

ESCUTAS TELEFÓNICAS – O QUE NÃO MUDA COM A REFORMA¹

MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS

Juiz de direito

«As más leis nem sempre podem ser desculpa para as más práticas judiciais.»

Li esta frase num artigo de opinião da autoria de Vital Moreira², no jornal Público já há cerca de três anos, mas não mais a esqueci, pela sua pertinência. Durante muito tempo estive realmente convencida de que grande parte da incompreensão perante as decisões dos tribunais em sede criminal tinha a sua origem em práticas erradas. Práticas que podiam e deviam ser melhoradas. O estudo de ordenamentos jurídicos que serviram de modelo ao nosso e a oportunidade de conhecer também um pouco da realidade da sua aplicação prática, os problemas com que se defrontam e as incessantes vias encetadas para tentar eliminá-los, proporcionou-me um olhar mais esclarecido sobre o fenómeno.

Apesar de manter a opinião de que muito é o que pode e deve ser melhorado na prática judiciária da instrução criminal, tenho hoje um horizonte bem mais alargado na análise crítica que

-
- 1 Este texto partiu do estudo que serviu de base às comunicações da autora nas Jornadas de Processo Penal, promovidas pelo CEJ, e na Conferência sobre a Reforma do Processo Penal em Debate, promovida pela UAL, durante mês de Novembro de 2007. O texto foi concluído em 8 de Dezembro de 2007.
 - 2 «As más leis e a responsabilidade judicial», *Público* de 29 de Julho de 2003.

faço das grandes questões que se suscitam em sede de competências judiciais no âmbito do nosso inquérito criminal. Estou plenamente convencida de que por mais que um juiz de instrução se esforce nunca poderá assumir o papel de controlo de certas medidas processuais penais que a lei lhe confere ou sequer um desempenho que faça justiça ao novo nome com que legislador passou a gostar de o designar: o juiz das liberdades.

Através da presente exposição, e recorrendo ao exemplo das escutas telefónicas (de certa forma o «sismógrafo» do sistema processual penal³), procurarei demonstrar que afinal, por vezes, «as más leis» não deixam lugar senão a «práticas muito más». Não pretendo absolver as práticas erradas – continuo a acreditar ser possível mudá-las. Pretendo, sim, acusar a «incúria» de algumas leis na expectativa de as ver melhoradas e, com elas, as tais práticas que todos repudiamos. É que sem uma lei coerente que defina parâmetros claros, não há boas práticas que nos valham. E o pior é que elas – as leis más – conduzem ao arbítrio, e à injustiça. Ora não há pior descrédito que possa recair sobre os tribunais do que o de não conseguirem administrar justiça.

Vejamos, então, quais as práticas proporcionadas pela lei.

Em primeiro lugar importa tentar perceber quais os dados que sustentaram a reforma do processo penal introduzida pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto⁴ e que entrou em vigor em 15 de Setembro passado. Deixem-me, pois, que pergunte:

Quantas escutas se fazem anualmente em Portugal? Ando há anos a fazer esta pergunta e ainda não consegui obter uma resposta

3 Na esteira de Roxin, que referiu ser o processo penal o sismógrafo da sociedade, o regime jurídico das escutas telefónicas foi classificado como o sismógrafo da história do direito processual penal (Staechelin, KJ 1995, 466),

4 15ª alteração do CPP, aprovado pelo DL n.º 78/87, de 17 de Fevereiro.

suficientemente esclarecedora. No entanto, o interesse pelo tema começa a dar alguns frutos e apesar de ainda vaga, por vezes mesmo contraditória, já vamos tendo alguma informação.

As primeiras informações publicadas na imprensa desde que se começou a tentar quantificar as escutas telefónicas realizadas no nosso país indicavam a média anual de 8000 intercepções telefónicas. «24 mil nos últimos três anos». Estávamos em 2006.

Agora passámos para 52 mil escutas nos últimos seis anos segundo dados divulgados na imprensa no início deste mês na sequência da audição parlamentar do MJ e PGR, respectivamente em 30 e 31 de Outubro passado.⁵ Ou seja, mantém-se aproximadamente a estimativa daquela média, ainda que se registre alguma tendência para o crescimento. A população portuguesa ronda os 9 milhões.

Em França no ano de 2004 foram alvo de escuta 27 mil telefones móveis e 2 mil fixos⁶. Acresceram as seguintes escutas administrativas: autorizadas 3733 novas escutas (50% por criminalidade organizada, 34% por terrorismo, 14% por segurança nacional e 2% para protecção económica) e renovadas 1918⁷. Ao todo somam 34.651 escutas no ano de 2004. A população francesa soma 63 milhões.

5 «52.098, desde 2002 até final de Outubro de 2007» – *Diário Económico* de 2 de Novembro de 2007. De acordo com o gráfico apresentado no mesmo jornal, em 2004 as escutas teriam excedido, em muito, o patamar das 9 mil.

6 V. Marie Christine Tabet, *Le Figaro* de 21 de Abril de 2005 (in www.spyworld-actu.com), reportando-se a dados divulgados pelo Ministério da Justiça francês.

7 V. Bernard Stirn, *Les Libertés en questions*, Montchrestien, 6.e édition, 2006, p. 22

Na Alemanha, nos últimos anos foi a seguinte a evolução verificada: 2001 – 19 896, 2002 – 21 874, 2003 – 24 501 e 2004 – 29 017⁸.

Os alemães são mais de 80 milhões.

Relativamente à Áustria, não conheço os dados de 2004, mas conheço os de 2005 por terem feito soar o alarme na imprensa. Os números de telefone alvo de escutas realizadas durante o ano de 2005, naquele país somaram 1913⁹. Os austríacos rondam os oito milhões de habitantes.

Acontece que mesmo os números ultimamente apresentados aos portugueses revelam, afinal, muito pouco. A verdade é que não existe um único estudo nacional sobre a dimensão do fenómeno. Nem vejo grande forma de o fazer, pelo menos enquanto continuarmos a confundir segredo de justiça com oficialização de dados de interesse nacional, autonomia com irresponsabilidade, definição de uma política criminal com ingerência na Justiça!

Numa época em que tanto se fala de contenção de despesas e rigor orçamental, quanto mais não seja para efeito de controlo de custos, impunha-se a compilação de dados oficiais. Quanto custam as escutas telefónicas? Que resultados produzem?

8 Dados recolhidos em www.bfdi.bund.de – Pressemitteilung 12/05. Anunciava-se um aumento ainda mais alarmante do número de escutas realizadas no que respeita aos anos de 2005 e 2006. A Alemanha ocupa uma posição de destaque na frequência do recurso às intercepções telefónicas, sendo precisamente um dos países onde um maior número de escutas telefónicas é realizado todos os anos (sobre a matéria, v. Hans-Ullrich Paeffgen, in *Festschrift für Claus Roxin*, W. de G., 2001, pp. 1299 e ss.). V. Maria de Fátima Mata-Mouros, *Direito à Inocência – Ensaio de Processo Penal e Jornalismo Judiciário*, Principia, 2007, p. 201, nota 278.

9 Segundo dados divulgados pelo Ministério da Justiça austríaco, como se noticiava in «Die Presse.com» de 17 de Maio de 2006, secção «Politik».

