



Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito

A Valoração dos Conhecimentos Fortuitos no Âmbito nas Escutas Telefónicas

Catarina Silvestre Mendes

Dissertação realizada no âmbito do Mestrado Forense
Sob orientação do Professor Doutor Henrique Salinas

Abril de 2019

Aos meus pais,

Agradecimentos

Aos meus pais, por todo o amor, apoio, compreensão, paciência e por me terem ensinado a nunca desistir. Às minhas irmãs, pelo orgulho que demonstram em mim e por alegrarem a minha vida. Aos meus avós, por todo o carinho, ternura e palavras sábias e a toda a minha restante família.

Agradeço aos meus amigos, particularmente às minhas colegas e amigas de mestrado, Mariana Barreiro, Rita Carvalho e Mafalda Tavares, por sempre acreditarem em mim.

Agradeço também ao Professor Doutor Henrique Salinas, pela ajuda, disponibilidade e orientação na elaboração deste trabalho.

Obrigada.

Abreviaturas e Siglas

- Al. – Alínea
- BGH - Bundesgerichtshof – Tribunal de Justiça Federal Alemão
- Cfr. – Conforme / Confirma
- Cit. – Citado
- CP – Código Penal
- CPPI – Código de Processo Penal Italiano
- CPP – Código de Processo Penal
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- DL. – Decreto-Lei
- Ed. – Edição
- G.G. – Grundgesetz – Lei Fundamental Alemã
- JIC – Juiz de Instrução Criminal
- LECrim – Ley de Enjuiciamiento Criminal
- MP – Ministério Público
- N.º – Número
- OLG – Oberlandesgericht - Supremo Tribunal Alemão
- OPC – Órgãos de Polícia Criminal
- OrgKG – Lei de Combate ao Tráfico Ilegal de Estupefacientes e outras Formas de Criminalidade Organizada
- Pág. / Págs. – Página ou Páginas
- RFDUP – Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
- RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal
- STE – Supremo Tribunal Espanhol
- STJ – Supremo Tribunal de Justiça
- StPO – Strafprozessordnung - Código de Processo Penal Alemão
- TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
- TRC – Tribunal da Relação de Coimbra
- TRL – Tribunal da Relação de Lisboa
- TRP – Tribunal da Relação do Porto
- Vol. – Volume

Palavras-Chave: Conhecimentos fortuitos, Conhecimentos de investigação e Escutas telefónicas

Índice

Introdução	6
Capítulo I – Enquadramento Jurídico dos Conhecimentos Fortuitos	8
1. Delimitação do conceito	8
2. Distinção entre os conhecimentos fortuitos e os conhecimentos de investigação.....	9
Capítulo II – O Valor Probatório dos Conhecimentos Fortuitos	15
1. Perspetiva comparativa	15
1.1. Direito Alemão	15
1.2. Direito Espanhol	19
1.3. Direito Italiano	22
2. Posição adotada na ordem jurídica portuguesa.....	23
2.1. As principais posições doutrinárias	23
2.1.1. Valoração incondicional	23
2.1.2. Recusa total	25
2.1.3. Valoração condicional	27
2.2. Análise jurisprudencial: antes e depois da reforma de 2007.....	29
3. Requisitos de admissibilidade dos conhecimentos fortuitos.....	33
3.1. A escuta telefónica tem de ser legalmente autorizada	34
3.2. Consubstanciar-se num dos crimes de catálogo do artigo 187º, do CPP	34
3.3. Âmbito subjetivo	37
3.3.1. Suspeito ou arguido	39
3.3.2. Intermediário	40
3.3.3. Vítima do crime	42
3.4. Subsidiariedade	42
3.5. Autorização judicial	43
Conclusão	45
Referências bibliográficas	47
Referências jurisprudenciais	51

Introdução

O aumento da criminalidade organizada, exigiu por parte do Processo Penal uma adaptação e evolução relativamente aos meios de obtenção de prova passíveis de serem utilizados pelos OPC no decurso uma investigação criminal, originando uma reforma legislativa no âmbito dos meios ocultos de prova, nomeadamente no registo de som e imagem, no agente encoberto e nas escutas telefónicas.

De todas as problemáticas que surgem em torno dos meios de obtenção de prova destacam-se, as particularidades que envolvem as escutas telefónicas pois, apesar de serem uma mais-valia no combate à criminalidade, caracterizam-se igualmente pela restrição de direitos, liberdades e garantias, ficando a sua realização dependente da observância de um conjunto de pressupostos legalmente exigidos.

Atendendo a todo o regime jurídico das escutas telefónicas, salienta-se a questão de saber qual a melhor forma de atuação processual quando, durante a sua realização, sejam reveladas informações que ultrapassam as razões, de facto e de direito, que justificaram o recurso a este meio de obtenção de prova, os chamados conhecimentos fortuitos.

Assim, a presente dissertação, tendo como principal objetivo dar resposta a esta mesma interrogação, irá centrar-se na análise da admissibilidade do valor probatório dos conhecimentos fortuitos obtidos no decurso de uma escuta telefónica.

No primeiro capítulo, de carácter introdutório e explicativo, procurarei fazer um enquadramento da figura jurídica dos conhecimentos fortuitos no âmbito das escutas telefónicas e, seguidamente, distinguir os conhecimentos fortuitos de figuras afins, particularmente dos conhecimentos de investigação. No capítulo seguinte, centrar-me-ei na questão central de determinar qual o valor dos conhecimentos fortuitos, começando por proceder a uma análise comparativa, tendo como finalidade captar as posições que vigoram noutros países europeus e, em seguimento, expor as várias posições doutrinárias e jurisprudenciais que surgiram, antes e depois da revisão ao CPP de 2007, dando a conhecer quais as teses que dominaram o ordenamento jurídico português, permitindo que se chegasse à disposição que consta atualmente do n.º 7 do artigo 187º do CPP. Por fim, serão apresentados quais os critérios legalmente exigíveis para o reconhecimento dos factos ocasionais e, em caso de violação dos mesmos, a sua respetiva consequência jurídica.

Desta forma, com a investigação deste tema pretende-se alcançar uma tomada de posição sobre o mesmo, mas, sobretudo, espera-se conseguir determinar até onde poderá

ir processo penal na sua atuação para a descoberta da verdade, sem nunca esquecer os limites a que se encontra sujeito.

Capítulo I – Enquadramento Jurídico dos Conhecimentos Fortuitos

1. Delimitação do conceito

Segundo o artigo 34º, n.º 4, da CRP¹, encontra-se vedada qualquer intromissão nos meios de comunicação dos cidadãos por parte das autoridades públicas consagrando-se assim, como regra geral, o princípio da inviolabilidade das telecomunicações. Porém, este direito constitucional não detém um carácter absoluto, reconhecendo-se a possibilidade de serem utilizadas provas que tenham sido adquiridas pela ingerência nas telecomunicações, desde que esta mesma permissão esteja expressamente prevista na lei e ocorra no âmbito de um processo criminal, sob pena de nulidade da prova, como decorre do artigo 32º, n.º 8, da CRP.

Como exemplo desta mesma permissão legal temos as escutas telefónicas, reguladas nos artigos 187º a 190º, do CPP, que se classificam como um meio de obtenção de prova, isto é, instrumento que viabiliza a obtenção de meios de prova usados para contribuir para a convicção do julgador nos seguintes termos: “ (...) *mediante o emprego de instrumentos técnicos ou eletrónicos, de uma conversação ou comunicação telefónica reservada (...) de que a investigação criminal pode socorrer-se durante a fase de inquérito, mediante prévia autorização judicial, por um período temporalmente limitado, sempre que as mesmas se revistam de importância indispensável para a descoberta da verdade ou para a prova de um delito do catálogo.*”² No entanto, pelo seu modo de atuação se consubstanciar na intromissão na vida privada de terceiros, as interceções telefónicas caracterizam-se pelo carácter lesivo dos direitos fundamentais, concretamente o direito à reserva da vida privada, ao segredo das telecomunicações e o direito à palavra, fazendo do recurso a este meio oculto de prova uma *ultima ratio*, sendo legítimo apenas quando os restantes meios de obtenção de prova se revelem ineficazes para obtenção de elementos de prova.

Frequentemente, no decurso da realização de uma interceção telefónica, os OPC, pela impossibilidade de realizarem previamente uma seleção objetiva do conteúdo que consta das gravações, acabam por contactar com factos desconhecidos que não apresentam qualquer ligação com o crime ou com a matéria factual que legitimou o recurso às escutas

¹ Cfr., CANOTILHO, João Joaquim Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição portuguesa anotada*, Vol. I, 3ª ed., Coimbra Editora, 2003, pág. 214

² Cfr., RODRIGUES, Cláudio Lima, *Dos pressupostos materiais de autorização de uma escuta telefónica*, Verbo jurídico, 2013, pág. 6

telefónicas. Esta informação que surge de forma eventual designa-se por conhecimentos fortuitos. Até à reforma de 2007 não existia qualquer disposição legal sobre os mesmos, sendo a opção pela sua admissibilidade, ou não, um debate aberto na doutrina, até que a Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, veio acrescentar o n.º 7 ao artigo 187º, do CPP, determinando expressamente a possibilidade dos conhecimentos fortuitos serem admitidos enquanto meio de prova num processo em curso ou num novo a instaurar. Porém, a sua admissibilidade está dependente da observância de um conjunto de requisitos, especificamente, que respeitem a um dos crimes de catálogo, os escutados sejam um dos sujeitos elencados no artigo 187º, n.º 4, do CPP e que sejam indispensáveis para produzir prova do ilícito.

2. Distinção entre os conhecimentos fortuitos e os conhecimentos de investigação

No âmbito do nosso estudo é de significativa importância proceder à distinção entre os conhecimentos fortuitos e os conhecimentos de investigação, pois, apesar de ambos serem classificados como factos descobertos de forma ocasional durante a realização de uma escuta telefónica, estamos perante diferentes institutos jurídicos que, conseqüentemente, requerem um tratamento processual diferenciado, particularmente ao nível da valoração probatória.

No nosso ordenamento jurídico, destaca-se o estudo levado a cabo pelos autores, MANUEL DA COSTA ANDRADE e FRANCISCO DE AGUILAR, dando origem a duas teses opostas e contraditórias entre si.

O Professor COSTA ANDRADE, para sustentar a sua tese, apoiou-se particularmente no pensamento de WOLTER³, que enuncia um conjunto de “*constelações típicas, com índole fechada e não esgotantes*”⁴ que, uma vez verificadas no decurso de uma escuta telefónica, serão passíveis de serem catalogadas enquanto conhecimentos de investigação. São elas⁵:

- a) Todos os acontecimentos que apresentem uma relação de concurso ideal ou aparente com os crimes que justificaram o recurso às escutas telefónicas;
- b) Os ilícitos criminais que detenham uma relação de alternatividade com os delitos que motivaram o uso das interceções telefónicas;

³ Cfr., WOLTER *apud* ANDRADE, Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, 1992, pág.281

⁴ Cfr., ANDRADE, Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições ...*, pág.306

⁵ Cfr., ANDRADE, Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições ...*, pág. 306

- c) Todas as formas de comparticipação incluindo as distintas configurações de favorecimento pessoal, auxílio material ou recetação;
- d) Todos os crimes que sejam realizados no âmbito de uma associação criminosa.

Por sua vez, a qualificação da informação recolhida enquanto conhecimento fortuito será efetuada de modo negativo, atribuindo-se-lhe um carácter meramente residual, logo, todos factos obtidos no decurso de uma escuta que não se enquadrem em nenhum dos grupos elencados serão qualificados enquanto conhecimentos fortuitos.

Para os defensores desta tese, o que efetivamente delimita a figura dos conhecimentos de investigação, distinguindo-os dos conhecimentos fortuitos, é a *“conexão, tanto no plano substantivo como processual, que se sustenta entre os crimes a que se reportam os conhecimentos de investigação, permitindo-se falar de uma relação de “mesmidade” entre o crime originário e os novos crimes postos a descoberto pela escuta. Em termos tais que a investigação do crime originário já leva consigo a investigação dos crimes novos, como conhecimento da(que) investigação de que fazem parte.”*⁶

Em sentido contrário, FRANCISCO DE AGUILAR, seguindo os mesmos critérios que são defendidos no ordenamento jurídico espanhol⁷, defende que apesar de ambas as figuras jurídicas derivarem da realização de uma escuta legalmente autorizada, estaremos perante um conhecimento de investigação quando os factos recolhidos se reportem ao mesmo crime que legitimou a interceção telefónica⁸ ou a outro delito que apresente a mesma conjuntura fatural⁹; contrariamente, quando as evidências alcançadas não estejam interligadas com o crime que justificou o recurso às escutas telefónicas ou não se reportem a um crime com o mesmo conteúdo histórico estaremos no âmbito dos conhecimentos fortuitos.

O Autor, tendo como principal preocupação garantir a segurança jurídica, procurou sustentar a sua tese com recurso a um critério legal, previsto no artigo 24º, n.º 1, do CPP, que assenta em dois principais critérios, a “unidade de investigação processual” e a “mesma situação histórica de vida”. Nestes termos, para que um facto seja considerado

⁶ Cfr., ANDRADE, Manuel da Costa, *O regime dos conhecimentos da investigação em processo penal – Reflexões a partir das escutas telefónicas*, As alterações de 2013 aos códigos penal e de processo penal: Uma revisão “cirúrgica”?, Organização de André Lamas Leite, Coimbra Editora, 2013, pág. 157

⁷ Cfr., FRAGOSO, Tomás López, *Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal*, revista *derechos y libertades*, Año 2.º, 1993, pág.85

⁸ Cfr., AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de, *Introdução ao estudo do regime dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa. 1999, pág.9

⁹ Cfr., AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de, *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, Almedina, 2014, pág.17

conhecimento de investigação basta que o nível de conexão¹⁰ existente entre o ilícito e os conhecimentos adquiridos se consubstancie numa das hipóteses que constam do artigo 24.º, n.º 1, do CPP.

