



UNIVERSIDADE
CATÓLICA PORTUGUESA | FACULDADE
DE DIREITO
ESCOLA DE LISBOA

Março | 2015

**DA PUBLICAÇÃO DO CONTEÚDO DAS ESCUTAS
TELEFÓNICAS PELOS ÓRGÃOS DE
COMUNICAÇÃO SOCIAL**

Dissertação apresentada na vertente Penal, no âmbito do Mestrado Forense da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, no ano lectivo de 2013/2014, com orientação do Prof. Doutor Henrique Salinas.

Maria João de Campos Marcelo Lopes Nunes

Ao Professor Doutor Henrique Salinas que orientou o meu trabalho.

A todos os amigos que me apoiaram ao longo desta jornada através das suas experiências pessoais nas respetivas teses, acesso a elementos bibliográficos, comentários, opiniões e, acima de tudo, também sempre presentes nas merecidas pausas e distrações.

A toda a minha família, especialmente aos meus pais, irmão e avó, pelo constante apoio e compreensão, mesmo nos piores momentos. Obrigada por terem demonstrado sempre um enorme interesse e disponibilidade para me ouvir e para constantemente comentar e criticar as minhas ideias.

Ao Daniel, pela pessoa que é e pelo que representa para mim... Por tudo e mais alguma coisa.

ABREVIATURAS

ac., acs.	— Acórdão, acórdãos
al. als.	— alínea, alíneas
art., arts.	— artigo, artigos
BGH	— Bundesgerichtshof (Tribunal de Justiça Federal da Alemanha)
CC	— Código Civil
CEDH	— Convenção Europeia dos Direitos do Homem
cf.	— conferir, confrontar
CP	— Código Penal
CPC	— Código de Processo Civil
CPP	— Código de Processo Penal
CRP	— Constituição da República Portuguesa
EJ	— Estatuto dos Jornalistas
e.g.	— <i>exempli gratia</i> (por exemplo)
ERCS	— Entidade Reguladora da Comunicação Social
ed.	— edição
i.e.	— <i>id est</i> (isto é)
JIC	— Juiz de Instrução Criminal
MP	— Ministério Público
n.º; n.ºs	— número
ob. cit.	— obra citada
OPC	— Órgãos de Polícia Criminal
p. e p.	— previsto e punido
p., pp.	— página, páginas
PIDCP	— Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos
Proc.	— Processo
ss.	— seguintes
STJ	— Supremo Tribunal de Justiça
TEDH	— Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TRE	— Tribunal da Relação de Évora
v.	— <i>versus</i>
v.g.	— <i>verbi gratia</i> (por exemplo)
Vol., Vols.	— volume, volumes

INTRODUÇÃO

Com o crescimento e o desenvolvimento exponencial da sociedade dos *media* e da tecnologia, cada vez mais os Estados se vêem confrontados com situações de incerteza na delimitação dos direitos fundamentais de todos e de cada um.

Com o início do século XXI e com o passo enorme e irreversível que se deu com a revolução tecnológica da sociedade das telecomunicações e da sociedade da informação, o Estado foi obrigado a acompanhá-la e a criar as medidas necessárias para a protecção e ordem da população.

O acesso às escutas telefónicas como meio de obtenção de prova em processo penal, deixou, neste seguimento, de ser mais um meio, para passar a ser o “principal” e mais eficaz meio. Pelo que, encontrando-se até há uns anos a interceptação das comunicações deficientemente regulamentada no Código de Processo Penal, foi necessária uma reforma profunda ao seu regime jurídico, que se realizou com a revisão desta lei em 2007, nomeadamente, através de medidas como a delimitação da diligência à fase do inquérito; a adição de requisitos imprescindíveis de verificação para a sua aplicação; ou a concretização de uma lista onde se tipifica as pessoas contra as quais tal meio pode ser utilizado.

Simultaneamente, a criminalidade passou a ser o assunto do dia, em qualquer jornal, estação de rádio ou canal televisivo, tendo desta forma os órgãos de comunicação social atingido um papel de “verdadeiros e fieis informadores” dos desenvolvimentos dos principais processos criminais do momento. Deste modo, também as leis regulamentadoras destas entidades e das profissões com estas relacionadas tiveram que sofrer as necessárias alterações.

Confrontado com esta situação, assim como com o seu descontrolo em determinados casos que antecederam a revisão ao CPP de 2007, o legislador decidiu tomar medidas. Desta sua posição de firmeza, para além da *supra* mencionada reforma ao regime das escutas telefónicas, resultou também a incriminação de uma conduta *ex novo*. Deste modo, como tentativa de controlo das fugas de informação sobre o processo penal e sobre os sujeitos nele intervenientes, em defesa dos seus direitos fundamentais, passou a ser impedido, desde então, sob pena de crime de desobediência, “a publicação, por qualquer meio, de conversações ou comunicações interceptadas no âmbito de um processo, salvo se não estiverem sujeitas a

segredo de justiça e os intervenientes expressamente consentirem na publicação”¹, que consagra a base do nosso estudo na presente dissertação.

Deste modo, apelando a lógica humana à necessidade de uma compreensão prévia do regime geral para uma completa e bem fundamentada percepção de um ponto concreto do mesmo, optamos por iniciar a nossa dissertação com uma breve remissão às escutas telefónicas em geral e ao seu regime jurídico, assim como com uma sucinta análise à regulamentação da comunicação social e ao seu papel no Processo Penal. No desenvolver deste estudo iremos aproximar-nos do cerne da questão com que concluiremos então a nossa dissertação: a incriminação da publicação e/ou divulgação do conteúdo das escutas telefónicas pelos órgãos de comunicação social.

¹ Vide art. 88.º, n.º 4 do CPP.

CAPÍTULO I

DAS ESCUTAS TELEFÓNICAS

§ 1. Percurso histórico-legislativo das escutas telefónicas no ordenamento jurídico português

§ 1.1. No Direito Constitucional

Sendo o Direito Penal o ramo de direito que, por natureza, tem maior potencialidade em afectar os direitos fundamentais dos cidadãos, cumpre-nos demonstrar a evolução constitucional no que ao direito criminal e ao direito processual penal na figura dos meios de obtenção de prova diz respeito, nomeadamente e, em concreto, relativamente à figura das escutas telefónicas².

A Constituição Portuguesa de 1822 centrava-se essencialmente na manutenção da liberdade, segurança e propriedade, como princípios e valores fundamentais e em primeira linha de protecção constitucional. É pois, neste âmbito, que surge no seu art. 18.º que “*o segredo das cartas é inviolável*”, considerando-se a correspondência, na época, como o meio de comunicação por excelência. Neste seguimento, era necessária a prévia apreciação de juiz³ para efeitos da restrição ou limitação de qualquer um destes direitos, preocupando-se já então o legislador com o respeito pela reserva da intimidade da vida privada e restantes direitos fundamentais que poderiam ser postos em causa.

A Carta Constitucional de 1826 seguiu a mesma linha organizativa na listagem de direitos fundamentais, avançando ainda assim um pouco mais longe no que concerne à protecção dos mesmos, consagrando, para além do princípio da legalidade no seu § 10.º, 2º

² Dadas as limitações impostas relativamente à extensão do trabalho, não se pretende uma análise exaustiva do percurso histórico-legislativo dos meios de obtenção de prova no ordenamento jurídico português, mas, tão-somente, um enquadramento introdutório do mesmo, concretamente focado nas escutas telefónicas. Para uma noção geral da evolução do sistema no que toca a este meio de obtenção de prova, cf. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Escutas Telefónicas da Excepcionalidade à Vulgaridade*, Coimbra, 2004, pp. 30, ss;

³ Actualmente, como é do conhecimento geral e como veremos mais adiante em mais pormenor, o recurso às escutas telefónicas como meio de obtenção de prova está sujeito, a requerimento do MP, seguido de despacho favorável e fundamentado por parte do JIC; entre outros requisitos previstos nos arts. 187.º, n.º 1, ss. do CPP;

parte, a submissão da lei penal aos princípios da necessidade, da *ultima ratio* e da proporcionalidade. Também nesse sentido ia a Constituição de 1838.

No ano de 1911, Portugal adotou a República como forma de Governo e consagrou, na Constituição desse mesmo ano, um leque mais diversificado de direitos fundamentais invioláveis. Estes contribuíram para uma ainda mais forte proteção dada ao direito ao respeito pela reserva da intimidade da vida privada, entre outros, como o direito à palavra e à expressão livre do pensamento; todos direitos relevantes para ponderação aquando da realização das escutas telefónicas e solução de derivadas problemáticas.

No âmbito dos *supra* mencionados direitos, a Constituição de 1933 pode ser considerada como um pequeno passo em revés, pois, ainda que consagrando os direitos e garantias individuais de cada cidadão por extenso no seu art. 8º, sendo mesmo um deles o direito à liberdade de expressão do pensamento sob qualquer forma, é igualmente consagrado que o exercício desses direitos estaria sujeito a regulação legal e, como tal, aberto a restrições legalmente indefinidas.

No entanto e finalmente, surge a Constituição da República Portuguesa de 1976, que foi considerada na época a lei fundamental que até então mais restrições consagrou ao Direito Penal, impondo princípios de legalidade penal legitimados no próprio texto constitucional, tais como, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, o direito à inviolabilidade das telecomunicações, o direito à honra ou o direito à imagem.

Relativamente ao foco do nosso estudo, cabe-nos ainda mencionar que foi com a revisão constitucional de 1989 que o direito à palavra se viu elevado ao nível de direito fundamental (acrescentado ao art. 26.º, n.º 1), como os anteriormente mencionados e, neste seguimento, a proibição de toda e qualquer ingerência nos “demais meios de comunicação” foi igualmente consagrada no então art. 34.º, n.º 4. pela revisão constitucional de 1997.

Após esta mencionada revisão, tivemos, até ao momento, mais três leis constitucionais, datadas dos anos de 2001, 2004 e 2005. No entanto, destas, pensamos ser somente relevante referir com alguma relação com o objecto do nosso estudo que com a Lei Constitucional 1/2004, de 24 de Julho, foi alterado o art. 26.º, n.º 2, prevendo atualmente que “*A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.*”. Nestes termos, no que toca aos meios ocultos de investigação, nomeadamente às escutas telefónicas, esta alteração de 2004 foi pretendida pelo legislador constituinte por forma a dar uma maior proteção, não só à já anteriormente

estipulada utilização de informações de conteúdo delicado, como mencionado, mas também no que toca à forma de obtenção dessas mesmas informações, seja em que circunstância for.

Verificamos, pois, que “*a Constituição acompanha o evoluir dos tempos da modernidade nacional e global*”⁴. Vejamos se o mesmo acontece na evolução histórico-legislativa do CPP.

§ 1.2. No Código de Processo Penal

No CPP de 1929 a interceptação de comunicações encontrava-se já concretamente prevista, mas, contrariamente ao que acontece no CPP actual, o MP não tinha nenhum tipo de interferência na realização deste meio de obtenção de prova, ficando o seu domínio a cargo somente do juiz. Era o próprio juiz que estava a cargo do inquérito (denominado de instrução preparatória, na época) e tinha pois a seu cargo a verificação de que este meio seria, em concreto, indispensável, declarando antes de mais, a necessidade da sua realização em despacho fundamentado, e não após requerimento do MP, como se procede actualmente. Foi somente em 1945⁵ que, com o intuito de que o juiz não acumulasse ambas funções de acusação e julgamento, o que punha em causa a sua imparcialidade em julgar, foi dada ao MP função de direcção da fase da investigação e de recolha dos elementos de prova^{6/7}. Somente em 1975⁸ foi realizada nova alteração ao CPP de 1929 com a criação da fase de inquérito⁹ a cargo do MP na generalidade dos casos. Foi, pois, igualmente apenas aquando destas alterações, que o MP ganhou campo de acção, tendo sido também nesta revisão do CPP alterado o conteúdo dos

⁴ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *ob. cit.*, p. 39;

⁵ Através do Decreto 35 007 de 13/10/1945, nomeadamente do seu art. 14.º, que determina que “*a direcção da instrução preparatória cabe ao MP, a quem será prestado pelas autoridades e agentes policiais todo o auxílio que para esse fim necessitar.*”;

⁶ O juiz deve ser alheio à fase processual da recolha e direcção dos elementos de prova, “*excepto quando da actividade investigatória resultar violação de direitos e de liberdades individuais*”, cf. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *ob. cit.*, p. 42;

⁷ Semelhante ao regime atual em que os actos praticados pelo MP que põe em causa direitos, liberdades e garantias são da competência exclusiva do JIC, cf. arts. 267º a 269º do CPP;

⁸ Vide DL n.º 605/25, de 3 de Novembro;

⁹ “Inquérito policial” na alteração ao CPP de 1929 pelo DL n.º 605/75, de 3 de Novembro, passando a ser denominado de “Inquérito preliminar” com a alteração pelo DL n.º 377/77, de 6 de Setembro;

preceitos relativos ao regime das escutas telefônicas, a partir da qual o então denominado “meio de prova”, passa a ser passível de realização através de requerimento por parte do MP, tendo no entanto, ainda assim, de passar pelo crivo de autorização por parte do JIC, que mantém a sua função de presidir a realização das escutas telefônicas¹⁰.

O CPP de 1987, após a CRP de 1976, tornando-se numa verdadeira garantia contra as agressões abusivas e ingerências no exercício dos direitos e liberdades fundamentais. É neste seguimento que o arguido ganha uma maior relevância como real sujeito processual penal, detentor de direitos fundamentais¹¹.

A última grande revisão do CPP, em matéria de escutas telefônicas, deu-se mais recentemente, em 2007, com a qual se alterou a fundo regime deste meio de obtenção de prova. Foi também esta revisão que trouxe para o texto processual penal o art. 88.º, nº 4, que regulamenta a publicação do conteúdo das escutas telefônicas pelos órgãos de comunicação social e sobre a qual versa a presente dissertação. Esta revisão do CPP foi altamente controversa, sendo ainda atualmente bastante criticada e comentada, tarefa que também nos caberá desenvolver com o nosso estudo. Assim, deixaremos mais concretas análises desta revisão do CPP de 2007 para uma fase posterior da nossa exposição.

§ 2. Regime Jurídico vigente – as alterações de 2007

A CRP, no seu artigo 34.º, garante, salvo nos casos previstos na lei, a inviolabilidade da correspondência e das comunicações privadas, abrangendo toda a ingerência nas mesmas por parte das autoridades públicas. Assim, com a salvaguarda do princípio da legalidade sempre a balizar a atuação do legislador penalista, a revisão do CPP de 2007, como excepcionalmente resume GERMANO MARQUES DA SILVA, “ponderando a necessidade e proporcionalidade da restrição à inviolabilidade das telecomunicações, estabelece um catálogo de crimes relativamente aos quais é admissível recorrer a este meio de obtenção de prova e confia exclusivamente ao juiz, sob requerimento do MP, a ponderação no caso concreto da necessidade da diligência em atenção à sua indispensabilidade para a descoberta da verdade

¹⁰ Vide art. 2.º do DL 605/75;

¹¹ Vide MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *ob. cit.*, p. 45;

ou à dificuldade de obtenção de prova (n.º 1 do art. 187.º do CPP).”¹². As primeiras modificações desta revisão do CPP referem-se pois aos pressupostos de admissibilidade das escutas telefónicas.

Em primeiro lugar, encontra-se desde então clarificado na letra da lei que o recurso às escutas como meio de obtenção de prova só pode ocorrer com base em requerimento pelo MP, cabendo-lhe desta forma o impulso para a realização da diligência. No entanto, é ao JIC que cabe a decisão final, tendo este de se pronunciar a favor da diligência e em despacho fundamentado, onde comprova os pressupostos obrigatórios para a realização das escutas, designadamente, a indispensabilidade para a descoberta da verdade ou que a prova seria de outro modo impossível ou difícil de obter.

A segunda alteração no âmbito dos pressupostos de admissibilidade das escutas telefónicas, prendeu-se com o alargamento do catálogo de crimes em que é dado acesso a este meio de obtenção de prova, tendo-lhe sido adicionadas duas alíneas: quanto a crimes de ameaça com prática de crime ou de abuso e simulação de sinais de perigo e quanto a crimes de evasão, quando o arguido haja sido condenado por algum dos crimes previstos nas alíneas anteriores do catálogo¹³.