Nos EU de há muito que são conhecidos relatórios – *Wiretap Reports* – que, respeitando um formato de tabela, fornecem de forma detalhada informações referentes a cada medida de vigilância autorizada por um tribunal. Estes relatórios são divulgados pelos serviços administrativos dos tribunais e permitem avaliar as razões pelas quais são ordenadas as escutas, qual a sua dimensão e os resultados que produzem.

Recolhi um exemplar de um daqueles relatórios num artigo da autoria de dois autores alemães¹⁰ em que estes comparavam as escutas realizadas nos EUA com as realizadas na Alemanha, concluindo por um uso significativamente superior destes meios de investigação no seu país e identificando na obrigação da elaboração daqueles relatórios uma das razões para a maior contenção dos juí-

10 Andreas Böttger e Christian Pfeiffer, *ZRP* 1994, Heft 1, pp 7 e ss. Segundo este estudo comparativo, cada juiz americano que autoriza uma escuta está obrigado, por lei, a enviar um relatório do tipo do referido ao serviço administrativo do tribunal no mesmo ano em que autorizou a escuta. Mais deverá informar a(s) pessoa(s) contra quem autorizou a medida, da realização da mesma, informação que poderá prestar ainda a outras pessoas atingidas pela medida, segundo a avaliação que fizer do caso. A referida informação deve conter dados sobre o tipo de medida realizada, extensão e duração da mesma. Ainda de acordo com a avaliação que fizer, o juiz poderá fornecer ao(s) visado(s) cópias de partes das gravações das conversas escutadas. No caso de se verificarem razões especiais, como a não inutilização dos efeitos da medida ainda em curso, ou para evitar colocar em perigo terceiros, esta informação pode ser relegada para momento subsequente ao da sua finalização. Exemplo de um *Wiretap Report* divulgado ainda no mesmo artigo: *Caso 229 - ano 1991: O juiz Lasker (Nova Iorque) autorizou, a pedido do procurador Salzburg, a colocação de microfones de escuta numa investigação por extorsão. Data da autorização: 13.4.1989. Local da escuta autorizada: compartimentos de um clube social. Prazo: a primeira autorização foi concedida por 30 dias. Prorrogações: dez. Período de activação: 233 dias. N.º de conversas escutadas: 8978. N.º de conversas seleccionadas: 417, isto é, 4,6%. N.º de pessoas atingidas pela medida: 32. Quantas delas foram detidas: 11 pessoas. Quantas foram condenadas: as mesmas 11. Quais os custos económicos da medida: 299329 dólares.*

zes norte-americanos que adquiriam por via daquela incumbência, uma consciência muito mais concreta da responsabilidade pelas medidas que autorizavam.

Por cá, o Procurador-geral da República diz que há escutas a mais enquanto o Ministro da Justiça mostra satisfação com o recuo registado no número das intercepções da responsabilidade da polícia tutelada pelo seu Ministério, apesar de ter crescido o número das intercepções realizadas pelas outras polícias. Até parece estamos a falar de polícias de países diferentes.

Mais proveitoso seria, porém, que o Ministério da Justiça ou a Procuradoria-geral da República se empenhassem em concretizar quantos crimes, criminosos e tipologia de actuações foram afirmados em condenações por prova produzida com escutas telefónicas.

Na Justiça portuguesa há contas que têm de começar a ser feitas, sob pena de continuarmos todos a falar do que ninguém conhece. «A grande maleita continua a ser a da carência de avaliações científicas sobre o impacto das leis, nomeadamente, se atingiram, e em caso afirmativo, em que medida, os fins que estiveram na sua origem»¹¹. Tal como a ausência de estudos tendentes a identificar as específicas razões para a persistência de males já detectados por todos.

Mas as reformas não deixam de ser anunciadas e repetem-se as revisões dos diplomas, mesmo daqueles que antes eram considerados verdadeira «obra-prima». Resta perceber em que dados se baseiam os reformadores se nem na certeza dos números detectamos o consenso da avaliação da realidade.

11 A. G. Lourenço Martins, «Poder Judicial e Magistratura de Investigação», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXV, Coimbra, 1999, p. 419.

I) Passemos então à análise da reforma

São quatro as preocupações que sobressaem das alterações legislativas introduzidas no regime das escutas telefónicas:

- a) Preocupação de garantir à defesa uma possibilidade de intervenção na selecção das conversas com relevo para a descoberta da verdade.
- b) Preocupação ao nível da definição dos procedimentos
- c) Preocupação com os prazos
- d) Preocupação de delimitação do âmbito subjectivo de incidência da escuta

A) A ideia de permitir à defesa intervenção na selecção das conversas relevantes representa uma conquista de saudar. Traduz abertura do processo à defesa e, com ela, o rumo ao processo justo e equitativo o que, como tenho defendido, constituía – e em muitos aspectos continua a constituir – uma das reformas indispensáveis a empreender no inquérito.

Sem a passagem pelo crivo da verificação pela defesa dos critérios de selecção adoptados, sem a garantia do acesso desta a elementos equivalentes aos facultados à investigação, nunca a prova adquirida pelas escutas telefónicas deixará de oferecer sérias reservas quanto à sua credibilidade, com os reflexos negativos, de todos nós conhecidos, na fase tardia do julgamento.

A novidade legislativa terá certamente implicações na celeridade do processo, exigindo adaptação de prazos que não se vê assumida, e julgo que a metodologia de procedimentos adoptada não será a mais cautelosa, mas, no geral é um passo que considero de saudar.

Desde há muito que me bato pela permissão de a eliminação das gravações das escutas telefónicas não vertidas para os autos ser relegada para «uma fase de abertura do processo

ao contraditório»¹². Ainda que me parecesse que a permissão da audição pelo arguido de outras conversas que não as transcritas deveria sustentar-se de invocação da incorrecção da selecção, por exemplo, alegando-se que outras conversas foram mantidas naquele período com este ou aquele interlocutor – que não tendo sido transcritas –, ajudariam, porém, a demonstrar este ou aquele aspecto com interessa para a defesa. Esta exigência de fundamentação acautelaria o pedido temerário, sem razão pertinente, bem como a possibilidade de o juiz delimitar as conversas gravadas (não transcritas) cuja audição deveria autorizar.