Assim, à luz desta conceção, serão catalogados como conhecimentos de investigação todos os factos que se integram num critério de “unidade de investigação em sentido processual”, unidade essa apurada com base no artigo 24.º, n.º 1, do CPP; pelo contrário, os factos que não sejam enquadráveis no conceito de conhecimentos de investigação serão classificados como conhecimentos fortuitos.

Para reforçar a defesa da sua tese, FRANCISCO DE AGUILAR¹¹ apresentou algumas críticas à dissertação de COSTA ANDRADE. Primeiramente, reprova a inexistência de um critério objetivo sem assento legal para proceder à diferenciação entre os conhecimentos fortuitos e os conhecimentos de investigação, sendo esta efetuada exclusivamente com recurso a um critério meramente residual. Neste seguimento, censura igualmente que o Autor, para proceder à delimitação dos factos passíveis de serem definidos como conhecimentos fortuitos, tenha decidido constituir um grupo processual de ocorrências, não taxativas e fechadas, ficando totalmente à responsabilidade da doutrina e da jurisprudência procederem essa mesma demarcação, o que se poderá revelar: “ (...) *uma situação limite a ad terrorem, poderá esvaziar de tal maneira o conceito de conhecimento fortuito que deixe de fazer sentido qualquer referência à distinção entre este dois institutos*”¹².

Perante o exposto, importa agora tomar uma posição considerando as teses que vigoram no ordenamento jurídico Português, nunca esquecendo que, tanto os conhecimentos de investigação como os conhecimentos fortuitos, são factos adquiridos de forma puramente acidental, ou seja, acontecimentos fatuais que até então eram completamente desconhecidos pelo MP e pelos OPC. Das duas maiores conceções que regem na doutrina portuguesa, opto por aderir à noção de FRANCISCO DE AGUILAR, por assentar num critério objetivo, conferindo certeza, clareza e segurança jurídica, contrariamente à tese de COSTA ANDRADE, que reduz esta mesma distinção a um conjunto de hipóteses meramente exemplificativas e não taxativas, sendo por isso um risco elevadíssimo qualificar como conhecimentos fortuitos todos os casos que não se

¹⁰ Cfr., CONCEIÇÃO, Ana Raquel, *Escutas telefónicas: regime processual penal*, Lisboa, Quid Juris, 2009, págs. 232 e 233

¹¹ Cfr., AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de, *Dos conhecimentos fortuitos ...*, págs. 19 e 20; Cfr., CONCEIÇÃO, Ana Raquel, *Escutas telefónicas: regime ...* pág. 232

¹² Cfr., AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de, *Dos conhecimentos fortuitos ...*, págs. 20 e 21

encaixem numa das situações elencadas, já que estas apresentam-se num catálogo aberto, não projetando todas as hipóteses possíveis, transmitindo um conjunto de incertezas e instabilidade.

Desta forma, categorizo como conhecimentos de investigação todos os factos que apresentem uma conexão com o crime que motivou o recurso às escutas telefónicas, passível de se reconduzirem a uma das hipóteses do n.º 1 do artigo 24º, do CPP e chamar-se-á conhecimentos fortuitos a todos os acontecimentos completamente alheios ao ilícito e à situação fatural em que se centrou a autorização da interceção.

Jurisprudencialmente, as decisões dos nossos tribunais sobre esta problemática são escassas, não existindo uma tomada de posição uniforme e concisa, limitando-se a nossa jurisprudência a expor o que tem sido definido pela doutrina.

Das decisões do STJ, são de destacar dois acórdãos que foram invocados num acórdão¹³ de fixação de jurisprudência. Começamos pelo acórdão, de 23 de Outubro de 2002¹⁴, pelo qual o STJ foi chamado a decidir se os arguidos acusados e condenados pela prática do crime de dano com violência e detenção ilegal de arma também poderiam ser condenados pela prática do crime de roubo, informação essa que foi dada a conhecer pela realização de uma escuta num processo autónomo.

O Tribunal, indo de encontro ao que é defendido por COSTA ANDRADE, circunscreveu os conhecimentos de investigação a todos os factos “(...) *que ainda estão no âmbito da própria investigação em curso e em que, portanto existe uma maior ou menor proximidade entre situações que estão a ser objecto de apuramento*”. Fazendo ainda menção às constelações típicas de WOLTER, alegando que na observância das mesmas “(...) *nada repugna e até se justifica que os dados legalmente obtidos através de escutas telefónicas para determinados factos sejam extensíveis à prova dos demais factos que com eles tenham um polo de afinidade, assim se aproveitando os resultados de uma actividade que teve como escopo cobrir uma rede de criminalidade interligada*”. Por sua vez, os conhecimentos fortuitos são todos aqueles que são obtidos “(...) *de forma lateral e sem relacionamento com a investigação em curso*”.

O mesmo Tribunal, no acórdão de 1 de junho de 2006¹⁵ veio seguir a tese oposta, definindo os conhecimentos fortuitos como todos “(...) *os factos ou conhecimentos*

¹³ Acórdão do STJ, de 29/04/2009, Processo n.º 128/05.OJDLSB-A.S1, Relator: Juiz Conselheiro Souto de Moura.

¹⁴ Acórdão do STJ, de 23/10/2002, Processo n.º 02P2133, Relator: Juiz Conselheiro Leal Henriques.

¹⁵ Acórdão do STJ, de 1/06/2006, Processo n.º 06P1614, Relator: Juiz Conselheiro Pereira Madeira.

obtidos através de uma escuta telefónica legalmente efectuada e que não se reportam ao crime que determinou a realização daquela, nem a qualquer outro delito (pertencente ou não ao catálogo legal) baseado na mesma situação histórica da vida”.

No que respeita ao TRL, temos o acórdão de 11 de outubro de 2007¹⁶, onde foi colocada a questão de saber se, tendo-se autorizado uma escuta telefónica pela prática do crime de furto de veículos automóveis e falsificação dos respetivos documentos, poderia o arguido ter sido igualmente investigado pela prática do ilícito de tráfico de estupefacientes, dados estes alcançados no decurso de uma outra interceção. Este acórdão considerou enquanto conhecimentos de investigação “ (...) *todos os factos obtidos através de uma escuta telefónica legalmente efectuada que se reportam ou ao crime cuja investigação legitimou as escutas ou a um outro delito que esteja baseado na mesma situação histórica de vida - conceito cujo conteúdo é susceptível de ser obtido mediante o recurso aos critérios objectivos vertidos no art. 24 °, n.º 1, do CPP, referentes às situações de conexão processual*”. Apesar desta decisão apelar à aceção defendido por FRANCISCO DE AGUILAR, o Tribunal nunca chegou a apresentar qualquer definição de conhecimentos fortuitos; no entanto, atendendo ao facto do TRL ter proferido outras decisões¹⁷ onde afastou a classificação de um facto enquanto conhecimento fortuito por não estar em causa a mesma situação histórica podemos concluir que os mesmos serão definidos de modo residual, sendo qualificados enquanto tais por mera exclusão relativamente aos conhecimentos de investigação.

Já o TRP, atendendo às decisões que tem vindo a proferir, apresenta uma posição mais clara e concisa, seguindo na maioria das vezes a posição defendida por FRANCISCO DE AGUILAR. Assim, fazendo prova desta mesma afirmação, cabe expor dois decisões levadas a cabo pelo TRP.

No decurso do inquérito, suspeitando-se da prática de vários crimes de furto qualificado por um grupo de indivíduos, autorizou-se a interceção e gravação de quaisquer comunicações que fossem acionadas pelos telemóveis dos vários suspeitos. Porém, na sequência das escutas autorizadas, a GNR detetou que outro individuo, até à data desconhecido, rececionava os objetos furtados pelos principais suspeitos, o que permitiu que o individuo viesse a ser condenado pelo crime de receptação, punido ao abrigo do artigo 231º, do CP.

¹⁶ Acórdão do TRL, de 11/10/2007, Processo n.º 3577079, Relator: Juiz Conselheiro Relator João Carrola.

¹⁷ Acórdão do TRL, de 11/09/2007, Processo n.º 3554/2007-5, Relator: Juiz Conselheiro Nuno Gomes da Silva.

O arguido, inconformado com a decisão proferida, apresentou recurso para o TRP requerendo a declaração de prova proibida das escutas telefónicas realizadas alegando que as mesmas, “(...) *não foram autorizadas nem efectivamente foram efectuadas relativamente ao recorrente mas apenas a outros arguidos no processo*”. Assim, os factos ocasionalmente descobertos tratavam-se de conhecimentos fortuitos, logo, não poderiam ser valorados. Perante o recurso apresentado, coube ao TRP¹⁸ averiguar qual a classificação dos acontecimentos que surgiram no âmbito das comunicações telefónicas e se os mesmos poderiam ser valorados contra o Requerente.

O Tribunal sentenciou que, “(...) *o conhecimento obtido através dessas intercepções e gravações do tráfego dos telemóveis relativamente ao recorrente deve ser considerado como conhecimento obtido com a própria investigação e não conhecimento fortuitos. É que os chamados conhecimentos da investigação são factos obtidos através de uma escuta telefónica que se inserem na mesma história de vida do crime investigado, pelo que podem validamente ser usados na investigação. Pouco importa que o recorrente fosse terceiro relativamente a quem respeitava a autorização de intercepção e gravação das comunicações logo que esta se referisse, como referia, a um suspeito, os crimes de que os arguidos escutados e os que assim se evidenciaram como praticados pelo recorrente respeitassem, como respeitavam, a crimes de catálogo e, por fim, que os crimes de que ele era suspeito se inserissem, como inseriam, na história da investigação representada por aqueloutros.*”

No ano seguinte o TRP¹⁹ veio a debruçar-se sobre a mesma questão e, mais uma vez, usou o critério da “*mesma situação histórica da vida*” para classificar os factos ocasionalmente descobertos como conhecimentos de investigação.

Durante as diligências de investigação, realizaram-se intercepções comunicativas por suspeita da prática dos crimes de corrupção passiva, corrupção ativa, prevaricação de titular de cargo político, tráfico de influências e fraude fiscal. No entanto, com base nos factos obtidos, o MP, apesar de determinar o arquivamento do processo criminal relativamente a todos os crimes elencados, decidiu acusar o suspeito pela prática do crime continuado de peculato de uso, punível nos termos dos artigos 21º, n.º 1, da Lei n.º 34/87, de 16 de julho e 30º, n.º 2 do CP.

¹⁸ Acórdão do TRP, de 05/06/2013, Processo n.º 1885/10.8PIPRT.P1, Relator: Juiz Conselheiro Alves Duarte.

¹⁹ Acórdão do TRP, de 18/06/2024, Processo n.º 35/08.5JAPRT.P1, Relatora: Juíza Conselheira Maria Dolores Silva e Sousa.

Das várias questões que o Tribunal teve de se debruçar em torno das escutas telefónicas, para a discussão em curso importa mencionar a qualificação jurídica que foi atribuída pelo decisor relativamente aos acontecimentos ocasionais que vieram a revelar a prática do crime de peculato de uso. Nesse sentido, alegou: “(...) *Vamos seguir aqui a lição de Francisco Aguilar (...). Assim, conhecimentos da investigação serão os factos, obtidos através de uma escuta telefónica legalmente efectuada, que se reportam ou ao crime cuja investigação legitimou a realização daquela ou a um outro delito (pertencente ou não ao catálogo legal) que esteja baseado na mesma situação histórica de vida daquele. Em contrapartida conhecimentos fortuitos serão aqueles factos (ou conhecimentos) obtidos através de uma escuta telefónica legalmente efectuada e que não se reportem, nem ao crime cuja investigação legitimou a realização daquela, nem a qualquer outro delito (pertencente ou não ao catalogo legal) que esteja baseado na mesma situação histórica de vida daquele. Do que decorre que os conhecimentos fortuitos se definem negativamente face aos conhecimentos da investigação e daí o seu carácter residual. Ponto crucial com vista a distinguir uns e outros conhecimentos é objectivar o segundo segmento destrinçador entre eles: a saber, o da unidade processual (ou “mesma situação histórica de vida”)*”.

Perante o exposto, conclui-se que a nível jurisprudencial os nossos tribunais demonstram ter uma posição instável e variável o que poderá colocar em risco o processo de diferenciação entre as duas figuras uma vez, que atendendo à constante oscilação e alteração de tomada de posição por parte da jurisprudência nunca saberemos com o que contar.

Contrariamente à regra, o TRP demonstra ter optado pelo critério da “*unidade de investigação em sentido processual*”, apelando na maioria das suas decisões ao pensamento de FRANCISCO DE AGUILAR para proceder a esta distinção.

Capítulo II – A Valoração dos Conhecimentos Fortuitos

1. A perspetiva comparativa

1.1. Alemanha

Desde de logo importa analisar o que tem sido defendido pela doutrina e pela jurisprudência alemãs ao longo dos tempos, visto que foram os vanguardistas na discussão em torno da valoração dos conhecimentos fortuitos, lançando os primeiros fundamentos que deram azo a este grande debate.

Nesta exposição, importa fazer uma separação a nível temporal pelo surgimento da OrgKG, de 15 de julho de 1992, que veio modificar o capítulo V do § 100 b)²⁰, do StPO, passando a regular o tema dos conhecimentos fortuitos, que até a esta data, não dispunha de qualquer consagração legal. Com a entrada em vigor desta legislação, o ordenamento jurídico alemão passou a reconhecer expressamente a valoração probatória dos conhecimentos fortuitos noutra investigação em curso, desde que incidisse sobre um dos crimes do catálogo do §100 a), do StPO.

Doutrinalmente, o ordenamento jurídico alemão divide-se em três correntes. Num primeiro momento, temos uma tese mais extremista, defendida por PRITTWITZ²¹, que recusava totalmente a valoração dos conhecimentos fortuitos pela falta de norma legal na StPO que consagrasse expressamente a sua admissibilidade. Segundo o Autor, a possível valoração dos factos fortuitos, pela exigência de uma norma permissiva decorrente do artigo 100º II G.G, estava dependente de uma interpretação extensiva do § 100 a), da StPO; porém, por tratar-se de uma norma excecional, limitativa de um direito fundamental, essa mesma interpretação não seria admissível. No entanto, com o surgimento da OrgKG esta teoria deixa de fazer qualquer sentido, perdendo assim o seu principal alicerce.

