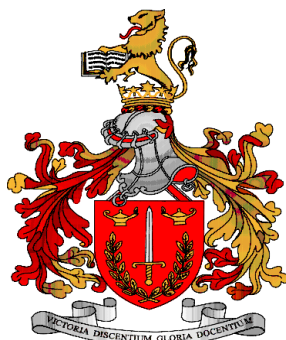


INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA



**Joel Fernandes Araújo**

Aspirante a Oficial de Polícia

**Dissertação de Mestrado Integrado em Ciências Policiais**

XXIV Curso de Formação de Oficiais de Polícia

**Conhecimentos Fortuitos  
no Âmbito do Registo de Voz e de Imagem**

**– Certezas e Ambiguidades –**

Orientador

**João da Costa Andrade**

Lisboa, 26 de Abril de 2012



INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA



**Joel Fernandes Araújo**

Aspirante a Oficial de Polícia

**Dissertação de Mestrado Integrado em Ciências Policiais**

XXIV Curso de Formação de Oficiais de Polícia

**Conhecimentos Fortuitos  
no Âmbito do Registo de Voz e de Imagem**

**– Certezas e Ambiguidades –**

Orientador

**João da Costa Andrade**

Lisboa, 26 de Abril de 2012





**Estabelecimento de Ensino:** Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna

**Curso:** XXIV CFOP

**Orientador:** coJoão da Costa Andrade

**Título:** Conhecimentos Fortuitos no Âmbito do Registo de Voz e de Imagem – Certezas e Ambiguidades

**Autor:** Joel Fernandes Araújo

**Local de Edição:** Lisboa

**Data de Edição:** Abril de 2012

*Ao meu avô Tobias,  
aos meus pais e aos meus irmãos,  
por tudo...*

## AGRADECIMENTOS

---

Por maior que seja o cunho pessoal nesta dissertação, ela espelha sempre o resultado da congregação de vários contributos, apoios e incentivos, sem os quais seria um trabalho desprovido de sentido e significado. Assim, o mérito da sua concretização terá que ser humildemente repartido por todos aqueles que, durante cinco anos, comigo caminharam neste trilho. A todos a mais profunda gratidão.

Antes de reconhecer todos os que contribuíram para chegar ao fim desta etapa começo por pedir desculpa a alguém que porventura me tenha apoiado e que não possa ver o seu nome aqui destacado, a vós também o meu agradecimento.

Assim, neste espaço reservado para o efeito, desejo expressar os meus sinceros agradecimentos:

Ao Mestre João da Costa Andrade, por ter aceite prontamente a orientação deste trabalho de investigação, pela competência científica, pelo inestimável apoio através de um pensamento claro e pragmático, pelas críticas, correcções e sugestões relevantes ao longo do trabalho e pela autonomia que me deu. Espero ter correspondido às suas expectativas.

Aos primos Laura e Hilário, pelas obras facultadas e, essencialmente, pelo bem-estar proporcionado que permitiu grandes momentos de inspiração. Um exemplo de humanidade e boa disposição, sem eles teria sido muito mais difícil.

Ao primo José Magalhães, pelo incentivo e pelos clássicos cedidos. Não se pode perceber o Direito, ou parte dele, sem se recorrer aos clássicos.

Ao Sr. Procurador-Adjunto Carlos Figueira, do DIAP, pela notável disponibilidade e pelas longas e enriquecedoras horas de discussão saudável que permitiram, de forma pragmática, clarear todos os actos processuais praticados pelo MP e pelo JIC que possam, de alguma forma, contender com os direitos relacionados com a voz e a imagem.

A todo o corpo docente do ISCPSI, pelos ensinamentos transmitidos ao longo do Mestrado, especialmente aos professores e oficiais que dentro do espírito académico e da disciplina exigível possibilitaram discussões dogmáticas que concorreram significativamente para a nossa evolução e formação enquanto alunos.

A todos os elementos do Quadro Orgânico do ISCPSI, através da simpatia e gratidão demonstrados que sempre fizeram com que me sentisse em casa. Como já tive a possibilidade de referir, cada peça de um puzzle tem o seu valor único e insubstituível.

A todos os camaradas do XXIV Curso de Formação de Oficiais de Polícia, especialmente aqueles que contribuíram para o espírito de corpo e disciplina de uma forma saudável e deste modo tornaram a minha vida académica e pessoal, dentro do ISCPSI, mais agradável. A todos os restantes alunos e ex-alunos com quem privei em momentos de saudável confraternização. Não poderia deixar de destacar o Subcomissário Tiago Lousa pelo contributo para a escolha do tema da presente dissertação.

A todos os militares que “formaram” ao meu lado ao longo dos sete anos de vida militar. Principalmente os que comigo cumpriram as missões que nos foram atribuídas além fronteiras. As amizades que ficaram e os valores adquiridos, nessa fase importante da minha vida, foram referência e motivação sempre presentes em todas as situações ao longo dos anos em que frequentei o Mestrado que agora concluo. Eternamente grato.

À Daniela, pela compreensão, dedicação e incentivo imensuráveis.

Por último, à minha família, um pilar fundamental da minha vida, pelo apoio e tolerância incondicionais.

A todos, que caminharam a meu lado neste trilho,  
reitero o meu apreço e a minha eterna gratidão.

Sanguinhêdo de Côta, 15 de Abril de 2012

## RESUMO

---

A criminalidade organizada e económico-financeira prospera e organiza-se de forma a iludir os mecanismos de regulação do Estado. Por sua vez, este adopta, dentro da legalidade, as medidas necessárias para a suprir. Assim, surge no ordenamento jurídico português a Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro e com ela o *registo de voz e de imagem* como meio de obtenção de prova.

O *registo de voz e de imagem*, integrando os meios de investigação ocultos, contribui consideravelmente para o aparecimento inesperado de conhecimentos que em nada se relacionam com a investigação onde são obtidos – os *conhecimentos fortuitos*.

Circunscrito a um catálogo de crimes e pela sua natureza, o *registo de voz e de imagem* reveste-se de notável excepcionalidade. O que, desta forma, influenciará sobremaneira o aproveitamento processual que os *conhecimentos fortuitos*, que surgem através deste meio de obtenção de prova, podem arcar casuisticamente – a relevância jurídica que esses *conhecimentos fortuitos* podem consubstanciar constitui o núcleo do nosso trabalho de investigação.

**Palavras-chave:** meios de obtenção de prova, registo de voz e de imagem, conhecimentos da investigação, conhecimentos fortuitos, valoração

## ABSTRACT

---

Organized and financial crime develops and shapes itself in order to escape State control. The latter, in turn, makes attempts to control organized crime. It is in the context of this interaction that Law 5/2002 of 11 January on the recording of ‘voice’ and ‘image’ (covert means of surveillance) as lawful means to obtain evidence is adopted.

The recording of voice and of image recurrently leads to access to information unrelated to the scope of the proceedings that led to the investigation in course – unforeseen facts.

However, obtaining voice and image as evidence is only authorized in relation to a limited number of particularly serious crimes. This raises doubts as to whether and how these ‘unexpected facts’ can be used as means of proof themselves. This dissertation aims precisely at exploring the legal framework determining the possible admissibility and extent of the use of this type of evidence in criminal proceedings.

**Keywords:** means to obtain evidence; recording of voice and image; knowledge available to the investigation; unforeseen facts; legal admissibility

## LISTA DE SIGLAS

---

<b>Ac.</b>	– Acórdão
<b>AJ</b>	– Autoridade Judiciária
<b>APC</b>	– Autoridade de Polícia Criminal
<b>AR</b>	– Assembleia da República
<b>CC</b>	– Código Civil
<b>CEDH</b>	– Comissão Europeia dos Direitos do Homem
<b>CP</b>	– Código Penal
<b>CPP</b>	– Código de Processo Penal
<b>CRP</b>	– Constituição da República Portuguesa
<b>DUDH</b>	– Declaração Universal dos Direitos Humanos
<b>GNR</b>	– Guarda Nacional Republicana
<b>JIC</b>	– Juiz de Instrução Criminal
<b>LOIC</b>	– Lei de Organização da Investigação Criminal
<b>MP</b>	– Ministério Público
<b>OPC</b>	– Órgão de Polícia Criminal
<b>PJ</b>	– Polícia Judiciária
<b>PSP</b>	– Polícia de Segurança Pública
<b>STJ</b>	– Supremo Tribunal de Justiça
<b>TC</b>	– Tribunal Constitucional
<b>TIR</b>	– Termo de Identidade e Residência
<b>TRC</b>	– Tribunal da Relação do Coimbra
<b>TRE</b>	– Tribunal da Relação do Évora
<b>TRG</b>	– Tribunal da Relação do Guimarães
<b>TRP</b>	– Tribunal da Relação do Porto

# ÍNDICE

---

---

<b>AGRADECIMENTOS</b> .....	<b>I</b>
<b>RESUMO</b> .....	<b>III</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>IV</b>
<b>LISTA DE SIGLAS</b> .....	<b>V</b>
<b>ÍNDICE</b> .....	<b>VI</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>1</b>
a) Problemática da Investigação e Hipóteses de Estudo.....	2
b) Metodologia Adoptada .....	3
<b>CAPÍTULO 1 – ENQUADRAMENTO TEMÁTICO</b> .....	<b>5</b>
1.1. Introdução Capitular .....	5
1.2. Criminalidade Organizada e Económico-Financeira .....	5
1.3. O Processo Crime .....	9
1.3.1. Conceptualização, Função e Finalidade do Processo Penal .....	9
1.3.2. O Modelo Processual Penal Português .....	11
1.3.3. Promoção do Processo e a Investigação Criminal .....	12
1.4. Da Prova.....	15
1.4.1. Conceito de Prova.....	15
1.4.2. Admissibilidade e Proibições de Prova.....	16
1.4.3. Dos Meios de Prova e Meios de Obtenção de Prova .....	18
1.5. Os Meios Ocultos de Investigação na Obtenção de Prova.....	19
1.6. Conclusão Capitular .....	21
<b>CAPÍTULO 2 – O REGIME JURÍDICO PORTUGUÊS DO REGISTO DE VOZ E DE IMAGEM –     LEI N.º 5/2002 DE 11 DE JANEIRO</b> .....	<b>22</b>
2.1. Introdução Capitular .....	22
2.2. O Registo de Voz e de Imagem – Art. 6.º da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro.....	22
2.3. Escutas Telefónicas <i>versus</i> Registo de Voz e de Imagem .....	26
2.3.1. Aspectos Transversais .....	26
2.3.2. A Voz ( <i>off</i> ) e as Conversações entre Presentes .....	28
2.4. Meio Excepcional de Investigação .....	33
2.4. Admissibilidade e Formalidades do Recurso ao Registo de Voz e de Imagem ....	34
2.4.1. Admissibilidade.....	34
2.4.2. Formalidades .....	40

2.5. Conclusão Capitular .....	41
<b>CAPÍTULO 3 – DOS CONHECIMENTOS FORTUITOS .....</b>	<b>43</b>
3.1. Introdução Capitular .....	43
3.2. Tipologia .....	43
3.3. Dos Conhecimentos da Investigação .....	44
3.4. Do “efeito-à-distância” .....	46
3.5. No Âmbito dos Meios de Obtenção de Prova em Geral .....	50
3.6. No Âmbito do Registo de Voz e de Imagem.....	51
3.6.1. Da Excepcionalidade do Registo de Voz e de Imagem e a sua Implicância com os Conhecimentos Fortuitos .....	51
3.6.2. Da Valoração Probatória.....	53
3.7. Conclusão Capitular .....	58
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>60</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>64</b>
Diplomas .....	68
Jurisprudência.....	69

## INTRODUÇÃO

A presente Dissertação realiza-se no âmbito do Curso de Mestrado Integrado em Ciências Policiais do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. A escolha da temática retratada assenta, essencialmente, no desejo constante que caracteriza os agentes administradores e promotores da justiça em melhor interpretar e aplicar o Direito e a Lei.

O duelo permanente entre a criminalidade organizada e económico-financeira e os mecanismos que a reprimem pouco tem honrado a deusa *Iustitia* que segura uma balança, cujo valor simbólico se desvanece neste confronto. Este desequilíbrio traduz-se na insuficiência dos “mecanismos de combate e repressão” daquela criminalidade<sup>1</sup>. Da necessidade de colmatar esta carência surge a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, e com ela raia, no art. 6.º, o instituto *registo de voz e de imagem*, um meio excepcional de obtenção de prova cujos aspectos jurídicos e técnicos nos impelem para uma discussão académica onde o fim não se prevê para breve. O desejo de clarificar os aspectos teóricos e práticos que alimentam essa discussão será o ponto de partida do nosso trabalho.

Esperamos atingir, indubitavelmente, esse propósito para que seguidamente possamos aprofundar, com segurança, os conceitos que se relacionam com os *conhecimentos fortuitos*, pois estes, originariamente, apartam-se de todos os aspectos expectáveis no decorrer do processo, por surgirem inesperadamente, característica singular, e com alguma frequência. Na esteira de COSTA ANDRADE, “a recolha dos conhecimentos fortuitos tem a marca incontornável da álea e da surpresa: não pode ser antecipada ou prevista, menos ainda acautelada”<sup>2</sup>.

Assim, esperamos com este trabalho, contribuir substancialmente para uma melhor clarificação dos aspectos técnicos e metódicos na recolha dos registos através do meio de obtenção de prova referido e, também, clarear toda a envolvente dos *conhecimentos fortuitos*, que pela sua natureza e características, levam os doutrinários a dividirem-se em opiniões, por vezes completamente antagónicas, no tratamento e fim a dar aos respectivos *conhecimentos fortuitos*.

<sup>1</sup> Neste sentido, Proposta de Lei n.º 94/VIII de 19 de Setembro de 2001 da AR.

<sup>2</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Escutas Telefónicas, Conhecimentos Fortuitos e Primeiro Ministro”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 139.º, n.º 3962, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 286.

## a) Problemática da Investigação e Hipóteses de Estudo

A Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, surge com a necessidade de dotar os OPC de um meio de obtenção de prova de forma a aumentar a eficácia da Justiça, como expressa a Proposta de Lei n.º 94/VIII de 19 de Setembro de 2001 da Assembleia da República. É neste contexto que, previsto no art. 6.º da referida Lei, surge a possibilidade de recurso ao *registo de voz e de imagem* enquanto “meio de produção de prova”. Este meio de obtenção de prova constitui-se como um meio de investigação oculto, e desta forma configura-se de uma incontornável “danosidade qualificada”<sup>3</sup>. Neste contexto, completamente desconhecido para o(s) suspeito(s) investigado(s), brotam informações alheias ao processo referido, informações a que COSTA ANDRADE designa de “factos ou conhecimentos recolhidos fortuitamente, isto é, que não se reportam ao crime cuja investigação legitimou a sua realização”<sup>4</sup>.

Pela elevada danosidade social e elevada agressividade face aos direitos fundamentais individuais protegidos Constitucionalmente, o legislador, no recurso a estes meios de obtenção de prova, criou um crivo apertado de pressupostos que, não se verificando, podem gerar nulidades insanáveis e, com isso, proibições de prova. Pelo exposto “o estudo dos conhecimentos fortuitos releva no quadro de todos os meios de prova sujeitos à verificação de um catálogo de crimes, que não são admissíveis como medidas cautelares e de polícia”<sup>5</sup>.

Num sentido lato, os *conhecimentos fortuitos* obtidos no *registo de voz e de imagem*, o seu tratamento jurídico e a possibilidade de valoração probatória (absoluta ou condicionada) num processo alheio ao originário da investigação, constituem a problemática da nossa investigação. Assim os objectivos iniciais do trabalho focam a clarificação de todos os aspectos que gravitam em torno da problemática referida, de modo que, no recurso ao meio de produção de prova que estudaremos, não haja lugar a aspectos inequívocos que possam determinar o afastamento da prova carreada no decorrer do processo. Na mesma linha de pensamento pretendemos determinar os procedimentos com os *conhecimentos fortuitos* adquiridos no recurso ao meio de obtenção de prova referido.

Os objectivos da nossa dissertação não se resumirão à afirmação ou rejeição das hipóteses que levantaremos seguidamente. Seria um trabalho limitado e redutor dada a

<sup>3</sup> Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Escutas Telefónicas...”, in *Revista de Legislação...*, p. 276.

<sup>4</sup> COSTA ANDRADE *apud* MANUEL M. GUEDES VALENTE, *Conhecimentos Fortuitos - A Busca de um Equilíbrio Apuleiano*, Coimbra: Almedina, 2006, p.74.

<sup>5</sup> Cfr. MANUEL M. GUEDES VALENTE, *Processo Penal*, Tomo I, 3.ª Ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 578.

pertinência do tema e o facto de se tratar de um trabalho no âmbito das ciências jurídicas. Contudo porque o mundo científico o determina e por nos serem úteis como linhas de orientação erigimos as seguintes hipóteses:

- ✓ A existência de um crime do catálogo, previsto na Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, e o facto de ser “necessário para a investigação” do mesmo são condições suficientes para se recorrer ao meio de produção de prova referido.
- ✓ A voz registada no âmbito de uma escuta telefónica, antes de o destinatário da chamada atender, a designada voz (*off*), enquadra-se no meio de obtenção de prova previsto no art. 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, e não no regime das “escutas telefónicas”.
- ✓ Os *conhecimentos fortuitos*, obtidos no âmbito do *registo de voz e de imagem*, devem ser valorados sempre que se refiram a um crime de catálogo previsto Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.
- ✓ Independentemente da valoração ou não dos *conhecimentos fortuitos*, obtidos no âmbito do *registo de voz e de imagem*, os OPC têm a obrigatoriedade de comunicar o crime ao MP que deve promover a acção penal juntando os registos em causa ao novo processo por estarem na base da notícia do crime.

## b) Metodologia Adoptada

A realização deste trabalho tem como base uma abordagem qualitativa assente na análise documental. Será através da descrição da informação científica existente, relacionada com o objecto de estudo, que pretendemos atingir os nossos objectivos. Como tal, esta dissertação poderá ser também considerada uma investigação descritiva. O trabalho versará sobre uma pesquisa e análise alargadas de conteúdos, de forma objectiva<sup>6</sup>, relacionados com a temática em causa. Estudaremos a legislação existente sobre as matérias e, como será expectável, através da análise da jurisprudência, trabalhos, publicações e artigos relacionados, complementaremos o nosso estudo de acordo com a interpretação que a Justiça portuguesa faz sobre as matérias explanadas. O critério para a

<sup>6</sup> A objectividade do investigador constitui-se uma preocupação permanente na investigação qualitativa. Cfr. HERMANO CARMO e MANUELA MALHEIRO FERREIRA, *Metodologia da Investigação - Guia para Auto-aprendizagem*, 2.ª Ed., Lisboa: Universidade Aberta, 2008, p.199.

escolha da bibliografia, apartando-nos do acaso e do facciosismo, consistiu, numa primeira fase, na consulta da bibliografia, existente, entre outras, na Biblioteca do ISCPSI, relacionada com o Direito e, particularmente, com o Direito Processual Penal. Entre esta optámos por aquela que aborda ou que se relaciona, de alguma forma, com o nosso objecto de estudo. Foi pois tendo como base esta primeira selecção que se partiu para a análise das obras doutrinárias e jurisprudenciais consideradas prementes usadas para a sustentação da matéria encontrada.

Complementaremos esta pesquisa bibliográfica, nomeadamente no que respeita a jurisprudência, recorrendo às bases de dados existentes nos seguintes sítios na *Internet*: Tribunal Constitucional Português - <http://www.tribunalconstitucional.pt>; Bases Jurídico-Documentais do Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça - <http://www.dgsi.pt>; Biblioteca digital da Justiça Portuguesa - <http://biblioteca.mj.pt>; Procuradoria-Geral da República - <http://www.pgr.pt>; Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa - <http://www.pgdlisboa.pt>.

No intuito de melhor compreendermos circunstâncias que estiveram na génese da legislação relevante para o presente trabalho e seus fundamentos, consultámos ainda o sítio na *Internet* da Assembleia da República, nomeadamente o relativo às comissões parlamentares e seus debates - <http://www.parlamento.pt/ComissoesAR>.

Para que o nosso trabalho se apresente claro, lógico e cientificamente com o rigor expectável articulamo-lo em três partes singulares: *Introdução*, *Desenvolvimento* e *Conclusão*. Das referidas partes estruturantes, o *Desenvolvimento* repartir-se-á em três capítulos. No primeiro enquadraremos o tema nos conceitos jurídicos com que se relaciona. Posteriormente, num sentido lógico, focaremos os nossos esforços na matéria relativa à prova e nos processos de obtenção da mesma no âmbito processual penal onde, naturalmente, encontraremos o meio de produção de prova que integra, como principal, o nosso trabalho. O *registo de voz e de imagem* previsto na Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, merecerá a nossa atenção específica no segundo capítulo. Finalmente, no terceiro, no âmbito deste meio de obtenção de prova, estudaremos com maior profundidade os *conhecimentos fortuitos* que por esta via surgem.

## CAPÍTULO 1 – ENQUADRAMENTO TEMÁTICO

*“O indivíduo não pode ser abandonado ao poder do Estado, antes tem de surgir como verdadeiro «sujeito» do processo, armado com o seu direito de defesa e as suas garantias individuais”<sup>7</sup>.*

FIGUEIREDO DIAS

### 1.1. Introdução Capitular

Este capítulo atende à necessidade de enquadrarmos a temática da nossa dissertação, o que nos remete inicialmente para a abordagem dos conceitos de criminalidade organizada e económico-financeira por esta estar na origem da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.

O meio de obtenção de prova que surge com a referida lei e que se constitui como pano de fundo neste trabalho opera no contexto criminal, o que, desde logo, confere a pertinência necessária para que abordemos o processo crime e suas características no ordenamento jurídico português. Da importância da prova e todos os mecanismos que possibilitam a sua produção em sede de julgamento, como explanaremos neste capítulo. Não poderíamos deixar de abordar os meios de investigação ocultos, não só pela íntima ligação que têm com o *registo de voz e de imagem*, como também pela pertinência jurídica que assumem face à elevada danosidade implicada aos direitos fundamentais pessoais.

### 1.2. Criminalidade Organizada e Económico-Financeira

Estabelecer um conceito exacto e único de criminalidade organizada é uma tarefa inglória dada a multiplicidade de definições existentes no mundo académico. Contudo existem “pontos concordantes” nas diferentes abordagens<sup>8</sup>. Conceptualmente, apesar da íntima ligação, a distinção entre criminalidade organizada e criminalidade económico-financeira assenta essencialmente na forma e no tipo de criminalidade perpetrada, isto é, tem-se por criminalidade económico-financeira toda a que preenche um determinado tipo

<sup>7</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1974, Vol. I, p. 64.

<sup>8</sup> Neste sentido, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 172.

legal de crime<sup>9</sup>. Por sua vez, a criminalidade organizada pressupõe a verificação de um conjunto mais vasto de características, como analisaremos seguidamente.

Comummente associamos a criminalidade organizada a estruturas cuja actividade entronca em ilícitos criminais com fins pré-determinados, económicos ou não. Neste sentido, estudos recentes tendem a evidenciar “a *acção de redes* trabalhando em *mercados criminais*, onde grupos e indivíduos mais ou menos interligados oferecem e procuram a realização de acções criminosas”<sup>10</sup>.

A criminologia aponta hoje “as redes difundidas internacionalmente trabalhando a grande escala, com uma motivação essencialmente económica, e desenvolvendo relações simbióticas – isto é, identificando-se com a estrutura meio ambiental com a qual fazem corpo – que lhe asseguram uma certa imunidade”<sup>11</sup>.

Conceptualmente, JOÃO DAVIN refere, como elemento nuclear, a existência de uma organização estruturada hierarquicamente onde as relações de poder se vão estabelecendo a par da institucionalização e “cristalização” do grupo, no qual vai surgindo uma vontade própria, autónoma dos seus membros. Aponta, ainda, o elemento permanência ou estabilidade temporal que tendencialmente perpetua a existência da organização mesmo após o desaparecimento dos seus fundadores. Assim, “a organização possui a capacidade de incorporação e de substituição imediata dos seus integrantes, nas várias camadas de estruturação, sem que se percam, no seu cerne e comando as características de permanência e estabilidade”<sup>12</sup>. Por último indica, como terceiro elemento (composto ou compósito), a obtenção de proveitos económicos relevantes através da prática de infracções/crimes<sup>13</sup>.

A Comissão Europeia aponta como “«organização criminosa» a associação estruturada de duas ou mais pessoas que actua de forma concertada, tendo em vista cometer infracções puníveis com pena privativa de liberdade ou medida de segurança privativa de liberdade cuja duração máxima seja de, pelo menos, quatro anos, ou com pena

<sup>9</sup> Integram esta categoria, designadamente, o conjunto de crimes respeitantes à corrupção, branqueamento de capitais, contrafacção de cartões de crédito, títulos de crédito e moeda, burla internacional, contrabando, fuga aos impostos, criminalidade em informática e telecomunicações. A este respeito, *vide* HENRIQUES EIRAS e GUILHERMINA FORTES, *Dicionário de Direito Penal e Processo Penal*, 3.<sup>a</sup> Ed., Lisboa: Quid Juris - Sociedade Editora, 2010, p. 222.

