



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

Universidade Católica Portuguesa
De Lisboa

**«Da valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos no
âmbito da busca domiciliária»**

Raquel Andrade Alves Miranda

Mestranda de Direito Forense

Orientação do Professor Paulo Dá Mesquita

Concluída a 27-04-2015

INTRODUÇÃO

A escolha da temática do presente trabalho teve muito que ver com o facto de se tratar de uma matéria que ainda mantém muitas variáveis por discutir, especialmente tendo em conta que a questão dos conhecimentos fortuitos se encontra discutida maioritariamente no âmbito das escutas telefónicas¹.

Dar-me-ia margem suficiente – pensei – para abordar outros ângulos e, naturalmente, outros meios de obtenção de prova em que entendo ser interessante perceber até que ponto o problema também se coloca.

Além disso, parece-me ser uma discussão que entra pelos campos da filosofia e nos obriga a reflectir sobre questões tão simples como até onde podemos ou devemos ir para apurar a verdade dos factos? Qual o limite que não podemos ultrapassar, sob pena de, para obter justiça de um lado, cometemos uma injustiça igualmente grave, por outro. E acaba por ser fascinante precisamente porque, por estarem em causa conteúdos tão sensíveis como direitos fundamentais do indivíduo que a mesma Constituição que nos obriga a respeitá-los, permite igualmente que possam ser restringidos para que se chegue à verdade dos factos.

Por outro lado ainda, entram em confronto questões de ética e moral como a de saber como e da razoabilidade de pedir a um órgão de polícia criminal que simplesmente ignore indícios da prática de um determinado crime, cujo dever é precisamente perseguir qualquer indício da sua prática, porque simplesmente, à luz da Lei, tais indícios não poderão ser valorados.

COSTA ANDRADE, num seu artigo recente², resume muito bem todas estas ideias acerca da problemática dos conhecimentos fortuitos, invocando o peso crescente que têm vindo a assumir os *meios ocultos de investigação* de onde estes muitas vezes resultam: “Imprescindíveis, pela sua fecundidade criminalística, particularmente na luta contra as formas mais graves e organizadas de criminalidade, os meios ocultos de investigação surpreendem e preocupam também pelo seu elevado potencial de

¹ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.10.2007, que refere que: “A problemática dos conhecimentos fortuitos não se encontra muito tratada na jurisprudência portuguesa e, mesmo a nível doutrinário, a respectiva abordagem tem sido feita por dois ou três autores que recentemente lhe dedicaram mais aprofundado estudo com base na doutrina e jurisprudência alemãs, por força da quase total similitude dos respectivos ordenamentos jurídicos no que respeita ao mecanismo legal das escutas telefónicas.”

² MANUEL COSTA ANDRADE, “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, página 153

invasividade e devassa. Uma danosidade social sobremaneira ampliada pela sua incontornável *Streubreite*. Isto é, pela irreprimível tendência para fazer alastrar a mancha da intromissão. Tanto no plano subjectivo, sc., o universo das pessoas atingidas, que se estende muito para além dos suspeitos ou arguidos, atingindo, não raro, inocentes; como no plano objectivo, sc., o espectro dos direitos atingidos, sacrificados e frustrados.”

Assim, o meu objectivo é abordar toda a discussão em torno da valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos na sequência de um meio de obtenção de prova que não aquele em relação ao qual costuma girar este debate. Aliás, o meu trabalho começa precisamente por indagar da possibilidade de transpor a problemática dos conhecimentos fortuitos para um meio de obtenção de prova que não as escutas telefónicas, designadamente, a busca domiciliária.

E uma vez aferida essa possibilidade, perceber, então, se quaisquer conhecimentos descobertos fortuitamente no decorrer de uma busca domiciliária, e que não apresentam qualquer conexão com o crime que deu origem à realização daquela concreta busca poderão ou não ser valorados. Se sim, em que condições? Nas mesmas em que o serão as provas obtidas relativamente ao crime que legitimou aquela busca? E sê-lo-ão da mesma forma independentemente da pessoa a quem digam respeito os conhecimentos fortuitos? Serão estas e outras as questões que constituirão o cerne do trabalho que se segue.

A área do Direito Processual Penal é, sem sombra de dúvidas, a área em que são particularmente flagrantes os incontornáveis conflitos entre a busca pela verdade material dos factos e os princípios e direitos fundamentais de um Estado de Direito democrático³, uma vez que parecem praticamente inconciliáveis no que aos conhecimentos fortuitos diz respeito. Concretamente, são aqui postos em evidência direitos fundamentais enformadores de qualquer Estado de Direito democrático como o direito à reserva da intimidade da vida privada, plasmado no artigo 26.º da Constituição, o direito ao descanso, sempre que, pela sua gravidade, a busca tenha lugar em horário compreendido entre as 21 horas e as 7 horas.

³ CLAUS ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, (trad. Da 25.ª ed. alemã por Gabriela Córdoba e Daniel Pastor), Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, cit., p. 10, “ [...] é no processo penal que entram em conflito os interesses colectivos e individuais com uma maior intensidade que em qualquer outro âmbito, sendo que a ponderação dos mesmos, estabelecida pela lei, resulta sintomática para estabelecer a relação entre o Estado e o indivíduo genericamente vigente numa Constituição”.

Para resolver, ou, pelo menos, tentar equilibrar o conflito que se coloca, é fundamental ter sempre em consideração aquele que é o princípio delimitador no que diz respeito à restrição de quaisquer direitos fundamentais dos seres humanos – o princípio da proporcionalidade, previsto no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição.

No limite, tal como citara o Professor FIGUEIREDO DIAS já em 1974, inspirado por HENKEL, todo o Direito Processual Penal é Direito Constitucional aplicado⁴.

Por fim, o presente trabalho não estaria completo sem que me propusesse igualmente a analisar a distinção que é feita entre conhecimentos da investigação e conhecimentos fortuitos, uma vez que parece ser entendimento generalizado que, dependendo de estarmos perante uma categoria ou outra de conhecimentos obtidos durante a realização de um meio de obtenção de prova, os mesmos poderão ou não ser valorados, o que faz com que, no fundo, seja um ponto de análise totalmente determinante para as conclusões finais a que irei chegar sobre esta matéria.

Tudo isto que referi será abordado sob a forma de um *case study*, cujos eventos são totalmente ficcionados por mim, de forma a permitir-me explorar todas as variáveis que me pareceram indispensáveis para chegar a conclusões que abranjam o mais possíveis futuras questões reais que se coloquem sobre este tema, assumindo humildemente e tendo sempre presente a verdade irrefutável de que a vida será sempre mais criativa que a mente de qualquer legislador.

EXPOSIÇÃO

1.

Dos Conhecimentos Fortuitos – Introdução ao tema

No seguimento de uma investigação, os órgãos de polícia criminal deparam-se, muitas vezes, e fortuitamente, com informações e factos que não se reportam ao crime cujas suspeitas legitimaram o despacho de autorização de determinado meio de prova. Isto é particularmente frequente no caso das escutas telefónicas em que os OPC obtêm fortuitamente, através de uma escuta realizada no âmbito de um determinado crime do catálogo que a justifica, informações sobre a prática de outro crime que, por sua vez, não legitimou aquelas escutas telefónicas. Tal pode acontecer sob as mais variadas formas. Vejamos.

Hipótese 1

⁴ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, reimpressão, Coimbra Editora, 2004, p. 74 e segs.

Imagine-se que A que está a ser escutado no âmbito da suspeita de que praticara um crime de roubo (p. e p. pelo art.º 210.º do Código Penal), e se apura no âmbito das escutas que, além do crime de roubo, cometera também um crime de furto e uso de veículo (p. e p. pelo art.º 208.º do CP), que, ao contrário do crime de roubo, já não legitima as escutas telefónicas (ex vi art.º 187.º, n.º1, al. a) do CPP).

Hipótese 2

Ou, ao invés, que A afinal não praticara um crime de roubo, mas um crime de furto e uso de veículo (p. e p. pelo art.º 208.º do CP).

Hipótese 3

Mais complexo se torna se a infracção que chega fortuitamente ao conhecimento dos OPC não é imputável àquele sobre quem recaiam inicialmente as suspeitas do crime que motivou as escutas, nomeadamente, se no seguimento de uma escuta por crime de burla qualificada (p. e p. pelo art.º 218.º CP) nos deparamos com uma conversa entre o suspeito e um seu amigo que lhe confessa também ele ter cometido determinado crime.

2.

Conhecimentos Fortuitos *versus* Conhecimentos da Investigação

Para abordar a questão da validade dos conhecimentos fortuitos, importa, desde logo, proceder à distinção entre estes dois conceitos, cuja razão de ser se prende com o facto de, como nota CLÁUDIO RODRIGUES, “não ser tecnicamente viável limitar a intercepção das conversas ou comunicações telefónicas tão-somente àquelas que dizem respeito ao crime que esteve na base da autorização da escuta telefónica, acabando, assim, por serem captados novos factos, até então desconhecidos da investigação”⁵.

Particularmente no caso de busca domiciliária, podemos ter uma situação bastante semelhante, uma vez que estamos a falar de um espaço doméstico que poderá conter informações e pertences de alguém, para além do suspeito que legitimou a busca, como por exemplo, doutra pessoa que coabite aquele espaço, ou até de um terceiro que tenha simplesmente frequentado a casa temporariamente. Isto significa que, tal como nas escutas telefónicas, a busca domiciliária é um meio de obtenção de prova que

⁵ CLÁUDIO RODRIGUES LIMA, *Da valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos durante a realização de uma escuta telefónica*, Verbo Jurídico, p. 24

igualmente justificará que se proceda à referida distinção, uma vez que conduz a uma intromissão na vida privada de pessoas eventualmente exteriores ao círculo dos arguidos ou dos suspeitos em relação aos quais aquela busca foi autorizada.

Importa, por isso, fazer a distinção entre estes dois conceitos uma vez que, consoante entendamos estarmos perante um ou outro, assim diferirá o tratamento processual em termos da sua valoração probatória.

2.1. Soluções no Ordenamento Jurídico Português

No ordenamento jurídico português, debruçam-se sobre esta matéria essencialmente dois autores: COSTA ANDRADE⁶ e FRANCISCO AGUILAR.

O primeiro descreve conhecimentos da investigação como os factos fortuitamente descobertos no decurso de uma escuta telefónica, e que deverão ser imputados à própria investigação. Serão eles:

- 1) factos que estejam numa relação de concurso ideal e aparente com o crime que deu origem à escuta telefónica;
- 2) os ilícitos criminais que estão numa relação de alternatividade com o crime de legitimou a escuta;
- 3) todas as formas de comparticipação;
- 4) as diversas formas de favorecimento pessoal, auxílio material ou receptação;
- 5) os crimes que objecto da associação criminosa.

Note-se, porém, que esta enumeração não é taxativa, pelo que admite outros grupos de situações que possam ser consideradas como conhecimentos da investigação.

Por sua vez, a classificação daquilo que se deve entender por conhecimentos fortuitos será feita de forma residual, consubstanciando todos os restantes elementos obtidos no decurso de uma escuta que não se reconduzem a nenhum daqueles grupos.

Escreve, em suma, o autor que “o que verdadeiramente define a figura dos conhecimentos da investigação e a distingue e contrapõe à dos conhecimentos fortuitos é a particular conexão que subsiste entre os crimes a que se reportam os conhecimentos da investigação. Conexão que tanto no plano material-substantivo como, sobretudo, no processual, permite falar de uma relação de “mesmidade” entre o crime originário e os novos crimes postos a descoberto pela escuta. Em termos tais que

⁶ MANUEL COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992, pág. 306

a investigação do crime originário já leva consigo a investigação dos crimes novos, como conhecimentos da(que) investigação de que fazem parte”⁷.

Já para FRANCISCO AGUILAR, serão conhecimentos da investigação “os factos, obtidos através de uma escuta telefónica legalmente efectuada, que se reportam 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 da vida daquele”⁸.

O problema coloca-se precisamente a propósito da questão de saber o que quis o autor englobar na categoria de casos em que o delito ocasionalmente descoberto se baseie na mesma situação histórica de vida do crime que legitimou aquela escuta telefónica. Esclarece o mesmo que basta que entre o crime e os conhecimentos em questão esteja preenchida uma das hipóteses do artigo 24.º, n.º 1 do CPP, por entender que “os conhecimentos nele vertidos com o fim de determinar a competência por conexão de processos consubstanciam crivos válidos no sentido de tornar efectivo o referido conceito de unidade processual”⁹.

Em suma, se os conhecimentos da investigação se reconduzem a um critério de “unidade da investigação em sentido processual”, que se prende com o artigo 24.º, n.º 1 CPP, os conhecimentos fortuitos serão todos aqueles que não caibam neste conceito de conhecimentos da investigação.