Outro entendimento, seguido por SCHÜNEMANN²², propugnava a valoração dos conhecimentos fortuitos sem quaisquer limitações, desde que a interceção telefónica tivesse sido efetuada dentro dos trâmites legalmente exigidos. Nestes termos, se não fosse considerada proibida a produção de prova também não haveria qualquer impedimento à respetiva valoração. Todavia, esta doutrina revelou-se propensa à prática de actos fraudulentos por parte dos OPC, uma vez que permitiria a valoração de infrações criminais que nunca tivessem constituído causa justificativa da realização de escutas telefónicas²³, como ainda fazia da mera utilização da informação obtida pelo uso das interceções, só por si, uma conduta capaz de preencher os pressupostos de proibição de uma valoração autónoma²⁴.

²⁰ V §100 b): *Todas as informações pessoais obtidas só poderão ser utilizadas em outros procedimentos penais para fins de provas, na medida em que se obtenha informações necessárias à investigação de uma infração penal constante, no § 100 a).*

²¹ Cfr., PRITTWITZ, *apud*, ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições ...*, pág.309

²² Cfr., WALTER SCHÜNEMANN, *apud*, ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições ...*, pág. 279; Cfr., SCHÜNEMANN, *apud*, AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de, *Dos conhecimentos fortuitos ...*, pág. 42

²³ Cfr., AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de, *Dos conhecimentos fortuitos ...*, pág. 42

²⁴ Cfr., ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições ...*, págs. 55 e 56; Cfr., RIEB *apud* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Conhecimentos fortuitos – A busca de um equilíbrio apuleiano*, Almedina, 2006, pág.103

Por último, temos a doutrina majoritária, seguida pelos autores ROXIN²⁵, WELP, MAIWALD, RUDOLPHI e SCHLÜCHTER que apesar de aceitarem a valoração dos conhecimentos fortuitos, defendem que a sua admissibilidade encontrava-se totalmente dependente da observância das formalidades exigidas pelo BGH. Deste modo e respeitando o § 100 a), da StPO, os conhecimentos fortuitos têm de se enquadrar num dos crimes enunciados no catálogo legal. Todavia, alguns autores, cumulativamente, requerem a exigência de um “juízo hipotético de intromissão²⁶”, ou seja, o juízo de subsidiariedade e da idoneidade que é legalmente imposto à realização das interceções telefónicas tem de estar igualmente verificado na altura em que se pretende admitir a valoração dos conhecimentos fortuitos, fazendo deles um elemento significativo e indispensável ao processo de investigação²⁷. Na opinião de Welp²⁸, este juízo de admissibilidade a que os conhecimentos fortuitos ficam sujeitos deverá ser realizado não no processo no qual as escutas foram autorizadas, mas no próprio processo onde se pretende que os mesmos sejam valorados.

Tal como sucedeu na tese da recusa total da valoração dos conhecimentos fortuitos, a segunda vertente desta tese, com o surgimento da OrgKG, perde a sua força argumentativa, não tendo sido uma opção do legislador a verificação de “juízo de hipotético de intromissão”. No entanto, perante os entendimentos supra expostos, a doutrina majoritária segue a disposição constante da StPO, ou seja, a valoração das informações fortuita restringida aos delitos que constam do catálogo legalmente fixado.

A nível jurisprudencial, conclui-se pela uniformidade do conceito²⁹ de conhecimentos fortuitos, sendo estes definidos como todos os factos obtidos de modo aleatório que não se refiram ao crime de catálogo que fundamentou o recurso à escuta telefónica. No entanto, apesar do consenso em torno da noção dos conhecimentos fortuitos, nem sempre foram pacíficas as decisões dos tribunais relativamente à sua admissibilidade.

A primeira decisão sobre esta temática foi proferida pelo OLG, de Hamburgo, em 11 de outubro de 1972³⁰, tendo-se admitido a validade dos conhecimentos eventuais, mesmo

²⁵ Cfr., ROXIN, *apud*, AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de, *Dos conhecimentos fortuitos ...*, pág. 42

²⁶ Cfr., WELP, *apud*, AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de, *Dos conhecimentos fortuitos ...*, pág. 43

²⁷ Cfr., RUDOLPHI, *apud*, ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições ...*, pág. 310

²⁸ Cfr., WELP, *apud*, AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de, *Introdução ao regime dos conhecimentos ...*, pág. 33;

²⁹ Cfr., AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de, *Dos conhecimentos fortuitos ...*, págs. 27, 28 e 49

³⁰ Cfr., *apud* VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Conhecimentos fortuitos – A Busca de um equilíbrio ...*, pág. 103

que suspeita da prática do ilícito de catálogo que legitimou a realização da escuta não se viesse a comprovar.

Para fundamentar a sua decisão, o Tribunal utilizou três argumentos. Em primeiro lugar, o Tribunal fez uma aplicação analógica do § 108, da StPO, que confere admissibilidade probatória aos factos eventuais que são alcançados através de buscas domiciliárias. Seguidamente, explica que o alcance de informações aleatórias e distintas é uma consequência direta da realização de uma interceção telefónica, efeitos esses, que são do conhecimento do legislador. Por isso, não tendo sido estipulado diretamente a proibição da sua valoração é de presumir que o legislador se conformou com a sua aceitação. Por último, o Tribunal afirma que do disposto no §100 b), da StPO não se extrai a proibição de valorar estes mesmo conhecimentos, pois só se determina destruição da respetiva gravação quando a mesma já não é útil e indispensável à investigação da prática de um ilícito, mesmo que este não integre o catálogo legal do §100 a), da StPO.

No ano de 1976, coube ao BGH³¹ decidir sobre esta problemática, tendo ido em sentido contrário à decisão do OLG, tecendo várias apreciações aos seus fundamentos.

Relativamente à aplicação analógica do § 108º, da StPO, o BGH afasta esta possibilidade sendo que a realização das buscas domiciliárias, ao contrário do que acontece com as interceções telefónicas, não está sujeita a um catálogo de crimes que legitime o seu exercício. Quanto à segunda justificação, o BGH reprova totalmente a presunção que o OLG faz do pensamento do legislador pois, segundo o princípio da proporcionalidade, a restrições de direitos fundamentais apenas é permitida quando seja essencial à proteção de outros bens jurídicos constitucionalmente reconhecidos, nos termos do artigo 10º, da GG, o que no caso dos conhecimentos fortuito não sucede. Para finalizar, sobre o argumento que se apura no §100 b), do StPO, entende o BGH que a expressão que consta na lei, “perseguição criminal” (zur Strafverfolgung), deverá ser interpretada no sentido de investigação dos crimes de catálogo e não de todos e quaisquer crimes considerando que se fosse essa realmente a vontade do legislador, este teria utilizado outra expressão, nomeadamente “uma perseguição criminal” (zu einer Strafverfolgung).

Finalizadas as apreciações, o BGH toma a sua decisão afirmando que rejeita a total valoração de quaisquer conhecimentos fortuitos; contudo, poderão ser tidos em conta aqueles que coincidam com o catálogo de delitos do § 100 a), da StPO ou que apresentem

³¹ Cfr., ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições ...*, pág. 307

uma ligação com qualquer um dos crimes elencados, pois só com estas limitações será respeitado o princípio da proporcionalidade na restrição dos direitos fundamentais, consagrado no artigo 10º, da GG.

1.2. Espanha

Em Espanha pelo disposto no artigo 17º, da LECrim são definidos como conhecimentos fortuitos todos os factos que sejam descobertos acidentalmente durante a realização de uma escuta telefónica e que não apresentem qualquer uma conexão com o delito³² que a legitimou, factos estes que, à luz do artigo 579º, n.º 1, da LECrim³³, por remissão do artigo da alínea e) do artigo 588º, da LECrim³⁴, poderão ser tidos em conta para a abertura de um novo processo criminal.

A nível doutrinal, a maioria da autores³⁵ segue o que foi previsto pelo legislador, descartando qualquer possibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos; porém, as posições divergem quando se levanta a questão de saber qual a posição a tomar quando os conhecimentos revelados são direcionados para pessoa distinta daquela que foi sujeita a uma intercepção.

³² Importa informar que, no âmbito das intercepções telefónicas, o ordenamento jurídico Espanhol apresenta uma enorme lacuna, pois, contrariamente ao que sucede na legislação portuguesa, não apresenta um catálogo de crimes que justifiquem o recurso a este meio de obtenção de prova. Assim, por exigência decorrente do princípio da proporcionalidade, a que socorre a jurisprudência, apenas poderão servir de fundamento à realização das escutas os crimes graves ou ilícitos de menor gravidade, quando assumam uma transcendência social significativa. Mais uma vez, decorrente da inexistência de um critério legal, é necessário fazer apelo ao que tem sido defendido pela doutrina, que classifica como delitos graves todos aqueles crimes que sejam puníveis com uma pena superior a três anos de prisão.

³³ *Artigo 579º: A utilização de informações obtidas num procedimento diferente e no âmbito de descobertas ocasionais: 1. O resultado da obtenção e abertura de correspondência escrita e telegráfica poderá ser usado como meio de investigação ou evidência noutro processo criminal. Para que tais informações sejam tidas em conta noutro processo, deveram as mesmas serem comunicadas a partir do momento em que são descobertas.*

³⁴ *1. O juiz competente poderá autorizar o uso de dados e códigos de identificação, bem como a instalação de software, que permita, de forma remota e telemática, o exame remoto e sem conhecimento do proprietário ou usuário de um computador, dispositivo sistema electrónico, informático, instrumento de armazenamento em massa de dados ou bases de dados informáticos, desde que prossiga a investigação de qualquer um dos seguintes crimes:*

(...) e) Infrações cometidas através de ferramentas informáticas ou de qualquer outra tecnologia da informação ou serviço de telecomunicações ou comunicação.

³⁵ Cfr., ÁLVAREZ, Tomás Vicente López-Fragoso, *Derechos y libertades - Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, n.º2, 1993, págs. 69 e 88; Cfr., MIGUEL, Eduardo de Urbano Castilho; MORATO, Miguel Ángel Torres, *La prueba ilícita penal – Estudio jurisprudencial*, Editorial Aranzadi, 2003, pág. 275; Cfr., PEREZ, Francisco Alonso, *Medios de investigación en el proceso penal*, S.L. – Dykinson, 2003, pág. 422

De um lado, temos LÓPEZ BARJA DE QUIROGA³⁶ que nega plenamente a valoração de conhecimentos fortuitos contra terceiros. Contrariamente, MORENO CATENA e ALONZO PÉREZ, não vêm nenhum impedimento desde que tenham por base o ilícito que justificou o recurso às interceções e, como posição intermédia, surge MARTIN MORALES que aceita esses mesmos factos quando estejamos num caso de participação³⁷.

Já do ponto de vista das decisões proferidas pelos Tribunais Espanhóis, confrontamos com várias sentenças integralmente divergentes entre si.

Em 18 de junho de 1994, o STE proferiu um acórdão que ficou conhecido pelo “*Caso Naseiro*”, onde se viria a tomar pela primeira vez posição relativamente ao valor probatório dos conhecimentos fortuitos. Decidiu-se que caberia aos OPC, uma vez obtidas estas informações, comunicar diretamente ao JIC e este, por sua vez, detinha o poder de ampliar o objecto de investigação de forma a integrar os novos factos descobertos. Todavia, esta inclusão somente poderia ser efetuada na eventualidade de existir uma ligação entre a informação descoberta e o ilícito que justificou o recurso às interceções telefónicas pois, na sua ausência, os conhecimentos fortuitos seriam objeto de uma investigação independente.

Onze anos depois, o mesmo Tribunal que definiu que a conexão era o requisito legitimador da admissibilidade dos conhecimentos fortuitos veio defender³⁸ uma posição muito menos limitativa permitindo, desde que a interceção telefónica tivesse sido legalmente autorizada preenchendo os pressupostos da proporcionalidade, necessidade e motivação, todos os conhecimentos alcançados, independentemente de incidirem sobre pessoas ou crimes diversos dos que tiveram na base da escuta. Portanto, sendo este meio de obtenção de prova admissível, toda a informação que dele surgisse seria igualmente passível de valoração.

Esta decisão é o reflexo da insuficiência de um catálogo de crimes na legislação espanhola, gerando um conjunto de decisões jurisprudenciais demasiado amplas, que chegam mesmo a colocar em causa a protecção constitucional perante o segredo das comunicações, regulado pelo artigo 18.º, n.º 3, da Constituição Espanhola.

³⁶ Cfr., QUIROGA, Jacabo López Barja de, *Tratado de derecho procesal penal*, Aranzadi, 4ª ed., 2010, pág. 1111

³⁷ Cfr., ALONSO PÉREZ, MARTIN MORALES, LÓPEZ-FRAGOSO e MORENO CAETANA apud VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Conhecimentos fortuitos – A busca de um equilíbrio ...*, pág. 122

³⁸ Acórdão do STE 75/2005, recurso n.º 547/2004.

Um dos principais fundamentos que perdurou ao longo dos anos³⁹ para sustentar as decisões dos tribunais espanhóis foi a apreensão das informações em flagrante delito usadas no âmbito das buscas domiciliárias, todavia, excluídas no sector das escutas assentes em dois motivos.

Como primeiro alicerce, temos o tempo de duração de uma escuta telefónica e de uma busca domiciliária. O primeiro meio de obtenção de prova, pela sua própria génese, apresenta uma maior duração no tempo existindo a possibilidade de retificar a autorização judicial de formar ampliar o seu campo de aplicação, passando abarcar outros crimes que não os que inicialmente constavam do despacho de autorização. Já nas buscas domiciliárias, pelo facto de se concretizarem apenas num único ato, a possibilidade de se obterem provas que indiciem a prática de crime diverso daquele que justificou a sua realização será uma consequência possível, tal como provem do artigo 286º, da LECrim. Tal situação está abrangida na definição de flagrante delito declarado pelo Tribunal Constitucional Espanhol⁴⁰ na decisão n.º: 341/1993, de 18 de Novembro, nos seguintes termos: “*situación fáctica en la que la comisión del delito se percebe con evidencia e exige por ello una inmediata intervención.*”

Invoca-se ainda que as escutas telefónicas, enquanto meio de obtenção de prova que incide diretamente sobre a vida íntima do sujeito, carecem de um suporte de garantias muito mais exigente. Por outro lado, o modo de atuação das buscas domiciliárias decorre apenas da apreensão de um único objecto que faz parte de todo o universo do suspeito, portanto, as garantias que lhe são conferidas gozam de uma intensidade reduzida.

