

A DESORIENTADA SISTEMÁTICA E DESMESURADA AMPLIAÇÃO DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA E DAS MEDIDAS CAUTELARES E DE POLÍCIA **Que tarefa esfíngica!**

MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE
Director do Centro de Investigação e Professor do ISCPSI
Professor Convidado da Universidade Autónoma de Lisboa

I Enquadramento Geral

1. AQUILINO RIBEIRO escreveu que «O que o homem mais aprecia de grandeza, glória, amor, acima do próprio pão para a boca, é a liberdade. Liberdade de exercer os seus membros locomotores e a sua vontade prática. O resto é uma dissimulação mais ou menos hipócrita das suas algemas de prisioneiro»¹. É nesta linha de liberdade de «império do meu carácter, ou melhor, do ser físico», ou seja, de «largar pelos serros, de descobrir terra como dos carinhos de minha mãe» que nos propomos apresentar-vos o estudo do tema que nos propusemos analisar e falar.

Esta liberdade que aos poucos se tem dilacerado e se tem delatado a troco de uma ideia cognitiva de segurança. Liberdade que se encontra a diminuir a cada passo que damos no quadro legislativo jurídico-criminal. Pois, é este quadro que, por natureza

¹ Cfr. AQUILINO RIBEIRO, *Cinco Reis de Gente*, Bertrand Editora, Lisboa, p. 94.

e finalidade, mais restringe o valor supremo da justiça: *i. e.*, a liberdade, quer como direito quer como princípio da imanação do ser como pessoa humana.

A prova de que a liberdade, património da humanidade e conquistada ao longo de séculos, se encontra em forte restrição é, em prol de maior eficácia, a alteração operada em alguns dos meios de obtenção de prova – em especial nas revistas e buscas e nas intercepções telefónicas, de que nos falará FÁTIMA MATA MOUROS – e nas medidas cautelares e de polícia – em especial na comunicação da notícia do crime, na localização celular e na manutenção da apreensão de correspondência. Não obstante fazermos uma viagem curta e breve pelas escutas telefónicas, ir-nos-emos debruçar mais sobre as outras temáticas.

II

Dos Pontos Positivos da Reforma no Âmbito dos Meios de Obtenção de Prova

2. É justo que se apontem pontos positivos nesta reforma quanto às matérias que vamos explicar, sob pena de causarmos o desequilíbrio que apontamos ao legislador criminal. A densificação dos limites da acção dos Órgãos de Polícia Criminal (OPC) – legalizando e legitimando a actuação daqueles e, automaticamente, limitando e restringindo possíveis e apetecíveis ultrapassagens ao já extensivo sentido da lei positivada com esta reforma – é um ponto positivo, no sentido de que se propugnou para se respeitar o princípio da legalidade e da tipicidade das medidas e diligências a desenvolver pelos OPC:

- a) Não obstante considerarmos que a previsão de efectuação das buscas domiciliárias pelos OPC sem autorização judicial, judiciária e sem que a mesmas se insiram dentro dos limites prescritos em 1987 – para casos de terrorismo, de criminalidade violenta ou altamente organizada, desde

que existissem fundados indícios da prática iminente de crime que pusesse em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa, ou para casos em que os visados consentissem na busca, ou nos casos de detenção em flagrante delito por crimes a que correspondesse pena de prisão, conforme als. *a)*, *b)* e *c)* do n.º 4 do art. 174.º do CPP –, ou seja, a permissão de buscas domiciliárias não judiciais ou judiciárias para tipologias criminais puníveis com pena de prisão superior a três anos ultrapassa a permissão constitucional do n.º 3 do art. 34.º da CRP, mas é positiva a estipulação de um limite mínimo de punibilidade da infracção criminal que admita a busca por parte do OPC, evitando-se interpretações muito menos conformes à própria Constituição.