São poucos os acórdãos dos Tribunais superiores a abordar esta questão do ponto de vista da distinção entre conhecimentos da investigação e conhecimentos fortuitos. Em parte, tal deve-se, como já referi, ao facto de esta ser ainda uma matéria pouco tratada e, quando o é, os autores dedicarem-se particularmente à problemática da valoração dos conhecimentos fortuitos, o que acaba por ter pouco sentido, na minha opinião, uma vez que sem esclarecer os termos em que deve ser feita a distinção entre conhecimentos fortuitos e conhecimentos da investigação, qualquer conclusão a que se chegue quanto à valoração probatória dos conhecimentos fortuitos será sempre coxa por não se ter definido previamente, afinal, o que envolve efectivamente a definição de conhecimentos fortuitos.

⁷ MANUEL COSTA ANDRADE, “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, página 157

⁸ FRANCISCO AGUILAR, *Introdução ao estudo do regime dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, FDUL, Lisboa, 1999, p.9

⁹ FRANCISCO AGUILAR, *Introdução ao estudo do regime dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, FDUL, Lisboa, 1999, p.9

A verdade é que a jurisprudência se limita, na maioria das situações, a adoptar aquilo que a doutrina tem vindo a defender nesta matéria.

Vejamos.

O Tribunal da Relação do Porto, num acórdão de 12 de Dezembro de 2007¹⁰, deveria decidir sobre se um crime de favorecimento pessoal (artigo 367.º, n.º1 do CP), fortuitamente descoberto do decurso de uma escuta telefónica deverá ser reconduzido à categoria de conhecimento da investigação ou conhecimento fortuito.

Este Tribunal recorre à enunciação dos vários grupos de casos que Costa Andrade reconduz aos conhecimentos da investigação, aí integrando o crime de favorecimento pessoal, porquanto o mesmo está presente num dos grupos.

Num outro acórdão de 16 de Janeiro de 2008¹¹, o mesmo Tribunal entendeu que uma situação de comparticipação descoberta na sequência de uma escuta telefónica deve ser reconduzida a conhecimento da investigação.

Quanto a definir o que caberá na figura de conhecimentos fortuitos, citam para o efeito, por um lado, ANDRÉ LAMAS LEITE e, por outro, o Juiz Conselheiro PEREIRA MADEIRA. O primeiro entende que serão “(...) todos aqueles que exorbitam o núcleo de fontes de informação previstas no meio de obtenção de prova em causa, assim atingindo a esfera jurídica de terceiros, bem como aqueles que, atendendo ao seu conteúdo, não se prendem com a factualidade que motivou o recurso a tal meio”. O segundo configura-os como “factos ou conhecimentos 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) baseado na mesma situação histórica da vida”.

Note-se, porém, que o Tribunal vem a seguir o entendimento de COSTA ANDRADE nesta matéria, embora não tenha prescindido de referir que, tanto o MP como o JIC, no momento da prolação do despacho de pronúncia, enquadraram a figura da comparticipação como conhecimento da investigação, nos termos do 24.º do CPP, o que espelha uma significativa abertura ao critério de FRANCISCO AGUILAR da “unidade da investigação em sentido processual”, pelo que somos levados a concluir que a opção pela perspectiva de COSTA ANDRADE se prende essencialmente com o facto de os crimes ocasionalmente descobertos na sequência das escutas serem sempre

¹⁰ Acórdão do TRP de 12/12/2007, Processo n.º 0744715, Relator Pereira Madeira.

¹¹ Acórdão do TRP de 16/01/2008, Processo n.º 0743305, Relator Luís Gominho.

reconduzíveis às constelações tipificadas pelo autor, motivo pelo qual este Tribunal ainda não se cruzou com situações de mais difícil resolução.

Porém, recorde-se, o facto de os conhecimentos obtidos no seio de uma escuta não se reconduzirem a uma das categorias de casos de conhecimentos da investigação não implica que devam ser considerados automaticamente como conhecimentos fortuitos, dado não serem grupos de casos taxativos.

O Tribunal da Relação de Lisboa, um acórdão de 11 de Outubro de 2007¹² define conhecimentos da investigação como “(...) factos obtidos através de uma escuta telefónica legalmente efectuada que se reportam ou ao crime cuja investigação legitimou as escutas ou a outro delito que esteja baseado na mesma situação histórica da vida, cujo conteúdo é susceptível de ser obtido mediante o recurso aos critérios objectivos vertidos no artigo 24.º, n.º1 do CP (...), embora o seu conteúdo não se esgote naquelas constelações típicas”. Contudo, este Tribunal não avança qualquer definição para conhecimentos fortuitos, o que me leva a concluir que serão todos não cabem naquela definição.

O acórdão do mesmo Tribunal de 10 de Março de 2009 vem, por sua vez, definir conhecimentos fortuitos como “(...) factos ou conhecimentos recolhidos por meio de realização lícita de interceptação e gravação de comunicações e/ou conversações telefónicas, registo de voz *off* e imagem, por via da actuação de agente infiltrado ou por meio de apreensão de correspondência e que não ser reportem ao crime ou crimes que fundamentaram o recurso ao meio de obtenção de prova em causa, nem a qualquer outro delito (pertencente ou não ao catálogo legal) que esteja baseado na mesma situação da vida daquele”.

Este trecho é particularmente interessante porque, em primeiro lugar, parece seguir o entendimento de FRANCISCO AGUILAR em detrimento da formulação que é feita por COSTA ANDRADE – veja-se a referência final ao critério da mesma situação da vida do crime legitimador das escuta e a formulação do critério pela negativa – e, em segundo lugar, porque abre a porta para um dos pontos essenciais deste trabalho que se prende com o facto de a matéria dos conhecimentos fortuitos ser perfeitamente equacionável no âmbito de outros meios de obtenção de prova, como seja a busca domiciliária, futuramente em apreço.

¹² Acórdão do TRL de 11/10/2007, Processo n.º 3577079, Relator: João Carrola

Neste sentido, lê-se num acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Abril de 2010¹³ que “assim sendo, estando em causa a questão de saber qual a validade da prova que forneça “conhecimentos fortuitos” em ambos os casos, ou se envereda por um regime igual, ou se entende que as situações não são equiparáveis. E que, portanto, o uso de conhecimentos obtidos através da localização do celular, ou registo de realização de conversações, não teria de estar sujeito às mesmas restrições que o uso de “conhecimentos fortuitos” obtidos através de escutas”.

Ainda quanto a decisões do STJ, um acórdão de 16 de Outubro de 2003¹⁴, define conhecimentos da investigação como aqueles que “se reportam ao crime cuja investigação legitimou a sua autorização”. Quanto aos conhecimentos fortuitos, um acórdão de 1 de Junho de 2006 define-os como “factos ou conhecimentos 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”. Uma vez mais, repare-se, estamos perante uma formulação negativa, como aquela que nos é apresentada por FRANCISCO AGUILAR.

Destaque, porém, para o acórdão do mesmo Tribunal de 23 de Outubro de 2002¹⁵, que define conhecimentos da investigação como aqueles 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”. Conforme defendido por COSTA ANDRADE, acrescenta o Tribunal que “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”.

Os conhecimentos fortuitos serão, por sua vez, “os conhecimentos obtidos de forma lateral e sem relacionamento com a investigação em curso”.

No mesmo sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 2003, entendeu no sentido de que “sendo conhecimentos da investigação, os resultados obtidos estendem-se ao último processo (incluindo os participantes nos crimes), desde que ocorram todos os pressupostos legais da validade das intercepções

¹³ Acórdão do STJ de 29/04-2010, Processo n.º 128/05.0JDLSB-A.S1, Relator: Souto de Moura

¹⁴ Acórdão do STJ de 01/06/2006, Processo n.º 06P1614, Relator: Pereira Madeira

¹⁵ Acórdão do STJ de 23/10/2002, Processo n.º 02P2133, Relator: Leal Henriques

e gravações telefónicas, de acordo com as exigências dos artigos 187.º e 188.º do CPP, nomeadamente: as mesmas terem sido autorizadas pelo respectivo juiz de instrução em despacho fundamentado; os crimes em investigação serem do catálogo; terem sido devidamente enunciadas as razões tendentes a demonstrar que as escutas se impunham como meio necessário, idóneo e até insubstituível para a descoberta da verdade (portanto, obedecerem ao princípio da subsidiariedade), e terem sido fundadas na existência de suspeita qualificada”.

Não surpreende, por isso, que em sede de recurso seja tão frequente o argumento de que o Tribunal a quo valorou incorrectamente a prova e que, ao invés de a mesma dever ser qualificada como conhecimento da investigação, o delito consubstancia um conhecimento fortuito, ou seja, não deveria ter sido valorado naquele processo.

2.2. Perspectiva crítica e solução adoptada

Começando por aquela que é uma das posições mais seguidas pela doutrina e jurisprudência em Portugal, parece-me que a posição de COSTA ANDRADE falha na medida em que permite a existência de lacunas de regulamentação em caso de consagração legal, na medida em que apenas consagra um conjunto de casos tipificados e meramente enunciativos. A questão poderia ser solucionada através de uma cláusula geral, mas não é essa a opção do autor ao estabelecer a não taxatividade dos grupos que aborda na sua tese. Por outro lado, não é correcto apurar os conhecimentos fortuitos como todos aqueles que não o sejam da investigação, precisamente por os conhecimentos da investigação não estarem fechados.

Já quanto à posição de FRANCISCO AGUILAR, por ser mais estanque não levantaria o problema das lacunas de regulamentação, optando por um critério objectivo (o do artigo 24.º, n.º 1 CP) que possibilita aferir da existência de uma “unidade de investigação em sentido processual”, o que imprime maior certeza de determinabilidade no momento da qualificação dos conhecimentos obtidos.

Quanto à possibilidade de aplicar analogicamente o preceito legal, remeto para o raciocínio de CLÁUDIO RODRIGUES¹⁶ sobre esta matéria quando diz que “(...) dada a ausência de regulação legal do que seja conhecimentos da investigação e, face à necessidade de encontramos critérios legais de índole objectiva, que tenham por base a

¹⁶CLÁUDIO LIMA RODRIGUES, *Da valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos durante a realização de uma escuta telefónica*, Verbo Jurídico, p. 43

expressão de uma forte conexão entre ilícitos típicos, que nos permitam concretizar o conceito de “unidade de investigação em sentido processual” (o mesmo, vale dizer, do conceito de conhecimentos da investigação), em princípio podemos recorrer a uma aplicação analógica do artigo 24.º, n.º 1 do CPP”.

Em suma, na distinção entre conhecimentos da investigação e conhecimentos fortuitos, parece-me que teremos de lidar, antes de tudo, com o conceito de conhecimentos ocasionais. Serão eles todos os indícios obtidos no decurso de um meio de obtenção de prova, desconhecidos até ao momento, exista ou não uma conexão entre eles e o crime que legitimou aquele meio de obtenção de prova concreto. Por outras palavras, os conhecimentos ocasionais dizem respeito a todo o tipo de conhecimentos obtidos nas circunstâncias supra referidas: sejam eles conhecimentos da investigação ou a conhecimentos fortuitos.

Quanto a definir as duas figuras em confronto, tendo a adoptar a perspectiva de FRANCISCO AGUILAR para definir conhecimentos da investigação, sendo eles todos os factos fortuitamente encontrados no seguimento de um meio de obtenção de prova que, pela *conexão* apresentada com o crime legitimador desse meio de obtenção de prova – aferida nos termos do artigo 24.º, n.º 1 do CPP – poderão ser valorados no mesmo processo, *independentemente de pertencerem ou não a um determinado catálogo de crimes associado àquele meio de obtenção de prova*.

E esta nota final é particularmente importante porque à primeira vista poderia incorrer-se no erro de pensar que, sempre que o conhecimento ocasional não integra o catálogo, caberia automaticamente na categoria de conhecimento fortuito. É o que parece defender CARLOS TEIXEIRA¹⁷ quando escreve que “Mais controversa é a questão de saber se o crime sinalizado no conhecimento da investigação deve, necessariamente, integrar o catálogo. Responder afirmativamente teria como consequência a postergação desta figura dogmática, já que o conceito de “conhecimentos fortuitos” sempre abarcaria tais situações. Ora, verdadeiramente, aquela figura só tem interesse prático quando os conhecimentos se reportem a crimes que ficam fora do catálogo”. Tal não é verdade. Mesmo que não se reconduza a nenhum dos crimes do catálogo que legitima aquele meio de obtenção de prova, basta que se encontre preenchido algum dos factores de conexão do artigo 24.º, n.º1 do

¹⁷ CARLOS TEIXEIRA, *Escutas telefónicas: a mudança de paradigma e os velhos e novos problemas*, Revista do CEJ, n.º 9, 2008, p. 277

CPP¹⁸. Ou seja, para que estejamos perante um conhecimento fortuito, teremos sempre de excluir previamente a sua conexão com o crime legitimador da escuta e também a sua recondução a alguma das hipóteses do artigo 24.º, n.º1 do CPP. Só então, residualmente, concluiremos pela sua natureza de conhecimento fortuito.

Assim sendo, por último, os conhecimentos fortuitos serão todos aqueles que não possam ser reconduzidos aos conhecimentos da investigação nos termos acima enunciados, o que envolve todos os indícios de crimes obtidos na sequência de um meio de obtenção de prova legalmente autorizado e levado a cabo, mas que não pode ser enquadrado na mesma “unidade de investigação em sentido processual” que o crime na origem da autorização de realização daquele meio de obtenção de prova.