Outro argumento que foi sendo frequentemente invocada pela jurisprudência⁴¹ era a ideia de que para os conhecimentos fortuitos valerem enquanto *noticia criminis*, dando início a um novo processo de investigação, teriam de ser, por si só, factos que permitissem a realização de uma escuta telefónica autónoma e independente. Assentando nos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade, qualquer situação factual que legitime o recurso às escutas telefónicas, por preencher todos os pressupostos do qual depende a sua admissibilidade, poderá ser valorado quando obtido de forma fortuita no decurso de uma intercepção.

³⁹ Cfr., Acórdão do STE de março de 1994, *apud*, QUIROGA, Jacabo López Barja de, *Tratado de Derecho* ... págs. 1249 e 1259; Decisões do STE 315/2003, de 4 de Março; 67/2010, de 24 de Fevereiro e 742/2003, de 22 de Maio

⁴⁰ Cfr., *apud*, QUIROGA, Jacabo López Barja de, *Tratado de derecho* ..., págs. 1250

⁴¹ Acórdão do STE 1313/2000, recurso n.º 128/1999 e 8139/2007, recurso n.º 792/2007.

Por último, temos as decisões⁴² que recorrem ao elemento da conexão para admitirem ou excluïrem os conhecimentos aleatórios. Assim, se os factos descobertos de forma eventual, no decurso de uma escuta legítima, apresentarem uma ligação com o crime que originou a escuta em curso, esses mesmos factos serão tidos em conta, detendo valor probatório no âmbito da investigação corrente. Caso o requisito da conexão não esteja preenchido, existe a possibilidade desses mesmos factos serem tidos em conta como *noticia criminis*, apenas quando reflitam uma “*gravidade penal suficiente*”⁴³.

Perante várias decisões tomadas pelo STE, podemos concluir pela inexistência de uma posição dominante, oscilando-se pela jurisprudência que reconhece a total valoração dos conhecimentos fortuitos, desde que se verifique o cumprimento de todos os requisitos legalmente exigidos para concretização das escutas telefónicas como, ao mesmo tempo, a admissibilidade dos conhecimentos ocasionais fica totalmente dependente da observância de um conjunto de preceitos.

Esta falta de posição unânime entre os julgadores tem sido apontada⁴⁴ como o resultado de uma deficiência a nível material e procedimental no âmbito das intercepções telefónica, tendo mesmo o TEDH tomado posição censurando as várias deficiências apresentadas pela lei espanhola, afirmando que “(*...*) as garantias introduzidas pela lei de 1988, não respondem a todas as condições exigidas pela jurisprudência deste tribunal (*...*). Tal ocorre a nível da natureza das infrações que podem motivar uma escuta, com a falta de fixação de um limite temporal e (*...*) ausência de uma norma legal que discipline o regime de valoração dos conhecimentos fortuitos”⁴⁵.

1.3. Itália

Segundo a regra geral do artigo 270.º, n.º 1, do CPPI⁴⁶, os conhecimentos fortuitos são dignos de valoração apenas no processo em que tenha sido proferido despacho de autorização, salvo duas exceções, onde se admite que os conhecimentos fortuitos sejam valorados no âmbito de um novo e independente processo.

⁴² Acórdão do STE 372/2010, recurso n.º 11016/2009 e 457/2010, recurso n.º 2322/2009.

⁴³ Acórdão do STE 740/97, recurso n.º 2828/1995 e Acórdão 1438/2009, recurso n.º 142/2009. Defendeu-se que todos os crimes com penas de prisão superior a três anos de prisão ou que assumissem uma relevância social, seriam aptos à realização de uma escuta telefónica.

⁴⁴ Cfr., RODRIGUES, Cláudio Lima, *Da valoração dos conhecimentos fortuitos ...*, págs. 85 e 86

⁴⁵ Acórdão do TEDH, no caso Prado Bugallo vs. Espanha, datado em 18 de fevereiro de 2003.

⁴⁶ Artigo 270.º - *Uso em outros procedimentos: 1. Os resultados das intercepções não podem ser usados em procedimentos diferentes daqueles em que foram organizados, a menos que sejam indispensáveis para averiguar crimes para os quais a detenção em flagrante delito é um requisito obrigatório.*

Primeiramente, quando a sua valoração seja imprescindível⁴⁷ para confirmar a prática de um ilícito. Assim respeitando o princípio da subsidiariedade, a informação recolhida tem de ser essencial e imprescindível enquanto elemento de prova a usar no novo processo, salvo se for possível fazer prova desses mesmos factos com recurso a outros meios de prova, que não apenas e só a gravação, pois nesse caso este pressuposto não se encontra verificado. A segunda exceção obriga a que essas mesmas informações façam menção a um crime sobre o qual não se admite a detenção em flagrante delito, atendendo-se ao artigo 380.º, do CPPI.

A utilização da expressão “*procedimenti diversi*”, no artigo 270.º, n.º 1, do CPPI, levou ao surgimento de uma discussão no seio da doutrina. Alguns autores⁴⁸ defendem que se existir entre os dois crimes, o que motivou à utilização da escuta e o que foi descoberto de modo ocasional, uma conexão nos termos do artigo 17º, do CPPI, a análise da escuta deve ser efetuada tendo em consideração ambos os delitos e não reencaminhar o conhecimento ocasional para um processo destinto, realizando-se um análise unitária. Em sentido oposto, outro segmento da doutrina considera⁴⁹ ser indiferente a existência de uma ligação entre os dois crimes, pois afirma-se que a partir do momento em são revelados conteúdos alheios ao crime que legitimou o uso da escuta deverá ser aplicado a 1ª parte do artigo 270º nº1, do CPPI, ficando a sua utilização circunscrita ao processo em curso.

2. Posição adotada na ordem jurídica portuguesa

2.1. As principais posições doutrinárias

2.1.1. Valoração Incondicional

A tese da valoração incondicional admite o valor probatório de qualquer conhecimento fortuito que surja no decurso da realização de uma escuta telefónica, desde que esta seja autorizada e executada dentro dos parâmetros legalmente exigidos, fundamentando a sua posição com base em dois principais: de um lado, a ideia da continuidade entre a produção de prova e a sua respectiva valoração e, por outro, a

⁴⁷ Cfr., Rugieri, *apud*, CONSO, GIOVANNI; GREVI, Vittorio, *Commentario breve al código di procedura penale*, Cedam, 2005, pág. 811

⁴⁸ Cfr., CANTONE e PROCACCIANTI, *apud*, CONSO, Giovanni; GIULIO, Illuminati, *Commentario* ..., pág. 811

⁴⁹ Cfr., PIZZOLANTE e BALDUCII, *apud*, CONSO, Giovanni; GIULIO, Illuminati, *Commentario*, ..., pág. 811

aplicação analógica do regime que vigora no âmbito das buscas domiciliárias na matéria dos conhecimentos fortuitos.

Esta posição é fundamentalmente seguida pelo direito alemão, porém, apesar de não ter conquistado grandes apoiantes na doutrina portuguesa, “(...) *não sendo arriscado apontá-los como praticamente isolados*”⁵⁰, a verdade é que a doutrina nacional para fundamentar a opção de não perfilhar esta mesma tese acaba por lhe imputar um conjunto de críticas.

Em primeiro lugar, deparamo-nos com uma equiparação dos conhecimentos de investigação com os conhecimentos fortuitos, deixando de ter significado efetuar a diferenciação de um relativamente ao outro, dado que ambos são subjetivos de valoração, uma vez que a única condição à aceitação dos dados recolhidos de forma residual é que a interceção telefónica de onde os mesmos foram alcançados seja legítima. Todavia, a doutrina portuguesa⁵¹ negou a existência de qualquer similitude entre estas duas figuras jurídicas, pois enquanto os conhecimentos de investigação expõem eventos que apresentem uma conexão com crime de catálogo que impulsionou o recurso às escutas, fazendo dele parte da “*unidade de investigação em sentido processual*”, em contrapartida, os conhecimentos fortuitos, pela carência do elo de ligação invocado, nunca poderão ser delimitados como parte da fração de “*todo o evento*” que tenha justificado a utilização das interceções telefónicas, apoiado no princípio da proporcionalidade.

Importa igualmente evidenciar que, ao consentirmos com esta orientação estaríamos a possibilitar o reconhecimento de qualquer delito, pertencendo ele ou não, a um dos crime de catálogo, o que certamente irá potencializar uma conduta abusiva por parte das autoridades criminais que conduzem as diligências de investigação, ou seja, estaríamos a camuflar o próprio contexto da investigação dando a possibilidade aos OPC de irem atrás de provas indiciárias da prática de quaisquer crimes, os quais não se encontram abrangidos pelo despacho de autorização judicial⁵². Assim, iríamos atribuir a “*função de mera prospeção*”⁵³ às escutas telefónicas, viabilizando que os OPC realizassem diligências de investigação para as quais não dispunham de legitimidade.

⁵⁰ Cfr., ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições ...*, pág.309

⁵¹ Cfr., ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições ...*, págs. 306 e 307; Cfr., RODRIGUES, Cláudio Lima, *Da valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos durante a realização de uma escuta telefónica*, Verbo Jurídico, pág. 107

⁵² Cfr., AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de, *Dos conhecimentos fortuitos obtidos ...*, pág.42; Cfr., VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Conhecimentos fortuitos – A busca de um equilíbrio ...*, pág.111

⁵³ Cfr., MULAS, Nieves Sanz, *Los medios de obtención de pruebas en España*, I Congresso de Processo Penal, Coimbra, 2005, pág. 336

Por fim, afirma-se que a aceitação desta teoria, só por si, viola⁵⁴ a regra geral da proibição de produção e a valoração de qualquer conversação obtida por via de uma interceção telefónica, fazendo dela uma “*valoração autónoma ou independente proibida*”⁵⁵, que assenta na protecção da tutela dos direitos fundamentais.

Perante o exposto, concluímos que esta orientação se encontra totalmente ultrapassada, não tendo qualquer acolhimento no ordenamento jurídico Português, sobretudo após a alteração legislativa de 2007, que passou expressamente admitir a valoração dos conhecimentos fortuitos, ainda que dependendo da verificação de um conjunto de requisitos.

2.1.2. Recusa Total

A tese da recusa total, defendida no ordenamento jurídico Português pelos autores DAMIÃO DA CUNHA e FRANCISCO DE AGUILAR, tal como o próprio nome indica, nega totalmente a admissibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos.

A 24 de Abril de 2006, DAMIÃO DA CUNHA, na Unidade de Missão para a Reforma Penal⁵⁶, pronunciou-se pela discordância da hipótese dos conhecimentos ocasionais passarem a ser reconhecidos enquanto meios de prova, sustentando o seu pensamento na inconstitucionalidade dos factos revelados, uma vez que os mesmos não são parte individualizada no despacho judicial de autorização.

Identicamente, FRANCISCO DE AGUILAR, seguindo a teoria da inadmissibilidade de valorar os conhecimentos fortuitos, assentou o seu juízo na reversa constitucional de lei. Expôs que na inexistência de um preceito legal que, explicitamente, habilitasse a valoração dos ditos conhecimentos estes, por si só, consubstanciar-se-iam num “ (...) *objecto de uma proibição de valoração de prova, nos termos do artigo 32º, n.º8, da CRP, por representar uma “intromissão abusiva” a valoração de determinados factos quando efetivada fora dos casos previstos na lei*”⁵⁷.

Antes da reforma de 2007, da análise do artigo 187º, do CPP extraía-se apenas a possibilidade de valorar os conhecimentos de investigação, ficando de fora a valoração de qualquer informação ocasionalmente descoberta, cingindo-se o reconhecimento dos factos que surgem no decurso da realização das escutas telefónicas apenas a delitos que

⁵⁴ Cfr., ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições ...*, pág. 56

⁵⁵ Cfr., AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de, *Dos conhecimentos fortuitos obtidos ...*, pág.42

⁵⁶ Acta n.º18, realizada no Ministério da Justiça

⁵⁷ Cfr., AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de, *Introdução ao estudo do regime dos conhecimentos ...*, págs. 64 e 65

legitimaram o auxílio a neste meio de obtenção de prova. Nestes termos, a falta de uma autorização específica que cobrisse este mesmo âmbito e a violação do disposto no artigo 18º, n.º 2, da CRP, levou o Autor a sustentar como única alternativa possível a recusa total de admissibilidade dos respetivos conhecimentos. Conclui então que esta hipótese de valoração não corresponde à *ratio* do artigo 187º, do CPP, fazendo dela uma prova inadmissível e, conseqüentemente, a declaração da sua nulidade. Porém, FRANCISCO DE AGUILAR não descartou a possibilidade da informação fortuita valer enquanto *notitia criminis*⁵⁸, dando origem, nos termos do artigo 241º, do CPP, a um novo procedimento criminal.

Evidencia-se a discordância proferida por MANUEL VALENTE⁵⁹, considerando o pensamento de FRANCISCO DE AGUILAR incompatível entre si, pois, por um lado, não podemos simplesmente excluir a valoração de conhecimentos fortuitos justificando-se pela violação do princípio da reserva de lei, consagrado nos artigos 18º, n.º 2 e 34º, n.º 4, da CRP, mas, por outro lado, aprovar, automaticamente, que os ditos conhecimentos possam ser tidos em conta como *notitia criminis*, como se não fossem alvos de investigação, e serem valorados.

