

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO | ESCOLA DE LISBOA

Sobre a validade dos conhecimentos fortuitos no Processo Penal



MESTRADO FORENSE

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito
na especialidade de Mestrado Forense,
sob a orientação do Professor Doutor Henrique Salinas Monteiro

Margarida Sousa Vasco Gonçalves de Magalhães (nº 142720135)

outubro de 2022

AGRADECIMENTOS

*À minha família e amigos.
Um especial agradecimento ao Professor Doutor
Henrique Salinas Monteiro por toda a ajuda e disponibilidade.*

Palavras-chave: Processo Penal; Conhecimentos Fortuitos; Conhecimentos da Investigação; Escutas Telefónicas; Meios de Obtenção de Prova.

SIGLAS E AREVIATURAS

Ac. – Acórdão

BGH - Bundesgerichtshof

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

Ed. – Edição

n.º - número

Pág. - Página

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

StPO – Strafprozessordnung (Código de Processo Penal Alemão)

TC - Tribunal Constitucional

TRC - Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

v. – Vide

ÍNDICE

1. Introdução	6
2. As escutas telefónicas – um mal necessário?	8
2.1. Conceito de escutas telefónicas e a colisão com direitos fundamentais.....	8
2.2. Os pressupostos das escutas telefónicas	11
2.3. Quem pode ser intercetado no âmbito de uma escuta telefónica?.....	17
3. Conhecimentos da Investigação e Conhecimentos Fortuitos – uma fronteira difícil de identificar.....	18
3.1. Os critérios de distinção entre conhecimentos da investigação e conhecimentos fortuitos.....	18
3.2. A posição da jurisprudência portuguesa	21
4. Valoração dos conhecimentos fortuitos	24
4.1. Devem os conhecimentos fortuitos ser valorados?.....	24
4.2. Os pressupostos de valoração dos conhecimentos fortuitos – artigo 187.º, n.º 7 do CPP.....	28
5. A valoração dos conhecimentos da investigação	33
6. A valoração dos conhecimentos fortuitos no âmbito das buscas e apreensões.....	37
7. Conclusão.....	39
8. Bibliografia	45
9. Jurisprudência	47

1. Introdução

Os meios de obtenção de prova, mais especificamente os métodos ocultos de investigação, que permitem recolher material probatório, mas que, simultaneamente, violam ou restringem direitos fundamentais do investigado, só existem na medida em que são permitidos por lei e tendo de ser decretados por despacho judicial do Juiz de Instrução Criminal, devendo-se limitar o máximo possível o recurso aos meios em causa, de modo a que a intrusão na esfera jurídica do arguido seja o menor possível.

Quando os meios de obtenção de prova em causa são escutas telefónicas surge uma das grandes problemáticas do Processo Penal – os conhecimentos fortuitos. Estes conhecimentos podem adotar uma de duas formas (ou até ambas): os órgãos de polícia criminal encarregues da investigação descobrem factos que não são subsumíveis ao ilícito-penal para o qual a escuta foi decretada, mas a outro; ou descobre-se que um sujeito, que não o arguido, praticou determinado crime. A questão que se levanta é que valor – se algum – devemos dar a estes conhecimentos.

Importa, antes de se aprofundar esta temática, proceder a uma análise do regime das escutas telefónicas e em que medida é que as mesmas são válidas, uma vez que é no âmbito das mesmas que surge a problemática em apreço. Será necessário também estabelecer uma distinção entre conhecimentos da investigação e conhecimentos fortuitos, uma vez que esta tem sido uma das questões mais importantes para a doutrina e jurisprudência e que leva à aplicação de regimes substancialmente diferentes. Contudo, fixar esta fronteira em termos conceptuais é extremamente difícil, não havendo um só um critério de distinção, como será demonstrado em sede própria. Cabe então apresentar quais são os critérios apresentados para distinguir estas figuras e as consequências de cada regime.

Estabelecida a distinção entre os conhecimentos da investigação e os conhecimentos fortuitos, haverá que averiguar de que modo a jurisprudência e doutrina nacionais têm valorado os segundos conhecimentos, sendo que há três grandes correntes de pensamento: a recusa total da valoração dos conhecimentos fortuitos; a valoração condicional e a valoração total, sendo que o ordenamento jurídico português optou por uma valoração condicionada, como espelhado no artigo 187.º do Código Processo Penal. Esta análise passará por uma comparação com os regimes adotados nos ordenamentos jurídicos alemão e espanhol, uma vez que os mesmos, quer no passado quer no presente, optaram por soluções diversas do legislador português.

O foco da presente dissertação passará pela análise dos requisitos do artigo 187.º, n.º 7 do CPP, uma vez que são esses que impõem no nosso ordenamento jurídico uma valoração condicional dos conhecimentos fortuitos. A fixação destes requisitos pauta-se por um duplo respeito pelo princípio da proporcionalidade, uma vez que sendo a escuta telefónica já extremamente violadora dos direitos fundamentais do escutado, a valoração de conhecimentos fortuitos – conhecimentos não abrangidos pelo despacho judicial que admite que se proceda a determinada escuta telefónica – terá ela própria de se demonstrar proporcional para que possa ter algum valor que não como mera notícia de crime.

Caberá, por último, questionar a validade dos conhecimentos fortuitos no âmbito de outros meios de obtenção de prova, nomeadamente nas buscas. No nosso Código de Processo Penal, a temática dos conhecimentos fortuitos apenas é regulada no âmbito do regime das escutas telefónicas, contudo, tal não significa que a valoração dos mesmos seja exclusiva a este meio de obtenção de prova. A doutrina e a jurisprudência, apesar de escassamente, têm vindo a equacionar as possibilidades de atender a estes conhecimentos ao se proceder a buscas e apreensões, pelo que este tema tem uma relevância acrescida.

2. As escutas telefónicas – um mal necessário?

2.1. Conceito de escutas telefónicas e a colisão com direitos fundamentais

A admissibilidade das “escutas telefónicas” encontra-se prevista no artigo 187.º do CPP, na redação introduzida pela Lei n.º 48/2007 de 29 de Agosto.

Apesar de o nosso Código de Processo Penal regular as escutas telefónicas nos artigos 187.º a 190.º, o mesmo não nos oferece uma definição deste meio de obtenção de prova, pelo que a mesma a tem sido adiantada pela doutrina e jurisprudência¹ portuguesas. A razão pela qual não encontramos uma definição para este meio de obtenção de prova na nossa lei prende-se com o facto de esta ser uma matéria que se encontra intrinsecamente relacionada com determinados desenvolvimentos tecnológicos que têm surgido, nomeadamente, ao longo do século XXI, não sendo, portanto, prático para o legislador, e nem sequer para uma correta organização do nosso sistema jurídico, atualizar a lei a cada alteração que se verifique no plano tecnológico². A omissão de um conceito legal confere ao intérprete uma certa flexibilidade para definir o que se deve entender que entra no âmbito da escuta telefónica, uma vez que à medida que a tecnologia avança não nos podemos deixar ficar pelos meios de comunicação tradicionais. Apesar dos perigos de nos fixarmos numa só definição, acompanhamos aquela que é avançada por Cláudio Lima Rodrigues, segundo o qual as escutas telefónicas são “*um método de obtenção de prova que envolve a captação, mediante o emprego de instrumentos*

¹ A jurisprudência portuguesa tem sido altamente inspirada pela definição oferecida pelo Supremo Tribunal Espanhol, segundo o qual “*As interceções telefónicas (normalmente conhecidas como escutas telefónicas) implicam uma atividade de controlo das comunicações entre particulares através deste meio e podem ser consideradas como medidas instrumentais que implicam uma restrição do direito fundamental ao sigilo das comunicações e são autorizadas pelo juiz de instrução na fase de investigação ou fase sumária do processo penal, quer contra o arguido, quer contra outros com quem o arguido comunica, com o objetivo de captar o conteúdo das conversas para a investigação de infrações específicas e para a produção, se for caso disso, de certas provas quando apropriado.*” – v. S.T.S. 31/10/1994 R.J. 1994/9076

² A evolução tecnológica aconteceu nos últimos 25 anos um ritmo que não tem comparação na história da Humanidade, o que nos deve também fazer refletir sobre a forma como essas mudanças se refletem na lei, nomeadamente quando atuam sobre direitos fundamentais. A privacidade é um dos grandes desafios que a tecnologia nos coloca em diversos parâmetros da nossa vida em sociedade e, apesar de a lei não poder ser volátil e alterar-se a cada avanço tecnológico, as condições atuais devem pelo menos levar a uma reflexão aprofundada sobre de que forma a legislação acompanha as condições de vida dos sujeitos que regula.

técnicos ou electrónicos, de uma comunicação ou conversaço”³, uma vez que é abrangente o suficiente para que continue a encontrar aplicabilidade mediante futuros avanços tecnológicos.

Partindo da definição apresentada, fácil será concluir a elevada ingerência que este meio de obtenção de prova tem na esfera da vida privada dos indivíduos, pelo que nos encontramos perante uma colisão de bens jurídicos. Temos, assim, por um lado, os direitos fundamentais do escutado, designadamente, o direito à reserva da intimidade da vida privada, o direito à palavra falada e o direito ao segredo das telecomunicações⁴, previstos nos artigos 26, n.º 1⁵ e 34.º, n.º 1⁶ e 4⁷, todos da Constituição da República Portuguesa, e, por outro lado temos a prossecução do interesse público na vertente da descoberta da verdade, quando os meios tradicionais não se mostram eficazes⁸.

Como explicam os constitucionalistas Gomes Canotilho e Vital Moreira estes direitos fundamentais por sua vez, dividem-se em “sub-direitos”. O direito à palavra visa proteger o direito à voz, pelo que é ilícito gravar a voz de uma pessoa sem o seu consentimento; o direito às “palavras ditas”, protege o direito a uma reprodução verídica do que determinado indivíduo disse; e, por último, o direito ao auditório, isto é, o poder de decidir a quem queremos transmitir a palavra. Já o direito à reserva da intimidade da vida privada abrange o direito a impedir o acesso de estranhos sobre a vida privada e familiar e o direito a que ninguém divulgue informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem. Finalmente, o direito à correspondência e de outros meios de comunicação privada tem como âmbito de proteção não

³ RODRIGUES, CLÁUDIO LIMA - «Da Valoração dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Durante a Realização de Uma Escuta Telefónica», in *DataVenia*, ano 2, n.º 93, 2015, pág. 121

⁴ A respeito deste, vem Germano Marques da Silva explicar que “*O conceito de sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação é rigorosamente formal, pelo que a sua proteção não está dependente do seu conteúdo.*” – v. MARQUES DA SILVA, GERMANO - *Curso de Processo Penal – volume II*, 4.ª Ed., VERBO, 2008, pág. 246.

⁵ “*A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação.*”

⁶ “*O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.*”

⁷ “*É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.*”

⁸ Escreve José Miguel Júdice que existe em Portugal “*(...) uma deriva securitária que tudo pretende justificar em nome da eficácia da luta contra a criminalidade*” (Júdice, 2004).

só a correspondência no seu significado mais tradicional, como cartas ou postais, mas também outros meios de comunicação eletrónicos, como conversas telefónicas⁹.

Por tudo o exposto, o artigo 32.º, n.º 8 da CRP¹⁰ veio a qualificar como nulas quaisquer provas obtidas através da intromissão na vida privada e telecomunicações (entre outros). Contudo, para toda a regra há uma exceção. Assim, e apesar do elevado nível de proteção que se confere a este conjunto de direitos, a Constituição prevê a possibilidade de se restringirem direitos fundamentais nos termos do seu artigo 18.º, n.º 2, segundo o qual “*A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*”, estando aqui em causa a aplicação do princípio da proporcionalidade, princípio este que, por sua vez, se subdivide em três subprincípios: o princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade *stricto sensu*¹¹. É pela existência deste dispositivo normativo que o artigo 34.º, n.º 4 da CRP cria uma exceção relativamente à inviolabilidade das telecomunicações nos casos previstos na lei – o legislador considerou ser adequado, necessário e proporcional restringir-se este direito e, conseqüentemente, os restantes mencionados, em prol de uma investigação que não se basta com o recurso a meios de obtenção de prova tradicionais.

Veio, então, permitir-se que em casos excecionais e mediante a verificação de determinados pressupostos, possa haver uma restrição de direitos fundamentais para que se possa recolher material probatório que se considere não poder ser obtido de nenhuma outra forma. Há que mencionar ainda que, uma vez que estão em causa direitos fundamentais, não

⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra, 2007, pág. 467 e 544

¹⁰ “*São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.*”

¹¹ O Tribunal Constitucional veio a descrever a finalidade de cada um dos subprincípios, no seu acórdão nº 634/93, nos seguintes termos, “*o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); princípio da justa medida, ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos).*”

podem as escutas ser utilizadas para fins preventivos, isto é, para que se evite a prática de determinado crime, sendo apenas admissível como meio de obtenção de prova, pelo que é necessário que exista, à data da autorização da escuta telefónica, um crime consumado ou uma tentativa de crime punível.

2.2. Os pressupostos das escutas telefónicas

Previamente à introdução do artigo 187.º, a única norma com teor que se pudesse considerar semelhante no CPP de 1929 era o artigo 210.º, segundo o qual “*Nos correios, telégrafos e estações radio telegráficas poderão fazer-se buscas e apreensões de cartas, encomendas, valores, telegramas e qualquer outra correspondência dirigida ao arguido, ou outras pessoas que tenham relações com o crime e poderá o juiz ou qualquer oficial de justiça ou agente de autoridade, por sua ordem, ter acesso aos referidos meios, para interceptar, gravar ou impedir comunicações, quando seja indispensável à instrução da causa, observando-se as disposições deste código em tudo o que não for regulado na respectiva legislação especial*”. Pelo que, apesar da introdução do artigo previamente mencionado ter sido um passo verdadeiramente inovador dado pelo legislador português em relação ao que estava regulado, em relação a outros sistemas jurídicos, foi uma alteração tardia, uma vez que, por exemplo, a Alemanha já tinha legislado sobre os conhecimentos fortuitos em 1992 e Itália em 1988¹².