3.

Da valoração dos Conhecimentos Fortuitos

3.1. Das soluções no Direito Comparado

Atenta a distinção feita pela doutrina e jurisprudência no ordenamento jurídico espanhol, LÓPEZ FRAGOSO faz parte dos que defendem a não valoração dos conhecimentos ocasionalmente descobertos se não apresentarem qualquer conexão com o crime legitimador da escuta telefónica¹⁹, podendo, no entanto, os conhecimentos fortuitos ter relevância probatória em sede de um novo processo-crime.

Já ao nível da jurisprudência espanhola, retira-se que os conhecimentos fortuitos não poderão ser valorados, apenas tendo como consequência a produção de uma *notitia criminis* se o conhecimento ocasional descoberto possuir gravidade penal suficiente que justificaria uma escuta telefónica autónoma²⁰. Caso contrário, não terá qualquer valoração probatória. Contudo, note-se, nem sempre o Supremo Tribunal

¹⁸ Nesse sentido, vejam-se os Acórdãos do STJ de 23/10/2002, Processo n.º 02P2133, Relator: Leal Henriques; Acórdão do STJ de 1/06/2006, Processo n.º 06P1614, Relator: Pereira Madeira

¹⁹ Escreve o autor em *Revista derechos y libertades*, n.º 2, 1993, p. 88: “as descobertas acidentais, resultantes de uma escuta telefónica legitimamente ordenada e executada, não podem valer como fonte de prova (fora dos casos dos delitos conexos) num processo distinto daquele em que se obtêm. Isto não significa que os mesmos não possam ter nenhuma consequência jurídica. Tê-la-ão, contudo, limitada à aquisição de uma *notitia criminis*, dando lugar à abertura de um novo processo”.

²⁰ Porém, o critério da gravidade suficiente não está ainda qualitativa ou quantitativamente definido na lei espanhola a ponto de aferir sobre o que é um “crime grave” para efeitos do desencadear da referida notícia do crime por aqueles conhecimentos fortuitos. Por isso mesmo, o Supremo Tribunal espanhol procedeu à elaboração de um critério que considera como delitos graves todo aquele que culminar numa pena superior a 3 anos de prisão ou crimes mais leves desde que revistam determinada relevância social, como sejam os crimes de corrupção política, por exemplo. Veja-se a esse propósito os Acórdãos STS 740/97, recurso n.º 2828/1995; STS1426/98, recurso n.º 1709/1996 e STS1438/2009, recurso n.º 1438/2009.

recorre a esta distinção valorativa que se prende com o critério da gravidade do crime correspondente ao conhecimento fortuito, não podendo “renunciar-se à investigação dessa *notitia criminis*, ainda que seja necessária uma renovada autorização judicial, ou uma investigação diferente desde o ponto de arranque”²¹.

Prova, porém, de que não há uma solução unívoca para esta questão no ordenamento jurídico espanhol é a decisão 75/2005 do Supremo Tribunal espanhol²², em que se retira que, desde que os pressupostos da escuta telefónica tenham sido respeitados e a mesma autorizada, assim como os requisitos de proporcionalidade, necessidade e motivação, poder-se-á valorar todo e qualquer conhecimento ocasionalmente descoberto no decurso dessa escuta.

Por último, veja-se a decisão do Supremo Tribunal espanhol 1313/2000²³, segundo a qual se os conhecimentos fortuitos forem descobertos em condições que, por si só, pudessem ter dado origem a uma escuta telefónica, então não há qualquer obstáculo à sua valoração noutro processo, ou seja, todo o conhecimento fortuito que possa ser alvo de uma escuta telefónica autónoma poderá ser valorado.

Parece-me que este é o resultado de um sistema muito lacunar no que diz respeito ao que a lei prevê, ou não prevê, sobre esta matéria, quer no que diz respeito aos requisitos de admissibilidade de uma escuta telefónica, quer ao nível procedimental, motivo porque têm vindo a multiplicar-se as críticas ao legislador espanhol, quer por parte da jurisprudência espanhola, quer por parte do próprio Tribunal Europeu dos Direitos do Homem²⁴.

Por território germânico, a jurisprudência, concretamente numa decisão do BGH de 15-03-1976 afasta qualquer possibilidade de aplicação analógica do regime das buscas domiciliárias à valoração dos conhecimentos fortuitos, dado que nas buscas domiciliárias não existe um catálogo de crimes tal como o existe nas escutas telefónicas, porquanto a expressão “para perseguição penal” do § 100 a da StPO apenas se refere a um catálogo de crimes determinado e não a qualquer crime.

Além disso, entende o Tribunal, o princípio da proporcionalidade apenas legitima a restrição de direitos fundamentais quando estes conflituem com valores

²¹ CLÁUDIO LIMA RODRIGUES, *Da valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos durante a realização de uma escuta telefónica*, Verbo Jurídico, p. 83

²² STS 75/2005, recurso n.º 547/2004: “(...) Os conhecimentos fortuitos não carecem de validade como prova, quando são obtidos de uma maneira juridicamente não objectável”.

²³ STS 1313/2000, recurso n.º 128/1999

²⁴ Veja-se a decisão Prado Bugallo vs Espanha, de 18 de Fevereiro de 2003, do TEDH.

constitucionalmente tutelados. Por outras palavras, apenas serão valorados os conhecimentos fortuitos conexos com um dos crimes do catálogo, mesmo que não aquele que deu origem àquelas concretas escutas.

E assim foi até 1992. Depois desta data, o BGH adoptaria uma visão mais restrita das circunstâncias que permitem a valoração dos conhecimentos fortuitos, proibindo a sua valoração quando estejam em conexão com um crime do catálogo: “A valoração só é admissível se e na medida em que os factos conhecidos no âmbito de uma escuta telefónica conforme ao § 100 a) da StPO, estão em conexão com a suspeita de um crime do catálogo no sentido deste preceito”²⁵.

Doutrinariamente, a corrente maioritária – encabeçada por ROXIN²⁶ – defende que os conhecimentos fortuitos poderão ser valorados num outro processo penal sempre que respeitantes a um dos crimes do catálogo das escutas. Contudo, autores existem que lhe acrescentam uma exigência adicional: a necessidade de equacionar um juízo de admissibilidade hipotético de autorização das escutas semelhante ao defendido por COSTA ANDRADE. KAI AMBOS²⁷ destaca, assim, a admissibilidade dos conhecimentos fortuitos desde que “relacionados com factos delituosos que não estejam no rol taxativo da lei, desde que estes factos se encontrem em relação ou conexão (processual) directa ou estreita com um facto que esteja previsto taxativamente naquele rol legal”, embora, acrescenta ainda o autor no sentido favorável à valoração destes conhecimentos noutro processo, “uma proibição de utilização de prova não deveria excluir a possibilidade de continuação da investigação com base naquelas informações obtidas casualmente, pois, com tais informações, poder-se-ia chegar à obtenção de outros meios probatórios”.

Porém, como refere COSTA ANDRADE, nas últimas vezes em que se tem pronunciado sobre esta temática, o BGH tem vindo a adoptar uma posição mais aberta relativamente à valoração dos conhecimentos fortuitos, no sentido de que estes não têm de estar em conexão com o crime do catálogo que deu origem à escuta, ou, no

²⁵ NJW 1976, pág. 1463, in MANUEL COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992, pág. 307

²⁶ CLAUS ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, 2000, p. 308 e 309, não admitindo a aplicação analógica desta solução ao regime da busca, por não estar previsto um catálogo de crimes.

²⁷ KAI AMBOS e MARCELLUS LIMA, *O processo acusatório*, 2009, p.97 in LIMA, Cláudio Rodrigues Lima, *Da valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos durante a realização de uma escuta telefónica*, Verbo jurídico, 2012, p. 97, muito embora o autor seja favorável à valoração destes conhecimentos noutro processo, porquanto “uma proibição de utilização de prova não deveria excluir a possibilidade de continuação da investigação com base naquelas informações obtidas casualmente, pois, com tais informações, poder-se-ia chegar à obtenção de outros meios probatórios”.

caso da busca, com o crime constante do despacho de autorização da mesma, podendo dizer respeito a esse ou a outro crime do catálogo, da responsabilidade do arguido ou de um terceiro indivíduo não suspeito.

3.2. Das soluções no Direito interno

Para começar, não existe da parte do Tribunal Constitucional qualquer decisão que verse sobre esta temática em concreto, muito embora lhe tenha sido já suscitada a questão da inconstitucionalidade do artigo 187.º do CPP sempre que o mesmo seja interpretado no sentido da valoração dos conhecimentos fortuitos, com base no argumento de que, atendendo à reserva constitucional de lei, os conhecimentos fortuitos apenas poderiam dar origem a uma *notitia criminis*, não podendo valer como meio de prova²⁸.

De ressaltar, porém, que da pouca jurisprudência existente sobre esta questão, a mesma vai no sentido de aceitar a valoração probatória condicional dos conhecimentos fortuitos obtidos na sequência de uma escuta.

Vejamos.

No acórdão de 11 de Janeiro de 1995²⁹, o Tribunal da Relação do Porto pronunciou-se pela proibição da valoração dos conhecimentos que não apresentem qualquer conexão com um crime do catálogo, mesmo não sendo ele mesmo um crime desse catálogo.

Já no acórdão 16 de Janeiro de 2008³⁰, o mesmo Tribunal condiciona a valoração dos referidos conhecimentos a alguns pressupostos: o cumprimento dos requisitos do 187.º CPP; os conhecimentos fortuitos consubstanciarem um crime do catálogo; interesse destes para a descoberta da verdade ou para a prova do processo para que sejam transportados; o arguido ter tido a possibilidade de exercer o respectivo contraditório dos resultados a que esses conhecimentos conduzem.

²⁸Todavia, por falta de alguns requisitos de admissibilidade, nos recursos correspondentes aos Acórdãos do TC n.º 274/2009, Processo n.º268/2010, Relatora: Maria João Antunes; Acórdão TC n.º 55/2010, Processo n.º898/2009, Relator: Cura Machado, e Acórdão TC n.º 93/2009, Processo n.º4/2009, Relator: Cura Mariano, o Tribunal Constitucional nunca chegou a pronunciar-se sobre este assunto.

²⁹ Acórdão do TRP de 11/01/1995, Processo n.º 9441000, Relator: Pereira Madeira

³⁰ Acórdão do TRP de 16/01/2008, Processo n.º 0743305, Relator: Luís Gominho

Por sua vez, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de Agosto de 2007³¹ defende a total proibição dos conhecimentos fortuitos, o que é especialmente interessante por ser uma das poucas decisões jurisprudenciais que vai nesta direcção.

O Acórdão de 11 de Outubro de 2007³² do mesmo Tribunal regressa à valoração probatória condicional dos conhecimentos fortuitos, sempre que os mesmos consubstanciem um crime do catálogo.

Em sede de Supremo Tribunal de Justiça, destaque para o Acórdão de 23 de Outubro de 2002³³, em que se baseia o já referido acórdão do TRP de 16 de Janeiro de 2008. O mesmo valora os conhecimentos fortuitos com respeito pelo princípio da proporcionalidade, na medida em que subordina a valoração dos mesmos à exigência de que o crime ocasionalmente descoberto corresponda a um dos crimes do catálogo.

Do mesmo Tribunal, o acórdão de 18 de Março de 2010³⁴ pronuncia-se no sentido da valoração dos conhecimentos fortuitos que permitam o esclarecimento de um dos crimes do catálogo do artigo 187.º CPP, quer digam respeito ao suspeito alvo das escutas, quer a terceiro que tenha participado nas conversações e ainda “que se mostrem indispensáveis e necessários a esse esclarecimento e que, face a um juízo de hipotética repetição da intromissão – estado de necessidade investigatório – se verifique uma possibilidade qualificada de que naquele processo autónomo se recorreria à escuta telefónica por se mostrar indispensável para a descoberta da verdade ou de que seria impossível ou muito difícil, de outra forma, obter prova”, além de que os mesmos tenham sido comunicados imediatamente ao MP e este informe imediatamente o JIC que autorizou as escutas.

Assim sendo, da jurisprudência nacional extrai-se uma orientação praticamente uniforme no sentido de uma tese intermédia – a da valoração condicional dos conhecimentos fortuitos –, sendo que os requisitos, esses, embora variando de decisão para decisão, todos se encaminham no sentido de exigir que o crime a que se prendem os conhecimentos fortuitos consubstancie um dos crimes do catálogo do artigo 187.º CPP.

No que diz respeito à doutrina, as opiniões dividem-se entre aqueles que defendem a valoração incondicional dos conhecimentos fortuitos, a proibição incondicional da

³¹ Acórdão do TRL de 11/09/2007, Processo n.º 3554/2007-5, Relator: Nuno Gomes da Silva

³² Acórdão do TRL de 11/10/2007, Processo n.º 3577079, Relator: João Carrola

³³ Acórdão do STJ de 23/10/2002, Processo n.º 02P2133, Relator: Leal Henriques. Sobre esta decisão, pode ler-se no Acórdão do STJ de 29/04/2010 que o mesmo segue a doutrina de COSTA ANDRADE.