- b)** Ainda dentro das revistas e buscas, a doutrina e a jurisprudência foram alertando o legislador penalista de que a inexistência de um prazo limite para a realização destes dois meios de prova punha em causa os direitos, liberdades e garantias do cidadão face à ilimitada temporalidade da actuação autorizada ou ordenada pela autoridade judicial e violava o princípio da proporcionalidade no sentido da exigibilidade e necessidade² de restrição do direito ou liberdade fundamental. Pois, a emissão de mandado de busca ou para se proceder à revista de uma pessoa com prazo limite não estava prevista, o que gerava e gerou uma discussão sobre a constitucionalidade da interpretação do n.º 3 do art. 174.º do CPP no sentido de que a inexistência de um prazo limite no mandado não colocava em perigo os direitos, as liberdades e garantias do cidadão. Claro está que a doutrina, veio alertando para o facto de que

2 Cfr. n.º 2 do art. 18.º da CRP.

essa interpretação gerava uma desjurisdicionalização fáctico-operativa material das diligências processuais que se prendem fortemente com direitos fundamentais pessoais: v. g., a reserva da intimidade da vida privada e familiar. Parece-nos que o legislador ao prescrever um prazo legal limite de duração da validade do mandado judicial ou judiciário de trinta dias³ materializa o princípio da segurança jurídica e, consequentemente, do controlo jurisdicional da diligência processual penal, que se prende com direitos fundamentais do cidadão, assim como respeita o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso.

- c) Do mesmo modo se pode referir a clarificação quanto ao destino a dar aos bens sem valor, perecíveis, perigosos ou deterioráveis apreendidos, desde que a Autoridade Judiciária esteja disponível para ser contactada pelo OPC, caso contrário vamos entrar na mesma falácia. Não nos parece desejável que um OPC mantenha durante várias horas produtos alimentícios de fácil deterioração nas suas instalações, sem condições de conservação ou os encaminhe para um tribunal para determinação do seu destino, sob pena de contribuímos para a afectação da saúde pública. Caso a AJ esteja contactável via fax ou via e-mail e se solicite a autorização ou ordem a dar destino a tais produtos, parece-nos que a nova redacção do art. 185.º do CPP clarifica uma prática desjurisdicionalizada da disposição de bens. É preciso que a AJ esteja disponível para permitir que essa disposição de bens não tenha de ser efectuada por decisão da Autoridade de Polícia Criminal por imperativos de *periculum in mora*

3 Cfr. n.º 4 do art. 174.º do CPP.

na afectação pública, afectação social ou na destruição desses bens.

- d) Quanto às escutas telefónicas, meio de obtenção de prova e não meio de prova, consideramos os cinco pontos mais positivos da alteração do regime prescrito. Um prende-se com o facto do legislador submeter o despacho de autorização da interceptação e de gravação de conversações ao princípio da indispensabilidade de recurso a este meio excepcional de obtenção de prova para a descoberta da verdade – princípio que a doutrina já há muito tempo vinha reclamando⁴. Outro ponto, prende-se com a necessidade de demonstrar, no despacho de autorização, a impossibilidade ou a dificuldade de obter a prova⁵ por outro meio menos oneroso para os direitos fundamentais do cidadão – materializa o princípio da proporcionalidade *stricto sensu* da restrição de direitos fundamentais em matéria criminal. Um terceiro ponto, arrega-se ao facto de delimitar-se os sujeitos passivos das interceptações e gravações, evitando-se que a vida de pessoas que nada tenham a ver com a investigação criminal em curso seja debulhada pelos OPC. Um quarto ponto, refere-se ao facto de se estipular o prazo limite máximo deste meio de obtenção de prova de três meses, o que implica uma aferição jurisdicionalizada da necessidade da admissibilidade da escuta telefónica⁶, e o prazo de 15 dias em 15 dias, a contar do início da escuta telefónica, para que o OPC entregue os suportes técnicos, os autos e relatórios

4 Cfr. n.º 1 do art. 187.º do CPP. Quanto a este assunto, o nosso *Escutas Telefónicas- Da Excepcionalidade à Vulgaridade*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 49-62.