Os pressupostos que devem estar reunidos para que estejamos perante uma escuta válida não se mantiveram os mesmos ao longo da história. Inicialmente, os pressupostos exigidos eram: um despacho judicial que autorizasse a escuta; que estivesse em causa um crime punível com pena de prisão de máximo superior a três anos, tráfico de estupefacientes, crimes relativos a armas, engenhos, matérias explosivas e análogas, contrabando, injúrias, ameaças, ou de coação e intromissão na vida privada quando cometidos via telefónica; e, por último, que existissem razões para crer que a diligência revelaria grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova¹³. Pelo que, segundo Fátima Mata-Mouros, a reforma de 2007, no que

¹² Um atraso que deveremos tentar não reproduzir, sobretudo em contexto de acelerada revolução tecnológica, sob pena que quer na matéria dos direitos, deveres e garantias, quer na matéria da regulamentação criminal se criem lacunas que não aproveitam à sociedade que a lei se propõe regular e defender.

¹³ MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal: Comentários e Notas Práticas*, Coimbra Editora, 2009, pág. 479

às escutas telefónicas respeita, baseou-se em quatro premissas: *i)* garantir à defesa uma possibilidade de intervir na escolha de conversas intercetadas que tenham relevância para a descoberta da verdade material; *ii)* uma maior definição dos procedimentos a adotar; *iii)* maior preocupação com os prazos; e, por último, *iv)* delimitação do âmbito subjetivo das escutas¹⁴. De que forma foram então atendidas estas preocupações?

Primeiramente, antes da entrada em vigor da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, o critério adotado pelo legislador era o do “*grande interesse para a descoberta da verdade*”¹⁵. Atualmente, o critério orientador da admissibilidade de uma escuta telefónica é ser “*indispensável para a descoberta da verdade*” ou que “*a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter*” (cfr. artigo 187.º, n.º 1 do CPP).

O que significa ser a diligência “*indispensável para a descoberta da verdade*” ou que a prova seria “*impossível ou muito difícil de obter*”? Em primeiro lugar, com esta exigência pretende-se concretizar o princípio da proporcionalidade, exigido pela Constituição, obrigando a uma maior reflexão sobre a adequação, necessidade e a proporcionalidade deste meio de obtenção de prova. Escreve Paulo Pinto de Albuquerque que os critérios plasmados no n.º 1 do artigo 187.º “*são apurados em face do conjunto de elementos de prova que existem no momento da prolação da decisão sobre o requerimento do MP (...) e não em função do que afinal se revele ter sido o conteúdo das escutas telefónicas e da sua importância probatória (...), nem em função de pré-juízos sobre a eventual inutilidade da diligência (...)*”¹⁶, o que significa que a escuta poderá ser decretada se perante o requerimento do Ministério Público se considerar que seria o único meio de obtenção de prova que poderia demonstrar a prática de um crime. É, portanto, um meio subsidiário no sentido de que antes de se recorrer ao mesmo se devem ter esgotados todos os outros meios de obtenção de prova disponíveis menos lesivos de direitos

¹⁴ MATA-MOUROS, MARIA DE FÁTIMA - «Escutas telefónicas – o que não muda com a reforma», in *Revista do CEJ número 9 – Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal 2008*, pág. 223

¹⁵ De acordo com o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11-01-2006, proc. n.º 0515276, à data da antiga redação, o que se exigia é que existissem “*razões suficientemente fortes e objectivas de que as escutas telefónicas se revela de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova. Relevância a apreciar segundo critérios da necessidade, da adequação e proporcionalidade, atento o carácter excepcional e subsidiário das escutas telefónicas, por constituírem uma ingerência na vida privada e nos meios de comunicação privada*”.

¹⁶ PINTO DE ALBUQUERQUE, PAULO - *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª Ed. Atualizada, Universidade Católica Portuguesa, 2009, pág. 507

fundamentais. Nunca se pode requerer a execução de uma escuta como primeira escolha na fase de inquérito, pois a mesma trata-se de uma via excepcional, não devendo ser requerida levemente. Acresce que se exige ainda uma “suspeita fundada”, ou seja, que “(...) já haja um certo nível de indícios; logo, não basta a mera “notícia do crime” e mt.º menos a denúncia anónima, mesmo que muito verosímeis e suficientemente concretizadas (...)”¹⁷, justificando Carlos Adérito Teixeira que tal se deve à própria definição de suspeita associada às razões para crer sobre a indispensabilidade da prova.

As escutas, por serem um meio altamente lesivo de múltiplos direitos do intercedido, encontram-se limitadas a um determinado número de crimes, existindo, portanto, um “catálogo de crimes” previsto nos n.º 1 e 2 do artigo 187.º do CPP. Escreve Hugo Alexandre de Matos Tavares que o denominador comum aos crimes previstos no catálogo é “(...) a gravidade da ação normativa face à consciência axiológica da comunidade e consequente ressonância ético-social do dano que estes implicam (...)”¹⁸.

Sucede que não basta que se esteja perante um dos ilícitos penais previstos nestas disposições legais mencionadas, estando o recurso a uma escuta telefónica “(...) sujeito ao decurso de um processo crime, ou seja, não se configura como medida cautelar e de polícia nem como medida ou meio pré ou extra processual, caso contrário a catalogação ou tipificação criminal exposta no n.º 1 do art. 187.º do CPP seria, de todo em todo, descabida e sem sentido”¹⁹. Porém, questiona-se se para que uma escuta seja válida já se deve ter aberto o inquérito ou basta que haja uma notícia de crime para que se possa – de forma válida – decretar este meio de obtenção de prova? Na esteira de André Lamas Leite, o ideal seria que as escutas só fossem autorizadas mediante abertura do inquérito, mas conclui que mediante queixa ou participação criminal se poderá recorrer às escutas, considerando que o facto de o inquérito ainda não ter sido aberto se trata de uma irregularidade processual pela qual o Ministério

¹⁷ ADÉRITO TEIXEIRA, CARLOS - «Escutas Telefónicas: A Mudança de Paradigma e os Velhos e os Novos Problemas», in *Revista do CEJ número 9 – Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal*, 2008, pág. 246

¹⁸ TAVARES, HUGO ALEXANDRE DE MATOS - «Os Conhecimentos Fortuitos Nas Escutas Telefónicas (e a intermitência das decisões judicativas e soluções doutrinárias)», in *Estudos de homenagem ao Juiz Conselheiro António da Costa Neves Ribeiro*, Coimbra Editora, 2007 pág. 233

¹⁹ GUEDES VALENTE, MANUEL MONTEIRO - *Processo Penal Tomo I*, 3ª Ed. Revista, Atualizada e Aumentada, Almedina, 2010, pág. 473

Público se responsabiliza²⁰ ²¹. Não é uma tese apoiada unanimemente, existindo doutrina defensora da necessidade de ser aberta a fase de inquérito para que uma escuta seja validamente decretada, uma vez que essa é a fase onde se procedem às investigações necessárias para se averiguar da prática de um crime e, portanto, não existindo inquérito, não se poderá proceder às mesmas, o que, conseqüentemente, significa que não se poderá autorizar uma escuta telefónica²².

Não podemos concordar com a primeira tese. O artigo 187.º, n.º 7 do CPP claramente estabelece que as escutas telefónicas “*só podem ser autorizadas durante o inquérito*”, pelo que não faria sentido que se bastasse a notícia do crime. Acresce que o artigo 262.º do CPP define que o propósito dessa mesma fase consiste em “*(...) investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação*”. Não havendo qualquer dúvida de que uma escuta telefónica tem exatamente esse propósito, não faria qualquer sentido que se prescindisse da abertura do inquérito para que se pudesse admitir o recurso a esse meio de obtenção de prova. Ainda menos sentido faz atendendo-se ao facto de estar em causa um meio extremamente lesivo dos direitos fundamentais do escutado e que deve ser realizado na medida do absolutamente adequado, necessário e proporcional.

Uma vez que estamos no âmbito de uma lesão de direitos fundamentais, impõe o artigo 187.º, n.º 1 do CPP que a autorização ou recusa da escuta telefónica seja proferida pelo juiz de instrução, através de despacho fundamentado²³. Esta fundamentação deve, para Carlos Adérito Teixeira, ser de nível intermédio, uma vez que não pode ser semelhante à fundamentação da maioria dos despachos proferidos pelo juiz de instrução, contudo, também não deve estar no

²⁰ LEITE, ANDRÉ LAMAS - «As Escutas Telefónicas: algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respetiva violação», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2004, pág. 22

²¹ No mesmo sentido, o Tribunal da Relação do Porto, em acórdão proferido a 19-06-1991, segundo o qual “*(...) iniciando-se o processo criminal com a denúncia ou queixa de crime, a não abertura de inquérito constitui (...) mera irregularidade, susceptível apenas de importar responsabilidade disciplinar para o MP*”.

²² MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal...*, pág. 482

²³ Esta imposição vem mais uma vez vertida no artigo 269.º, n.º 1, alínea e) do CPP. É um requisito que apenas se verifica relativamente às escutas telefónicas e não a outros meios de obtenção de prova lesivos de direitos fundamentais, como, por exemplo, as buscas (artigos 174.º e 177.º do CPP). Tal demonstra a gravidade dos danos gerados pela autorização de escutas, em comparação com outros meios de obtenção de prova.

mesmo nível que a fundamentação exigida numa sentença condenatória²⁴. Esta eventual autorização (ou recusa) resulta de um requerimento do Ministério Público, sendo que esse delimita o objeto da escuta telefónica, não podendo ir o juiz de instrução além do mesmo.

Após a autorização da escuta, estabelece o artigo 187.º, n.º 6 do CPP que a mesma tem uma duração máxima de 3 meses, renovável por períodos sujeitos ao mesmo limite, se verificados os requisitos de admissibilidade²⁵. Sobre esta limitação temporal imposta legalmente, atente-se ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08-10-2015, proc. n.º 417/10.2TAMD.L.G1.S1 (disponível em www.dgsi.pt), segundo o qual “*O legislador, ao fixar um prazo máximo de 3 meses renovável para a duração das escutas, não limitou o número de vezes suscetível de renovação nem estabeleceu um limite temporal máximo pré-determinado, fazendo depender a renovabilidade da medida da presença dos requisitos de admissibilidade, mas tendo sempre presente que as escutas estão limitadas ao inquérito, o que não significa aos prazos de inquérito previstos no código*”. Ora poder-se-ia questionar se esta renovação apenas dependente da verificação dos requisitos de admissibilidade não seria abusiva, uma vez que não se sabe quanto tempo será necessário para que as escutas sirvam o seu propósito e, portanto, teríamos determinado indivíduo a ser interceptado por um período temporal, claramente excessivo (por exemplo, no caso do acórdão *supra* mencionado, a escuta teve uma duração de 18 meses). Contudo, uma vez que o Tribunal Constitucional veio a clarificar que o artigo em questão é constitucional, atualmente, permite-se essa renovação sem existir um limite para o número de vezes em que tal ocorre até se atingir o prazo máximo do inquérito²⁶.

²⁴ ADÉRITO TEIXEIRA, CARLOS - «Escutas Telefónicas: A Mudança de Paradigma e os Velhos e os Novos Problemas» ... pág. 246

²⁵ Esta renovação depende sempre de um novo pedido, como se de uma nova escuta se tratasse, segundo o Tribunal da Relação de Coimbra, que veio a dizer que “*(...) no despacho de autorização o juiz terá que fixar o prazo máximo em que aquele meio de prova pode ser utilizado. Este prazo é renovável, mas esta renovação depende de novo despacho judicial que deve sindicar, de novo, os requisitos da sua admissibilidade. Findo o prazo da autorização terá que haver um novo pedido, devidamente fundamentado, perante o qual o juiz terá que repetir o juízo acima enunciado: se, perante os elementos do processo, concluir que os pressupostos se mantêm, então repetirá a autorização antes concedida.*” – v. Ac. TRC do dia 19-02-2014, proc. n.º 528/07.1GCVIS.C1 (disponível em: www.dgsi.pt)

²⁶ O Projeto de Lei n.º 519/IX, Diário da Assembleia da República, II Série-A, IX Legislatura, 3.ª Sessão Legislativa, n.º 20, de 3 de dezembro de 2004, pp. 6-118, previa que o prazo máximo da duração das escutas telefónicas, não poderia ultrapassar trinta dias, prorrogáveis no limite até cinco vezes, contudo, tal não foi transposto para o atual CPP.

Uma vez que a lei estabelece pressupostos necessários para que seja validamente decretada uma escuta telefônica, a não verificação de um deles significa que não deva ser proferido despacho judicial que admita o meio de obtenção de prova em causa. Idealmente, seria sempre este o desfecho – sem a verificação de todos os pressupostos não é admissível a escuta. Todavia, sabemos que sendo a justiça uma atividade humana, está a mesma suscetível a erros, pelo que cabe definir qual o valor de uma escuta que foi decretada, ainda que não se encontrassem reunidos todos os pressupostos para que tal acontecesse. A resposta lógica é a nulidade da prova. Como previamente mencionado, as escutas telefônicas, pela sua especial danosidade relativamente aos direitos fundamentais do escutado, apenas é admissível nos termos elencados na lei, isto é, mediante a verificação de todos os pressupostos, que têm como fim assegurar que a interceção é realizada com respeito pelo princípio da proporcionalidade. Caso não se cumpram com todas as exigências legais, a consequência prevista no artigo 190.º do CPP²⁷ é a nulidade de prova. Segundo Paulo Pinto de Albuquerque, uma vez que se trata de uma proibição de prova resultante de uma intromissão ilegal nas comunicações, a prova obtida será nula se não for dado o consentimento do escutado, opção essa que é oferecida pelo artigo 126.º, n.º 3 do CPP²⁸. Deste modo, segundo o autor, não se trata “*de nulidade insanável (...), nem de uma nulidade variável, insanável ou sanável consoante o tipo de violação do regime legal (...), nem de uma inexistência de prova*”²⁹. Acrescenta ainda André Lamas Leite que esta nulidade impede a utilização de qualquer material probatório obtido por escuta decretada em violação dos pressupostos legalmente exigíveis, ainda que esse material probatório tenha sido requerido pelo arguido^{30 31}.