Em terceiro lugar, foram, de certa forma, definidos e limitados pelo legislador os possíveis destinatários das comunicações telefónicas interceptadas. Assim, atualmente, tanto a interceptação como a gravação das comunicações telefónicas só podem ser autorizada contra: suspeito ou arguido; pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido; e vítima de crime, mediante o respectivo consentimento, seja ele efetivo ou presumido¹⁴. Refira-se ou relembre-se, como muito bem menciona J. DAMIÃO DA CUNHA, que a delimitação das pessoas “«contra quem podem ser autorizadas» as escutas não implica, em princípio, uma coincidência com as pessoas «contra quem podem ser utilizadas»¹⁵”.

¹² Cf. GERMANO MARQUES DA SILVA, «Notas soltas sobre as Alterações de 2007 ao Código de Processo Penal Português», in *Processo Penal do Brasil e de Portugal*, 2009, p. 79;

¹³ Cf. art. 187º, nº 1, alíneas f) e g) do CPP;

¹⁴ Cf. art. 187º, nº 4, alíneas a), b) e c) do CPP;

¹⁵ Vide J. DAMIÃO DA CUNHA, «O regime legal das escutas telefónicas – algumas breves reflexões» in *Revista do CEJ*, nº 9 (especial) (1º Semestre 2008), p. 208;

Quanto aos possíveis destinatários sujeitos a escutas telefónicas, cabe ainda mencionar que se qualquer das pessoas *supra* mencionadas for o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República ou o Primeiro-ministro, a anterior referida competência para autorizar a diligência caberá ao Presidente do STJ.

Finalmente, quanto a esta alteração ainda, advertimos que o legislador de 2007 pareceu querer abrir ainda mais o leque de possíveis destinatários, abrangendo todas as pessoas que utilizem o meio de comunicação autorizado a estar sob escuta pelo JIC, desde que também essas comunicações respeitem a crime objecto do processo em que a escuta foi ordenada^{16/17}.

Conclusivamente, quanto aos pressupostos de admissibilidade das escutas telefónicas cabe-nos somente referir, adicionalmente, a restrição imposta pelo legislador de 2007 no art. 187.º, n.º 1 do CPP, no sentido de que a intercepção e gravação de comunicações telefónicas “*só podem ser autorizadas durante o inquérito.*”

O segundo leque de matéria sensivelmente alterada por esta revisão ao CPP teve por referência as formalidades e procedimentos de realização das escutas telefónicas.

Antes de mais, ficou agora claramente determinado no art. 188º, nº 3 e 4 do CPP que, quando requerida e autorizada a realização de escutas telefónicas, os suportes técnicos das gravações, assim como os respectivos autos e relatórios, têm de ser levados pelos OPC ao conhecimento do MP no prazo de 15 dias, sendo que este têm, posteriormente, um prazo máximo de 48 horas para os levar ao conhecimento do JIC¹⁸, de forma que este possa determinar os conteúdos relevantes para o processo e a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo.

¹⁶ Cf. interpretação conjunta dos artigos 188.º n.º. 6 e 187.º, n.º 7 do CPP;

¹⁷ Relativamente ao tema dos denominados “conhecimentos fortuitos” que seria pertinente mencionar em conjunto com as *supra* mencionadas alterações, não nos será possível desenvolver no presente estudo. Para mais desenvolvimentos sobre este assunto *vide* MANUEL DA COSTA ANDRADE, «O regime dos “conhecimentos da investigação” em Processo Penal. Reflexões a partir das escutas telefónicas» in *As Alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma Reforma «Cirúrgica»?*, Coimbra, 2014;

¹⁸ Relativamente à contagem do prazo de 48h, *vide* a jurisprudência do *TRE* nos *Recurso nº 3104/07 de 22 de Janeiro de 2008*; *Ac. 403/08-1 de 13 de Maio de 2008* e *Ac. 228/11 de 15 de Outubro de 2013*, todos disponíveis em www.dgsi.pt;

Em segundo lugar, foi clarificado o regime da destruição imediata do conteúdo das escutas por parte do juiz. Atendendo-se às anteriores críticas de parte da doutrina¹⁹, o atual regime determina, que o juiz só pode destruir de imediato os suportes técnicos e relatórios, quando manifestamente estranhos ao processo e que contenham, concretamente, conversações em que intervenham pessoas fora do elenco de pessoas contra quem foi autorizada a escuta; abranjam matérias cobertas pelo segredo profissional, tanto de funcionário como de Estado; ou cuja divulgação possa afectar gravemente direitos, liberdades e garantias²⁰.

Finalmente, um dos mais relevantes esclarecimentos neste campo prendeu-se com a valoração como prova do conteúdo das escutas telefónicas. Neste âmbito, o legislador de 2007 expôs expressamente no artigo 188.º do CPP, que só podem valer como prova as conversações ou comunicações transcritas e juntas aos autos, independentemente de terem sido juntas por parte do arguido, do assistente ou por ordem do MP. Estas estarão disponíveis para que todos os sujeitos processuais possam ter acesso, assim como as respectivas gravações.

Concluimos esta análise mencionando a pertinência da sua inclusão, pois todas as alterações ao regime das escutas telefónicas feitas pelo legislador de 2007 e mencionadas *supra*, mantêm-se atualmente em vigor.²¹

§ 3. Enquadramento Constitucional

§ 3.1. Limites constitucionais

¹⁹ Nomeadamente por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição atualizada, Lisboa, 2011, pp. 534 a 538, mas que continua a discordar da solução adotada em 2007 e da jurisprudência fixada pelos Acs. do TC n.ºs 477/2008 e 78/2008, defendendo inconstitucionalidade do atual art. 188.º, n.º 6 do CPP, pelo facto de se manter a possibilidade de destruição imediata por parte do juiz de alguns dos conteúdos interceptados sem antes o arguido ter acesso aos mesmos;

²⁰ Vide *Ac. n.º 293/08 do Tribunal Constitucional* que se pronunciou sobre a interpretação do art. 188.º, n.º 6, alínea a) do CPP; e JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, in “*Constituição Portuguesa Anotada*”, Tomo I, 2.ª edição, 2010, pp. 776 e 777, comentário de GERMANO MARQUES DA SILVA E FERNANDO SÁ, relativamente ao mesmo Ac.;

²¹ Outro grande ponto de alteração em que se focou o legislador do CPP de 2007 foi o do regime da divulgação por parte dos órgãos de comunicação social do conteúdo das escutas telefónicas, mas obviamente, sendo este o foco do nosso estudo será posteriormente desenvolvido e aprofundado de forma independente e minuciosamente;

Como sabemos, o conteúdo e aplicação dos imperativos constitucionais não se esgota nem no consagrado direito ordinário nem, muito menos, no que encontramos simplesmente “escrito” como lei constitucional.

Tentando pois iniciar este enquadramento através de uma clara perceção do tipo de limites constitucionalmente existentes e que pautam as atuações em torno do regime das escutas telefónicas, enunciaremos em primeiro lugar limites constitucionais com um maior e mais vasto campo de aplicação, mas que, ainda assim, são igualmente aplicáveis ao regime das escutas telefónicas e às atuações de qualquer agente no âmbito deste regime. Nestes termos, com base no apanhado feito por MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE²²: “*Aos tribunais – maxime juízes e MP – cumpre «administrar a justiça em nome do povo» – n.º 1 do art. 202.º da CRP –, estando «apenas sujeito à lei» – art. 203.º CRP – e não «podem aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados» – art. 204.º da CRP –, estando subordinados à Constituição e, por sua vez, aos preceitos constitucionais respeitantes ao respeito dos direitos liberdades e garantias que se aplicam diretamente aos quais estão vinculados – art. 18.º, n.º 1 da CRP*”. Esta pode pois ser considerada como “a base” ou “o mínimo” da proteção dos direitos fundamentais na CRP face a qualquer violação.²³

Como limites constitucionais mais diretos e concretos no que toca ao balizamento de possíveis abusos por via dos meios ocultos de investigação, poderemos apontar, nomeadamente, os arts. 34.º e 32.º, n.º 8 da CRP, que consagram, respetivamente, o princípio da inviolabilidade da correspondência e dos outros meios de comunicação privada e a consagração como nulas e proibidas das provas obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada e familiar, ou nas telecomunicações, pois “*os interesses do processo criminal encontram limites na dignidade humana (art. 1º) e nos princípios fundamentais do Estado de direito democrático (art. 2º), não podendo, portanto, valer-se de actos que ofendam direitos fundamentais básicos*”²⁴. Encontramos deste modo consagrado no art. 34.º da CRP um princípio constitucional da inviolabilidade das comunicações privadas, mas que no seu próprio texto, no

²² MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *ob. cit.*, p. 73;

²³ Acrescente-se ainda quanto aos OPC que estes estão igualmente vinculados aos preceitos constitucionais respeitantes a direitos, liberdades e garantias, que se aplicam diretamente, e através dos arts. 272.º, 266.º, 3º e 18.º, n.º 1 da CRP, cf. *Idem, Ibidem*, p.73;

²⁴ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA in “*Constituição da República Portuguesa anotada*”, Volume I, 4ª ed., 2007, p. 524;

n.º 4, prevê a exceção ao mesmo nos “casos previstos na lei em matéria de processo criminal”^{25/26}, tendo pretendido o legislador “limitar na maior medida possível a possibilidade de restrições, sujeitando-se estas a pressupostos bastante vinculados”²⁷. Já no art. 32.º, n.º 8 encontramos-nos perante uma proibição da utilização das provas obtidas por meios proibidos, “quando os meios utilizados para a obtenção das provas forem proibidos ou condicionados pela Constituição para salvaguarda de outros valores, os elementos probatórios por essa forma obtidos não podem ser utilizados em circunstância alguma; ficam radicalmente inquinados do vício da inconstitucionalidade e o sistema não pode tolerar que a Justiça seja prosseguida por meios inconstitucionais”²⁸.

Ainda quanto aos limites imanes da Constituição, devemos reter que, caso a caso, em cada diligência concreta de interceção nas comunicações, os direitos fundamentais e os direitos liberdades e garantias consagrados na CRP se aplicam diretamente, pelo que são estes também limites imanes que devem pautar a atuação de qualquer agente enquanto dentro do âmbito do regime das escutas telefónicas. “Os operadores judiciais devem ser o baluarte do respeito da dignidade da pessoa humana, limite intransponível para qualquer acto ou diligência processual, principalmente quando essa diligência provoca uma danosidade social quase incontrolável.”²⁹.

Não nos pretendendo alongar quanto a esta pequena introdução ao enquadramento constitucional das escutas telefónicas, cabe-nos somente ainda mencionar que, focando-nos no âmbito do Direito Constitucional, não devemos deixar o CPP de parte nesta análise, pois os

²⁵ *Idem, Ibidem*, p. 524, como muito bem explicam estes Autores, “A excepcionalidade das restrições constitucionalmente autorizadas implica que as restrições legais (...) e as intervenções restritivas decididas e autorizadas pelo juiz (...) estejam sujeitas aos princípios jurídico-constitucionais das leis restritivas no art. 18.º (necessidade, adequação, proporcionalidade, determinabilidade). (...) Exige-se uma apreciação rigorosa quanto ao princípio da proporcionalidade, devendo a restrição limitar-se ao estritamente necessário à protecção de direitos e bens constitucionais e à prossecução do interesse subjacente à acção penal (descoberta de um crime concreto e punição do agente ou agentes)”;

²⁶ No mesmo sentido, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, pp. 774 a 778, comentário por GERMANO MARQUES DA SILVA e FERNANDO SÁ;

²⁷ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 520;

²⁸ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, p. 737, comentário por GERMANO MARQUES DA SILVA e HENRIQUE SALINAS;

²⁹ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *ob. cit.*, p. 73 e 74;

seus preceitos consagram direito constitucional aplicado. Assim, encontramos igualmente alguns limites a cumprir no âmbito das escutas telefônicas consagrados no próprio CPP, ainda que com raízes também constitucionalmente consagradas, e que, em conjunto com essas bases, devem ser tidos em conta como limites vinculativos em qualquer atuação enquanto no âmbito do regime das escutas telefônicas: v.g. os arts. 125.º (provas admitidas só as não proibidas por lei); 126.º (regime dos métodos proibidos de prova); 118.º e ss. relativos às nulidades e irregularidades, conjugados com os arts. 187.º, ss. Dentro destes, referimos nomeadamente os limites consagrados no art. 187.º, n.º 1 da indispensabilidade da diligência para a descoberta da verdade ou de que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter; assim como o limite do art. 187.º, n.º 5 que proíbe a interceção e gravação de conversas e comunicações entre o arguido e o seu defensor. Outro limite atualmente expresso no art. 187.º, n.º 6 e de que anteriormente se apelava consagração, é o limite do prazo de duração máxima da realização de escutas telefônicas pelo período de 3 meses. Estes períodos serão posteriormente passíveis de renovação por um número indefinido de vezes mas por períodos sempre com o mesmo prazo máximo de duração, e claro, desde que se verifiquem, aquando da renovação, os respetivos requisitos de admissibilidade.

§ 3.2 Da Colisão de Princípios e de Direitos Fundamentais

Como é perceptível para qualquer pessoa, as escutas telefônicas como meio de obtenção de prova em processo penal entram numa área muito sensível da nossa Constituição, fazendo a sua existência frente a alguns dos mais protegidos princípios e direitos fundamentais da lei constitucional do nosso Estado, assim como a verdadeiros princípios internacionais que analisaremos mais adiante no nosso estudo.

Nestes termos, a estipulada possibilidade de utilização desta diligência para obtenção de prova num processo criminal abarca a direta colisão entre determinados princípios e direitos fundamentais pilares do Estado de Direito, pelo que, devido à sensibilidade do tema, prosseguiremos com uma sua análise mais cuidada.

No que toca a princípios constitucionais, o mais diretamente afetado pelo regime das escutas telefônicas é, sem dúvida, o consagrado no art. 18.º da CRP, pela colisão entre princípios e direitos fundamentais que a existência do regime das escutas telefônicas põe em causa. Este preceito consagra o princípio ordenador do regime de todos os direitos, liberdades

e garantias previstos pela nossa Constituição. Neste preceito encontramos regulamentado o regime específico dos direitos, liberdades e garantias, balizando concretamente a atuação de todo e qualquer agente: “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”. Ainda assim, no n.º 2 do art. 18.º da CRP encontra-se igualmente prevista a possibilidade de restrição de direitos fundamentais em determinados casos concretos, estando no entanto este regime cuidadosamente regulamentado pela própria Constituição; pelo que a “*legitimidade constitucional* (da restrição) *depende de quatro pressupostos materiais e de três requisitos quanto ao carácter da própria lei.*”³⁰. Os requisitos não implicam mais do que o expressamente consagrado na CRP: as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de ter carácter geral e não podem ter efeito retroativo (18.º, n.º 3), assim como têm que ser objeto de Lei da Assembleia da República ou Decreto-Lei autorizado do Governo, nos termos do art. 165.º, n.º 1, al. b). Dos pressupostos cumulativamente necessários, verifica-se no art. 18.º, n.º 2, a necessidade de a restrição se encontrar expressamente prevista na Constituição (1ª parte); a imposição de que a restrição a efetuar salvedor outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (*in fine*); como terceiro pressuposto, o denominado princípio da proporcionalidade, também conhecido pela doutrina e jurisprudência em geral como princípio da proibição do excesso (que tem como corolários os princípios da adequação; da exigibilidade e da proporcionalidade *stricto sensu*), consagrado através da expressão final do n.º 2 do art. 18.º da CRP que indica o dever de a restrição se limitar ao estritamente necessário e de esta se mostrar apta para o efeito pretendido; assim como, finalmente, a imposição de que com restrição não se aniquile o direito a restringir, diminuindo-o da extensão e do alcance essencial do seu conteúdo (*in fine* do n.º 3)³¹.

Neste seguimento, verifiquemos de forma sucinta, quais os direitos constitucionalmente consagrados que nos parecem ser os mais diretamente afetados de acordo com o atual regime legal das escutas telefónicas.