<sup>10</sup> Cfr. GEORGES KELLENS *apud* ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu...*, p. 173.

<sup>11</sup> Cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu...*, p. 172.

<sup>12</sup> JOÃO DAVIN, *A Criminalidade Organizada Transnacional - A Cooperação Judiciária e Policial na UE*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 56 e 57.

<sup>13</sup> Neste sentido, JOÃO DAVIN aponta esta a definição como sendo próxima da definição avançada no XVI Congresso Internacional de Direito Penal subordinado ao tema “Os sistemas penais face ao crime organizado”, realizado em Budapeste entre 05 e 11 de Setembro de 1999. JOÃO DAVIN, *A Criminalidade Organizada Transnacional...*, pp. 56 e 57.

mais grave, a fim de obter, directa ou indirectamente, benefícios financeiros ou outro benefício material”<sup>14</sup>.

Apesar de alguns elementos de consonância temos de distinguir crimes praticados de *forma organizada* (à luz da letra da lei) de *criminalidade organizada*, pois os primeiros não implicam ser incluídos nos segundos. O vocábulo «organizada» “usado no dispositivo legal é manifestamente ambivalente já que por si só não indicia a presença da dita «criminalidade organizada»”<sup>15</sup>. A necessidade de salientar esta separação conceptual prende-se com o facto de, à luz do “combate” à criminalidade organizada, implementarem-se, por vezes, mecanismos repressivos e de investigação cada vez mais lesivos para os direitos fundamentais pessoais, importando por isso delimitar a fronteira entre os dois tipos de criminalidade referidos para que não exista uma extensão desnecessária de restrições aos referidos direitos. A este respeito, em relação ao aparecimento da figura da associação criminosa<sup>16</sup> no Código Penal Português, refere FARIA COSTA que, “em relação a pequenos factos em que as categorias da autoria e da participação eram suficientes para resolver o problema, tornou-se, pura e simplesmente, muito mais fácil fazer a acusação de associação criminal”<sup>17</sup>.

Neste sentido, mas de forma mais ampla, refere WINFRIED HASSEMER que, “na verdade, a população encontra-se realmente sobressaltada e agredida por uma forma de criminalidade que nada tem a ver com a criminalidade organizada: é a criminalidade de massa”<sup>18</sup>. No entanto, é a ineficácia e ineficiência do Estado na prevenção e repressão deste tipo de criminalidade que permite o aparecimento da criminalidade organizada. Sendo esta menos visível e, ao mesmo tempo, difícil de definir e perceber, parece existir uma tendência para se confundirem os dois conceitos de criminalidade aludidos. O mesmo Autor aponta, assim, para o desencadear do “arsenal de instrumentos de intervenção da autoridade em nome da prevenção de perigos e da elucidação de crimes” tendo como base a criminalidade de organizada, quando, na realidade, ela é maioritariamente de massa<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Resolução legislativa do Parlamento Europeu sobre proposta de Decisão-Quadro do Conselho relativa à luta contra a criminalidade organizada. Cfr. Jornal Oficial nº 272 E de 09/11/2006 pp. 0428 – 0436, consultado em <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm> no dia 22/01/2012.

<sup>15</sup> Cfr. JOÃO DAVIN, *A Criminalidade Organizada Transnacional...*, p. 57.

<sup>16</sup> Crime positivado no art. 299.º do Código Penal.

<sup>17</sup> FARIA COSTA apud JOÃO DAVIN, *A Criminalidade Organizada Transnacional...*, p. 57.

<sup>18</sup> WINFRIED HASSEMER, “A Criminalidade de massa e a Criminalidade Organizada” in *A Segurança Pública no Estado de Direito*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995, p. 91.

<sup>19</sup> WINFRIED HASSEMER, “A Criminalidade de massa...” in *A Segurança Pública...*, p. 91.

Os efeitos nefastos, provocados por estas “redes criminosas”, repercutem-se nas diversas áreas da sociedade. Mas, são os efeitos económicos que mais se fazem sentir com as actividades em causa. Paralelamente ao circuito lícito dos produtos e serviços comercializados existe um outro que opera à margem da lei e, não sendo alvo de tributação por parte do Estado, permite a disponibilização de produtos ou serviços a preços, por vezes, abaixo do preço de custo. Mas, nem sempre a responsabilidade pelo “impulso inicial” deste fenómeno se pode atribuir ao mundo criminoso. Por vezes é o próprio Estado que o provoca através da “implementação de medidas legislativas de controlo e circulação de bens ou produtos [que torna], muitas vezes, a sua aquisição (legítima) mais difícil e complexa [fazendo surgir], não raras vezes, uma discrepância entre a oferta e procura desse bem ou produto”<sup>20/21</sup>.

Este tipo de criminalidade, tradicionalmente, circunscrevia a sua actividade a um só Estado. Com a proliferação das actividades económicas à escala mundial, a par da evolução das novas tecnologias e redes de informações, as oportunidades (criminais) que sempre existiram, mas que eram desconhecidas para a maioria dos grupos criminosos, passam a entrar na esfera pessoal dos seus promotores, aliciando-os com novas ambições “criminosas”. O *know-how*<sup>22</sup> adquirido por estas organizações, aliado à fácil permeabilidade das fronteiras nacionais permitiu “utilizar as lógicas e as potencialidades da globalização para a organização do crime”<sup>23</sup> além fronteiras. É na esteira da “mundialização da economia” e nas “lacunas do controlo social internacional” que os mercados criminosos se organizam e prosperam<sup>24</sup>.

A dificuldade em investigar tais actividades, no sentido de prevenir eficazmente este fenómeno, a par de todos aspectos já referidos, relaciona-se intimamente com a dissociação produzida entre a execução material directa e responsabilidade que se traduz, por vezes, com o resultado lesivo a aparecer significativamente separado, espacial e

<sup>20</sup> Cfr. JOÃO DAVIN, *A Criminalidade Organizada Transnacional...*, p. 65.

<sup>21</sup> A este respeito, JOÃO DAVIN dá o exemplo do aparecimento nos EUA de numerosos e organizados grupos criminosos, os designados “gangs”, a partir do decénio de 20 com a entrada em vigor da “Lei Seca”, em 17 de Janeiro de 1920, através da 18.<sup>a</sup> Emenda, ratificada em 16 de Janeiro de 1919. Estes grupos viram uma oportunidade única de proliferar o negócio ilícito de bebidas alcoólicas, no sentido de satisfazerem a imensa procura deste bem, de venda proibida na altura. Cfr. JOÃO DAVIN, *A Criminalidade Organizada Transnacional...*, p. 24.

<sup>22</sup> A este respeito destaca-se o conhecimento, por parte das organizações, das vulnerabilidades dos ordenamentos jurídicos dos Estados onde as organizações desenvolvem a sua actividade, as possíveis formas de diluírem a mesma nas estruturas públicas e privadas legais e a perspectiva de lucro financeiro com base na procura por parte do “consumidor final” dos produtos ou serviços.

<sup>23</sup> Cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu...*, p. 174.

<sup>24</sup> Cfr. MAURICE CUSSON, *Criminologia*. [Trad.] Josefina Castro, 2.<sup>a</sup> Ed., Lisboa: Casa da Letras, 2007. p. 229.

temporalmente, da acção dos sujeitos mais importantes ligados ao grupo<sup>25</sup>. Como refere ANABELA RODRIGUES, o “crime é cada vez menos um acto e cada vez mais um conjunto de actos imperceptíveis como ilícitos e só a reconstituição do todo revela os traços de cada uma das partes”<sup>26</sup>.

A uniformização legislativa, que tem vindo morosamente a ser implementada a nível global, necessária à cooperação internacional, ainda está aquém do mínimo desejável. Neste sentido, GUEDES VALENTE aponta “a resistência a desigualdades conceptuais e processuais em matéria penal entre os vários Estados” como sendo umas das limitações duradouras da investigação criminal<sup>27</sup>. Esta dificuldade parece apontar como solução o uso de meios idênticos aos usados pelos criminosos para a sua repressão, solução rejeitada de todo. Como defende G. MARQUES DA SILVA, “a ordem pública é mais perturbada pela violação das regras fundamentais da dignidade e da rectidão da actuação judiciária, pilares fundamentais da sociedade democrática, do que pela não repressão de alguns crimes, por mais graves que sejam”<sup>28</sup>.

Na mesma linha de pensamento, citando GUEDES VALENTE, concluímos afirmando que “a investigação do crime organizado deve reger-se pela inteligência e fundar-se nos princípios e valores próprios de uma sociedade assente na liberdade e na justiça. [Pois] a justiça surgiu para afastar a violência (física e psicológica)”<sup>29</sup>.

### 1.3. O Processo Crime

#### 1.3.1. Conceptualização, Função e Finalidade do Processo Penal

O direito processual penal, formalmente considerado, “surge como o conjunto das normas jurídicas que orientam e disciplinam o processo penal”<sup>30</sup>. O direito penal material, por si só, “estabelece, por forma geral e abstracta, quais os factos que devem ser considerados crimes e quais as penas que lhes correspondem”<sup>31</sup>. Constitui-se, assim, o *crime* como o objecto do processo, enquanto “conjunto de pressupostos de que depende a

<sup>25</sup> Cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu...*, p. 173.

<sup>26</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu...*, p. 175.

<sup>27</sup> MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, “A investigação do crime organizado - Buscas domiciliárias nocturnas, o agente infiltrado e intervenção nas comunicações”, in *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa*, [Coord.] Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra: Almedina, 2009, p. 179.

<sup>28</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, “A criminalidade Organizada e a Investigação Criminal”, in *I Congresso de Processo Penal*, [Coord.] MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, Coimbra: Almedina, 2005, p. 406.

<sup>29</sup> MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, “A investigação do crime...”, in *Criminalidade Organizada...*, p. 183.

<sup>30</sup> Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual...*, Vol. I, p. 36.

<sup>31</sup> Cfr. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, [Colab.] Figueiredo Dias, Coimbra: Livraria Almedina, 1971. I reimpressão, p. 13.

aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança criminais” – no sentido dado pelo art. 1.º, n.º 1, al. a), do CPP.

Cumprido ao direito processual penal “disciplinar o procedimento para a averiguação e decisão sobre a ocorrência [do] facto qualificado como crime e a aplicação da sanção penal aos responsáveis pela sua prática”<sup>32</sup>. Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, “o verdadeiro fim do processo penal só pode ser a descoberta da verdade [material] e a realização da justiça”. Reconhece-se a “complexidade prática” que essa realização reveste, assim, a “decisão terá, só por isso, de apresentar três qualidades autonomizáveis: *ser lograda de modo processualmente admissível e válido; ser justa segundo o direito substantivo; tornar seguro e estável o direito declarado*”. Só assim se poderá preservar a “paz da comunidade jurídica”<sup>33</sup>. Para CLAUS ROXIN e EDUARD KERN, “*el Derecho Procesal penal sirve a la realización del Derecho Penal material, determina los límites de las facultades de intervención de los órganos encargados de la persecución penal y se propone como meta restablecer la paz jurídica perturbada*”<sup>34</sup>.

Do exposto apontar-se-ão como finalidades directas do processo penal:

- ✓ a descoberta da verdade material;
- ✓ a realização da justiça;
- ✓ a protecção dos direitos fundamentais das pessoas;
- ✓ o restabelecimento da paz jurídica.

Neste sentido, GUEDES VALENTE aponta como impossível uma “integral harmonização” das finalidades em torno de “todos ou na generalidade dos concretos problemas do processo penal”. Assim, em situações de conflito, a solução reside no princípio da “concordância prática”. Cujas finalidades são a de que “não se esvazie de sentido, conteúdo e essência qualquer outro princípio, outro direito, outro interesse ou outra finalidade processual ou de actuação em prol da absolutização do que se pretende proteger ou que se protegeu”<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal - I*, 5.ª Ed., Lisboa: Editorial Verbo, 2008, p. 17.

<sup>33</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual...*, Vol. I, pp. 43 e 49.

<sup>34</sup> CLAUS ROXIN e EDUARD KERN *apud* HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, [Trad.] S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1978, Vol. I, p. 23.

<sup>35</sup> MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Do Ministério Público e da Polícia - Prevenção Criminal e Acção Penal Como Execução de Uma Política Criminal do Ser Humano*, Tese apresentada à Universidade Católica Portuguesa para a obtenção do grau de doutor em Direito - Direito Penal, Lisboa, 2011, p. 449.

### 1.3.2. O Modelo Processual Penal Português

O artigo 32.º da CRP concentra “os mais importantes **princípios materiais do processo criminal** – a *constituição processual criminal*”<sup>36</sup>. No n.º 5 do mesmo artigo encontramos a definição estrutural do processo criminal: ele possui “estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”.

O modelo português não pode ser considerado dotado de estrutura acusatória pura. A “proclamada *igualdade de armas* entre a acusação e a defesa só tem lugar na fase da instrução formal e na de julgamento, mas já não na fase do *inquérito*”<sup>37</sup>. Este é “dominado pelo princípio do inquisitório”<sup>38</sup>, cuja direcção compete ao MP – *dominus* do Inquérito. Sob a direcção do MP a investigação pode ocorrer oficiosamente no sentido de delinear o objecto do processo, isto é, determina-se o “conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação” – art. 262.º, n.º 1 do CPP. A investigação ocorre de forma secreta se o juiz determinar “por despacho irrecorrível” a sujeição do processo, durante o inquérito, a segredo de justiça<sup>39</sup>. Caso contrário a regra é a da publicidade do processo, claro está, tendo sempre como limite, independentemente da fase em que se encontre, as informações concernentes à reserva da vida privada que não constituam meios de prova – n.º 7 do art. 86.º do CPP.

Neste trajecto processual, apesar de se constituir como o *dominus*, o MP está sujeito à intervenção hierárquica prevista no art. 278.º do CPP. E o JIC, cujas competências estão elencadas no art. 17.º do CPP, é chamado a sindicar as diligências processuais penais sempre que em causa estão direitos, liberdades e garantias fundamentais pessoais – conforme protecção constitucional conferida pelo n.º 4 do art. 32.º da CRP (Garantias de processo criminal) e supraconstitucional elencada no n.º 1 do art. 6.º da CEDH (Direito a um processo equitativo). Apesar do exposto, importa referir que “a estrutura acusatória que o processo penal assume por imperativo constitucional realiza-se por divisão de funções processuais entre o juiz ou tribunal, de um lado, e o Ministério Público, do outro, (...) pelo

<sup>36</sup> Cfr. JOSÉ J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, 4.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, Vol. I, p. 515.

<sup>37</sup> Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo... I*, 5.ª Ed., p. 61.

<sup>38</sup> Cfr. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo Penal...*, Tomo I, 3.ª Ed., p. 75.

<sup>39</sup> A sujeição do processo, na fase de *inquérito*, ao segredo de justiça pode ser solicitada, mediante requerimento, pelo arguido, assistente ou ofendido o MP. Mas, sempre que os interesses da investigação ou os direitos dos sujeitos processuais o justifiquem, pode o MP determinar a aplicação, ao processo, do referido segredo de justiça. Cabendo ao JIC validar tal aplicação no prazo máximo de setenta e duas horas – n.ºs 2 e 3 do art. 86.º, do CPP (Publicidade do processo e segredo de justiça),

que a articulação desta estrutura (...) determina que se conclua pela inconstitucionalidade qualquer solução que «colocasse o Ministério Público na dependência processual do juiz»<sup>40</sup>.

Referente ao princípio do inquisitório *supra* referido no âmbito do inquérito, este, “proseguido pelo Juiz que acusa de forma autónoma” – art. 286.º e n.º 4 do art. 288.º do CPP –, está também patente na *fase de instrução*<sup>41</sup> conforme se pode verificar atento o n.º 2 do art. 289.º, do CPP, o qual permite ao arguido, ao assistente e ao advogado, “suscitar pedidos de esclarecimento ou requerer que sejam formuladas as perguntas que acharem relevantes para a descoberta da verdade”. Já na *fase de julgamento*, o “princípio do acusatório é temperado pelo *princípio da investigação judicial* (art. 340.º)”<sup>42</sup>. Este traduz-se, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, pelo “*poder-dever que ao tribunal incumbe de esclarecer e instruir autonomamente, mesmo para além das contribuições da acusação e da defesa, o «facto» sujeito a julgamento, criando aquele mesmo as bases necessárias à sua decisão*”<sup>43</sup>.

### 1.3.3. Promoção do Processo e a Investigação Criminal

A investigação criminal assume mais relevância na fase de *inquérito*, contudo, como já referimos, ela pode ocorrer ao longo de todo o processo pelo que, desta forma, assim pode acontecer desde da *notitia criminis*<sup>44</sup> até que a sentença transite em julgado, altura em que se afasta a presunção de inocência do suspeito<sup>45</sup>. Esta “compreende o conjunto de diligências que, nos termos da lei processual penal, se destinam a averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade e descobrir e recolher as provas, no âmbito do processo”<sup>46</sup>. Na fase do *inquérito* a relevância referida

<sup>40</sup> Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS *apud* PAULO DÁ MESQUITA, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 51 e 52.

<sup>41</sup> MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo Penal...*, Tomo I, 3.ª Ed., p. 78.

<sup>42</sup> Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo...* - I, 5.ª Ed., p. 62.

<sup>43</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual...*, Vol. I, p. 148.

<sup>44</sup> A este respeito a LOIC, atento o n.º 3 do art. 2.º, possibilita aos OPC, “logo que tomem conhecimento de qualquer crime”, iniciarem de “imediato a investigação criminal”, independentemente da comunicação da notícia do crime ao MP (que não pode exceder 10 dias). Não havendo ainda comunicação da notícia do crime ao MP, toda a investigação que tenha lugar não se pode considerar sob o *dominus* do MP como impõe a CRP. Nas palavras de ANABELA MIRANDA RODRIGUES a LOIC é o resultado da “**policialização da investigação criminal**” (negrito nosso). ANABELA MIRANDA RODRIGUES *apud* MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Teoria Geral do Direito Policial*, 3.ª Ed., Coimbra: Almedina, 2012, p. 390.

No mesmo sentido, GUEDES VALENTE defende que se deve interpretar restritivamente o preceito em causa e reduzir a investigação criminal aos “actos cautelares e urgentes para assegurar os meios de prova”, como também prescreve *in fine* o n.º 1 do art. 219.º da CRP. Quanto a este assunto, com maior profundidade, MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Teoria Geral...*, 3.ª Ed., pp. 390 a 404.

<sup>45</sup> A este respeito MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo Penal...*, Tomo I, 3.ª Ed., p. 29.

<sup>46</sup> Cfr. art. 1.º da Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto, – Lei de Organização da Investigação Criminal.

prende-se, segundo SOUTO MOURA, com a preocupação em “efectivar as diligências necessárias na busca de provas que permitam reconstituir os factos que (...) visam conduzir a uma decisão: submeter ou não submeter alguém a julgamento. Esta decisão funciona como o filtro de selecção, aliás de obediência ao princípio da oportunidade que impedirá o assoberbamento dos tribunais com os casos inviáveis”<sup>47</sup>.

Numa perspectiva jurídico-processual, a investigação criminal, metaforicamente, pode ser considerada a *ponte*, mais ou menos extensa, que permite à lei penal alcançar os casos concretos. A materialização do direito penal nos casos concretos impõe ao processo, nas palavras de G. MARQUES DA SILVA, “um valor instrumental bem preciso: que nenhum responsável passe sem punição (*impunitum non relinqui facinus*) nem nenhum inocente seja condenado (*innocentum non condemnari*)”<sup>48</sup>.

A promoção processual, na sua essência, tem de atender aos princípios da oficialidade, da legalidade e da acusação. Existe uma íntima ligação entre estes princípios e a investigação criminal na medida em que o princípio da oficialidade legitima o MP a promover a própria investigação criminal oficiosamente sem atender (em regra) ao desejo dos ofendidos; o princípio da legalidade impõe ao MP a abertura de *inquérito*, em suma, o início da investigação criminal; e o princípio da acusação que impõe ao tribunal julgar apenas e somente os factos constantes da acusação que são o “fruto” da investigação durante o *inquérito*. Por esta estreita ligação impõe-se que se abordem os princípios referidos com mais profundidade.

O princípio da oficialidade traduz-se pela pertença ao Estado da iniciativa e a prossecução processuais. O Estado tem “o direito e a obrigação de perseguir criminalmente os criminosos e realiza a sua pretensão penal por si mesmo, isto é, sem consideração pela vontade dos ofendidos”<sup>49</sup>. A iniciativa referida, por parte do MP enquanto representante do Estado na prossecução processual, é limitada nas situações em que o procedimento criminal depende de queixa (crimes semi-públicos) ou de acusação particular (crimes particulares)<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> JOSÉ SOUTO DE MOURA *apud* MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo Penal...*, Tomo I, 3.ª Ed., p. 29.

<sup>48</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo...* - I, 5.ª Ed., p. 23.

<sup>49</sup> Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo...* - I, 5.ª Ed., p. 70.

<sup>50</sup> A este respeito, quando em causa estiver um crime semi-público, o titular do direito de queixa tem que desejar procedimento criminal junto do MP para que este o promova. Nos crimes particulares, o titular do respectivo direito de queixa tem que se constituir assistente e deduzir acusação particular. Só nesta situação há lugar a procedimento criminal – artigos 49.º e 50.º do CPP.

O princípio da legalidade, pela estrutura actual do processo<sup>51</sup> e na observância do princípio da oficialidade, impõe “sempre”<sup>52</sup> ao MP, após a *notitia criminis*, a abertura de *inquérito* no sentido de “investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação” – art. 262.º do CPP (Finalidade e âmbito do inquérito). No entanto, importa referir o **princípio da oportunidade** como alternativa ao princípio da legalidade. Uma alternativa que não se pode confundir com o arbítrio mas que deve ser encarada como a melhor promoção da tutela dos bens jurídicos ofendidos e a ressocialização dos delinquentes. Como refere G. MARQUES DA SILVA, acompanhando MANUEL DA COSTA ANDRADE, “o ponto de partida deve ser a legalidade, o princípio deve ser entendido como uma legalidade aberta a algumas soluções de oportunidade, enquanto permitam realizar melhor as finalidades do próprio direito penal”<sup>53</sup>.

O princípio da acusação circunscreve a actividade da “entidade julgadora” ao objecto da decisão jurisdicional. Cabendo-lhe “apenas investigar e julgar dentro dos limites que lhe são postos por uma acusação fundamentada e deduzida por um órgão diferenciado (em regra o MP ou um juiz de instrução)”<sup>54</sup>. A garantia de imparcialidade e de defesa do arguido passa pelo respeito a este princípio. O arguido, apenas, terá de se defender em relação aos factos, e a somente esses, que constam na acusação. E a imparcialidade do tribunal traduz-se pela circunscrição deste aos factos referidos, os únicos atendidos para fins de julgamento, negando assim “qualquer responsabilidade pelas eventuais deficiências da acusação”<sup>55</sup>.

Ainda assim, importa referir que a obediência ao princípio da acusação não é absoluta. Durante o julgamento poderão surgir factos que não constam na acusação mas que possuem relevância jurídica pelo que deverão ser considerados. A “alteração não substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, se a houver, com relevo para a decisão em causa” implica a comunicação da alteração ao arguido e a concessão do tempo estritamente necessário para este preparar a defesa – art. 358.º, n.º 1 do CPP.

A alteração substancial dos factos descritos na acusação ou pronúncia não podem ser tomados em conta pelo tribunal para efeitos de condenação – art. 359.º, n.º 1 do CPP –, a acusação terá que ser reformulada pelo MP, antecedida, naturalmente, das diligências

<sup>51</sup> Quanto a este assunto *vide supra* ponto 1.3.2 (O Modelo Processual Penal Português).

<sup>52</sup> Como deriva do art. 262.º, n.º 2 do CPP, obrigatoriedade permanente da abertura de inquérito tem como limite as excepções ressalvadas no CPP.

<sup>53</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo...- I*, 5.ª Ed., pp. 74 e 75.

<sup>54</sup> Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual...*, Vol. I, pp. 136 e 137.

<sup>55</sup> Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal...- I*, 5.ª Ed., p. 76.

necessárias no âmbito do inquérito, de forma que se alcancem as finalidades do processo penal e, essencialmente, se respeitem os direitos de defesa que assistem o arguido. Se os novos factos forem autonomizáveis, a par do julgamento que já decorre, a comunicação desses factos ao MP vale como denúncia para que ele promova a acção penal sobre os mesmos – art. 359.º, n.º 2 do CPP.

## 1.4. Da Prova

### 1.4.1. Conceito de Prova

A palavra “prova” pode assumir vários significados. Contudo, naturalmente, no contexto processual penal apenas relevaremos os significados jurídicos que lhe podem ser atribuídos.