Feito o reparo, entendo, porém, que a reforma, nesta parte, constitui um ponto positivo, ainda que a melhoria a registar se situe ao nível da aquisição e validade da prova e dos direitos da defesa, e não propriamente na protecção do sigilo das comunicações ou do direito à privacidade ou à palavra atingidos pela medida de intercepção telefónica, o tema que aqui nos ocupa. Na verdade, na base da alteração legislativa em referência – o atraso da destruição dos registos tidos como irrelevantes para um momento posterior à intervenção da defesa – não está nenhuma intenção de protecção de direitos fundamentais de terceiros ou do próprio arguido, por se

12 Maria de Fátima Mata-Mouros, *Sob Escuta*, Principia 2003, p. 36. «Com efeito, de todos os institutos consagrados no processo penal, este será talvez o único em que o exercício do contraditório fica definitivamente comprometido por determinação expressa na letra da lei, quando refere que devem ser logo eliminadas as conversas não seleccionadas pela polícia com a supervisão do juiz. Nem a tão controversa decisão de prisão preventiva, quando determinada sem o amplo acesso aos autos garantido à defesa, perde a oportunidade de, ainda que tardiamente, ser sindicada pelos advogados dos acusados, quando estes, ultrapassada a fase do processo sujeita a segredo de justiça, acedem, finalmente, a todos os seus elementos. Nas escutas telefónicas, a manter-se a actual regulamentação que as rege, por norma nunca o farão, uma vez que, entretanto, a cumprir-se textualmente a letra da lei, terão sido já irremediavelmente eliminadas todas as conversas que não foram objecto de transcrição» (ibidem).

tratar de dados que, resultando da interceptação de comunicações, representam em si uma devassa da intimidade da vida privada. O que a alteração visa é assegurar as garantias de defesa do arguido, entendendo que estas não se bastam com o controlo da relevância dos elementos de prova, por parte do juiz de instrução. O que se visa com a conservação das gravações é acautelar o contraditório na apreciação da relevância das conversações para efeito de prova, numa concretização expressiva do justo processo, e não a contenção das escutas ou a protecção dos direitos de terceiros ou do arguido¹³. Esta protecção surge, sim, nos n.º 1 e 4 do art. 187.º e no n.º 6 do art. 188.º que analisaremos mais adiante.

Entretanto também o TC acordaria para o problema.

Os Acs. do TC n.º 450/2007 e n.º 451/2007, ambos do dia 18/9/2007 decidiram «julgar inconstitucional, por violação do artigo 32.º, n.º 1, da Constituição, a norma do artigo 188.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, na interpretação segundo a qual permite a destruição de elementos de prova obtidos mediante interceptação de telecomunicações, que o órgão de polícia criminal e o Ministério Público conheceram e que são considerados irrelevantes pelo juiz de instrução, sem que o arguido deles tenha conhecimento e sem que se possa pronunciar sobre a sua relevância»;

Não são uma novidade tão grande quanto tem sido anunciado. Antes deles, já o Ac. n.º 660/06 do mesmo Tribunal, em 28 de Novembro de 2006, proferira uma declaração de inconstitucionalidade exactamente nos mesmos termos¹⁴.

13 Neste sentido v. Ac. 660/2006 do TC.

14 O Ac. n.º 660/06, de 28 de Novembro de 2006, decidiu: «Julgar inconstitucional, por violação do artigo 32.º, n.º 1, da Constituição, a norma do artigo 188.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, na interpretação segundo a qual permite a destruição de elementos de prova obtidos mediante interceptação de telecomunicações, que o órgão de polícia criminal e o Ministério Público conheceram e que são considerados irrelevantes pelo juiz de instrução, sem

Nos referidos acórdãos, para além de se considerar inaceitável e desnecessária a compressão das garantias de defesa do arguido, consagradas em geral no artigo 32º, nº 1 da CRP em que a eliminação se traduzia, acrescentam-se alguns argumentos no sentido também da inconstitucionalidade, baseados, por um lado, na coerência do sistema e, por outro lado, na garantia constitucional do direito à palavra e do direito a um processo equitativo.

Não vou deter-me aqui na análise destes acórdãos. Ela não cabe nem no tempo, nem no sentido de uma comunicação como esta. De resto a propósito dos mesmos, o que considero relevante salientar neste momento resume-se a duas ideias fundamentais:

- por um lado, a notória evolução no sentido da jurisprudência constitucional que traduzem, desde logo em sede de escutas telefónicas, mas também naquilo que me parece constituir o prenúncio de um novo olhar sobre o inquérito criminal. Ilustrativas para estas reflexões são as declarações de voto expressas em todos os referidos acórdãos.

- e, por outro, a lamentável circunstância de a evolução jurisprudencial, designadamente a constitucional, não permitir, no nosso sistema, salvaguardar os procedimentos e as decisões produzidas no passado no escrupuloso respeito pelos comandos da lei.

Repare-se que durante vinte anos (a idade do Código) juízes, procuradores, advogados e polícias lidaram com uma lei que dizia o seguinte:

«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

que o arguido deles tenha conhecimento e sem que se possa pronunciar sobre a sua relevância».

segredo relativamente àquilo de que tenham tomado conhecimento» (*destacado nosso*).

De repente ficámos todos a saber que não devíamos ter cumprido o que a lei mandava. Estou especialmente à vontade neste ponto pois de há muito que exteriorizei as dúvidas com que me defrontava, no exercício de funções de juiz de instrução, precisamente por não permitir que se destruíssem as gravações. É que sempre que o fazia me pesava na consciência a letra da lei.

Mas o pior de tudo são as consequências que aquelas decisões do TC poderão trazer para tantos e tantos processos que contaram com escutas telefônicas cujas gravações foram eliminadas por ordem de juízes respeitadores da vontade do legislador.

E, para que tais efeitos anulatórios alcancem sentenças já transitadas em julgado, temo bem que nem sequer seja necessário esperar por uma quarta (três já existem) decisão do TC no mesmo sentido. É que, nos termos art. 449.º (revisto) «a revisão de sentença transitada em julgado é admissível quando: e) se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos n.ºs 1 a 3 do artigo 126.º».

Na jurisprudência de Karlsruhe, aquele que é já considerado como um dos mais importantes acórdãos desde sempre proferidos pelo BVerfG, o Ac. de 3 de Março de 2004, ao concluir pela desconformidade constitucional de regras introduzidas no StPO referentes às escutas a residências,¹⁵ – entre outros fundamentos também pela insuficiente densidade normativa contida na referida legislação em ordem a garantir a dignidade humana, o respeito pelo princípio da proporcionalidade bem como a tutela jurisdicional

15 Contém considerações por muitos, entendidas como princípios gerais de todas as medidas de investigação criminal. Este acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão, disponível na *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2004, Heft 14, pp. 999-1022, é citado no Ac. do nosso TC n.º 660/06, acima aludido.

efectiva – concedeu ao poder legislativo o prazo de dezasseis meses (até 30 de Junho do ano seguinte) para reformular a lei em ordem a adquirir conformidade constitucional. Ressalvou, no entanto, que entretanto, enquanto a nova lei não visse a luz do dia, as regras declaradas inconstitucionais continuariam a poder ser aplicadas numa leitura que levasse em consideração a tutela da dignidade humana e o princípio da proporcionalidade. Por ali ainda existe confiança nos tribunais. Não se deita tudo a perder e as leis são para valer.

Diferentemente, por cá aumentam as leis simbólicas.

O que esperar de leis que ainda não completaram um mês de vigência e já se repetem as leituras radicalmente opostas sobre o seu teor? Quantas opiniões divergentes já foram publicamente assumidas na interpretação a dar ao novíssimo art. 88.º/4 do CPP? «Não é permitida, sob pena de desobediência simples, a publicação, por qualquer meio, de conversações ou comunicações interceptadas no âmbito de um processo, salvo se não estiverem sujeitas a segredo de justiça e os intervenientes expressamente consentirem na publicação», lê-se na citada disposição legal. Mas como entender a proibição se o respectivo conteúdo for usado na sentença? E na pronúncia? Ou no despacho que decreta a prisão preventiva? E se...