²⁷ “Os requisitos e condições referidos nos artigos 187.º, 188.º e 189.º são estabelecidos sob pena de nulidade.”

²⁸ “Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.”

²⁹ PINTO DE ALBUQUERQUE, PAULO - *Comentário do Código de Processo ...*, pág. 531

³⁰ LEITE, ANDRÉ LAMAS - «Entre Péricles e Sísifo: o novo regime legal das escutas telefônicas», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 17, n.º 4, 2007, pág. 669

³¹ Sobre a nulidade das escutas e realidade vivida no nosso sistema jurídico, escreve Manuel da Costa Andrade que “(...) uma escuta, autorizada por um juiz de instrução no respeito dos pressupostos materiais e procedimentais prescritos na lei, é, em definitivo e para todos os efeitos, uma escuta válida. Não há no céu — no céu talvez haja! — nem na terra, qualquer possibilidade jurídica de a converter em escuta inválida ou nula. Pode, naturalmente, ser mandada destruir, já que sobra sempre o poder dos factos ou o facto de os poderes poderem avançar à margem da lei ou contra a lei. Mas ela persistirá, irreversível e “irritantemente”, válida!” – v. COSTA

2.3. Quem pode ser interceptado no âmbito de uma escuta telefónica?

Como previamente mencionado, as escutas telefónicas são um meio extremamente lesivo de diversos direitos fundamentais em prol da prossecução do interesse público da descoberta da verdade material. E não é apenas o arguido ou suspeito que se vê vítima deste meio de obtenção de prova, podendo ser várias as pessoas que veem os seus direitos violados.

Previamente à entrada em vigor da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, o nosso Código de Processo Penal não fixava taxativamente quem poderia ser alvo de uma escuta telefónica. Contudo, tal não significava que qualquer cidadão pudesse ser interceptado no âmbito de determinada investigação. Os requisitos para que se decretasse uma escuta telefónica de determinada pessoa dependiam da verificação de dois requisitos: *i)* evidências do envolvimento da pessoa a interceptar no crime sob investigação; e *ii)* fundadas razões que indicasse que a escuta da pessoa em questão revelava grande interesse para a descoberta da verdade³².

Com a entrada em vigor da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, o artigo 187.º, n.º 4 do CPP passou a estabelecer que as pessoas que podem ser alvo de uma escuta durante uma investigação são o suspeito ou arguido³³, a pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido, ou a vítima do crime, mediante respetivo consentimento, que pode ser presumido³⁴. Questiona-se, se poderão ser efetuadas escutas que incidam sobre os familiares do arguido. Na doutrina surgem duas posições distintas. Por um lado, Germano Marques da Silva defende que “(...) *se impõe a interpretação extensiva de modo a abranger comunicações ou conversações de pessoas não indicadas no n.º 4, mas que respeitem ao crime*

ANDRADE, MANUEL - Escutas - coisas simples numa coisa complexa, in *Público*, 2009, disponível em: <https://www.publico.pt/2009/11/18/opiniao/noticia/opiniao-escutas--coisas-simples-numa-coisa-complexa-por-manuel-da-costa-andrade-1410823>.

³² MATA-MOUROS, MARIA DE FÁTIMA - *Sob Escuta: reflexões sobre o problema das escutas telefónicas e funções do Juiz de Instrução Criminal*, Princípia, 2003, pág. 41

³³ Manuel da Costa Andrade afirma que quando a escuta telefónica tem como interceptado o próprio arguido ou suspeito, este meio de obtenção de prova consiste numa violação do direito do arguido à não auto-incriminação, bem como à auto-determinação sobre a informação – v. COSTA ANDRADE, MANUEL DA - *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, Reimpressão, pág. 284

³⁴ Este consentimento presumido só pode ocorrer nos casos em que a vítima se encontra incontactável, caso contrário, tem de haver um consentimento expresso.

*objecto do processo em que a escuta foi ordenada (...)*³⁵. Deste modo, o autor não se opõe à escuta de conversas de familiares do suspeito ou arguido. Com uma tese oposta apresenta-se Guedes Valente, não aceitando a escuta de conversas de familiares, uma vez que a simples qualidade de familiares – nomeadamente cônjuges e filhos – não significa que a pessoa detenha qualquer tipo de conhecimento sobre a atividade criminosa do arguido, para além de que não faz sentido que possam ser escutados, reitera-se, sem consentimento, enquanto em sede de inquirição, o artigo 134.º do CPP os legitima a recusarem-se a prestar declarações³⁶.

O Ministério Público tem de indicar no requerimento da escuta telefónica quais as pessoas que devem ser sujeitas à intercepção, pelo que, qualquer intercepção que seja feita a determinada pessoa não prevista nesse mesmo requerimento será nula, não podendo ser valorada no processo em questão.

O âmbito subjetivo das escutas telefónicas não se confunde com a titularidade do meio de comunicação que é interceptado, ou seja, num cenário em que é interceptado um meio de comunicação de determinada pessoa que não seja uma das elencadas no artigo 187.º, n.º 4 do CPP, basta que quem lhe dê uso seja umas das figuras indicadas para que a conversação possa ter sido validamente interceptada e, portanto, que os elementos probatórios sejam recolhidos e, eventualmente, valorados^{37 38}.

3. Conhecimentos da Investigação e Conhecimentos Fortuitos – uma fronteira difícil de identificar

3.1. Os critérios de distinção entre conhecimentos da investigação e conhecimentos fortuitos

No âmbito da realização de uma escuta telefónica, podem ser obtidos dois tipos de conhecimentos: os conhecimentos da investigação e os conhecimentos fortuitos. A linha que

³⁵ MARQUES DA SILVA, GERMANO - *Curso de Processo Penal – volume II*, ... pág. 251

³⁶ GUEDES VALENTE, MANUEL MONTEIRO - *Processo Penal Tomo I*, ... pág. 488

³⁷ LEITE, ANDRÉ LAMAS - «Entre Péricles e Sísifo: o novo regime legal das escutas telefónicas», ... pág. 631

³⁸ É necessário que seja do conhecimento dos órgãos de polícia criminal ou do Ministério Público de que a pessoa que se pretende interceptar recorre a um meio de comunicação de terceiro para que se possa ordenar a escuta desse mesmo meio.

separa estes dois conhecimentos não tem sido fácil de estabelecer, existindo duas teses que nos oferecem critérios sobre como diferenciá-los.

3.1.1. As “constelações típicas”

A primeira tese que surgiu para auxiliar na qualificação de determinado conhecimento como de investigação ou fortuito foi desenvolvido por Manuel da Costa Andrade, acompanhando a posição de Wolter, que elaborou uma lista de factos que devem ser considerados como conhecimentos da investigação, pelo que, apesar de esta lista não ser taxativa, os que não se encontram incluídos nessa mesma lista devem ser considerados conhecimentos fortuitos. Desse modo, para o autor devem ser considerados conhecimentos da investigação: *i)* factos em relação de concurso ideal e aparente com o crime que esteve na origem da interceção telefónica; *ii)* os delitos alternativos que, com o crime que originou a escuta, estejam numa relação de comprovação alternativa de factos; *iii)* as diferentes formas de comparticipação; *iv)* as situações de favorecimento pessoal, auxílio material ou de receção; e *v)* os crimes que traduzem a finalidade ou a atividade da associação criminosa em relação à qual a escuta tinha sido ordenada³⁹. Conclui o autor que a distinção deve ser feita através de uma identificação de “constelações típicas” e não através de um critério geral.

Rapidamente surgiram críticas a esta tese, sendo a mais comum a de que “(...) *tal orientação ao merecer consagração legal atentaria contra a determinabilidade, clareza e suficiente densidade das normas legais (...)*”^{40 41}. Uma outra crítica (consequência da que se acabou de mencionar) é que o legislador estaria a transferir para os tribunais a fixação de outras figuras que poderiam ser consideradas como conhecimentos da investigação, que por sua vez, levaria a um terceiro problema de tribunais diferentes qualificarem de forma diferente uma situação igual ou idêntica.

³⁹ COSTA ANDRADE, MANUEL DA - *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, Reimpressão, pág. 306

⁴⁰ RODRIGUES, CLÁUDIO LIMA - «Da Valoração dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Durante a Realização de Uma Escuta Telefónica», ... pág. 145

⁴¹ No mesmo sentido Francisco Aguilar, que vem a adiantar que esta incerteza jurídica é capaz de criar um conceito indeterminado, apenas sustentado pela doutrina e que, no limite, poderá levar ao esvaziamento do conceito de conhecimentos fortuitos – v. AGUILAR, FRANCISCO - *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, Almedina, 2004, pág. 19 e seguintes.

3.1.2. O critério da conexão de processos

Francisco Aguilar apresenta uma abordagem à problemática da distinção entre os conhecimentos da investigação e fortuitos diversa da de Manuel da Costa Andrade, sugerindo que o critério a seguir seja o de considerar conhecimentos da investigação todos os factos que integrem a mesma unidade de investigação processual. Deste modo, devem-se considerar conhecimentos da investigação todos os casos previstos no artigo 24.º, n.º 1 do CPP⁴², que estabelece as causas de conexão de processos, uma vez que essa é a disposição a que se deve atender para sabermos quais são os factos que integram a “mesma situação histórica da vida” e, portanto, que correspondem aos conhecimentos da investigação⁴³. Deste modo, o autor define conhecimentos da investigação como “*os factos, obtidos através de uma escuta legalmente efectuada, que se reportam ou ao crime cuja investigação legitimou a realização daquela ou a um outro delito (...) que esteja baseado na mesma situação histórica da vida daquele*”⁴⁴.

Contudo, esta teoria foi também criticada, designadamente por Costa de Andrade, apontando o mesmo o perigo de se recorrer a critérios já definidos para um propósito específico⁴⁵ e de aplicá-los numa temática diferente, levando a uma ampliação das disposições em causa⁴⁶. Por outro lado, para que possamos equacionar uma aplicação analógica da lei, temos de concluir que existe uma lacuna, isto é, que há uma omissão legal quanto a determinado

⁴² “*Há conexão de processos quando:*

- a) O mesmo agente tiver cometido vários crimes através da mesma acção ou omissão;*
- b) O mesmo agente tiver cometido vários crimes, na mesma ocasião ou lugar, sendo uns causa ou efeito dos outros, ou destinando-se uns a continuar ou a ocultar os outros;*
- c) O mesmo crime tiver sido cometido por vários agentes em participação;*
- d) Vários agentes tiverem cometido diversos crimes em participação, na mesma ocasião ou lugar, sendo uns causa ou efeito dos outros, ou destinando-se uns a continuar ou a ocultar os outros; ou*
- e) Vários agentes tiverem cometido diversos crimes reciprocamente na mesma ocasião ou lugar.”*

⁴³ AGUILAR, FRANCISCO - *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, ... pág. 69 e seguintes

⁴⁴ AGUILAR, FRANCISCO - *Introdução ao regime dos conhecimentos fortuitos obtidos através das escutas telefónicas*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1999, pág. 5

⁴⁵ No caso do artigo 24.º, n.º 1 do CPP o objetivo era definir quais são os fundamentos para a conexão de processos.

⁴⁶ COSTA ANDRADE, MANUEL DA - «O regime dos conhecimentos da investigação em processo penal. Reflexões a partir das escutas telefónicas», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 142, n.º 3981, 2013, pág. 353

tema, que deveria ser regulado⁴⁷. Cláudio Lima Rodrigues conclui que "(...) *face à necessidade de encontrarmos critérios legais de índole objectiva, que tenham por base a expressão de uma forte conexão de ilícitos típicos, que nos permitam concretizar o conceito de “unidade da investigação em sentido processual” (...), em princípio podemos recorrer a uma aplicação analógica do art. 24.º, n.º 1 do CPP*”⁴⁸. Conclui este autor que existe, efetivamente, uma lacuna na lei e que, portanto, a solução passa pela aplicação do artigo 24.º, n.º 1 do CPP.

3.2. A posição da jurisprudência portuguesa

A jurisprudência não tem sido unânime na adoção de um ou outro critério, havendo tribunais com decisões em sentidos distintos. Em determinados casos é adotada a posição de Francisco Aguilar como, por exemplo, o Tribunal da Relação do Porto⁴⁹, que veio a decidir que “*Se, entre os crimes que legitimaram as escutas e aquele pelo qual o arguido veio a ser acusado, não há qualquer conexão para efeitos do disposto no artigo 24º, n.º 1 do CPP, ou não há qualquer unidade processual investigatória, no sentido de pertencerem a uma mesma situação histórica de vida, os conhecimentos ou dados obtidos da investigação dos primeiros crimes têm-se como conhecimentos fortuitos em relação ao crime pelo qual o arguido foi investigado.*”. Neste caso o tribunal socorreu-se da tese de Francisco Aguilar, atendendo ao artigo 24.º, n.º 1 do CPP para decidir se no caso concreto estaríamos perante conhecimentos da investigação ou fortuitos, acabando por concluir que estava perante a segunda hipótese, uma vez que os factos não eram subsumíveis à disposição mencionada. No mesmo sentido veio a decidir o Tribunal da Relação de Lisboa⁵⁰.