Nas palavras de CAVALEIRO DE FERREIRA, a prova destina-se à “verificação da matéria de facto” e pode ser “considerada como o conjunto de meios de prova, ou como o resultado da apreciação dos meios de prova utilizados”<sup>56</sup>. A demonstração da realidade dos factos enquanto finalidade imediata da prova não se configura como finalidade singular. ASENCIO MELLADO aponta também a prova, enquanto actividade provatória, como sendo a “garantia de realização de um processo justo, de eliminação do arbítrio, quer enquanto a demonstração da realidade dos factos [que] não há-de procurar-se a qualquer preço, mas apenas através de meios lícitos, [como também], (...) a obrigatoriedade de fundamentação das decisões de facto permite a sua fiscalização através dos diversos mecanismos de controlo de que dispõe a sociedade”<sup>57</sup>.

O CPP releva, no art. 124.º, como objecto de prova, “todos os factos juridicamente relevantes” que o são em função do objectivo do processo – determinar a existência de um crime e, caso afirmativo, as suas consequências jurídicas e a sua justa aplicação. Mas o objecto do processo não se cinge apenas à letra da lei do referido preceito. PINTO DE ALBUQUERQUE releva, como abrangidos pelo objecto da prova, “os factos relevantes para a verificação dos pressupostos processuais, das nulidades, das irregularidades e das proibições de prova. Como abrange ainda os factos relevantes para a decisão sobre as questões prévias, interlocutórias ou incidentais verificadas na pendência do processo, incluindo a determinação dos factos relevantes para a verificação dos pressupostos das

<sup>56</sup> MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, Lisboa: Editora Danubio - Lda, 1986, Vol. I, p. 203.

<sup>57</sup> JOSÉ MARIA ASENCIO MELLADO *apud* GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, 5.ª Ed., Lisboa: Babel, 2011, Vol. II, pp. 140 e 141.

medidas de coacção e de garantia patrimonial e da credibilidade das testemunhas, peritos e consultores técnicos”<sup>58</sup>.

#### 1.4.2. Admissibilidade e Proibições de Prova

O conceito e regime das proibições de prova, defende COSTA ANDRADE, tem subjacente “a crença da existência de limites intransponíveis à prossecução da verdade em processo penal”<sup>59</sup>. Neste sentido precisa KARL-HEINZ GÖSSEL, “do princípio do Estado de Direito decorre o dever de averiguar a verdade, ao mesmo tempo, a **delimitação dessa averiguação**”<sup>60</sup>.

O CPP português admite todas “as provas que não forem proibidas por lei” – art. 125.º do CPP. Da interpretação do preceito sobressai a existência de uma permissão de prova em número infinito mas, ao mesmo tempo, realça a coexistência de provas proibidas na lei. Estas “provas proibidas” serão o limite ao recurso pleno do infinito número de provas que se poderiam admitir no processo penal português. A admissão de “as todas as provas que não forem proibidas por lei”, a que se refere o CPP, será a consagração, na senda de PINTO DE ALBUQUERQUE, da “regra da **não taxatividade dos meios de prova**” que ao contrário do CPP italiano, não estabelece “um critério substantivo especial” para as provas não previstas na lei poderem ser admitidas<sup>61</sup>. Apesar da “não taxatividade dos meios prova”, o direito internacional e nacional consagram “limites intransponíveis” a esta regra – v. g., art.º 5.º e 12.º da DUDH, art.º 3.º e 8.º da CEDH, art. 1.º e art.º 32.º, n.º 8 da CRP e art. 126.º do CPP –, as *proibições de prova*.

O regime das proibições de prova, admite a distinção formal entre as *proibições de produção de prova* (proibição ao nível dos próprios factos a investigar) e *proibições de valoração de prova* (obstando que determinados factos sejam considerados para efeito da sentença)<sup>62</sup>.

As *proibições de valoração de prova* deverão conceber-se, nas palavras de FRIEDRICH DENCKER, como “imperativos de auto-purificação da justiça em ordem a

<sup>58</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª Ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 330.

<sup>59</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 117.

<sup>60</sup> KARL-HEINZ GÖSSEL *apud* MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 119. Negrito nosso

<sup>61</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo...*, 4.ª Ed., p. 332.

<sup>62</sup> Cfr. KARL-HEINZ GÖSSEL, “As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha”, [Trad.] Manuel da Costa Andrade, *in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, n.º 3, [Dir.] Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Aequitas - Editorial Notícias, 1992, p. 399.

neutralizar a perda de autoridade já ocorrida (através da violação da proibição de produção da prova) e impedir a sua comunicação à sentença”<sup>63</sup>.

Por sua vez, nos termos do CPP, as *proibições de produção de prova*, podem subdividir-se em: *temas proibidos de prova* (factos que a lei não permite que sejam investigados – v. g., aqueles cobertos pelo segredo de Estado, art. 137.º do CPP); *meios proibidos de prova* (factos que, por não obedecerem a um requisito legal, não podem ser aceites – v. g., as declarações de um co-arguido em relação a outro co-arguido quando aquele se recusar a responder em relação a esses mesmos factos, art. 345.º, n.º 4 do CPP); *métodos proibidos de prova* (os previstos no art. 126.º do CPP)<sup>64</sup> – v. g., recurso à tortura para a obtenção de uma confissão ou testemunho, art. 126.º, n.º 1 do CPP.

Com a investigação criminal vai-se, ao longo do *inquérito*<sup>65</sup>, criando a *malha, ponto por ponto*, que irá ser usada na construção do objecto da acusação. Por vezes, o aparecimento de determinados *pontos* só é possível com recurso a outros que lhe possam dar cabimento. Quer-se com isto dizer que determinadas provas levam a novas outras provas. Existindo um meio de prova obtido por outro meio de prova que seja considerado proibido, deverá legitimamente questionar-se: qual o valor jurídico que essa prova pode assumir? Estamos perante “o efeito-à-distancia da prova proibida”, o que os doutrinários apelidam de “os frutos da árvore envenenada” – *fruit of the poisons tree doctrine*<sup>66</sup>. Segundo esta doutrina, a proibição de um meio de prova estende-se aos meios de prova obtidos indirectamente. Esta posição, defende G. MARQUES DA SILVA, deve ser a solução no sistema jurídico português. Pois de outro modo, “fazendo entrar por uma porta o que se proíbe por outra, pode frustrar absolutamente o fim que com a proibição de prova se pretendeu alcançar: desincentivar o recurso a meios proibidos de obtenção de prova”<sup>67</sup>.

No direito português as *proibições de prova* são geralmente associadas ao regime das *nulidades*<sup>68</sup>. Desde logo a Constituição determina “*nulas todas as provas obtidas*

<sup>63</sup> FRIEDRICH DENCKER *apud* MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 73.

<sup>64</sup> Cfr. FRANCISCO MARCOLINO DE JESUS, *Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 82.

<sup>65</sup> Destacamos aqui o *inquérito* por ser nesta fase em que a investigação criminal desenvolve com mais ênfase a sua actividade, mas como já vimos, no *supra* ponto 1.3.3. (Promoção do Processo e a Investigação Criminal), ela pode ocorrer em todas as fases do processo.

<sup>66</sup> Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 312.

<sup>67</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo...*, 5.ª Ed., Vol. II, p. 181.

<sup>68</sup> A este respeito e sobre a autonomia do regime das proibições de prova em relação ao regime das nulidades, defende LUÍS M. DE OLIVEIRA que “do ponto de vista da sistematização do CPP, o regime das proibições de prova insere-se em local diferente das nulidades”. Enquanto “as proibições de prova acautelam vícios consubstanciais, encontrando-se num plano de admissibilidade, (...) [as] nulidades salvaguardam vícios formais, que estão num plano de validade”. Cfr. LUÍS MARTINS DE OLIVEIRA, “Da autonomia do regime das proibições de prova”, in *Prova Criminal e Direito de Defesa - Estudos sobre a*

mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações” – art. 32.º, n.º 8 da CRP. O CPP considera, assim, “*nulas*, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas” – art. 126.º, n.º 1 do CPP. Referente ao “efeito-à-distância” da prova proibida, no mesmo sentido, já referido, de G. MARQUES DA SILVA, a solução do CPP também passa pelo regime das nulidades – “as nulidades tornam inválido o acto em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afectar” –, art. 122.º, n.º 1 do CPP.

Apesar das normas referidas, a impossibilidade de se afastar o efeito-à-distância não é absoluta, isto é, nem sempre a *invalidade* de determinado acto contagia automaticamente o outro que teve como base o primeiro. COSTA ANDRADE aponta o afastamento “quando tal for imposto por razões atinentes ao nexo de causalidade ou de «imputação objectiva» entre a violação da proibição de produção da prova e a prova secundária”<sup>69</sup>. A singularidade das situações em processo penal impõe que o alcance do efeito da prova proibida seja determinado “através de uma rigorosa *ponderação casuística*, uma vez que concorrem com os bens jurídicos protegidos pelas proibições de prova outros valores merecedores de tutela constitucional”<sup>70</sup>.

GUEDES VALENTE, acompanhando com COSTA ANDRADE a posição de WERNER BEULKE, refere que “o afastamento do *efeito-à-distância* só é admissível nos casos em que se verificar não apenas um *alto grau de probabilidade*, mas se for convicção idêntica à da sustentação da condenação e de que a obtenção das provas secundárias se alcançaria sem violação da lei”<sup>71</sup>.

### 1.4.3. Dos Meios de Prova e Meios de Obtenção de Prova

Como foi indicado no *supra* ponto 1.4.1 (Conceito de Prova), relativamente à prova, os meios de prova serão os pilares da acusação<sup>72</sup>. É sobre os mesmos que se constrói o *thema probandi* do processo. Por sua vez, os meios de obtenção de prova, na definição

---

*teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*. [Coord.] TERESA PIZARRO BELEZA E FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, Reimpressão, Coimbra: Almedida, 2011. p.289.

<sup>69</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 316.

<sup>70</sup> Cfr. LUÍS MARTINS DE OLIVEIRA, “Da autonomia do regime...”, in *Prova Criminal e Direito...*, p.288.

<sup>71</sup> MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo Penal...*, Tomo I, 3.ª Ed., p. 576.

<sup>72</sup> Referente aos meios de prova, não podemos olvidar que a alternativa à acusação será o arquivamento. É a “prova” que – “quando bastante” o suficiente para justificar a inexistência do crime ou que o arguido não o praticou –, vai fundamentar, nestas situações, o despacho de arquivamento por parte do MP. Cfr. art. 277.º, n.º 1 do CPP.

de G. MARQUES DA SILVA, “são os instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher [os referidos] meios de prova; não são instrumentos de demonstração do *thema probandi*, não são meios de prova, são os instrumentos para recolher no processo esses instrumentos”<sup>73</sup> – v. g., o registo de voz e de imagem previsto no art. 6.º da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro<sup>74</sup>.

Quanto aos meios de prova, como já referimos anteriormente, a não taxatividade dos mesmos traduz-se pela admissão de todos os meios de prova, incluindo os atípicos desde que não considerados proibidos.

Por sua vez, atinente aos meios de obtenção de prova, como indica COSTA ANDRADE, “só uma lei expressa, clara e determinada, especificamente reportada à técnica em causa, definidora e delimitadora da respectiva medida de invasividade e devassa, pode legitimar a sua utilização como meio de obtenção de prova em processo penal”<sup>75</sup>.

### 1.5. Os Meios Ocultos de Investigação na Obtenção de Prova

Os meios ocultos de investigação, na senda de COSTA ANDRADE, já antes eram conhecidos e usados na investigação criminal, não representando, por isso, “um dado inteiramente *novum* na experiência processual penal”. Contudo, foi nos dois últimos decénios, com o seu aparecimento em “massa e em força”, que eles “se instalaram definitivamente no processo penal”<sup>76</sup>.

Pela sua natureza, os meios de investigação ocultos de investigação são “os meios mais invasivos dos direitos das pessoas”<sup>77</sup>. Numa abordagem sumária, “os métodos ocultos de investigação representam uma intromissão nos processos de acção, interacção e comunicação e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que estas tenham conhecimento do facto e nem dele se apercebam”<sup>78</sup>. É indubitável “que os meios ocultos de

<sup>73</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo...*, 5.ª Ed., Vol. II, p. 280.

<sup>74</sup> Quanto ao registo de voz de imagem (art.6 da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro) importa salientar que o referido artigo se insere no Capítulo III da mesma Lei cuja epígrafe é “Outros meios de produção de prova”. Citando ARMANDO VEIGA e BENJAMIM RODRIGUES, “trata-se, sem dúvida de um «descuido legislativo» que, não tendo presente a lição do processo penal, [o legislador] usou terminologia sem paralelo no direito processual português”. Assim, a designação correcta será “Outros meios de obtenção de prova”. Cfr. ARMANDO VEIGA e BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Escutas Telefónicas - Rumo à Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicações Digitais*, 1.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2006, Nota n.º 1380, p. 325.

<sup>75</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal - Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 137.º, n.º 3948, Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 140.

<sup>76</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Bruscamente no Verão...”, in *Revista de Legislação...*, p. 277.

<sup>77</sup> Cfr. RITA CASTANHEIRA NEVES, *As Ingerências nas Comunicações Electrónicas em Processo Penal*, 1.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 102.

<sup>78</sup> Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Bruscamente no Verão...”, in *Revista de Legislação...*, p. 277.

investigação (...) são, como tais, mais gravosos de que os meios de investigação exposta ou a descoberto”<sup>79</sup>. A pessoa que é alvo de uma investigação com recurso a um meio oculto, ao não ter o conhecimentos fáctico dessa acção, desenvolve a sua vida normalmente, sem saber que tudo o que diz ou faz, em determinadas circunstâncias, está a ser registado com a finalidade de ser usado, muito provavelmente contra si, enquanto meio de prova. Assim, “por causa disso, continuam a agir, a interagir e a comunicar de forma espontânea e «inocente», dizendo e fazendo coisas de conteúdo e sentido directamente incriminatório”<sup>80</sup>.

Os métodos de investigação oculta contemplam um conjunto indeterminado de meios de obtenção de conhecimento ímpares. Apesar disso, exceptuando o caso específico da *apreensão de correspondência*, BERNSMANN e JANSEN apontam “as escutas como o «*Sündenfall*» (pecado original) que «escancararam a porta para outros e novos meios de investigação oculta»”<sup>81</sup>.

Pelo seu relevo prático e pelo carácter mais elaborado e aperfeiçoado do seu regime jurídico, COSTA ANDRADE indica as escutas telefónicas como sendo a “teoria geral” dos meios ocultos de investigação. Aponta de seguida as *acções encobertas, stricto sensu*. E numa terceira categoria refere “**as gravações não consentidas e ocultas de conversas entre presentes ou cara a cara**” que têm geralmente associados, pela proximidade e partilhando no essencial o mesmo regime, “**os registos não consentidos de imagem, fotografia, vídeo, telemóvel, etc**”<sup>82</sup>.

Se, por um lado, é dever do Estado perseguir os criminosos, sobre o mesmo Estado recai o imperativo supremo de estabelecer os limites dentro dos quais se permitirá que a perseguição seja feita. Como refere RITA CASTANHEIRA NEVES, “é fundamental impor limites na investigação mesmo do criminoso mais hediondo, pois só assim se garantirá que há um **espaço irredutível de dignidade humana** que não é abalada pelas instâncias formais de controlo, as quais agem – não esquecer – no cumprimento dos desígnios de um Estado de Direito”<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> Cfr. Ac. do TRE de 12-04-2011, processo n.º 98/08.3PESTB.E1. Consultado em <http://www.dgsi.pt> no dia 02-11-2011.

<sup>80</sup> Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal? - Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, [Coord.] Mário Ferreira Monte, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 532.

<sup>81</sup> BERNSMANN e JANSEN *apud* MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Métodos ocultos...”, in *Que Futuro Para o Direito...*, pp. 532 e 533.

<sup>82</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Métodos ocultos...”, in *Que Futuro Para o Direito...*, pp. 532 a 535. Negrito nosso.

<sup>83</sup> RITA CASTANHEIRA NEVES, *As Ingerências nas Comunicações...*, 1.ª Ed., p. 98. Negrito nosso.

Será, sempre, na observância do respeito pela dignidade da pessoa humana, essência basilar da nossa Constituição, que o ordenamento jurídico português deverá aceitar os métodos ocultos de investigação, coarctando todos os métodos (ocultos ou não) que não tenham este princípio como pano de fundo, no recurso à sua utilização.

### 1.6. Conclusão Capitular

A criminalidade organizada e económica financeira, a par da evolução tecnológica, atinge actualmente um estágio cada vez mais desproporcional face aos meios, humanos, e materiais, que as autoridades judiciárias e policiais dispõem. Para fazer face a este desnível surge a Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro, que contempla o *registo de voz e de imagem* no art. 6.º. Este meio de obtenção de prova surge no ordenamento jurídico português por permitir uma melhor investigação e repressão da criminalidade elencada no art. 1.º da referida lei.

Considerado um meio de obtenção de prova, o *registo de voz e de imagem* que tratamos insere-se nos meios ocultos de investigação. Desenvolve-se pois à margem das pessoas visadas, e por isso a agressão aos direitos fundamentais e bens jurídicos ocorre de forma sistemática e por vezes sem o controlo efectivo dos responsáveis pela recolha dos registos. *V. g.*, recorde-se que o registo de imagens, de uma situação de intimidade entre duas pessoas, mesmo não sendo logicamente junto ao processo, já não repara a lesão dos direitos fundamentais atingidos, apenas circunscreve a lesão, impedindo que a mesma assuma maiores dimensões.

Relativamente ao *registo de voz e de imagem*, acompanhamos COSTA ANDRADE na medida que se impunha ao legislador “uma lei expressa, clara e determinada” que regulasse objectivamente a “técnica em causa” e, que ao mesmo tempo, estabelecesse, definisse e limitasse a “respectiva medida de invasividade e devassa”<sup>84</sup>.

Por tal, o Estado, – ouvindo todos os intervenientes, desde autoridades judiciárias, autoridades policiais, doutrinários e técnicos especializados nas diversas áreas implicadas – , deve promover as condições necessárias para que se persigam os criminosos, para que sejam punidos e também reabilitados, mas que ao mesmo tempo a perseguição seja feita segundo os desígnios do Direito e da Lei, não esquecendo nunca que na base do nosso Estado de Direito está a **dignidade da pessoa humana**.

<sup>84</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Bruscamente no Verão...”, in *Revista de Legislação...*, p. 140.

## CAPÍTULO 2 – O REGIME JURÍDICO PORTUGUÊS DO REGISTO DE VOZ E DE IMAGEM – LEI N.º 5/2002 DE 11 DE JANEIRO

*“Mais que boas leis,  
importa ter bons aplicadores.  
Mas sempre convirá que a lei  
ajude ou, pelo menos não estorve”<sup>85</sup>.*

BISMARCK

### 2.1. Introdução Capitular

O *registo de voz e de imagem*, enquanto meio de obtenção de prova, implica uma sensibilidade acrescida, por parte de quem a ele recorre, pela linha ténue, por vezes indefinida, que existe com outros meios de obtenção de prova, nomeadamente com a interceptação e gravação de conversações e comunicações telefónicas no que concerne à voz (*off*) e às “conversações entre presentes”. Impera, assim, que definamos o conceito de som, dentro do qual destacaremos a voz (*off*), e de imagem que opera no regime jurídico português através da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, de agora em diante apenas designada por Lei n.º 5/2002. Importa ainda referir os aspectos análogos e distintos entre os meios de obtenção de prova atrás indicados. E por fim, expor todos os aspectos técnicos, catálogo de crimes, fundamentos e formalidades no recurso ao *registo de voz e de imagem*.

### 2.2. O Registo de Voz e de Imagem – Art. 6.º da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro

Os direitos à palavra e à imagem, direitos fundamentais pessoais de natureza perceptiva, são constitucionalmente consagrados, atento n.º 1, art. 26.º da CRP. O direito à imagem, cujo conteúdo é amplamente rigoroso, abarca também o direito que assiste cada um de definir a sua própria *auto-exposição*, isto é, “o direito de cada um de não ser fotografado, nem ver o seu retrato exposto em público sem o seu consentimento”<sup>86</sup>, conforme conteúdo vertido no art. 79.º do CC. Alguma restrição aos mesmos apenas poderá legitimamente verificar-se na medida e nos casos que a lei determinar, sob pena de incorrer em responsabilidade criminal quem o fizer fora das situações previstas pela

<sup>85</sup> BISMARCK *apud* MANUEL DA COSTA ANDRADE. “Bruscamente no Verão...”, in *Revista de Legislação...*, p. 142.

<sup>86</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República...*, 4.ª Ed., Vol. I, p. 467.

mesma, nomeadamente no âmbito dos art.ºs 192.º e 199.º, ambos do CP. O legislador quis assim positivizar jurídico-penalmente a protecção que a Constituição consagra.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 5/2002 surgiu a possibilidade de ser registada a voz e a imagem desde que se verifiquem os pressupostos legais atinentes, directa e indirectamente, ao art. 6.º da referida lei. Este meio de obtenção de prova “resulta da constatação da insuficiência dos (...) mecanismos de combate à criminalidade organizada e económico-financeira” e visou “introduzir mecanismos de investigação e de repressão mais eficazes”<sup>87</sup>.

Assim, quando “necessário para a investigação” dos crimes referidos no art. 1.º da referida lei, é admissível “por qualquer meio” e “sem consentimento do visado” o *registo de voz e de imagem*. Trata-se de uma efectiva excepção no tratamento dos direitos fundamentais *supra* indicados e uma dilatação normativa no que concerne aos meios de obtenção de prova positivados no CPP<sup>88</sup>. Concernente aos meios pelos quais se pode admitir o registo indicado, a amplitude que a expressão “por qualquer meio” pode assumir torna-se difícil de circunscrever, se não mesmo impossível. Desde de que se atendam aos princípios norteadores dos meios de obtenção de prova, *maxime* deste meio de obtenção de prova, e se verifiquem os requisitos impostos pelo normativo não se avizinham obstáculos intransponíveis à admissão do *registo de voz e de imagem* seja porque meio for – *v. g.*, recurso a um avião não tripulado com uma câmara de vídeo incorporada ou mesmo a um satélite.

O art. 6.º da Lei n.º 5/2002, como já referimos, contende directamente com a palavra e com a imagem das pessoas e não implica que os registos se realizem no âmbito de uma “conversação ou comunicação” como se exige no regime das “escutas telefónicas” pelo que, relativamente a este regime, trata-se de um meio de obtenção de prova mais abrangente. Acresce o facto de que o regime das “escutas telefónicas”, na sua essência primária, apenas contempla os casos onde se regista a palavra falada, sem captação de imagem<sup>89</sup>.

Os registos de som e de imagem retratados, refere PINTO DE ALBUQUERQUE, podem compreender situações de “recolha cumulativa de imagem e som”, “recolha apenas de imagem ou recolha de voz em que não haja conversação”. Defende o mesmo Autor que as

<sup>87</sup> Cfr. Proposta de Lei n.º 94/VIII de 19 de Setembro de 2001 da AR.

<sup>88</sup> Cfr. MÁRIO FERREIRA MONTE, “O registo de voz e imagem no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico-financeira - Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro”, in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 85.

<sup>89</sup> Cfr. ARMANDO VEIGA e BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Escutas Telefónicas...*, 1.ª Ed., p. 331.

situações em que haja conversação são subsumíveis ao art. 189.º do CPP – “conversações entre presentes”<sup>90</sup>. Quanto a esta submissão, com a devida vénia, não perfilhamos a mesma posição. Atinente a este assunto, COSTA ANDRADE, destacando o “entendimento que na Alemanha vem fazendo curso entre os tribunais superiores e a doutrina maioritária”, refere que em Portugal, no “plano jurídico-constitucional não haverá obstáculos intransponíveis à consagração, também aqui, de um regime semelhante ao das escutas telefónicas”<sup>91</sup>. Consideramos que na lei nada obsta a que o regime do *registo de voz e de imagem* contemple também voz em que haja conversações. Como refere FERREIRA MONTE, o art. 6.º da Lei n.º 5/2002, ao permitir que o dito registo seja feito por *qualquer meio* atenta também a “conversas efectuadas fora do telefone, como, por exemplo, *conversas face-a-face* ou similares, desde que com prévia autorização ou ordem de juiz, [necessário] para a investigação criminal e relativamente à criminalidade prevista no artigo 1.º daquela lei”<sup>92</sup>.

Apesar de a lei poder admitir, como prova, “o som e as imagens obtidos por sistema mecânico de videovigilância (...), desde que devidamente autorizado [logo lícito], uma vez que ele se dirige à generalidade do público e não a qualquer pessoa ou grupo de pessoas em especial” exclui-se, por isso, do âmbito do disposto no art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2002<sup>93</sup>. Acrescem neste sentido, segundo FERREIRA MONTE, a finalidade dos circuitos fechados de videovigilância que tem como corolário a prevenção e segurança, contrariamente ao *registo de voz e de imagem* do art. 6.º da Lei n.º 5/2002 que reveste uma finalidade predominantemente investigatória da criminalidade, assim como, a necessidade imperial de autorização prévia para a recolha de imagens e de som, atinente à Lei n.º 5/2002, ao contrário da videovigilância terá que respeitar as formalidades vertidas no Decreto-Lei n.º 35/2004 de 21 de Fevereiro<sup>94</sup> e na Lei n.º 1/2005 de 10 de Janeiro<sup>95</sup>.