A interceção e gravação de conversações e comunicações afetam diretamente e sem qualquer dúvida vários direitos fundamentais. De todos, parece-nos ser o mais claramente

³⁰ *Idem, Ibidem*, p. 93;

³¹ Para maiores desenvolvimentos de cada pressuposto e requisito e da concreta aplicação deste art. 18.º da CRP, *vide* GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, pp. 384 a 396 e JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, pp. 310 a 404, comentário por JORGE MIRANDA e JORGE PEREIRA DA SILVA;

afetado o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, consagrado no art. 26.º, n.º 1 da CRP que, dentro dos direitos, liberdades e garantias pessoais, se encontra protegido como corolário do próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Este direito, cumprindo o estipulado no n.º 2 do mencionado artigo, merece, para além de uma tutela supra constitucional que desenvolveremos mais adiante, uma tutela constitucional e infraconstitucional concreta constituída pelas exigidas garantias de que a obtenção e utilização de informações relativas às pessoas e famílias não poderão ser feitas de forma abusiva, isto é sem autorização, e por forma que firam de algum modo a dignidade humana. Ou seja, o Estado não só não pode violar o direito em questão, como está obrigado a criar mecanismos que impeçam a violação do mesmo.³²

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA³³ acrescentam ainda, quanto à análise deste preceito, que esta deve ser feita também com base em dois direitos menores que brotam do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar: o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar; e o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem (cfr. a proteção do art. 80.º do CC)³⁴.

Também diretamente afetado pelo regime das escutas telefónicas encontramos obviamente o direito à inviolabilidade das comunicações³⁵ consagrado no art. 34.º da CRP. No entanto, como já apontámos *supra*, fazemos novamente referencia o facto de no próprio n.º 4 do artigo em questão, o legislador constituinte fazer expressamente a ressalva de que será possível uma restrição desta proibição “*nos casos previstos na lei em matéria de processo*

³² GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA enunciam a título exemplificativo “*alguns outros direitos fundamentais que funcionam como garantias deste: é o caso do direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (art. 34.º), da proibição de tratamento informático de dados referentes à vida privada (art. 35.º - 3). Instrumentos jurídicos privilegiados de garantia deste direito são igualmente o sigilo profissional e o dever de reserva das cartas confidenciais e demais papéis pessoais (cfr. CCivil, arts. 75.º a 78.º)*”, in *ob. cit.*, pp. 467 e 468;

³³ *Idem, Ibidem*, p. 467;

³⁴ O dever de segredo das pessoas que têm acesso às conversas e comunicações no âmbito de um processo penal encontra-se expresso no art. 188.º, n.º 6 do CPP;

³⁵ Pensamos que o direito à inviolabilidade das comunicações previsto na CRP no art. 34.º deve abarcar o conteúdo do art. 189.º do CPP. Este direito e a sua proteção constitucional abrangem também, em nossa humilde opinião, a extensão consagrada quanto “*às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone*”;

criminal”, pois, sendo este, entre outros, um direito inviolável, a sua natureza pede, dentro do possível, a limitação do máximo de restrições que sejam possíveis efetuar. Procura pois, o legislador constituinte, pressupostos bastante vinculados para a consagração do seu regime, como o são o atual catálogo que expõe taxativamente os crimes passíveis de investigação através de escutas telefônicas (187.º, n.º 1 CPP), assim como o catálogo de sujeitos a quem as respetivas comunicações podem ser interceptadas (art. 187.º, n.º 4 CPP).³⁶

Finalmente, elevado a direito fundamental na revisão constitucional de 1989, apontamos ainda como possivelmente (e casualmente) afetado pelo regime das escutas telefônicas consagrado no CPP, o direito à palavra, previsto também na listagem de direitos pessoais presente no art. 26.º, n.º 1 da CRP. Este direito considera-se “*paralelo ao direito à imagem e implica a proibição de escuta e/ou gravação de conversas privadas sem consentimento ou de qualquer deformação ou utilização “enviesada” (através de montagem, manipulação e inserção das palavras em contextos radicalmente diversos, etc.) das palavras de uma pessoa.*”^{37/38}. A doutrina indica geralmente que este direito se desdobra em 3 outros: direito à voz, considerando-se esta como “atributo de personalidade”; direito às “palavras ditas”, pretendendo-se garantir a autenticidade e o rigor da reprodução nos termos e com o sentido em que o discurso foi proferido; e direito ao auditório, pois o transmissor da palavra tem o direito de decidir a quem é transmitida a sua palavra.³⁹

No entanto, este leque de direitos fundamentais afetados pelo regime legal das escutas telefônicas, não se esgota aqui. Outros direitos há, que ainda que não imediata e diretamente afetados pela simples existência do regime de interceção às comunicações, podem ser afetados indiretamente, diga-se *a posteriori*, com a realização das diligências em questão, como é o caso v. g. do direito à honra, também no seu âmbito de direito à reputação e ao bom nome.

³⁶ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 540;

³⁷ *Idem, Ibidem*, p. 467;

³⁸ Ou, nas palavras de RUI MEDEIROS e ANTÓNIO CORTÊS no comentário ao art. 26.º in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, p. 618, “*O direito à palavra implica a salvaguarda da “integridade de uma esfera privada” de comunicação verbal, através da garantia da “confidencialidade das palavras não publicamente divulgadas”, ainda que essas palavras não se refiram à intimidade da vida pessoal ou familiar. O direito à palavra pode, até certo ponto, considerar-se parte de um direito a que não sejam registados, divulgados ou, por qualquer forma, utilizados dados pessoais sem o consentimento da pessoa a quem tais dados se referem.*”;

³⁹ *Vide* GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 467 e MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *ob. cit.*, pp. 102 e 103;

A violação do direito à honra no âmbito das escutas telefônicas abarca um tipo de violação, que advém da danosidade social posterior à realização da própria diligência. Este direito ao bom nome e à reputação, vê-se, por vezes, violado pela publicação e divulgação na imprensa de trechos do conteúdo das interceções, como por exemplo, nos casos em que este tipo de divulgações empurra o sujeito objeto da notícia jornalística para um julgamento em “praça pública”, antes de sequer o ter sido em tribunal. Em contrapartida, e demonstrando a gravidade da violação deste direito, o CP dá ao ofendido, como limite a outros direitos consagrados, designadamente os direitos de liberdade de informação e de imprensa, o direito de se defender da interceção ilegal na esfera dos seus direitos, através de competente reparação.

Ora, todo o supra consideramos de extrema relevância para o objeto do nosso estudo do regime da divulgação do conteúdo das escutas telefônicas pelos órgãos de comunicação social, e que, como observamos pelo adiantado *supra*, “*no contexto constitucional português, os direitos em colisão devem considerar-se como princípios susceptíveis de ponderação ou balanceamento em casos concretos, afastando-se qualquer ideia de supra ou infravaloração abstracta.*”⁴⁰. Pelo que, voltaremos a enuncia-los e procederemos sobre os mesmos a uma mais profunda e concreta análise, quando descortinado concretamente o art. 88.º, n.º 4 do CPP.

§ 4. Enquadramento Internacional e Europeu

§ 4.1. Enquadramento no Direito Internacional

A DUDH proclamada a 10 de Dezembro de 1948 pela ONU, pretendeu, após uma sequência de guerras e massacres a nível mundial, instaurar a paz acima de tudo, com o reconhecimento universal da dignidade humana e com a imposição do respeito pelo leque inviolável de direitos e liberdades de todo e qualquer cidadão. Esta, como documento constitutivo da ONU e pela sua tradição histórico-jurídica, é parte integrante da nossa ordem jurídica, nos termos previstos no art. 8.º da CRP, assim como toda a base jurídica internacional que enunciaremos de seguida.

A DUDH, entre os princípios mais basilares da dignidade humana, como a liberdade desde a nascença (art. 3.º) ou a igualdade (art. 1.º), consagra também no seu art. 12.º que “*ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio*

⁴⁰ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob.cit.*, p. 466;

ou na sua correspondência⁴¹, nem ataques à sua honra e reputação.”, assim como, no seu art. 29.º, n.º 2 que “no exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.”. Observamos assim, que todos os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados e que mencionamos na nossa análise *supra*, se encontram igualmente protegidos a nível internacional⁴²; enfatizando este “duplo grau de protecção” a essencialidade do respeito pelos mesmos. Novamente nos apercebemos que também a DUDH trata também da colisão de direitos, sendo que, quanto a estas, e no que interessa para o nosso estudo do regime das escutas telefónicas e da sua conformidade e respeito pelo Direito Internacional, as “intromissões” poderão ser aceitáveis, desde que nunca “arbitrárias”, mas sempre de acordo com as “limitações estabelecidas pela lei”.

O PIDCP⁴³, aprovado a 16 de Dezembro de 1966, em Nova Iorque, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, consagra *ab initio*, no art. 17.º, tanto o direito ao respeito pela vida privada e familiar e pela honra e reputação, como o próprio direito à inviolabilidade da correspondência, nos seguintes termos: “Ninguém será objeto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e à sua reputação.” Mais uma vez, encontramos a protecção destes direitos limitada a uma cláusula de não arbitrariedade e de legalidade, sendo expressamente prevista a possibilidade de uma intromissão nos mesmos, desde que obediente à lei e aos princípios que regem a investigação criminal.

A Lei de Cooperação Judiciária em matéria penal (doravante “LCJIMP”) foi aprovada pela Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, tendo sofrido a sua última alteração no ano de 2009. No entanto, de maior relevo para a matéria em estudo foi o aditamento efetuado pela Lei n.º

⁴¹ Entenda-se “correspondência” em sentido lato;

⁴² O “direito à palavra”, como vamos observar, não é na maior parte dos diplomas internacionais e europeus tratado como independente, mas ainda assim, sempre inerente à liberdade de expressão, que no caso da DUDH se encontra consagrada no art. 19.º; no PIDCP no art. 18.º; na CEDH no art. 10.º;

⁴³ Sobre o contexto em que surgiu o PIDCP *vide*, CÁRMEN RODRÍGUEZ RUBIO, «La eficacia de las resoluciones del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas», acessível em <http://hdl.handle.net/10115/4546>;

104/2001, de 25 de Agosto, por ter acrescentado à LCJIMP o art. 160.º-C, que tem por conteúdo, como a epígrafe indica, a regulamentação da cooperação judiciária no âmbito da interceção de telecomunicações. Nestes termos, podem ser autorizadas escutas telefónicas a pedido de autoridades estrangeiras, desde que expressamente previstas em acordo, tratado, ou convenção internacional, e desde que a situação a que estas se vão aplicar esteja prevista no catálogo de admissibilidade do nosso CPP, de forma que se aplicariam em caso nacional semelhante. Para a receção dos pedidos é competente a PJ e a autorização será dada pelo JIC da comarca de Lisboa. O despacho do juiz deve conter a autorização para a transmissão imediata do conteúdo da interceção para o Estado requerente, nos termos em que indicar o acordo, tratado ou convenção internacional, com base no qual as escutas são requeridas.

No art. 146.º somos confrontados novamente pela soberania dos direitos fundamentais face a qualquer diligência em processo penal, seja de cooperação internacional ou não. Neste preceito, é dada a possibilidade a que o auxílio prestado pelo Estado estrangeiro em cooperação, possa até, ser prestado em conformidade com a legislação desse Estado, se tal for possível através do acordo, tratado ou convenção internacional que permita a cooperação. No entanto, nunca o auxílio poderá ameaçar os princípios fundamentais do Estado português ou causar quaisquer prejuízos graves aos intervenientes no processo, podendo, nestas situações, o Estado português negar o seu auxílio.

Concluimos pois, que em matéria de cooperação internacional é princípio fundamental que os deveres inerentes aos procedimentos de interceção nas comunicações impostos pelo CPP se mantenham obrigatoriamente.

Finalmente, no que toca ao enquadramento internacional do regime do nosso CPP das escutas telefónicas, remetemos ainda para a Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional, ou “Convenção de Palermo”, de 15 de Novembro de 2000. Esta Convenção pretendeu promover a adoção conjunta das medidas necessárias pelos Estados participantes para, como o nome indica, lutar contra a criminalidade organizada, um pouco nos termos da LCJIMP, mas de carácter internacional e com foco neste tipo de criminalidade estruturada. O seu art. 20.º n.º 2, indica, como presente em todos os elementos *supra* referidos, novamente, a imperatividade da obediência constante ao primado dos direitos fundamentais e da legalidade nacional: *“Para efeitos de investigação sobre as infracções previstas na presente Convenção, os Estados Partes são encorajados a celebrar, se necessário, acordos bilaterais ou multilaterais apropriados para recorrer às técnicas especiais de*

investigação, no âmbito da cooperação internacional. Estes acordos serão celebrados e aplicados sem prejuízo do princípio da igualdade soberana dos Estados e serão executados em estrita conformidade com as disposições neles contidas.”.

§ 4.2. Enquadramento no Direito Europeu

A CEDH, cujo subtítulo é exactamente “Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”, foi elaborada em Roma, em 4 de Novembro de 1950, tendo-lhe sido acrescentados posteriormente, cinco protocolos adicionais.

O direito à inviolabilidade da correspondência⁴⁴ e da reserva da vida privada e familiar encontra-se consagrado no artigo 8.º, nos seguintes termos: “1- *Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2- Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, para a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.”.*

Com a CDFUE, a UE pretendeu, em Junho de 1999, aumentar ainda mais a concretização e visibilidade dos direitos fundamentais na União, sendo que, com o Tratado de Lisboa, em Dezembro de 2009, lhe foi concedido efeito jurídico vinculativo, à semelhança dos Tratados. Veja-se que a Carta não implica a não aplicação da CEDH pela UE, antes pelo contrário. O que a Carta pretende é que os direitos que já se encontravam consagrados na CEDH se encontrem igualmente consagrados na CDFUE, devendo todos estes direitos fundamentais ser interpretados e aplicados no âmbito e nos limites impostos pela CEDH. Pois, o intuito da CDFUE é exactamente de reiteração da imposição geral de respeito pelos direitos fundamentais aos órgãos e instituições da UE, e aos Estados-Membros, quando estes aplicam o direito da União.

A CDFUE reafirma o direito à vida privada e familiar e ao respeito pelas comunicações no seu art. 7.º, sendo mais concreta no seu art. 8.º no que toca particularmente à divulgação de dados pessoais, estipulando que “1. *Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de*

⁴⁴ Entenda-se novamente de forma extensiva;

carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.”.

Ainda a nível de enquadramento do meio de obtenção de prova figura principal do nosso estudo, não poderemos olvidar a Convenção de Schengen, que, em conjunto com o prévio Acordo de Schengen, passou a integrar o quadro institucional e jurídico da UE em 1999. A Convenção de Schengen, a par e passo com o já previamente analisado enquadramento internacional, estipula, no seu art. 39.º, a cooperação policial para efeitos de prevenção e investigação criminal. Esta dá especial relevo ao papel dos regimes internos, fazendo referência ao facto de que, se determinada autoridade for responsável por determinada autorização de meio de obtenção de prova, como é o caso das escutas telefónicas que carecem de autorização judicial nos termos do art. 187.º, n.º 1 do CPP, serão estas autoridades que, mesmo em regime de colaboração e auxílio com Estados estrangeiros, deverão autorizar as diligências em questão.

Finalmente, referimos, a Convenção Europeia do Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, aprovada em Bruxelas a 29 de Maio de 2000. Esta concretiza nos seus artigos 17.º a 22.º (bastante mais pormenorizadamente que nas anteriores), os termos concretos em que se processa uma cooperação entre dois Estados-Membros diferentes aquando e durante um auxílio cooperativo que tenha por base uma interceção nas telecomunicações, nomeadamente, as formalidades e as regras de acordo com as quais cada Estado deve atuar. Os preceitos indicados, referem em variadas ocasiões “*nos termos do seu direito nacional*”, o que demonstra, novamente, a preocupação com a reafirmação da soberania de cada Estado dentro destes aparelhos de cooperação a nível Europeu, sendo que, nada deverá ser feito por um Estado, ainda que disposto a nível da UE, se tal atuação puder pôr em causa os seus princípios fundamentais e regimes jurídicos.