⁴⁷ MARQUES DA SILVA, GERMANO - *Curso de Processo Penal I: noções gerais, elementos do processo penal*, 6.ª ed., Verbo, 2010, pág. 120

⁴⁸ RODRIGUES, CLÁUDIO LIMA - «Da Valoração dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Durante a Realização de Uma Escuta Telefónica», ... pág. 149

⁴⁹ Ac. TRP de 18-06-2014, proc. n.º 35/08.5JAPRT.P1, relator: Maria Dolores da Silva e Sousa (disponível em: www.dgsi.pt)

⁵⁰ “*Dando por assente a distinção conceptual entre os denominados conhecimentos da investigação – factos obtidos através de uma escuta telefónica legalmente efectuada que se reportam ou ao crime cuja investigação legitimou as escutas ou a um outro delito que esteja baseado “na mesma situação histórica de vida” (Conceito cujo conteúdo é susceptível de ser obtido mediante o recurso aos critérios objectivos vertidos no art. 24 º, n.º 1, do CPP, referentes às situações de conexão processual, embora o seu conteúdo não se esgote naquelas*

Contudo, há situações em que os tribunais privilegiam a tese apresentada por Manuel da Costa Andrade, como foi o caso do Tribunal da Relação de Évora⁵¹, que veio citar o autor, segundo o qual «(...) *devem, desde logo, ter-se por pertinentes aos conhecimentos da investigação os factos que estejam numa relação de concurso ideal e aparente com o crime que motivou e legitimou a investigação por meio da escuta telefónica, o mesmo valendo para os delitos alternativos que com ele estejam numa relação de comprovação alternativa de factos. Consensual parece ser (...) que o mesmo terá de ser o entendimento quanto aos crimes que, no momento em que é decidida a escuta em relação a uma associação criminosa, aparecem como constituindo a sua finalidade ou actividade. Também aqui, assinala RIESS, “o processo histórico que fundamenta a decisão de escuta compreende à partida os crimes posteriormente descobertos e submetidos a julgamento. Não se trata de modo algum de conhecimentos fortuitos, mas antes de conhecimentos que integram o processo histórico que a seu tempo ofereceu o motivo para uma ordem legítima de escuta”. À figura e ao regime dos conhecimentos da investigação deverão levar-se as diferentes formas de comparticipação (autoria e cumplicidade), bem como as diferentes formas de favorecimento pessoal, auxílio material ou receptação» (...)*». Aqui o tribunal recorreu às constelações típicas enumeradas por Costa Andrade na tomada da sua decisão. O Supremo Tribunal de Justiça⁵² tem-se dedicado a expor a sua posição relativamente aos pressupostos da valoração dos conhecimentos fortuitos, pelo que não tem sido também unânime na adoção de um dos critérios – à semelhança do panorama nacional.

Apesar destas posições, numa primeira análise, parecerem contraditórias, a verdade é que, como explica Cláudio Lima Rodrigues⁵³ as constelações típicas indicadas por Costa Andrade são subsumíveis aos critérios de conexão de processos do artigo 24.º, n.º 1 do CPP, isto é, ao critério apontado por Francisco Aguilar. Encontramos a comparticipação nas alíneas

constelações típicas - Francisco Aguilar, obra e local citados)” – v. ac. TRL, proc. n.º 3577 07 9, relator: João Carrola (disponível em: www.dgsi.pt)

⁵¹ Ac. TRE de 27-09-2011, proc. n.º 13/05.6GBSTB.E1, relator: Sérgio Bruno Póvoas Corvacho (disponível em: www.dgsi.pt)

⁵² A título de exemplo, podemos ver que no ac. STJ de 29-04-2010, proc. n.º 128/05.0JDLSB-A.S1, relator: Souto de Moura, o tribunal veio a socorrer-se do critério apresentado por Francisco Aguilar, contudo, no ac. STJ de 16-10-2003, proc. n.º 03P2134, relator: Rodrigues da Costa, o tribunal já se veio socorrer do critério de Manuel da Costa Andrade.

⁵³ RODRIGUES, CLÁUDIO LIMA - «Da Valoração dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Durante a Realização de Uma Escuta Telefónica», ... pág. 151

c) e d), por menção expressa desse mesmo instituto; o concurso ideal e aparente⁵⁴ na alínea a) e b), uma vez que preveem a violação de várias normas através de uma mesma ação; os delitos alternativos que, com o crime que originou a escuta, estejam numa relação de comprovação alternativa de factos reconduzem-se à alínea a), à semelhança do concurso ideal, uma vez que nestes casos o juiz consegue concluir que foi cometida uma infração, embora não consiga apontar para qual em específico⁵⁵; as situações de favorecimento pessoal⁵⁶, auxílio material ou de receção encontram-se na alínea d), uma vez que, como explica Cláudio Lima Rodrigues, o crime de favorecimento pessoal na fase de perseguição criminal se destina a ocultar outros ilícitos e na fase de execução penal é efeito de outros crimes, o crime de receção⁵⁷ pode ser

⁵⁴ “O concurso efectivo de crimes de crime é real quando o agente pratica vários actos que preenchem autonomamente vários crimes ou várias vezes o mesmo crime (pluralidade de acções) e é ideal quando através de uma mesma acção se violam normas penais ou a mesma norma repetidas vezes (unidade de acção).” – v. ac. STJ de 13-10-2004, proc. n.º 04P3210, relator: Henriques Gaspar (disponível em: www.dgsi.pt)

⁵⁵ FIGUEIREDO DIAS, JORGE - *Direito Penal Português - as consequências jurídicas do crime*, 3ª reimpressão, Coimbra Editora, 2004, pág. 277

⁵⁶ Previsto no artigo 367.º do CP:

“1 - Quem, total ou parcialmente, impedir, frustrar ou iludir actividade probatória ou preventiva de autoridade competente, com intenção ou com consciência de evitar que outra pessoa, que praticou um crime, seja submetida a pena ou medida de segurança, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

2 - Na mesma pena incorre quem prestar auxílio a outra pessoa com a intenção ou com a consciência de, total ou parcialmente, impedir, frustrar ou iludir execução de pena ou de medida de segurança que lhe tenha sido aplicada.

3 - A pena a que o agente venha a ser condenado, nos termos dos números anteriores, não pode ser superior à prevista na lei para o facto cometido pela pessoa em benefício da qual se actuou.

4 - A tentativa é punível.

5 - Não é punível:

a) O agente que, com o facto, procurar ao mesmo tempo evitar que contra si seja aplicada ou executada pena ou medida de segurança;

b) O cônjuge, os adoptantes ou adoptados, os parentes ou afins até ao 2.º grau ou a pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que viva em situação análoga à dos cônjuges com aquela em benefício da qual se actuou.”.

⁵⁷ Previsto no artigo 231.º do CP:

“1 - Quem, com intenção de obter, para si ou para outra pessoa, vantagem patrimonial, dissimular coisa ou animal que foi obtido por outrem mediante facto ilícito típico contra o património, a receber em penhor, a adquirir por qualquer título, a detiver, conservar, transmitir ou contribuir para a transmitir, ou de qualquer forma assegurar, para si ou para outra pessoa, a sua posse, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.

visto como uma tentativa de ocultação de outro crime, tal como o auxílio material⁵⁸; e, por último, os crimes que traduzem a finalidade ou a atividade da associação criminosa em relação à qual a escuta tinha sido ordenada, encontram reflexo nas alíneas b) e d), uma vez que os mesmos podem ser vistos como o próprio fim da atividade da associação criminosa. Esta possibilidade de aplicação simultânea de ambos os critérios explicaria o porquê da inexistência de jurisprudência uniformizadora relativamente esta matéria – não faria sentido optar por uma tese ou outra se ambas apontam na mesma direção.

Assim, tendo ficado expostos os critérios de distinção entre os conhecimentos da investigação e os conhecimentos fortuitos, estes últimos, nas palavras de André Lamas Leite, são “(...) *todos aqueles que exorbitam o núcleo de fontes de informação previstas no meio de obtenção da 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*”⁵⁹.

4. Valoração dos conhecimentos fortuitos

4.1. Devem os conhecimentos fortuitos ser valorados?

No âmbito das escutas telefónicas podem ser obtidos conhecimentos fortuitos, correspondendo essa ocorrência a uma de duas situações: ou se toma conhecimento da prática

2 - *Quem, sem previamente se ter assegurado da sua legítima proveniência, adquirir ou receber, a qualquer título, coisa ou animal que, pela sua qualidade ou pela condição de quem lhe oferece, ou pelo montante do preço proposto, faz razoavelmente suspeitar que provém de facto ilícito típico contra o património é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 120 dias.*

3 - *É correspondentemente aplicável o disposto:*

a) *No artigo 206.º; e*

b) *Na alínea a) do n.º 1 do artigo 207.º, se a relação familiar interceder entre o recetador e a vítima do facto ilícito típico contra o património.*

4 - *Se o agente fizer da receptação modo de vida, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.”*

⁵⁸ Previsto no artigo 232.º do CP:

“1 - *Quem auxiliar outra pessoa a aproveitar-se do benefício de coisa ou animal obtidos por meio de facto ilícito típico contra o património é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.*

2 - *É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 3 do artigo 231.º”*

⁵⁹ LEITE, ANDRÉ LAMAS - «As Escutas Telefónicas: algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respetiva violação», ... pág. 38

de um crime diverso pelo agente sujeito à interceção, ou que um terceiro, que não o suspeito ou arguido praticou um ilícito penal⁶⁰. Assim, no que respeita valoração dos mesmos, questiona Manuel da Costa Andrade se “(...) *suposta a realização legal de uma escuta telefónica, qui dinde quanto aos conhecimentos ou factos fortuitamente recolhidos, isto é, que não se reportam ao crime cuja investigação legitimou a sua realização?*”⁶¹. A resposta a esta questão passa por três possíveis soluções: *i)* valoração absoluta dos conhecimentos fortuitos; *ii)* valoração dos conhecimentos fortuitos mediante a verificação de determinados pressupostos; e *iii)* recusa total da valoração dos conhecimentos fortuitos.

Tem-se visto as mais diversas soluções em diferentes ordenamentos jurídicos. Na Alemanha, foi proferida uma decisão a 11 de Outubro de 1973 pelo OLG de Hamburg⁶², segundo a qual se deveria admitir sempre a valoração dos conhecimentos fortuitos quando a escuta fosse validamente realizada⁶³ ⁶⁴. Esta posição consiste numa total valoração dos chamados *Zufallsfunde*⁶⁵, não sendo exigidas quaisquer formalidades, exceto a validade da escuta. Teve como principal porta-voz Schunemann⁶⁶, que defendia a posição seguida pelo OLG de Hamburg, ou seja, que qualquer conhecimento fortuito poderia ser valorado, desde que tivesse sido obtido ao abrigo de uma escuta telefónica validamente realizada.

Na doutrina portuguesa surgiram vozes contra esta tese, designadamente Francisco Aguilár e Manuel Guedes Valente, uma vez que, assumindo a posição de que qualquer conhecimento pode ser valorado ao abrigo de uma escuta válida, poderia estar a perverter-se o

⁶⁰ TAVARES, HUGO ALEXANDRE DE MATOS - «Os Conhecimentos Fortuitos Nas Escutas Telefónicas (e a intermitência das decisões judicativas e soluções doutrinárias)», ... pág. 241

⁶¹ COSTA ANDRADE, MANUEL DA - Sobre as proibições de prova em Processo Penal, ... pág. 304

⁶² Tribunal Regional Superior da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo.

⁶³ COSTA ANDRADE, MANUEL DA - *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, ... pág. 307

⁶⁴ Esta decisão teve por base três motivos: se o legislador não quis proibir a valoração de conhecimentos fortuitos e se as escutas permitem o conhecimento de factos estranhos ao processo, não tendo a proibição sido explícita, deve considerar-se que a intenção foi a de se valorarem os conhecimentos, por outro lado, teve por base a aplicação das buscas domiciliárias, que permitem a valoração dos conhecimentos fortuitos e, por último, sendo que uma vez que as gravações das interceções telefónicas só são destruídas quando inúteis para a investigação, então quando isso não aconteça devem-se valorar os conhecimentos fortuitos obtidos.

⁶⁵ Expressão alemã utilizada para designar “conhecimentos fortuitos.

⁶⁶ Segundo o mesmo “*só há limites à valoração de provas quando estes assentam num modo não permitido de produção*” – v. GUEDES VALENTE, MANUEL MONTEIRO - *Processo Penal Tomo I*, 3ª Ed. Revista, Atualizada e Aumentada, Almedina, 2010 pág. 510

motivo das investigações, recorrendo a meios legais para se investigar delitos que não poderiam ser alvos de uma escuta. Contudo, esta posição do OLG de Hamburgo não prevaleceu no sistema alemão, tendo em 1976 a mesma sido contrariada pelo *Bundesgerichtshof* (BGH), numa decisão que veio a delimitar a valoração dos conhecimentos fortuitos aos crimes de catálogo do § 100 a) da StPO que estivessem em conexão com a suspeita de um crime de catálogo⁶⁷. Contudo, a 30 de agosto 1978, o BGH foi mais longe na concretização da valoração dos conhecimentos fortuitos, precisando que os conhecimentos fortuitos não necessitam de ter uma associação ao crime de catálogo que motivou a escuta, podendo ser outro, bem como, podendo respeitar a um terceiro e mais, mesmo que a suspeita do crime que legitimou a escuta não se confirme ou não se deduza acusação, tal não prejudicará a valoração dos *Zufallsfunde*⁶⁸. Em 1992, com base no novo inciso V do § 100 a) da StPO, veio permitir-se a valoração de conhecimentos fortuitos noutro processo, desde que se trate de um crime catalogar; contudo, o Tribunal Federal decidiu pela valoração dos conhecimentos fortuitos “(...) *se se verificar uma estreita conexão entre o dito conhecimento e o delito catalogar que motivou a escuta, mesmo que o crime ocasionalmente descoberto não se subsuma nesse elenco*”⁶⁹. Conclui-se, assim, que o sistema alemão, numa primeira fase, adotava a tese de valoração absoluta dos *Zufallsfunde*, tendo a jurisprudência e lei alemãs acabado por considerar mais adequada a valoração condicional dos mesmos.