A linha de pensamento de DAMIÃO DA CUNHA foi igualmente alvo de reprovação por parte da doutrina. Primeiramente, um dos pressupostos de admissibilidade das escutas telefónicas é incidirem, somente, sobre um dos crimes catalogares que constam do artigo 187º, n.º 1 e n.º 2, do CPP. No entanto, no que diz respeito aos conhecimentos fortuitos⁶⁰ temos de salientar que o JIC elabora o despacho de autorização detendo apenas como elementos de ponderação todos os meios probatórios que já são conhecidos à data da preparação do despacho judicial. O facto de a esse tempo ser totalmente desconhecido a existência de qualquer facto ocasional, uma vez que apenas surgem no decurso das interceções telefónicas, maneira que nunca poderão constar da referida licença de permissão.

Uma vez mais, tal como foi possível observar na tese da valoração incondicional, com a inserção do preceito do artigo 187º, n.º 7, do CPP, pela Lei nº. 48/2007, de 29 de agosto, esta conceção perde plenamente a sua âncora de argumentação, tornando-se inconciliável com a nova disposição legal, que passou admitir que os conhecimentos

⁵⁸ Cfr., AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de, *Introdução ao estudo do regime ...*, pág. 86

⁵⁹ Cfr., VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Conhecimentos fortuitos – A busca de um equilíbrio ...*, pág. 130

⁶⁰ Cfr., RODRIGUES, Cláudio Lima, *Da valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos ...*, pág. 113

fortuitos sejam acolhidos enquanto meios de prova, quer no processo em curso como no processo a ser instaurado. Esta advertência foi um dos principais julgamentos aludidos contra o pensamento de FRANCISCO DE AGUILAR, todavia, a conduta do legislador ao estipular uma norma habilitadora própria dos conhecimentos fortuitos leva-nos a deduzir que de certa forma acabou por ser influenciado por parte da filosofia autor.

2.1.3. Valoração Condicional

A tese da valoração condicional destaca-se por ser a conceção com maior número de apoiantes e, respetivamente, por ser aquela que foi adotada pelo legislador. Assim, é de real importância proceder a um estudo mais aprofundado de cada uma das vertentes desta teoria.

Num primeiro momento, temos a apreciação do Professor GERMANO MARQUES DA SILVA⁶¹, que desde cedo tomou como posição a possibilidade de aceitar os conhecimentos fortuitos, estabelecendo como principal condição reportarem-se a um dos crimes legalmente estipulados e serem imprescindíveis para a prova da prática do delito em concreto. Na vertente subjetiva, acolhe a ideia dos referidos factos serem valorados tanto contra o suspeito escutado como contra terceiros, quando façam uso do meio de comunicação sobre o qual recai a escuta telefónica.

No entanto, apesar de propugnar o reconhecimento das informações eventuais, adota uma filosofia restrita perante a norma do artigo 187º, do CPP, afastando assim a possibilidade de considerar enquanto meio de prova os delitos que por si só dispõem de uma conexão com o crime catalogar, resultando de uma “*unidade investigatória processual*”.

Em concordância com esta opção, surge o parecer do Professor PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE⁶², que apesar de acompanhar a ideia base de GERMANO MARQUES DA SILVA, optou por, socorrendo-se da doutrina alemã, aprovar a possibilidade de atender a crimes que detenham uma conexão com o delito que originou a interceção independentemente de constarem do catálogo de crimes. Tal solução chegou mesmo a ser proposta na sequência da reunião da Unidade de Missão para a Reforma Penal.

A orientação de COSTA ANDRADE classifica-se como uma das mais emblemática na doutrina Portuguesa, tendo sido ele o pioneiro na investigação desta problemática,

⁶¹ Cfr., SILVA, Germano Marquês da, *Curso de processo penal*, Tomo II, Editorial Verbo, 2008, págs. 255 e 256

⁶² Cfr., ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário ao código processo penal*, 2009, pág. 511

alegando que para os conhecimentos fortuitos serem dignos de reconhecimento têm de estar verificadas um conjunto de exigências. Enquanto imposição mínima, os ditos conhecimentos têm de remeter-se a um dos ilícitos de catálogo. Exige-se ainda que sobre o facto ocasional recaia um juízo hipotético de intromissão⁶³, característica do carácter excecional das escutas telefónicas, ou seja, a circunstância de se aproveitar os factos descobertos para outro processo, em curso ou a instaurar, requer que esses conhecimentos sejam determinantes e imprescindíveis para fazer prova da prática de uma conduta ilícita, cumprindo assim o princípio da necessidade. Como última exigência, tem de estar preenchido o princípio da proporcionalidade, que atendendo ao elevado grau de danosidade para os direitos fundamentais próprio das escutas telefónicas e dos factos que daí decorrem, supõe um juízo de ponderação atendendo à perigosidade do ilícito, como ao mesmo tempo “(...) ao grau de suspeita e a própria urgência criminalística da medida”⁶⁴.

ANDRÉ LAMAS LEITE foi outro Autor que defendeu a teoria da aceitação condicional dos conhecimentos fortuitos, apoiando a sua reflexão em ideias semelhantes às de COSTA ANDRADE, inclusive a constatação de um estado de necessidade investigatório⁶⁵. No entanto, é de destacar que o Autor defende a inadmissibilidade⁶⁶ de valoração de quaisquer delitos fortuitos exteriores aos ilícitos de catálogo, com base em duas ordens de razões: primeiramente, estaríamos perante uma violação do princípio da legalidade, porque permitiríamos a valoração de crimes que o legislador considerou não serem merecedores de consagração legal, ou seja, que “ (...) entendeu não terem suficiente dignidade para serem levados à balança de ponderação de interesses entre a inviolabilidade das telecomunicações e a descoberta da verdade em processo penal”⁶⁷. Em segundo lugar, esta tomada de posição pretende evitar atuações abusivas por parte dos órgãos de investigação, que ao contactarem com provas pertencentes a outros crimes, mesmo que não constassem do inventário legal, sentir-se-iam tentados a seguir com a investigação.

⁶³ Cfr., ANDRADE, Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições ...*, págs. 311 e 312

⁶⁴ Cfr., ANDRADE, Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições ...*, pág. 310

⁶⁵ Cfr., LEITE, André Lamas, *As Escutas Telefónicas – Algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respetiva violação*, in RFDUP, Ano I, Coimbra Editora, 2004, pág. 40

⁶⁶ Cfr., LEITE, André Lamas, *As Escutas telefónicas – Algumas reflexões ...*, pág. 38

⁶⁷ Cfr., LEITE, André Lamas, *As Escutas Telefónicas – Algumas reflexões ...*, pág. 41

Todavia, apesar de não valerem enquanto meio de prova, o autor permite que os factos eventuais que não caibam no elenco legal possam ser tidos em conta como notícia do crime.

Por último, cabe analisar a orientação de MANUEL VALENTE, pois, ainda que siga as ideias bases dos autores anteriormente referidos, a verdade é que a sua conceção é dotada de algumas particularidades. Para os conhecimentos fortuitos serem reconhecidos enquanto meios de prova válidos têm de apresentar quatro requisitos cumulativos, concretamente: as informações alcançadas acidentalmente têm de ser adquiridas por uma escuta lícita; os factos serem referentes ao escutado ou a terceiros, desde que estes tenham interferido na interceção telefónica; estejamos perante um estado de necessidade investigatório, verificando-se “ (...) *uma probabilidade qualificada de que em aquele processo autónomo se recorreria à escuta telefónica por se mostrar de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova*”⁶⁸; e que o JIC que concedeu autorização à realização das escutas seja informado.

Assim, enquanto pressupostos cumulativos, a falta de qualquer um deles irá determinar a inadmissibilidade de valoração dos conhecimentos fortuitos, não podendo sequer serem tidos em conta dando início à abertura de inquérito, porque tal configuraria uma situação de “ (...) *inconstitucionalidade material por violação dos princípios da proporcionalidade e por interpretação restritiva das normas que afetam direitos, liberdades e garantias fundamentais, artigos 18º, 26º e 34º, da CRP*”⁶⁹.

2.2. Análise jurisprudencial: antes e depois da reforma de 2007

Antes do surgimento do n.º 7 do artigo 187º do CPP, a questão em análise não era alvo de grande atenção por parte da jurisprudência. No entanto, das várias decisões analisadas foi possível concluir que os tribunais portugueses, mesmo antes da significativa alteração legislativa, seguiam uma posição intermédia, atribuindo valor probatório aos conhecimentos fortuitos apesar de forma condicionada.

A primeira decisão a pronunciar-se sobre esta problemática, ainda que de forma indireta, foi o Acórdão do TRP, de 11 de janeiro de 1995, tendo como relator o Juiz Conselheiro Pereira Madeira, que se debruçava sobre duas questões, por um lado saber

⁶⁸ Cfr., VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Conhecimentos fortuitos – A busca de um equilíbrio ...*, págs. 133 a 134

⁶⁹ Cfr., VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Conhecimentos fortuitos – A busca de um equilíbrio ...*, pág. 136

se que o arguido poderia ter acesso aos equipamentos técnicos das escutas e às respetivas gravações e, por outro lado, o alargamento do prazo para a abertura da instrução.

Para fundamentar e explicitar o seu entendimento, o Juiz determina a inadmissibilidade das escutas telefónicas quando não respeitem os pressupostos legalmente exigidos, fazendo delas provas proibidas. Para completar o seu raciocínio invocou também que “*Em matéria de escutas é já aceite, como princípio de observância obrigatória, o da proibição dos conhecimentos fortuitos que não estejam em conexão com um « crime do catálogo: , entendido este como o « numerus clausus : dos delitos em cuja instrução a lei adjectiva admite a possibilidade de utilização das escutas.*”. Na ótica deste Tribunal, vigora a regra da proibição de valoração dos conhecimentos fortuitos, salvo quando apresentassem uma conexão com um dos crimes de catálogo.

Com uma apreciação um pouco diferente da decisão anterior, temos o Acórdão do TRL⁷⁰, de 6 de maio de 2003, tendo como relatora a Juíza Conselheira Filomena Lima, que se decidiu pela parcial valoração dos conhecimentos fortuitos. Assim, se das informações recolhidas ocasionalmente obtivermos conhecimento da prática de um crime que se consubstancie num crime de catálogo, este novo delito não poderá ser alvo de investigação no processo que se encontra em curso, mas apenas num processo criminal autónomo. Nesta sentença rejeitou a integração dos factos eventuais no processo em curso, no entanto, não coloca qualquer impedimento ao seu reconhecimento num processo novo a instaurar-se.

Sobre as decisões proferidas pelo o STJ, chama-se à colação uma das sentenças já mencionadas, o acórdão proferido no processo n.º 02P2133, no âmbito do qual coube ao tribunal avaliar se os arguidos poderiam ser condenados pela prática do crime de roubo já que esta informação surge no âmbito de uma escuta telefónica, não constando este ilícito do despacho judicial de autorização.

Invocando a ausência de qualquer disposição que incidisse sobre esta problemática, o STJ para fundamentar a sua decisão e confirmar as sentenças anteriormente proferidas, apoia-se na doutrina do professor Costa Andrade, que “ (...) *admite ser possível conferir-se valor probatório aos conhecimentos fortuitos desde que respeitados dois princípios básicos: o primeiro, que exige, no mínimo, que esses conhecimentos se reportem « a um crime de catálogo, a uma das infracções previstas no art.º 187º do CPP»; o segundo, que pressupõe que no processo para o qual se transportam os dados assim recolhidos se*

⁷⁰ Processo n.º 0017455.

considere que estes são absolutamente indispensáveis à concreta actividade investigatória, nos mesmos termos em que se condiciona a recolha directa de prova através das escutas telefónicas, e a que alude a parte final do n.º 1 do art.º 187º citado («houver razões para crer que a diligência se revelará de interesse para a descoberta da verdade ou para a prova»)”.

Segundo esta concepção, afirma-se como regra geral a proibição da valoração dos conhecimentos fortuitos, no entanto, promoveu-se a ideia do “*aproveitamento extraprocessual*”, podendo os conhecimentos eventuais serem aproveitados somente num processo independente, quando obedçam a um conjunto de exigências, nomeadamente, as escutas telefónicas de onde surgem os conhecimentos ocasionais têm de ser lícitas; essas mesmas informações têm de se concretizar num dos crimes de catálogo; têm de ser imprescindíveis para a descoberta da verdade no processo para o qual serão transportados, pois só assim será possível o progresso na investigação pela falta de outros meios de obtenção de prova aptos para o efeito; e, por último, que ao arguido seja conferido o direito ao contraditório sobre os conhecimentos obtidos.

Atendendo à exposição realizada conclui-se que antes da reforma a jurisprudência, na omissão de uma disposição legal que cobrisse diretamente a problemática, não seguia uma concepção unânime e convergente relativamente à valoração dos conhecimentos fortuitos. Assim, é possível afirmar que a jurisprudência dividia-se maioritariamente em três vertentes, concretamente, o princípio da não valoração dos conhecimentos fortuitos; a sua admissão como notícia do crime, permitindo a instauração de um novo processo crime; e a possibilidade de serem valorados, desde que respeitassem um conjunto de condições.

Procede-se agora a uma análise das decisões que têm sido tomadas pelos tribunais portugueses após a entrada em vigor do nº 7 do artigo 187º, do CPP, que expressamente passou a reconhecer valor probatório aos conhecimentos ocasionais.