Para melhor delimitarmos o alcance do meio de obtenção de prova aqui retratado importa ainda aclarar alguns conceitos técnicos atinentes ao mesmo e usados

<sup>90</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo...*, 4.ª Ed., p. 546.

<sup>91</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE *apud* MÁRIO FERREIRA MONTE, “O registo de voz e imagem...”, in *Medidas de Combate...*, p. 84.

<sup>92</sup> MÁRIO FERREIRA MONTE, “O registo de voz e imagem...”, in *Medidas de Combate...*, pp. 84 e 85.

<sup>93</sup> Cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE aludindo “ao acórdão do TRL, de 28-05-2009, proc. 10210/2008-9; acórdão do TRG, de 26-04-2010, in CJ, XXXV, 2, 289; acórdão do STJ, de 20-06-2001, in CJ, Acs. Do STJ, IX, 2, 221; acórdão do TRG, de 29-03-2004, in CJ, XXIX, 2, 292; acórdão do TRG, de 19-05-2003, in CJ, XXVIII, 3, 299; acórdão do TRP, de 23-04-2008, in CJ, XXXIII, 2, 233; acórdão do TRL, de 30-10-2008, in CJ, XXXIII, 4, 148; e acórdão do TRL, de 03-11-2009, in CJ, XXXIV, 5, 117”. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo...*, 4.ª Ed., p. 463.

<sup>94</sup> FERREIRA MONTE, “O registo de voz e imagem...”, in *Medidas de Combate...*, pp. 88 e 89.

<sup>95</sup> Ainda que distintos os regimes, referente ao uso de câmaras portáteis no âmbito da Lei n.º 1/2005 de 10 de Janeiro, é aplicável a legislação própria relativa às forças e serviços de segurança e também a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro – art. 6.º da Lei n.º 1/2005, de 10 de Janeiro, que regula a utilização de câmaras de vídeo pelas forças e serviços de segurança em locais públicos de utilização comum.

correntemente no mundo jurídico. Falamos do *som*, em si mesmo, e da designada *voz off*, sobrelevando desde já, apesar do seu uso, a falta no ordenamento jurídico português de uma definição com o rigor que se impunha. O *som*, *maxime* a voz a que atenta o art. 6.º da Lei n.º 5/2002, pode ser classificado em duas categorias: *voz* propriamente dita e *voz off*. A *voz off* com o mesmo sentido, *voz over*, é uma expressão anglo-saxónica sem tradução para português, sendo por isso utilizada no original. Para os ingleses, *voice-over* “consists of words which are spoken by someone who is not seen”<sup>96</sup>. Está aqui subjacente um factor espacial em relação ao local em que se encontra aquele que a ouve. No mesmo sentido, MICHEL CHION propõe chamar “som «off» àquele cuja suposta fonte não só está ausente da imagem, mas que é também não diegética, ou seja, está situada noutra tempo e noutra lugar que não a situação directamente evocada”<sup>97</sup>. Acresce ao factor espacial a falta de conexão entre este som e a situação que se pretendeu retratar na imagem. Daqui se retira que determinada voz pode ser *voz off* e, simultaneamente, apenas *voz* pois esta classificação é sempre relativa à posição e situação onde a mesma é ouvida. A uma pessoa com um determinado campo de visão (por natureza limitado) e inserida num contexto chegará sempre som cuja origem desconhece e em nada se relaciona com ela – *som off*. O mesmo som para a própria pessoa emissora e para o seu destinatário será unicamente *som*<sup>98</sup>.

Referente às “escutas telefónicas” usa-se correntemente o termo “voz off”. Na senda de BENJAMIM RODRIGUES, neste âmbito, “voz off”, em termos técnicos, é o som das conversações captado e gravado “mediante microfone de aparelho telefónico e em contexto de activação de chamada”<sup>99</sup>. Pelos aspectos, comuns e divergentes, que gravitam em torno do regime das “escutas telefónicas” e do regime aqui retratado importaria uma delimitação mais precisa destes dois meios de obtenção de prova. A comparação dos mesmos assume especial relevância e complexidade, pelo que procedemos à autonomização da sua abordagem na secção seguinte.

<sup>96</sup> English Dictionary for Advanced Learners, Glasgow: HarperCollins Publishers, 2001, p. 1747.

<sup>97</sup> MICHEL CHION, *L' audio-vision: son e image au cinéma*, [Trad.] Pedro Elói Duarte, Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2011, p. 62.

<sup>98</sup> Não olvidamos da existência de outras classificações relativamente ao som, no entanto, dado o âmbito do nosso trabalho, importa apenas as classificações referidas.

<sup>99</sup> BENJAMIM DA SILVA RODRIGUES, *Da Prova Penal*, Tomo VI, Lisboa: Rei dos Livros, 2011, p. 470.

## 2.3. Escutas Telefónicas *versus* Registo de Voz e de Imagem

### 2.3.1. Aspectos Transversais

Ao colocarmos, lado a lado, o regime das “escutas telefónicas” e o regime do *registo de voz e de imagem*, sobre o qual nos debruçamos no presente capítulo, encontramos aspectos convergentes e divergentes que importa salientar para que se conheçam as “fronteiras” e pontos de contacto de ambos.

O regime jurídico das escutas telefónicas, originariamente, reportar-se-ia à interceptação e gravação de “conversações e comunicações”, onde em causa estaria “o direito à voz”, tutelado no art. 26.º da CRP quando o mesmo indica a “palavra falada”<sup>100</sup>. Daqui extrai-se a ideia segundo a qual, concernente aos direitos fundamentais, este regime é menos lesivo para os mesmos uma vez que regime do *registo de voz e de imagem* a que aqui nos referimos, além do direito à palavra contende também com o direito à imagem. Contudo, como refere FERREIRA MONTE, a extensão do regime das escutas, art. 189.º do CPP, veio também incluir a imagem no mesmo, desde que se observem os limites imanentes e latentes que circunscrevem o específico regime, isto é, desde que a imagem seja transmitida pelos meios diferentes do telefone elencados no artigo indicado e que permitam também a transmissão de imagem – *v. g.*, envio de fotografias ou vídeos via correio electrónico<sup>101</sup> ou por “outras formas de transmissão de dados via telemática”<sup>102</sup>.

Enquanto meios de obtenção de prova, autónomos e integrantes nos meios de investigação ocultos<sup>103</sup>, sobressai como comum o facto de se desenvolverem à margem do conhecimento dos visados – aspecto ímpar dos meios ocultos de investigação. As formalidades para ambos os regimes, ainda que com as devidas adaptações para o *registo de voz e de imagem* (art. 6.º, n.º 3 da Lei 5/2002), também são as previstas no art. 188.º do CPP. No entanto, o despacho através do qual o juiz autoriza o recurso aos meios aqui em causa, apesar de temporalmente acontecer de forma idêntica, *i. e.*, anteceder os respectivos actos, apresenta fundamentos, na sua origem, (aparentemente) diferenciados.

<sup>100</sup> Cfr. ARMANDO VEIGA e BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Escutas Telefónicas...*, 1.ª Ed., p. 325.

<sup>101</sup> MÁRIO FERREIRA MONTE, “A interceptação e gravação de conversações e comunicações. O registo de voz e imagem. Alguns aspectos relevantes do actual sistema processual pena”, in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 92.

<sup>102</sup> Cfr. art. 189.º, n.º 1 do CPP.

<sup>103</sup> A este respeito *supra* ponto 1.5. (Meios de investigação Ocultos na Obtenção da Prova).

Numa análise aos catálogos de crimes<sup>104</sup>, nos quais encontramos o primeiro requisito sem o qual o despacho do juiz tem que ser obrigatoriamente negativo, verificamos que na maioria dos crimes que integram ambos os catálogos as diferenças “são realmente aparentes, porque na verdade não passam *em grande parte* de diferenças de formulação terminológica”<sup>105</sup>. E os crimes previstos na Lei n.º 5/2002 que não encontram correspondência directa com os previstos no art. 187.º do CPP são integrados na alínea *a)* do n.º 1 do mesmo artigo – crimes “puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos de prisão”. Por sua vez, esta abertura do CPP faz com que se possa recorrer às “escutas telefónicas” em todos os crimes cuja moldura penal se enquadre na alínea referida. Somados estes crimes aos “de injúria, de ameaça, de coacção, de devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego, quando cometidos através de telefone; de ameaça com prática de crime ou de abuso e simulação de sinais de perigo; ou de evasão, quando o arguido haja sido condenado por algum dos crimes previstos nas alíneas anteriores” – alíneas *e), f) e g)*, todas do art. 187.º, n.º 1 do CPP –, fazem do catálogo de crimes, associado ao regime das escutas telefónicas, muito mais abrangente, comparativamente com o catálogo da Lei n.º 5/2002.

Esta maior abertura por parte do regime das escutas telefónicas face ao regime do *registo de voz e de imagem*, concernente aos catálogos de crimes é, na senda de RODRIGUES DE ALMEIDA, contrariado por “uma maior permissividade quanto à realização do *registo de voz e de imagem*” no que respeita aos fundamentos de facto para que se autorize o uso deste meio de obtenção de prova<sup>106</sup>. Enquanto no *registo de voz e de imagem* apenas aponta para a mera “necessidade para a investigação”, já a realização das escutas subordina-se à verificação de “razões para querer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter”<sup>107</sup>. Esta diferença advém da letra da lei mas, segundo o mesmo Autor, não existe na realidade: se para dar lugar ao *registo de voz e de imagem* apenas se aponta para a referida “necessidade para a investigação”, por outro lado, posteriormente em sede de valoração da prova obtida, deverá a diligência ter obedecido a todos os princípios atinentes

<sup>104</sup> Referente ao regime das escutas telefónicas, o catálogo de crimes é o previsto no art. 187.º, n.ºs 1 e 2 do CPP. Já o catálogo atinente ao *registo de voz e de imagem* é o previsto no art. 1.º da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro.

<sup>105</sup> Cfr. MÁRIO FERREIRA MONTE. “A interceptação e gravação...”, in *Medidas de Combate...*, p. 96.

<sup>106</sup> CARLOS RODRIGUES DE ALMEIDA. “O registo de voz e imagem - Notas ao artigo 6.º da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro”, in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 112.

<sup>107</sup> Cfr. n.º 1 do art. 187.º do CPP.

aos meios de obtenção de prova<sup>108</sup>. Neste sentido, acrescentam ARMANDO VEIGA e BENJAMIM RODRIGUES, “a actuação fora deste contexto é ilegal e inconstitucional”<sup>109</sup>.

### 2.3.2. A Voz (*off*) e as Conversações entre Presentes

No recurso às escutas telefónicas, enquanto meio de obtenção de prova, não raras vezes antes da ligação se estabelecer com o destinatário da chamada são captadas e gravadas conversações, cuja origem apenas se pode indicar como sendo o som ambiente que alcançou o microfone do aparelho telefónico. Tendo presente o conceito de *som off*, explanado no *supra* ponto 2.2., é peremptório que este som se enquadra naquele conceito. Ainda assim, em relação ao regime jurídico a aplicar nestas situações a solução já não reúne o consenso desejável uma vez que o regime das escutas telefónicas, segundo o art. 189.º do CPP, estende-se à “intercepção das comunicações entre presentes” cujo som, como já tivemos a possibilidade de referir, se considera *voz off* na situação invocada.

Numa primeira análise aos preceitos em causa há que referir que o legislador apenas alude às formalidades enquanto aspectos comuns positivados – art. 188.º do CPP. Não se encontra no regime das escutas telefónicas qualquer menção ao *registo de voz e de imagem*, previsto no art. 6.º da Lei n.º 5/200, e neste último apenas o n.º 3 do mesmo artigo aponta que as formalidades, atrás mencionadas, são aplicáveis aos registos obtidos, com as necessárias adaptações. Ora, estamos perante dois meios de obtenção de prova distintos e que, dadas as muitas alterações introduzidas no CPP e na Lei referida, desde as suas publicações originais<sup>110</sup>, o legislador quis conservar distintos.

Na extensão das escutas telefónicas (art. 189.º do CPP) é determinado que aquele regime “é correspondentemente aplicável [...] à intercepção das comunicações entre presentes”. À data do aparecimento dessa possibilidade no CPP<sup>111</sup>, a necessidade daquela extensão é compreensível do ponto de vista da investigação criminal, tendo como justificação que não seria possível na altura, no ordenamento jurídico português, obter legalmente as “comunicações entre presentes” para os fins aqui retratados. Contudo, o legislador deveria tê-lo feito criando um regime diverso daquele, pois “uma coisa é uma escuta, [nos meios de comunicação através das redes electrónicas], outra coisa é a escuta

<sup>108</sup> Cfr. CARLOS RODRIGUES DE ALMEIDA, “O registo de voz e imagem...” in *Medidas de Combate...*, pp. 112 e 113.

<sup>109</sup> ARMANDO VEIGA e BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Escutas Telefónicas...*, 1.ª Ed., pp. 328 e 329.

<sup>110</sup> A este respeito, o CPP, com a Lei n.º 26/2010 de 30 de Agosto, contabiliza dezanove alterações, das quais sete são posteriores à Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro. Esta, por sua vez, já contabiliza três alterações posteriores à sua publicação ([http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=147&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis) – consultado em 28 de Dezembro de 2011).

<sup>111</sup> Alteração ao Código de Processo Penal pela Lei n.º 59/98 de 25 de Agosto.

das pessoas cara a cara”<sup>112</sup>. Todavia, não o fez e com a Lei n.º 5/2002 surge, então, uma segunda via, desde que cumpridos os requisitos concretos a que a lei alude, para que o mesmo meio de prova possa alcançar o processo.

Não obstante existir *voz off* que não seja considerada “comunicação entre presentes” – *v. g.*, o monólogo dum suspeito enquanto aguarda que o destinatário da sua chamada atenda –, tecnicamente as “comunicações entre presentes” serão *voz off* até ser estabelecida a comunicação com o destinatário, a partir do qual deverão ser designadas apenas por “comunicações entre presentes”<sup>113</sup>. E será apenas nesta situação que se poderá fazer uma intersecção das mesmas, pois até aqui este som realmente é emitido e está disponível nos meios de escuta mas simplesmente por uma questão puramente técnica. Ela prende-se com o facto de o microfone do “telefone”<sup>114</sup> se activar no momento em que se marca o número e se *tenta estabelecer a ligação* com o destinatário. Enquanto o destinatário da chamada não tiver a predisposição para a receber não passa disso mesmo, *uma tentativa de contacto*<sup>115</sup>, o que afasta a possibilidade se considerar uma intersecção telefónica à luz do regime atinente à mesma, pois em bom rigor, e tecnicamente, a chamada telefónica ainda não existiu. Ainda assim, PINTO DE ALBUQUERQUE defende que as “escutas em off” podem ser valoradas desde que se reúnam os requisitos específicos das “intercepções de comunicações entre presentes”. Como a lei atinente às “conversações entre presentes” não distingue “as conversações privadas ditas entre presentes no domicílio ou fora dele”, o Autor defende a inclusão das conversações “quer as (...) tidas em casa habitada quer as tidas na via pública ou em qualquer outro edifício ou local de acesso ao público ou restrito”. No entanto, por violação do núcleo do direito constitucional à privacidade (art.ºs 26.º e 35.º da CRP), salienta a inconstitucionalidade da interpretação do art. 189.º do CPP “no sentido da admissibilidade da intercepção de conversações entre presentes se forem mantidas com pessoas da especial confiança do suspeito, como a sua mulher e os seus filhos, pais ou irmãos, e incluir «expressões pertencentes ao núcleo do modo de vida privado» do suspeito”<sup>116</sup>.

<sup>112</sup> Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Das escutas telefónicas”, in *I Congresso de Processo Penal*, [Coord.] Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra: Almedina, 2005, p. 217.

<sup>113</sup> Cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo...*, 4.ª Ed., p. 544.

<sup>114</sup> Falamos de telefone mas podemos incluir qualquer meio técnico análogo. *V. g.*, telemóvel.

<sup>115</sup> A este respeito há ainda que referir que as próprias regras de cobrança das chamadas telefónicas nos compelem para o raciocínio demonstrado. Vejamos que a chamada, por norma, só é taxada após o destinatário da mesma atender. É a demonstração de que até a esse momento não há uma ligação telefónica estabelecida, ou seja, os meios utilizados ainda não estão a ser usados plenamente de acordo com o fim que lhes foi dado e como tal não existe uma cobrança do serviço por parte da empresa proprietária, ou gestora, da rede de comunicações electrónicas escolhida para o efeito.

<sup>116</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo...*, 4.ª Ed., p. 544.

Perante a admissão, aludida na lei, da “intersecção de comunicações entre presentes”, consubstancia-se uma outra dificuldade que se prende em saber quem intervirá nas referidas conversações. Aquela extensão, a existir materialmente, pode fazer com que o regime das “escutas telefónicas”, meio de investigação extremamente danoso, abarque um número infinito de “alvos”, bastando apenas que as conversações destes alcançassem o microfone do aparelho “escutado”. Como defende BENJAMIM RODRIGUES, a propósito da possibilidade infinita de alvos, “[a] captação de «voz-off», não se encontra abrangida na «autorização judicial» para a respectiva «escuta telefónica», nem fica autorizada uma qualquer extensão daquela autorização para os novos «alvos» que vão sendo apanhados por via de tal técnica”<sup>117</sup>.

Ainda assim, concernente às “escutas telefónicas”, na sua essência original, é legítimo levantar o mesmo problema, pois o “alvo” escutado tem ao seu alcance a possibilidade de tentar, e conseguir, uma ligação para todas as pessoas que possuam um meio de comunicação semelhante, o que se traduz também num número infinito de novos “alvos”. Parece-nos que é esta a razão de ser do art. 187.º, n.º 4 do CPP quando especifica as pessoas contra as quais podem ser usadas as intercepções e gravações. Não podemos olvidar, no entanto, que o normativo sofre de algumas lacunas na sua redacção<sup>118</sup>. Vejamos o exemplo:

- ❖ **A** e **B** são “alvos” de uma escuta telefónica relacionado com um crime praticado pelos mesmos em co-autoria com **C**. Este não faz parte dos “alvos” por não haver qualquer suspeita em relação a ele. Numa das chamadas entre **A** e **B** estes vangloriam-se com pormenores do crime cometido onde obviamente referem **C** – diríamos que nesta intersecção se fez o “filme” do crime, inclusive a descrição da sua preparação nos “bastidores”.

À luz do art. 187.º, n.º 4, do CPP, **C** não faz parte do grupo de pessoas contras as quais podem ser usados os meios de prova aqui recolhidos. Claro está, que tanto o OPC, como o MP, como o JIC, não dispõem de “poderes sobrenaturais” que lhes permitam antever e acautelar aquela intersecção de modo a que a autorização judicial já contemplasse esse indivíduo<sup>119</sup>. Como refere G. MARQUES DA SILVA, o legislador é explícito ao exigir “que o despacho que autorizar a intercepção e gravação tem de

<sup>117</sup> BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Da Prova Penal...*, Tomo VI, p. 471.

<sup>118</sup> A este respeito, vide ANDRÉ LAMAS LEITE, “Entre Péricles e Sísifo: o novo regime legal das escutas telefónicas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 17, n.º 4, [Dir.] Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora - Limitada, 2007, p. 637.

<sup>119</sup> Cfr. ANDRÉ LAMAS LEITE, “Entre Péricles e Sísifo...”, in *Revista Portuguesa...*, p. 638.

especificar as pessoas concretas relativamente às quais é permitida”<sup>120</sup>. A afirmação não deixa dúvidas mas, na diversidade das intersecções, não serão raras as vezes que a autorização judicial apenas contemplará uma pessoa das duas intervenientes (no mínimo) na conversação.

Muita tinta já correu e a resolução ainda se encontra longe de ser pacífica. Contudo, em nossa opinião, a solução nesta fase gravita em torno da autorização judicial. É consensual que alargar a autorização judicial a pessoas não abrangidas pela mesma traduzir-se-ia em acolher uma interpretação extensiva ou analógica, possibilidade a afastar uma vez que a diligência estaria ferida de inconstitucionalidade material pela violação dos n.ºs 1 e 4 do art. 34.º e n.º 2 do art. 18.º, ambos da CRP<sup>121</sup>. Na senda de BENJAMIM RODRIGUES, “trata-se de prova proibida”<sup>122</sup> essa que se «aproveita» de uma captação «**por voz-off**» em contexto de escutas telefónicas, já que se pretende usar o microfone do telemóvel, activando-o à distância ou quando o mesmo é automaticamente activado em contexto de efectuação de chamada, então, *haverá que existir decisão judicial inequívoca para tal efeito*”<sup>123</sup>. A “sílabo tónica” do problema não está em saber se a *voz off* se enquadra no regime das “escutas telefónicas” ou do registo de voz ou de imagem que aqui retratamos. Trata-se sim de aferir o alcance da autorização judicial em concreto no que respeita a quem e de que modo se irá fazer o registo da voz em causa. A autorização judicial, sendo clara, objectiva e legal, em suma que cumpra os desígnios do Direito e da Lei como se impõe, responderá também em qual dos regimes se operará o registo.

Porquanto, a respeito da autorização judicial, surge uma outra questão: como pode o JIC aferir a exigibilidade necessária para justificar o recurso a este regime quando se desconhece quem serão as pessoas intervenientes numa “comunicação entre presentes”? COSTA ANDRADE é inequívoco ao afirmar que:

*“o simples cumprimento da subsidiariedade, [a respeito das escutas telefónicas], faz intervir requisitos cuja verificação pressupõe a representação cabal e actualizada do processo: do seu estado e das suas vicissitudes, das luzes e sombras da investigação, das resistências encontradas e das que se deixam adivinhar. Para, num juízo esclarecido de estratégia criminalística, escolher, dentre o arsenal de meios disponíveis, aquele(s) que, sendo eficaz(es), se mostre(m) o(s) menos invasivo(s)”*<sup>124</sup>.

<sup>120</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo...*, 5.ª Ed., Vol. II, p. 297.

<sup>121</sup> Cfr. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Escutas Telefónicas - Da Excepcionalidade à Vulgaridade*, 2.ª Ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 80.

<sup>122</sup> Quanto a este assunto, *supra* ponto 1.4.2. (Admissibilidade e Proibições de prova).

<sup>123</sup> BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Da Prova Penal...*, Tomo VI, p. 471. Itálico nosso.

<sup>124</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Escutas Telefónicas...”, in *Revista de Legislação...*, p. 279.

Por certo não será possível aferir da existência do princípio da subsidiariedade quando se desconhece(m) o(s) alvo(s). Promover uma autorização judicial nesta situação seria passar o denominado “cheque em branco”<sup>125</sup>. Ainda assim, será sempre um risco impossível de afastar pois, como já o referimos, no recurso a meios ocultos de investigação, não raras a vezes desenvolvendo-se de forma automática com pouca intervenção humana, não será possível prever nem acautelar todas as situações que possam ocorrer. De facto, o legislador parece ter considerado esta situação na medida que não limitou o papel do JIC às meras formalidades. Nas palavras de DAMIÃO DA CUNHA, “sob as designadas «formalidades», das operações encontram-se reguladas matérias atinentes à «reserva do juiz» (constitucionalmente consagradas no art. 34.º, n.º 4 da CRP) e outras matérias referentes à conservação/utilização da prova”<sup>126</sup>. A lei, no âmbito do princípio da “reserva do juiz”, impõe-lhe “um controlo estreito e tão próximo quanto possível da «fonte», no desenrolar das operações, postulando também um contacto directo e imediato com o material recolhido”<sup>127</sup>. Se na primeira intervenção o JIC autoriza na estrita observância de princípios como o da legalidade, da necessidade, da exigibilidade, da adequação e da proporcionalidade *stricto sensu*, entre outros, idêntica aferição se lhe impõe na decisão sobre quais as intersecções de conversações ou comunicações que devem ser validadas, ordenadas a suas transcrições e juntas ao processo e quais suportes técnicos e relatórios que devem ser destruídos. O legislador, consciente do risco de terceiros não contemplados na autorização judicial virem a intervir nas conversações, impôs um segundo “filtro”. Assim, não se pode garantir que pessoas alheias ao processo não intervenham em conversações “sob escuta” mas pode-se garantir que os conhecimentos obtidos nessa escuta não venham a ser usados enquanto meio de prova sendo determinada a sua destruição, atento o n.º 6, art. 188.º do CPP.