No ordenamento espanhol, a doutrina maioritária, de onde se destaca López Frago, começou por assumir uma posição de recusa de valoração dos conhecimentos fortuitos, pelo que “(...) *as descobertas acidentais, resultantes de uma escuta telefónica legitimamente ordenada e executada, não podem valer como fonte de prova (...)*”, adiantando ainda o autor que a relevâncias dos conhecimentos fortuitos fica “(...) *limitada à aquisição de uma notitia criminis, dando lugar à abertura de um novo processo*”⁷⁰. Vários autores portugueses manifestaram o apoio pela tese da recusa da valoração dos conhecimentos fortuitos,

⁶⁷ NJW 1976, pág. 1463 *apud* COSTA ANDRADE, MANUEL DA - *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, ... pág. 307

⁶⁸ JR, 1979, pág. 165, *apud* AGUILAR, FRANCISCO - *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, ... pág. 33

⁶⁹ RODRIGUES, CLÁUDIO LIMA - «Da Valoração dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Durante a Realização de Uma Escuta Telefónica», ... pág. 200

⁷⁰ LÓPEZ FRAGOSO, TOMÁS - «Los descubrimientos casuales em las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas em el Proceso Penal», in *Revista derechos y libertades*, ano 2.º, 1993, pág. 88

designadamente, José Miguel Júdice, tendo-se este pronunciado pela necessidade de “(...) *ser clarificado no CPP a inadmissibilidade da utilização dos chamados “conhecimentos fortuitos” obtidos em escutas autorizadas*”⁷¹. No mesmo sentido, Francisco Aguilar⁷² era também defensor de uma não valoração dos conhecimentos fortuitos, dada a inexistência de tipificação legal quanto à mesma. Estas posições deixaram de poder ser defensáveis com a entrada em vigor da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, que veio introduzir o artigo 187.º, n.º 7 do CPP, que veio a estabelecer o regime da valoração condicional em Portugal. Recorrendo a um argumento distinto, surge Damião da Cunha, que afirma que o motivo pelo qual se deveria seguir uma posição de recusa de valoração dos conhecimentos fortuitos deve-se ao facto de os mesmos não serem objeto da autorização judicial da escuta telefónica, pelo que, a ser valorados, seriam inconstitucionais, violando vários direitos fundamentais⁷³. Contudo, onde não parecia encontrar-se consenso era quanto à valoração de conhecimentos fortuitos que versavam sobre alguém que não a pessoa objeto da interceção telefónica. Olhando à jurisprudência, em 1994, com o Caso Naseiro, o Supremo Tribunal Espanhol (STE) pronunciou-se pela primeira vez sobre esta questão. Decidiu-se, então, que mediante a descoberta de conhecimentos que respeitem a um crime que não o que é objeto da autorização judicial, devem os órgãos de polícia criminal comunicá-los de imediato ao Juiz de Instrução Criminal, uma vez que apenas este tem o poder de, por um lado, ampliar o objeto da escuta telefónica de forma que venham a ser incluídos conhecimentos novos e, por outro lado, caso estejamos perante um crime sem conexão com o que legitimou a interceção determinar que se proceda a nova investigação. Contudo, para que o Juiz de Instrução Criminal pudesse integrar novos conhecimentos, estes teriam de ter uma forte ligação ao delito que legitimou as escutas; caso contrário, estaríamos perante o segundo cenário, em que, não havendo conexão, apenas se poderia dar início a uma nova investigação. O STE, apesar desta decisão veio, mais tarde, mudar a sua posição, passando a admitir a valoração dos conhecimentos fortuitos desde que a escuta fosse legalmente autorizada, ainda que os mesmos respeitassem a pessoas ou crimes diversos. Demonstra-se, deste modo, que o STE não tem sido unânime nas suas decisões quanto à valoração dos conhecimentos fortuitos. Ainda assim, o que hoje se encontra vertido na lei espanhola é que o

⁷¹ JÚDICE, JOSÉ MIGUEL - «Escutas sob escuta», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 64 - Vol. I/II, 2004, disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2004/ano-64-vol-i-ii-nov-2004/congresso-da-justica-2003/jose-miguel-judice-escutas-sob-escuta/>

⁷² AGUILAR, FRANCISCO - *Introdução ao regime dos conhecimentos fortuitos obtidos através das escutas telefónicas*, ... págs. 64 e 65

⁷³ Ata n.º 18 da Unidade de Missão para a Reforma Penal, 2007

artigo 588.º bis i da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*⁷⁴, que regula a utilização de informações obtidas num procedimento diferente e conhecimentos fortuitos, remete para o artigo 579.º bis n.º 1 do mesmo diploma, sendo que este último dispositivo dispõe que “*O resultado da detenção e abertura de correspondência escrita e telegráfica pode ser utilizado como meio de investigação ou de prova noutros processos penais*”, prosseguindo os números seguintes a enumerar quais as condições para que esses conhecimentos fortuitos sejam válidos. Encontramo-nos, uma vez mais, perante um regime de valoração condicional dos conhecimentos fortuitos.

4.2. Os pressupostos de valoração dos conhecimentos fortuitos – artigo 187.º, n.º 7 do CPP

4.2.1. Pressupostos de índole objetiva

A problemática da valoração dos conhecimentos fortuitos obteve recentemente uma solução no ordenamento jurídico português, apenas encontrando fonte legal com a entrada em vigor da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, designadamente, no artigo 187.º, n.º 7 do CPP⁷⁵, fixando o mesmo uma posição de valoração condicional dos conhecimentos fortuitos em Portugal.

De forma simplista, poder-se-á afirmar que “(...) *só pode ser aproveitado para outro processo, o “conhecimento fortuito» obtido através de uma escuta telefónica que se destine a fazer prova de um crime de catálogo legal no outro processo e em relação a pessoa que possa ser incluída no catálogo legal de alvos*”⁷⁶. Contudo, a disposição em apreço requer uma análise mais cuidada.

O artigo 187.º, n.º 7, do CPP começa por ressaltar a aplicação do artigo 248.º do CPP⁷⁷, segundo o qual os órgãos de polícia criminal que tomem conhecimento da prática de um crime

⁷⁴ “*A utilização das informações obtidas num procedimento diferente e as descobertas fortuitas serão regulamentadas de acordo com o disposto no artigo 579.º bis.*”

⁷⁵ “*Sem prejuízo do disposto no artigo 248.º, a gravação de conversações ou comunicações só pode ser utilizada em outro processo, em curso ou a instaurar, se tiver resultado de intercepção de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no n.º 4 e na medida em que for indispensável à prova de crime previsto no n.º 1.*”

⁷⁶ MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal...*, pág. 491

⁷⁷ “*1 - Os órgãos de polícia criminal que tiverem notícia de um crime, por conhecimento próprio ou mediante denúncia, transmitem-na ao Ministério Público no mais curto prazo, que não pode exceder 10 dias.*”

devem comunicá-lo ao Ministério Público, isto é, no âmbito de uma escuta telefônica, mediante o apuramento de factos que consistem em conhecimentos fortuitos, os mesmos poderão levar a uma notícia de crime. Esta ressalva do legislador tem como principal objetivo “(...) *fazer um aproveitamento de notícias sobre ilícitos penais, obtidas por via de uma investigação “alheia”, que, de outro modo, não lograria alcançar*”⁷⁸. Assim, o primeiro segmento da disposição em análise respeita às chamadas “pistas de investigação”⁷⁹, isto é, a informação que pode servir como notícia de crime, contudo, não poderá ser valorada enquanto elemento probatório.

De que forma podem, então, ser os conhecimentos fortuitos valorados como elemento probatório? Em primeiro lugar, e de acordo com uma aplicação lógica da lei, a escuta da qual resulta a obtenção de conhecimentos fortuitos deve cumprir com todos os requisitos enumerados pelo artigo 187.º do CPP, já aqui analisados, ou seja, existir uma autorização judicial por parte do Juiz de Instrução, estar na base da intercepção um dos crimes de catálogo, e existir um interesse para a descoberta da verdade ou prova. Já tendo sido estes requisitos alvo de análise em sede própria, não nos prenderemos mais com a dissecação dos mesmos.

O segundo requisito é que o conhecimento fortuito respeite, à semelhança do crime que legitimou a escuta, a um crime de catálogo. A principal razão de ser desta condição deve-se ao facto de que a permissão de uma valoração de conhecimentos fortuitos que respeitem a crimes que não integrem o catálogo do artigo 187.º do CPP seria inconstitucional, por violar o artigo 18.º, n.º 2 da CRP, ou seja, por violar o princípio da proporcionalidade, uma vez que se estaria a admitir que fosse valorado um meio de prova que o legislador pretendeu rejeitar, ao restringir as escutas telefônicas a um determinado número de ilícitos-penais⁸⁰.

A valoração dos conhecimentos fortuitos tem de se demonstrar relevante “*na medida em que for indispensável à prova de crime previsto no n.º 1*”, este pressuposto nada mais é que uma concretização da exigência já estabelecida no n.º 1 do artigo 187.º do CPP. É, assim, por

2 - *Aplica-se o disposto no número anterior a notícias de crime manifestamente infundadas que hajam sido transmitidas aos órgãos de polícia criminal.*

3 - *Em caso de urgência, a transmissão a que se refere o número anterior pode ser feita por qualquer meio de comunicação para o efeito disponível. A comunicação oral deve, porém, ser seguida de comunicação escrita.”*

⁷⁸ ADÉRITO TEIXEIRA, CARLOS - «Escutas Telefônicas: A Mudança de Paradigma e os Velhos e os Novos Problemas» ... pág. 272

⁷⁹ Conhecimentos que respeitam a crimes fora do catálogo do artigo 187.º do CPP.

⁸⁰ RODRIGUES, CLÁUDIO LIMA - «Da Valoração dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Durante a Realização de Uma Escuta Telefônica», ... pág. 225

outras palavras a necessidade de se atender ao princípio da subsidiariedade na valoração dos conhecimentos fortuitos⁸¹. Dita esse mesmo princípio que “*apenas se preveja um método oculto quando não possa ser cumprida a mesma finalidade com outro meio não oculto. E sendo necessário recorrer a um meio oculto, deve optar-se por outro menos invasivo de direitos fundamentais*”⁸². Ou seja, a valoração dos conhecimentos fortuitos terá de ser o único meio possível, bem como o menos lesivo de todos os meios capazes de provar a prática de um crime, para se fazer prova da prática do crime em questão.

Uma outra condição para a valoração dos conhecimentos fortuitos, é, segundo Costa Andrade, uma exigência de submeter os mesmos a um “*(...) juízo hipotético de intromissão, fazendo incidir sobre eles aquela ideia de 'estado de necessidade investigatório' (Ermittlungsnotstand) em nome da qual o legislador abre a porta à admissibilidade da devassa da escuta*”⁸³. Em termos mais simplistas, significa este requisito que se deve fazer uma análise do crime em que consiste o conhecimento fortuito reuniria as condições necessárias para motivar uma escuta telefónica autónoma. O principal objetivo deste requisito é assegurar a aplicação do princípio da subsidiariedade e, conseqüentemente, proteger os direitos fundamentais dos escutados.

O último requisito é que os suportes técnicos das conversações ou comunicações e os despachos que fundamentaram as respectivas intercepções sejam juntos ao processo em que serão utilizados, decorrendo tal imposição do artigo 187.º, n.º 8 do CPP⁸⁴.

Explica Manuel da Costa Andrade que no âmbito da eventual admissão de conhecimentos fortuitos “*a utilização/valoração das escutas no contexto e a título de conhecimentos fortuitos não depende da prévia autorização do juiz de instrução: nem do comum juiz de instrução que a lei oferece ao cidadão comum, nem do qualificado juiz de instrução que a mesma lei dispensa — em condições de total igualdade, descontada esta*

⁸¹ No fundo, no âmbito dos conhecimentos fortuitos teremos de atender a uma dupla proporcionalidade, uma vez que haverá que atender uma vez a esse mesmo princípio constitucional no âmbito da decisão de admissão (ou não) da escuta e uma outra vez quando se averiguar da necessidade do conhecimento fortuito em causa.

⁸² GOUVEIA DE CAIRES, JOÃO - «Métodos Ocultos na Criminalidade Económico-financeira: entre a (a)tipicidade e a cumulação», in *Julgar*, n.º 38, Almedina, 2019, pág. 60

⁸³ COSTA ANDRADE, MANUEL DA - *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, ... pág. 310

⁸⁴ “*Nos casos previstos no número anterior, os suportes técnicos das conversações ou comunicações e os despachos que fundamentaram as respectivas intercepções são juntos, mediante despacho do juiz, ao processo em que devam ser usados como meio de prova, sendo extraídas, se necessário, cópias para o efeito.*”

*diferença no plano orgânico-institucional — aos titulares de órgãos de soberania. De forma sincopada: em matéria de conhecimentos fortuitos, cidadão comum e órgãos de soberania estão, rigorosamente, na mesma situação. Nem um, nem outro gozam do potencial de garantia própria da intervenção prévia de um juiz de instrução, a autorizar as escutas*⁸⁵. Com este excerto pretende o autor criticar a falta de exigência de um despacho judicial que admita a admissão dos conhecimentos fortuitos no artigo 187.º, n.º 7 do CPP, ao contrário do que acontece para que estejamos perante uma escuta telefónica válida.