Num primeiro processo o arguido recorreu para o STJ⁷¹, invocando que as escutas telefónicas deveriam ser declaradas meio de obtenção de prova proibido, pelo facto de serem sido autorizadas tendo apenas como escutados arguidos no processo, entre os quais não se encontrava o recorrente. O MP investigava a prática de crimes de furto, no entanto, durante a ocorrência das intercepções descobre-se que o recorrente recetava todos os objetos que tinham sido furtados, vindo assim a ser condenado pela prática do crime de

⁷¹ Acórdão do STJ, de 05/06/2013, Processo n.º 1885/10.8PIPRT.P, Relator: Juiz Conselheiro Alves Duarte.

recetação, punido pelo artigo 231º, do CP. O Tribunal, apesar de considerar que os factos obtidos se inserem no âmbito dos conhecimentos de investigação, atentou que se tratassem de conhecimentos fortuitos não haveria qualquer obstáculo a que os mesmos fossem valorados contra o recorrente não escutado, pois, “(...) *nada impede, nestes casos, que a condição de suspeito ou de arguido resulte da própria escuta transferida. E por isso é que deverão ser incluídas não só as pessoas que já tenham, como as que possam vir a ter o estatuto daquelas que estarão previstas no n.º 4.*» *E embora o aresto tenha sido tirado numa situação de transferência de escutas para outro processo, naturalmente que a razão de ser da norma vale também para o caso, como o presente, em que o terceiro é escutado no mesmo processo em que foi autorizada a interceptação e gravação de comunicações telefónicas ao suspeito, interpretando-se extensivamente a letra da lei.*”

Na decisão, de 12/07/2017, do TRP⁷², todos os recorrentes vieram invocar a proibição de prova das escutas telefónicas, requerendo a sua nulidade, nos termos do artigo 190º, do CPP. O primeiro recorrente contesta a sua condenação pela prática do crime de abuso de poder e o segundo recorrente pelo crime de corrupção, considerando que ambos os delitos foram descobertos no decurso de uma intercepção telefónica que tinha sido autorizada tendo em conta a prática do crime de furto qualificado.

Relativamente ao primeiro recorrente, o Tribunal determinou parcial provimento do recurso afirmando, que “(...) *a doutrina e a jurisprudência dominantes têm vindo a entender, principalmente depois da reforma de 2007 do CPP, que os “conhecimentos fortuitos” que não tenham conexão com o crime objecto de investigação não podem ser valorados em relação a crimes que não sejam do “catálogo”.* Logo, respeitando a letra da lei, atribui-se força probatória aos conhecimentos fortuitos apenas quando digam respeito a um dos crimes que constem do elenco do n.º 1 ou n.º 2 do artigo 187º, do CPP.

Já relativamente ao segundo recorrente, o Tribunal declarou que estávamos perante um conhecimento de investigação pela existência de “(...) *uma conexão para efeitos do disposto no artigo 24º, n. 1 do Código de Processo Penal entre os crimes que legitimaram as escutas (inicialmente o furto e depois a corrupção) e aquele pelo qual os recorrentes vieram a ser acusados (abuso de poder). Existe mesmo uma unidade processual investigatória, no sentido de pertencerem a uma mesma situação histórica de vida do arguido (...)*”. Para ser atribuído valor probatório os factos descobertos o Tribunal expõe um conjunto de pressupostos que têm de verificados, quer estejamos perante

⁷² Acórdão do TRP de 12/07/2017, Processo n.º 731/09.OGBMTS.P1, Relator: Juiz Conselheiro Neto de Moura.

conhecimentos de fortuitos ou de investigação, nomeadamente, “(...) 1) Tiver resultado de interceptação de meio de comunicação utilizado por pessoas referida no n. 4 (suspeito ou arguido ou pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido; ou vítima de crime, neste caso, mediante o respectivo consentimento, efetivo ou presumido); 2) For indispensável à prova do crime; 3) O crime for um dos previstos no n. 1 do artigo 187.º (catálogo)».”

Invocamos ainda o acórdão do TRC⁷³, de 22/10/2014, onde o arguido, condenado pela prática de dois crimes de homicídio qualificado, veio invocar a proibição de prova por ter sido condenado pelo crime descoberto no âmbito de uma escuta telefónica efetuado num processo distinto. O Tribunal não teve dúvidas em determinar a improcedência do recurso apoiando-se na letra da lei, “ (...) o artº 187º, nº7, do Código de Processo Penal, estipula: Sem prejuízo do disposto no artº 248 [comunicação da notícia do crime ao Ministério Público], a gravação de conversações ou comunicações só pode ser utilizada em outro processo, em curso ou a instaurar, se tiver resultado de interceção de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no nº 4 e na medida em que for indispensável á prova de crime previsto no nº1. Quer isto dizer que, além de se tratar de crime de catálogo, para que se admita a valia dos conhecimentos fortuitos, é necessário que os mesmos se revelem indispensáveis à prova do novo crime (no processo em curso ou a instaurar). (...) Sendo o juiz do processo onde foram realizadas as escutas é competente para decidir sobre a legalidade das mesmas e sobre a verificação dos requisitos legais estabelecidos no artigo 187.º, n.º7. Caso se verifiquem esses requisitos legais, ele determina a remessa ao outro processo de cópia da totalidade das gravações referentes ao alvo ou alvos em questão, dos relatórios referentes às ditas gravações e dos despachos atinentes à autorização, manutenção e cessação da escuta telefónica”.

3. Requisitos de admissibilidade dos conhecimentos fortuitos

Procede-se agora a uma análise dos pressupostos legalmente exigidos à valoração dos conhecimentos fortuitos, sob pena dos mesmos serem declarados como prova proibida e, por consequência, nulos, como decorre dos artigos 120º, n.º 1 e 126º, n.º 3, do CPP.

⁷³ Acórdão do TRC, de 22/10/2014, Processo n.º 174/12.8JACBR.C1, Relatora: Juíza Conselheira Isabel Silva.

3.1. A escuta telefónica tem de ser legalmente autorizada

O primeiro pressuposto que tem de estar verificado para se reconhecer a valoração dos conhecimentos fortuitos prende-se com realização de uma escuta telefónica legalmente autorizada, ou seja, que a interceção e gravação das conversações seja efetuada dentro dos requisitos de admissibilidade que constam do n.º 1 do artigo 187º, do CPP. Assim, uma escuta telefónica só poderá ser admitida quando:

- Estejamos na fase de inquérito, presumindo-se a existência um procedimento criminal em curso⁷⁴;
- Tenha sido conferida autorização à realização deste meio de obtenção de prova, com base num despacho judicial fundamentado pelo JIC, artigo 268º, n.º 2, do CPP;
- Exista uma suspeita fundada da prática de um dos crimes que constam do elenco taxativo, do n.º 1 e n.º 2 do artigo 187º, do CPP;
- O seu tempo de duração não seja superior a três meses, salvo quando for indispensável para a descoberta da verdade;
- Se considere a sua *“indispensabilidade para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter”*;
- A pessoa alvo seja um dos indivíduos que constem das várias alíneas do n.º 4 do artigo 187º, do CPP.

A realização de uma escuta telefónica sem estarem cumpridas as formalidades, formais e materiais, legalmente exigidas, irá determinar a nulidade deste mesmo meio de obtenção de prova, fazendo dele uma prova proibida, como decorre dos artigos 118º, n.º 3, 126º, n.º 3 e 190º, do CPP e artigo 32º, n.º 8, da CRP.

3.2. Consubstanciar-se num dos crimes de catálogo do artigo 187º, do CPP

Atendendo ao artigo 187º, n.º 7, do CPP, é bastante explícito que a vontade do legislador foi de restringir a valoração dos conhecimentos fortuitos que façam menção apenas a crimes de catálogo⁷⁵. Assim, tal como é defendido pela doutrina maioritária, exclui-se o reconhecimento de ilícitos extra-catalogares, pois enquanto norma restritiva

⁷⁴ Cfr., SILVA, Germano Marques da, *Curso de processo penal ...*, pág. 248; Cfr., LEITE, André Lamas, *As escutas telefónicas – algumas reflexões ...*, págs. 21 e 22

⁷⁵ O elenco taxativo de crimes do artigo 187º n.º 1 e n.º 2 do CPP, surgiu no decurso da reforma legislativa de 2007, tendo na base da sua elaboração a gravidade dos ilícitos e o grau de proximidade com os meios de comunicação.

de direitos fundamentais deve “(...) *ser excluída a aplicação analógica e interpretação extensiva, sob pena de ir mais longo do que o que o legislador pretendeu*”⁷⁶”.

Cabe agora proceder a uma análise dos vários delitos que foram determinados como aptos à realização de uma interceção telefónica.

Na alínea a), o legislador decidiu-se pela inclusão de crimes que tenham como máximo de moldura penal os três anos de prisão, de forma a abranger todos os crimes incluídos na criminalidade grave. No entanto, esta disposição legal tem sido contestada pela doutrina⁷⁷, pois os designados delitos de criminalidade grave são punidos com uma pena de prisão superior a cinco anos de prisão, logo os ilícitos que são passíveis de preencher alínea a) não serão apenas os de criminalidade grave, como também os classificados como criminalidade média. Assim, com o objetivo de reforçar o carácter de *ultima ratio* das interceções telefónicas e obter um maior grau de equilíbrio dos direitos fundamentais, ANDRÉ LAMAS LEITE defende que numa futura alteração ao CPP a alínea a) deveria ser alvo de reformulação, passando a consagrar como limite mínimo os cinco anos de prisão.

Desde a alínea b) até à e), o legislador pretendeu viabilizar o uso deste meio de obtenção de prova em crimes que pela sua natureza caracterizam-se pelo seu elevado grau de complexidade de investigação e acrescida dificuldade de efetuar a sua produção de prova. Já a alínea f) consagra a ameaça da prática de crime ou o crime de abuso de simulação de sinais de perigo o que na opinião do Professor PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE⁷⁸ é plenamente aceitável. Contrariamente, ANDRÉ LAMAS LEITE⁷⁹ discorda da sistematização da alínea, devendo cada um dos delitos estarem consagrados em disposição autónomas, sobretudo pela diferença ao nível do bem jurídico que cada um visa proteger concretamente: no delito de ameaça com prática de crime, artigo 153º, n.º1, do CP, pretende-se salvaguardar a liberdade pessoal, enquanto no crime de abuso e simulação de sinais de perigo, previsto no artigo 306º, do CP, defende-se a paz pública, estando sobretudo direcionado para prestar auxílio às potenciais vítimas.

Seguidamente, temos a alínea g), que assentando num critério de dupla indexação, veio permitir o recurso às escutas telefónicas perante um crime de evasão quando o

⁷⁶ Cfr., RODRIGUES, Cláudio Lima, *Da valoração dos conhecimentos fortuitos ...*, pág. 126

⁷⁷ Cfr., LEITE, André Lamas, *As escutas telefónicas– Algumas ...*, pág. 25; Cfr., VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal*, Vol. I, Almedina, 2010, pág. 472

⁷⁸ Cfr., ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário ao código ...*, pág. 508

⁷⁹ Cfr., LEITE, André Lamas, *Entre péricles e sísifo: o novo regime legal das escutas telefónicas*, Artigo em RPCC, Vol. 17, N.º4, Coimbra Editora, pág. 629

arguido já tenha sido condenado pela prática de algum dos delitos nas alíneas do n.º 1 do artigo 187º, do CPP. Previsto no artigo 352º, do CP, o crime de evasão não apresenta complexidade relativamente aos elementos do tipo uma vez que sabe-se quem é o agente e qual a conduta ilícita por si praticada, no entanto, pretende descobrir-se o paradeiro do indivíduo, situação esta que não preenche nenhuma das alíneas do n.º 1 do 187º, do CPP, a que veio despertar uma discordância de opiniões no seio da doutrina Portuguesa.

Os autores FÁTIMA MATA-MOUROS⁸⁰ e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE⁸¹ afirmam que a alínea g) padece de inconstitucionalidade por violação das disposições constitucionais constantes dos artigos 18º e 32º, n.º 4, da CRP, como ainda, tendo como principal objetivo recorrer às escutas telefónicas para obter-se a localização do evadido e não para a obtenção de um meio de prova, não se respeita os alicerces basilares das escutas, concretamente os princípios da proporcionalidade e da adequação, portanto, acabar por não faz qualquer sentido afetar-se os direitos fundamentais do arguido tendo acesso a conteúdos da sua vida privada, quando os mesmos serão insignificantes para o fim pretendido.

BENJAMIM RODRIGUES⁸² coloca igualmente em causa a existência de um problema de constitucionalidade, uma vez que a medida tomada será desproporcional e desadequada ao fim que se pretende alcançar, ou seja, o recurso às escutas telefónicas num crime de evasão tem apenas como único objetivo conseguir localizar o evadido obtendo a sua localização e não fazer prova da prática de um ilícito pelo facto de já existir. Assim, para o Autor esta disposição é completamente desajustada e desadequada, sobretudo pela existência de outros recursos à disposição dos órgãos policiais que lhes permitem encontrar o foragido.

ANDRÉ LAMAS LEITE⁸³ pronuncia-se no mesmo sentido, considerando que este regime assenta na presunção de continuação da prática de atos criminosos, assentando no pensamento de que se o indivíduo se evade é porque existe uma elevada probabilidade de voltar a praticar crimes. Tal conceção acaba por colocar em risco o regime da prevenção especial positiva.

⁸⁰ Cfr., MATA-MOUROS, Maria de Fátima, *Sob escuta – reflexões sobre o problema das escutas telefónicas e as funções do juiz de instrução criminal*, Publicações universitárias e científicas, 2003, págs. 42 e 43

⁸¹ Cfr., ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário ao código ...*, pág. 508

⁸² Cfr., RODRIGUES, Benjamim Silva, *As novas fronteiras do direito no dealbar do século XXI: estudos em homenagem aos professores doutores António Pires de Carvalho e Manuel Fernandes*, Reis do Livros, 2012, págs. 64 a 65

⁸³ Cfr., LEITE, André Lamas, *Entre péricles e sísifo ...*, pág. 628

Por outro lado, vigoram na doutrina outras posições que aprovam a inclusão do crime de evasão no catálogo de delitos do n.º 1 do artigo 187º do CPP.

HELENA SUSANO⁸⁴, numa fase inicial, começa por reconhecer que atendendo à natureza do tipo objetivo do crime de evasão uma escuta telefónica nunca poderia ser autorizada pelo incumprimento dos pressupostos legalmente exigidos, no entanto, nas situações em que não existe outra forma de se encontrar o arguido, em nome do interesse público e garantindo que o agente que praticou uma conduta ilícita contra a autoridade pública não fique impune, aceita o recurso às interceções telefónicas com a finalidade de localizar o telefone do evadido. Mesmo aceitando tal solução, a Autora afirma que deveria proceder-se a uma reformulação legislativa passando a constar na secção dos meios de obtenção de prova uma norma autónoma para o crime de evasão ou incluindo este delito na norma de extensão do n.º 2 do artigo 189º, do CPP.