5 Cfr. n.º 1 do art. 187.º do CPP.

6 Cfr. n.º 6 do art. 187.º do CPP.

do que fora escutado⁷, permitindo-se assim um maior controlo judiciário. O quinto ponto, que queremos realçar e que nos parece de relevo, é a preocupação do legislador em procurar resolver a problemática dos conhecimentos fortuitos⁸, reforçando a segurança jurídica dos cidadãos face à não unanimidade doutrinal e jurisprudencial – não obstante termos, como já escrevêramos⁹, sérias reservas ao modo como foi solucionada a questão em termos de direito constituído, ao se dar espaço à possibilidade desses conhecimentos fortuitos funcionarem como base da notícia de um crime a comunicar ao MP. Mas, não é esta a nossa matéria de intervenção, pelo que passemos à frente.

III

Dos Pontos Menos Positivos da Reforma no Âmbito dos Meios de Obtenção de Prova

3. Nem tudo são rosas. Há questões que nos preocupam e nos afectam o espírito humanista. Em primeiro lugar e em termos genéricos, a Reforma deveria ter incorporado no corpo do Código os meios de obtenção de prova perdidos em legislação avulsa. Somos da opinião de que o regime do agente infiltrado, aprovado pela Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto – que já passou o exame de provação jurídico-processual –, deveria ter sido inserido no Título dos Meios de Obtenção de Prova.

7 Cfr. n.º 3 do art. 187.º do CPP.

8 Cfr. n.º 7 do art. 187.º do CPP.

9 Cfr. MANUEL M. G. VALENTE, *Conhecimentos Fortuitos – A Busca de um Equilíbrio Apuleiano*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 135-136.

É quase unânime que o enquadramento sistemático do regime do agente infiltrado neste título permitiria uma maior consistência e substância sistemática e uma maior segurança jurídica no recurso a este meio de obtenção de prova, evitando-se o desraizamento da lógica e dinâmica própria de um Código, muito mais quando se trata do Código que tem por missão ser o bastião e repositório das normas jurídicas do direito que é por excelência o direito dos inocentes. No mesmo sentido, defendemos que o registo de voz (*off*) e imagem, previsto no art. 6.º da Lei n.º 5/2002, de 10 de Janeiro¹⁰, deveria ter sido incorporado no mesmo Título.

Estes dois meios de obtenção de prova, como sabem, estão sujeitos ao princípio da excepcionalidade, ao princípio da indispensabilidade de utilização, ao princípio da proporcionalidade e da necessidade de investigação por dificuldade e impossibilidade da descoberta da verdade e da obtenção da prova por meio menos oneroso, assim como estão sujeitos a um catálogo de crimes. Esta inserção permitia uma maior unidade sistemática processual.

4. No que respeita às buscas, vamos apenas abordar a questão das buscas domiciliárias. Começemos por vos dizer que consideramos domicílio todo o espaço onde se projecta a dimensão da pessoa humana, o que nos leva a considerar domicílio todo o espaço em que a personalidade do visado se manifeste objectivamente como local de expressão da reserva da intimidade da vida privada e familiar – *p. e.*, onde pernoita, onde recebe a sua correspondência, onde faz a sua higiene pessoal de forma contínua e ininterrupta, cujo espaço esteja delimitado por barreiras fixas ou móveis.

Mas, debruçemo-nos sobre a alteração do art. 177.º do CPP, tendo em conta o comando constitucional amalgamado no n.º 3 do art. 34.º da CRP.

10 Quanto ao estudo deste meio de produção de prova, MANUEL M. G. VALENTE, *Escutas Telefónicas – Da Excepcionalidade à Vulgaridade*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 77-79.

4.1. A Revisão Constitucional de 2001 aditou ao n.º 3 do art. 34.º da CRP, que consagrava o domicílio como santuário durante a noite, cuja disponibilidade estava nas mãos de quem dispunha do domicílio, a possibilidade de busca domiciliária nocturna para casos de *criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes*, desde que exista autorização judicial – i. e., autorização de um juiz – ou em caso de flagrante delito.

O legislador constitucional, na nossa opinião, consagrou não só **um catálogo muito reduzido de crimes** que admitem buscas domiciliárias nocturnas, como também **submeteu a realização das mesmas a um de dois ditames fundamentais**: ou **autorização judicial** ou **em casos de flagrante delito**. Mas, estes ditames **só se aplicam**, na nossa opinião, **para aquele reduzido catálogo de crimes**. Ora vejamos o que aconteceu com o art. 177.º do CPP.