4.2.2. Pressupostos de índole subjetiva

Vem o legislador exigir que a gravação onde constem conhecimentos fortuitos resulte de uma interceção de meio de comunicação utilizado por uma das pessoas elencadas no n.º 4 do artigo 187.º do CPP, ou seja, suspeito ou arguido, pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido, ou vítima de crime.

Cabe questionar o âmbito da remissão para o n.º 4, isto é, deverá na conversação intercetada de onde consta(m) determinado(s) conhecimento(s) fortuito(s) participar uma pessoa elencada na norma em apreço? Devem as conversações de onde se obtêm conhecimentos fortuitos versar sobre pessoas elencadas no n.º 4? Os meios de comunicação têm de pertencer a pessoas elencadas no n.º 4, mas os conhecimentos fortuitos podem versar sobre terceiros? Segundo Germano Marques da Silva “(...) *estas conversações ou comunicações podem ser de pessoa diversa daquela a quem a escuta foi ordenada, bastando que o meio de comunicação seja utilizado pela pessoa a quem a escuta se refere*”⁸⁶, ou seja, para o autor, o âmbito subjetivo respeita à apenas à utilização do meio de comunicação de onde se obtém determinado conhecimento fortuitos e não a quem respeita esse mesmo conhecimento. Desta maneira, a exigência é que a pessoa que utiliza o meio de comunicação seja efetivamente uma das que são elencadas no n.º 4, e não que o conhecimento fortuito verse sobre essa mesma pessoa, podendo respeitar a um qualquer terceiro. Posição esta defendida pelo nosso STJ. Para este tribunal, se, por um lado, no âmbito de uma escuta telefónica, a mesma deverá incidir sobre uma pessoa que possua uma das qualidades elencadas no n.º 4, o

⁸⁵ COSTA ANDRADE, MANUEL DA - «Escutas - coisas simples numa coisa complexa», in *Público*, 2009

⁸⁶ MARQUES DA SILVA, GERMANO - *Curso de Processo Penal I: noções gerais, elementos do processo penal*, ... pág. 256

mesmo não se aplicará quando se tratar de conhecimentos fortuitos. Assim, conclui o tribunal que “*Se o escutado não fosse nenhuma das pessoas mencionadas no n.º 4 do art. 187.º do CPP, então estar-se-ia perante prova proibida, desde logo no processo onde se fez a interceptação (o que inviabilizaria a sua utilização fosse para que efeito fosse), donde parece resultar a exigência de que também no processo de destino a pessoa escutada seja uma das mencionadas naquele n.º 4.*”⁸⁷.

Contudo, não basta que essa pessoa detenha uma das qualidades do n.º 4 do artigo 187.º do CPP, exige-se ainda que a mesma tenha sido sinalizada pelo despacho de autorização da escuta telefónica em causa, caso contrário estaríamos no âmbito de escutas de pessoas estranhas ao processo, pelo que teria de se proceder à destruição das conversações, posição esta defendida por Carlos Adérito Teixeira. Assim, apesar de essas conversas não terem valor probatório, sempre valeriam como notícia de crime, dando início à instauração de novo processo.

4.2.3. Consequências da não verificação dos requisitos

Qual é a consequência jurídica que advém da violação dos requisitos necessários à valoração dos conhecimentos fortuitos? Não se trata exclusivamente de uma violação dos pressupostos necessários à existência de uma escuta telefónica validamente realizada – apesar de poder ser esse o caso – mas sim de qualquer um dos requisitos que o legislador considerou necessários para que se pudesse valorar a descoberta de determinado conhecimento fortuito.

O artigo 32.º, n.º 8 da CRP vem a estabelecer, no processo criminal, a nulidade de “*todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*”. A não verificação dos requisitos necessários à valoração de conhecimentos fortuitos consiste numa prova nula na medida em que esse conhecimento corresponderá não só a uma intromissão abusiva nas telecomunicações, como na vida privada, uma vez que, como já exposto em sede própria, os conhecimentos fortuitos não se encontram abrangidos no objeto da escuta telefónica que se realizou, não sendo, por isso, admissíveis, a não ser quando verificadas todas as exigências legais. À semelhança do que se sucede com as escutas telefónicas, a aplicação do artigo 32.º, n.º 8 da CRP e dos artigos 190.º e 126.º, n.º 3 do CPP (que consiste numa concretização da primeira disposição), a consequência da não verificação

⁸⁷ Ac. STJ de 08-02-2012, proc. n.º 157/09.5JAFAR.E1.S1, relator: Souto de Moura, disponível em: www.dgsi.pt

de todas as condições necessárias à valoração dos conhecimentos fortuitos leva a que os mesmos se traduzam numa prova proibida, não podendo, portanto, vir a ser utilizados noutro processo, em curso ou a instaurar. Esta nulidade deve-se ao facto de não se verificarem os mínimos legais exigíveis para que se assegure que o princípio da proporcionalidade está a ser atendido. Como já mencionado, abdicar da concretização deste princípio leva que sejam violados direitos fundamentais sem qualquer fundamento legal que o justifique.

Acresce que, caso sejam indevidamente valorados conhecimentos fortuitos, isto é, que os mesmos sejam transpostos para o outro processo ainda que não se tenham reunido todas as condições legais para que tal fosse possível, deverá o juiz encarregue desse mesmo processo desconsiderar os mesmos, devendo ainda todos os suportes técnicos e gravações que deram origem a tais conhecimentos ser desentranhados dos autos.

Apesar de não terem valor probatórios, todos os conhecimentos fortuitos que consistam numa prova proibida poderão ser aproveitados, contudo, meramente como *notitia criminis*. O artigo 187.º, n.º 8 do CPP estabelece que, ainda que a prova nula possa ser utilizada como notícia de crime, os suportes técnicos e gravações de onde os mesmos constam não deverão, em circunstância alguma, ser transportados para o processo que se vier a instaurar.

5. A valoração dos conhecimentos da investigação

Já foi aqui abordada a distinção conceptual entre conhecimentos fortuitos e conhecimentos da investigação; contudo, cabe ainda analisar os diferentes regimes de valoração dos segundos, por comparação aos primeiros, que seguem o regime fixado no artigo 187.º, n.º 7 do CPP. Como são, então, valorados os conhecimentos da investigação?

Ora, em primeira linha, e em concordância com a definição de conhecimentos da investigação, a sua valoração deve respeitar ao processo em que a escuta autorizada. Contudo, poderão os mesmos, em caso algum, ser utilizados num processo diferente? Ou seja, terá sido o artigo 187.º, n.º 7 do CPP redigido apenas para os conhecimentos fortuitos ou poderá o mesmo ser aplicado aos conhecimentos da investigação? Não se pode negar de que poderá ocorrer a valoração de conhecimentos da investigação num processo que não aquele que legitimou a escuta telefónica como, por exemplo, se se verificar uma separação de processos após a dedução da acusação. Poderá ainda suceder que o crime que consubstancia um conhecimento de investigação seja qualificado pelo Ministério Público e pelo Juiz de Instrução

Criminal como um conhecimento fortuito, levando a que seja autonomizado do objeto do processo que legitimou a escuta telefónica. Deste modo se demonstra que a questão não padece de relevância.

São apresentadas na doutrina duas principais posições. Por um lado, Francisco Aguilar defende que “*em caso de separação de processos ulterior à acusação, a qualidade de conhecimento da investigação manter-se-á; simplesmente não poderão ser valorados por pertencerem nesta hipótese a um processo ad hoc face àquele cuja investigação legitimou as escutas*”⁸⁸. Defende o autor que no caso da separação de processos não se poderá verificar a valoração dos conhecimentos da investigação num outro processo que não aquele que legitimou a escuta telefónica. O principal argumento que sustenta esta posição é a redação do artigo 188.º, n.º 3 do CPP, prévia à Lei n.º 48/2007, segundo o qual “*Se o juiz considerar os elementos recolhidos, ou alguns deles, relevantes para a prova, ordena a sua transcrição em auto e fá-lo juntar ao processo; caso contrário, ordena a sua destruição, ficando todos os participantes nas operações ligados ao dever de segredo relativamente àquilo de que tenham tomado conhecimento*”. Retira o autor deste artigo a vontade do legislador de apenas serem valorados os conhecimentos da investigação no processo em que se legitimou a escuta. Não se pode subscrever a tese apresentada, uma vez que atualmente, estabelece o artigo 188.º, n.º 6 do CPP⁸⁹ taxativamente os casos em que há lugar à destruição dos suportes técnicos. Uma vez que a destruição só terá lugar nos casos elencados neste artigo, os conhecimentos da investigação só poderão ser destruídos nessas mesmas situações. Contudo, acresce que nem sequer poderão ser destruídos, uma vez que não são manifestamente estranhos ao objeto do processo, e essa é condição necessária à destruição. Mais se diga que não faria sentido permitir-se a valoração condicional de conhecimentos fortuitos, que não apresentam qualquer conexão com o processo que originou a interceção, mas não se permitir a valoração dos conhecimentos da investigação que se situam na mesma unidade histórica.

⁸⁸ AGUILAR, FRANCISCO - *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, ... pág. 72

⁸⁹ “*Sem prejuízo do disposto no n.º 7 do artigo anterior, o juiz determina a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo:*

- a) *Que disserem respeito a conversações em que não intervenham pessoas referidas no n.º 4 do artigo anterior;*
- b) *Que abranjam matérias cobertas pelo segredo profissional, de funcionário ou de Estado; ou*
- c) *Cuja divulgação possa afectar gravemente direitos, liberdades e garantias;*

ficando todos os intervenientes vinculados ao dever de segredo relativamente às conversações de que tenham tomado conhecimento.”

A segunda tese consiste em aplicar-se o artigo 187.º, n.º 7 do CPP aos conhecimentos da investigação, dado que a sua formulação abstrata não impõe qualquer impedimento a esta via. Assim, desde que o conhecimento da investigação respeitasse a um crime de catálogo e fosse referente a pessoa elencada no n.º 4 do artigo 187.º do CPP, poderia ser valorado noutro processo. À semelhança do que acontece com os conhecimentos fortuitos, o não cumprimento destes requisitos levaria a que o conhecimento em apreço valesse como notícia do crime. Mas seria essa a intenção do legislador? Seguimos o entendimento de Cláudio Lima Rodrigues ao defender que não, uma vez que as atas da Unidade de Missão para a Reforma Penal parecem espelhar a vontade do legislador de apenas regular a valoração extraprocessual dos conhecimentos fortuitos, designadamente a ata n.º 18 segundo a qual “*O n.º 7 é novo e estabelece o modo como se processa a utilização dos conhecimentos fortuitos, sem poder extravasar o catálogo de crimes passíveis de aplicação do regime das escutas*”.

Portanto, por um lado, excluiu-se a tese de não valoração dos conhecimentos da investigação e, por outro lado, conclui-se que a valoração não passa pela aplicação dos requisitos do artigo 187.º, n.º 7 do CPP à valoração dos conhecimentos de investigação. A questão de como devem ser valorados estes conhecimentos permanece. Deste modo, caberá questionar se, uma vez que não se aplicam os requisitos da valoração dos conhecimentos fortuitos, se deve exigir que os conhecimentos da investigação respeitem a crimes de catálogo e se, sendo a resposta negativa, tal situação não potenciará abusos de poder por parte das autoridades.

Sobre este tema, Manuel da Costa Andrade pronunciou-se no sentido de que “*(...) a queda do crime de catálogo determina também a queda do crime de conexão, não sendo possível valorar os conhecimentos da investigação para assegurar a prova e condenar os autores (dos crimes de conexão)*”⁹⁰. Por outras palavras, defende o autor que se deveriam valorar os conhecimentos da investigação não pertencentes ao catálogo, mas apenas na medida em que persistir a perseguição do crime originário, o que significa que terminado processo criminal respeitante ao crime que legitimou a escuta, por exemplo, por arquivamento do processo, tal facto determinaria a proibição de valoração dos conhecimentos da investigação⁹¹.

⁹⁰ COSTA ANDRADE, MANUEL DA - «O regime dos conhecimentos da investigação em processo penal. Reflexões a partir das escutas telefónicas», ... pág. 373

⁹¹ Na formulação da sua posição, Manuel da Costa Andrade baseou-se, em larga medida, nas posições que têm sido apresentadas no ordenamento jurídico alemão. Por um lado, a posição maioritária – e aquela que é defendida também pelo professor português –, defendida por autores como Störmer, segundo os quais a validade da escuta

No âmbito desta exposição, aponta o professor que a principal diferença entre os regimes de valoração dos conhecimentos fortuitos e da investigação reside no facto de as escutas destes segundos poderem respeitar a crimes que não sejam de catálogo, desde que pertençam à investigação de um crime de catálogo. Sendo este o motivo pelo qual caindo a investigação do crime de catálogo – o crime originário – cai também a validade das escutas que versam sobre conhecimentos da investigação respeitantes a crimes não integrantes do catálogo legal⁹².