Passemos aos procedimentos, segunda preocupação detectada na reforma.

B) Em sede de PROCEDIMENTOS, existem dois planos a diferenciar, o da legalidade ordinária (I) e o da garantia constitucional (II):

I) O plano da legalidade ordinária dos «meros procedimentos»:

Apesar da reserva de lei e da imposição da sua limitação ao mínimo indispensável, o legislador ordinário conserva amplo campo de liberdade na definição dos procedimentos a adoptar na

realização das escutas. Daí que, não surpreenda a diversidade de pormenor detectável no confronto dos vários projectos que foram levados à discussão na Assembleia da República¹⁶. Mas, com maiores ou menores referências a «fitas gravadas», «suportes técnicos», «envelopes lacrados» ou «elementos análogos» direi apenas que, neste patamar da mera legalidade ordinária, todas as soluções são boas, desde que se contenham em prescrições claras, concisas e simples, o que não será exactamente a melhor definição do elenco de prescrições reguladoras previstas na lei reformada com mais de uma dezena de números contemplados no artigo onde se integram (art. 188.º do CPP).

O problema é que qualquer vício de procedimento na realização de uma escuta telefónica dá nulidade (art. 190.º).

E foi reforçada a natureza absoluta da nulidade da prova decorrente de intromissão nas telecomunicações (art. 126.º/3).

Mais: alargou-se o âmbito da revisão de sentença à descoberta de haver servido de fundamento à condenação uma prova proibida (art. 449.º/1e).

Valerá a pena debruçarmo-nos um pouco mais sobre estas normas.

Nos termos do art. 190.º do CPP, «os requisitos e condições referidos no artigo 187.º, artigo 188.º e artigo 189.º são estabelecidos sob pena de nulidade».

Ou seja, qualquer violação das regras estabelecidas no regime das escutas telefónicas gera nulidade.

De facto já era assim na versão anterior da lei (então art. 189.º do CPP) o que de há muito vinha suscitando controvérsia

16 Proposta de Lei n.º 109/X, do Governo; Projecto de Lei n.º 237/X, do Partido Social Democrata, Projecto de Lei n.º 368/X, do Partido Popular CDS-PP, Projecto de Lei n.º 369/X, do Bloco de Esquerda e Projecto de Lei n.º 370/X, do Partido Comunista Português.

em torno do regime de nulidade das provas obtidas por meio de escutas telefônicas feridas de ilegalidade.

1) Para uns, sendo maior o desvalor ético-jurídico das provas obtidas mediante os processos aludidos no n.º 1 do art. 126.º do CPP do que as obtidas mediante as intromissões referidas no n.º 3 da mesma disposição legal, impunha-se que tal distinção tivesse reflexo no regime das nulidades cominadas padecendo as provas obtidas mediante tortura, coacção ou ofensa à integridade física ou moral das pessoas, de nulidade absoluta, portanto insanável e de conhecimento oficioso, «não podendo ser utilizadas», para usar a nomenclatura legal.

Quanto às provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem consentimento do respectivo titular, havia que estabelecer uma diferenciação suplementar, para distinguir claramente entre regras de produção de prova e proibições de prova: «As regras de produção da prova têm assim a tendência oposta à das proibições de prova. Do que ali se trata não é de estabelecer limites à prova como sucede com as proibições de prova, mas apenas de disciplinar os processos e modos como a prova deve ser regularmente levada a cabo. Já o que define a proibição de prova é a prescrição de um limite à descoberta da verdade. É esta distinção que terá de estar subjacente a qualquer análise do regime legal das escutas telefônicas, não confundindo as patologias que colidem com étimos e princípios inultrapassáveis, pois que integram o cerne dos direitos individuais com inscrição constitucional, com aquelas que se traduzem em mera irregularidade produzida no contexto amplo de um meio de prova que foi autorizado. Quando o que está em causa é a forma como foram efectuadas as intercepções telefônicas produzidas no âmbito de meio de prova autorizado e perfeitamente definido carece de qualquer fundamento, sendo despropositada, a referência a uma prova proibida» (extracto do sumário do AC. STJ 21 de Fevereiro se 2007).

Este era, com efeito, entendimento estabilizado no STJ:

«Os procedimentos para realização das intercepções e gravações telefônicas estabelecidos no art. 188.º, após ordem ou autorização judicial para o efeito, constituem formalidades processuais cuja não observância não contende com a validade e a fidedignidade daquele meio de prova, razão pela qual, como este Supremo vem entendendo, à violação dos procedimentos previstos naquele normativo é aplicável o regime das nulidades sanáveis previsto no art. 120.º do CPP» (extracto do sumário do Ac. STJ de 20 de Dezembro de 2006).

«Na cominação estabelecida no art. 189.º do CPP, que fala genericamente em nulidade para a infracção às regras prescritas nos arts. 187.º e 188.º do CPP, [há que distinguir] entre pressupostos substanciais de admissão das escutas, com previsão no art. 187.º do CPP, e condições processuais da sua aquisição, enunciadas no predito art. 188.º, para o efeito de assinalar ao vício que atinja os primeiros a nulidade absoluta e à infracção às segundas a nulidade relativa, sanável, sujeita a invocação até ao momento temporal previsto no art. 120.º, n.º 3, al. c), do CPP, dependente de arguição do interessado na sua observância» (extracto do sumário do Ac. do STJ de 7 de Março de 2007).

2) Mas havia quem manifestasse preocupação pela possibilidade de se fazer uma leitura diferenciada entre os regimes dos n.ºs 1 e 3 do art. 126.º do CPP, empenhando-se em demonstrar que o n.º 3 do art. 126.º do CPP, ao referir que «são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão ...» continha um regime igual ao previsto no n.º 1. Configurando «atentados contra direitos de liberdade cuja importância não fica atrás das situações descritas nos números anteriores do art. 126.º do CPP», entendia-se que o legislador cominara «igualmente a nulidade – leia-se: a mesma espécie de nulidade! – das provas obtidas dessa maneira, subentendendo-se que essas provas tão-pouco podem ser utiliza-

das». O regime especial das nulidades do art. 126.º consistiria no seguinte: elas poderiam «ser atacadas excepcionalmente depois do trânsito em julgado da decisão final, caso só fossem descobertas depois disso!», como sustentado por Paulo de Sousa Mendes¹⁷. E, para não deixar margem a dúvidas sobre a aplicação de tal regime a todas as violações do regime legal estabelecido para a recolha destas provas, referia ainda este autor: «à parte das provas nulas e inadmissíveis do art. 126.º CPP, há – naturalmente – as nulidades e as inadmissibilidades directamente resultantes da violação dos preceitos da lei que estabelecem por via positiva o âmbito das restrições legítimas aos direitos de liberdade, a saber: os pressupostos (...) das escutas telefónicas ou equiparadas (arts. 187.º e 190.º). Dado que os artigos agora mesmo citados são *os casos previstos na lei* de restrição aos direitos de liberdade (ex. vi art. 126.º, n.º 3, CPP), então é forçoso que os actos cuja invalidade advenha da violação dos pressupostos neles estabelecidos dêem lugar à mesmíssima nulidade e à mesmíssima inadmissibilidade da prova cominadas no próprio art. 126.º, n.º 3, CPP»¹⁸.