CAPÍTULO II

DA COMUNICAÇÃO SOCIAL

§ 5. Os Media e as Leis Portuguesas

§ 5.1. A notificação do crime em Portugal

Até à instauração do regime democrático em Portugal, no ano de 1974, o crime era já objeto de divulgação pela comunicação social, no entanto, dadas as instruções impostas pelos Serviços de Censura, as notícias relacionadas com a criminalidade eram publicadas de forma subtil e sem grandes pormenores, essencialmente com o intuito de evitar o choque na sociedade e o não levantamento de tomadas de posição ou comentários impróprios, de acordo com o regime vigente. Deste modo, as fontes informacionais dos media da época restringiam-se, na sua maioria, às autoridades policiais, culminando num destaque para a divulgação de crimes menores, sendo que os mais graves eram noticiados o mais sucintamente possível, e, obviamente, tudo o que era criminalidade que envolvia personalidades da vida política e social era objeto de censura.

Nos anos imediatamente subsequentes à denominada “Revolução de Abril”, com o excepcional relevo dado nesse tempo à notificação das novidades dos acontecimentos políticos e sociais, o crime não foi imediatamente alvo de grande destaque, sendo que, ainda assim, foi notória uma já divulgação de crimes graves descritos e demonstrados com mais pormenor, nomeadamente, quando o factor criminalidade era analisado do ponto de vista das condições sociais geradoras deste fenómeno e como incentivo à intervenção do Estado.

Foi a partir da década de 80, com o serenar dos iniciais agitados anos da democracia, que surgiram os primeiros jornais populistas (os denominados *tablóides*) e com eles se deu um *boom* na divulgação da criminalidade, nomeadamente, da criminalidade violenta, tanto nesses mesmos jornais, como nos media em geral. Ainda assim, só com a entrada em vigor da Lei da Televisão em 1989, que consagrou o fim do monopólio estatal da televisão, tendo passado a ser possível o exercício da actividade televisiva por entidades privadas, é que se deu uma verdadeira evolução na notificação da criminalidade em Portugal. Pretendendo cada órgão de comunicação social a conquista dos melhores resultados na concorrência de audiências, deu-se um crescimento exponencial do fenómeno de divulgação de todo e qualquer tipo de criminalidade, de forma constante e bem pormenorizada, com o intuito de cativar o público espectador na sua generalidade e de forma a prender a sua atenção. Quanto mais grave o crime,

mais o público seria cativado pelo choque e curiosidade, ainda para mais, se o crime em questão envolvesse figuras públicas.⁴⁵

Atualmente, com o passar dos anos e desde então, esta febre pela notícia do crime não diminuiu, pelo contrário. Hoje em dia, rarissimo será o dia em que um jornal, uma estação de rádio ou um canal televisivo, não publique a ocorrência de algum tipo de crime. Os órgãos de comunicação social, para além do incentivo de ultrapassar as audiências da concorrência, sentem hoje um verdadeiro dever em serem os “*verdadeiros transmissores da realidade*” do nosso país e do mundo, tendo-se apercebido do seu poder e influência junto dos cidadãos e dos próprios órgãos de poder estatais, sendo por determinados autores considerados como “*fontes informais*” de direito penal e processual penal.

Foi pois, nesta envolvente um tanto ou quanto sufocante, que o legislador da revisão do CPP de 2007 decidiu actuar. Por estes motivos, a maioria da doutrina entende que o legislador se deixou também influenciar pelo ativo papel dos media no âmbito do direito criminal da época, tendo sob esta influência inserido no CPP, entre outros, o artigo 88.º, n.º 4, como tentativa de balizar a actuação dos órgãos de comunicação social no processo penal, aqui, proibindo e penalizando a divulgação do conteúdo de escutas telefónicas.

§ 5.2. Os direitos e deveres dos jornalistas

§ 5.2.1. Enquadramento jurídico-constitucional

Pilar essencial do regime jurídico da informação e da actuação dos jornalistas, mas, acima de tudo, direito integrante do leque dos essenciais e invioláveis direitos fundamentais de natureza pessoal e base do regime político democrático, é o consagrado no artigo 37.º da CRP – o direito à liberdade de expressão e à liberdade de informação.

Estes dois direitos, embora consagrados num só preceito, e ainda que concorrentes, são distintos. O direito de expressão consagra “*o direito de não ser impedido de exprimir-se e de divulgar ideias e opiniões*”^{46/47}, assim como de “*ter acesso aos meios de expressão*”⁴⁸, sendo a

⁴⁵ Para mais desenvolvimentos, vide SARA PINA – *Media e Leis Penais*, 2009, pp. 185, ss;

⁴⁶ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob.cit.*, p. 572;

⁴⁷ Igualmente consagrado a nível supra constitucional, e.g. no art. 19º da DUDH;

⁴⁸ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob.cit.*, p. 253;

consagração constitucional deste direito da maior relevância em face da anterior censura que vigorava no nosso país e sendo atualmente pacífico que “*sem a liberdade de expressão do pensamento atinge-se não apenas o pensamento, mas também e imediatamente a dignidade da pessoa humana (artigo 1.º) e o desenvolvimento da personalidade (art. 26.º, n.º 1)*”⁴⁹. Já o direito de informar, desdobra-se em três vertentes: “de informar”, “de se informar” e “de ser informado”, ou seja, direito à “*difusão sem impedimentos*”⁵⁰, à “*liberdade de escolha de informação e de fontes de informação*”⁵¹ e; “*a ser mantido adequadamente e verdadeiramente informado*”^{52/53}.

Logo de seguida, no artigo 38.º da CRP, o legislador constituinte consagrou, concretamente direcionado para os veículos de expressão e informação, o direito à liberdade de imprensa e meios de comunicação social. “*A liberdade de imprensa começou por ser, tal como as demais liberdades, uma “liberdade-resistência” contra os poderes públicos. (...) Hoje a liberdade de imprensa, sem deixar de ser um direito de defesa perante os poderes públicos, passou também a garantia constitucional da livre formação da opinião pública num Estado constitucional democrático.*”⁵⁴ Este direito engloba uma multiplicidade de outros direitos e liberdades, desdobrando-se num leque imenso, que nos será impossível expor aqui de forma exaustiva, mas, que analisaremos de seguida sucintamente⁵⁵.

O direito à liberdade de imprensa encontra-se, sem mais, consagrado no n.º 1 do art. 38.º da CRP, como verdadeira garantia constitucional, apresentando-se a liberdade de comunicação social como “*necessariamente, institucional, porquanto pressupõe organização (e organização de empresa), ainda que dependa sempre da actividade de pessoas individualmente consideradas (os jornalistas, os colaboradores, e até os leitores, os ouvintes e os espectadores)*”⁵⁶.

⁴⁹ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, p. 618, comentário de JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO;

⁵⁰ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob.cit.*, p. 253;

⁵¹ *Idem, Ibidem*, p. 253;

⁵² *Idem, Ibidem*, p. 253;

⁵³ Para maiores desenvolvimentos sobre o conteúdo e vertentes que abarcam este direito, vide JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, pp. 844 a 859, comentário de JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO;

⁵⁴ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob.cit.*, p. 581;

⁵⁵ Para um maior desenvolvimento e mais profunda perceção do vasto âmbito e conteúdo deste art. 38.º, vide JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, pp. 860 a 874, comentário de JORGE MIRANDA;

⁵⁶ *Idem, Ibidem*, p. 864, comentário de JORGE MIRANDA;

Em jeito de desdobramento desta garantia, encontramos também constitucionalmente protegidos, o direito à liberdade de expressão e criação dos jornalistas (n.º 2, al. a), 1ª parte e art. 7.º do Estatuto dos Jornalistas⁵⁷⁾^{58/59} e o direito de intervirem na orientação editorial do órgão de informação em que trabalham (n.º 2, al. a), 2ª parte do art. 38.º da CRP, bem como art. 13º, n.º 1 do EJ).

Outro direito dos jornalistas consagrado de forma expressa na Constituição é o direito de acesso às fontes de informação (n.º 2, al. b), 1ª parte e art. 8.º EJ), imediatamente conexo com o direito à protecção do sigilo profissional (art. 11.º do EJ), que consiste, de acordo com a jurisprudência do TEDH⁶⁰, na “*garantia de não ser prejudicado ou lesado por não revelar as fontes de informação.*”. Esta vertente do direito da liberdade de imprensa é uma das que mais colide com o Direito Penal, levantando alguns problemas, nomeadamente, quando em confronto com o segredo de justiça e com o respeito pelos fundamentais princípios do processo, e.g. contraditório, direitos de defesa das partes, designadamente do arguido; direitos estes, como já vimos anteriormente, de carácter fundamental e também constitucionalmente consagrados. Nesta mesma alínea b) (assim como nos arts. 3º e 12.º do EJ⁶¹) encontramos igualmente previsto o direito à protecção da independência profissional dos jornalistas, que consiste, acima de tudo, na incompatibilidade desta profissão com algumas outras, designadamente, com actividades em cargos através dos quais se defendam interesses conflitantes com o exercício desta, i.a. cargos políticos.

⁵⁷ Constante da Lei n.º 1/99 de 13 de Janeiro;

⁵⁸ “*O primeiro destes direitos consubstancia a chamada liberdade interna de imprensa, em sentido estrito, que suscita o problema da conciliação da liberdade de expressão do jornalista com o direito de propriedade e com a responsabilidade civil e pessoal do director de um jornal (ou de outro órgão de comunicação); isso coloca a questão da conciliação da orientação editorial dos órgãos de informação com a liberdade de expressão dos jornalistas.*”, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, p. 582;

⁵⁹ “*O mesmo não sucede em relação às estações de radiodifusão sonora e televisão*”, que, consoante o n.º 7 do art. 38.º da CRP, “*estão sujeitas a um regime de licença, mediante concurso entre os interessados, que exige alvará, precedido de concurso, para o exercício da actividade. (...) Mas esta restrição no acesso às actividades de radiodifusão e de radiotelevisão deve entender-se aplicável somente às emissões que utilizam o espectro radioeléctrico – que é um bem público escasso –, não havendo justificação para ela no caso das emissões por cabo, onde tal condicionalismo é bem menos constrangedor.*”, *Idem, Ibidem*, p. 591;

⁶⁰ Cfr. Acs. TEDH *Goodwin*, de 27-03-96, e *Roeman e Schmidt*, de 25-02-2003, sobre a protecção das fontes jornalísticas;

⁶¹ Na sua versão da Lei n.º 64/2007, de 6 de Novembro;

Finalmente, ainda no n.º 2, encontramos consagrado na sua alínea c), como elemento essencial da liberdade de imprensa, o direito à liberdade de criação de jornais ou de quaisquer outras publicações, onde se estabelece uma proibição expressa a formas de limitação através de “*autorização administrativa, caução, ou habilitações prévias*”. Mas nem tudo são direitos, os jornalistas estão igualmente sujeitos ao cumprimento de uma panóplia de deveres expressamente previstos no art. 14.º do EJ.

Ainda assim, o *supra* exposto quanto à liberdade de fundação de jornais ou outras publicações, não implica o não estabelecimento legal de requisitos para a titularidade de órgãos de comunicação social, nem de limites ao seu número. O n.º 4 do art. 38.º impõe um princípio de especialidade para a propriedade de órgãos de comunicação social, sendo este um direito somente disponível para empresas jornalísticas específicas, sujeitas às imposições do n.º 3, designadamente, à publicidade da sua titularidade e dos seus meios de financiamento (princípio da transparência), também previsto no art. 5.º, n.º 2 e no 16.º, n.º 1 da Lei da Imprensa para as empresas constituídas sob a forma de sociedades anónimas, assim como à imposição constante no n.º 4 *in fine* de um princípio de pluralismo, através do qual se exige, antes de mais, a comunicação de transferência de acções, interditando-se qualquer acto tendente à aquisição de posições dominantes no mercado. Igual exigência constitucionalmente consagrada no n.º 4, 1ª parte, é a independência perante o poder político, nomeadamente, perante o Governo e respetivos órgãos executivos, assim como é igual exigência a independência perante o poder económico (2ª parte).

Mas, o art. 38.º da CRP, não se esgota em directivas dirigidas aos jornalistas e aos órgãos de comunicação social. O próprio Estado é também objecto de certas exigências neste âmbito, por forma a garantir o seu bom e justo funcionamento. Designadamente, é uma obrigação estadual a de impedir a concentração dos media. Ou seja, a obrigação de garantir a não concentração horizontal, que consiste, por exemplo a nível televisivo, na existência de uma multiplicidade de canais de um só grupo mediático em detrimento de outros; a obrigação de garantir a igual inexistência de concentração vertical, i.e. na união de várias produtoras e grupos para um determinado resultado final, e.g. o caso da TVI em conjunto com a Plural na produção de telenovelas; assim como, a obrigação de garantir a inexistência de concentração diagonal, que se trata, essencialmente, de casos em que um só grupo mediático é titular de uma variedade de tipos de media (televisão, rádio, jornal, etc.), em detrimento de outros grupos mediáticos.

É igual dever do Estado, o de apoiar as empresas jornalísticas. Obviamente, sempre de modo imparcial e objectivo (n.º 4 do art. 38.º), pelo que, “*a liberdade de imprensa já não é apenas liberdade perante o Estado; é também liberdade através do Estado.*”⁶²

Finalmente, a última garantia constitucionalmente consagrada para a concretização da liberdade de imprensa é a obrigatoriedade de existência e funcionamento de um serviço público de rádio e televisão, como indicado no n.º 5 do art. 38.º, ou seja, não submetidos a interesses económicos ou a orientações doutrinárias particulares. Assim, encontra-se garantida a permanente existência de comunicação social, pela proibição de abolição ou aniquilação deste sector público, que é regulamentado por um estatuto especial com obrigações concretas.

No que toca às principais obrigações deste sector da comunicação social encontram-se igualmente constitucionalmente consagradas e dividem-se nas duas principais exigências previstas no n.º 6 do art. 38.º da CRP: exigência de independência perante o Governo, a Administração e os demais poderes públicos; e a exigência de um pluralismo ideológico, que se traduz, essencialmente, na existência de “*diversas correntes de opinião*”. Ainda assim, mesmo com a existência deste sector público de rádio e televisão, nada obsta a que o Estado contratualize com estações privadas dependentes de licenciamento público determinadas obrigações de serviço público, desde que proporcionadas e justificadas, como é o caso do tempo de antena em época de eleições, especificadamente previsto no art. 40.º, n.º 3 da CRP⁶³.

O controlo de todos estes deveres e obrigações cabe à autoridade reguladora do sector da comunicação social, a Entidade Reguladora da Comunicação Social (ERCS), cuja criação e principais exigências se encontram constitucionalmente previstas no artigo 39.º da CRP⁶⁴. Com relação ao objecto do nosso estudo, salientamos a obrigação constante da alínea d) do n.º 1 do art. 38.º da CRP, que estipula, que cabe a esta entidade assegurar o “*respeito pelos direitos liberdades e garantias pessoais*”⁶⁵. Pois, como muito bem explica GOMES CANOTILHO, “*os meios de comunicação social são hoje um incontornável fenómeno do poder fáctico, do ponto*

⁶² GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob.cit.*, p. 586;

⁶³ Sobre o direito de antena, os seus titulares, a sua abrangência, diferenças entre direito de antena geral e direito de antena eleitoral, direito de resposta, vide JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, pp. 886 a 889, comentário de JORGE MIRANDA e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO;

⁶⁴ Para maiores desenvolvimentos, vide *Idem, Ibidem*, pp. 875 a 880, comentário de JORGE MIRANDA e JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO;

⁶⁵ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob.cit.*, p. 591;

*de vista económico, político e ideológico. A par da sua função de expressão da liberdade de opinião de informação, eles podem também ser um instrumento de violação de direitos fundamentais, nomeadamente os direitos ao bom nome e reputação, à privacidade, à imagem e à palavra, bem como de condicionamento do debate democrático e de campanhas de pressão ilegítima sobre os órgãos de poder político*⁶⁶. Pelo que “os meios de comunicação social não são somente titulares e beneficiários de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (nomeadamente a liberdade de imprensa), mas também destinatários obrigados ao respeito dos direitos fundamentais de terceiros, como fenómeno típico da relevância dos direitos fundamentais contra poderes privados”⁶⁷.