A destruição dos “suportes técnicos e dos relatórios manifestamente estranhos ao processo” impõe-se imediata atendendo à letra da lei. Contudo, há que ressaltar o exercício do contraditório por parte do arguido e do assistente (caso exista) após a sua análise pois só assim se respeitam as garantias de defesa do arguido previstas no art. 32.º, n.º 1 da CRP<sup>128</sup>. A destruição imediata será inconstitucional caso a hipótese referida seja

<sup>125</sup> A este respeito, FRANCISCO MARCOLINO DE JESUS. *Os Meios de Obtenção da Prova...*, p. 241.

<sup>126</sup> JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *apud* Acórdão de fixação de jurisprudência do STJ n.º 13/2009, publicado no Diário da República, 1.ª série, N.º 216, de 6 de Novembro de 2009.

<sup>127</sup> Acórdão de fixação de jurisprudência do STJ n.º 13/2009, publicado no Diário da República, 1.ª Série, N.º 216, em 6 de Novembro de 2009.

<sup>128</sup> Cfr. ANDRÉ LAMAS LEITE, “Entre Péricles e Sísifo...”, in *Revista Portuguesa...*, p. 648.

vedada ao arguido e assistente (caso exista) por violação das garantias constitucionais referidas<sup>129</sup>.

O facto de a destruição dos suportes e relatórios, *supra* indicados, não ocorrer também sem prejuízo do n.º 7 do art. 187.º do CPP remete-nos para a matéria dos *conhecimentos fortuitos*, a qual, pela sua pertinência no nosso trabalho, merece ser tratada autonomamente, no próximo capítulo e cuja boa interpretação e aplicação irão ditar os procedimentos, subsequentes, a ter com os referidos suportes e relatórios.

## 2.4. Meio Excepcional de Investigação

Como defendemos no Capítulo 1, a perseguição dos criminosos deve ser feita segundo os desígnios do Direito e da Lei, tendo como certo que o pilar basilar do nosso Estado de Direito é a dignidade da pessoa humana. Ainda assim, a simplicidade das palavras teima em não coincidir com a complexidade inerente à perseguição aludida. Esta complexidade traduz-se pela procura de um equilíbrio, tendencialmente perturbado, entre os bens jurídicos que se querem proteger e os que terão que ser lesados para o conseguir.

O exercício pleno dos direitos das pessoas não existe verdadeiramente em sociedade, pelo que o cidadão aceita, em troca da sua co-vivência em sociedade com os restantes cidadãos, a restrição dos seus direitos desde que na medida justa, *i. e.*, aferida pelo Direito e pela Lei. Na procura de uma Justiça justa impõe-se o recurso aos meios que a lei indica, *rectius* permite. Surge aqui o *registo de voz e de imagem* que na procura permanente da justeza no seu uso e na danosidade social subjacente ao mesmo, atinente aos direitos fundamentais passíveis de serem restringidos, pode ser considerado, numa escala gradativa e exceptuando o “agente infiltrado”, como a *ultima ratio* dos meios de obtenção de prova – equivale a dizer um meio de obtenção de prova verdadeiramente excepcional.

À semelhança do meio de obtenção de prova das “escutas telefónicas”, cuja excepcionalidade se retira de “três vectores fundamentais” – nas palavras de GUEDES VALENTE, da “sistematização dos meios de obtenção de prova”, “dos princípios inerentes e imanentes aos meios de obtenção de prova” e da sujeição das escutas “aos princípios da indispensabilidade da descoberta da verdade ou da impossibilidade ou da muita dificuldade

---

No mesmo sentido, acompanhando HELENA SUSANO e FÁTIMA MATA-MOUROS, também PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo...*, 4.ª Ed., p. 536.

<sup>129</sup> Cfr. BENJAMIM DA SILVA RODRIGUES *apud* Acórdão de fixação de jurisprudência do STJ n.º 13/2009, publicado no Diário da República, 1.ª Série, N.º 216, em 6 de Novembro de 2009.

de obter a prova por meio menos oneroso”<sup>130</sup> –, também a excepcionalidade do *registo de voz e de imagem*, enquanto meio de obtenção de prova, se pode extrair dos mesmos.

Só poderemos recorrer ao *registo de voz e de imagem* quando, perante as factuais concretas do processo, “não seja possível com dificuldades acrescidas, prosseguir com sucesso a investigação recorrendo a meios menos gravosos ou invasivos”<sup>131</sup>. Os princípios que orientam o recurso aos meios de obtenção de prova, dos quais destacamos os princípios da legalidade, da necessidade, da exigibilidade, da adequação, da proporcionalidade *stricto sensu* e da concordância prática, impõem uma “gradação dos meios de obtenção de prova face à probabilidade de ferimento dos direitos fundamentais”<sup>132</sup>. Daqui se retira a sistematização aludida e onde, pela natureza das coisas, surge o *registo de voz e de imagem* enquanto um dos últimos meios de obtenção de prova a recorrer.

Quanto aos “princípios da indispensabilidade da descoberta da verdade ou da impossibilidade ou da muita dificuldade de obter a prova por meio menos oneroso” a que as “escutas telefónicas” têm que obedecer, já tivemos a oportunidade de referir no ponto 2.3.1. (Aspectos Transversais) que o *registo de voz e de imagem*, em última instância, também terá que respeitar. Sob pena de entroncar numa “proibição de valoração de prova” em sede de julgamento. A mera necessidade da medida pode justificar a que a ela se recorra mas isso não será suficiente no momento ulterior da produção da prova.

Por fim, a excepcionalidade traduz-se plenamente pela autorização judicial que dá lugar ao meio de obtenção de prova aqui retratado. Os “vectores” aludidos estarão bem patentes, directa ou indirectamente, na autorização judicial pois esta revela a congregação de todos os aspectos que gravitam em torno da medida, em especial do processo. Será com base na representação plena e actualizada do processo conjugada com os desígnios do Direito e da Lei que haverá ou não lugar a autorização judicial.

## **2.4. Admissibilidade e Formalidades do Recurso ao Registo de Voz e de Imagem**

### **2.4.1. Admissibilidade**

Dispõe o art. 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, que “é admissível, quando necessário para a investigação de crimes referidos no artigo 1.º [da mesma lei], o *registo de*

<sup>130</sup> MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Escutas Telefónicas...*, 2.ª Ed., p. 58.

<sup>131</sup> Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Escutas Telefónicas...”, in *Revista de Legislação...*, p. 279.

<sup>132</sup> Cfr. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Escutas Telefónicas...*, 2.ª Ed., p. 59.

voz e de imagem por qualquer meio, sem consentimento do visado”. É imposta uma autorização (ou ordem) judicial prévia para a “produção dos registos” e remete para as formalidades dos art. 188.º do CPP, com as devidas adaptações.

Do preceito aludido emergem três requisitos cuja verificação se impõe cumulativa para se recorrer a este meio de prova excepcional:

- ✓ O crime em causa deve integrar o conjunto de crimes mencionados no art. 1.º da *supra* indicada Lei;
- ✓ A medida tem que se considerar necessária para a investigação do crime em causa;
- ✓ Existência prévia de autorização ou ordem do juiz.

Quanto ao primeiro requisito trata-se efectivamente de uma circunscrição do âmbito de aplicação deste meio de obtenção de prova ao catálogo de crimes aludido no art. 1.º da dita Lei. Porquanto, “o catálogo representa, pois, o primeiro padrão e medida da proporcionalidade querida pelo legislador e, como tal, imposta ao intérprete e aplicador”<sup>133</sup>. Assim é admitido o recurso ao *registo de voz e de imagem* para a investigação relativa aos crimes<sup>134</sup>:

- a) Tráfico de estupefacientes, nos termos dos artigos 21.º a 23.º e 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro;
- b) Terrorismo e organização terrorista;
- c) Tráfico de armas;
- d) Tráfico de influência;
- e) Corrupção activa e passiva;
- f) Peculato;
- g) Participação económica em negócio;
- h) Branqueamento de capitais;
- i) Associação criminosa;
- j) Contrabando;
- l) Tráfico e viciação de veículos furtados;
- m) Lenocínio e lenocínio e tráfico de menores;
- n) Contrafacção de moeda e de títulos equiparados a moeda.

<sup>133</sup> Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Bruscamente no Verão...”, in *Revista de Legislação...*, p. 349.

<sup>134</sup> Cfr. n.º 1, art. 1.º da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro.

Acresce no n.º 2 do mesmo artigo um obstáculo ao recurso do meio de obtenção de prova aqui em causa quando os crimes supracitados, nas alíneas j) a n), não forem praticados de forma organizada<sup>135</sup>. Atinente a este preceito, FERREIRA MONTE levanta duas questões revestidas de grande pertinência: “como é que o MP ou os OPC ou o JIC podem saber se se trata ou não de criminalidade organizada sem efectuar tais registos? Não serão as intercepções de voz e de imagem um meio necessário para apurar, nomeadamente, os autores do crime, o tipo de co-autoria e, nesse caso, a existência de criminalidade organizada?”<sup>136</sup> A intenção do legislador aqui talvez não tenha sido a mais clara, pois parece exigir a observância de um requisito para autorizar uma medida que, por sua vez, só poderá considerar-se preenchido ou não preenchido se primeiramente essa medida pudesse ser efectuada impelindo-nos assim para um raciocínio cíclico. Ora, a razão de ser deste preceito, relativamente ao *registo de voz e de imagem*, deriva da tutela dos bens jurídicos em causa em contraponto com os direitos fundamentais que poderão ser lesados com o recurso à medida. Na observância dos princípios atinentes aos meios de obtenção de prova, parece-nos existir a pretensão de se instituir a figura de “proibição de valoração de prova”<sup>137</sup> quando os crimes em causa não são praticados de forma organizada. Salienta COSTA ANDRADE, “a exigência e a função insuprível do catálogo” relevam tanto para o “*momento da produção*” dos registos como “*para o momento ulterior e distinto da sua valoração*”<sup>138</sup>. Assim, se é desconhecido o modo como é praticado o crime no momento da autorização judicial e através da sua investigação – com recurso ao *registo de voz e de imagem* por doutra forma menos danosa não ser possível –, se constata que o crime não se perpetra de forma organizada, no momento da apreciação dos suportes técnicos, autos e relatórios com vista à junção ao processo, o JIC terá que optar pela destruição dos mesmos e pelo afastamento da medida. Ainda assim, se o mesmo optar pela junção dos registos, autos e relatórios ao processo por motivos que lhe pareçam válidos e por ainda não poder aferir da existência da “forma organizada” na prática do crime, na fase ulterior de julgamento, o juiz, agora num raciocínio mais esclarecido e completo por dispor de toda a

<sup>135</sup> Cfr. art. 1.º, n.º 2 da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro.

<sup>136</sup> MÁRIO FERREIRA MONTE, “A intercepção e gravação...”, in *Medidas de Combate...*, p. 97.

<sup>137</sup> Quanto a este assunto, com mais profundidade, *supra* Capítulo 1, ponto 1.4.2 (Admissibilidade e Proibições de Prova).

<sup>138</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE refere-se aqui ao catálogo do regime das escutas telefónicas, mas ainda assim com aplicação plena ao regime do *registo de voz e de imagem*. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Bruscamente no Verão...”, in *Revista de Legislação...*, p. 349.

prova carreada durante o inquérito, não poderá valorar os meios de prova obtidos pelo meio aqui em causa<sup>139</sup>.

A necessidade da medida para a investigação, segundo requisito apontado, parece simples e fácil de analisar, contudo, como já referimos no *supra* ponto 2.3.1 (Aspectos Transversais), quando comparamos o regime do *registo de voz e de imagem* com o das “escutas telefónicas”, a mera necessidade para a investigação não deverá persistir como exigência única enquanto fundamento de facto na autorização judicial. Pese embora o legislador a tenha feito constar na letra da lei como única e, na verdade, para se dar lugar à medida bastará a simples necessidade, juntamente com os restantes requisitos indicados. Mas, em bom rigor, tratando-se de um meio de obtenção de prova, implica que a fundamentação de facto respeite os limites imanentes e latentes dos princípios a que o mesmo tem de obedecer, para que em sede de julgamento, os meios de prova, obtidos através do meio de obtenção de prova em causa, não sejam de valoração proibida. Assim, parece parca a mera necessidade como fundamento para se recorrer ao *registo de voz e de imagem*. Contudo, o legislador talvez não tenha querido exigir mais que a simples necessidade tendo em conta a pouca informação que poderá existir no momento da autorização judicial. Não podemos olvidar que, tratando-se de meios de obtenção de prova, as exigências legais atinentes aos mesmos têm que ter como referência um raciocínio de concordância prática entre os direitos fundamentais que se pretendem promover e aqueles que implica lesar, *maxime* o interesse punitivo do Estado, “*sob pena de contrariar, ou submeter a uma inversão intolerável, a lógica da reconstrução material da verdade factual levada a cabo pela investigação criminal*”<sup>140</sup>.

Por último, exige-se a autorização judicial<sup>141</sup> por parte do JIC para que se possa efectuar o *registo de voz e de imagem*. Este último requisito é obtido através da verificação dos dois anteriores na medida que, caso não se verifiquem, a autorização terá

<sup>139</sup> Neste sentido, o Ac. do TRL veio proibir a valoração das imagens recolhidas no âmbito da Lei n.º 5/2002, tendo sido autorizadas para crime de tráfico de estupefacientes nos termos do art. 21.º Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, por se confirmar com a investigação que o crime praticado foi o de tráfico de estupefacientes mas nos termos do art. 25.º do mesmo Decreto-Lei, crime não pertencente ao catálogo. Cfr. Acórdão do TRL de 25-05-2010, processo n.º 42/08.PJAMD.L1-5. Acedido e consultado em <http://www.dgsi.pt> no dia 16-10-2011.

<sup>140</sup> Cfr. Ac. do TRL de 18-01-2011, processo n.º 833/10.OPAMTJ-A.L1-5. Acedido e consultado em <http://www.dgsi.pt> no dia 08-10-2011.

<sup>141</sup> ANDRÉ LAMAS LEITE, referente às “escutas telefónicas” refere que “*a exigência de fundamentação do despacho autorizador*” a que se refere o art. 187.º do CPP era desnecessária pois o art. 97.º, n.º 1, al. b), e n.º 4 já apontam para a obrigatoriedade de indicação de motivos pelos quais se torna necessário recorrer e este meio de obtenção de prova tão intrusivo. Equivale a dizer que tal exigência é igualmente aplicável ao “despacho autorizador” do *registo de voz e de imagem*. ANDRÉ LAMAS LEITE, “Entre Péricles e Sísifo...”, in *Revista Portuguesa...*, p. 620.

obrigatoriamente que ser negativa. Como temos vindo a defender, atento o carácter excepcional e subsidiário deste meio de obtenção de prova, o JIC, perante o requerimento do MP para que autorize o *registo de voz e de imagem*, deve aferir da “*necessidade para investigação*” tendo também como referência a “*impossibilidade de obter os mesmos conhecimentos de uma forma menos danosa para os direitos fundamentais em causa*”. Pois, sempre que isso for possível, estaremos a antecipar a verificação de uma *conditio sine qua non* para que se valore a prova implicada em sede de julgamento.

Acrescem à autorização judicial as pessoas sobre as quais vão ser recolhidas as imagens e/ou a voz, a duração/prazo da autorização e que meio ou meios técnicos vão ser utilizados. Nas palavras de PINTO DE ALBUQUERQUE, no âmbito dos art. 187.º, n.ºs 4 a 8, do CPP “são analogicamente aplicáveis à recolha de imagens e voz prevista no art. 6.º da Lei n.º 5/2002, em face a uma lacuna grave da Lei n.º 5/2002” no que toca às pessoas que podem ser “alvo” do *registo de voz e de imagem*, na duração da autorização e à possibilidade de os registos obtidos virem a ser usados noutro processo<sup>142</sup>. No que concerne à possibilidade de os registos serem usados noutro processo estamos no âmbito dos *conhecimentos fortuitos*. Constituindo-se os mesmos como tema nuclear no nosso trabalho importa que sejam tratados de forma autónoma e profunda pelo que, como já tivemos de possibilidade de referir, irão estes ser abordados no próximo capítulo.

Quanto às pessoas que podem ser alvo de recolha de imagens e voz parece-nos razoável a impossibilidade de serem outras pessoas que não as constantes do art. 187.º, n.º 4, do CPP. No entanto como já mencionámos *supra* no ponto 2.3.2. (A Voz (*off*) e as Conversações entre Presentes), tratando-se de uma medida oculta, a dificuldade em conseguir evitar que terceiros sejam visados, na realização da recolha das imagens e da voz, consubstancia-se como um obstáculo na maioria das vezes incontornável. Caberá ao JIC, em sede de apreciação dos suportes técnicos, autos e relatórios com vista à junção ao processo, aferir da necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu* da medida para essas mesmas pessoas<sup>143</sup>.

<sup>142</sup> PINTO DE ALBUQUERQUE no sentido apontado por CARLOS ALMEIDA. PAULO SÉRGIO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo...*, 4.ª Ed., p. 546.

<sup>143</sup> Quanto a este assunto importa referir, nas palavras de COSTA ANDRADE, que “as escutas telefónicas têm interesse em captar aquilo que tecnicamente podemos chamar de mediadores de notícias, i. é, as pessoas por cujas conversas passam notícias sobre o crime, e estas são todas aquelas (...) em cujas comunicações telefónicas se fala sobre o crime”. MANUEL DA COSTA ANDRADE *apud* ANDRÉ LAMAS LEITE, “Entre Péricles e Sísifo...”, in *Revista Portuguesa...*, p. 638.

Traduzindo aquelas palavras a intenção do legislador, poder-se-á afirmar que referente ao *registo de voz e de imagem*, a intenção do legislador poderá ser omissa em relação aos casos atinentes à imagem pois o preceito surgiu de um juízo arquetipicamente formulado para a voz e não para a imagem. Logo, não será uma solução estanque, pois problemas diferentes, terão por certo soluções diferentes.

Às conversações e comunicações entre o arguido e o seu defensor aplicar-se-á, por analogia, o art. 187.º, n.º 5 do CPP. Na senda de RODRIGUES DE ALMEIDA, nas situações em “que este meio de obtenção envolva a gravação de voz” é proibida a intersecção das conversas e comunicações referidas, o mesmo que dizer, é proibido o registo da voz. Essa proibição “deve ainda ser estendida a todos os mediadores de notícias titulares de segredo”. Refere ainda o Autor que, quanto às imagens que não contemplem som, nada obsta à sua recolha<sup>144</sup>. Conforme se retira da parte final do preceito, a proibição será de afastar nas situações em que as conversações constituam objecto ou elemento do crime.

A Lei n.º 5/2002, quanto ao prazo de duração da autorização judicial para o recurso ao *registo de voz e de imagem*, não consagra qualquer delimitação temporal. Na base do brocardo *odiosa sunt restringenda*, refere GUEDES VALENTE que, “se devem aplicar os mesmos princípios do recurso às escutas telefónicas”, ou seja, atinente ao prazo de duração, restringir os prazos a três meses prorrogáveis<sup>145</sup>. Ainda que o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 4/06, de 03 de Janeiro, pareça apontar para a inexistência de qualquer prazo a verificar “desde adequadamente assegurado o acompanhamento judicial da efectivação da operação”<sup>146</sup>, não se pode aceitar que uma medida tão lesiva para os direitos fundamentais possa ser autorizada por um período indefinido. Três meses parecem-nos um prazo razoável<sup>147</sup> mas ainda assim, como a letra da lei nada refere sobre este aspecto, o juiz pode ter outra interpretação e estabelecer um prazo diferente. Mas ainda que diferente, é obrigatório que o faça. O JIC deve impedir, nas palavras de BENJAMIM RODRIGUES, que “tal metodologia investigatória se estenda para além dos níveis temporais mínimos (...), sob pena de deslegitimação constitucional de tal medida”<sup>148</sup>. Não decoramos que o efectivo acompanhamento judicial na operacionalização da medida possa impedir aquela ampliação para além do estritamente necessário, contudo a

<sup>144</sup> CARLOS RODRIGUES DE ALMEIDA, “O registo de voz e imagem...” in *Medidas de Combate...*, p. 116.

<sup>145</sup> MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Escutas Telefónicas...*, 2.ª Ed., pp. 108 e 109.

<sup>146</sup> Quanto a este assunto, ARMANDO VEIGA e BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Escutas Telefónicas...*, 1.ª Ed., p. 333.

<sup>147</sup> A razoabilidade a que nos reportamos tem como base o regime das “escutas telefónicas”.

<sup>148</sup> BENJAMIM RODRIGUES refere que a “deslegitimação constitucional” da medida ocorre “por violação do referido princípio da proporcionalidade, já que a medida há-de ser adequada, necessária e usada por termos estritamente proporcionais aos proventos que da mesma podem advir, à luz da infracção criminal «sob investigação», para a descoberta da verdade material”. Acrescenta ainda que a definição de um prazo deve ser feita no respeito pelo “princípio da actualidade da medida judicial autorizativo o que significará que ficará deslegitimada (e, por isso, «vagabunda ou selvagem») a medida oculta de investigação que seja levada a cabo passado um grande lapso de tempo sobre o juízo judicial autorizativo, pois a necessidade da medida é aferida à luz dos conhecimentos disponíveis no momento da emissão da autorização judicial”. Cfr. BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Da Prova Penal...*, Tomo VI, pp. 517 e 518.

transparência que se exige por parte da Justiça enquanto legitimadora do poder punitivo do Estado sairá reforçada com o estabelecimento de um prazo razoável.

#### 2.4.2. Formalidades

Quis o legislador que as formalidades a que o *registo de voz de imagem* previsto no art. 6.º da Lei n.º 5/2002 fossem as mencionadas no art. 188.º do CPP, ainda que com as devidas adaptações. Quanto às adaptações referidas, teria sido importantes elencá-las, contudo o legislador não o fez<sup>149</sup>, cabendo ao juiz defini-las casuisticamente.

No entanto, haverá sempre formalidades cuja aplicação será transversal em relação a todas as situações em que se recorra a este meio de obtenção de prova. Pelo que, desta forma, uma vez obtida autorização judicial, que deverá obedecer a todos os aspectos *supra* mencionados, o OPC responsável pela investigação regista a voz ou a imagem (ou ambos), com recurso ao meio concreto, conforme o elencado na autorização judicial. Seguidamente, com os suportes técnicos dos registos na sua posse, desenvolve as formalidades emanadas pelo art. 188.º do CPP que lhes cabem, intervindo o MP e juiz na parte que lhes compete. O OPC “lavra o correspondente auto e elabora relatório no qual indica passagens relevantes para a prova, descreve de modo sucinto o respectivo conteúdo e explica o seu alcance para a descoberta da verdade”. Devendo o OPC responsável pela investigação proceder aos actos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova, com base no conhecimento obtido no conteúdo<sup>150</sup> (n.ºs 1 e 2 do art. 188.º do CPP). Os autos e relatórios são levados ao conhecimento do MP de “15 em 15 dias a partir do início” do primeiro registo efectuado no processo (n.ºs 1 e 3 do art. 188.º do CPP). No prazo máximo de quarenta e oito horas, o MP leva ao conhecimento do juiz os referidos autos e relatórios (n.º 4 do art. 188.º do CPP). Quando for conveniente, pode o mesmo ser coadjuvado por OPC e/ou nomear interprete no sentido de se inteirar do conteúdo das conversações (n.º 5 do art. 188.º do CPP). Acrescentamos que nas situações em que

<sup>149</sup> Quanto à indefinição das adaptações, parece ser propositada dada a amplitude que a medida têm no que concerne aos meios que podem ser usados para levar a cabo a mesma. Poder-se-ia estar a limitar desnecessariamente o normal desenvolvimento da operacionalização do meio de obtenção de prova a que nos reportamos impondo aspectos formais específicos que apenas teriam sentido para algumas das situações. Daí recair sobre o juiz a responsabilidade de as definir casuisticamente, através de um raciocínio assente na razão de ser das formalidades e a sua implicância no respeito pelos princípios atinentes ao meio de obtenção de causa, *in fine* com os direitos fundamentais em causa.

<sup>150</sup> Verificamos, atento o art. 188.º, n.º 2 do CPP, que o legislador usou a expressão “nada impede que o OPC tome conhecimento do conteúdo”. Efectivamente, temos dificuldades em entender como poderia o OPC realizar as gravações, lavrar o correspondente auto e elaborar relatório no qual indicará passagens relevantes para a prova sem que naturalmente (obrigatoriamente) tome conhecimento do conteúdo. É notório um desconhecimento injustificável, por parte do legislador, de como se realizam as “escutas telefónicas” em Portugal.

estejam em causa imagens pode (convém) o OPC que for nomeado ser o mesmo que efectuou a recolha das mesmas de forma a esclarecer eventuais pormenores técnicos de relevo para a interpretação que o JIC faz das mesmas. Pois será nesse momento das formalidades que o JIC irá determinar a relevância para o processo dos suportes técnicos, autos e relatórios sendo, sem prejuízo do n.º 7 do art. 187.º do CPP, ordenada a destruição<sup>151</sup> daqueles que são manifestamente estranhos ao processo (n.º 6 do art. 188.º do CPP).