³⁴ Acórdão do STJ de 29/04/2010, Processo n.º 128/05.OJDLSB-A.S1, Relator: Souto de Moura

sua valoração, e a valoração condicional dos mesmos (como parece ser o entendimento dominante na jurisprudência).

Aqueles que defendem a **valoração incondicional** assentam a sua argumentação na ideia da continuidade entre a produção de prova e a sua valoração e ainda no recurso à aplicação analógica do regime da busca em matéria de conhecimentos fortuitos. Nas palavras de COSTA ANDRADE, “não seria arriscado apontá-los como praticamente isolados³⁵” na doutrina.

A ser assim, repare-se, deixaria de fazer sentido distinguir entre conhecimentos fortuitos e conhecimentos da investigação porque em ambos os casos a solução será a sua valoração desde que a escuta que está na sua origem seja lícita, o que não me parece aceitável dada a natureza de uns e de outros, conforme ficou exposto anteriormente. Além disso, esta tese permitiria a valoração de conhecimentos fortuitos que digam respeito a um crime do catálogo ou não, o que necessariamente levará a abusos por parte das autoridades que levam a cabo a investigação criminal em curso que se sentiriam sempre tentados a encontrar vestígios de outros crimes para além daquele que motivou a escuta em primeiro lugar, ou seja, para que não têm legitimidade.

Aqueles que recusam qualquer valoração dos conhecimentos fortuitos são representados na nossa doutrina essencialmente por FRANCISCO AGUILAR e DAMIÃO DA CUNHA. Este último deixa-o bem expresso na sua intervenção na acta n.º 18 da UMRP em que se lê “O Prof. Doutor Damião da Cunha manifestou a sua discordância em relação à utilização dos conhecimentos fortuitos como meio de prova. Na sua opinião, a utilização desses conhecimentos pode padecer de inconstitucionalidade. São meios de prova que não foram objecto de despacho fundamentado de autorização”³⁶.

Já no que diz respeito a FRANCISCO AGUILAR, o mesmo escreve que “(...) os conhecimentos fortuitos resultantes de escutas telefónicas não encontram no artigo 187.º CPP uma base normativa de permissão de valoração. É que a sua valoração ultrapassa, como acabámos de verificar, o fim normativo desse preceito; donde, representa uma intervenção autónoma sobre os direitos fundamentais em causa. Simplesmente, tal intervenção já não se encontra coberta pela autorização de valoração

³⁵ MANUEL COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992, pág. 309

³⁶ Intervenção de DAMIÃO DA CUNHA, na acta n.º 18 de UMRP, de 24 de Abril de 2006

resultante dos arts 187.º e seg. do CPP. Assim, não existindo nenhuma base de autorização especial neste domínio, nenhuma valoração de conhecimentos poderá ter lugar. (...) Donde os conhecimentos fortuitos terão de ser objecto de uma proibição de valoração de prova, nos termos do artigo 32.º, n.º8 da CRP, por representar uma “intromissão abusiva” a valoração de determinados factos quando efectivada fora dos casos previstos na lei”³⁷.

Todavia, a tese deste autor perde qualquer sentido com a introdução de um novo n.º 7 do artigo 187.º do CPP, com a revisão da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, que actualmente concebe e permite a valoração dos conhecimentos fortuitos num outro processo penal “se tiver resultado de interceptação de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no n.º4 e na medida em que for indispensável à prova de crime previsto no n.º1 (artigo 187.º, n.º7 CPP).

Quanto a DAMIÃO DA CUNHA, o seu argumento não procede uma vez que, precisamente por se tratarem de conhecimentos apenas obtidos no decurso da escuta telefónica, não poderiam ter sido previstos aquando da autorização das escutas pelo JIC e, assim, constar do mesmo.

Já a tese da **valoração condicional dos conhecimentos fortuitos** é aquela que reúne mais adeptos.

COSTA ANDRADE³⁸, pioneiro no debate desta questão, e o mais seguido na jurisprudência, defende a valoração dos conhecimentos fortuitos que (1) consubstanciem um dos crimes do catálogo do artigo 187.º do CPP, e (2) em que se verifique um estado de necessidade investigatório em que se deve aferir da indispensabilidade da utilização daqueles conhecimentos num outro processo em curso ou a instaurar, (3) assegurado que esteja o princípio da proporcionalidade de acordo com o interesse que se visa salvaguardar³⁹.

A este propósito, o autor articula os conceitos de vinculação ao fim (Zweckbindung) e mudança de fim (Zweckfremdung): “diferentemente do que sucede com os conhecimentos da investigação, os conhecimentos fortuitos em sentido estrito introduzem uma mudança de fim, isto é, uma divergência entre o fim em nome do qual

³⁷ FRANCISCO AGUILAR, *Introdução ao estudo do regime dos conhecimentos fortuitos obtidos através das escutas telefónicas* (Dissertação FDUL), Lisboa, 1999, p. 64 e 65

³⁸ COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova*, reimpressão Coimbra Editoria, 1992, p. 311 e 312

³⁹ MANUEL COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992, pág. 312

os conhecimentos fortuitos foram obtidos e o fim para que venham ulterior e eventualmente a ser utilizados”⁴⁰.

Por sua vez, MANUEL VALENTE⁴¹ defende a valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos numa escuta (1) lícita, (2) quer digam respeito ao suspeito daquela escuta ou a terceiro que tenha participado na escuta, (3) desde que obedeçam a um estado de necessidade investigatório tal que exista uma probabilidade qualificada de que num processo autónomo se recorreria à escuta telefónica por aqueles conhecimentos serem de um interesse extremo para a descoberta da verdade, (4) além de que os conhecimentos em causa tenham sido comunicados imediatamente ao juiz que autorizou aquelas escutas. Estes são, porém, requisitos *cumulativos*, o que é especialmente importante porque o autor defende que, caso algum deles não esteja preenchido, não podem sequer dar origem a notícia do crime⁴².

Por sua vez, ANDRÉ LAMAS LEITE entende que os conhecimentos fortuitos podem ser valorados quando estiverem em causa “suspeitas da prática, pelo arguido ou por um terceiro, (mesmo que não apresente qualquer ligação com o processo em que as escutas foram autorizadas) de tipos legais contidos no catálogo do art.º 187.º, n.º1, tudo parece apontar para a possibilidade de valoração de tais provas”⁴³, procedendo-se à sua imediata comunicação ao juiz de instrução para que este avalie da validade da sua utilização. Mas não se fica por aqui no que toca a requisitos de admissibilidade: deve ainda apurar-se se se o Tribunal, no momento em que autorizou a escuta, tivesse elementos que o levassem a suspeitar da prática de outros crimes que também admitem o recurso às escutas, teria ordenado a sua realização⁴⁴ - ideia do estado de necessidade investigatório.

⁴⁰ MANUEL COSTA ANDRADE, “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, página 160

⁴¹ MANUEL GUEDES VALENTE, *Conhecimentos Fortuitos – A busca de um equilíbrio apuleiano*, Almedina, 2006, p.133. Na nota 322 o autor esclarece que o terceiro tem de ser interveniente na conversação para que possa ser valorado o conhecimento fortuito a seu respeito, excepto se for cúmplice ou participante do crime, porque, caso contrário, apenas poderá despoletar uma notícia do crime.

⁴² Isto devido à “excepcionalidade da escuta telefónica e a restrição dos direitos fundamentais pessoais à reserva da intimidade da vida privada e familiar e o direito à palavra”, o que, caso contrário, configuraria uma situação de inconstitucionalidade material por violar princípios como o da proporcionalidade e da interpretação restritiva das normas que afectam direitos, liberdades e garantias fundamentais (artigos 18.º, 26.º e 34.º da CRP).

⁴³ ANDRÉ LAMAS LEITE, *Separata da RFDUP*, Ano I, 2004, p. 38

⁴⁴ ANDRÉ LAMAS LEITE, *Separata da RFDUP*, Ano I, 2004, p. 40 e 41

Por sua vez, se o crime dos conhecimentos fortuitos não constar do catálogo do artigo 187.º CPP, não devem ser valorados naquele processo por, a seu ver, tal consubstanciar uma violação do princípio da legalidade uma vez que seriam valorados meios de prova respeitantes a crimes que o legislador decidiu excluir do catálogo que admite a realização das escutas. Além disso, para obstar a quaisquer situações de abuso por parte dos órgãos de controlo que obtêm material probatório relativo a crimes exteriores ao catálogo previsto. Poderão, porém, dar origem a uma posterior notícia do crime.

Quanto a GERMANO MARQUES DA SILVA, o Professor admite a valoração destes conhecimentos contra o sujeito objecto das escutas e contra terceiro que nelas participe, desde que digam respeito a um crime do catálogo, sejam obtidos através de um meio de comunicação utilizado por uma das pessoas do n.º4 do artigo 187.º do CPP, e ainda sejam indispensáveis à prova do crime em investigação⁴⁵.

Por fim, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE também perfilha a valoração, assim os conhecimentos fortuitos se reportem a um crime do catálogo que recaia sobre uma das pessoas previstas no artigo 187.º, n.º4 do CPP, sendo a mesma indispensável para apurar a verdade material dos factos no processo⁴⁶.

4.

Da valoração dos Conhecimentos Fortuitos no âmbito de outros meios de obtenção de prova – a Busca

Como já referi anteriormente, a razão de ser deste trabalho final prende-se precisamente com o facto de que os problemas que se colocam a propósito dos conhecimentos fortuitos vão muito além do que às escutas telefónicas diz respeito. Designadamente, parece-me especialmente interessante analisar o problema dos conhecimentos fortuitos no âmbito do meio de obtenção de prova da busca domiciliária (artigo 177.º do CPP).

Na verdade, o que está em causa e justifica a presente discussão, seja no âmbito de que meio de obtenção de prova for, é que os conhecimentos fortuitos materializam a aquisição de uma notícia de um crime ou de indícios ou elementos probatórios que,

⁴⁵ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Tomo II, Verbo, 2008, p. 255 e 256

⁴⁶ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código de Processo Penal*, Universidade Católica, 2009, p.511, ponto n.º 14

sem aquele meio de obtenção de prova que lhes deu origem, despoletado por outro tipo de crime, não teriam sido descobertos, recolhidos e examinados.

4.1. Entendimento doutrinal e análise crítica

Ainda que, como vimos, seja parco o tratamento da doutrina em matéria dos conhecimentos fortuitos, o entendimento que ainda predomina é o de que a discussão que existe em torno dos conhecimentos fortuitos apenas terá realmente sentido em sede de meios de obtenção de prova como as escutas telefónicas e a apreensão de correspondência.

Neste sentido, MANUEL VALENTE defende que é “unânime a sua quase irrelevância no plano dos exames, das revistas, das buscas e das apreensões, meios de obtenção de prova tradicionais, que, por um lado, devem, por regra, ser operacionalizados por autorização ou ordem judicial e, por outro, ou por razões de legítima defesa, de direito de necessidade, estado de necessidade ou conflito de direitos e deveres ou por preencherem a tipicidade das medidas cautelares e de polícia podem ser operacionalizados sem a prévia autorização ou ordem judicial sob condição de posterior e imediata comunicação, apreciação e validação judicial.”⁴⁷

Argumenta assim o autor que o problema dos conhecimentos fortuitos estará sobretudo associado a um catálogo de crimes “considerados mais graves ou de difícil investigação através dos meios de obtenção de prova tradicionais – que legitimam o recurso a meios de obtenção de prova detentores de elevada danosidade social”⁴⁸. Reconhece-lhes características que “qualificam estes meios de natureza excepcional e, como tal, impõem ao intérprete e aplicador uma valoração excepcional na valoração dos conhecimentos fortuitos”⁴⁹.

Eu diria que é precisamente por estarem associados a um catálogo de crimes que os conhecimentos fortuitos têm um âmbito de aplicação mais vasto do que aquele que o autor alcança.

COSTA ANDRADE vai contra-corrente neste aspecto ao defender que “(...) não significa que os conhecimentos fortuitos constituam um problema exclusivo deste

⁴⁷ MANUEL GUEDES VALENTE, *Conhecimentos Fortuitos – A busca de um equilíbrio apuleiano*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 97

⁴⁸ MANUEL GUEDES VALENTE, *Conhecimentos Fortuitos – A busca de um equilíbrio apuleiano*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 98

⁴⁹ MANUEL GUEDES VALENTE, *Conhecimentos Fortuitos – A busca de um equilíbrio apuleiano*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 98

meio de obtenção de prova. O problema pode igualmente suscitar-se no contexto, v. g., das buscas ou da apreensão de correspondência. Por exemplo, A, que aguarda julgamento em prisão preventiva, escreve a B pedindo-lhe que subtraia ou falsifique documentos que podem vir a ser utilizados contra A em relação a crime diferente daquele que motiva a prisão preventiva. Também aqui cabe questionar se a carta, legalmente apreendida para efeitos do processo que levou à prisão preventiva, poderá ser igualmente valorada no processo em vista do qual foi solicitada a subtração ou falsificação de documentos. A resposta afigura-se relativamente linear no domínio específico das buscas, onde nada parece contrariar a tese da admissibilidade geral da apreensão e valoração de todos os conhecimentos fortuitos⁵⁰. E explica o autor que “De acordo com o entendimento pacífico da doutrina e jurisprudência alemãs, a tese da legitimidade da valoração de todos os conhecimentos fortuitos decorrentes de uma dada busca, imposta, de resto, pelo citado § 108 do StPO – radica na circunstância de este meio de obtenção de prova ser admissível em relação a qualquer crime⁵¹”.