§ 5.2.2. Enquadramento Europeu e Internacional

Ao nível europeu e internacional, de acordo com a exposição feita no capítulo anterior relativamente ao regime das escutas telefónicas, faremos também, de seguida, uma sucinta análise da idêntica forte presença dos direitos da comunicação social e dos jornalistas nas bases legais supraconstitucionais, conferindo-lhes esta posição uma semelhante protecção que a desenvolvida anteriormente, relativamente aos direitos supra identificados e nos exactos mesmos termos.

A nível internacional, a DUDH consagra no seu artigo 19.º que “*todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.*”. No PIDCP, também no seu art. 19.º se encontram consagrados o direito à liberdade de expressão e opinião, em termos semelhantes ao artigo com o mesmo número da DUDH. No entanto, este documento apresenta já a particularidade de prever um regime regra a aplicar em caso de necessárias restrições.⁶⁸

⁶⁶ *Idem, Ibidem*, p. 591;

⁶⁷ *Idem, Ibidem*, p. 591;

⁶⁸ Conteúdo do art. 19.º do PIDCP:

“1. *Ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões.*

2. *Toda e qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão; este direito compreende a liberdade de procurar, receber e expandir informações e ideias de toda a espécie, sem consideração de fronteiras, sob forma oral ou escrita, impressa ou artística, ou por qualquer outro meio à sua escolha;*

A nível europeu, a CEDH, prevê em concreto, no seu art. 10.º, o direito à liberdade de expressão. Este encontra-se consagrado do seguinte modo: “1- *Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2- O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.*” Verificamos assim, que, ainda mais do que no PIDCP, a CEDH prevê verdadeiras situações em que se poderão ter de ponderar restrições ao direito à liberdade de expressão em detrimento de outros direitos considerados mais importantes num determinado momento. Estas situações encontram-se previstas, deste modo, num modelo genérico, sendo que terão sempre de ser verificadas e ponderadas de acordo com a factualidade de cada caso em concreto.

Finalmente, a CDFUE, bastante mais sucintamente, reafirma o direito à liberdade de expressão no seu art. 11.º, estipulando que “1. *Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras. 2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social.*”.

§ 5.2.3. A intervenção dos meios de comunicação social no Processo Penal

3. *O exercício das liberdades previstas no parágrafo 2 do presente artigo comporta deveres e responsabilidades especiais. Pode, em consequência, ser submetido a certas restrições, que devem, todavia, ser expressamente fixadas na lei e que são necessárias:*

a) *Ao respeito dos direitos ou da reputação de outrem;*

b) *À salvaguarda da segurança nacional, da ordem pública, da saúde e da moralidade públicas.”;*

Vasto é o leque que engloba as possíveis formas de intervenção dos órgãos de comunicação social no Processo Penal. Desde intervenções legítimas, até à publicação insistente de todo e qualquer pormenor ou desenvolvimento de um caso concreto, que pode mesmo envolver um almanaque de especulações. Vejamos os principais casos em que pode consistir a intervenção dos *Media* no Processo Penal na atualidade.

Um dos direitos dos jornalistas que pode fazer frente ao normal curso do processo penal é o direito destes ao sigilo profissional que se encontra previsto no art. 11.º do EJ. O âmbito deste direito permite aos jornalistas não revelar as suas fontes de informação, sem qualquer tipo de sanção (n.º 1). Assim, em depoimento, os jornalistas devem, sob pena de nulidade, ser informados do conteúdo e extensão do direito de que são titulares (n.º 2), podendo ser ordenada a revelação das fontes nos termos do art. 135.º do CPP, devendo, ainda assim, o tribunal “*especificar o âmbito dos factos sobre os quais o jornalista está obrigado a prestar depoimento*” (n.º 3). No que às buscas em órgãos de comunicação social diz respeito, assim como no que toca ao tratamento do material apreendido, este meio de obtenção de prova encontra-se igualmente balizado por determinadas especificidades para estas entidades, no art. 11.º do EJ, n.ºs 6, 7 e 8.

Por outro lado, com a Reforma de 2007, a regra no que toca ao segredo de justiça passou a ser a da publicidade, pelo que o processo penal é público, nos termos do art. 86.º do CPP. Ou seja, a regra é a da publicidade desde o inquérito até à fase do julgamento. Certos autores têm vindo a invocar a inconstitucionalidade desta regra da publicidade, nomeadamente da publicidade interna, como defende por exemplo PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE⁶⁹. Assim, se o segredo de justiça for requerido pelos sujeitos processuais, cabe ao JIC, nos termos do art. 86.º, n.º 2 do CPP, a decisão final quanto ao seu decretamento, mas se o requerimento for efectuado pelo MP, relega-se para o JIC apenas a respectiva validação (n.º 3). Pelo que, se nestes termos não for decretado o segredo de justiça durante a fase de inquérito, esta fase processual é agora pública por princípio, o que significa que, nos termos do artigo 87.º do CPP, a assistência à generalidade dos actos processuais é também, por regra, aberta ao público.

No seguimento do regime da publicidade dos atos processuais, o legislador consagrou no art. 88.º do CPP um regime específico, que determina os termos em que esta regra da

⁶⁹ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *ob.cit.*, p. 261, ss;

publicidade se aplica aos órgãos de comunicação social. Ora, de acordo com o anteriormente estipulado, não estando o segredo imposto, qualquer pessoa pode assistir aos actos processuais, na sua generalidade. Pelo que, não poderia ser de forma diferente estipulado para os meios de comunicação social. Nestes termos, sendo permitida a assistência ao público num acto processual concreto ou não se encontrando determinado acto processual coberto por segredo de justiça, pode este ser circunstanciadamente narrado pelos jornalistas. Ainda assim, mesmo não se encontrando um processo em segredo de justiça, a lei estipula quatro casos em que a actividade dos jornalistas será, independentemente e autonomamente, incriminada: os meios de comunicação social não podem reproduzir peças processuais ou documentos processuais até à leitura da sentença da primeira instância; os meios de comunicação social só podem transmitir ou registar o som e a imagem do acto processual com autorização da autoridade judiciária e dos participantes no acto processual; os meios de comunicação social não podem publicitar a identidade civil das vítimas dos crimes elencados no art. 88.º, n.º 2, al. c) do CPP; e, finalmente, os meios de comunicação social não podem publicar o conteúdo de escutas telefónicas interceptadas durante um processo, seja por que meio for, sem o consentimento dos escutados; incriminação em foco no nosso trabalho e que aprofundaremos de seguida.

CAPÍTULO III

DA INCRIMINAÇÃO DA PUBLICAÇÃO DO CONTEÚDO DAS ESCUTAS TELEFÓNICAS

Analisado o regime das escutas telefónicas e dos direitos que a existência deste meio de obtenção de prova põe em causa, assim como a importância e o significado da comunicação social e das garantias e direitos a esta associados para a o Estado democrático português, o nosso estudo culmina num ponto concreto do Processo Penal em que se verifica um confronto directo entre os direitos anteriormente analisados: a incriminação constante do art. 88.º, n.º 4 do CPP, que abrange a “*publicação, por qualquer meio, de conversações ou comunicações interceptadas*”.

Esta incriminação foi adicionada *ex novo* ao CPP aquando da sua revisão em 2007, tendo sido commumente indicado pela doutrina que a razão pela qual o legislador adicionou este preceito ao CPP no momento em questão se deveu a influência das “*ondas de choque*

*provocadas pelo processo Casa Pia*⁷⁰ e das publicações num jornal diário de transcrições de interceções telefónicas relacionadas com esse processo. Se assim foi efetivamente, não sabemos. Mas, na nossa humilde opinião, que esta incriminação e o seu concreto conteúdo e contexto em que foi introduzida no CPP deixa grande margem para interpretações, temos de concordar.

§ 6. Do artigo 88.º, n.º 4 do CPP

§ 6.1. Análise formal

§ 6.1.1. Do conteúdo literal

O atual conteúdo do art. 88.º n.º 4 do CPP é composto pela seguinte redação:

“Não é permitida, sob pena de desobediência simples, a publicação, por qualquer meio, de conversações ou comunicações interceptadas no âmbito de um processo, salvo se não estiverem sujeitas a segredo de justiça e os intervenientes expressamente consentirem na publicação.”

Ora, desde logo se verifica a complexidade desnecessária do teor literal deste preceito.

Em primeiro lugar, veja-se que, só para descodificar a principal mensagem do artigo, é praticamente obrigatório “despir” o preceito de uma exorbitante quantidade de acessórios redondantes, i.e.:

“Não é permitida, sob pena de desobediência simples, a publicação, por qualquer meio, de conversações ou comunicações interceptadas no âmbito de um processo, salvo se não estiverem sujeitas a segredo de justiça e os intervenientes expressamente consentirem na publicação.”

Pelo *supra* se denota a formulação complicadíssima escolhida pelo legislador, quando a mensagem que pretendia transmitir era simples e óbvia.

Em segundo lugar, se um processo se encontra sob segredo de justiça, claro está, que as escutas incluídas no âmbito desse mesmo processo também se encontrarão. Ainda assim, como que para não existirem dúvidas, o legislador havia já consagrado no artigo 371.º do CP um

⁷⁰ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *“Bruscamente no Verão Passado” A Reforma do Código de Processo Penal*, 2009, p. 36;

verdadeiro crime de violação de segredo de justiça em que incrimina “*quem, (...), ilegitimamente der conhecimento, no todo ou em parte, do teor de acto de processo penal que se encontre coberto por segredo de justiça, ou a cujo decurso não for permitida a assistência do público em geral, ...*”.

Finalmente, e em terceiro lugar, porquê um novíssimo e autónomo número para esta incriminação, quando no existente nº 2, encontramos elencado, nas suas alíneas, outras actuações não autorizadas aos meios de comunicação social, “*sob pena de desobediência simples*”?⁷¹

Em resposta às questões por nós levantadas revelamos, antes de mais, que existindo o crime de violação de segredo de justiça especialmente previsto no artigo 371.º, a nova referência à incriminação da publicação do conteúdo das escutas em caso de segredo de justiça no texto do preceito sob análise é completamente escusada. Encontrando-se mais que claro, com a incriminação já existente, que sob o manto do segredo de justiça, nenhum ato processual, ou parte dele, pode ser publicado ou divulgado de forma ilegítima.

Nestes termos, consideramos que a única mensagem efectivamente nova a transmitir pelo art. 88.º, nº 4 do CPP, é a de que, mesmo em caso de publicidade do processo, é proibida a publicação de escutas telefónicas sem o consentimento expresso dos intervenientes.

Assim, de acordo com a redacção sugerida por MANUEL DA COSTA ANDRADE⁷² e como mencionado *supra*, concordamos que será completamente escusada a repetição da proibição de publicação em caso de segredo de justiça. A redacção que este autor sugere é a seguinte: “*Mesmo em caso de publicidade do processo é proibida e punida a publicação das escutas telefónicas sem consentimento expresso dos intervenientes.*”.

No seguimento das questões levantadas, retomamos a sugestão de elencar esta proibição na lista das incriminações já previamente previstas e punidas por desobediência simples no nº 2 do art. 88º do CPP, crime p. e p. no artigo 348.º, n.º 1, al. a) do CP. Somos da opinião de que é possível simplificar ainda mais a citada sugestão de redacção de MANUEL DA COSTA ANDRADE, sem perder o verdadeiro sentido da mensagem que o legislador pretende passar.

A nossa sugestão passa pois por, mantendo-se a existência deste preceito, pelo menos nem sequer mencionar o requisito da publicidade do processo. Cremos ainda que, sendo a

⁷¹ O mesmo se aplica quanto ao n.º 3 do mesmo preceito, mas não trataremos aqui, por se encontrar fora do âmbito do nosso estudo;

⁷² MANUEL DA COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 38;

estatuição da proibição a pena do crime de desobediência simples, tal como nas incriminações elencadas no n.º 2, este número poderia perfeitamente encontrar-se enquadrado na lei, como uma das alíneas do mesmo.

§ 6.1.2. Do consentimento do escutado

Como verificamos, um dos pontos chave para o preenchimento do âmbito de aplicação do artigo 88.º, n.º 4 do CPP, passa pelos intervenientes na comunicação não consentirem expressamente na sua publicação/divulgação.

A questão que se levanta é, neste seguimento, a de averiguar da efectiva necessidade da previsão expressa no preceito do consentimento do escutado como fundamento para a licitude do facto.

O consentimento do ofendido encontra-se previsto no artigo 38.º do CP, de forma autónoma, enquadrado no Capítulo III do CP, cuja epígrafe é “*causas que excluem a ilicitude e a culpa*”. Pelo que, verificamos que no âmbito do Direito Penal o consentimento é uma verdadeira causa de exclusão da ilicitude. Assim, como primeiro requisito para se considerar cumprido o consentimento em determinada situação, encontramos, no n.º 1 do artigo 38.º, a indicação de que este se tem de “*referir a interesses jurídicos livremente disponíveis*” e o facto em questão não pode “*ofender os bons costumes*”.

Em segundo lugar, como requisito de forma, enuncia o n.º 2 do preceito sob análise que o consentimento se pode exprimir sob qualquer forma, desde que, com ele, seja possível traduzir-se uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse protegido. Neste ponto, o art. 88.º, n.º 4 pede um consentimento exposto por parte dos intervenientes nas escutas a publicar.

Finalmente, impõe esta causa de justificação a idade mínima de 16 anos, para se aferir da capacidade do titular do interesse, nos termos do Direito Civil, em conjunto com a posse do discernimento necessário, para a tomada de decisão.

Ora, quanto ao primeiro requisito, tendo por objeto a publicação ou divulgação em questão, conversas que os próprios intervenientes tiveram, caberá certamente na disponibilidade de cada um deles consentir ou não na sua publicação, não ofendendo tais conteúdos, à partida, os bons costumes.

Quanto à idade e discernimento mínimo, pela clareza deste requisito, nada mais se revela digno de comentário.

Finalmente, o único requisito que poderia colidir com a aplicação a este caso do regime geral da causa de justificação do consentimento e poderia impor a necessidade de previsão expressa e autónoma do consentimento do ofendido no artigo 88.º, n.º 4, seria a indicação, de que o mesmo deve ser feito “*expressamente*”. No entanto, não sendo imposto na incriminação do CPP, por exemplo, o consentimento por escrito; somos da opinião que o adverbio de modo “*expressamente*”, nada mais traduz, do que a impossibilidade de se aplicar a este caso a causa de justificação constante do art. 39.º do CP do consentimento presumido, visto que, o consentimento tem de ser dado “*expressamente*”. Entendemos, deste modo, que a palavra “*expressamente*”, não implica maior exigência formal do que a estipulada para a causa de justificação prevista no artigo 38.º do CP.

Nestes termos, concluímos que para o regime do consentimento previsto na incriminação do CPP não é exigido, à partida, nenhum requisito diferente ou mais restrito do que os requisitos gerais do regime do consentimento do ofendido consagrados no artigo 38.º do CP. Pelo que, não consideramos ter carácter essencial a previsão expressa no texto do art. 88.º, n.º 4 do CPP, relativamente à necessidade do consentimento do escutado como fundamento para a exclusão da ilicitude do acto; visto que a esta incriminação se aplica, desde logo, o regime geral da exclusão da ilicitude através do consentimento do ofendido, consagrado no âmbito do Direito Penal.

§ 6.2. Análise material

§ 6.2.1. Da violação dos princípios basilares do Direito Penal

Como é do conhecimento geral, um dos princípios base do Direito Penal é o princípio da tipicidade, que se traduz na curriquireira frase, “*não há crime sem lei*”.

Ora, esta imposição da tipicidade dos crimes faz ressaltar imediatamente o fato de o Direito Penal ser um ramo de Direito em que, seja ao legislar *ex novo*, seja a aplicá-lo, se deve tomar o maior dos cuidados. Aliás, tanto o princípio da tipicidade, como o espírito da excepcionalidade da aplicação do Direito Penal encontram-se previstos na CRP como direitos

fundamentais, designadamente, no art. 29.º, assim como, também concretamente consagrados, no art. 1.º do CP.