A reforma acolheu esta preocupação.

Na redacção introduzida no art. 126.º/3 do CPP pela Lei n.º 48/2007, refere-se que: «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» (sublinhado nosso). Acrescentou-se, pois, a expressão «não podendo ser utilizadas» e a razão do acréscimo foi sublinhada no Preâmbulo do anteprojecto de revisão do CPP apresentado pela Unidade de Missão para a Reforma Penal:

17 «As Proibições de Prova no Processo Penal», in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*,p. 148/9.

18 (Ob. cit., p. 149).

«Esclarece-se que as provas obtidas, fora dos casos admitidos pela lei e sem o consentimento do respectivo titular, mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações não podem ser utilizadas. Supera-se, pois, uma dúvida interpretativa que a actual redacção do n.º 3 do artigo 126.º suscita, por se referir apenas à nulidade»¹⁹.

Acontece que o grande problema não residia propriamente na dúvida que o legislador pretendeu ver esclarecida. O grande problema residia – e, pelos vistos, continuará a residir – na distinção, de entre as regras descritas na lei como «formalidades das operações», as que constituem efectivamente meras formalidades daquelas que traduzem a concretização dos parâmetros constitucionais de tolerância na realização de uma escuta. Era essa a questão que dividia o entendimento muitas vezes perfilhado nos Tribunais da Relação do afirmado no Supremo Tribunal de Justiça, designadamente em sede de classificação do vício traduzido no incumprimento da remessa dos suportes das gravações «imediatamente» a tribunal para efeitos de concretização do controlo judicial da escuta. Trata-se de desrespeito de um acto essencial (ainda que identificado na lei como «formalidade») e portanto gerador de nulidade absoluta, ou de desrespeito de mera formalidade gerador

19 Que diferença para anteriores projectos de revisão do CPP (alguns deles oriundos de deputados do mesmo partido – PS). «No Projecto de Resolução n.º 215/IX do PS e no Projecto de Lei n.º 519/IX [«projecto Lacão»] referia-se, no Ponto 3, que todos os requisitos e condições referidos nos artigos 187.º e 188.º são estabelecidos sob pena de nulidade. O Ponto 4, por seu turno, aludia à distinção entre nulidades sanáveis e insanáveis. São insanáveis as nulidades relativas às intercepções e gravações de comunicações que resultem do violação do art. 126.º, n.º 3, que extravasem do âmbito material e pessoal legalmente admitido, violem o disposto no artigo anterior, n.º 4 e 5, ou resultem de valoração da prova antes de cumprido o disposto no n.º 7 – Armando Veiga e Benjamim Silva Rodrigues, *Escutas Telefónicas, Rumo à Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicacionais Digitais*, Coimbra Editora, 2007, p. 498.

de nulidade relativa? Era esta, com efeito, a grande questão que importava resolver, como claramente se sublinha, entre outros, no Ac. do STJ de 7 de Março de 2007, já acima citado, ao referir que «a jurisprudência deste STJ, não descortinando a preterição das regras do art. 188, do CPP, no âmbito das nulidades insupríveis, confina-as às nulidades relativas, sanáveis (...) mais recentemente este STJ continua reafirmando a tese da anulabilidade decorrente de tais infracções, a que a Relação não se mostra sensível».

A reforma deixa, portanto, por resolver a grande questão que interessava resolver em sede de regime jurídico dos vícios incidentes na realização de uma escuta telefónica: a rigorosa delimitação das formalidades essenciais das meras formalidades na sua realização. «Permanecem, face à actual redacção, as dúvidas relativamente ao tipo de modalidade de nulidade consagrada: estaremos perante uma nulidade sanável ou insanável? Como efectuar a distinção?» – perguntam Armando Veiga e Benjamim Silva Rodrigues, no recente livro em que se debruçam sobre o tema das escutas telefónicas²⁰, publicado já depois de conhecido o projecto de reforma. E logo acrescentam: «são questões que têm atormentado a doutrina e a jurisprudência e granjeado soluções diferenciadas e com consequências gravosas (...) Permanece por resolver tal divergência doutrinária, não sendo de estranhar que continuem a esgrimir-se argumentos a favor de cada uma das teses em confronto».

E se a referida indefinição legal antes concentrava especialmente o respectivo campo de incidência na apreciação da conformidade legal da periodicidade com que os elementos referentes à escuta eram enviados à supervisão judicial, hoje identificam-se já novas questões na execução deste meio de obtenção de prova. Agora é o problema da eliminação precoce das gravações, sem

20 *Escutas Telefónicas, Rumo à Monitorização dos Fluxos Informativos e Comunicacionais Digitais*, p. 498 (v. também p.503).

que antes seja dada à defesa a possibilidade de as ouvir, amanhã adivinham-se outros problemas a equacionar.

Juntando a esta indefinição o que acima já ficou referido quanto à ampliação dos casos que passaram a admitir revisão de sentença, não será de excluir que o futuro nos reserve a sucessão de pedidos de anulação de prova recolhida por via de escutas telefônicas, quer em sede de instrução, quer em sede de julgamento. Mas, pior do que isso, mesmo em casos de condenações transitadas já em julgado.

Apesar de não diferenciados pelo legislador, nem todos os aspectos do regime das escutas telefônicas têm igual relevância. Comecei por falar do plano da legalidade ordinária, dos «meros procedimentos».

É tempo de passarmos ao plano constitucional.

II) Alguns aspectos de procedimento das escutas telefônicas inserem-se, com efeito, já no plano da garantia constitucional em sede de direitos fundamentais. E aqui, lamentavelmente, as soluções previstas suscitam-nos fortes reservas. Por limitação de tempo, detenhamo-nos apenas naquela que julgo ser a mais relevante:

1.^a – A obrigação do juiz determinar a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo nos casos previstos nas alíneas do art. 188/6 do CPP reformado:

a) (Art. 188.º/6^a): que disserem respeito a conversações em que não intervenham pessoas referidas no n.º 4 do artigo anterior;

b) (Art. 188.º/6b): que abranjam matérias cobertas pelo segredo profissional, de funcionário ou de Estado;

c) (Art. 188.º/6c): cuja divulgação possa afectar gravemente direitos, liberdades e garantias.

Trata-se de incumbência de execução impossível, já que exige:

a) Audição integral de todas as conversas captadas o que constitui dificuldade praticamente inultrapassável; - Sei que juízes estão a notificar OPC para assinalarem essas conversas nos seus relatórios. É uma tentativa compreensível de tentar dar cumprimento ao que a lei manda. Mas transfere o controlo para quem devia ser controlado.

b) Dotação de meios técnicos e auxiliares que continuam a não interessar ao legislador. Lembro que os terminais de interceptação permanecerão exclusivo dos departamentos policiais e a coadjuvação legalmente prevista, para além do tradutor, continua a limitar-se ao horizonte dos «órgãos de polícia criminal». Que razões levam o legislador a limitar o juiz à coadjuvação recolhida no seio do próprio órgão cuja actividade é chamado a controlar?

Mas a incumbência que o legislador atribui ao juiz exige ainda muito mais.