Por tudo o exposto, dependendo a valoração da manutenção da investigação de um crime de catálogo, não se verifica uma situação de abuso de poder, visto que a valoração do conhecimento da investigação estará sempre dependente do crime legitimador da intercepção e sem o mesmo, essa deixa de existir⁹³. De facto, a exigência de o conhecimento fortuito ter de

depende sempre da existência de um crime de catálogo, ainda que não incida diretamente sobre o mesmo, tem de pertencer ao “*mesmo pedaço de vida*”. Por outro lado, uma posição com menos apoiantes, e que tinha como principal porta-voz Gräwe, que advoga pela contrariedade à lei da posição maioritária. O mesmo expõe que não é o mesmo quando o crime de roubo figura um crime originário que servirá de fundamento para uma escuta e quando figura um conhecimento fortuito em cuja prova se podem utilizar escutas, uma vez que na primeira situação o alcance do crime poderá estender-se aos crimes de conexão, o que não poderá acontecer no segundo caso, pois a valoração está limitada à perseguição de crimes do catálogo. – v. COSTA ANDRADE, MANUEL DA - «O regime dos conhecimentos da investigação em processo penal. Reflexões a partir das escutas telefónicas», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 142, n.º 3981, 2013, pág. 361. Apesar da tese minoritária ser merecedora de aplauso por Manuel da Costa Andrade, o mesmo acaba por refutar a validade da mesma pelo facto de em muitas constelações típicas não ser possível separar-se o crime de catálogo do crime de conexão.

⁹² Ainda que a queda da perseguição do crime de catálogo ocorra já na fase de julgamento, tal significa que será impossível valorar os conhecimentos da investigação que tinham esse ilícito como fundamento.

⁹³ Esta tem sido a posição da jurisprudência portuguesa, como se pode verificar, por exemplo, no acórdão do Tribunal da Relação Porto, de 18-06-2014, proc. n.º 35/08.5JAPRT.P1 (disponível em: www.dgsi.pt), segundo o qual “- *Confirma-se a suspeita pelo crime de catálogo, podem valorar-se validamente os conhecimentos da investigação. As escutas podem valorar-se sem reservas tanto para a prova do crime originário do catálogo como do crime ou crimes a que se reportam os conhecimentos da investigação. - Abandona-se a perseguição pelo crime de catálogo (crime originário) porque não houve acusação ou pronúncia ou porque em julgamento não se logrou prova bastante, as coisas encaminham-se no sentido - único compatível com o regime das escutas e particularmente com o princípio do catálogo e as exigências de ponderação e de proporcionalidade que nele se contém – de não poderem valorar-se as escutas em matéria de conhecimentos da investigação (relativos a crimes não pertencentes ao catálogo)*”, pautando-se o tribunal pela tese adotada pelo professor Manuel da Costa Andrade. No mesmo sentido ainda, o acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 27-09-2011, proc. n.º 13/05.6GBSTB.E1, que estabelece que “*Tem-se entendido que a valoração probatória dos conhecimentos de investigação é livre, não*

respeitar a um crime de catálogo deve-se ao facto de o mesmo não encontrar qualquer conexão com o crime originário. Tal não acontece com os conhecimentos da investigação, como já exposto previamente, pelo que, encontrando-se o mesmo na mesma unidade de investigação no sentido processual, não faria sentido o mesmo grau de exigência de que depende a valoração dos conhecimentos fortuitos. Esta questão está intimamente ligada ao princípio da proporcionalidade, na medida em que perante um conhecimento fortuito, não se encontrando este no âmbito da mesma unidade processual do crime que originou a escuta, terá de se proceder a um novo juízo de proporcionalidade quanto ao mesmo, contrariamente ao que se sucede com os conhecimentos da investigação, que se encontrando no âmbito da unidade histórica do crime originário se encontram abrangidos pelo juízo de proporcionalidade que foi feito a respeito do mesmo.

Por último, resta saber se o catálogo de pessoas contra quem podem ser autorizadas escutas, no artigo 187.º, n.º 4 do CPP limita a valoração dos conhecimentos da investigação ou se os mesmos podem respeitar a pessoas fora dessa lista. O artigo 188.º, n.º 6, alínea a) do CPP ordena a destruição de quaisquer suportes técnicos e relatórios que respeitem a pessoas que não aquelas elencadas no n.º 4 do artigo anterior. Contudo, é também verdade que essa destruição respeita a matéria “manifestamente estranha” ao processo. No que a este requisito respeita, Cláudio Lima Rodrigues defende que “*os conhecimentos da investigação, quer digam respeito ao suspeito, quer digam respeito a um terceiro, e mesmo que na conversa não intervenha qualquer pessoa referida no n.º 4, nunca poderão ser destruídos porque estão relacionados com a matéria factual que presidiu à prolação do despacho de autorização da escuta telefónica*”⁹⁴. Ora, não sendo os conhecimentos da investigação manifestamente estranhos ao processo, não haverá motivo para se desconsiderarem escutas que abranjam pessoas fora do escopo do artigo 187.º, n.º 4 do CPP.

6. A valoração dos conhecimentos fortuitos no âmbito das buscas e apreensões

A regulamentação dos conhecimentos fortuitos surge no âmbito das escutas telefónicas, contudo, não é de ignorar a possibilidade de os mesmos surgirem no âmbito de outros meios

estando condicionada à verificação dos mesmos requisitos que a dos conhecimentos fortuitos, mormente, reportar-se a crime do «catálogo»”.

⁹⁴ RODRIGUES, CLÁUDIO LIMA - «Da Valoração dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Durante a Realização de Uma Escuta Telefónica», ... pág. 183

de obtenção de prova, designadamente das buscas e apreensões. De facto, não é difícil imaginar cenários em que no âmbito de um destes meios de obtenção de prova se obtêm conhecimentos que consubstanciam outros tipos de delitos, pelo que é relevante perceber como é que o nosso ordenamento jurídico tem lidado com esta problemática. Deveremos aplicar analogicamente o regime do artigo 187.º, n.º 7 do CPP? A ausência de disposições legais para cada meio de obtenção significará que a intenção do legislador foi recusar a valoração de conhecimentos fortuitos para qualquer meio de que não as escutas telefónicas?

O silêncio da doutrina no que respeita aos conhecimentos fortuitos fora do âmbito da escutas e da apreensão de correspondência não tem passado despercebido, tendo Manuel Guedes Valente se pronunciado no sentido de ser *“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”*⁹⁵. Ainda assim, a jurisprudência tem vindo a tratar de diversos casos em que esta questão é suscitada.

O Tribunal da Relação de Évora, no seu acórdão de 20-12-2010, proc. n.º 305/09.0 GESLV.E1 (disponível em: www.dgsi.pt), veio a estabelecer que *“A legitimação da valoração de todos os conhecimentos fortuitos decorrentes de uma busca radica na circunstância de este meio de obtenção da prova ser admissível em relação a qualquer crime (ao contrário do que já sucede com as apreensões de correspondência [art.º 179.º, n.º 1 al.ª b]) e das escutas telefónicas [art.º 187.º]. São pois razões de economia processual, evitando-se a repetição de formas e diligências, que ditam a apreensão directa ou a valoração probatória dos objectos que corporizem os conhecimentos fortuitos ocorridos no decurso de buscas”*. Com efeito, veio o tribunal considerar que uma vez que a busca não depende da verificação de determinado tipo de crime – sendo a mesma admissível como meio de obtenção de prova para qualquer ilícito penal – não fará sentido restringir a valoração dos conhecimentos fortuitos que daí advenham. No mesmo sentido se pronunciou o Tribunal da Relação de Lisboa, no seu acórdão de 13-09-

⁹⁵ GUEDES VALENTE, MANUEL MONTEIRO - *Conhecimentos Fortuitos, A Busca de um Equilíbrio Apuleiano*, Coimbra, 2006, pág. 98

2007, proc. n.º 5724/2007-9 (disponível em: www.dgsi.pt), segundo o qual se procede a uma valoração probatória imediata dos objetos que consubstanciam conhecimentos fortuitos. Ambos os acórdãos *supra* mencionados vão de encontro àquele que tem sido o entendimento de Manuel da Costa Andrade – que reconhece que os conhecimentos fortuitos não são um problema exclusivo das escutas telefónicas –, que, por sua vez, fundamenta a sua posição através daquele que tem sido o entendimento do ordenamento jurídico alemão, que se baseia no § 108 da StPO ⁹⁶.

Com um entendimento diferente, surge Francisco Aguilar, que discorda de uma “valoração incondicional” dos conhecimentos fortuitos no âmbito das buscas. Para o autor, não há disposição semelhante ao § 108 da StPO em Portugal, uma vez que esta norma prevê claramente a apreensão de objetos que respeitem a um crime que não aquele que serviu de fundamentação à busca. Defendendo ainda que, contrariamente à tese de Manuel da Costa Andrade, o artigo 179.º do CPP não estabelece qualquer tipo de regime para os conhecimentos fortuitos, mas antes para os conhecimentos da investigação, uma vez que a sua fundamentação legal é um crime em específico.

Face a ambas as posições elencadas, consideramos melhor fundamentada a tese defendida por Manuel da Costa Andrade – à semelhança da jurisprudência portuguesa – uma vez que não tendo o legislador optado por delimitar os as buscas e apreensões a determinados crimes, não fará sentido que venha o julgador limitar os conhecimentos que desses meios de obtenção de prova resultam, sendo, portanto, os mesmos valorados. Discordamos do autor no que respeita às semelhanças com o ordenamento jurídico alemão, uma vez que, como critica Francisco Aguilar, não encontramos em Portugal uma norma que se assemelhe ao § 108 da StPO.

7. Conclusão

A reforma de 2007 do Código de Processo Penal deu vários avanços na regulação do regime das escutas telefónicas, contudo, não restam dúvidas de que o legislador se guiou apenas

⁹⁶ O § 108 da StPO alemã estabelece que “*Se, por ocasião de uma busca, forem encontrados objetos que não tenham qualquer ligação com a investigação, mas que indiquem a prática de outro delito penal, serão temporariamente apreendidos.*”, ou seja, fixa um regime de valoração de conhecimentos fortuitos no âmbito da busca.

pelo estritamente necessário, tendo deixado por legislar ou definir diversos conceitos que há décadas procuram concretização. Quando se trata de matérias tão profundamente relacionadas com direitos fundamentais como são os meios de obtenção de prova, é dever do legislador assegurar que não há margem para dúvidas na aplicação da lei, não devendo o mesmo fixar regimes que se pautam por conceitos indeterminados ou demasiado vagos, mas como podemos inferir pelo exposto na presente dissertação, é esse o cenário com que nos deparamos com o atual regime das escutas telefónicas e, conseqüentemente, dos conhecimentos fortuitos.

Centenas, talvez milhares, de linhas já foram escritas sobre o conflito de interesses em causa quando se fala em escutas telefónicas: por um lado, os direitos fundamentais do escutado (e daqueles que apesar de não serem o alvo direto da escuta, ao intervirem em conversas sujeitas a este meio de obtenção de prova veem os seus direitos violados), designadamente a reserva da intimidade da vida privada, a palavra falada e o segredo das telecomunicações, e por outro lado, a necessidade da descoberta da verdade material em crimes de especial complexidade. O artigo 187.º do CPP, ao regular as escutas telefónicas, estabelece os pressupostos necessários para que a mesma seja validamente decretada. Estes pressupostos são, na ótica do legislador, a via que assegura que o princípio da proporcionalidade é a bússola que nos guia no conflito de interesses que aqui se afigura. Fixou-se, então, que uma escuta telefónica dependeria de: *i*) autorização do Juiz de Instrução Criminal; *ii*) fase de inquérito; *iii*) decorrer num período de tempo limitado; *iv*) ser indispensáveis para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter; *v*) respeitar a um crime de catálogo; *vi*) respeitar a um determinado elenco de pessoas.

Para que possamos compreender a problemática dos conhecimentos fortuitos, há que os distinguir dos conhecimentos da investigação, uma vez que ambos são comumente confundidos, mas levam à aplicação regimes diferentes. Para este efeito, surgiram na doutrina duas grandes teses sobre qual o critério a adotar de modo a proceder à distinção entre estas figuras. Por um lado, Manuel da Costa Andrade defende que há que recorrer a um conjunto (não taxativo, mas sim meramente exemplificativo) de situações que corresponderão àqueles que são os conhecimentos da investigação – as “constelações típicas” – e todos os conhecimentos que não forem subsumíveis a esse mesmo conjunto serão os conhecimentos fortuitos. Apesar de ter sido o primeiro critério apresentado, não esteve isento de críticas, nomeadamente no perigo que esta tese representa para a segurança no ordenamento jurídico, uma vez que, tratando-se de um elenco exemplificativo, não se saberia com certeza o que, por definição, seria um conhecimento da investigação e um conhecimento fortuito. Relativamente

a esta tese levantar-se-ia, ainda, o problema de tribunais diferentes darem diferentes classificações a um mesmo conhecimento. Diferentemente, Francisco Aguilar defendeu que a distinção entre estes dois tipos de conhecimentos passa por recorrermos à aplicação do artigo 24.º, n.º 1 do CPP. Para este autor, os conhecimentos da investigação correspondem a todos os factos que integrem a mesma unidade de investigação processual do crime que legitimou a escuta telefónica e, por esse motivo, é que se recorreria à disposição mencionada. Apesar de esta tese estar defendida das críticas apontadas à tese de Manuel da Costa Andrade, há que apontar as falhas da mesma. Em primeiro lugar, este critério levaria a que se estivesse a expandir a finalidade do artigo 24.º, n.º 1 do CPP, sem que o legislador tenha expressamente previsto tal alargamento. Acresce que, para que se recorra a uma interpretação analógica é necessário concluir-se que existe, efetivamente, uma lacuna, que carece de ser preenchida através de aplicação de uma norma já existente no ordenamento jurídico. A jurisprudência não tem sido unânime na adoção de um ou outro critério, nem sequer foi proferido um Acórdão de Uniformização de Jurisprudência que fixe qual a tese mais adequada e que possa guiar os restantes tribunais. Acresce que, em várias circunstâncias, foram proferidas decisões no sentido de aplicar conjuntamente ambos os critérios, concluindo que os mesmos não excluem um ao outro, mas antes se complementam. Face às críticas apresentadas, conclui-se que a tese apresentada por Francisco Aguilar é aquela que melhor defende os direitos daqueles que se encontram alvos de escutas telefónicas, uma vez que há um critério fixo a seguir para que se proceda à classificação de um conhecimento como fortuito ou da investigação.