Pelo que, como muito bem explica GERMANO MARQUES DA SILVA, “(...) *não há crime sem que uma lei descreva o comportamento passível de uma pena criminal (art. 1.º do CP) e a lei fá-lo de modo fragmentário, isto é, não tutela todos os interesses jurídicos, mas apenas alguns e mesmo os que tutela só o faz muitas vezes relativamente a certas formas de agressão. Torna-se por isso, necessária a selecção dos interesses penalmente tutelados e dos comportamentos que os ofendem ...*”⁷³. Ensinando no mesmo sentido MANUEL DA COSTA ANDRADE que “(...) *a criminalidade deve ser sempre o ponto de chegada de uma cuidada reflexão sobre a dignidade penal e a carência de tutela penal do facto*”⁷⁴.

Nestes termos, se o legislador constituinte não foi efectivamente capaz de se desprender das emoções e sobressaltos trazidos pelos então últimos acontecimentos jurídico-criminais, designadamente, o já mencionado Processo *Casa Pia*, e estes não lhe permitiram observar e solucionar os problemas com a esperada isenção, não resistindo ao “*primeiro impulso de responder com leis*”⁷⁵; então sim, poderemos estar perante o caso de uma norma efectivamente ferida de inconstitucionalidade nos termos do art. 18º, nº 2 da CRP, pela violação dos designados princípios fundamentais da dignidade penal e da carência penal do facto.

§ 6.2.2. Da motivação do legislador

Na Exposição de Motivos da Proposta de Lei nº 109/X, o legislador, parecendo ter noção dos problemas que o art. 88.º, nº 4 poderia vir a levantar, procurou justificar a sua adição ao CPP com a seguinte fundamentação: “(...) *em homenagem ao direito à palavra e para impedir a devassa, comina-se também a punição com a pena de desobediência simples da publicação de conversações ou comunicações interceptadas no processo penal (artigo 88.º)*”.

A primeira problemática que surgiu na interpretação da fundamentação supra prendia-se com o conceito de “*conversações ou comunicações interceptadas*”. O legislador pretendia punir a publicação só das escutas telefónicas, ou o intuito seria ir mais além e abranger todas as outras formas de comunicação, v.g. as mensagens escritas ou o correio electrónico? Parece-

⁷³ GERMANO MARQUES DA SILVA, in “*Direito Penal Português, Parte Geral II, Teoria do Crime*”, 2005, p. 22;

⁷⁴ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 37;

⁷⁵ *Idem, Ibidem*, p. 37;

nos que, invocando o legislador a protecção do direito à palavra como seu principal fundamento, se poderia dizer que a sua intenção teria sido a de limitar a área de tutela deste preceito às comunicações por voz. Mas, encontramos explícito na lei, pela extensão constante no art. 189.º do CPP, assim como no art. 18.º da Lei do Cibercrime⁷⁶, que o regime geral das escutas telefónicas dos artigos 187.º e 188.º do CPP é, de acordo com princípio de aplicação comum do regime jurídico que lhes está subjacente, “*correspondentemente aplicável às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática*”.

Por outro lado, dúvidas também se puseram quanto à possível abrangência no preceito de gravações de conversas tidas pessoalmente. Mas, igualmente nos parece que, quanto a esta questão, a palavra “*interceptadas*” faz pressupor uma comunicação entre ausentes, tida à distância por qualquer meio de comunicação. Argumento também válido para se defender, como supra se indicou, a aplicação do preceito somente a comunicações por voz. Assim, como pela circunstância que desenvolveremos mais adiante na nossa dissertação, de esta conduta já se encontrar abrangida pela incriminação constante do art. 199.º do CP.

Finalmente, uma das principais questões que envolve a interpretação do pensamento do legislador na Exposição de Motivos *supra*, prende-se com os dois pilares base que este enuncia para a elaboração deste preceito *ex novo*: a “*homenagem ao direito à palavra*” e o impedimento da devassa. Com a protecção do direito à palavra o legislador identifica um bem jurídico a proteger, enquanto que, ao indicar o impedimento da devassa, a sua intenção é já a de prevenir determinada conduta que põe em causa a privacidade dos escutados. Pelo que, detetamos uma sua intenção em proteger um segundo bem jurídico, pretendendo-se pois punir uma infração “*complexa ou pluriofensiva*”⁷⁷ com a pretensão de proteger dois bens jurídicos autónomos: o direito à palavra e o impedimento da devassa, i.e. a privacidade/intimidade dos intervenientes nas escutas.

§ 6.2.3. Da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da incriminação

⁷⁶ Lei do Cibercrime aprovada pelo a Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro;

⁷⁷ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 40;

Relativamente aos bens jurídicos indicados pelo legislador na Exposição de Motivos, a incriminação constante atualmente do art. 88.º, n.º 4 do CPP, não prevê, para o preenchimento do tipo que encerra, nem a concreta lesão do direito à palavra, nem a concreta lesão do direito à intimidade, prevendo-se, de um modo geral, a incriminação da publicação das escutas telefónicas interceptadas no âmbito de processo. Pelo que esta incriminação não consubstancia um crime de dano, que pressupõe uma lesão efectiva de um bem jurídico para preenchimento do tipo.

Ainda assim, para que existisse uma verdadeira lesão do direito à palavra, de acordo com o entendimento de MANUEL DA COSTA ANDRADE⁷⁸, seria necessário que a publicação reproduzisse a própria voz dos intervenientes. O que faria com que somente fosse possível preencher o tipo de ilícito em questão através de meios de comunicação aptos a transmitir a voz (“palavra”) no ar, i.e. rádio ou televisão. Como não foi o pretendido pelo legislador, conclui este Autor, nestes termos, que nos encontramos na presença, não de um crime de dano, pois a violação do direito à palavra não é parte integrante dos elementos essenciais para o preenchimento do tipo, mas na presença de um crime de perigo. E não na presença de um crime de perigo concreto, mas de perigo abstrato.

Mas fará isto sentido?

Como é do conhecimento geral e muito bem expõe GERMANO MARQUES DA SILVA, “*Os crimes de perigo distinguem-se (...) em crimes de perigo concreto ou crimes de perigo abstracto ou presumido. Nos de perigo concreto, a realização do tipo exige a verificação, caso a caso, do perigo real (exemplo: art. 291.º – condução perigosa de veículo rodoviário). Nos crimes de perigo abstracto, ao contrario, dispensa-se essa constatação, por se tratar de perigo presumido de lesão (ex: art. 292.º – condução de veículo em estado de embriaguez).*”⁷⁹.

A MANUEL DA COSTA ANDRADE⁸⁰ parece-lhe altamente duvidoso que na incriminação do art. 88.º, n.º 4 do CPP, se deva dispensar a verificação concreta de um perigo real. Entende este Autor que os crimes de perigo abstrato devem ser, só por si, uma exceção ao princípio da excepcionalidade do Direito Penal, por incriminarem uma conduta sem que se verifique um perigo real e concreto, mas somente presumível. Considera este Autor ainda que, em rigor, a conduta prevista no art. 88.º, n.º 4, do CPP, não provoca, na grande parte dos casos, sequer, um

⁷⁸ *Idem, Ibidem*, p. 40;

⁷⁹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 32;

⁸⁰ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 40;

perigo concreto para os bens jurídicos enunciados como seu fundamento, quanto mais um perigo presumível.

Também quanto ao segundo bem jurídico, é opinião de MANUEL DA COSTA ANDRADE⁸¹, que o perigo a causar pela publicação das escutas telefónicas para a privacidade e intimidade dos intervenientes só poderá ser, quando muito, presumível, não consubstanciado a publicação das escutas *de per se* uma imediata e concreta devassa à privacidade e intimidade dos intervenientes. Pelo que a incriminação do art. 88.º, n.º 4, prevê, também relativamente a este bem jurídico, uma tutela avançada, que deveria ser geral e abstracta, mas que se encontra balizada pela previsão de um agente típico (jornalista) e pela previsão de uma única modalidade de conduta típica, que é a da publicação através de transcrição por meio de comunicação social. O que faz com que surjam, na sua opinião, situações absurdas, tais como, a irrelevância criminal da publicação de escutas por “não jornalistas”; ou a mesma atipicidade do facto, nos casos em que, ainda que a acção seja praticada por jornalista e viole direitos fundamentais, não caiba nas exigências formais da redacção do art. 88.º, n.º 4 do CPP, i.e., o que acontece nos casos em que o teor das escutas é publicado ou divulgado, mas por palavras próprias do jornalista.

Conclui pois este Autor, que no art. 88.º, n.º 4 do CP, “*o facto não é, em geral e abstracto, perigoso. Não tendo nada em comum com o perigo abstracto que, na direcção da vida ou da integridade física, pode associar-se, v. g. à condução de veículo automóvel com taxa de alcoolemia superior ao limite legal*”⁸², pelo que a categoria de crime de perigo abstracto associada a esta incriminação é altamente desproporcionada e faz com que este preceito, conforme os princípios constitucionalmente consagrados para o Direito Penal, se encontre ferido pela inconstitucionalidade.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE entende, que se retira do preceito que “*é criminoso o jornalista que, sem consentimento do escutado, cita uma escuta telefónica ouvida ou lida em audiência de julgamento aberta ao público. E também comete um crime o jornalista que, sem consentimento do escutado, cita uma escuta telefónica transcrita na sentença condenatória.*”⁸³.

Nestes termos, crê igualmente este Autor que a incriminação em causa é inconstitucional, por ser “*manifestamente desproporcional e excessiva*”⁸⁴, considerando este

⁸¹ *Idem, Ibidem*, p. 41 e 42;

⁸² *Idem, Ibidem*, p. 41;

⁸³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 259;

⁸⁴ *Idem, Ibidem*, p. 259;

mesmo não ser possível entender-se no pensamento do legislador qual o bem jurídico tutelado com a dita incriminação. Fundamenta o Autor esta sua conclusão com base na ilação de que a voz do escutado não pode ser o bem jurídico tutelado, pois o jornalista não a usa directamente; e as palavras do escutado também não poderão sê-lo, pois estas já estão no âmbito do conhecimento público por terem sido ouvidas na audiência, ou por se encontrarem presentes no conteúdo dos autos ou da sentença condenatória. De igual modo, para este Autor, a menção da devassa da intimidade dos escutados pelo legislador também não tem qualquer sentido, porque não pode haver devassa de uma coisa que já se encontra no domínio público.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE chama ainda a atenção para o facto de a desproporcionalidade desta incriminação resultar primordialmente do seu confronto com o regime do segredo de justiça. No art. 371.º do CP, em que se encontra previsto o crime por violação de segredo de justiça, com a cláusula que indica a legitimidade como causa de justificação para a violação do segredo (“*Quem ilegitimamente der conhecimento...*”), o legislador tornou a actuação do jornalista legítima em determinadas situações, como são os casos em que a publicação ou divulgação já não pode ser censurada pelo facto de os elementos publicitados já serem do conhecimento público. Conclui deste modo este Autor que “*se a publicação “legítima” de elementos do processo que se encontre em segredo de justiça não é crime, a publicação do conteúdo de escutas do processo que já nem sequer está em segredo de justiça, muito menos o será, haja ou não consentimento do escutado. Em síntese, o artigo 88.º, n.º 4, constitui uma incriminação que pune o mero exercício de uma profissão e, assim, restringe de forma inadmissível a liberdade de expressão dos jornalistas, pondo em causa o princípio da mínima intervenção do direito penal.*”

Este preceito encontra-se assim, também na sua perspetiva, ferido de inconstitucionalidade, com base na violação do artigo 38.º, n.º 2, al. a) conjugado com o 18.º, n.º 2, ambos da CRP, assim como com base na violação do artigo 10.º da CEDH.

No entanto, ainda que a grande maioria das críticas ao art. 88.º, n.º 4, do CCP, se inclinem para a inconstitucionalidade do mesmo, existe, obviamente, quem defenda a bondade constitucional desta incriminação.

Assim, “remando contra a maré”, encontramos, designadamente, ANTÓNIO HENRIQUE GASPAR. Este Autor entende que o regime em questão é “*inteiramente razoável, proporcional, respeita equilíbrios e realiza adequadamente a concordância prática entre os valores em*

presença”⁸⁵, defendendo essencialmente que existe uma boa aplicação do princípio da proporcionalidade aos valores em causa. Para este Autor, a interceção e gravação de comunicações constitui “*o meio mais intrusivo e com efeitos devastadores para direitos fundamentais de personalidade e para a confiança minimamente necessária às vivências quotidianas, inerente à própria dignidade da pessoa humana*”⁸⁶. Pelo que, ainda que no âmbito desta incriminação nos encontremos confrontados com princípios de igual relevância, entende o meretíssimo Juiz Conselheiro do STJ, que o legislador ponderou aqui, corretamente, ao dar prevalência justa e razoável aos direitos dos escutados *v.* comunicação social. Até porque, na sua opinião, os jornalistas mantêm o seu direito de crónica judiciária, não pressupondo esta incriminação qualquer tipo de limitação ao mesmo, pois só se lhes encontra vedada a “*transcrição ipsis verbis, parcelar ou fragmentada, de conversas ou excertos avulsos de conversas gravadas*”⁸⁷.

Este Autor chama ainda a atenção para a anteriormente mencionada situação de inconstitucionalidade da incriminação da publicação do conteúdo das escutas telefónicas em processo, quando este já seja acessível ao público através de sentença transitada em julgado (essencialmente referida em concreto por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE⁸⁸). Relembra ANTÓNIO HENRIQUE GASPAR que, ainda que nos encontremos nesta situação, tal não significa o acesso incondicionado a todos os elementos e informações constantes do processo, só podendo a consulta de tais elementos ser consentida quando justificada pela realização de uma finalidade determinada e relevante⁸⁹. Pelo que, daqui retira o Autor que estas exigências não podem consentir com a publicação do conteúdo de escutas telefónicas só com fundamento no conhecimento público dos factos por a decisão final já ter transitado em julgado, justificando-se ainda, nestes casos, a regra geral da proibição da publicação do conteúdo das escutas telefónicas pelos órgãos de comunicação social. Resumindo, conclui assim este Autor, que “*o regime específico do n.º 4 é, assim, justificado por exigências do respeito pelo princípio da*

⁸⁵ ANTÓNIO HENRIQUE GASPAR E OUTROS – *Código de Processo Penal Comentado*, 2014, Almedina, p. 309;

⁸⁶ *Idem, Ibidem*, p. 309;

⁸⁷ *Idem, Ibidem*, p. 310;

⁸⁸ *Vide supra* nesta dissertação, p. 51, ss;

⁸⁹ ANTÓNIO HENRIQUE GASPAR E OUTROS, *ob. cit.*, p. 310, que remete para o art. 90.º do Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 25/2009, de 8 de Outubro de 2009, DR, série II, de 17 de Novembro de 2009;

proporcionalidade e também para a protecção de direitos pessoais e constitucionais das pessoas envolvidas”⁹⁰.

Ainda no mesmo sentido, pela constitucionalidade do conteúdo do art. 88.º, n.º 4 do CPP, encontramos os MAGISTRADOS DO MP DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, que, de acordo com o exposto pensamento de ANTÓNIO HENRIQUE GASPAR, entendem também que as restrições impostas aos direitos da comunicação social com a incriminação em causa são bastante limitadas e que, como tal, não põe em causa os direitos fundamentais da publicidade geral do processo e do direito à liberdade de expressão e de comunicação, podendo os jornalistas ter acesso ao processo, desde que público, e dar conhecimento dos actos processuais existentes e do seu conteúdo. Deste modo, concluem estes magistrados igualmente que estas restrições se apresentam “*adequadas aos fins visados, que são legítimos e públicos, sem exceder o estritamente necessário a tais fins e sem comprometer o essencial do direito de informar. Ou seja, trata-se de restrições proporcionais, justificadas e necessárias, não violando os preceitos constitucionais*”⁹¹.