Vejamos.

Em primeiro lugar, se é verdade que as escutas telefónicas apenas são admissíveis perante um catálogo delimitado de crimes (os do artigo 187.º CPP), as alterações a que o legislador procedeu em termos de busca domiciliária, concretamente, no que ao artigo 177.º do CPP diz respeito, faz com que a linha de argumentação do referido autor caia por terra se pensarmos no catálogo de crimes que admitem a realização de buscas domiciliárias nocturnas, entre as 21 e as 7 horas, nos termos do artigo 177.º, n.º 2 do CPP. O legislador previu no referido artigo um catálogo de crimes que legitima a realização de busca domiciliária em horário em que tal não seria permitido: os casos em que esteja em causa terrorismo, criminalidade especialmente violenta ou organizada, mas também em caso de flagrante delito em que estejam em causa crimes punidos com pena de prisão superior a três anos, nos termos do referido artigo.

Assim, nestes casos, os órgãos de polícia criminal podem ter a iniciativa sem que para isso precisem de qualquer autorização judiciária.

Em segundo lugar, a teoria daqueles que, como MANUEL VALENTE, alegam que os conhecimentos fortuitos não suscitam qualquer problema em sede de busca, uma

⁵⁰ MANUEL COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992, pág. 277

⁵¹ MANUEL COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1992, pág. 277 e 278

vez que são sempre valoradas como prova quaisquer descobertas desde que à actuação da autoridade judiciária ou de órgão de polícia criminal esteja subjacente um despacho que a torne lícita, falha num aspecto importantíssimo e definidor do meio de obtenção de prova da busca. É que a mesma assenta um dos seus pressupostos no facto de ter sempre por base a suspeita de ocultação de objectos relacionados com *determinado crime*, o próprio arguido ou pessoa que deva ser detida, suspeitando-se que estes se encontram em lugar reservado ou não livremente acessível ao público. Isto é, uma busca tem sempre por base motivacional suspeitas que se prendem com um determinado crime, e que por sua vez a justificam, e com é com base nisso que é proferido despacho que autoriza essa mesma busca.

Logo, *a contrario*, sempre que uma busca seja realizada com base numa suspeita de ocultação de indícios de determinado crime, não pode simplesmente valorar-se qualquer prova que surja e que consubstancie indícios de um crime diferente daquele que motivou a busca em questão. Sempre que isto acontecer, situamo-nos no âmbito dos conhecimentos fortuitos, uma vez que os indícios que se procuravam não diziam respeito ao crime com que se relacionam estes novos indícios que fortuitamente vieram a ser encontrados. A busca que possibilitou a descoberta das novas provas nada tinha que ver com o crime agora a elas está associado.

Assim, não pode senão concluir-se que não pode nem deve ser pacífico que simplesmente devam ser aceites como provas lícitas, conforme o apresenta MANUEL VALENTE.

Se assim não se entender, ou seja, se se conceber que basta a autorização judiciária para a realização de uma busca para considerar como válida e lícita, toda e qualquer prova encontrada na sequência da mesma, ignorando o facto de a referida busca ter sido motivada, sim, pela suspeita relativa e um ou mais crimes concretos, então, no limite, poder-se-á equacionar como legítima a busca a qualquer domicílio, porque, no limite, há sempre a hipótese de encontrar qualquer prova que ligue determinada pessoa à prática de um crime.

Ora, isto é completamente inaceitável. Mas é a consequência do entendimento de que qualquer prova na sequência de uma busca domiciliária será lícita desde que tenha subjacente um despacho que a autorize, mesmo que a sua motivação não tenha nada que ver com o novo crime agora indiciado pelas novas provas.

Por outro lado ainda, levanta-se a questão de saber como justificar que apenas se permita a realização de uma busca entre as 21 e as 7 horas quando esteja em causa um crime do catálogo previsto no artigo 177.º, n.º 2 do CPP, e depois se possam valorar provas encontradas na sequência dessa busca que nada têm que ver com os crimes que legitimaram inicialmente a busca naquele horário.

Ora, pelo que ficou exposto, não restam dúvidas que não é, de todo, irrelevante que se discuta a questão dos conhecimentos fortuitos em sede de busca, quer geral, quer especial, tal como acontece relativamente às escutas telefónicas.

Por outro lado ainda, torna-se perfeitamente legítimo que se reveja a ideia da busca como meio de obtenção de prova sem qualquer relação com crimes de maior gravidade justificam o recurso a meios detentores de danosidade social. Uma vez mais, recorde-se, o catálogo – que prevê, entre outros, terrorismo ou criminalidade especialmente violenta – prova exactamente o contrário.

No meu entender, se o legislador concebesse que quaisquer provas associadas a quaisquer crimes, mesmo fora daquele catálogo, legitimassem aquela busca naquele horário, então nem sequer teria previsto um catálogo para o efeito. Porque a verdade é que, se se entender que se admite qualquer prova relacionada com qualquer crime que não integre o catálogo seleccionado, deixa de ter qualquer sentido distinguir em primeira instância. Assim, considerar que qualquer prova encontrada no seguimento de uma busca possa ser licitamente valorada enquanto conhecimento fortuito, parece-me ir claramente contra aquela que foi a vontade inicial do legislador.

Não posso, por isso, novamente, concordar com MANUEL VALENTE quando o mesmo escreve que “Do exposto, poder-se-á aderir à defesa de valoração dos conhecimentos fortuitos sem reservas, não se podendo “contrariar a tese de admissibilidade geral da apreensão e valoração de todos os conhecimentos fortuitos obtidos através de um exame ou de uma revista ou de uma busca.”⁵².

Tal como, quando o mesmo diz que “Os meios de obtenção de prova – exames, revistas, buscas e apreensões – são admitidos como válidos para a investigação de qualquer crime – não estão sujeitos a um catálogo (...)”, não posso, naturalmente, acompanhar-lhe o raciocínio porque, como ficou expresso acima, nas buscas existe um catálogo bem definido de crimes e situações delimitadas em que a busca é

⁵² MANUEL GUEDES VALENTE, *Conhecimentos Fortuitos – A busca de um equilíbrio apuleiano*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 101

excepcionalmente admissível e, por outro lado, a busca em sentido geral é ela mesma condicionada pela suspeita de um determinado crime que a motiva e justifica.

5.

«Case study» ou estudo de caso

Transpondo o debate anterior para uma situação concreta, passemos agora à discussão desta temática com recurso ao método do “case study” ou “estudo de caso”.

Imaginemos, então, a seguinte situação:

O A., inspector da Polícia Judiciária, foi encarregado de proceder às diligências necessárias para desvendar um chocante homicídio. A B. usava uma gargantilha de pérolas que foi igualmente roubada pelo criminoso.

Depois de consultar algumas das suas fontes na cidade, recolhe indícios que o levam a suspeitar de que o crime foi cometido por C. Obtém, para o efeito, um despacho do juiz de instrução que utiliza para se dirigir imediatamente a casa do referido suspeito e proceder à busca do domicílio do mesmo.

Na sequência da mesma, acaba por descobrir dentro de uma das gavetas da mesa-de-cabeceira do suspeito a mencionada gargantilha.

1) Porém, na mesma gaveta onde se encontrava a gargantilha que coloca o suspeito na cena do crime, como autor do mesmo, estavam vários pacotes de cocaína, o que imediatamente levou A. a associar o suspeito à prática do crime de tráfico de estupefacientes.

Ora, esta é a questão clássica no que aos conhecimentos fortuitos diz respeito: se na sequência de um determinado meio de obtenção de prova, legitimado por um despacho de autoridade judiciária – e, portanto, para todos os efeitos, válido no que diz respeito à investigação de um determinado crime que o motivou –, pode valorar-se igualmente os meios de prova relacionados com crime diverso daquele que motivou aquela busca.

Todavia, parece-me pertinente começar por aferir da possibilidade de as teses e raciocínios já existentes sobre este assunto em sede de escutas, poderem ser transpostas para a busca.

Vejamos, então.

Como já foi referido, se as escutas telefónicas consubstanciam uma abordagem mais invasiva da esfera pessoal do suspeito, traduzindo-se numa violação de princípios constitucionais como o direito à privacidade, uma vez que o suspeito está a ser

escutado sem que disso tenha conhecimento – enquanto na busca está a par da mesma –, a verdade é que na base da discussão está o facto de que, tanto as escutas telefónicas como a busca domiciliária, têm por base um despacho de autorização para que se proceda relativamente a um determinado crime que a legitimou, ou seja, sempre que tal não aconteça, e se encontrem provas do cometimento de um crime diverso daquele que consta do despacho, estamos perante um elemento que é violador da confiança e do espaço de liberdade do suspeito.

No *case study* em apreço, o inspector, além de encontrar prova de que o suspeito cometera o crime de homicídio, encontrou igualmente provas que indiciam que o mesmo praticou o crime de tráfico de estupefacientes. Por outras palavras, estamos na presença de conhecimentos ocasionais.

A controvérsia, portanto, reside no facto de o crime de tráfico de estupefacientes nada ter que ver com o crime que legitimou aquela busca – foi somente o crime de homicídio.

Uma vez que não temos qualquer indicação que a busca tenha ocorrido fora do horário regular (das 7h às 21h, nos termos do artigo 177.º, n.º 1 CPP), a discussão sobre a admissibilidade das provas relativas ao crime de tráfico de estupefacientes prende-se com aquilo que já foi dito sobre o facto de a busca estar sempre relacionada com um ou mais crimes em concreto que a motivam, independentemente do catálogo de crimes previsto para situações em que a mesma pode acontecer mediante a verificação de determinados pressupostos.

5.1. Posição adoptada

Ora, o entendimento generalizado que corresponde à teoria da valoração condicional dos conhecimentos fortuitos, aponta no sentido da valoração dos conhecimentos fortuitos assim digam respeito a um crime do catálogo legal de crimes que podem ser alvo do meio de obtenção de prova, e se encontre verificado o raciocínio hipotético que se traduz no estado de necessidade investigatório.

No caso da busca, esta teoria falha, desde logo porque a busca nem sempre acontece em moldes que se reconduzem a um reduzido e previsto leque de crimes, como será o caso das situações do artigo 177.º, n.º 2 do CPC.

A regra é a de que a busca, nos termos do artigo 177.º, n.º 1 CPP, seja motivada pela suspeita de que se ocultam indícios da prática de um determinado crime, ou mais,

em concreto. Ou seja, neste caso do *case study* – que é a grande maioria das situações de busca –, a teoria da sua relação com um dos crimes do catálogo não terá qualquer sentido em termos de valoração dos conhecimentos fortuitos que surgem na sequência daquela busca, pelo simples facto de que não existe um catálogo *proprio sensu* com que relacionar os conhecimentos fortuitos encontrados.

Parece-me que a melhor solução será a intermédia: a de aceitar que os elementos de prova encontrados na sequência de uma busca domiciliária autorizada possam ser valorados como conhecimentos fortuitos, desde que digam respeito, ao invés de a um catálogo de crimes, ao crime que motivou inicialmente a realização daquela busca, e se verifique a existência de estado de necessidade investigatório.

Isto porque a construção do critério como dizendo respeito a um catálogo de crimes tem que ver com o facto de o meio de obtenção das escutas telefónicas estar necessariamente associada a um leque de crimes que legitimam a sua realização quanto a eles. Crimes que, pela sua gravidade, justificam que, na ponderação de interesses que é feita, se aceite sobrepor a busca da verdade material aos direitos fundamentais que assistem ao suspeito alvo daquelas escutas telefónicas.

No caso de busca domiciliária, a mesma pode ser desencadeada em relação a qualquer crime, em horário regular das 7h às 21h, pelo que o critério do catálogo deve ser substituído pelo do crime que desencadeia aquela busca em concreto.

De resto, parece-me ser esta a solução mais justa nesta tentativa de balanceamento entre o princípio da confiança e da protecção da privacidade, e a descoberta da verdade de que não se pode abdicar.

Assim sendo, valorar-se-ão conhecimentos fortuitos que, pela sua relação com o crime que determinou a busca em primeiro lugar, e verificação hipotética da possibilidade de ser determinada a realização de uma busca quanto a eles pela importância que revestem para o apuramento da verdade dos factos, podem ser valorados naquele processo. Não verificados estes pressupostos cumulativos, podem, ainda assim, dar origem a uma *notitia criminis*.