Outro apoiante deste juízo é MAIA GONÇALVES⁸⁵, que mesmo apresentando justificações distintas defende a inconstitucionalidade da norma por considerar que este crime, em regra, está interligado com ilícitos que foram executados no seio do ambiente prisional. Assim, defende que o objetivo das escutas passe mesmo por obter elementos probatórios.

Para além do n.º 1 do 187º, do CPP, o n.º 2 da mesma disposição legal enumera mais um elenco de crimes, todos eles puníveis com penas de prisão superiores a três anos passíveis de serem abrangidos pelas escutas telefónicas, com a particularidade da sua autorização poder ser efetuada pelo “(...) *juiz dos lugares onde eventualmente se poder efetivar a conversação ou comunicação telefónica ou da sede da entidade competente para a investigação criminal (...)*”. Esta consagração, independente dos delitos previstos no n.º 1 do artigo 187º, do CPP, justifica-se por razões de economia e celeridade processual, garantindo o sucesso da investigação⁸⁶.

3.3. Âmbito Subjetivo

Os conhecimentos fortuitos apenas poderão ser valorados quando os escutados sejam os sujeitos elencados no n.º 4 do artigo 187º, do CPP⁸⁷, ou seja, “ (...) *contra o arguido*

⁸⁴ Cfr., SUSANO, Helena, *Escutas telefónicas - Exigências e controvérsias do atual regime*, Coimbra Editora, 2009, págs. 30 a 32

⁸⁵ Cfr., GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código de processo penal – Anotado, Legislação Complementar*, Almedina, 17ª edição, 2009, pág. 460

⁸⁶ Cfr., VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo penal ...*, pág. 473

⁸⁷ Até à reforma o ordenamento jurídico português era omissivo relativamente aos indivíduos passíveis de serem alvos de escutas telefónicas, sendo esta lacuna, até à data, minimizada com recurso a critérios de

ou suspeito; pessoa que seja intermediário desde que existam consolidadas razões para crer que receba ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido e a vítima do crime, mediante o seu consentimento”. Tal disposição legal leva-nos a destacar que a respetiva valoração encontra-se estritamente vedada contra destinatários incertos podendo, unicamente, recair sob indivíduos concretos e identificáveis⁸⁸.

Na eventualidade das escutas tiverem como alvo um sujeito que não seja nenhuma das pessoas referidas no n.º 4 do artigo 187º, do CPP, deverá o juiz ordenar a imediata destruição dos suportes técnicos e relatórios, como consta do artigo 188º, n.º 6 alínea a), do CPP, porém, esta questão não é pacífica na doutrina.

A maioria da doutrina⁸⁹ aceita a hipótese de serem valorados conhecimentos fortuitos contra terceiros, independentemente destes participarem, ou não, nas respetivas conversações, assentando a sua fundamentação no respeito pelo princípio da economia processual retirando o melhor partido da rentabilidade dos conhecimentos fortuitos. Pelo contrário, GUEDES VALENTE não adere a esta conceção, defendendo apenas a valoração destes conhecimentos perante terceiros quando os mesmos interajam nas conversações, pois, ao adotar-se outra posição pode dar-se origem a situações em que “(...) *os intervenientes estarem a manipular a investigação e a arrastar para o engodo um terceiro inocente*”⁹⁰.

Cabe agora realizar uma análise a cada um dos possíveis alvos de uma interceção telefónica.

base jurisprudencial. Porém, indo ao encontro das exigências efetuadas pelas decisões do TEDH e, atendendo às numerosas críticas apresentadas pela doutrina que vieram intensificar-se no decurso do polémico processo “Casa Pia”, levou o legislador a estipular um elenco, fechado e taxativo, de pessoas que poderão ser escutadas - Cfr., DA SILVA, GERMANO Marques, *Curso de processo penal* ..., pág. 249; O TEDH, nas suas várias decisões, destacando-se o caso *Kruslin* contra França, de abril 1990, evidenciava a obrigatoriedade dos estados membros fixarem nos respetivos ordenamentos jurídicos a categoria de sujeitos que poderiam ser alvos de escutas telefónicas, pois a ausência deste pressuposto colocaria em causa “(...) a protecção dos direitos fundamentais, originado incertezas e abusos”, consumando-se na violação do artigo 8º da CEDH - Cfr., SOUSA, João Ramos de, *Escutas telefónicas em Estrasburgo: a ativismo jurisprudencial do tribunal europeu dos direitos humanos – in estudos em homenagem ao conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Vol. II, Coimbra Editora, 2005, págs. 428 e 429

⁸⁸ Cfr., LEITE, André Lamas, *Entre péricles e sísifo* ..., pág.621; Cfr., ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário ao código* ..., pág. 510

⁸⁹ Cfr., RODRIGUES, Cláudio Lima, *Da Valoração dos Conhecimentos Fortuitos* ..., pág. 155; Cfr., LEITE, André Lamas, *As Escutas Telefónicas – Algumas Reflexões* ..., págs. 40 e 41; Cfr., TEIXEIRA, Carlos Adérito, *Escutas telefónicas – A mudança de paradigma e os velhos novos problemas*, in Revista do CEJ, Jornadas Sobre a Revisão do Processo Penal, 2008, n.º 8, pág. 275

⁹⁰ Cfr., VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Conhecimentos fortuitos – A busca de um equilíbrio* ..., pág. 133

3.3.1. Suspeito ou Arguido

A alínea a) do n.º 4 do artigo 187º, do CPP ao fazer do suspeito⁹¹ um dos escutados supõe que uma escuta telefónica nunca poderá ser autorizada mediante suspeitas subjetivas, afastando assim todas as interceções justificadas com base em meros “palpites”.

Por outro lado, esta alínea reconhece igualmente a possibilidade do arguido ser sujeito a uma escuta telefónica, o que levanta uma importante controversa, nomeadamente, saber se estamos perante uma restrição, ou não, do direito ao silêncio do arguido.

A constituição formal de arguido leva ao reconhecido de várias garantias processuais, entre elas, o direito ao silêncio, como decorre do artigo 61º, n.º 1 alínea d), do CPP, que lhe concede a faculdade de não produzir prova contra si mesmo, impedindo que em circunstância alguma o arguido contribua para a sua própria autoincriminação⁹². Contudo, este direito não detém um carácter absoluto⁹³, sendo constitucionalmente admissível a sua restrição quando exista uma prévia e expressa disposição legal a prever essa mesma limitação e, atendo à natureza do delito em questão, esteja assegurado o respeito pelos princípios da proporcionalidade e da necessidade, como consta do artigo 18º, n.º 2, da CRP.

Do ponto de vista da jurisprudencial, tem sido entendido que não existe nenhuma desconformidade constitucional, não se observando uma desvirtuação do direito ao silêncio do arguido tendo este que sujeitar-se à realização de uma escuta telefónica desde que sejam observados os requisitos legalmente exigidos. A questão não passa pelo momento em que a escuta é executada, ou seja, antes ou depois da constituição formal do sujeito enquanto arguido, mas sim sobre efetiva finalidade das escutas telefónicas que assenta na recolha de provas no âmbito da investigação em curso. Ou seja, “(...) *A arguida tem o direito de não se auto incriminar. Tal direito começa e acaba aí e, sendo respeitado pelo Tribunal, em nada colide com o dever de procura da verdade material que impende sobre o mesmo. Levado às últimas consequências o raciocínio da recorrente a partir do momento em que o arguido invocasse o seu direito ao silêncio não seria*

⁹¹ Ao abrigo da alínea e) do artigo 1º do CPP, o suspeito é “toda a pessoa relativamente à qual exista indícios de que cometeu ou se prepara para cometer um crime, ou que nele participou ou se prepara para participar.

⁹² Cfr., DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda Costa, *Supervisão, Direito ao silêncio e legalidade da prova*, 2009, Almedina Editora, pág.37; Cfr., CONCEIÇÃO, Ana Raquel, *Escutas telefónicas: regime ...*, pág. 109

⁹³ Cfr., DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda Costa, *Supervisão, Direito ao silêncio ...*, págs. 44 e 45

possível fazer mais prova da sua responsabilidade criminal porque tal afrontaria o estatuto do mesmo arguido (...)⁹⁴.

Nestes termos, apesar dos direitos processuais reconhecidos ao arguido, estes não poderão ser sobrepostos à teleologia do processo penal que se centra na descoberta da verdade. Por isso, a constituição enquanto arguido não poderá ser visto como um obstáculo e impedimento ao prosseguimento da investigação através da recolha de prova, concretamente, o recurso às escutas telefónicas.

3.3.2. Intermediário

A alínea b) do n.º 4 do artigo 187º, do CPP determina também como possível alvo de uma escuta telefónica o intermediário, descrito pela doutrina⁹⁵ como todo o indivíduo que, pela relação familiar ou de amizade que detém com o suspeito ou arguido, estabelece com ele um contacto diário ou ocasional onde sejam discutidos assuntos relacionados com o crime em investigação.

Da disposição legal referenciada é possível retirar duas conclusões: primeiramente, a lei não exige da parte do intermediário uma atuação dolosa ou de má fé⁹⁶, podendo o visado não ter qualquer conhecimento ou consciência da relevância criminal da informação que lhe é transmitida. Em segundo lugar, a letra da lei impõe apenas que o intermediário que receba ou transmita mensagens que provenham ou sejam destinadas ao suspeito ou arguido, não fazendo qualquer menção a que tenha de ser o próprio, de modo direto e imediato, a concretizar essa mesma transmissão ou receção das mensagens. Nestes termos, ADÉRITO TEIXEIRA⁹⁷ reconheceu a possível existência de um intermediário indireto que comunica com um sujeito que, por sua vez, entrará em contacto imediato com o suspeito ou arguido. Tal possibilidade, permitirá que possam ser escutados indivíduos que integram um circuito comunicacional como sucede, no crime de associação criminosa.

Uma problemática que vigora sobre a alínea b) do n.º 4 do artigo 187º, do CPP é saber que caminho tomar quando o intermediário for o defensor. O n.º 5 do artigo 187º,

⁹⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 08P78, de 2 de abril de 2008, Relator: Juiz Conselheiro Santos Cabral.

⁹⁵ Cfr., ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário ao código processo penal à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem*, 2009, pág. 509; Cfr., SUSANO, Helena, *Escutas telefónicas – exigências ...*, pág. 35

⁹⁶ Cfr., ANDRADE, Manuel da Costa, *Escutas telefónicas – O que não muda com a reforma*, Jornadas sobre a revisão do CPP, RCEJ, 2008, n.º 9, pág. 236

⁹⁷ Cfr., TEIXEIRA, Carlos Adérito, *Escutas telefónicas – A mudança de paradigma ...*, págs. 249 a 252

do CPP estipula que salvo a existência de fundadas suspeitas para crer que as comunicações entre o arguido e o seu defensor constituem objeto de crime, são totalmente proibidas as interceções e gravações existentes entre estes dois sujeitos processuais. Se assim não fosse colocar-se-ia em causa a relação de confidencialidade que se estabelece entre eles, como ao mesmo tempo que se violariam os direitos de defesa do arguido ao serem reveladas informações sigilosas referentes à sua estratégia de defesa.

Aos profissionais que constam do artigo 135º, do CPP é lhes legítimo recusarem depor em nome do segredo profissional, porém, questiona-se⁹⁸ o porquê destes profissionais não deterem uma consagração legal semelhante à que consta do n.º 5 do artigo 187º, do CPP, permitindo-lhes não serem escutados pela relação de confiança e sigilo profissional que ficam sujeitos no exercício da sua atividade profissional. Todas as profissões portadoras de confidencialidade, como é o caso dos médicos, funcionários públicos ou ministros do culto, deveriam usufruir de uma proteção jurídica diferente de modo a ser aplicado uma norma legislativa à do defensor.

Outra problemática em torno da figura dos intermediários é saber até que ponto os familiares, com base na relação de proximidade que detêm com arguido, poderão, ou não, ser sujeito às escutas telefónicas. A maioria da doutrina⁹⁹ defende a inexistência de qualquer impedimento para que os parentes do arguido sejam escutados, pois, apesar dos mesmos terem a possibilidade de recusarem depor nos termos do artigo 134º, do CPP, se decidirem prestar depoimento ficam obrigados à revelação da verdade, o que poderá levar à condenação de um familiar. No entanto, este “dilema” não se observa no âmbito das escutas, pela inexistência de uma situação análogo ao artigo 135º, do CPC, onde os sujeitos aí reconhecidos estão adstritos a um verdadeiro segredo profissional, um verdadeiro direito ao silêncio. Para além do mais, nas escutas telefónicas o direito ao silêncio dos familiares não tem em vista a proteção dos interesses da comunidade, mas sim salvaguardar um interesse meramente pessoal de não contribuir para a condenação de um parente.

Em sentido oposto, apresenta-se Manuel Valente¹⁰⁰ recusando a realização de escutas telefónicas onde participem o arguido e qualquer uma das pessoas enunciadas no artigo 134º, do CPP, justificando com base em duas razões: por um lado, existe uma

⁹⁸ Cfr., ANDRADE, Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições ...*, pág. 300

⁹⁹ Cfr., TEIXEIRA, Carlos Adérito, *Escutas telefónicas – A mudança de paradigma ...*, pág. 252

¹⁰⁰ Cfr., VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Escutas telefónicas – Da excepcionalidade à vulgaridade*, Almedina, 2008, pág. 93

possibilidade de os familiares desconhecerem por completo a atividade criminosa do arguido, “*vendo-se subjugados à possibilidade de conversações e comunicações telefónicas íntimas e familiares serem ouvidas e gravadas por estranhos à família*”; por outro lado, não tem qualquer sentido admitir-se que as declarações dos familiares sejam usadas para a descoberta da verdade, mesmo sendo obtidas sem o consentimento dos alvos, no entanto em sede de julgamento, já poderão recusar-se a depor como testemunhas, nos termos do artigo 134º, do CPP.