Durante o inquérito, por determinação do juiz, a requerimento do MP, podem ainda ser juntas aos autos as imagens e as transcrições das conversações indispensáveis para fundamentar futura aplicação de medidas de coacção ou garantia patrimonial, à excepção do Termo de Identidade e Residência (n.º 7 do art. 188.º do CPP), “não tendo aquele requerimento de ser cumulativo com a promoção para aplicação de uma medida de coacção, mas devendo o Ministério Público indicar nele a concreta medida que tenciona vir a promover”<sup>152</sup>.

## 2.5. Conclusão Capitular

O *registo de voz e de imagem* previsto no art. 6.º da Lei n.º 5/2002 surge no ordenamento jurídico português como um dos mais abrangentes meios de obtenção de prova no que concerne aos meios pelos quais se pode efectivar o referido registo. Assim, no âmbito desta Lei podem ser recolhidas voz e imagem cumulativamente, apenas voz ou apenas imagem. Esta amplitude associada aos direitos fundamentais que são implicados, no recurso à medida, e a elevada a probabilidade dos mesmos virem a ser lesados, qualificam o *registo de voz e de imagem* como um meio de obtenção de prova verdadeiramente excepcional.

Referente ao som que pode ser recolhido no âmbito da Lei n.º 5/2002, vimos que não existem obstáculos intransponíveis à admissão de som que também pode ser recolhido no regime das “escutas telefónicas”, nomeadamente a *voz off* e as “comunicações entre presentes”. Referente à *voz off*, somos da opinião que deverá ser admitido no processo através da Lei n.º 5/2002 uma vez que não existe qualquer comunicação telefónica no

<sup>151</sup> Quanto a este assunto, como já referimos no *supra* ponto 2.3.2. (A *Voz (off)* e as Conversações entre Presentes), há que ressaltar o exercício do contraditório por parte do arguido e do assistente (caso exista) após a análise dos suportes técnicos, autos e relatórios pois só assim existem as garantias de defesa do arguido previstas no art. 32.º, n.º 1 da CRP. A destruição imediata será inconstitucional caso a hipótese referida seja vedada ao arguido e assistente (caso exista) por violação das garantias constitucionais elencadas.

<sup>152</sup> Cfr. Ac. de fixação de jurisprudência do STJ n.º 13/2009, publicado no Diário da República, 1.ª série – N.º 216 – 6 de Novembro de 2009.

momento da sua recolha. Como é recolhido com recurso às “escutas telefónicas” implica a existência cumulativa de autorização judicial no âmbito dos dois regimes envolvidos e onde constará explicitamente a recolha dessa voz. Quanto às “comunicações entre presentes” decorrerá da autorização judicial o meio e a legislação a atender na sua consideração para o processo.

Por último, como vimos defendendo ao longo deste capítulo, recairá sobre o JIC a responsabilidade e exigência de “descortinar e colmatar todos os ângulos mortos” que eventualmente existam na Lei em causa. Essa responsabilidade e exigência, que perduram ao longo de todo o inquérito, atingem o seu apogeu em dois momentos cruciais no recurso ao meio de obtenção de prova que aqui retratamos. Primariamente, no momento da autorização judicial e posteriormente na valoração dos registos efectuados com a junção ou afastamento dos mesmos relativamente ao processo. Atinente à autorização judicial, o JIC não se deve cingir à exigida “mera necessidade” para a investigação, sempre que possível, deve antecipar a verificação dos requisitos necessários para, nos momentos ulteriores da junção ao processo e valoração em julgamento, dos meios de prova recolhidos, a mesma aconteça com naturalidade e sem obstáculos.

## CAPÍTULO 3 – DOS CONHECIMENTOS FORTUITOS

*“Pela natureza das coisas,  
a recolha dos conhecimentos fortuitos  
tem a marca incontornável da álea e  
da surpresa: não pode ser antecipada  
ou prevista, menos ainda acautelada”<sup>153</sup>.*

COSTA ANDRADE

### 3.1. Introdução Capitular

Explanados os conceitos sobre o meio de obtenção de prova previsto no art. 6.º da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro, chegou a altura de focarmos os aspectos nucleares do nosso trabalho, os que gravitam em torno dos *conhecimentos fortuitos*. Atendendo à forma e em que circunstâncias o registo e voz e/ou de imagem decorre, é consensual que os *conhecimentos fortuitos* possam ocorrer com frequência, uma vez que estamos no âmbito de um meio de investigação oculto onde a acção se desenvolve fora do alcance cognitivo do suspeito investigado.

Assim neste capítulo começaremos por abordar a tipologia dos *conhecimentos fortuitos*. Seguidamente, pela pertinência indubitável na sua definição, interpretaremos os *conhecimentos da investigação* e a relação [in]existente com os *conhecimentos fortuitos*. Dos meios ou métodos proibidos de prova surge a interrogação sobre a valoração ou não dos conhecimentos que daí advêm, pelo que abordaremos a matéria do “efeito-à-distância”. Circunscrevendo os *conhecimentos fortuitos*, após uma breve referência aos meios de obtenção de prova, em geral, onde estes ocorrem, focaremos os ditos conhecimentos do decurso do *registo de voz e de imagem*, a implicância da excepcionalidade deste registo nos mesmos e, por último, a sua valoração probatória.

### 3.2. Tipologia

A natureza dos meios de investigação ocultos<sup>154</sup> é naturalmente aceite que as características que gravitam em torno do *registo de voz e de imagem*, as quais dissecámos no capítulo anterior, levam, não raras as vezes, ao surgimento de novos factos e conhecimentos que não se relacionam com o crime que em concreto fundamentou o

<sup>153</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE. “Escutas Telefónicas...”, in *Revista de Legislação...*, p. 286.

<sup>154</sup> A este respeito, vide ponto 1.5. (Os Meios Ocultos de Investigação na Obtenção de Prova).

recurso ao meio de obtenção de prova em causa – *conhecimentos fortuitos*<sup>155</sup>. Constituem a disciplina dos *conhecimentos fortuitos*, nas palavras de COSTA ANDRADE, “os factos ou conhecimentos recolhidos fortuitamente, isto é, que não se reportam ao crime cuja investigação legitimou a sua realização”<sup>156</sup>.

A singularidade do cunho dos *conhecimentos fortuitos* reside na surpresa. Surgindo estes inesperadamente, sem que possam ser acautelados, “a legalidade da sua recolha e a legitimidade da sua valoração não dependem, por isso, duma – impossível – autorização do juiz de instrução”<sup>157</sup>.

O meio de obtenção de prova retratado no nosso trabalho integra os meios ocultos de investigação, mas importa referir que os meios não ocultos de investigação também podem dar lugar a *conhecimentos fortuitos*. Naturalmente, nestas situações, as pessoas ao presenciarem a operacionalização dos meios de obtenção de prova, não vão agir com a naturalidade com que agiriam se fossem alvo de uma medida oculta. Há mesmo uma “fiscalização” da medida, por parte delas, no sentido de esta estar de acordo com as normas legais, opondo-se à mesma quando isso não se verifica. Acresce a esta situação, no caso das medidas ocultas, a impossibilidade de controlar o universo de pessoas que podem ser atingidas pela medida. Comumente, são atingidas muitas mais que aquelas que “à partida poderiam figurar como suspeitos ou destinatários”<sup>158</sup>. Daqui se retira que apesar de os *conhecimentos fortuitos* surgirem no recurso a qualquer meio de obtenção de prova, a probabilidade de ocorrerem aumenta exponencialmente nos meios ocultos de investigação.

Apesar de todas as características já apontadas, importa polir rigorosamente a fronteira entre os *conhecimentos fortuitos* e os conhecimentos da investigação na medida em que apenas podem ser considerados *conhecimentos fortuitos* os que se reportam a delitos que exorbitam os conhecimentos da investigação<sup>159</sup>, ou seja, não são passíveis de influenciar o processo no qual foram obtidos.

### 3.3. Dos Conhecimentos da Investigação

Os *conhecimentos da investigação* não se confundem com os *conhecimentos fortuitos*. Ainda assim, como já vimos, é através do apuramento rigoroso dos factos e conhecimentos que relevam para o processo em curso, que podemos aludir a todos os

<sup>155</sup> Cfr. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Conhecimentos Fortuitos...*, p. 74.

<sup>156</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 304.

<sup>157</sup> Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Escutas Telefónicas...”, in *Revista de Legislação...*, p. 286.

<sup>158</sup> Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Escutas Telefónicas...”, in *Revista de Legislação...*, p. 277.

<sup>159</sup> Cfr. ANDRÉ LAMAS LEITE, “Entre Péricles e Sísifo...”, in *Revista Portuguesa...*, p. 634.

outros factos e conhecimentos que pela desconexão redundante com o processo que lhe deu origem nos remetem para a disciplina dos *conhecimentos fortuitos*. Naturalmente assumem relevância processual, quer seja investigatória, quer seja probatória, mas afastando-se dos *conhecimentos da investigação* apenas serão relevantes para outro processo crime, não para o que lhe deu origem.

Nas palavras de COSTA ANDRADE, atinentes aos *conhecimentos da investigação* ter-se-ão por pertinentes, desde logo, “os factos que estejam numa relação *de concurso ideal e aparente* com o crime que motivou e legitimou a investigação” com recurso aquele meio de obtenção de prova. Semelhante entendimento atende aos crimes que sustentam a autorização judicial e que se constituem como a finalidade ou actividade de uma *associação criminosa*<sup>160</sup>. O mesmo sentido de pertença, segundo WOLTER, se atribui aos “*delitos alternativos* que com ele estejam numa relação de *comprovação alternativa dos factos*” e também às “diferentes formas de participação (*autoria e cumplicidade*), bem como as diferentes formas de *favorecimento pessoal, auxílio material ou receptação*”<sup>161</sup>.

Como se refere no Acórdão do TRE de 27-09-2011, alguma jurisprudência tem vindo a adoptar, paralelamente à posição apresentada, um critério, ainda que “meramente indicativo e de modo nenhum exaustivo”, de distinção entre os *conhecimentos de investigação* e os *conhecimentos fortuitos* obtidos no mesmo processo. O juízo advém das possíveis situações que, nos termos da lei, podem dar origem à conexão de processos, nomeadamente as enumeradas nas alíneas do n.º 1, do art. 24.º do CPP, nos termos do qual a conexão antes de ser processual é substantiva. O legislador quis “assegurar que, sempre que possível, o mesmo acontecimento de vida real ou um processo histórico definido em função de um elemento relevante de unificação fosse julgado num único procedimento, evitando, por essa via, uma indesejável fragmentação dessa realidade”<sup>162</sup>. Nesse sentido e seguindo o Acórdão do STJ de 06-05-2010, PINTO DE ALBUQUERQUE aponta para a “aplicação dos pressupostos gerais de competência por conexão e do pressuposto específico da inclusão dos crimes novos no catálogo legal”. Referente à conexão processual, também o regime do art. 24.º do CPP revestir-se-á como o padrão legal de aferição da “unidade de investigação”<sup>163</sup>.

<sup>160</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, p.306.

<sup>161</sup> WOLTER *apud* MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 306.

<sup>162</sup> Cfr. Ac. do TRE de 27-09-2011, processo n.º 13/05.6GBSTB.E1. Acedido e consultado em <http://www.dgsi.pt> no dia 02-11-2011.

<sup>163</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE refere-se ao regime das escutas telefónicas, ainda assim, na nossa opinião, com semelhante aplicação ao *registo de voz de imagem*. O Autor defende que aferida a existência de conexão, se o crime “estiver incluído no catálogo” mesmo que não se prove o crime que deu lugar à

### 3.4. Do “efeito-à-distância”<sup>164</sup>

O *efeito-à-distância* versa sobre o eventual contágio de determinado acto por um outro que lhe deu origem e se apresenta como *inválido*. Estaremos perante um “resultado indirecto de um meio, método ou tema de prova ilegal”<sup>165</sup> o que se distingue dos *conhecimentos fortuitos* uma vez que estes, por norma, surgem num meio de obtenção de prova legal e reportam-se a crimes alheios aos investigados no processo onde foram obtidos. A questão legítima que surge de imediato é a seguinte: nos “meios, métodos ou temas de prova ilegal” não poderão surgir *conhecimentos fortuitos*? A resposta parece ter de ser positiva atendendo à conceptualização dos *conhecimentos fortuitos* e à distinção formal e material dos conhecimentos da investigação.

Contudo, a valoração dos *conhecimentos fortuitos* quando estes têm origem em “métodos proibidos de prova” consubstanciará um problema de efeito-à-distância. Em causa não estará apenas a circunstância “fortuita” do seu aparecimento e a sua exclusão dos *conhecimentos da investigação* mas sim a sua origem que se apresenta como ilegal.

Importa, ainda assim, discernir as situações que, no âmbito de um meio de obtenção de prova proibido, nos levam a conhecimentos acidentais, em tudo semelhantes aos “fortuitos”<sup>166</sup> e que por isso em nada dizem respeito ao processo onde são alcançados, daquelas situações em que a prova proibida permite alcançar novos meios de prova mas que se reportam aos *conhecimentos da investigação* em curso. Esta demarcação releva na medida que na primeira situação estaremos perante um obstáculo à valoração da prova e cumulativamente um problema de comunicação da notícia de um crime, atento o art. 248.º do CPP, que até aqui, eventualmente, seria desconhecido; na segunda temos apenas o problema da valoração da prova obtida, isto é, o afastamento ou não do *efeito-à-distância*.

Debrucemo-nos, então, sobre a “comunicabilidade ou não da proibição de valoração aos meios secundários de prova tornados possíveis à custa de meios ou métodos

---

medida nada obsta que as escutas sejam valoradas. Diferentemente, se o novo crime não pertencer ao catálogo e o crime que deu lugar à medida não se prove, “as escutas só podem valer como notícia do crime novo (artigo 248.º [do CPP])”. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo...*, 4.ª Ed., pp. 527 e 528.

<sup>164</sup> O “efeito-à-distância” já foi abordado genericamente no ponto 1.4.2. (Admissibilidade e Proibições de Prova). Pelo que, desta forma, a nova abordagem, focará a disciplina dos *conhecimentos fortuitos*, na medida que conhecimentos semelhantes também podem surgir num contexto proibido de prova. Impõem-se assim que clareemos os aspectos partilhados pelo *efeito-à-distância* e pelos *conhecimentos fortuitos* e que relevam para fins processuais.

<sup>165</sup> Cfr. ISABEL ALEXANDRE *apud* MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Conhecimentos Fortuitos...*, p. 83

<sup>166</sup> Apesar de estes conhecimentos serem em tudo semelhantes aos *conhecimentos fortuitos*, conceptualmente não assumem esta designação, pois a sua origem não se consubstancia num meio de obtenção de prova legal.

proibidos de prova”<sup>167</sup>, o mesmo que dizer, concentremo-nos no enigma nuclear do *efeito-à-distância* da “prova proibida”. Como já referimos, impõe-se que não se extremem posições<sup>168</sup> no âmbito desta problemática: nem o afastamento redundante nem a total valoração podem servir os interesses do processo penal.

As situações devem ser ponderadas casuisticamente com uma polidez que permita, de entre as possibilidades, a solução mais justa para o conflito entre os bens jurídicos que as proibições de prova quiseram proteger e os direitos fundamentais tutelados constitucionalmente que se possam lesar com a valoração dos *conhecimentos fortuitos*. Apela-se assim, nas palavras de COSTA ANDRADE, a “um aturado e filigrâmico labor de exegese e hermenêutica”<sup>169</sup>.

Daqui se retira que a solução para o problema não é mecânica e existe efectivamente a possibilidade de afastar o *efeito-à-distância* da “prova proibida”, Ou seja, é possível que a nulidade do acto proibido não se propague a todos aqueles que dele dependeram directa ou indirectamente<sup>170</sup>. Como refere G. MARQUES DA SILVA, a regra no regime jurídico português passa pela referida propagação da nulidade, todavia, a “jurisprudência e parte da doutrina portuguesas não têm sido (...) tão rígidas quanto à invalidade dos efeitos à distância da prova proibida”<sup>171</sup>.

Neste sentido, as provas produzidas com base na prova proibida são passíveis de ser válidas quando<sup>172/173</sup>:

- ✓ As provas foram ou poderiam ter sido obtidas autonomamente por meios lícitos e independentes dos meios proibidos em causa;
- ✓ As provas obtidas seriam inevitavelmente descobertas no decurso de outras diligências que já decorriam anteriormente ou em simultâneo;
- ✓ Apesar de emergir de uma prova ilegal, a prova produzida apresenta uma autonomia e distinção a um estágio tal que produz uma decisiva mitigação da ilegalidade precedente.

<sup>167</sup> Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 61.

<sup>168</sup> Referente a este assunto vide MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Conhecimentos Fortuitos...*, p. 84.

<sup>169</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 314.

<sup>170</sup> Referente a este assunto, vide ponto 1.4.2. (Admissibilidade e Proibições de Prova).

<sup>171</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo...*, 5.ª Ed., Vol. II, p. 181.

<sup>172</sup> FRANCISCO MARCOLINO DE JESUS no sentido do Ac. de 20/2/2008, Cj, Acs. do STJ, 2008, I, p.229; e o Ac. do TC n.º 198/2004. Cfr. FRANCISCO MARCOLINO DE JESUS, *Os Meios de Obtenção da Prova...*, p. 259.

<sup>173</sup> Também neste sentido, JOÃO HENRIQUES GOMES DE SOUSA *apud* GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo...*, 5.ª Ed., Vol. II, pp.181 e 182.

As excepções aludidas agregam a posição de WERNER BEULKE que invoca a possibilidade do afastamento do *efeito-à-distância* apenas nas situações em que são satisfeitas “exigências correspondentes às da convicção do juiz necessária para sustentar a condenação do arguido”<sup>174</sup>.

Particularizando, o recurso ao *registo de voz e de imagem*, pela sua elevada danosidade, apela ao “mandamento” da *interpretação restritiva* das normas que o legitimam e que posteriormente o valoram. Este princípio, aponta COSTA ANDRADE, deverá assumir o papel central “quanto às proibições de prova ditadas pelo regime processual das *gravações e fotografias ilícitas*” uma vez que a proibição de prova circunstancia uma ligação sistemática “à *ilicitude penal* (substantiva) da utilização processual da gravação ou fotografia”<sup>175</sup>. Nesta circunstância, afastar o efeito-à-distância “equivaleria a neutralizar a «expressividade cultural e jurídica» da proscrição dos métodos proibidos de prova”<sup>176</sup>. Dificilmente se aceitaria que “do ilícito penal cometido por via da valoração processual, sempre pudessem, afinal, colher-se frutos indirectos ou mediatos”<sup>177</sup>.

A par do *efeito-à-distância* nas situações em que surgem novos factos ou conhecimentos que não se relacionam com a investigação em curso, aflui também a obrigatoriedade de transmissão da “notícia” do crime que decorre do n.º 1 do art. 242.º, n.º 3 do art. 243.º, art. 245.º e art. 248.º, todos do CPP. De facto, será legítimo questionar se persiste a obrigatoriedade aludida no sentido de produzir os respectivos efeitos jurídicos – promoção do procedimento criminal –, uma vez que tal informação é obtida mediante “métodos proibidos de prova”.

Não olvidamos as características do meio usado pelos OPC para comunicar a *notícia de um crime* ao MP que, pelo facto de permitir, não raras as vezes, chegar a *meios de prova*, poderá ser considerado um “meio de obtenção de prova”<sup>178</sup>, ainda que não integre a lista que compõe o Título III do CPP (Dos Meios de Obtenção de Prova). Ainda assim, atendendo às atribuições do MP que decorrem da CRP e do CPP e ainda, aos princípios atinentes à promoção do processo penal<sup>179</sup>, dos quais destacamos o princípio da legalidade e da oficialidade (no caso dos crimes públicos), não alvejamos outro caminho ao

<sup>174</sup> WERNER BEULKE *apud* MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 316.

<sup>175</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 318.

<sup>176</sup> Cfr. WINFRIED HASSEMER *apud* MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 315.

<sup>177</sup> Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 318.

<sup>178</sup> A este respeito, *vide* ponto 1.4.3. (Dos Meios de Prova e Meios de Obtenção de Prova).

<sup>179</sup> Quanto a este assunto, *vide* ponto 1.3.3. (Promoção do Processo e a Investigação Criminal).

MP que não diligenciar<sup>180</sup> no sentido de apurar a existência de um crime e de todas as circunstâncias relacionadas com mesmo, por outras palavras, impulsionar a abertura de inquérito ressalvadas as devidas excepções, atento o art. 262.º do CPP.

Vejam os seguintes exemplos:

❖ No âmbito de uma investigação de tráfico de estupefacientes, o OPC ao desconfiar que os suspeitos desenvolvem a sua actividade ilícita num armazém abandonado, ainda que sem autorização judicial, coloca uma câmara de filmar com intuito de apenas confirmar a sua suspeita. Posteriormente, ao visualizar as imagens verifica que, no mesmo local, decorreu um homicídio perpetrado por estranhos à investigação em curso e que em nada se relaciona com esta. Não havendo autorização judicial para a recolha de imagens, que procedimentos pode/deve OPC realizar?

Trata-se efectivamente de um conhecimento fortuito que decorre de uma recolha de imagens ilegal por não existir autorização judicial para o efeito, o mesmo que dizer, de um “método proibido de prova”. Assim, a par do crime não pertencer ao catálogo previsto na Lei n.º 5/2002 o que à partida, como veremos mais adiante, podia afastar a possibilidade da valoração dos *conhecimentos fortuitos* se tivessem uma origem legal, como a medida surgiu de modo ilegal estamos ainda perante um problema de efeito-à-distância de um *conhecimento fortuito* o que, face ao exposto e atinente a este assunto, não seria de afastar nesta situação.

Remanesce a questão da *notitia criminis* que, independentemente da forma, chegou ao MP. Pelo que, desta forma, poderá este, perante os factos que passaram a ser do seu conhecimento, ignorar as competências atribuídas pela CRP a par dos princípios que regem a sua actividade, não promovendo a investigação<sup>181</sup>? A resposta parece-nos evidentemente negativa, devendo o MP averiguar no sentido de apurar a existência do crime e dos seus autores. Contudo, em relação ao *registo de voz e de imagem* ilegal, levado a cabo pelo OPC em questão, repudiamos com toda a clarividência a junção das imagens e/ou conversações e, também, qualquer dado que se apresente como desnecessário para dar

<sup>180</sup> Neste sentido, FRANCISCO AGUILAR procura “um ponto de equilíbrio entre, por um lado, o respeito pelos direitos liberdades e garantias (incluindo as proibições de prova) e, por outro, os interesses da comunidade na prevenção geral”. Assim, atento o art. 32.º, n.º 8 da CRP, o art. 126.º, n.º 1 e o art. 122.º, n.º 1, ambos do CPP, o Autor entende que os *conhecimentos fortuitos* apenas podem servir de base a nova investigação chamando, assim, o efeito-à-distância à proibição de valoração de prova quando obtida através de *conhecimentos fortuitos*. FRANCISCO AGUILAR *apud* MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Conhecimentos Fortuitos...*, pp. 127 e 128.

<sup>181</sup> Relativamente à investigação criminal *vide* ponto 1.3.3. (Promoção do Processo e a Investigação Criminal).

início ao inquérito. Este afastamento, a par do direito à transitoriedade<sup>182</sup> da imagem e das conversações que advém do direito à imagem e do direito à palavra em causa, terá como base a “livre convicção do juiz” que será formada com base no que consta no processo no momento da sua apreciação. Ora, ainda que perante uma eventual *proibição de valoração de prova*, tais imagens ao serem visualizadas pelo juiz poderão alterar a sua convicção, pelo que, a *notitia criminis* deve cingir-se aos factos estritamente necessários para dar início à investigação – abertura do inquérito atento o art. 262.º do CPP.

### 3.5. No Âmbito dos Meios de Obtenção de Prova em Geral

Pela natureza dos *conhecimentos fortuitos*, e face à sua tipologia, facilmente depreendemos que estes podem surgir no recurso a qualquer meio de obtenção de prova. Mas são os meios de obtenção de prova que integram os meios ocultos de investigação que, pela sua natureza, são o “palco” privilegiado dos *conhecimentos fortuitos* – v. g., as “escutas telefónicas” previstas no art. 187.º do CPP e o *registo de voz de imagem* contido na Lei n.º 5/2002.

O facto dos “atentados aos direitos fundamentais e bens jurídicos” através dos meios ocultos de investigação “ocorrerem sistemática e invariavelmente à margem do conhecimento das pessoas concretamente atingidas”<sup>183</sup>, a par da impossibilidade de controlar com exactidão as pessoas que são atingidas colateralmente pela medida, confluem para uma maior probabilidade de os mesmos ocorrerem. A somar a estas características, razões como a existência de catálogos de crimes, a necessidade de autorização ou ordem prévias do juiz para se poder recorrer a estes meios e a posterior validação fundamentada onde são tidas em conta outras variáveis, ateam a discussão que envolve os *conhecimentos fortuitos* quando obtidos nestas circunstâncias. A mesma “chama” já não se atinge na discussão por ser “unânime a sua quase irrelevância no plano dos exames, das revistas, das buscas, e das apreensões” – onde não se inclui a apreensão de correspondência<sup>184</sup>, atento o art. 179.º do CPP.