Consequentemente, parece-me que deverá ainda ser feita uma distinção entre as situações em que, na sequência da busca:

1) não se encontram quaisquer indícios da prática do crime que determinou aquela busca, mas sim conhecimentos ocasionais que apontam para um crime diferente,

2) se confirmam os indícios que suscitaram a busca, e ainda se deparam com conhecimentos ocasionais relativos a um outro crime

À primeira vista, pode parecer não ser grande a diferença, mas analisando cuidadosamente, percebe-se que não é bem assim. Isto porque, num caso – o segundo –, a intromissão na esfera pessoal e íntima do suspeito provou ter uma razão de ser, uma justificação que veio a confirmar-se pois, efectivamente, foram encontradas provas da prática do crime que se acreditava ter sido praticado pelo suspeito – isto é, a restrição de um direito do suspeito acabou por se justificar a si mesma. Já no primeiro caso, aquela intromissão acabou por não dar os frutos que se esperava – pelo contrário, deu frutos inesperados, o que significa que o suspeito viu-se invadido na sua própria casa, o último reduto da sua privacidade, para, não só, afinal, se chegar à conclusão que estava a ser indiciado injustamente pela prática do crime que motivou aquela busca, como também para ainda obterem provas contra ele da prática de um crime de que não teriam conhecimento se não fosse aquela busca, afinal desencadeada injustamente.

Por isso, nos casos em que não se confirmem as suspeitas que motivaram a realização da busca, e apenas se deparem com os conhecimentos fortuitos relativos a um crime diferente, não deverão os mesmos ser valorados por uma questão de princípio do próprio meio de obtenção de prova de busca: a invasão de privacidade que a busca envolve funda a compressão do direito do suspeito no superior interesse na descoberta da verdade. Se o motivo que justificou inicialmente a restrição daquele direito à privacidade do arguido acabou por não ser confirmado por não terem sido encontrados os tais indícios que se acreditava estarem a ser escondidos pelo suspeito, a restrição infligida perde qualquer sentido, e não pode ter como consequência que contra o suspeito se valorem novas provas, especialmente dizerem respeito a um crime completamente diferente, que nem sequer entrou em equação aquando da ponderação de valores em confronto para autorizar ou não a busca.

Em suma, a meu ver, apenas deverão ser válidos os conhecimentos fortuitos na sequência de uma busca em que sejam confirmadas as suspeitas que a motivaram, e os conhecimentos fortuitos consubstanciem um crime que se relaciona com o crime inicial, em que os mesmos sejam determinantes para a descoberta da verdade material sobre aquele crime a ponto de eles próprios justificarem hipoteticamente uma busca.

2) *Por outro lado, a busca domiciliária tem lugar às 22h30, tendo o suspeito consentido na realização daquela busca.*

Nos termos do n.º 2 do artigo 177.º do CPP, além dos casos de terrorismo e criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada (alínea a)), ou em caso de flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos (alínea c)), uma busca domiciliária pode ter lugar entre as 21h e as 7h, desde que o suspeito dê o seu consentimento nesse sentido (alínea b)).

Ora, se por si só a busca já é um meio de obtenção de prova invasivo da intimidade e da privacidade do visado, sempre que decorrer entre as 21h e as 7h entende-se que será ainda mais lesiva da esfera pessoal do suspeito em causa.

Daí que tal só possa acontecer em caso de crimes de extrema gravidade (alínea a) do artigo 277.º CPP), em caso de flagrante delito de um crime já relativamente grave (alínea c) do artigo 277.º CPP), e, claro, sempre que o suspeito consinta na realização de uma busca naquele horário (alínea b) do artigo 277.º CPP).

A questão que se coloca, a meu ver, relativamente à validade dos conhecimentos fortuitos obtidos na sequência de uma busca com estes contornos – chamar-lhe-ei *busca consentida* – é a de saber até que ponto é que os conhecimentos obtidos na sequência de uma busca consentida devem ser valorados na mesma forma que o são os conhecimentos fortuitos na sequência de uma busca que deriva de um despacho de autoridade judiciária em horário regular.

Isto porque, neste caso, a pessoa não se limita a não se opor à busca mediante a apresentação pelo órgão de polícia criminal de um despacho que lhe dá poderes para entrar na casa daquele suspeito e procurar por indícios que confirmem as suas suspeitas. Não. No caso da busca consentida, vai-se para além disso. O que se passa na busca consentida é que o suspeito, sem que tivesse de o fazer – excepto se estiverem em causa crimes que preencham a alínea a) ou c) do artigo 177.º CPP – abre as portas da sua casa para que, livremente, os órgãos de polícia criminal procedam, então, à busca.

E esta é, na minha opinião, a questão fulcral do problema: o primado da confiança.

O elemento da confiança de que aqueles órgãos de polícia criminal na busca consentida está mais presente do que em qualquer outro tipo de busca domiciliária.

Ora, como referi acima, podemos considerar razoável que, na ponderação entre a confiança do suspeito e a prossecução da verdade material, se *atraiçoe* essa confiança

e se valorem como conhecimentos fortuitos conhecimentos conexos com o crime que motivou aquela busca, parece-me que quando existe o consentimento do suspeito, especialmente quando não tinha de o fazer, a solução a que se chega deve ser reponderada. E reponderada a ponto de se concluir que não devem ser valorados os conhecimentos obtidos na sequência de uma busca consentida, porque me parece que o facto de ter existido o consentimento do suspeito, nesse caso, reforça a gravidade da lesão ao direito em causa, ascendendo a um nível que já não me parece razoável permitir.

Defender o contrário parece-me que pode legitimamente pôr em causa valores basilares do Direito como a confiança e a boa fé, que podem, no limite, fragilizar o dever de colaboração com a justiça.

Porque, se é de uma importância extrema prosseguir a verdade material e a obtenção da justiça, tal não pode acontecer a todo o custo e por todos os meios, especialmente por meios que se revelem insuportavelmente lesivos de valores estruturais do sistema jurídicos português, que devem ser incentivados e não postos em causa como me parece que aconteceria se quaisquer conhecimentos fortuitos forem valorados nas situações de busca consentida.

Por outro lado, ainda no que diz respeito ao catálogo de crimes que admitem a realização de uma busca entre as 21h e as 7h – os da alínea a) do n.º 2 do artigo 177.º CPP – levanta-se um outro problema que obsta à aplicação da tese da valoração dos conhecimentos da investigação sempre que se verifique uma conexão entre eles e o crime. Ora, vejamos.

Caso a busca tenha lugar naquele horário porque se suspeita de que ali se escondam indícios da prática de um dos crimes daquele catálogo, coloca-se a questão de saber como admitir a valoração de conhecimentos fortuitos que correspondam a um crime exterior ao catálogo. Por outras palavras, o que se questiona é nada mais do que a admissibilidade da valoração de indícios da prática de um crime que nem sequer legitimaria a realização de uma busca naquele horário.

Ou seja, numa situação como esta, além de serem encontrados indícios de um crime que não legitimou aquela busca em primeiro lugar, ainda acresce o facto de que o órgão de polícia criminal nunca teria autorização para realizar aquela busca naquele horário pelo simples facto de que aquele crime nem sequer consta do catálogo que o permite!

O que me leva a concluir que, se entendermos que, mesmo nestas circunstâncias, devem ser valorados os conhecimentos correspondentes a um crime que nem sequer figura no catálogo que o permitiria naqueles moldes, estar-se-á a contornar deliberada e dissimuladamente aquela que foi a vontade e a intenção expressa do legislador, cujo sentido foi claramente o de não permitir a realização de buscas domiciliárias entre as 21h e as 7h, excepto para os crimes constantes de um determinado catálogo.

Dito de outro modo, violar-se-ia o princípio da legalidade uma vez que o legislador quis vedar expressamente a valoração, naquele horário verdadeiramente de excepção, de indícios de um crime que não integra o catálogo legalmente previsto para esse efeito. No fundo, de crimes em que o legislador não identifica dignidade suficiente para serem sequer alvo de uma ponderação de interesses.

Tanto que tal só se justifica em situações excepcionais que se prendem, como supra referido, com a gravidade de um crime (alínea a) do artigo 277.º CPP), a necessidade de intervir de imediato (c) do artigo 277.º CPP), ou quando o próprio visado consinta (alínea b) do artigo 277.º CPP).

Se defendermos a valoração de conhecimentos fortuitos correspondentes a um crime que nem sequer legitimaria a realização de uma busca naquele horário, estaremos a contornar um catálogo que não é meramente exemplificativo, mas sim, taxativo, que consubstancia, a meu ver, uma verdadeira cláusula de exclusão.

Assim sendo, ao aplicar a tese da valoração condicionada entre os conhecimentos fortuitos e o crime que legitimou a busca, estamos a admitir por uma via alternativa aquilo que o legislador expressamente pretendeu excluir por outra.

No limite, basta pensar que, se o legislador concebesse que quaisquer provas associadas a quaisquer crimes, mesmo fora do catálogo, legitimassem a realização de uma busca naquele horário, então, nem sequer teria previsto um catálogo!

Por tudo isto, parece-me que o mais razoável será defender que os conhecimentos obtidos, correspondentes a um crime não constante do catálogo que permite a realização de buscas naquele horário, não possam ser valorados, nem sequer dar origem a um novo processo-crime.

3) Porém, descobre que aquele quarto é ocupado pelo irmão do suspeito e não pelo suspeito há cerca de três meses, uma vez que o mesmo saíra de casa para ir viver com a amante.

Nesta situação, o problema vai para além da valoração dos conhecimentos fortuitos no seguimento de uma busca. A questão agora é a de saber se poderão valorar-se provas correspondentes a um crime diferente daquele que motivou aquela busca, mas que indiciam a prática desse crime por alguém que não o suspeito que motivou a referida busca. Por outras palavras, saber se poderão ser valorados conhecimentos fortuitos relativamente a terceiros.

No caso das escutas telefónicas, a doutrina que se pronuncia pela valoração condicional dos conhecimentos fortuitos, parece aceitar que estes possam valer em relação a terceiros, desde que os mesmos tenham participado nas escutas nas quais os mesmos foram descobertos, o que, segundo CLÁUDIO LIMA RODRIGUES “se justifica pelo facto de tais conhecimentos apresentarem numa elevada conexão com o objecto da investigação no processo onde foi autorizada a escuta telefónica, de tal forma que por este vão, em princípio, ser absorvidos”⁵³.

No caso da busca domiciliária, e sendo coerente com o acima defendido, parece-me que temos de aplicar o critério usado na primeira situação deste *case study*, ou seja, sempre que os conhecimentos fortuitos associados a terceiro correspondam a um crime em que se reconheça uma conexão com o crime que legitimou aquela busca inicialmente, poderão ser valorados.

Isto porque o grande busílis da busca domiciliária é o facto de se invadir a privacidade dos indivíduos naquele que é o espaço que qualquer pessoa assume ser o seu refúgio, o seu porto seguro, onde acreditam que podem ser eles próprios por estarem suficientemente protegidos na sua intimidade. Tanto assim é que naturalmente o dono da casa, sempre que se vê ameaçado ou ofendido de alguma forma, se sente no direito de dizer “saia, que está na minha casa”.

Por isso mesmo, no caso dos conhecimentos fortuitos relativos a terceiro encontrados na sequência de uma busca domiciliária, a questão não se coloca nos mesmos termos em que se coloca quando dizem respeito ao proprietário daquele domicílio, pelo que me parece não existir um dever de protecção da privacidade e da confiança desse terceiro na mesma proporção em que o defendi para o proprietário. Assim sendo, parece-me que poderão ser livremente valorados os conhecimentos

⁵³ CLÁUDIO LIMA RODRIGUES, *Da valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos durante a realização de uma escuta telefónica*, Verbo Jurídico, 2012, p. 79

fortuitos relativos a terceiro desde que preencham o requisito da conexão com o crime que legitimou aquela busca domiciliária.

Todavia, concedo que assim não se entenda quando os conhecimentos fortuitos relativos a terceiro tenham sido encontrados na sequência daquela busca domiciliária porque o terceiro, seja por que razão for, reside temporalmente naquele domicílio. Nesse caso, a presença daqueles indícios naquele espaço assume outros contornos – mais pessoais e mais dignos de tutela legal.

No caso em apreço, o terceiro habitava aquele quarto temporariamente com a sua amante, depois de ter abandonado o seu domicílio. Ou seja, não podemos dizer que aquele seja o seu domicílio tal como o é para o proprietário da casa, mas aquele é, no entanto, um espaço privado do terceiro que merece protecção na mesma lógica que o proprietário do domicílio a merece.

Assim sendo, de acordo com o Código de Processo Penal – Comentários e Notas Práticas, “O consentimento deve ser prestado por pessoa que seja titular do direito à inviolabilidade do domicílio, isto é, por pessoa que habite no local. Porém, se o visado pela diligência tiver residência no local, o consentimento deve partir deste, não bastando, para legitimar a busca sem autorização judicial, o consentimento de qualquer outra pessoa que aí habite (Ac. TC n.º 507/94)”⁵⁴.

Porém, de acordo com o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09 de Março de 2006⁵⁵, é lícita a busca a um quarto ocupado numa habitação, mesmo quando respectivo mandado judicial for omissivo quanto ao nome do ocupante, desde que o mandado contenha uma autorização de busca a toda a residência, incluindo mesmo a caixa do correio.

