, *Das Escutas Telefónicas, Tomo I, A Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicacionais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal I*, 4.ª edição, Lisboa, Editorial Verbo, 2000.
- *Curso de Processo Penal II*, 3.ª edição, Lisboa, Editorial Verbo, 2002.
- *Curso de Processo Penal III*, 2.ª edição, Lisboa, Editorial Verbo, 2000.
- *Direito Penal Português, Parte Geral I, Introdução e Teoria da Lei Penal*, 2.ª edição, Lisboa, Editorial Verbo, 2001.
- *Direito Penal Português, Parte Geral II, Teoria do Crime*, 1.ª edição, Lisboa, Editorial Verbo, 1998.
- VALENTE, Manuel Monteiro G., “A desorientada sistemática e desmesurada ampliação dos meios de obtenção de prova e das medidas cautelares e de polícia – Que tarefa esfíngica”, in *Galileu, Revista de Economia e Direito*, “Reforma Penal em Debate – Breves Reflexões”, Universidade Autónoma de Lisboa, Volume XII, n.º 2, 2007/ XIII, n.º 1, 2008, pp. 227-251
- *Escutas Telefónicas, Da Excepcionalidade à Vulgaridade*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2008.
- *Processo Penal – Tomo I*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2009.
- *Teoria Geral do Direito Policial – Tomo I*, Coimbra, Almedina, 2005.
- VERDELHO, Pedro, “Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal – Estudos”, in *Revista do CEJ*, 1.º Semestre, N.º 9/Especial, CEJ, 2008

O REGIME DAS BUSCAS DOMICILIÁRIAS

Breve análise

JOÃO DAVIN

Procurador da República

1. Aspectos nucleares

A primeira questão a abordar sobre esta matéria prende-se, desde logo, com a definição do conceito de “*domicílio*”.

Porém, como estamos no âmbito penal e processual penal, importa também atender ao seu enquadramento constitucional.

Com efeito, a regra da inviolabilidade do domicílio tem, desde logo, consagração constitucional (“*ex vi*” – arts.º 34 n.ºs 1 e 2 da CRP), cominando ainda a Lei fundamental com nulidade, as provas obtidas mediante abusiva introdução nesse espaço reservado, conforme decorre do disposto no art.º 32 n.º 8 da CRP.

Pela sua relevância importa averiguar o sentido da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre esta matéria.

Com efeito, esse alto Tribunal refere que: “...a inviolabilidade do domicílio a que se refere o art.º 34 da CRP exprime, numa área muito particular, a garantia do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, genericamente afirmado no art.º 26 n.º 1 da CRP, por isso mesmo tal garantia não se limita a proteger o domicílio, entendido este em sentido civilístico de residência habitual; antes, e de acordo com a interpretação que dela tradicionalmente é feita, tem uma dimensão mais ampla, isto é, mais especificamente, tem por objecto a habitação humana, aquele espaço fechado e vedado a estranhos, onde, recatada e livremente, se desenvolve toda uma