Há ainda que mencionar que não há dúvidas de que existe uma verdadeira lacuna na lei, uma vez que não nenhuma disposição legal que nos indique que situações sem enquadrar em cada tipo de conhecimento, pelo que faz todo o sentido que se faça uma aplicação analógica do artigo 24.º, n.º 1 do CPP, uma vez que como sabemos esta disposição estabelece que há conexão de processos quando os mesmos correspondem a uma mesma unidade lógica processual, sendo perfeitamente plausível e lógica a aplicação da mesma na distinção destas duas figuras.

O artigo 187.º, n.º 7 do CPP veio a resolver a questão do tipo de regime a adotar em relação à valoração dos conhecimentos fortuitos. Através de uma breve análise de direito comparado, concluiu-se que pela Europa se identificaram três tipos de regime: a recusa total da valoração dos conhecimentos fortuitos, isto é, uma desconsideração total de qualquer conhecimento fortuito que se obtenha no âmbito de uma interceção telefónica, pelo que os mesmos não são utilizados para qualquer efeito; uma valoração absoluta dos conhecimentos

fortuitos, que passa por se valorarem todos e quaisquer conhecimentos que sejam adquiridos; e uma valoração condicional dos conhecimentos fortuitos, que consiste numa aceitação da valoração dos conhecimentos fortuitos, porém apenas mediante a verificação de determinados requisitos. Em Portugal, optou-se pelo último regime, pelo que veio o legislador estabelecer que caso os conhecimentos fortuitos tenham sido descobertos no âmbito de uma escuta telefónica legalmente autorizada, respeitem a um crime de catálogo, se demonstrem imprescindíveis para a prova no crime no processo que será instaurado, se verifique um “estado de necessidade investigatório” e que sejam juntos os despachos que admitiram as interceções ao processo em que esses conhecimentos serão utilizados, poderá ocorrer uma valoração desses mesmos conhecimentos. Temos, portanto, um regime de valoração condicional dos conhecimentos fortuitos, isto é, apenas verificados cumulativamente todos os requisitos elencados poderá ocorrer uma valoração extraprocessual destes conhecimentos. Contudo, estes conhecimentos fortuitos apenas poderão versar sobre as pessoas elencadas no artigo 187.º, n.º 4 do CPP, não podendo ser consideradas quaisquer conversas onde apenas participem terceiros, ainda que as mesmas respeitem a pessoas do elenco.

Tendo presente o regime aplicado aos conhecimentos fortuitos, questionámos se este regime encontraria aplicação no que respeita aos conhecimentos da investigação. Atendendo às diferenças conceptuais entre os conhecimentos da investigação e os conhecimentos fortuitos, à partida, os primeiros poderiam apenas ser valorados no processo em que a escuta telefónica foi autorizada. Contudo, vimos que é possível que os mesmos venham a ser valorados noutros processos, designadamente quando ocorra a separação de processos depois de deduzida a acusação ou quando o conhecimento da investigação venha a ser qualificado como conhecimento fortuito pelo Ministério Público e pelo Juiz de Instrução Criminal, levando a uma autonomização do objeto do processo que legitimou a escuta telefónica. Francisco Aguiar surgiu como a principal voz contra a valoração de conhecimentos da investigação quando ocorre a separação de processos, sendo o seu principal argumento a redação do artigo 188.º, n.º 3 do CPP, previamente à entrada em vigor da Lei n.º 48/2007, que mandava destruir estes conhecimentos. Concluímos que tal tese não é defensável no presente, uma vez que o atual artigo 188.º, n.º 4 do CPP veio a estabelecer taxativamente as situações em que ocorre a destruição de suportes técnicos, não reportando nenhuma delas aos conhecimentos da investigação, uma vez que os mesmos não são “manifestamente estranhos ao objeto do processo”. Parte da doutrina veio a defender que o artigo 187.º, n.º 7 do CPP se aplicaria aos conhecimentos da investigação uma vez que a sua formulação abstrata não impede que tal

aconteça. Todavia, atendendo às atas da Unidade de Missão para a Reforma Penal a vontade do legislador foi, claramente, limitar este regime aos conhecimentos fortuitos. Acresce que há uma diferença fundamental entre a valoração dos dois tipos de conhecimentos, que se prende com o facto de Manuel da Costa Andrade considerar que se devem valorar conhecimentos da investigação não pertencentes ao catálogo de crimes – ao contrário do que se sucede com os conhecimentos fortuitos – enquanto persistir a investigação do crime originário. Finalmente, verificou-se que no que aos conhecimentos da investigação respeita, não faz sentido restringir os mesmos ao elenco de pessoas enumeradas no artigo 187.º, n.º 6 do CPP, uma vez que estes conhecimentos não são manifestamente estranhos ao processo.

Finalmente, concluímos que a problemática dos conhecimentos fortuitos não se prende somente com as escutas telefónicas, tendo sido abordada a possibilidade de aquisição deste tipo de conhecimentos no âmbito das buscas domiciliárias. Apesar de parte da doutrina considerar que a relevância deste tema é diminuta, não se poderá desconsiderar este cenário, e há que saber como lidar com o mesmo. Existem, então, duas posições quanto a este tema. Por um lado, vimos que, mais do que uma vez, os nossos tribunais consideraram que uma vez que as buscas não dependem de um catálogo de crimes não faria sentido que se restringisse a valoração dos conhecimentos fortuitos, como sucede no âmbito das escutas telefónicas, sendo esta tese defendida por Manuel da Costa Andrade. Já Francisco Aguilar discorda de uma valoração incondicional, afirmando que não existe nenhuma norma que preveja a apreensão de objetos que não encontrem ligação ao ilícito penal que fundamentou a busca, como vemos acontecer no direito alemão, pelo que não fará sentido valorar todo e qualquer conhecimento que surja no âmbito das buscas domiciliárias.

Aqui chegados, concluímos que, em Portugal, na batalha entre os direitos fundamentais e a prossecução da descoberta da verdade, temos como padrão a prevalência pela segunda. Vimos que as escutas encontram um largo catálogo de crimes nos quais encontram justificação para serem realizadas e vimos que ainda que as mesmas se encontrem definidas e limitadas por um despacho de admissão judicial – o que *a priori* significaria que não poderíamos aceitar quaisquer conhecimentos fortuitos que delas resultassem – vigora no nosso ordenamento jurídico um regime de valoração condicional desses mesmos conhecimentos. Acresce que ainda que estes conhecimentos não sejam valorados, sempre valerão como notícia de crime. Não será difícil de entender os perigos destes regimes, nomeadamente porque não conhecemos a seriedade de inúmeras declarações que são feitas via contactos telefónicos, pelo que poderemos estar a submeter determinado sujeito à violência do processo penal com base em

declarações não sérias ou que abrangem um contexto que perante uma escuta isolada não seria possível de compreender.

Seria importante, em prol da segurança jurídica exigível de qualquer lei que se encontre em vigor, que fosse proferido um Acórdão de Uniformização de Jurisprudência relativamente ao que se deve entender por conhecimentos de investigação e conhecimentos fortuitos, ao invés de nos basearmos em análises casuísticas. Seria, ainda, benéfico que o regime das escutas telefónicas e dos próprios conhecimentos fortuitos atualmente em vigor fosse revisto, uma vez que nunca se viu uma evolução tecnológica tão acelerada como aquela que se tem verificado ao longo do século XXI e que tem suscitado inúmeros problemas a nível da proteção da privacidade dos cidadãos.

8. Bibliografia

- AGUILAR, FRANCISCO - *Introdução ao regime dos conhecimentos fortuitos obtidos através das escutas telefónicas*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1999
- AGUILAR, FRANCISCO - *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, Almedina, 2004
- CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra, 2007
- COSTA ANDRADE, MANUEL DA - *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, Reimpressão
- COSTA ANDRADE, MANUEL DA - «O regime dos conhecimentos da investigação em processo penal. Reflexões a partir das escutas telefónicas», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 142, n.º 3981, 2013
- COSTA ANDRADE, MANUEL DA - Escutas - coisas simples numa coisa complexa, in *Público*, 2009, disponível em: <https://www.publico.pt/2009/11/18/opiniao/noticia/opiniao-escutas--coisas-simples-duma-coisa-complexa-por-manuel-da-costa-andrade-1410823>
- FIGUEIREDO DIAS, JORGE - *Direito Penal Português - as consequências jurídicas do crime*, 3ª reimpressão, Coimbra Editora, 2004
- GOUVEIA DE CAIRES, JOÃO - «Métodos Ocultos na Criminalidade Económico-financeira: entre a (a)tipicidade e a cumulação», in *Julgar*, n.º 38, Almedina, 2019
- GONÇALVES, FERNANDO e ALVES, MANUEL JOÃO - *A Prova do Crime: meios legais para a sua obtenção*, Almedina, 2009
- GUEDES VALENTE, MANUEL MONTEIRO - *Processo Penal Tomo I*, 3ª Ed. Revista, Atualizada e Aumentada, Almedina, 2010
- GUEDES VALENTE, MANUEL MONTEIRO - *Conhecimentos Fortuitos, A Busca de um Equilíbrio Apuleiano*, Coimbra, 2006
- JÚDICE, JOSÉ MIGUEL - «Escutas sob escuta», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 64 - Vol. I/II, 2004, disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados-roa/ano-2004/ano-64-vol-i-ii-nov-2004/congresso-da-justica-2003/jose-miguel-judice-escutas-sob-escuta/>
- LEITE, ANDRÉ LAMAS - «As Escutas Telefónicas: algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respetiva violação», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2004

- LEITE, ANDRÉ LAMAS - «Entre Péricles e Sísifo: o novo regime legal das escutas telefónicas», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 17, n.º 4, 2007
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 4ª Edição, 2010
- LÓPEZ FRAGOSO, TOMÁS - «Los descubrimientos casuales em las intervenciones telefónicas como medidas coercitivas em el Proceso Penal», in *Revista derechos y libertades*, ano 2.º, 1993
- MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO, *Código de Processo Penal: Comentários e Notas Práticas*, Coimbra Editora, 2009
- MARQUES DA SILVA, GERMANO - *Curso de Processo Penal – volume II*, 4.ª Ed., VERBO, 2008
- MARQUES DA SILVA, GERMANO - *Curso de Processo Penal I: noções gerais, elementos do processo penal*, 6.ª ed., Verbo, 2010
- MATA-MOUROS, MARIA DE FÁTIMA - *Sob Escuta: reflexões sobre o problema das escutas telefónicas e funções do Juiz de Instrução Criminal*, Princípia, 2003
- MATA-MOUROS, MARIA DE FÁTIMA - «Escutas telefónicas – o que não muda com a reforma», in *Revista do CEJ número 9 – Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal 2008*
- PINTO DE ALBUQUERQUE, PAULO - *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª Ed. Atualizada, Universidade Católica Portuguesa, 2009
- RODRIGUES, CLÁUDIO LIMA - «Da Valoração dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Durante a Realização de Uma Escuta Telefónica», in *DataVenía*, ano 2, n.º 93, 2015
- TAVARES, HUGO LEXANDRE DE MATOS - «Os Conhecimentos Fortuitos Nas Escutas Telefónicas (e a intermitência das decisões judicativas e soluções doutrinárias)», in *Estudos de homenagem ao Juiz Conselheiro António da Costa Neves Ribeiro*, Coimbra Editora, 2007
- TEIXEIRA, CARLOS ADÉRITO - «Escutas Telefónicas: A Mudança de Paradigma e os Velhos e os Novos Problemas», in *Revista do CEJ número 9 – Jornadas sobre a revisão do Código de Processo Penal*, 2008
- Unidade de Missão para a Reforma Penal, 2007

9. Jurisprudência

- Ac. TRP de 19-06-1991, in Colectânea de Jurisprudência (CJ), XVI (1991), 3
- Ac. TC n.º 634/93, proc. n.º 94/92, relator: Luís Nunes de Almeida, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930634.html>
- S.T.S. 31/10/1994 R.J. 1994/9076
- Ac. STJ, de 13-10-2004, proc. n.º 04P3210, relator: Henriques Gaspar, disponível em: www.dgsi.pt
- Ac. TRP, de 11-01-2006, proc. n.º 0515276, relator: Guerra Banha, disponível em: www.dgsi.pt
- Ac. TRL, de 13-09-2007, proc. n.º 5724/2007-9, relator: Rui Rangel, disponível em: www.dgsi.pt
- Ac. TRL do dia 11-10-2007, proc. n.º 3577 07 9, relator: João Carrola, disponível em: www.dgsi.pt
- Ac. STJ, de 29-04-2010, proc. n.º 128/05.0JDLSB-A.S1, relator: Souto de Moura, disponível em: www.dgsi.pt
- Ac. TRE, de 20-12-2010, proc. n.º 305/09.0 GESLV.E1, relator: Martinho Cardoso, disponível em: www.dgsi.pt
- Ac. TRE de 27-09-2011, proc. n.º 13/05.6GBSTB.E1, relator: Sérgio Bruno Póvoas Corvacho, disponível em: www.dgsi.pt
- Ac. STJ, de 08-02-2012, proc. n.º 157/09.5JAFAR.E1.S1, relator: Souto de Moura, disponível em: www.dgsi.pt
- Ac. TRC do dia 19-02-2014, proc. n.º 528/07.1GCVIS.C1, disponível em: www.dgsi.pt
- Ac. TRP de 18-06-2014, proc. n.º 35/08.5JAPRT.P1, relator: Maria Dolores da Silva e Sousa, disponível em: www.dgsi.pt
- Ac. STJ de 08-10-2015, proc. n.º 417/10.2TAMD.L.G1.S1, disponível em: www.dgsi.pt