O conceito de domicílio vai para além do previsto nos artigos 82.º a 88.º do CC, devendo antes ser interpretado à luz do artigo 34.º da CRP e do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 452/89, de 21 de Junho, que o define como “habitação humana (...) espaço fechado e vedado a estranhos, onde recatada e livremente se desenvolve toda uma série de condutas e procedimentos característicos da vida privada e familiar”⁵⁶.

Lê-se ainda no referido Código anotado que “o conceito integrará todas as situações em que determinado espaço esteja funcionalizado para servir como habitação, ainda

⁵⁴ Magistrados Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Código de Processo Penal – Comentários e Notas Práticas*, Coimbra Editora, 2009, pág. 459

⁵⁵ Acórdão do STJ, de 09/03/06; Processo n.º 06P461; Relator: Simas Santos

⁵⁶ Acórdão do TC de 21/06/89; Processo n.º 15/87; Relator: Conselheiro Raúl Mateus

que de modo ocasional, transitório ou precário – a casa de residência, a tenda ou a auto-caravana que se usam como casa em tempo de férias, o quarto de hotel, o veículo automóvel usado temporariamente como residência – são assim espaços que integram a noção de domicílio para efeito deste artigo [o 177.º CPP]”.

4) O inspector apreende o colar de pérolas, assim como os diversos pacotes de cocaína e procede à denúncia do crime de tráfico de estupefacientes com base nesta última apreensão, através de uma nova notícia de crime.

Quanto a saber se o órgão de polícia criminal deve ou não proceder à apreensão dos elementos de prova – que se traduzem nos conhecimentos fortuitos – que apenas poderão ser valorados em sede de outro processo criminal, há que ter em atenção o imperativo legal da alínea a) do n.º1 do artigo 242.º do CPC, que determina que qualquer órgão de polícia criminal tem de proceder à respectiva notícia do crime sempre que tenha conhecimento que um crime foi, de facto, praticado.

E ainda, além disso, o próprio artigo 242.º, n.º 1, alínea a) do CPP determina a denúncia obrigatória para os OPC dos crimes de que tenham conhecimento, pelo que, pela própria natureza da profissão do órgão de polícia criminal, que são treinados e instruídos para trazer à justiça os infractores da lei, seria contranatura, perante provas claras da prática de um crime, simplesmente impor-lhes que finjam que nada se passou, nada viram e nada aconteceu.

A apreensão obedeceria aos pressupostos do regime das apreensões, nos termos dos artigos 178.º e seguintes do CPP. Assim, o inspector apreenderia o colar de pérolas e os diversos pacotes de cocaína encontrados uma vez que os mesmos preenchem o disposto no n.º 1 do artigo 178.º do CPP, ou seja, consubstanciam “objectos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir a prática de um crime, os que constituírem o seu produto, lucro, preço ou recompensa, (o colar de pérolas, concretamente), e bem assim todos os objectos que tiverem sido deixados pelo agente no local do crime ou quaisquer outros susceptíveis de servir de prova” (neste último caso, os pacotes de cocaína).

Em seguida, nos termos do n.º 2 do artigo 178.º do CPP, “Os objectos apreendidos são juntos ao processo, quando possível, e, quando não, confiados à guarda do funcionário de justiça adstrito ao processo ou de um depositário, de tudo se fazendo menção no auto”.

Significa, portanto, que o colar de pérolas seria junto ao processo que determinou a busca domiciliária, sendo nele valorado, enquanto os pacotes de cocaína serão juntos e ficarão adstritos ao processo-crime que emergirá da denúncia da notícia do crime de tráfico de estupefacientes que o Inspector levará a cabo, tendo estas apreensões de ser validadas pela autoridade judiciária no prazo máximo de setenta e duas horas (artigo 179.º, n.º 5).

Note-se, porém, que o Inspector apenas pode proceder às apreensões supra referidas mediante a obtenção de um despacho de autorização da autoridade judiciária (artigo 179.º, n.º 3 do CPP), tendo para isso competência enquanto órgão de polícia criminal ao abrigo do n.º 4 do artigo 179.º do CPP.

6.

Da possibilidade de os conhecimentos fortuitos darem origem a *notitia criminis*

O entendimento geral da doutrina e jurisprudência, à exceção de GUEDES VALENTE⁵⁷, é de que, sempre que os conhecimentos fortuitos não preencham os requisitos que lhes permitiriam ser valorados no próprio processo em que se deu a sua descoberta, os mesmos poderão ainda dar origem a uma notícia do crime.

Esta parece-me ser a forma mais justa e eficaz de conciliar a busca pela verdade material dos factos e assegurar o respeito pelos direitos fundamentais da pessoa alvo da busca domiciliária: por um lado, aqueles indícios da prática de um crime não são esquecidos, nem o eventual agente do crime deixará de ser responsabilizado e, por outro, não se incorre num aproveitamento abusivo do despacho de autorização que permitiu a realização da busca – e, conseqüentemente, que se invadissem a privacidade daquela pessoa –, na qual se encontraram os conhecimentos fortuitos quanto àquele crime, porquanto a mesma tinha por base um outro crime.

Além disso, o próprio n.º 2 do artigo 262.º do CPP estabelece que “Ressalvadas as exceções previstas neste código, a notícia de um crime dá sempre lugar à abertura de um inquérito”, o que significa que é o próprio CPP que fixa esta sequência natural de que os indícios da prática do crime sejam denunciados e sejam iniciadas diligências de investigação quanto a eles. A isso obriga, desde logo, o próprio sentido de justiça que

⁵⁷ No mesmo sentido na doutrina estrangeira, KNAUTH, in FRANCISCO AGUILAR, *Introdução ao estudo do regime dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, 1999, p. 97, defende que os conhecimentos fortuitos, neste caso, não poderão ser alvo de qualquer aproveitamento processual, nem como material investigatório.

reside em cada um de nós, que nos impele naturalmente para o raciocínio de que, sempre que se suspeite da prática de um crime, deve investigar-se e eventualmente, caso se confirme, penalizar os seus responsáveis, muito na lógica de, como escreve CLÁUDIO LIMA RODRIGUES “o Direito Penal se traduzir na defesa de bens jurídicos reputados essenciais pela comunidade e, o Processo Penal, ter por função a declaração do Direito Penal ao caso concreto e pela circunstância de as sanções criminais assumirem uma dimensão política”⁵⁸.

Ainda no sentido da permissão de que estes conhecimentos fortuitos dêem azo a um novo processo-crime, dispõe o próprio n.º 7 do artigo 187.º do CPP ao ressaltar o que dispõe o n.º 1 do artigo 248.º do CPP: “os órgãos de polícia criminal que tiverem notícia de um crime, por conhecimento próprio ou mediante denúncia, transmitem-na ao MP no mais curto prazo, que não pode exceder 10 dias”. E é também por isto que acima defendi que os conhecimentos fortuitos, mesmo quando não devessem ser valorados no próprio processo em que foram encontrados, têm de dar origem a um novo processo-crime em que possam ser objecto de investigação, porquanto a denúncia é de carácter obrigatório para todas os órgãos de polícia criminal sempre que tomarem conhecimento de crimes, nos termos do n.º 1 do artigo 242.º do CPP. Faz parte da razão de ser da sua profissão, e do seu papel social. A doutrina inclina-se, aliás, no sentido de que a denúncia é obrigatória para todos os crimes, conforme PAULO SOUSA MENDES⁵⁹: “a redacção actual do art. 242.º, n.º 3, ao dizer que “a denúncia só dá lugar a instauração de inquérito se a queixa for apresentada no prazo legalmente previsto”.

Nesta lógica, assim que os conhecimentos fortuitos chegam, passe a redundância, ao conhecimento dos órgãos de polícia criminal através daquela busca domiciliária, os mesmos têm uma obrigação legal e, diria mesmo, natural, de os comunicar ao MP num prazo máximo de 10 dias.

Uma vez que, no caso de conhecimentos fortuitos correspondentes a crimes semi-públicos ou particulares terão de ser cumpridos os respectivos pressupostos de procedibilidade, sempre que os OPC transmitem a notícia do crime ao MP em virtude do n.º 1 do artigo 248.º CPP, e o MP tenha razões para acreditar que o ofendido não está a par do crime, deve o mesmo informar o ofendido da notícia do crime, para que

⁵⁸ CLÁUDIO LIMA RODRIGUES, *Da valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos durante a realização de uma escuta telefónica*, Verbo Jurídico, p. 219

⁵⁹ PAULO SOUSA MENDES, *Sumários*, FDUL, 2008/2009, p. 37

este avance com a queixa que lhe compete, o que permitirá ao MP emitir um despacho a dar início à fase de inquérito. Se o MP tem razões para crer que o ofendido tem conhecimento da prática do crime em questão, apenas deve proceder ao registo da denúncia que lhe chegou, mas não informar o ofendido, conforme resulta do n.º 1 do artigo 247.º *a contrario* do CPP. Nesta última situação, os conhecimentos fortuitos não poderão ter qualquer eficácia, uma vez que jamais poderão derrogar aquilo que está legalmente estabelecido no regime geral de impulso processual inicial.

Por outro lado, a partir do momento em que se assume que os conhecimentos fortuitos poderão ser valorados em sede de um novo processo-crime, a investigação quanto aos mesmos deverá decorrer sem condicionantes para além das estabelecidas pelo legislador para qualquer tipo de prova.

CONCLUSÕES

Munidos de um despacho de autorização, os órgãos de polícia criminal lançam mão dos mais diversos meios de obtenção de prova, com o argumento de que a estes subjazem suspeitas da prática de um determinado crime. Porém, não raras vezes, os mesmos acabam por se deparar com suspeitas da prática de um outro crime que houvera legitimado o despacho de autorização.

Ora, isto é particularmente problemático tendo em conta que aquele despacho de autorização implica necessariamente uma restrição de direitos fundamentais, nomeadamente, no âmbito daquilo que prevê o artigo 34.º, n.ºs 2 e 3 da CRP, que a lei processual penal prevê como lícita por se entender que, à luz dos pressupostos do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º da CRP), a busca pela verdade material dos factos deve prevalecer sobre a eventual lesão de direitos constitucionalmente tutelados de todos os cidadãos.

E se, desde logo, essas situações em que o legislador legitima uma intrusão na privacidade dos suspeitos da prática de um crime causam sempre alguma celeuma do ponto de vista dos limites daquilo que é constitucionalmente aceitável e admissível para que se alcance a verdade dos factos e se punam os seus responsáveis, a questão é outra quando, no âmbito de um meio de obtenção de prova, nos deparamos com elementos de prova que apontam para um crime não legitimado por aquele concreto despacho de autorização, e que, portanto, estão para além daquilo que com ele se pode provar. E é então que, aí chegados, é inevitável perguntar: poderão esses

conhecimentos fortuitos ser valorados? Em que medida e com que limites? Com que implicações, e para quem?

A questão tem sido discutida essencialmente em sede de escutas telefónicas, que é, de resto, o único meio de obtenção de prova em que se prevê expressamente uma solução legal nesta matéria, concretamente no n.º 7 do artigo 187.º do CPP.

Seja em que meio de obtenção de prova for, para aferir da validade dos conhecimentos fortuitos no âmbito do processo em que foram encontrados, ou sequer noutra processo, importa proceder à distinção clássica entre aquilo que se designa por “conhecimentos da investigação” e “conhecimentos fortuitos”.

Na esteira de FRANCISCO AGUILAR, como vimos, serão conhecimentos da investigação todos os que forem inesperadamente descobertos no âmbito de escutas telefónicas legalmente efectuadas, e que de alguma forma digam respeito ao crime que consubstancia aquelas escutas telefónicas, ou então, caso se reconduzam a um outro crime, pertencente ou não a catálogo previsto para as escutas telefónicas, contenha uma conexão com o crime previsto no despacho de autorização daquelas concretas escutas (na senda do artigo 24.º, n.º 1 do CPP). É precisamente com recurso a este artigo do CPP – em que o autor funda o seu conceito de “unidade da investigação em sentido processual”, que conseguimos definir o que o mesmo entende por conceitos da investigação. A conexão que se extrai do referido artigo deve materializar-se, portanto, entre o crime correspondente aos conhecimentos descobertos e o crime do catálogo que tem no despacho de autorização das escutas o seu fundamento material. Simultaneamente, os conhecimentos fortuitos serão todos os conhecimentos obtidos no âmbito das escutas e que não preencham nenhum dos referidos requisitos.

A distinção entre estes dois conceitos é, no entanto, preterida em comparação com o interesse que os autores demonstram em discutir a validade dos conhecimentos fortuitos, o que, como referi, me parece fazer pouco sentido uma vez que sem esclarecer os termos em que deve ser feita a distinção entre conhecimentos fortuitos e conhecimentos da investigação, qualquer conclusão a que se chegue quanto à valoração probatória dos conhecimentos fortuitos será sempre deficitária por não se ter definido plenamente, afinal, aquilo em que consiste a definição de conhecimentos fortuitos. Quanto à jurisprudência, vimos que praticamente se limita a seguir a doutrina acima enunciada, principalmente os professores MANUEL COSTA ANDRADE e FRANCISCO AGUILAR.