3.3.3. Vítima do Crime

Mediante o consentimento, efetivo ou presumido, a vítima do crime também poderá ser um escutado no âmbito da realização de uma escuta telefónica, nos termos do artigo 187º, n.º 4, alínea c), do CPP. Considera-se consentimento presumido quando a vítima esteja incontactável ou exista uma impossibilidade de contactá-la em tempo útil¹⁰¹.

3.4. Subsidiariedade

Outro pressuposto requer que a valoração dos conhecimentos fortuitos está dependente da sua “*indispensabilidade para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter*”.

O princípio da subsidiariedade desdobra-se em dois prismas: por um lado, no caso de reenvio dos elementos eventuais para um outro processo, em curso ou a instaurar-se, exige-se que nesses mesmos processos as escutas telefónicas sejam o único meio de obtenção de prova apto a comprovar a prática de um ilícito, não sendo possível recorrer a outros meios porque, apesar de traduzirem um efeito menos lesivo para os direitos fundamentais¹⁰², não se mostram úteis para o êxito da investigação.

Assim, apenas será reconhecida força probatória aos conhecimentos fortuitos quando sobre eles recaia um carácter de necessidade, fazendo deles a única solução exequível e imprescindível à descoberta da verdade¹⁰³, tendo em conta o juízo de prognose efetuado pelo JIC que apenas conferirá autorização a esta valoração quando tenha a convicção da

¹⁰¹ Cfr., ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário ao código processo penal à luz da constituição ...*, pág. 509

¹⁰² Cfr., ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova ...*, págs. 290 e 291

¹⁰³ Cfr., LEITE, André Lamas, *Algumas considerações sobre o regime jurídico das escutas telefónicas em Cabo Verde*, Artigo em Revista Científica Internacional – Direito e Cidadania, Vol. 20, N.º 29, 2009, págs. 23 e 24

existência de uma “ (...) *probabilidade qualificada de no novo processo, a prova não poder ser adquirida por meio menos gravoso*”¹⁰⁴.

Por outro lado, impõe-se também a demonstração de que os conhecimentos fortuitos são o meio mais adequado e idóneo à reconstituição da matéria factual. Todavia, não basta a mera comprovação da ineficácia e inviabilidade dos outros meios, sendo exigível ainda a demonstração “(...) *de que os conhecimentos fortuitos a empreender se adivinham fecundas e promissoras de resultados* (...)”¹⁰⁵, respeitando-se o princípio da adequação, ao abrigo do artigo 18º n.º2, da CRP.

Em complementaridade ao princípio da subsidiariedade, sobre os conhecimentos fortuitos tem também de recair um “juízo hipotético de intromissão”, ficando demonstrando que, independentemente de terem sido adquiridos elementos ocasionais que poderão ser tidos em conta noutros processos, o crime que está a ser investigado num processo autónomo poderia só por si mesmo impulsionar a realização de uma escuta telefónica.

Nestes termos, o recurso a este meio de obtenção de prova assenta num interesse qualificado, sendo a sua utilização ilegítima quando por razões objetivas e jurídicas controláveis se conclua pela existência de outros meios de obtenção de prova aptos à descoberta da verdade.

3.5. Autorização judicial

Do n.º 8 do artigo 187º, do CPP conclui-se que é da competência do JIC, enquanto guardião dos direitos fundamentais, nos termos do artigo 32º, n.º 4, da CRP, elaborar um despacho que confira autorização, ou não, à valoração dos conhecimentos fortuitos e, conseqüentemente, à sua remessa para outro processo. Apesar deste mesmo despacho estar livre de quaisquer formalidades, tal como decorre dos artigos 268º, n.º 3 e 269º, n.º 2, do CP, defende-se¹⁰⁶ que, sendo este meio de obtenção de prova a *ultima ratio*, é dever do JIC fundamentar a sua decisão apoiando-se em razões de direito e de facto, demonstrando a indispensabilidade dos conhecimentos fortuitos.

No âmbito deste pressuposto, levanta-se a dúvida de saber qual o prazo para se informar o JIC da obtenção deste tipo de informações. Na ótica de GUEDES VALENTE,

¹⁰⁴ Cfr., RODRIGUES, Cláudio Lima, *Da valoração dos conhecimentos ...*, pág. 131

¹⁰⁵ Cfr., RUDOLPHI, apud, ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições ...*, pág. 291

¹⁰⁶ Cfr., VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo penal*, Vol. I, Almedina, 2010, pág. 474; Cfr., Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Código de processo penal ...*, pág. 486

estes mesmos conhecimentos deverão ser comunicados imediatamente ao JIC. Pelo contrário, CLÁUDIO RODRIGUES¹⁰⁷, apoiando-se na inexistência de uma disposição legal que determine o prazo de comunicação dos conhecimentos fortuitos, defendendo aplicação dos prazos fixados para as interceções telefônicas, alegando que em circunstância alguma as garantias processuais do arguido serão colocadas em causa. Assim, caberá ao MP comunicar ao JIC no período de 48 horas, nos termos do artigo 188º, n.º 4, do CPP, a contar do momento em que a informação é lhe trazida pelos OPC.

¹⁰⁷ Cfr., RODRIGUES, Cláudio Lima, *Da valoração dos conhecimentos ...*, pág. 144

Conclusão

Finalizado o presente trabalho, é tempo de serem feitas as nossas conclusões. Durante vários anos, pela ausência de qualquer disposição legal, coube à doutrina e à jurisprudência debruçarem-se sobre a questão de saber que os conhecimentos que surgem de forma eventual no decurso de uma escuta telefónica detinham força probatória, porém, com a consagração do artigo 187º, n.º 7, do CPP, esta questão passou a estar solucionada.

No entanto, apesar de relevante e essencial, tendo em conta as várias incógnitas que pairam sobre esta questão, considero que a respetiva disposição ficou aquém do que seria prever.

Desde de logo, do CPP continua a não constar uma concretização da definição de conhecimentos fortuitos e, tendo em conta a falta de consenso por parte da doutrina e da jurisprudência, acaba por criar no intérprete uma sensação de inconstância e de insegurança jurídica, pois nunca saberá que critério será usado pela nossa jurisprudência para proceder à distinção entre os conhecimentos fortuitos e os conhecimentos de investigação, uma vez que o mesmo tribunal para o mesmo problema emprega critérios distintos e contraditórios.

Na minha opinião, atendendo ao princípio da legalidade e da segurança jurídica, considero o elemento da conexão o critério de distinção entre os conhecimentos de investigação e os conhecimentos fortuitos, logo, sempre que não exista uma ligação entre o crime descoberto e o crime de catálogo ou com os elementos factuais estaremos perante um conhecimento fortuito.

Situação igualmente preocupante passa pelo facto do n.º 7º do artigo 187º, do CPP não fazer qualquer menção aos conhecimentos ocasionais, não deixando explicitamente claro que aquela norma tem como finalidade regular a figura dos conhecimentos fortuitos. Mais ainda, permanece a questão de saber qual deverá ser a atuação por parte dos OPC e do MP, quando surjam informações que dão a conhecer a prática de ilícitos que não constam do crime de catálogo ou quando os mesmos são executados por indivíduos que não estão enunciados no n.º 4 do artigo 187º, do CPP. Uma vez que não poderão valer como conhecimentos fortuitos, será que poderão valer como notícia do crime ou, simplesmente, despreza-se e ignora-se esses factos?

Assim, apesar da alteração ao artigo 187º, do CPP ter contribuído positivamente para a descoberta da verdade, julga-se que o estudo em torno nos conhecimentos fortuitos está

longo de ter terminado, ficando ainda por responder aspetos de elevada relevância no seu âmbito.

Referências bibliográficas

- AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de, *Dos Conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, Almedina, 2014;
- AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca de, *Introdução ao estudo do regime dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa. 1999;
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário ao Código Processo Penal*, 2009;
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário ao Código Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2009;
- ÁLVAREZ, Tomás Vicente López-Fragoso, *Derechos y libertades - Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el proceso penal*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, n.º2, 1993;
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Bruscamente no verão passado: A reforma do Código de Processo Penal, observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009;
- ANDRADE, Manuel da Costa, *Escutas telefónicas – O que não muda com a reforma*, Jornadas sobre a revisão do CPP, RCEJ, 2008, n.º 9;
- ANDRADE, Manuel da Costa, *O regime dos “conhecimentos da investigação em processo penal – reflexões a partir das escutas telefónicas”*, in *Alterações de 2013 ao Código Penal e de Processo Penal: Uma revisão cirúrgica?*, Organização de André Lamas Leite, Coimbra Editora, 2013;

- ANDRADE, Manuel da Costa Andrade, *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992;
- CONCEIÇÃO, Ana Raquel, *Escutas telefónicas: regime Processual Penal*, Lisboa, Quid Juris, 2009;
- CANOTILHO, João Joaquim Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 3ª ed., Coimbra Editora, 2003;
- CANTONE e PROCACCIANTI, apud, CONSO, Giovanni; GIULIO, *Illuminati, Commentario breve al Codice di Procedura Penale*, Cedam, 2005;
- DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda Costa, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, 2009, Almedina Editora;
- FRAGOSO, Tomás López, *Los descubrimientos casuales en las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas en el Proceso Penal*, Revista Derechos y Libertades, Ano 2.º, 1993;
- GOMES, Conceição, *Monitorização da Reforma Penal: O Processo de preparação e o debate público da reforma*, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2008;
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código de Processo Penal – anotado e legislação complementar*, Almedina, 17ª edição, 2009;
- LEITE, André Lamas, *Algumas considerações sobre o regime jurídico das escutas telefónicas em Cabo Verde*, Artigo em Revista Científica Internacional – Direito e Cidadania, Vol. 20, N.º 29, 2009;

- LEITE, André Lamas, *As Escutas Telefónicas – Algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respetiva violação*, in RFDUP, Ano I, Coimbra Editora, 2004;
- LEITE, André Lamas, *Entre péricles e sísifo: o novo regime legal das escutas telefónicas*, Artigo em RPCC, Vol. 17, N°4, Coimbra Editora;
- Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Código de Processo Penal: comentários e notas práticas*, Coimbra Editora, 2009;
- MATA-MOUROS, Maria de Fátima, *Sob escuta – reflexões sobre o problema das escutas telefónicas e as funções do Juiz de Instrução Criminal*, Publicações Universitárias e Científicas, 2003;
- MIGUEL, Eduardo de Urbano Castilho; MORATO, Miguel Ángel Torres, *La prueba ilícita penal – Estudio jurisprudencial*, Editorial Aranzadi, 2003;
- PEREZ, Francisco Alonso, *Medios de investigación en el Proceso Penal*, S.L. – Dykinson, 2003;
- QUIROGA, Jacabo López Barja De, *Tratado de derecho Procesal Penal*, Aranzadi, 4ª ed., 2010;
- RODRIGUES, Benjamim Silva, *As novas fronteiras do direito no dealbar do século XXI: Estudos em homenagem aos Professores Doutores António Pires de Carvalho e Manuel Fernandes*, Reis do Livros, 2012;
- RODRIGUES, Cláudio Lima, *Dos pressupostos materiais de autorização de uma escuta telefónica*, Verbo Jurídico, 2013;
- RUGIERI, apud, CONSO, GIOVANNI; GREVI, Vittorio, *Commentario breve al Codice di Procedura Penale*, Cedam, 2005;

- SANTOS, Manuel Simas, LEAL-HENRIQUES, Manuel, SANTOS, João Simas, *Noções de Processo Penal*, Lisboa: Rei do Livros, 2010;
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Tomo II, Editorial Verbo, 2008, pág. 248;
- SOUSA, João Ramos De, *Escutas telefónicas em Estrasburgo: o ativismo jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos – In Estudos em Homenagem ao Conselho José Manuel Cardoso da Costa*, Vol. II, Coimbra Editora, 2005;
- SUSANO, Helena, *Escutas Telefónicas - Exigências e controvérsias do atual regime*, Coimbra Editora, 2009;
- TEIXEIRA, Carlos Adérito, Escutas Telefónicas – A mudança de paradigma e os velhos e os novos problemas, in *Revista do CEJ, Jornadas Sobre a Revisão do Código do Processo Penal*, 2008, n.º 9;
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Conhecimentos fortuitos – A busca de um equilíbrio apuleiano*, Almedina, 2006;
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Escutas telefónicas – Da excepcionalidade à vulgaridade*, Almedina, 2008;
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Processo Penal*, Vol. I, Almedina, 2010.

Referências jurisprudenciais

Acórdãos do STJ:

- Processo n.º 128/05.OJDLSB-A.S1, de 29 de abril de 2010, Relator: Juiz Conselheiro Souto de Moura;
- Processo n.º 02P2133, de 23/10/2002, Relator: Juiz Conselheiro Leal Henriques;
- Processo n.º 06P1614, de 1/06/2006, Relator: Juiz Conselheiro Pereira Madeira;
- Processo n.º 1885/10.8PIPRT.P, de 05/06/2013, Relator: Juiz Conselheiro Alves Duarte.

Acórdãos do TRL:

- Processo n.º 3577079, de 11/10/2007, Relator: Juiz Conselheiro Relator João Carrola;
- Processo n.º 3554/2007-5, de 11/09/2007, Relator: Juiz Conselheiro Nuno Gomes da Silva;
- Processo n.º 0017455, de 6 de maio de 2003, Relatora: Juíza Conselheira Filomena Lima;

Acórdãos do TRP:

- Processo n.º 1885/10.8PIPRT.P1, de 05/06/2013, Relator: Juiz Conselheiro Alves Duarte;
- Processo n.º 35/08.5JAPRT.P1, de 18/06/2024, Relatora: Juíza Conselheira Maria Dolores Silva e Sousa;
- Processo n.º 731/09.OGBMTS.P1, 12/07/2017 Relator: Juiz Conselheiro Neto de Moura.

Acórdão do TRC:

- Processo n.º 174/12.8JACBR.C1, de 22/10/2014, Relatora: Juíza Conselheira Isabel Silva.