§ 7. Do concurso de crimes em face da publicação de escutas telefónicas

A publicação ou divulgação do conteúdo de escutas telefónicas por órgãos de comunicação social é, nos termos que temos vindo a indicar, um crime. No entanto, deparamo-nos com a existência de várias incriminações para esta conduta, cada qual com as suas particularidades. Que incriminação aplicar e quando? Apresenta-se-nos pois um potencial concurso de crimes que teremos de resolver, pelo que, para tal, será necessário definir, em concreto, o escopo de aplicação de cada uma das incriminações existentes para esta mesma conduta.⁹²

Antes de mais, os principais crimes que colidem com a supra indicada atuação, pelo preenchimento dos seus tipos respetivos são, nomeadamente: o crime de gravações e fotografias

⁹⁰ *Idem, Ibidem*, p. 311;

⁹¹ MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO - *Código de Processo Penal – Comentários e notas práticas*, Coimbra, 2009, p. 235;

⁹² Exposição do presente capítulo sobre o concurso de crimes, de acordo com INÊS FERREIRA LEITE, em «Direito Penal da Comunicação Social – Um Direito Penal de excepção para os jornalistas?» in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra, 2009, pp.482, ss;

ilícitas, p. e p. no artigo 199.º do CP; o crime de violação de segredo de justiça, p. e p. pelo artigo 371.º do CP e, finalmente, o nosso já conhecido crime de desobediência, previsto no art. 88.º, n.º 4 do CPP em conjunto com o art. 348.º n.º 1 do CP. O crime constante do art. 194.º, n.º 3 do CP não tipifica esta conduta em concreto, pois incrimina a divulgação do conteúdo de telecomunicações “*a que se referem os números anteriores*”. Ou seja, consoante o n.º 2 do mesmo preceito, comunicações obtidas por “*intromissão*”, “*sem consentimento*”, o que não é o caso de escutas telefónicas legalmente obtidas no âmbito de um processo penal em curso.

Sem grandes dificuldades, a aplicação concreta do artigo 371.º do CP à atuação do jornalista que publique o conteúdo das escutas é feita quando este atue num processo que se encontre sob o manto do segredo de justiça.

Os problemas de concurso surgirão, pois, designadamente, entre o art. 88.º, n.º 4, do CPP e o art. 199.º do CP, nos casos em que o processo não se encontra sob segredo de justiça e o titular não consentir na publicação.

No confronto entre o crime de desobediência e o de gravações ilícitas, cabe antes de tudo referir que a pena prevista para os dois é a mesma. Relativamente ao art. 199.º do CP, reparamos que, para que se preencham os elementos do tipo legal, será necessário que o jornalista “*utilize*” ou “*permita utilização*”, não consentida, das “*gravações referidas na alínea anterior*”; alínea que indica que comete o mesmo crime de gravações ilícitas quem, também sem consentimento, “*gravar palavras proferidas por outra pessoa e não destinadas ao público, mesmo que lhe sejam dirigidas*”.

Nestes termos, entendemos que a intenção do legislador na elaboração desta incriminação, através da previsão do consentimento como verdadeiro elemento do tipo de crime⁹³, foi a de punir a publicação e divulgação de gravações (que poderão ser obtidas por meio de escutas telefónicas), mas de forma não legítima, ou seja, de forma ilegal, pelo não consentimento da pessoa escutada. Consentimento este que é dispensado quando no âmbito de uma investigação criminal pela ressalva do art. 34.º, n.º 4 da CRP. Parece-nos, deste modo, que o art. 199.º do CP tem como alvo os casos de gravações obtidas ilegitimamente, não se encontrando a diligência de meio de obtenção de prova através de escutas telefónicas no âmbito de processo abrangidas pois, pelo escopo desta incriminação. Mas, ainda que não se seguindo

⁹³ Encontrando-se assim igualmente excluídos do âmbito da incriminação do 199.º, todos os casos em que haja consentimento do escutado, visto o dissentimento ser, aqui, como observamos, e contrariamente ao que se passa no art. 88.º, n.º 4, um verdadeiro elemento do próprio tipo de crime;

este entendimento, chamamos a atenção para o significado do verbo “utilizar”, onde se esconde uma intenção de “*aproveitamento*”, “*servir-se de*”, “*usar*”⁹⁴. Pelo que, também por aqui, a publicação do conteúdo de escutas telefônicas obtidas em processo só cairia no âmbito do art. 199.º se se verificasse esta intenção, que diverge totalmente da do autor do crime de “reproduzir” e “publicar”, conforme a letra do art. 88.º, n.º 4, em que se proíbe a mera ação de “*copiar*”, “*duplicar*”, “*multiplicar*”, “*imitar*” ou “*repetir*”; “*tornar conhecido de todos um facto*”, “*tornar público*”⁹⁵.

Concluimos, pois, que se alguém (não necessariamente jornalista) optar por uma reprodução (“*utilização*”) do conteúdo de escutas telefônicas (ou meras gravações) obtidas, para além de publicadas, sem o consentimento do escutados e/ou com o intuito de “*aproveitamento*”, “*servir-se de*”, “*usar*”, ainda que licitamente produzidas, caímos no âmbito do artigo 199.º do CP. O que significa que, para o real preenchimento do tipo constante do art. 88.º, n.º 4, seja necessário (para além da não existência nem de segredo de justiça, nem do consentimento do escutado), que um jornalista (comunicação social) “*publique*” o conteúdo de interceptações telefônicas licitamente obtidas no âmbito de um processo (de acordo com as formalidades exigidas por lei), através de reprodução oral ou por transcrição escrita.

Verificamos, deste modo, do confronto entre a letra do art. 199.º do CP e do art. 88.º, n.º 4 do CPP, o intuito do legislador em cobrir criminalmente atuações distintas.

Neste sentido, entende INÊS FERREIRA LEITE que o principal objectivo do art. 88.º, n.º 4, mais não é do que zelar pelo respeito dos procedimentos que “*garantem a conformidade do tratamento das escutas face aos valores constitucionais em causa*”⁹⁶, sendo, por isso, este, um mero crime de desobediência, em que a garantia do direito à palavra se faz apenas de forma mediata e secundária.

A parte da doutrina que defende a constitucionalidade deste preceito, nomeadamente os anteriormente mencionados ANTÓNIO HENRIQUE GASPARGAR, assim como os MAGISTRADOS DO MP DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, aceitando, como já observamos, este âmbito de aplicação do art. 88.º, n.º 4 do CPP, como regra geral para a proibição da publicação do conteúdo de escutas

⁹⁴ Significados obtidos através do *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporâneo Volume II*, ACADEMIA DAS CIÊNCIAS DE LISBOA, Verbo, 2001;

⁹⁵ Significados obtidos através do *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporâneo Volume II*, ACADEMIA DAS CIÊNCIAS DE LISBOA, Verbo, 2001;

⁹⁶ INÊS FERREIRA LEITE, *ob. cit.*, p. 485;

telefónicas obtidas no âmbito de um processo, indicando a sua proporcionalidade e validade, sendo tal exigível pela necessidade de respeito e protecção dos direitos pessoais e constitucionais das pessoas escutadas e envolvidas.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, em sentido oposto, interpreta o âmbito de aplicação deste preceito de acordo com as formalidades dos arts. 85.º e ss. e 188.º do CPP, sendo, na prática, raros os casos em que os jornalistas poderão ter acesso ao próprio suporte técnico onde se encontram gravadas as escutas. Assim, a maioria das publicações terão por base escutas das quais os jornalistas tomaram conhecimento, em sede de audiência de julgamento aberta ao público ou por consulta a sentença ou autos, igualmente públicos. Assim se compreende o entendimento deste Autor pela inconstitucionalidade do art. 88.º, n.º 4, por este punir, na maioria dos casos, o mero exercício de uma profissão, da mera atuação de “*publicar*” e informar, violando assim, de forma inadmissível, a liberdade de expressão – abarcando o seu âmbito, grande parte das vezes, a punição de publicações de escutas que, no seu fundamento, poderão ser legítimas por não violarem direitos fundamentais.

Já se aplicarmos a esta conclusão relativamente ao concurso de crimes analisado *supra*, o entendimento de MANUEL DA COSTA ANDRADE⁹⁷, quanto à interpretação e âmbito de aplicação da incriminação constante do art. 88.º, n.º 4, o próprio menciona que dentro do âmbito de aplicação deste preceito só cabem os casos em que o jornalista transcreve ou reproduz com a sua voz o conteúdo das escutas telefónicas. Só que, no seu entendimento, este Autor proclama não fazer sentido a criação de um preceito com este minúsculo âmbito de aplicação, e que, para além de este não conseguir concretizar o pretendido pelo próprio legislador no que toca à defesa do direito à palavra e impedimento da devassa, estrangula de tal forma o seu conteúdo que acaba por incriminar situações que não devia e deixar de fora situações que deveriam caber no seu âmbito de aplicação. Veja-se os casos *supra* referidos, em que a mera publicação ou divulgação de escutas obtidas em processo é feita por um não jornalista ou, quando esta é feita pelas próprias palavras do jornalista, mas não em jeito de transcrição ou reprodução das próprias escutas - atuações que, ainda que com a existência de uma multiplicidade de preceitos que penalizam a utilização ou publicação do conteúdo das escutas telefónicas, acabam por escapar ilesas à pretensão do legislador de as punir.

⁹⁷ Vide na presente dissertação § 6.2.2. Da motivação do legislador, pp. 49 e ss;

§ 8. Aplicação prática – análise jurisprudencial

Este sentimento de desconfiança e incerteza pelo regime da proibição da publicação e divulgação do conteúdo das escutas telefônicas, transparece, igualmente, aquando da sua aplicação prática, resultando na absolvição da maioria dos arguidos que chegam a julgamento acusados ou pronunciados por esta conduta.

Na prática jurisprudencial portuguesa, um dos problemas base que identificamos é, antes de mais, a existência da já indicada multiplicidade de previsões penais para uma só conduta, ainda que cada incriminação caia sobre um determinado afloramento da mesma.

Veja-se, a título exemplificativo, a sentença proferida no proc. n.º 1209/11.7TDLSB do 2º Juízo do Tribunal Criminal de Lisboa, onde o arguido chega à audiência de julgamento pronunciado pelo crime de desobediência (através dos arts. 88.º, n.º 4 do CPP e 31.º, n.º 3 da Lei da Imprensa) em concurso efectivo com o crime de violação de telecomunicações agravado, p. e p. pelos arts. 194.º, n.º 3 e 197.º, ambos do CPP. Ora, como já verificámos, esta última incriminação não é aplicável quando tratamos de escutas telefônicas legalmente obtidas durante um processo. Pelo que, tal como afirma o próprio Tribunal, *“é de todo evidente, quanto a nós, que a conduta em apreciação jamais teria subsunção legal neste tipo criminal”*, não se compreendendo o porquê de o JIC ter pronunciado o arguido com base neste preceito legal. Verificamos assim, desde já, e na prática, a problemática que surge da existência de um leque exagerado de incriminações no âmbito de uma mesma conduta. Levando esta realidade a que os próprios magistrados se “percam” em inexplicáveis imputações, às quais se acrescentam ainda um número indeterminado de interpretações relativamente ao regime concreto e âmbito de aplicação de cada uma.

O segundo, e maior problema que se identifica, passa pela própria aplicação destas incriminações aos casos concretos, nomeadamente no que toca ao tão controverso art. 88.º, n.º 4 do CPP.

Antes de mais, verifica-se a sua imediata restrição aos casos de publicações de escutas telefônicas interceptadas no âmbito de processo. No entanto, nada mais é indicado no preceito que possa auxiliar uma concretização mais clara do conteúdo deste artigo, nomeadamente, quanto ao seu âmbito material. Pelo que, nos parece, efetivamente, como verificámos supra, que este artigo encerra um verdadeiro crime de perigo abstrato. O que leva a que, tanto a doutrina, como a jurisprudência, se suportem, frequentemente, nas intenções do legislador

constantes da sua Exposição de Motivos, de forma a traduzirem uma aplicação prática mais ponderada desta “misteriosa” incriminação.

Concordamos, nestes termos, com a doutrina maioritária, entendendo que o intérprete e/ou magistrado, pegando no conteúdo literal do art. 88.º, n.º 4, do CPP, se vê confrontado com uma injustificada restrição ao direito fundamental à liberdade de expressão e de informação. Pois, o facto de este se encontrar perante um caso que consiste numa publicação não consentida de uma escuta telefónica não implica, só por si, que se encontre também imediatamente verificada uma concreta violação dos direitos pessoais dos intervenientes. Pelo que, de acordo com o que observámos em grande parte dos casos analisados, o juiz, confrontado com esta situação em audiência de julgamento, procura, na maioria dos casos, temperar a rigidez excessiva que o legislador deu ao conteúdo desta incriminação, dentro do pequeno espaço de ação que lhe deixam disponível os limites da lei. O imperativo constitucional, que rege o regime da restrição de direitos, liberdades e garantias, não se encontra, deste modo, proporcionalmente salvaguardado pelo teor da norma constante do art. 88.º, n.º 4. Sendo, conseqüentemente, com base nesta mesma ilação que grande parte da doutrina penalista defende, como já analisado, a inconstitucionalidade desta norma. Designadamente, devido à desproporcional e injustificada restrição de direitos liberdades e garantias da comunicação social, que viola, gravemente, o disposto dos artigos 38.º, n.º 2, al. a) e o art. 18.º, n.º 2 ambos da CRP.

Só que, existindo efectivamente a norma e tendo esta sobrevivido a todas as últimas alterações e revisões do CPP, o Tribunal vê-se obrigado, por não ter outra saída, a ponderar, casuisticamente, dentro do pequeno espaço de ação que lhe deixam disponível os limites da lei, esta restrição ao direito à liberdade de expressão da comunicação social, procurando, quando muito, “dar alguma constitucionalidade” ao preceito em causa no momento da sua real aplicação.

Deste modo, o juiz decidiu que, será crime por aplicação do art. 88.º, n.º 4, a publicação ou divulgação de comunicações ou conversações interceptadas no âmbito de um processo, quando estas se reportem, como se retira da *supra* citada sentença, “*a aspectos inerentes à vida pessoal do escutado de natureza íntima e recôndita e não a todos e qualquer assunto desde que tenha sido apreciado e analisado num processo que tenha decorrido contra, ou em que interviesse o escutado*”. Factor que também é, nestes casos, apreciado em concreto, consoante o ofendido ou assistente seja figura pública, pois tal implica, normalmente, um menor grau de privacidade em comparação com uma pessoa comum.

Conclui-se assim, mediante os vários casos que estudamos⁹⁸ e não tendo encontrando nenhum, que na prática, raros são os casos de sentenças condenatórias com base, única e exclusivamente, na incriminação constante do art. 88.º, n.º 4. Pelo que, este preceito pode considerar-se, na prática, uma norma vazia e de aplicação real quase nula.

É nesta “linha de pensamento” que trabalha a jurisprudência do TEDH, e cremos que, seja com base nos entendimentos deste Tribunal que a jurisprudência portuguesa tem decidido, no que à aplicação prática do art. 88.º, n.º 4 diz respeito.

Veja-se o *Ac. Craxi vs. Itália*⁹⁹. Neste caso encontramos precisamente perante escutas telefónicas interceptadas legalmente durante um processo, tendo o conteúdo das mesmas, como escutado, uma figura pública de relevo nacional. Só que, neste caso concreto, as escutas publicadas não foram consideradas pelo TEDH como de interesse público, por não existir entre elas ligação directa com os factos objecto do processo. Nestes termos, este Tribunal considerou que, ainda que se tratasse de uma figura pública, a publicação da intercepção telefónica não havia sido proporcional, pelo que ilegítima, constituindo assim uma violação do art. 8º da CEDH.