Como refere GUEDES VALENTE, nos meios de obtenção de prova como exames, revistas, buscas<sup>185</sup>, e apreensões em geral<sup>186</sup> – “quer sejam autorizados ou ordenados pela autoridade judiciária quer preencham o quadro típico das medidas cautelares e de polícia”

<sup>182</sup> Cfr. Ac. do TRG de 12-11-2007, processo n.º 1800/07-2. Acedido e consultado em <http://www.dgsi.pt> no dia 03-04-2012.

<sup>183</sup> Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Escutas Telefónicas...”, in *Revista de Legislação...*, p. 277.

<sup>184</sup> Cfr. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Conhecimentos Fortuitos...*, p. 97.

<sup>185</sup> Exceptuam-se as buscas domiciliárias nocturnas (das 21h às 07h) – n.º 2, art. 177.º do CPP.

<sup>186</sup> Excepto a apreensão de correspondência – art. 179.º do CPP.

–, os *conhecimentos fortuitos* devem ser valorados como prova, desde que, naturalmente, o acto da AJ ou do OPC seja lícito<sup>187</sup>. Releva nestas situações o facto de os meios de obtenção de prova referidos não estarem sujeitos a um qualquer catálogo de crimes, o que, no respeito pelo princípio de economia processual, torna consensual “a apreensão ou valoração probatória dos objectos que corporizam os *conhecimentos fortuitos*”<sup>188</sup>.

Nos meios de obtenção de prova tradicionais *supra* referidos não incluímos as buscas domiciliárias nocturnas (das 21h às 7h) nem a apreensão de correspondência. Esta exclusão prende-se com a inadmissibilidade dos mesmos quando em causa não estejam crimes que integrem os respectivos catálogos. Atinente ao catálogo de crimes que admite as buscas domiciliárias nocturnas (das 21h às 07h) – n.º 2, art. 177.º do CPP –, o legislador aponta os casos de “terrorismo ou criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada” ou em situações de “flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos”<sup>189</sup>. No que respeita à apreensão de correspondência “a Lei rodeou essa apreensão de especiais cautelas, estabelecendo um regime mais «apertado» do que o regime geral das apreensões”<sup>190</sup> – atento o art. 179.º do CPP. A aflorar pelo catálogo de crimes, ainda que não tenha sido definido em concreto pelo legislador, ela só pode ocorrer quando em causa estejam crimes “puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos”<sup>191</sup>.

### 3.6. No Âmbito do Registo de Voz e de Imagem

#### 3.6.1. Da Excepcionalidade do Registo de Voz e de Imagem e a sua Implicância com os Conhecimentos Fortuitos

O *registo de voz e de imagem*, pelas suas características, é considerado “um meio de obtenção de prova verdadeiramente excepcional”<sup>192</sup>. A sua excepcionalidade releva sobremaneira na disciplina dos *conhecimentos fortuitos* na medida que os predicados que revestem a excepcionalidade do meio de obtenção de prova em causa constituem-se como marcos fundamentais a ponderar na ulterior valoração dos respectivos conhecimentos.

Das características a que nos referimos, destaca-se primeiramente a sistematização dos meios de obtenção prova a que o processo penal atende e que, sob pena de

<sup>187</sup> MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Conhecimentos Fortuitos...*, p. 100.

<sup>188</sup> Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE *apud* MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Conhecimentos Fortuitos...*, p. 101.

<sup>189</sup> Cfr. alíneas *a*) e *c*) do n.º 2, do art. 177.º do CPP.

<sup>190</sup> Cfr. FRANCISCO MARCOLINO DE JESUS, *Os Meios de Obtenção da Prova...*, p. 212.

<sup>191</sup> Cfr. alínea *a*) do n.º 1, do art. 179.º do CPP.

<sup>192</sup> A este respeito *vide* ponto 2.4. (Meio excepcional de investigação).

desobediência directa ao princípio da proporcionalidade, remete o *registo de voz e de imagem* para o último conjunto de meios de obtenção de prova a recorrer. *In fine*, a sistematização traduz-se por uma escala gradativa cuja gradação se afere pela probabilidade, e em que medida, podem ocorrer lesões a direitos fundamentais<sup>193</sup>.

Relevam, também, os princípios que orientam o recurso aos meios de obtenção de prova. A necessidade para a investigação<sup>194</sup> do *registo de voz e de imagem* terá que passar “muitas das vezes, por um juízo sobre o interesse desse meio para a descoberta da verdade ou da prova, pelo que, no fundo, estamos perante «densificações» distintas do princípio da proporcionalidade, adequação e necessidade da medida”<sup>195</sup>. Claro está, que existe uma relação directa entre os princípios referidos e a excepcionalidade do *registo de voz e de imagem*. Essa relação não se resumirá ao momento da autorização judicial pois, como temos vindo a defender, os princípios terão que estar presentes em qualquer momento e servirão como a bitola que regulará toda a operacionalização do referido registo, sob pena de se entroncar numa proibição de valoração de prova no momento ulterior e distinto da sua valoração<sup>196</sup>.

A excepcionalidade do meio de obtenção de prova aqui em causa e que facilmente se afere pelo exposto, acrescida da dependência cumulativa de autorização (ou ordem) judicial e de se tratar de um crime do catálogo, faz com que os *conhecimentos fortuitos*, quando surgem neste contexto, ganhem “espaço de discussão dogmática” e relevem “para a problemática da valoração da produção de prova e da valoração da prova”<sup>197</sup>.

Os *conhecimentos fortuitos*, ao surgirem no decurso do *registo de voz e de imagem*, herdam todas as características que o revestem de excepcionalidade. Assim, no momento da apreciação dos conhecimentos apontados, na senda da sua valoração, o juiz terá, através de uma representação cognitiva lógica, completa e esclarecedora, representando a particularidade de nunca se poderem prever e menos ainda acautelar, que aferir da legalidade e validade originária do *registo de voz e de imagem* onde eles emergiram<sup>198</sup>. A medida ao se consubstanciar como legal e válida, afasta automaticamente a verificação do “efeito-à-distância” em relação aos *conhecimentos fortuitos* e legítima de imediato a

<sup>193</sup> Cfr. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo Penal...*, Tomo I, 3.ª Ed., p. 459.

<sup>194</sup> Cfr. n.º 1, do art. 6.º da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro.

<sup>195</sup> Cfr. ARMANDO VEIGA e BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Escutas Telefónicas...*, 1.ª Ed., pp. 328 e 329.

<sup>196</sup> A este respeito *vide* ponto 1.4.2. (Admissibilidade e Proibições de Prova)

<sup>197</sup> Cfr. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Conhecimentos Fortuitos...*, p. 99.

<sup>198</sup> Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Escutas Telefónicas...”, in *Revista de Legislação...*, p. 286.

recolha dos mesmos. Desta forma, a partir da recolha dos mesmos, a problemática gravitará apenas em torno da “sua utilização ou valoração probatória”<sup>199</sup>.

### 3.6.2. Da Valoração Probatória

Caracterizados os *conhecimentos fortuitos* e contextualizados todos os aspectos que envolvem o *registo de voz e de imagem*, verificamos que a probabilidade de os mesmos ocorrerem, no âmbito deste meio de obtenção de prova, é elevada. Se referente à elevada probabilidade não há discórdia o mesmo já não se pode afirmar em relação à sua utilização e valoração.

Já tivemos a oportunidade de referir que, por remissão do n.º 6 do art.188.º, do CPP, o *registo de voz e de imagem* também tem previsão legal no n.º 7 do art. 187.º, do CPP<sup>200</sup>. Daqui se retira a possibilidade (positivada) de os *conhecimentos fortuitos* serem usados noutro processo em curso ou a instaurar. Ainda assim, “a danosidade social” indissociavelmente subjacente à utilização do *registo de voz e de imagem* como meio de prova “impõe uma leitura restritiva das normas que fixam os pressupostos da sua admissibilidade”<sup>201</sup> o que afasta de imediato a possibilidade de uma utilização mecânica e simplista.

Cotejando o tratamento dos *conhecimentos fortuitos* importa salientar que as várias posições, de diversos autores, apontam para as mais variadas possibilidades, desde a valoração sem qualquer restrição até à posição completamente antagónica, *i. e.*, a negação total da valoração dos mesmos.

Ainda que existam posições extremadas elas não chamam a si seguidores pelo que, nas palavras de COSTA ANDRADE, “não será arriscado apontar como praticamente isolados os autores que se pronunciam a favor da valoração, sem restrições, dos conhecimentos fortuitos” e “também não parece encontrar eco significativo a tese oposta e igualmente extremada”<sup>202</sup>. Se num extremo W. SCHÜNEMANN defende a valoração sem restrições “em nome do postulado da continuidade entre a licitude da produção de uma prova e a legitimidade da sua valoração”<sup>203</sup>. No outro extremo, PRITTWITZ clama pela “proibição: em nome da exigência constitucional da *reserva de lei*, de valoração de todo e qualquer

<sup>199</sup> Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Escutas Telefónicas...”, in *Revista de Legislação...*, p. 286.

<sup>200</sup> Quanto a este assunto, *vide* ponto 2.5.2. (Formalidades).

<sup>201</sup> Ainda que referente às escutas telefónicas. Cfr. Ac. do TRP de 11-01-95 *apud* Ac. do STJ de 23-10-2002, processo n.º 02P2133. Acedido e consultado em <http://www.dgsi.pt> no dia 17-03-2012.

<sup>202</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 309.

<sup>203</sup> W. SCHÜNEMANN *apud* MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 309.

conhecimento fortuito”<sup>204</sup>. Entende também FRANCISCO AGUILAR que, face ao silêncio do legislador referente aos *conhecimentos fortuitos*, “se impõe uma recusa total de valoração por força da reserva constitucional”, podendo no entanto “ser utilizados apenas e só como *notitia criminis* no caso de inexistir ainda um processo que tenha por objecto esses mesmos factos”<sup>205</sup>.

Quanto à posição defendida por W. SCHÜNEMANN, FRANCISCO AGUILAR aponta para o perigo de “branqueamento” das investigações. Poder-se-ia recorrer ao *registo de voz e de imagem* para se investigarem crimes cuja “imponência” não é suficiente para se recorrer a um meio de elevada danosidade social e elevada agressividade aos direitos fundamentais<sup>206</sup> – *in fine, conditio sine qua non* para integrarem o respectivo catálogo de crimes.

Transversal às várias posições que admitem a valoração dos *conhecimentos fortuitos*, de forma condicionada, o catálogo de crimes apresenta-se assim como o primeiro crivo para a sua utilização ou valoração probatória.

Ainda que relativo ao regime das escutas telefónicas, G. MARQUES DA SILVA, seguindo a posição generalizada da doutrina e jurisprudência alemãs, aponta para admissibilidade nas situações em que os *conhecimentos fortuitos* se reportam a “crimes relativamente aos quais a escuta é legalmente admissível” e “na medida em que forem indispensáveis à prova” desse mesmo crime<sup>207</sup>.

Nesta senda, também PINTO DE ALBUQUERQUE refere a necessidade de o conhecimento fortuito se reportar a um crime de catálogo e cumulativamente ser “indispensável à prova” desse novo crime para que possa existir uma valoração probatória. Se o crime que consubstancia o *conhecimento fortuito* não integrar o catálogo então apenas poderá haver um aproveitamento enquanto “notícia de um crime”. Importa ainda, referente ao aproveitamento extraprocessual dos *conhecimentos fortuitos*, aferir claramente os poderes do juiz do processo onde foram obtidos e os poderes do juiz do “outro processo” onde eles serão aproveitados<sup>208/209</sup>.

<sup>204</sup> PRITTWITZ *apud* MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 309.

<sup>205</sup> FRANCISCO AGUILAR *apud* ARMANDO VEIGA e BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Escutas Telefónicas...*, 1.<sup>a</sup> Ed., pp. 288 e 289.

<sup>206</sup> FRANCISCO AGUILAR *apud* MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Conhecimentos Fortuitos...*, p. 116.

<sup>207</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo...*, 5.<sup>a</sup> Ed., Vol. II. pp. 306 e 307.

<sup>208</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo...*, 4.<sup>a</sup> Ed., p. 528.

<sup>209</sup> Um exemplo mediático desta situação é o caso que envolve o Primeiro-ministro José Sócrates sobre o qual e sobre o qual MANUEL DA COSTA ANDRADE se debruça na sua obra: “Escutas Telefónicas, Conhecimentos Fortuitos e Primeiro Ministro”, *in Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 139.º, n.º 3962. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

A reforçar esta posição surge LAMAS LEITE trazendo à colação o respeito pelo princípio da legalidade. Se o conhecimento fortuito se reporta a um crime extra-catálogo, o respeito pelo princípio indicado impossibilita a valoração do mesmo – “pois seria inadmissível permitir-se valorar provas de um crime que o legislador não admitiu ter dignidade para ser colocado na balança da ponderação entre a verdade material e a inviolabilidade das comunicações e da vida privada”. Mas, defende ainda o Autor, “aqueles conhecimentos podem e devem constituir a notícia do crime e comunicação ao MP para que promova a acção penal”<sup>210</sup>.

Ainda que seja consensual que “a valoração dos conhecimentos fortuitos só é possível no interior da classe dos crimes do catálogo”<sup>211</sup> parece-nos parca uma solução nos cinja ao catálogo para aferir da sua admissibilidade. De facto, G. MARQUES DA SILVA, PINTO DE ALBUQUERQUE e LAMAS LEITE, ao abordarem a indispensabilidade para a prova e a ponderação entre a verdade material e a inviolabilidade dos direitos em causa, fazem intervir pressupostos e requisitos adicionais.

Nesse sentido, a par do quesito de o crime integrar o catálogo, expressa RUDOLPHI, “a decisão axiológica do legislador com que ele concretizou e fixou em termos leis o **princípio constitucional da proporcionalidade** terá de valer para a autorização da escuta, mas também e na mesma medida para a valoração das conversações que a utilização legal de uma escuta telefónica permitiu registar no gravador”<sup>212</sup>. Ora, será nesse mesmo “gravador” de onde naturalmente emergirão os conhecimentos fortuitos cuja valoração dependerá da submissão “a um juízo hipotético de intromissão, fazendo incidir sobre eles aquela ideia de «estado de necessidade investigatório» em nome do qual o legislador abre a porta à admissibilidade da devassa da escuta”<sup>213</sup>.

Ponderados os factores que sustentam a posição ora exposta, não alvejamos nada que obste a uma aplicação analógica do mesmo raciocínio ao *registo de voz e de imagem*. Apesar de ser pacífica essa aplicação, importa salientar um aspecto técnico de grande relevo que opera diferentemente em algumas situações consoante o regime das “*escutas telefónicas*” ou o regime do *registo de voz e de imagem* e que pode influenciar decisivamente a solução jurídica em relação aos *conhecimentos fortuitos*.

Se em Portugal o regime das escutas telefónicas se opera de forma autónoma e praticamente automática caindo na rede desse todas as conversações que ocorrem durante o

<sup>210</sup> LAMAS LEITE apud MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Conhecimentos Fortuitos...*, pp. 116 e 117.

<sup>211</sup> Cfr. WELP apud MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 310.

<sup>212</sup> RUDOLPHI apud MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 310. Negrito nosso.

<sup>213</sup> Cfr. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 310.

período vigente da escuta, no que concerne ao *registo de voz e de imagem*, situações há em que o registo é permanentemente operado pelo OPC. Assim, nesta situação, o OPC operador da “máquina de filmar” tem a possibilidade fáctica e actualizada de escolher o que quer registar e o que não quer registar. Ora, sendo este conhecedor do alcance da autorização (ou ordem) judicial tem o dever de interromper o registo assim que as circunstâncias extravasam os limites impostos pela autorização judicial – v. g., durante o registo de um vídeo, se o OPC verifica que está perante um crime extra-catálogo, o mesmo deve interromper imediatamente a recolha da imagem e do som em causa pois esta seria ilícita por não estar previamente autorizada pelo JIC<sup>214</sup>. Contudo, nada obsta à comunicação ao MP, por parte do OPC, do crime que este acabou de presenciar, conforme obrigação que lhe assiste<sup>215</sup>. Importa no entanto salientar, que o faz segundo o que viu e não pelo que “viria a registar” referente ao som e à imagem disponíveis.

O consenso que temos vindo a demonstrar já não existe nas situações em que está em causa o crime de *associação criminosa*<sup>216</sup>. COSTA ANDRADE, seguindo a doutrina e jurisprudência alemãs defende a “valoração dos *conhecimentos fortuitos* relativos a crimes que *constituem a finalidade* ou *actividade da associação criminosa*” mesmo quando não se tratem de crimes tocantes ao catálogo desde que confirmada a suspeita pelo crime de associação criminosa<sup>217</sup>. Neste sentido, GUEDES VALENTE defende a valoração dos *conhecimentos fortuitos* relativos a crimes que “servem de *actividade* ou *finalidade* ao crime catálogo – *associação criminosa* ou *terrorismo* – que legitimou a escuta e que não se confirma”. Este entendimento tem como base o facto de esses conhecimentos “pertencerem ao processo histórico que deu corpo ao delito que legitimou a intersecção” e apenas é válido quando se verificarem cumulativamente “os quesitos da indispensabilidade ou necessidade desses conhecimentos para esclarecimento de um delito, desde que seja também um crime do catálogo”, que se verifique “a probabilidade qualificada de recurso à escuta telefónica, e desde que tivesse havido comunicação imediata ao juiz”<sup>218</sup>.

<sup>214</sup> Neste sentido mas referente ao agente infiltrado, NORA SUITA PÉREZ refere que “si el agente encubierto llega a la conclusión de que no se está cometiendo ningún delito de los catalogados por la ley, deberá poner fin a su infiltración, habida cuenta que su intervención devendría en ilícita”. NORA SUITA PÉREZ, “La Diligencia de Investigación por Médio del Agente Encubierto”, in *La Actuación de la Policía Judicial en el Proceso Penal*. [Dir.] Pedro Martín García, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas e Sociales, S.A., 2006. p. 256.

<sup>215</sup> Obrigatoriedade que decorre do n.º 1 do art. 242.º, n.º 3 do art. 243.º, art. 245.º e art. 248.º, todos do CPP.

<sup>216</sup> Importa relembrar que o crime de *associação criminosa* integra o catálogo atinente ao *registo de voz e de imagem*. Cfr. al. i), n.º 1 do art. 1.º da Lei n.º 5/2002.

<sup>217</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 312.

<sup>218</sup> MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Conhecimentos Fortuitos...*, p. 134.

Discordando da posição de COSTA ANDRADE e GUEDES VALENTE, ARMANDO VEIGA e SILVA RODRIGUES contra-argumentam que assim se estabeleceria “uma duplicidade no tratamento dos criminosos, sendo penalizados os criminosos «em associação», em detrimento do criminoso solitário” não existindo, por isso, “qualquer juízo de política criminal que legitime tal entendimento”<sup>219</sup>.

Quanto a esta divergência de concepções, ROXIN traz à colação a necessidade de o crime de *associação criminosa* atingir pelo menos a fase de acusação para que os *conhecimentos fortuitos* sejam valorados. Evita-se assim que a possibilidade de se invocar o crime de *associação criminosa* com o propósito de estender um meio de obtenção de prova tão danoso a crimes cuja dignidade não mereceu a sua inclusão no catálogo<sup>220</sup>. No mesmo sentido mas “numa linha de maior exigência, WOLTER ou WELP a reclamar mesmo a sua submissão a julgamento”<sup>221</sup>.

Seguindo a doutrina tida “por suficientemente cautelosa e não afrontadora da lei”, refere o Acórdão do STJ de 23-10-2002, os *conhecimentos fortuitos*, com origem nas *escutas telefónicas*, serão válidos e admissíveis como prova se as mesmas escutas tiverem obedecido aos “requisitos legais contidos no art. 187.º do CPP (prévia autorização judicial, referentes a crimes taxativamente indicados na lei - crimes de catálogo - e seu interesse para a descoberta da verdade ou para a prova)”, se os crimes em investigação, para onde se transportam os *conhecimentos fortuitos*, couberem também no catálogo, se a utilização desses conhecimentos relevarem “para a descoberta da verdade ou para a prova no processo para onde são transportados” e se foi dada a possibilidade ao arguido “de controlar e contraditar os resultados obtidos por essa via”<sup>222</sup>.

GUEDES VALENTE, na óptica de um equilíbrio apuleiano, considera que os *conhecimentos fortuitos* atinentes a crimes contidos no catálogo são de valorar quando obtidos por meio de obtenção de prova lícito, aplicando como princípio a proibição de valorização dos *conhecimentos fortuitos* relativos a crimes extra-catálogo. A par da pertença ao catálogo, os *conhecimentos fortuitos* podem apenas ser utilizados contra pessoas que tenham participado nas comunicações e conversações ou “cuja imagem do acto criminoso tenha sido registada”<sup>223</sup>. Cumulativamente aos quesitos já enunciados, o Autor aponta

<sup>219</sup> ARMANDO VEIGA e BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Escutas Telefónicas...*, 1.ª Ed., p. 287.

<sup>220</sup> ROXIN *apud* MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 311.

<sup>221</sup> WOLTER e WELP *apud* MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, p. 311.

<sup>222</sup> Cfr. Ac. do STJ de 23-10-2002, processo n.º 02P2133. Acedido e consultado em <http://www.dgsi.pt> no dia 17-03-2012.

<sup>223</sup> Expressão nossa acrescentada na óptica do *registo de voz e de imagem*. GUEDES VALENTE apresenta a sua posição atinente aos *conhecimentos fortuitos* usando como pano de fundo o regime das *escutas*

ainda para a indispensabilidade e necessidade dos *conhecimentos fortuitos* para a descoberta da verdade material. Verifica-se a indispensabilidade e necessidade quando face a “um juízo de hipotética repetição de intromissão – «estado de necessidade investigatório» –, se verifique uma *probabilidade qualificada* de que em aquele processo autónomo se recorreria à escuta telefónica por se mostrar «de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova». Por último, GUEDES VALENTE, seguindo a jurisprudência espanhola, defende ainda a comunicação imediata dos *conhecimentos fortuitos* “ao juiz que autorizou ou ordenou a diligência processual”<sup>224</sup>.

Dissecadas as diferentes abordagens relativas à valoração dos *conhecimentos fortuitos*, não podemos deixar de abordar o seu aproveitamento como *notitia criminis* nas situações em que obsta a sua valoração como prova. Nesse sentido já tivemos a oportunidade de referir as posições concordantes de FRANCISCO AGUILAR, de PINTO DE ALBUQUERQUE e de LAMAS LEITE.

Ainda assim, atento o n.º 7 do art. 187.º do CPP, importa realçar o facto de o legislador ter querido positivar o mesmo entendimento ao utilizar a expressão “sem prejuízo do disposto no art. 248.º”, apontando por isso, para o aproveitamento dos *conhecimentos fortuitos* como *notícia do crime*, independentemente da sua valoração probatória. Também neste sentido, aquando da não valoração dos *conhecimentos fortuitos*, indica LÓPEZ FRAGOSO, “no significa que la adquisición de estos descubrimientos no pueda tener ninguna consecuencia jurídica, podrá tenerla, tendrá que limitarse a la adquisición de una *notitia criminis*, (...) tendrá que dar nacimiento a un nuevo proceso penal”<sup>225</sup>. Entendimento coincidente, seguindo a posição do Supremo Tribunal de Espanha, tem SUITA PÉREZ ao referir que “en casos de descubrimientos casuales (...) la información obtenida pueda servir lícitamente como *notitia criminis*”<sup>226</sup>.

### 3.7. Conclusão Capitular

Ao longo deste capítulo apurou-se que não é possível demarcar “milimetricamente” as fronteiras que circunscrevem a disciplina dos *conhecimentos fortuitos*. Ainda assim,

---

*telefónicas*, no entanto explicita que a mesma posição “mantém-se quanto aos conhecimentos fortuitos obtidos através da apreensão de correspondência, do recurso ao agente infiltrado ou do registo de voz (*off*) e de imagem”. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Conhecimentos Fortuitos...*, p. 134.

<sup>224</sup> MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Conhecimentos Fortuitos...*, pp. 133 e 134.

<sup>225</sup> LÓPEZ FRAGOSO *apud* NORA SUITA PÉREZ, “La Diligencia de Intervenciones Telefónicas”, in *La Actuación de la Policía Judicial en el Proceso Penal*. [Dir.] Pedro Martín García, Madrid : Marcial Pons, Ediciones Jurídicas e Sociales, S.A., 2006. p. 128.

<sup>226</sup> NORA SUITA PÉREZ, “La Diligencia de Intervenciones...”, in *La Actuación de la Policía...*, p. 129.

tendem a existir, à luz da doutrina e da jurisprudência, normas consensuais que, casuisticamente, os permitem identificar e estabelecer qual a sua finalidade.