Pessoalmente, parece-me ser a tese de FRANCISCO AGUILAR a mais capaz em termos de definir o que se entende por conhecimentos da investigação e conhecimentos fortuitos, sendo os primeiros todos os conhecimentos fortuitamente encontrados no seguimento de um meio de obtenção de prova que, pela *conexão* apresentada com o crime legitimador desse meio de obtenção de prova – aferida nos termos do artigo 24.º, n.º 1 do CPP – poderão ser valorados no mesmo processo, independentemente de pertencerem ou não a um determinado catálogo de crimes associado àquele meio de obtenção de prova. Consequentemente, os conhecimentos fortuitos serão os restantes: todos os indícios de crimes obtidos na sequência de um meio de obtenção de prova legalmente autorizado e levado a cabo, mas que não pode ser enquadrado na mesma “unidade de investigação em sentido processual” que o crime na origem da autorização de realização daquele meio de obtenção de prova.

Uma vez esclarecido o conceito de conhecimentos fortuitos à luz da doutrina e da jurisprudência nacional, urge indagar da sua valoração como meio de prova.

Muito embora não exista vasta jurisprudência nesta matéria, aquela que existe tende a aceitar a valoração condicional dos conhecimentos fortuitos encontrados no âmbito das escutas, desde que o crime a que se prendem os conhecimentos fortuitos consubstanciem um dos crimes do catálogo do artigo 187.º CPP. Esta é igualmente a posição dominante na doutrina que admite a valoração dos conhecimentos fortuitos assim se encontrem verificadas as seguintes condições: a escuta no âmbito da qual os conhecimentos fortuitos surgiram ter sido autorizada por despacho de autoridade judiciária, e ter sido realizada licitamente; os conhecimentos fortuitos corresponderem a um dos crimes do catálogo do artigo 187.º do CPP; a valoração desses conhecimentos afigurarem-se indispensáveis para fazer prova do crime no novo processo, isto é, de acordo com ANDRÉ LAMAS LEITE, fazer o raciocínio hipotético de saber se o Tribunal, no momento em que autorizou a escuta, tivesse elementos que o levassem a suspeitar da prática de outros crimes que também admitem o recurso às escutas, teria ordenado a sua realização - ideia do estado de necessidade investigatório; e ainda colocar a questão da valoração daqueles conhecimentos fortuitos à opinião do juiz de instrução criminal que proferiu o despacho de autorização das escutas.

Posto isto, parece-me que a questão que se segue seria a de saber em que meios de obtenção de prova se pode, afinal, colocar a questão da valoração dos conhecimentos fortuitos. Os argumentos avançados vão no sentido de que os conhecimentos fortuitos

seriam insusceptíveis de debate em sede de outros meios de obtenção de prova, designadamente, para o que aqui me interessa, em sede de busca domiciliária.

Ora, esta é uma conclusão que me parece francamente questionável. E tanto assim é que dedico esta minha dissertação precisamente a prová-lo.

Desde logo, entendo que a não existência de um catálogo de crimes legitimadores da realização de uma busca domiciliária não é, em bom rigor, exactamente verdade. Em primeiro lugar, uma busca domiciliária tem sempre subjacente a suspeita da prática de um determinado crime, nos termos do artigo 177.º, n.º 1 do CPP. Além disso, existem situações excepcionais em que, efectivamente, se prevê a ocorrência da busca apenas quando houver suspeita relativamente a um dos crimes previsto naquele concreto catálogo (artigo 177.º, n.º 2 do CPP). Ao contrário do que defendem alguns autores, o simples facto de uma busca domiciliária ser lícita não pode ser sinónimo de que se valorem todos e quaisquer elementos de prova independentemente do crime a que dizem respeito. Porquê? Porque, tal como nas escutas, aquela busca domiciliária teve por base a suspeita de um determinado crime concreto, e não de todos eles. Caso contrário, a consequência seria insustentável: no limite, poder-se-ia equacionar como legítima a busca a qualquer domicílio, porque, no limite, haveria sempre a hipótese de encontrar qualquer prova que ligue determinada pessoa à prática de um crime. Ora, isto é completamente inaceitável. Mas é a consequência do entendimento de que qualquer prova na sequência de uma busca domiciliária será lícita desde que tenha subjacente um despacho que a autorize, mesmo que a sua motivação não tenha nada que ver com o novo crime agora indiciado pelas novas provas.

De resto, a busca domiciliária pode estar também relacionada com criminalidade violenta, conforme se observa pelo catálogo previsto para crimes dessa natureza, que legitimam uma actuação em horário nocturno. Resta-me concluir que, se o legislador concebesse que quaisquer provas associadas a quaisquer crimes, mesmo fora daquele catálogo, legitimassem aquela busca naquele horário, então nem sequer teria previsto um catálogo para o efeito. Porque a verdade é que, se se entender que se admite qualquer prova relacionada com qualquer crime que não integre o catálogo seleccionado, deixa de ter qualquer sentido distinguir em primeira instância. Assim, considerar que qualquer prova encontrada no seguimento de uma busca possa ser lícitamente valorada enquanto conhecimento fortuito, parece-me ir claramente contra aquela que foi a vontade inicial do legislador.

Assim sendo, partindo do pressuposto de que a discussão em torno da valoração dos conhecimentos fortuitos faz tanto sentido na busca domiciliária como no âmbito das escutas telefónicas, foi-me possível chegar a algumas conclusões quanto à valoração dos conhecimentos fortuitos nas diversas variantes que uma busca domiciliária pode envolver.

Primeiro, coloca-se a questão clássica de saber se na sequência de uma busca domiciliária legitimada por despacho de autoridade judiciária – e, portanto, para todos os efeitos, válida no que diz respeito à investigação do crime de homicídio que a motivou –, podem valorar-se igualmente os indícios de prova relacionados com crime de tráfico de estupefacientes. Ora, muito embora não estejamos perante um catálogo de crimes com o qual possamos confrontar aqueles conhecimentos fortuitos, estamos, ainda assim, perante um crime de homicídio, cuja suspeita motivou o despacho de autorização para aquela busca domiciliária, pelo que sou levada a aceitar a valoração dos conhecimentos fortuitos, quando estes que digam respeito ao crime que determinou a busca em primeiro lugar, e se verifique hipoteticamente a possibilidade de ser determinada a realização de uma busca quanto a eles pela importância que revestem para o apuramento da verdade dos factos. Não verificados estes pressupostos cumulativos, podem, ainda assim, dar origem a uma *notitia criminis*.

Todavia, ainda neste âmbito, há que ressaltar o seguinte: sempre que se realize uma busca domiciliária em horário diurno, e não se confirmem as suspeitas que motivaram a sua realização, ao invés se deparando com os conhecimentos fortuitos relativos a um crime diferente, não deverão os mesmos ser valorados por uma questão de princípio do próprio meio de obtenção de prova de busca: a invasão de privacidade que a busca envolve funda a compressão do direito do suspeito no superior interesse na descoberta da verdade. Se o motivo que justificou inicialmente a restrição daquele direito à privacidade do arguido acabou por não ser confirmado por não terem sido encontrados os tais indícios que se acreditava estarem a ser escondidos pelo suspeito, a restrição infligida perde qualquer sentido, e não pode ter como consequência que contra o suspeito se valorem novas provas.

Em segundo lugar, quando a busca domiciliária acontece porque o suspeito deu o seu consentimento, o suspeito – excepto se estiverem em causa crimes que preencham a alínea a) ou c) do artigo 177.º CPP – abre as portas da sua casa para que, livremente, os órgãos de polícia criminal procedam, então, à busca. O elemento da confiança na

busca consentida está mais presente do que em qualquer outro tipo de busca domiciliária. Parece-me, neste caso, que o facto de ter existido o consentimento do suspeito reforça a gravidade da lesão ao direito em causa, ascendendo a um nível que já não me parece razoável permitir. Se é de uma importância extrema prosseguir a verdade material e a obtenção da justiça, tal não pode acontecer a todo o custo e por todos os meios, especialmente por meios que se revelem insuportavelmente lesivos de valores estruturais do sistema jurídicos português, que devem ser incentivados e não postos em causa como me parece que aconteceria se quaisquer conhecimentos fortuitos forem valorados nas situações de busca consentida.

Por outro lado, ainda quanto aos casos em que se prevê a busca domiciliária nocturna, quando esta tenha lugar naquele horário nos termos da alínea a) do n.º 2 do artigo 177.º do CPP, coloca-se a questão de saber como admitir a valoração de conhecimentos fortuitos que correspondam a um crime exterior ao catálogo, ou seja, como admitir a valoração de indícios da prática de um crime que nem sequer legitimaria a realização de uma busca naquele horário – por não ser nenhum dos previstos na referida alínea a). Violar-se-ia o princípio da legalidade uma vez que o legislador quis vedar expressamente a valoração, naquele horário verdadeiramente de excepção, de indícios de um crime que não integra o catálogo legalmente previsto para esse efeito. No fundo, de crimes em que o legislador não identifica dignidade suficiente para serem sequer alvo de uma ponderação de interesses. Neste caso concreto, não devem ser valorados, nem sequer dar origem a um novo processo-crime.

Quanto à valoração subjectiva dos conhecimentos fortuitos, a doutrina que se pronuncia pela valoração condicional dos conhecimentos fortuitos, parece aceitar que estes possam valer em relação a terceiros, desde que os mesmos tenham participado nas escutas nas quais os mesmos foram descobertos. Em sede de busca domiciliária, entendo que sempre que os conhecimentos fortuitos associados a terceiro correspondam a um crime em que se reconheça uma conexão com o crime que legitimou aquela busca inicialmente, poderão ser valorados por me parecer que não existe um dever de protecção da privacidade e da confiança desse terceiro na mesma proporção em que o concebi para o proprietário. Excepto quando aquele domicílio se tenha tornado a residência daquele terceiro que, mesmo não sendo o proprietário, tem naquele espaço o seu reduto de intimidade e privacidade. Nesse caso, merece a mesma

tutela e nos mesmos moldes quanto à valoração dos conhecimentos fortuitos que acima defendi para o proprietário.

Por outro lado ainda, sempre que não estejam verificados os pressupostos que permitiriam a valoração dos conhecimentos fortuitos no âmbito do processo em que foram descobertos, os mesmos mantêm o seu potencial investigatório, motivo por que darão origem a uma notícia de crime, dando origem à abertura de um novo processo-crime quanto a eles.

Em suma, resta-me destacar que, seja qual for o meio de obtenção de prova em que os conhecimentos fortuitos se manifestem, a sua valoração deverá ser sempre consentânea com os pilares fundadores de um Estado de Direito democrático, sem que a busca pela verdade material e a necessidade de apresentar resultados ao nível da investigação criminal se sobreponha ao verdadeiro último reduto de qualquer ser humano: o respeito pela sua liberdade. O direito que este tem a ser ele próprio – para o bem o para o mal –, pelo menos, dentro daquelas quatro paredes.

BIBLIOGRAFIA

- AGUILAR, Francisco, *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, Coimbra, Almedina, 2004
- ANDRADE, Manuel Costa, *Sobre as proibições de prova*, reimpressão Coimbra Editora, 1992
- ANDRADE, Manuel 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
- DA SILVA, Germano Marques, *Curso de Processo Penal*, Tomo II, Verbo, 2008
- DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Processual Penal*, reimpressão, Coimbra Editora, 2004
- LEITE, André Lamas, *Separata da RFDUP*, Ano I, 2004
- LIMA, Cláudio Rodrigues, *Da valoração dos conhecimentos fortuitos obtidos durante a realização de uma escuta telefónica*, Verbo Jurídico, 2012
- PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica, 2011
- PAULO SOUSA MENDES, *Sumários*, FDUL, 2008/2009
- ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, (trad. da 25.ª ed. alemã por Gabriela Córdoba e Daniel Pastor), Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000
- TEIXEIRA, Carlos, *Escutas telefónicas: a mudança de paradigma e os velhos e novos problemas*, Revista do CEJ, n.º 9, 2008
- VALENTE, Manuel Guedes, *Conhecimentos Fortuitos – A busca de um equilíbrio apuleiano*, Almedina, 2006

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	2
EXPOSIÇÃO	
1. Conhecimentos fortuitos – Introdução ao Tema	4
2. Conhecimentos da Investigação vs Conhecimentos Fortuitos	5
2.1. Soluções no Ordenamento Jurídico Português	6
2.2. Perspectiva crítica e solução adoptada	11
3. Da valoração dos Conhecimentos Fortuitos	
3.1. Das soluções no Direito Comparado	13
3.2. Das soluções no Direito Interno	16
4. Da valoração dos Conhecimentos Fortuitos no âmbito de outros meios de obtenção de prova – a Busca	21
4.1. Entendimento doutrinal e análise crítica	22
5. “Case study”	26
5.1 Posição adoptada	27
6. Da possibilidade de os conhecimentos fortuitos darem origem a <i>notitia criminis</i>	36
CONCLUSÕES	38