Exige:

c) Conhecimento do perfil profissional, familiar e social das pessoas escutadas de modo a permitir detectar as conversas que oferecem grau de risco de poderem «afectar gravemente direitos, liberdades e garantias» o que constitui conhecimento de antecipação impossível, para além de apelar à interpretação de conceitos excessivamente vagos e indeterminados.

Na verdade, os comandos legais em referência carecem de densidade normativa. E aqui começamos a aproximarmo-nos do que verdadeiramente interessava considerar para acabar com as más práticas. Antes de tudo o mais, faltava – e continua a faltar – lei. Sim, falta-nos lei! E, na sua base, toda uma dogmática das medidas de investigação ocultas.

Como alertado também por Armando Veiga e Benjamin Silva Rodrigues no início do presente ano²¹: «Cabe ao legislador, numa futura intervenção, a clarificação deste ponto, aproveitando, desse modo, para efectuar um *nivelamento* das diversas esferas de segredo, para uma perfeita coerência sistemática e extra-sistemática, nos termos da lei penal relativa ao segredo profissional».

Há anos que na doutrina germânica se discute como conciliar o recurso a certas medidas de investigação, em especial as ocultas, com o respeito pelas esferas de segredo de Estado, religioso e profissional, bem como a delimitação da área de reserva inviolável da vida privada também no âmbito destas medidas. Procura-se aproximar os regimes dos direitos de recusa de depoimento com a delimitação das pessoas ou conversas que podem ser escutadas. Presentemente está em discussão um projecto de lei do governo federal alemão para uma lei de nova regulação das intercepções telefónicas e outras medidas de investigação encobertas²², que propõe a alteração de dezenas de artigos do StPO e outra leis com vista à harmonização e reforço da tutela jurídica dos visados por medidas de investigação encobertas, harmonização e estabelecimento de normas que regulem a utilização dos dados obtidos com essas medidas, clarificação dos limites impostos à investigação e levantamento de segredos profissionais. Não é tarefa fácil, o que se evidencia também pela extensão do documento que conta com cerca de duzentas páginas. Mas essencialmente pela complexidade inerente ao objectivo de harmonização visado. Como ilustração das inúmeras questões que se colocam deixo apenas um exemplo. Entre as alterações propostas consta a introdução de um novo

21 *Escutas Telefónicas, Rumo à Monitorização dos Fluxos Informacionais e Comunicacionais Digitais*, p. 257.

22 *Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucksache 275/07, 27.04.2007: Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmassnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG*, disponível in www.bundesrat.de.

artigo no StPO a estabelecer uma proibição geral de recolha de prova – tanto para medidas encobertas como para medidas abertas – sempre que a medida atinja sacerdotes ou pastores (religiosos na sua qualidade de conselheiros espirituais), defensores ou deputados e com ela possam previsivelmente ser revelados conhecimentos relativamente aos quais estas pessoas poderiam recusar prestar depoimento. Os conhecimentos em referência adquiridos apesar da referida proibição, não poderão, de qualquer modo, ser aproveitados no processo penal (proibição absoluta de utilização de prova). Sucodem-se os comentários críticos sobre a proposta, em especial incidindo sobre o carácter ainda lacunoso da mesma, bem como diversas incongruências. De entre os comentários críticos destaco o de Wolter²³. Este autor parte de dois pilares de protecção de relações de confiança diferenciados, um público e institucional e o outro, individual e personalizado, bem como da diferenciação da esfera de protecção absoluta (livre de ponderação) do núcleo essencial da dignidade humana de outras esferas de direitos ponderáveis (*Sphärentheorie* – teoria das esferas) para concluir que as regulamentações da admissibilidade de certas medidas de investigação, bem como da validade da prova por elas adquiridas, devem reger-se, não pela intensidade e tipo de ingerência no direito fundamental em causa, tão pouco pela natureza sigilosa ou aberta da medida de investigação em referência, ou sequer pelo conteúdo da conversa ou das informações, mas sim pelo peso do direito de recusa de depoimento da testemunha.

E para o nosso legislador? Qual o critério prevalecente: a intensidade da ingerência, o tipo de ingerência, a natureza encoberta ou aberta da medida, o conteúdo da conversa, o conteúdo das informações, o direito de recusa a prestar depoimento, os impedimentos, os segredos profissionais? Outros?

23 Jürgen Wolter, «Alternativen zum Regierungs-Entwurf 2007 zur Neuregelung der Ermittlungsmassnahmen Heike Jung zum 65. Geburtstag», in *GA* 2007, p. 183 e ss.

A definição da admissibilidade da escuta de certas conversas bem como a diferenciação das consequências pela sua inobservância ao nível da obtenção da prova, ou sua valoração, pressupõe tomada de posição do legislador. Não depende do critério individual de cada juiz!

É isto que o nosso legislador continua a desconhecer. Por isso, resolve o assunto da forma mais simples: o juiz que decida. Mas, com que critério?²⁴ Ninguém sabe e ninguém quer saber. Até ao dia em que o TC se lembra de actualizar as suas leituras da jurisprudência do congénere alemão o que, perante a concretização da «ideia da Europa», cada vez mais tenderá a constituir uma inevitabilidade.

Pena é que tenha tardado tanto a compreensão de que a reserva judicial não é uma mera reserva formal de salvaguarda da conformidade constitucional dos diplomas legais.

Passemos à preocupação com os prazos.

C) Quanto aos PRAZOS, são duas as linhas de força a reter:

- a) Prazos nos procedimentos
- b) Prazos de duração da escuta

a) A periodicidade de remessa dos suportes e restantes elementos da escuta às autoridades judiciais foi fixada em «15 dias». Esta preocupação de fixação de um prazo fixo para o exercício do controlo judicial da operação da escuta, encontrou expressão em

24 O projecto do PCP apresentava neste ponto, uma proposta bem mais concretizada ao proibir a transcrição de conversas envolvendo pessoas que possam recusar prestar depoimento como testemunha (art. 187/7), bem como um maior sentido da responsabilidade ao sublinhar a possibilidade de o juiz «requisitar ou mobilizar, nos termos da lei, as assessorias e os equipamentos técnicos adequados».

todos os projectos de revisão do CPP apresentados, divergindo apenas a periodicidade proposta que ia desde as *24h*, prevista no projecto do BE, aos *15 dias* em que coincidiam os projectos do governo e do PSD, passando pelos *5 dias* indicados pelo PCP e CDS.

O primeiro ponto a salientar nesta inovação legislativa é, portanto, a ideia da convergência na sua essencialidade o que constitui um erro lamentável: a repetição pelo legislador do erro em que incorreu a jurisprudência ao elevar a problemática da interpretação (e mais concretamente ainda da quantificação em dias) do termo «imediatamente» constante do art. 188º/1 do CPP à questão principal no controlo judicial deste meio de prova.

Se o excessivo número de anulações de escutas telefónicas decretadas pelos nossos tribunais, sustentadas da indefinição na interpretação daquele termo, torna compreensível a preocupação do legislador em pôr cobro a esta querela, existem, todavia, elevados perigos a considerar na previsão legal de um prazo fixo para efectivação do controlo judicial. São eles:

- O perigo de mecanização dos procedimentos de controlo, e
- O perigo de esvaziamento do próprio controlo do juiz.