A discussão em torno dos *conhecimentos fortuitos* releva apenas quando os mesmos surgem mediante um *meio de obtenção de prova* que não se possa revestir de medida cautelar e de polícia e, particularmente, sujeito a um catálogo de crimes específico – v. g., no âmbito da nossa investigação, o *registo de voz e de imagem*.

Nestas situações impõe-se precisar os marcos delimitadores que permitem separar com nitidez os *conhecimentos fortuitos* dos conhecimentos da investigação. Só definindo com rigor estes últimos é possível aferir os outros pois, apenas serão *conhecimentos fortuitos* os que não relevarem juridicamente e de forma redundante para o processo cuja investigação lhe deu origem.

O *registo de voz e de imagem* têm previsão legal no n.º 7 do art. 187.º por remissão do n.º 6 do art.188.º, ambos do CPP, pelo que a admissibilidade dos *conhecimentos fortuitos*, com origem neste meio de obtenção de prova, noutra processo em curso ou a instaurar se encontra legalmente prevista. Ainda assim, quanto à valoração dos mesmos, pela distinta danosidade social associada ao *registo de voz e de imagem*, impõe-se indubitavelmente o “mandamento” da *interpretação restritiva* das normas, que se traduzirá pela verificação de pressupostos cumulativos<sup>227</sup> que não se cingem apenas aos aspectos que gravitam em torno do catálogo respectivo. Ainda assim, o mesmo catálogo de crimes consubstanciará a primeira bitola cuja não obediência entroncará numa “proibição de valoração” dos *conhecimentos fortuitos*.

A par da discussão dogmática atinente à valoração dos *conhecimentos fortuitos* opera a questão da *notitia criminis* que os mesmos podem consubstanciar e que advém da expressão “sem prejuízo do disposto no art. 248.º”, atento o n.º 7 do art. 187.º do CPP. Os OPC, face à natureza das suas atribuições, serão os primeiros a contactar com os referidos conhecimentos e face à obrigatoriedade da “comunicação da notícia do crime”, por parte dos mesmos ao MP, que decorre do n.º 1 do art. 242.º, n.º 3 do art. 243.º, art. 245.º e art. 248.º, todos do CPP, e atendendo, entre outros, ao princípio da legalidade e da oficialidade (no caso dos crimes públicos), o MP terá que impelir a abertura de inquérito, ressalvadas as devidas excepções, atento o art. 262.º do CPP – *in fine*, promover a acção penal.

<sup>227</sup> O elenco dos pressupostos a que aqui nos referimos foi sendo descrito ao longo do último ponto – 3.6.2. (Da Valoração Probatória). A sua descrição taxativa releva sobremaneira para a nossa temática, no entanto, face às características a que uma conclusão capitular deve obedecer, a mesma será feita nas Considerações Finais da nossa investigação, ponto que desenvolveremos de seguida.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegados ao fim da investigação, urge apresentar as convicções formuladas, as limitações verificadas e alguns aspectos que poderão, num futuro estudo, ser alvo de nova abordagem.

Propusemo-nos com este estudo contribuir substancialmente para uma melhor elucidação dos aspectos técnicos e metódicos atinentes ao *registo de voz e de imagem* e clarificar toda a envolvente dos *conhecimentos fortuitos*, nomeadamente, qual o tratamento e fim a dar aos mesmos. Impunha-se a elaboração deste trabalho face ao crescente recurso ao *registo de voz e de imagem* e ao, conseqüente, aumento dos *conhecimentos fortuitos*. A discussão sobre estes releva de sobremaneira quando surgem num meio de obtenção de prova vinculado a um catálogo de crimes, como sucede com o *registo de voz e de imagem*.

Face aos objectivos a que nos propusemos, tal não se vislumbrara *ab initio* uma tarefa fácil, o que efectivamente se confirmou à medida que o trabalho e estudo foram sendo desenvolvidos. Contudo, não será despropositado nem desajustado afirmar que os objectivos almejados da nossa investigação foram solidamente alcançados e que relevarão para uma melhor interpretação e aplicação da legislação que regula o *registo de voz e de imagem* e os *conhecimentos fortuitos* que por esta via surgem.

Verificámos que o *registo de voz e de imagem*, previsto no art. 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, é um meio de obtenção de prova de extrema importância, na óptica da descoberta da verdade material, à disposição dos OPC, na qualidade de coadjuvantes do MP enquanto promotor da acção penal.

Ainda assim, constatámos que o legislador deveria ter sido mais claro e objectivo. Impunha-se-lhe regular as possíveis técnicas atinentes ao meio de obtenção de prova em causa e ter estabelecido limites expressos à invasividade e devassa que o *registo de voz e de imagem* podem consubstanciar. E porquanto, a própria Constituição assim o impõe.

Somos da opinião que a importância *supra* referida não deve ser diminuída por lacunas que resultem de uma má técnica legislativa, sob pena de transformarmos as vantagens – consideradas inicialmente, na óptica da investigação criminal, e que influenciaram a estratégia investigatória e processual –, em obstáculos à descoberta da verdade material.

Quanto à recolha de *voz*, de *imagem* ou de *voz e de imagem* cumulativamente, acreditamos na inexistência de qualquer contrariedade legal que dificulte aquela recolha

com recurso ao *registo de voz e de imagem* pelo que rejeitamos a tese de que este meio de obtenção de prova apenas será lícito nos casos de registo cumulativo de *voz* e de *imagem*.

Ainda referente à *voz* que pode ser recolhida no âmbito da Lei n.º 5/2002, concluímos não existirem obstáculos intransponíveis à admissão de *voz* que também pode ser recolhida no regime das “escutas telefónicas”, nomeadamente a *voz off* e as “comunicações entre presentes”. Assim, à luz do princípio da interpretação restritiva das normas que se impõe nesta situação, no que concerne à *voz off*, somos da opinião que deverá ser admitida no processo através da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, uma vez que não existe qualquer comunicação telefónica no momento da sua recolha o que levanta a dúvida se o legislador quis realmente contemplar essa *voz* no regime das escutas telefónicas – deverá operar também aqui o princípio *in dubio pro rigore*. Daqui se retira a necessidade da existência cumulativa de autorização judicial no âmbito dos dois regimes implicados e na qual constará explicitamente a recolha da *voz off*.

Constatamos que o *registo de voz e de imagem* contende com o direito à palavra e o direito à imagem, direitos fundamentais pessoais de consagração constitucional autónoma, o que implica a intervenção prévia do JIC no uso das competências constitucionalmente atribuídas, em ordem à sua legitimação mediante a respectiva autorização ou ordem judicial. Sem desmérito do estreito controlo que se lhe impõe no desenvolver das actividades de registo, durante todo o inquérito, cabe a ele, e apenas a ele, o papel central perante os suportes técnicos, bem como os respectivos autos e relatórios que lhe são apresentados pelo MP em ordem à sua junção ao processo ou destruição – conforme formalidades apontadas, atento o art. 188.º do CPP.

A “mera necessidade” para a investigação, apontada como pressuposto da autorização judicial, não satisfaz por completo os requisitos mínimos necessários nos momentos ulteriores da junção ao processo e da valoração da prova em julgamento, pois à semelhança do exigível no regime das “escutas telefónicas”, será necessário verificar que há razões para crer que a prova seria “impossível ou muito difícil de obter” por um meio menos danoso. Pelo que, de outra forma, não serão observados princípios como o da legalidade, da necessidade, da exigibilidade, da adequação e da proporcionalidade *stricto sensu*, entre outros, o que consubstanciará uma proibição de valoração.

Ao integrar os meios de investigação ocultos, o *registo de voz e de imagem* potencia a obtenção de conhecimentos que não revelarão juridicamente para o processo cuja investigação lhe deu origem – os *conhecimentos fortuitos*. Apesar da simplicidade da expressão, verificámos que não é possível demarcar os limites imanentes e latentes onde

terminam os *conhecimentos fortuitos* e começam os conhecimentos da investigação dada a multiplicidade de conceitos e pontos de vista jurídicos existentes. Ainda assim, impõe-se essa demarcação e, pela razões que fomos apresentando ao longo do trabalho e após aturada reflexão sobre as mesmas, acreditamos que o estudo permitiu destacar normas consensuais que, casuisticamente, permitem identificar os *conhecimentos fortuitos* e estabelecer qual a relevância jurídica que podem assumir. Pelo facto de se tratar de um meio de obtenção de prova sujeito a um catálogo legal de crimes, a sua valoração consubstancia o núcleo da querela que gravita em torno dos mesmos.

Pela distinta danosidade social associada ao *registo de voz e de imagem*, impõe-se, indubitavelmente, o “mandamento” da interpretação restritiva das normas, que se traduzirá pela verificação cumulativa de alguns pressupostos. Assim, em vista à sua valoração, seguindo as posições de COSTA ANDRADE e GUEDES VALENTE, apontamos como pontos consensuais, suficientemente prudentes e consentâneos com a lei:

- ✓ O registo de voz e de imagem no âmbito do qual surgiram os conhecimentos fortuitos tem que ser lícito, *i. e.*, terá que ter obedecido a todas as formalidades legais que se lhe impõem;
- ✓ Relativamente a crimes não integrantes do catálogo previsto no art. 1.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, o princípio a aplicar será o da proibição de valoração;
- ✓ Os conhecimentos fortuitos, apenas, podem ser utilizados contra pessoas que surjam nas imagens recolhidas ou que tenham participado nas conversações registadas;
- ✓ Recorrendo a um juízo similar ao que o legislador terá arquetipicamente formulado para fundamentar a legitimação do recurso ao *registo de voz e de imagem*, impõe-se verificar que seria insofismavelmente provável recorrer-se a este meio de obtenção de prova para se investigar o crime em causa, por haver razões para crer que a prova seria “impossível ou muito difícil de obter” por outro meio menos danoso, *i. e.*, verificar aquilo a que vários autores chamam de estado de necessidade investigatório e que permite comprovar a indispensabilidade e necessidade dos *conhecimentos fortuitos* para a descoberta da verdade material.
- ✓ Da distinta danosidade social subjacente ao registo de voz e de imagem, ou seja, atendendo aos direitos fundamentais cuja garantia poderá estar em causa no caso concreto dos *conhecimentos fortuitos*, quando estes ocorrem impõe-se, então, a

comunicação imediata ao JIC em ordem à sua apreciação e consequente aproveitamento ou destruição.

Independentemente do aproveitamento probatório dos *conhecimentos fortuitos*, não será de aceitar qualquer entendimento que afaste a obrigatoriedade da “comunicação da notícia do crime”, por parte dos OPC ao MP, que aliás decorre do n.º 1 do art. 242.º, n.º 3 do art. 243.º, art. 245.º e art. 248.º, todos do CPP. Assim, atendendo, entre outros, ao princípio da legalidade e da oficialidade (no caso dos crimes públicos), o MP terá que promover acção penal, ressalvadas as devidas excepções, atento o art. 262.º do CPP.

Contudo, não se perspectivando qualquer aproveitamento jurídico dos *conhecimentos fortuitos* em ordem à sua valoração probatória, apelando a todos os direitos de defesa que assistem ao suspeito, *maxime* arguido, obstamos com toda a clarividência à junção das imagens e/ou conversações e, também, qualquer dado que se apresente como desnecessário para dar início à investigação – abertura do inquérito atento o art. 262.º do CPP.

Não podemos deixar de salientar que a área irredutível da intimidade de uma pessoa obstará a toda e qualquer perseguição da verdade material sobre o pretexto da prossecução da acção penal pelo que perante a possibilidade de a mesma ser atingida a dita perseguição deve cessar sob pena de inverter, irremediavelmente, as finalidades primordiais da Lei e do Direito.

Face ao exposto, após cotejadas as ilações ora enunciadas, cremos ter apresentado argumentos tidos como suficientemente abrangentes e que nos permitem reafirmar que os objectivos erigidos no início do estudo foram solidamente alcançados.

Concluimos, salientando alguns aspectos que podem assumir pontos de contacto com o nosso trabalho, mas que, dado não fazerem parte do objecto de estudo, não foram abordados ou apenas o foram de forma perfunctória. Hodiernamente, dada a expansão das redes sociais, importaria, por exemplo, aferir da importância jurídica das imagens e conversações que surgem neste contexto, assim como as que surgem, também, nos meios de comunicação social. Estudo idêntico poderia também desenvolver-se no que respeita às imagens dos circuitos fechados de televisão (CCTV), ainda que a jurisprudência pareça apontar para a possibilidade de valoração probatória das mesmas.

Lisboa, 26 de Abril de 2012

---

Joel Fernandes Araújo  
Aspirante a Oficial de Polícia n.º153585

## BIBLIOGRAFIA

---

- AAVV**, *English Dictionary for Advanced Learners*, Glasgow: HarperCollins Publishers, 2001.
- ALBUQUERQUE, Sérgio Paulo Pinto de**, *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.<sup>a</sup> Ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.
- , *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.<sup>a</sup> Ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.
- ALMEIDA, Carlos Rodrigues de**, “O registo de voz e imagem - Notas ao artigo 6.º da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro”, in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 107-117.
- ANDRADE, Manuel da Costa**, “Bruscamente no Verão Passado, a reforma do Código de Processo Penal - Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 137.º, n.ºs 3948, 3949, 3950 e 3951, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- , “Das escutas telefónicas”, in *I Congresso de Processo Penal*, [Coord.] Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 215-224.
- , “Escutas Telefónicas, Conhecimentos Fortuitos e Primeiro Ministro”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 139.º, n.º 3962. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 269-289.
- , “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)”, in *Que Futuro Para o Direito Processual Penal? - Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, [Coord.] Mário Ferreira Monte, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 525-551.
- , *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital**, *Constituição da República Portuguesa Anotada* (artigos 1.º a 107.º), 4.<sup>a</sup> Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, Vol. I.

- , *Constituição da República Portuguesa Anotada* (artigos 108.º a 296.º), 4.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010, Vol. II.
- CARMO, Hermano e FERREIRA, Manuela Malheiro**, *Metodologia da Investigação - Guia para Auto-aprendizagem*, 2.ª Ed., Lisboa: Universidade Aberta, 2008.
- CHION, Michel**, *L' audio-vision: son e image au cinéma*, [Trad.] Pedro Elói Duarte, Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2011.
- CORREIA, Eduardo**, *Direito Criminal*, [Colab.] Figueiredo Dias, Coimbra: Livraria Almedina, 1971, Vol. II (reimpressão).
- , *Direito Criminal*, [Colab.] Figueiredo Dias, Coimbra: Livraria Almedina, 1971, Vol. I (reimpressão).
- CUSSON, Maurice**, *Criminologia*, [Trad.] Josefina Castro, 2.ª Ed., Lisboa: Casa da Letras, 2007.
- DAVIN, João**, *A Criminalidade Organizada Transnacional - A Cooperação Judiciária e Policial na UE*, Coimbra: Almedina, 2004.
- DIAS, Jorge de Figueiredo**, *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora - Limitada, 1974, Vol. I.
- EIRAS, Henriques e FORTES, Guilhermina**, *Dicionário de Direito Penal e Processo Penal*, 3.ª Ed., Lisboa: Quid Juris - Sociedade Editora, 2010.
- ESTRELA, Edite, SOARES, Maria Almira e LEITÃO, Maria José**, *Saber Escrever Uma Tese e Outros Textos*, 5.ª Ed., Lisboa: Dom Quixote, 2007.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de**, *Curso de Processo Penal*, Lisboa: Editora Danubio - Lda, 1986, Vol. I.
- , *Curso de Processo Penal*, Lisboa: Editora Danubio - Lda, 1986, Vol. II.
- GÖSSEL, Karl-Heinz**, “As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha”, [Trad.] Manuel da Costa Andrade, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, n.º 3, [Dir.] Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Aequitas - Editorial Notícias, 1992, pp. 397-441.
- HASSEMER, Winfried**, “A Criminalidade de massa e a Criminalidade Organizada” in *A Segurança Pública no Estado de Direito*, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995.

- JESCHECK, Hans-Heinrich**, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, [Trad.] S. Mir Puig e F. Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1978, Vol. I.
- JESUS, Francisco Marcolino de**, *Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 2011.
- LEITE, André Lamas**, “Entre Péricles e Sísifo: o novo regime legal das escutas telefónicas”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 17, n.º 4., [Dir.] Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora - Limitada, 2007, pp. 613 - 669.
- MAIA, Gonçalves M. L.**, *Código de Processo Penal Anotado*, 17.<sup>a</sup> Ed., Coimbra: Almedina, 2009.
- MESQUITA, Paulo Dá**, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MONTE, Mário Ferreira**, “A intercepção e gravação de conversações e comunicações. O registo de voz e imagem. Alguns aspectos relevantes do actual sistema processual pena”, in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 91-106.
- , “O registo de voz e imagem no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico-financeira - Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro”, in *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 79-90.
- MUNTAL, Maria Àngels Vila**, “La Identificación del Delincuente”, in *La Actuación de la Policía Judicial en el Proceso Penal*, [Dir.] Pedro Martín García, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas e Sociales, S.A., 2006, pp. 305-342.
- NEVES, Rita Castanheira**, *As Ingerências nas Comunicações Electrónicas em Processo Penal*, 1.<sup>a</sup> Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- NUNES, Carlos Alberto Casimiro**, “Dos meios de obtenção de prova: o caso das buscas domiciliárias e das intercepções telefónicas”, in *Reforma Penal e Processual Penal, Jornadas de 2008 - Revista Politeia*, Lisboa: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Ano VI/Ano VII - 2009/2010, pp. 227-239.
- OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de**, “Da autonomia do regime das proibições de prova”, in *Prova Criminal e Direito de Defesa - Estudos sobre a teoria da prova e garantias*

*de defesa em processo penal*, [Coord.] Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Reimpressão, Coimbra: Almedida, 2011, pp. 257-290.

**PÉREZ, Nora Suita**, “La Diligencia de Intervenciones Telefónicas”, in *La Actuación de la Policía Judicial en el Proceso Penal*, [Dir.] Pedro Martín García, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas e Sociales, S.A., 2006, pp. 109-155.

—, “La Diligencia de Investigación por Médio del Agente Encubierto”, in *La Actuación de la Policía Judicial en el Proceso Penal*, [Dir.] Pedro Martín García, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas e Sociales, S.A., 2006, pp. 237-264.

**QUEIRÓS, Virgílio e MIRANDA, Sofia**, *Breviário Latim-Português, Expressões jurídicas e não jurídicas*, Reimpressão, Lisboa: Quid Juris, 2006.

**RODRIGUES, Anabela Miranda**, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

**RODRIGUES, Benjamim Silva**, *Da Prova Penal*, Tomo VI, Lisboa: Rei dos Livros, 2011.

**SILVA, Germano Marques da**, “A criminalidade organizada e a investigação criminal”, in *I Congresso de Processo Penal*, [Coord.] Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 397-414.

—, *Curso de Processo Penal - I*, 5.<sup>a</sup> Ed., Lisboa: Editorial Verbo, 2008.

—, *Curso de Processo Penal - III*, 3.<sup>a</sup> Ed., Lisboa: Editorial Verbo, 2009.

—, *Curso de Processo Penal*, 5.<sup>a</sup> Ed., Lisboa: Babel, 2011, Vol. II.

—, *Ética Policial e Sociedade Democrática*, Lisboa: ISCPSI, 2001.

**SOUSA, Gonçalo de Vasconcelos e**, *Metodologia da Investigação, Redacção e Apresentação de Trabalhos Científicos*, Porto: Livraria Civilização Editora, 2005.

**VALENTE, Manuel Monteiro Guedes**, “A investigação do crime organizado - Buscas domiciliárias nocturnas, o agente infiltrado e intervenção nas comunicações”, in *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa*, [Coord.] Manuel Monteiro Guedes Valente, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 159-184.

—, *Conhecimentos Fortuitos - A Busca de um Equilíbrio Apuleiano*, Coimbra: Almedina, 2006.

—, *Do Ministério Público e da Polícia - Prevenção Criminal e Acção Penal Como Execução de Uma Política Criminal do Ser Humano*, Tese apresentada à

Universidade Católica Portuguesa para a obtenção do grau de doutor em Direito -  
Direito Penal, Lisboa, 2011.

—, *Escutas Telefónicas - Da Excepcionalidade à Vulgaridade*, 2.<sup>a</sup> Ed., Coimbra:  
Almedina, 2008.

—, *Processo Penal*, Tomo I, 3.<sup>a</sup> Ed., Coimbra: Almedina, 2010.

—, *Regime Jurídico da Investigação Criminal*, 3.<sup>a</sup> Ed., Lisboa: Almedina, 2006.

—, *Teoria Geral do Direito Policial*, 3.<sup>a</sup> Ed., Coimbra: Almedina, 2012.

**VEIGA, Armando e RODRIGUES, Benjamim Silva**, *Escutas Telefónicas - Rumo à  
Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicações Digitais*, 1.<sup>a</sup> Ed.,  
Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

## Diplomas

---

- Código Civil
- Código de Processo Penal;
- Código Penal de 1952;
- Código Penal;
- Constituição da República Portuguesa;
- Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950;
- Declaração Universal dos Direitos Humanos;
- Decreto-Lei n.º 35/2004 de 21 de Fevereiro - Regula o exercício da actividade de  
segurança privada;
- Directiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de  
2006;
- Lei n.º 1/2005, de 10 de Janeiro - Regula a utilização de câmaras de vídeo pelas  
forças e serviços de segurança em locais públicos de utilização comum;
- Lei n.º 49/2008 de 27 de Agosto – Aprova a Lei de Organização da Investigação  
Criminal;

- Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro - Estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira;
- Proposta de Lei n.º 94/VIII de 19 de Setembro de 2001, da Assembleia da República;
- Resolução legislativa do Parlamento Europeu sobre proposta de Decisão-Quadro do Conselho relativa à luta contra a criminalidade organizada – Jornal Oficial n.º 272 E de 09/11/2006, pp. 0428 – 0436.

Consultado em <http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm> no dia 22/01/2012.

## Jurisprudência

---

- ❖ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 255/02, de 12 de Junho, processo n.º 646/96. Relator: Guilherme da Fonseca.  
Consultado em <http://www.tribunalconstitucional.pt> no dia 02-11-2011.
- ❖ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 25/04, de 14 de Janeiro, processo n.º 832/03. Relator: Artur Maurício.  
Consultado em <http://www.tribunalconstitucional.pt> no dia 16-10-2011.
- ❖ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 4/06, de 03 de Janeiro, processo n.º 665/05. Relator: Mário Torres.  
Consultado em <http://www.tribunalconstitucional.pt> no dia 16-10-2011.
- ❖ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23-10-2002, processo n.º 02P2133. Relator: Leal Henriques.  
Consultado em <http://www.dgsi.pt> no dia 17-03-2012.
- ❖ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12-07-2007, processo n.º 07P1771. Relator: Arménio Sottomayor.  
Consultado em <http://www.dgsi.pt> no dia 18-11-2011.
- ❖ Acórdão de fixação de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 13/2009, publicado no Diário da República, 1.ª série — N.º 216 — 6 de Novembro de 2009.
- ❖ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 12-04-2011, processo n.º 98/08.3PESTB.E1. Relator: Edgar Valente.  
Consultado em <http://www.dgsi.pt> no dia 02-11-2011.
- ❖ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 27-09-2011, processo n.º 13/05.6GBSTB.E1. Relator: Sérgio Bruno Povoas Corvacho.

Consultado em <http://www.dgsi.pt> no dia 02-11-2011.

- ❖ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 12-11-2007, processo n.º 1800/07-2. Relator: Cruz Bucho.

Consultado em <http://www.dgsi.pt> no dia 03-04-2012.

- ❖ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13-10-2004, processo n.º 5150/2005-3. Relator: Carlos Almeida.

Consultado em <http://www.dgsi.pt> no dia 16-10-2011.

- ❖ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18-01-2011, processo n.º 833/10.OPAMTJ-A.L1-5. Relatores: Neto de Moura e Alda Tomé Casimiro.

Consultado em <http://www.dgsi.pt> no dia 08-10-2011.

- ❖ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24-03-2009, processo n.º 25/08.8PJLRS-A-5. Relator: Luís Gominho.

Consultado em <http://bdjur.almedina.net> no dia 02-12-2011.

- ❖ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25-05-2010, processo n.º 42/08.PJAMD.L1-5. Relatores: Pedro Martins, Nuno Gomes da Silva e José Pulido Garcia.

Consultado em <http://www.dgsi.pt> no dia 16-10-2011.

- ❖ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27-02-2008, processo n.º 10898/2007-3. Relator: Telo Lucas.

Consultado em <http://www.dgsi.pt> no dia 16-10-2011.

- ❖ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30-10-2008, processo n.º 8324/2008-9. Relator: Margarida Veloso.

Consultado em <http://www.dgsi.pt> no dia 16-10-2011.

- ❖ Acórdão do Tribunal da Relação de Porto de 28-01-2009, processo n.º 0817274. Relator: Eduarda Lobo.

Consultado em <http://www.dgsi.pt> no dia 08-10-2011.