Mas veja-se que, também de acordo com as soluções adoptadas pela jurisprudência portuguesa, é igualmente dada nos nossos tribunais extrema relevância, assim como no TEDH, ao conhecimento ou desconhecimento pelo público dos factos constantes das escutas à data da sua publicação. Se a factualidade for já do conhecimento notório do público, têm entendido todos estes tribunais, na maioria das suas decisões, que o direito à liberdade de expressão do jornalista prevalece.¹⁰⁰

O TEDH recorre a três requisitos, que no caso concreto se têm que verificar, para que não exista uma violação do direito à liberdade de expressão constante do art. 10.ª da CEDH. Em primeiro lugar, a interferência ou restrição a este direito fundamental tem que se encontrar legalmente consagrada; em segundo lugar, tal interferência tem que perseguir um objetivo legítimo, designadamente um dos constantes no n.º 2 do art. 10.º da CEDH; e finalmente, aquela

⁹⁸ Processo n.º 1209/11.7TDLSB ou Processo n.º 4552/07.6TDPRT, entre outros;

⁹⁹ INÊS FERREIRA LEITE, *ob. cit.*, p. 478, que remete para a publicação deste Acórdão em www.echr.coe.int;

¹⁰⁰ Veja-se os casos dos *Ac. Weber v. Suíça* e *Ac. Du Roy e Malaurie v. França*, igualmente disponíveis em www.echr.coe.int;

restrição no caso concreto tem de ser, efetivamente, “*necessária numa sociedade democrática*”¹⁰¹.

Ora, normalmente, quando o TEDH dá razão ao jornalista e consagra que houve violação do art. 10.º da CEDH, o requisito não cumprido pelo Estado é, na maior parte dos casos, o último, da necessidade da medida numa sociedade democrática.

O significado deste requisito não é estanque, dependendo do caso concreto, e variando, pois, de caso para caso, funcionando como um género de principio da proporcionalidade para a restrição de direitos fundamentais do art. 18.º, n.º 2 da CRP. O que o TEDH pretende com este requisito é que, ponderados os direitos em colisão, se opta por restringir, efetivamente, o de menor relevância no caso concreto. Costuma-se assim verificar, entre outros subrequisitos, se a questão publicada era de interesse geral; se existia o direito do público em receber esta informação; se o concreto valor de informar se sobrepõe aos deveres e responsabilidades do jornalista para com o escutado no caso concreto; qual o momento concreto do trâmite processual em que se dá a publicação; se existia algum fundamento em publicação anterior; qual o conteúdo concreto da publicação, i.e. se toma posição e dá opinião ou se o jornalista se limita a um conteúdo descritivo; se causou efectivo prejuízo ao escutado, entre muitos outros que se verifiquem necessários de ponderar no caso concreto.

Verificamos, assim, que a fundamentação do TEDH é feita com base em três pressupostos concretos, mas com uma abrangência de tal forma ampla que permite ao Tribunal averiguar, caso a caso, da efectiva violação, ou não, dos principios fundamentais constantes da CEDH.

Concluimos assim, confrontando a jurisprudência nacional e a jurisprudência do TEDH, que os nossos tribunais baseiam as suas decisões balizados pela atuação de um legislador, que optou por uma multiplicidade de redacções rígidas e estanques, com a pretensão de abarcar todas as violações possíveis aos direitos fundamentais com a publicação de escutas telefónicas pela comunicação social, mas que conseguiu, com o mais, uma protecção frágil, pouco abrangente e bastante menos justa do que a que o TEDH consegue, eficazmente e de forma clara, concretizar através de três simples requisitos.

Creemos que o legislador português não foi capaz de compreender que, no que toca à publicação das escutas telefónicas por órgãos de comunicação social, se defrontam diretamente

¹⁰¹ Expressão retirada da jurisprudência do TEDH;

direitos fundamentais cujo conteúdo tem, praticamente, a mesma relevância. Mas que, acima de tudo, não foi capaz de compreender que a fonte do problema não se encontra na publicação das escutas em si, mas no seu conteúdo concreto e em toda a envolvente do caso concreto. Pelo que, em casos como estes, deve fazer-se exatamente o contrário do que o legislador acabou por fazer. Pois, pensamos que não é pelo facto de se prever a proibição da publicação das escutas telefónicas em geral e sem mais, que se vai proteger, com maior abrangência e mais eficazmente a Constituição, os direitos fundamentais e a sociedade democrática. Os direitos fundamentais são direitos supra constitucionais, praticamente indescritíveis na sua plenitude. Sendo, pois, a melhor forma de garantir a justiça na protecção dos seus respetivos núcleos invioláveis aquela que se faça através de um sistema que consiga definir, caso a caso, qual o direito que em concreto deve prevalecer.

NOTAS CONCLUSIVAS

Dando por terminada a presente dissertação, reafirmamos a nossa opinião de discordância no que ao atual conteúdo do art. 88.º, n.º 4 do CPP diz respeito. Pelo que reforçamos que o art. 88.º, n.º 4 do CPP não deve manter a redação que tem de momento.

Optando-se por uma alteração que assuma a concordância constitucional do existente crime de desobediência, aplicável à comunicação social pela mera publicação do conteúdo de escutas telefónicas intercetadas no âmbito de um processo, cremos que o mesmo não deve constar de um preceito autónomo – como sucede com o atual n.º 4 do artigo 88.º do CPP, podendo perfeitamente ser acrescentada a conduta típica à enumeração existente no n.º 2 do mesmo preceito.

No que diretamente ao conteúdo da incriminação diz respeito reafirmamos que este poderia ser muito mais simples e de mais acessível percepção para o intérprete. Pelo que sugerimos, em primeiro lugar, a já indicada exclusão da menção sobre a publicação em caso de segredo de justiça, face à já existente incriminação desta conduta pelo art. 371.º do CP. Em segundo lugar, repetimos o referido *supra* quanto ao consentimento do escutado, sobre o qual havíamos concluído “*que para o regime do consentimento previsto na incriminação do CPP, não é exigido, à partida, nenhum requisito diferente ou mais restrito do que os requisitos gerais do regime do consentimento do ofendido consagrados no artigo 38.º do CP. Pelo que não consideramos ter carácter essencial a previsão expressa no texto do art. 88.º, n.º 4 do CPP, relativamente à necessidade do consentimento do escutado como fundamento para a exclusão da ilicitude do acto; visto que a esta incriminação se aplica, desde logo, o regime geral da exclusão da ilicitude através do consentimento do ofendido, consagrado no âmbito do Direito Penal*”¹⁰².

No entanto, como já havíamos demonstrado anteriormente, a nossa humilde opinião encontra-se do lado da inconstitucionalidade do atual art. 88.º, n.º 4 do CPP.

Antes de mais, cremos que, ao se encontrar esta incriminação consagrada sob a forma de crime de perigo abstrato, se verifica uma clara violação do art. 18.º, n.º 2 da CRP. Segundo este, as restrições aos direitos, liberdades e garantias devem-se limitar ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses (conflitantes) constitucionalmente protegidos.

¹⁰² Nossas exatas palavras constantes do final da p. 47 da presente dissertação;

Assim, sendo elemento chave para qualquer restrição a sua real necessidade, a ponderação (adequada e proporcional) entre os direitos opostos em causa é sempre imprescindível. Acreditamos, nestes termos, que o legislador, pelo modo como consagrou a presente incriminação, não ponderou com a devida isenção os interesses em causa – direitos do escutado v. direitos à liberdade de expressão e comunicação.

Por outro lado, tendo o legislador restringido o âmbito de aplicação desta incriminação à comunicação social e, pelo balizamento efetuado pelos bens jurídicos indicados na Exposição de Motivos a determinados meios de atuação, pensamos encontrarmo-nos, igualmente, perante um incumprimento do imposto pelo art. 18.º, n.º 3 da CRP, pois esta lei restritiva de direitos, liberdades e garantias não apresenta carácter geral e abstrato.

Ainda assim, concordamos com ANTÓNIO HENRIQUE GASPAR no sentido de que as escutas telefónicas constituem o meio de obtenção de prova mais intrusivo, pelo que, “*o interesse público em receber informação, como interesse público, só se justifica relativamente a factos que estejam relacionados com a acusação criminal imputada a um acusado*”, devendo esta circunstância ser “*tida em devida consideração pelos media quando relatam sobre processos, devendo abster-se de publicar informação que, intencionalmente ou não, possa afetar o direito ao respeito pela vida privada e pela correspondência da pessoa acusada, sem relevância para os factos que estejam em causa*”¹⁰³.

Nestes termos, entendemos ser essencial uma ponderação e reflexão delicada no que à criminalização da publicação do conteúdo das escutas telefónicas diz respeito.

Em face do exposto, concluímos o nosso estudo com a certeza de que não se encontrando o processo em segredo de justiça, para cuja violação existe já uma incriminação concreta no art. 371.º do CP, a conduta que envolve a publicação ou divulgação pela comunicação social de escutas telefónicas obtidas no âmbito de um processo não implica *de per se*, a violação de direitos fundamentais dos escutados. Até porque, de acordo com o art. 188.º do CPP, o juiz ao ter conhecimento do conteúdo das escutas, determina a destruição dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo, nomeadamente, como expressamente previsto na alínea c) deste preceito, “*cuja divulgação possa afetar gravemente direitos, liberdades e garantias*”.

¹⁰³ ANTONIO HENRIQUE GASPAR e OUTROS, *ob. cit.*, p. 310.

Entendemos que, somente se analisando, caso a caso, o conteúdo das escutas publicadas, assim como todos os fatores que envolveram essa mesma publicação, se pode averiguar, através de uma ponderação temperada, se existe um efetivo perigo de lesão para os direitos fundamentais dos intervenientes.

Sugerimos, deste modo, uma nova revisão ao Código de Processo Penal, em que se revogue o n.º 4 do art. 88.º. Em simultâneo, sugerimos uma revisão ao Código Penal, em que se formule um único preceito, que abranja todo o tipo, meios e formas de publicação de escutas telefónicas, e que, com o auxílio de critérios semelhantes aos utilizados pela jurisprudência do TEDH, se concretize um padrão de ponderação do perigo de cada publicação, casuisticamente. Assim, quando se verifique efetiva violação dos direitos fundamentais dos sujeitos intervenientes nas escutas telefónicas publicadas, deve também o novo preceito consagrar as respetivas consequências, sugerindo-se, por conclusão, a consagração desta incriminação sob a forma de crime de perigo concreto.

Terminamos, com uma visão bastante simplista, mas cujo fundamento é a base conclusiva de todo o nosso estudo: o perigo para os direitos dos escutados não se encontra na publicação das escutas, sem mais, mas no conteúdo destas e nos fatores que envolvem essa mesma publicação. Pelo que, entendemos que a publicação do conteúdo das escutas telefónicas pelos órgãos de comunicação social, não deve ser, por si só, proibida e constituir crime.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
------------------	---

CAPÍTULO I DAS ESCUTAS TELEFÓNICAS

§ 1. <i>Percurso histórico-legislativo das escutas telefónicas no ordenamento jurídico português</i>	3
§ 1.1. No Direito Constitucional	3
§ 1.2. No Código de Processo Penal	5
§ 2. <i>Regime Jurídico vigente – as alterações de 2007</i>	6
§ 3. <i>Enquadramento Constitucional</i>	9
§ 3.1. Limites constitucionais	9
§ 3.2. Colisão de Princípios e de Direitos Fundamentais	12
§ 4. <i>Enquadramento Internacional e Europeu</i>	16
§ 4.1. Enquadramento no Direito Internacional	16
§ 4.2. Enquadramento no Direito Europeu	19

CAPÍTULO II DA COMUNICAÇÃO SOCIAL

§ 5. <i>Os Media e as Leis Portuguesas</i>	20
§ 5.1 A evolução da notificação do crime em Portugal	21
§ 5.2. Os direitos e deveres dos jornalistas	22
§ 5.2.1. Enquadramento jurídico-constitucional	22
	53

§ 5.2.2. Enquadramento Europeu e Internacional	27
§ 5.2.3. A intervenção dos meios de comunicação social no Processo Penal	28

CAPÍTULO III
DA INCRIMINAÇÃO DA PUBLICAÇÃO DO CONTEÚDO
DAS ESCUTAS TELEFÓNICAS

§ 6. <i>Do artigo 88.º, n.º 4 do CPP</i>	31
§ 6.1. Análise formal	31
§ 6.1.1. Do conteúdo literal	31
§ 6.1.2. Do consentimento do escutado	33
§ 6.2. Análise material	34
§ 6.2.1. Da violação dos princípios basilares do Direito Penal	34
§ 6.2.2. Da motivação do legislador	35
§ 6.2.3. Da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da incriminação.....	36
§ 7. <i>Do concurso de crimes em face da publicação de escutas telefónicas</i>	41
§ 8. <i>Aplicação prática – análise jurisprudencial</i>	45
NOTAS CONCLUSIVAS	50

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

- ANDRADE, Manuel da Costa – “Bruscamente no Verão Passado” A Reforma do Código de Processo Penal, 2009;
- , «O regime dos “conhecimentos da investigação” em Processo Penal. Reflexões a partir das escutas telefónicas» in *As Alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma Reforma «Cirúrgica»?* , Coimbra, 2014;
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª ed. atualizada, Lisboa, 2011;
- CARMO, Pedro do – «Investigação Criminal e Media» in *Revista do Ministério Público*, ano 31, 2010 (Out-Dez), nº 24;
- CANOTILHO, J. J. Gomes E OUTRO – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª ed., 2007;
- CUNHA, José Manuel Damião da – «O regime legal das escutas telefónicas – algumas breves reflexões» in *Revista do CEJ*, n.º 9 (especial) (1º Semestre 2008);
- GASPAR, António Henrique E OUTROS – *Código de Processo Penal Comentado*, 2014, Almedina;
- GONÇALVES, Jorge Baptista – «O Processo Penal e os Media: Algumas Reflexões» in *Revista do CEJ*, n.º 3 (2º Semestre 2005);
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - *Código Penal Português – Anotado e Comentado – Legislação Complementar*, 15ª Edição, 2002;
- GUEDJ, Alexis - «Saisies, écoutes téléphoniques et protection du secret des sources des journalistes» in *Reueil Dallo*, 10 Mai de 2007, nº 18, pg. 1240;
- LEITE, Inês Ferreira – «Direito Penal da Comunicação Social – Um Direito Penal de exceção para os jornalistas?» in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra, 2009;
- , «Segredo ou Publicidade? A tentação de Kafka na Investigação Criminal portuguesa.» in *Revista do Ministério Público*, ano 31, 2010 (Out-Dez), nº 24;
- MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO - *Código de Processo Penal – Comentários e notas práticas*, Coimbra, 2009;
- MARQUES DA SILVA, Germano – *Direito Penal Português, Parte Geral II, Teoria do Crime*, 2005;
- MATA-MOUROS, Fátima – «Escutas telefónicas – o que não muda com a reforma» in *Revista do CEJ*, n.º 9 (especial) (1º Semestre 2008);

- MIRANDA, Jorge E OUTRO – *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª ed., 2010;
- PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz – «O regime do segredo de justiça no Código de Processo Penal revisto» in *Revista do CEJ*, n.º 9 (especial) (1º Semestre 2008);
- PINA, Sara – *Media e Leis Penais*, 2009;
- PINTO, Frederico de Lacerda da Costa – «Publicidade e segredo na última revisão do Código de Processo Penal» in *Revista do CEJ*, n.º 9 (especial) (1º Semestre 2008);
- ROGAL, Klaus - «A nova regulamentação da vigilância das telecomunicações na Alemanha» in *ASFIC-PJ e IDPCC-FDUL 2º Congresso de Investigação Criminal*, Lisboa, 2009;
- ROMERO, Marta Muñoz de Morales - «La intervención de las comunicaciones telefónicas en España» in *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, 2006;
- RUBIO, Carmén Rodríguez - «La eficacia de las resoluciones del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas», acessível em <http://hdl.handle.net/10115/4546>;
- SOLOVE, Daniel J. – «The First Amendment as Criminal Procedure» in *New York University Law Review*, Vol. 82, Number 1, April 2007;
- SILVA, Germano Marques da e outros – *Processo Penal do Brasil e de Portugal*, 2009;
- TEIXEIRA, Carlos Adérito – «Escutas telefónicas: A mudança de paradigma e os velhos e os novos problemas» in *Revista do CEJ*, n.º 9 (especial) (1º Semestre 2008);
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes – *Escutas Telefónicas da Excepcionalidade à Vulgaridade*, 2004;
- WEYEMBERGH, Anne E OUTRO - «El Convenio de asistencia judicial del 2000 y la intervención de las telecomunicaciones» in *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia Penal*, 2006.