Este tipo de regulamentação harmoniza procedimentos, é certo. Mas, ao fazê-lo, propicia a mecanização e abre novas vias para «contornar» a fiscalização judicial. Com isto se esbate (na prática ajudará mesmo a esvaziar-se), o poder de controlo do juiz, desprezando-se o prudente critério, a definir caso a caso, sobre o grau de acompanhamento exigível em cada situação e momento. Além de transformar o MP num burocrata mais preocupado com o controlo dos prazos do que com a direcção da investigação.

A uma injustiça ditada por razões de forma, o legislador responde com uma solução formal, passando ao largo dos verdadeiros

problemas que podem surgir em sede de aquisição leal e adequada da prova num processo de natureza criminal²⁵.

b) O prazo de duração da escuta

O cuidado havido na estipulação de prazos máximos de duração de uma medida restritiva de direitos fundamentais ilustra uma fundada intolerância a prorrogações ilimitadas ou indefinidas. Por isso é de saudar a previsão de um prazo máximo. O mesmo já não poderá dizer-se, lamentavelmente, no que respeita ao prazo de 3 meses concretamente adoptado.

Estudos empíricos sobre a realidade das escutas telefônicas, realizados na Alemanha (mais uma vez se mostra necessário recorrer ao exemplo alemão, na falta de estudos similares realizados em Portugal)²⁶ concluíram que na esmagadora maioria dos despachos de autorização das escutas o prazo fixado coincide com o máximo

25 Em vão tentei alertar logo que foi conhecido o projecto de reforma. Maria de Fátima Mata-Mouros, *Direito à Inocência. Ensaio de Processo Penal e Jornalismo Judiciário*, p. 246.

26 Com efeito, na Alemanha – e se insisto no exemplo alemão é porque foi àquele país que o nosso legislador foi colher inspiração para elaborar o nosso modelo de processo penal, em especial na parte referente às reservas de juiz no inquérito para a autorização de certas medidas de investigação como as escutas telefônicas – nos últimos anos, sucederam-se os estudos científicos sobre a temática, intensificando-se a preocupação no sentido de se obter uma contenção das escutas quer ao nível da jurisprudência e doutrina, quer essencialmente ao nível da reflexão e elaboração das reformas legislativas. Um desses estudos foi realizado pelo prestigiado Max-Planck-Institut, a pedido do ministério federal da Justiça que considerou indispensável para a preparação de reformas no processo penal alemão, a prévia elaboração de estudos que evidenciassem a realidade da aplicação prática dos diversos institutos. As respectivas conclusões foram divulgadas no ano de 2003, dando origem a diversas publicações subsequentes sobre o tema (v., entre muitos outros, Christiane Krüpe-Gescher, *Die Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO in der Rechtspraxis*, Duncker & Humblot, Berlim, 2005).

previsto na lei. Daí que naquele país, onde o prazo actual é de três meses, hoje se reivindique a respectiva diminuição. Curiosamente, por cá, fixa-se pela primeira vez um prazo, optando-se por um espaço de tempo que excede o que tem vindo a prevalecer na prática dos tribunais: 30 ou 60 dias.

D) Finalmente, comum a todos os projectos é o intuito de DELIMITAÇÃO NORMATIVA DO ÂMBITO SUBJECTIVO DAS ESCUTAS

A introdução de uma previsão do elenco das pessoas que podem ser alvo de uma escuta tem o mérito de por cobro a divergências de interpretação anteriormente verificadas sobre a amplitude da permissão legal.

Mas é bom que fique claro: a nova enunciação legal de que apenas os «suspeitos, arguidos, seus intermediários ou vítimas» poderão ser escutados não irá resolver o problema da proliferação deste meio de investigação:

- Por norma, a polícia só solicita escutas a pessoas consideradas «suspeitas» de práticas criminosas, pelo menos na perspectiva dos investigadores;
- O juiz não tem efectiva possibilidade prática de contrariar a polícia na sugestão que os investigadores lhe apresentam de dever considerar-se esta ou aquela pessoa como suspeita.

De resto, continuarão a proliferar – a experiência revela mesmo que na esmagadora maioria dos casos são elas que dominam – as conversas mantidas pelos suspeitos, arguidos ou vítimas com outras pessoas que não são nem suspeitos, nem arguidos, nem vítimas.

II) Aqui chegados começa a tornar-se claro aquilo que não vai mudar com a nova lei: a persistente indefinição legislativa

Apesar dos inúmeros esclarecimentos introduzidos na lei processual penal pela reforma em discussão, a verdade é que naquilo que realmente interessava disciplinar continuam a proliferar os conceitos vagos e imprecisos. Não se ignora que, numa matéria cujo campo de apreciação e decisão oscila permanentemente entre a ponderação de diversos valores ou direitos fundamentais, a última palavra nunca poderá esgotar-se na abstracção da previsão legal, sendo impossível antecipar de forma geral a decisão que melhor caberá a cada caso concreto, impondo-se, pois, deixar sempre preservada alguma margem de apreciação ao juiz. Tal não pode, porém, confundir-se com a demissão de previsão legal e a afirmação clara das opções deixadas pela lei. Não é, todavia esse, o caminho seguido pelo nosso legislador. Nem mesmo agora que finalmente se concluiu que 98 % dos pedidos de escutas solicitado ao juiz de instrução são por ele deferidos, como revelou o MJ no Parlamento no mês passado. Não me surpreendeu: já em 2004 tive ocasião de escrever que «na prática, é muito difícil encontrar um despacho judicial a indeferir um pedido de intercepção telefónica»²⁷. Simplesmente, enquanto juiz de instrução criminal, fui forçada a perceber que no momento de decidir me faltava o instrumento indispensável para qualquer juiz: a orientação da lei.

E não se diga que não é possível ir mais longe. Basta, com efeito, reparar um pouco nas previsões contidas noutros regimes para logo percebermos quão distantes estamos do seu esforço de concretização possível. É claro que um tal processo de aperfeiçoamento da lei dá muito trabalho. Exige muito tempo de reflexão. Uma reflexão que não navega ao vento de casos específicos, antes se constrói de muita análise e incessantes estudos, bem como

27 Maria de Fátima Mata-Mouros, *Sob Escuta*, p. 21.

uma enorme ponderação referente à previsão das consequências decorrentes de cada mudança.

Ora o que nos trouxe de novo a reforma no que respeita a parâmetros para ser autorizada uma escuta?

«A interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas só podem ser autorizadas durante o inquérito, se houver razões para crer que a diligência é **indispensável** para a descoberta da verdade ou que a prova seria, **de outra forma, impossível ou muito difícil de obter**, por despacho fundamentado do juiz de instrução e mediante requerimento do Ministério Público, quanto a crimes» (*segue-se o catálogo de crimes que admitem prova por escutas*). É esta a redacção actual da norma que define os casos em que é admitida a realização de uma escuta telefónica (art. 187.º/1 CPP).

Por sua vez, era a seguinte a anterior versão da lei (art. 187.º/1 CPP): «A interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas só podem ser ordenadas ou autorizadas, por despacho do juiz, quanto a crimes (...), se houver razões para crer que a diligência se revelará de **grande interesse** para a descoberta da verdade ou para a prova» (destacado nosso).

Na nova versão substituiu-se o «grande interesse» pelo carácter «indispensável» da medida para a descoberta da verdade, e, no que respeita à prova, pelo requisito de que de outra forma seria «impossível ou muito difícil de obter». Detecta-se um esforço de apuramento da técnica legislativa, que obviamente foi espreitar as legislações estrangeiras, ignorando, todavia, os defeitos de há muito identificados na observação das mesmas. Na prática, continuará a confundir-se a previsão legal do catálogo de crimes que admitem prova por via de interceptações telefónicas com a legalidade das mesmas.

Vejamos:

A primeira alteração expressa com maior veemência a sujeição da medida ao princípio da proporcionalidade. A segunda, o

princípio da subsidiariedade. Num e noutro caso não se ultrapassou, todavia, o limiar mais elementar da vacuidade e indeterminação conceptual.

Acresce que de há muito que a doutrina germânica identificou as principais razões para o facto de o juiz de instrução, em regra, deferir todos os pedidos de diligências que a polícia lhe apresenta durante o inquérito, sendo preocupação partilhada por parte significativa da doutrina a que procura identificar o porquê de o papel daquele juiz se reduzir, afinal, na prática ao de mera «marioneta», «emplastro» ou simples «ilusão»²⁸. Entre as ditas razões, destaca-se a inexequibilidade da cláusula de subsidiariedade nas normas habilitantes das medidas para além das dificuldades praticamente inultrapassáveis na aplicação rigorosa do princípio da proporcionalidade. É que não sendo viável uma graduação em abstracto das medidas de investigação em função de critérios como o da respectiva potencialidade lesiva para os direitos dos visados ou do grau de eficiência que oferecem para a investigação de cada tipo de crime, dificilmente a cláusula da subsidiariedade poderá adquirir eficácia prática. Por outro lado, o respeito pelo princípio da proporcionalidade na autorização destas medidas pressupõe desde logo uma estabilização ou delimitação dos factos a investigar que, por via de regra, não se encontra ainda presente no momento em que a polícia solicita a realização da escuta. Na verdade, a realização de uma escuta telefónica, na nossa ordem jurídica, só tem cabimento em sede de processo penal, como impõe a Constituição (art. 34.º/4). Pressupõe-se, pois, a instauração de um inquérito, e para tanto é necessária a notícia de um crime. Significa

28 São, na verdade, curiosas as caricaturas à reserva de juiz na investigação que proliferam na doutrina alemã. Cito apenas alguns exemplos: «legislação simbólica» (Amelung), «marioneta que se limita a corroborar a vontade dos órgãos de polícia criminal» (Prechtel); «cão que nem ladra nem morde» (Geppert), «mito ou emplastro do Estado de Direito» (Asbrock), «ilusão» (Kühne).

isto que, a cumprir-se escrupulosamente a previsão da lei, o campo de utilização das escutas telefónicas no nosso país se reconduz à investigação de crimes já cometidos ou, pelo menos já iniciados. Todavia, quem trabalha em investigação sabe perfeitamente que não é essa a vocação das escutas telefónicas. A sua vocação é a recolha de informação e a sua especial aptidão joga-se na compreensão da estrutura de organizações criminosas, nas chamadas investigações estruturais. Não, a prova dos factos que integram a previsão da conduta criminosa. E a recente absolvição do egípcio Osman El Sayed da implicação nos atentados de 11 de Março em Madrid aí está para o comprovar. A frase «a ideia de Madrid foi minha» que a acusação lhe atribuía por conversa escutada ao telefone suscitou não apenas traduções como também interpretações e contextualizações divergentes entre investigadores, acusadores, defensores e juízes que integravam o tribunal. Mas ninguém teve dúvidas da sua pertença a uma organização criminosa, que só não conduziu à sua condenação pelo *non bis in idem*.

Seria interessante identificar de entre as investigações realizadas com recurso a escutas telefónicas, qual a expressão dos casos, em que os crimes investigados são, afinal, cometidos já depois de iniciada a intercepção.

Não será difícil concluir que a vocação das escutas não reside na prova de crimes já consumados, mas sim na investigação e mesmo na prevenção de crimes que se suspeita poderem vir a ser cometidos. Isto é, precisamente o inverso das limitações que decorrem da nossa Lei Fundamental e do regime estabelecido no nosso Código de Processo Penal.

Há dias pudemos todos ouvir, através do Canal Parlamento, um Senhor Deputado da 1.^a Comissão perguntar ao Presidente do STJ e Vice-presidente do CSM, «*de que forma o CSM poderia contribuir para controlar as escutas telefónicas em Portugal?*» (*Diário Digital* 31.10.2007) in www.diariodigital.sapo.pt.

Mas o que poderá o CSM fazer em matéria que não lhe compete? Ficou a sugestão de que os lugares de juiz de instrução criminal passassem a ser preenchidos por Desembargadores. Nem que fossem Conselheiros! Sem a definição de apertados e coerentes parâmetros legais pelo legislador nenhum juiz poderá controlar o recurso àquele meio de obtenção em prova.

Não obstante, já se fala em escutas dos serviços secretos. São cada vez menos os que se afirmam contra e cada vez mais os que aceitariam tal procedimento, desde que controlado por um juiz. Mas, um juiz «marioneta», «emplastro» ou «ilusão»? Sem a definição de critérios legais, a interpelação à decisão judiciária nunca passará de um mito, mera legitimação aparente como é próprio das leis simbólicas. Lamentavelmente, começam a repetir-se os respectivos exemplares entre a nossa legislação.

Para terminar, permitam-me que em dois minutos, vos deixe aqui um alerta referente ao novo art. 252-A (localização celular)²⁹:

Quais as condições que o sistema actualmente instalado no Departamento de Telecomunicações da PJ oferece para aceder à localização celular sem que tal pressuponha a activação de uma interceptação telefónica com acesso áudio?

Estas, como de resto a generalidade das questões acima abordadas, foram suscitadas pelos juízes aquando da audição parlamentar da ASJP na 1ª Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da AR, em 11 de Julho passado.

29 Para além do aspecto que se questiona no texto, este artigo diz de mais quando, no n. 3, deixa entender que também à margem do processo criminal podem as autoridades policiais ter acesso a dados de localização celular, já que tal constitui necessariamente uma ingerência nos meios de comunicação e esta encontra-se constitucionalmente limitada à «matéria de processo criminal» (art. 34º/4 CRP).

Dias depois a lei era aprovada nos precisos termos da proposta. E, no entanto, a resposta àquela pergunta era então e continua a ser ainda hoje a de que o sistema disponível na Polícia Judiciária não contempla ainda uma tal possibilidade. Ou seja, para accionar uma localização celular a polícia continua a ter de pedir ao juiz a realização de uma intercepção (leia-se escuta) telefónica. Mas a lei já fala em dispensa de pedido prévio ao juiz. Em matérias que pressupõem alguma sofisticação tecnológica a bondade da lei não pode andar desligada dos instrumentos que a concretizam.

E pensar que as «más leis» não justificam as «más práticas judiciais» ...