4.2. A al. c) do n.º 2 do art. 177.º do CPP ultrapassa a admissibilidade de busca nocturna prevista no n.º 3 do art. 34.º da CRP. Consideramos que as tipologias criminais de criminalidade violenta e organizada, de terrorismo, de tráfico de armas e de seres humanos não se compaginam com uma punibilidade de pena de prisão superior a 3 (três) anos, mas sim de 8 (oito) anos e, no máximo dos máximos, poder-se-ia admitir de 5 (cinco) anos.

Não era intento do legislador constitucional permitir que os OPC pudessem proceder a buscas domiciliárias a qualquer hora do dia quando o crime motivador da busca domiciliária fosse punido com pena de prisão superior a 3 anos, além de que só as als. a) e b) do n.º 2 do art. 177.º do CPP estão conformes ao espírito constitucional do n.º 3 do art. 34.º da CRP.

Acresce a esta ideia que o legislador processual penal procurou conceptualizar as tipologias expressas na segunda parte do n.º 3 do art. 34.º da CRP que consagra a admissibilidade da busca domiciliária nocturna: por *criminalidade especialmente violenta*

consideram-se as condutas humanas que agridam ou coloquem em perigo de lesão bens jurídicos como a vida, integridade física ou a liberdade das pessoas «puníveis com pena de prisão no máximo igual ou superior a 8 anos»¹¹; por *criminalidade altamente organizada* consideram-se as condutas humanas que integrem «os crimes de associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência ou branqueamento»¹².

Face ao exposto, parece-nos claramente que a previsão legal de admissibilidade de buscas domiciliárias nocturnas desde que haja flagrante delito e desde que o crime em causa seja punível com pena superior a 3 (três) anos ultrapassa a admissibilidade constitucionalizada, estando este preceito desconforme materialmente com a Constituição por violação do n.º 3 do art. 34.º. Neste sentido e seguindo a boa doutrina constitucional, somos de opinião de que as AJ e os OPC não devem proceder a buscas domiciliárias nocturnas com fundamento na al. c) do n.º 2 do art. 177.º do CPP, por a mesma estar ferida de inconstitucionalidade material.

4.3. A al. a) do n.º 3 do art. 177.º parece-nos desnecessária porque já estava previsto no n.º 4 [hoje n.º 5] do art. 174.º do CPP. Mas, esta inserção pode levar a entender que, por força da al. c) do n.º 5 do art. 174.º do CPP, se pode fazer sempre uma busca diurna desde que o visado pela busca tenha sido detido em flagrante delito e o crime motivador da busca seja punível com pena de prisão.

Parece-nos demasiado perigoso a remissão da al. a) do n.º 3 do art. 177.º do CPP, porque entendemos que a remissão dever-se-ia cingir única e exclusivamente às als. a) e b) do n.º 5 do art. 174.º, como acontecia com a remissão da redacção do anterior n.º 2 do art. 177.º do CPP.

11 Cfr. al. d) conjugada com a al. j) do art. 1.º do CPP.

12 Cfr. al. m) do art. 1.º do CPP.

Acresce referir que era já entendimento da doutrina de que a al. c) do n.º 5 (anterior n.º 4) do art. 174.º do CPP se destinava às buscas não domiciliárias, por interpretação *a contrario* da redacção do anterior n.º 2 do art. 177.º do CPP, que admitia que o MP autorizasse ou ordenasse busca domiciliária diurna ou a mesma fosse realizada por iniciativa do OPC desde que se verificassem as situações previstas nas als. a) e b) do n.º 5 (anterior n.º 4) do art. 174.º do CPP.

Como nota conclusiva deste ponto, consideramos que o MP e os OPC só podem proceder a busca domiciliária diurna nos casos de «terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa» e de consentimento expreso e documentado do visado, conforme als. a) e b) do n.º 5 do art. 177.º do CPP.

O princípio da indispensabilidade de recurso a um meio de obtenção de prova altamente lesivo de direitos fundamentais pessoais – v. g., reserva da intimidade da vida privada e familiar – inculca ao intérprete o respeito e a concretização do princípio da interpretação restritiva das normas restritivas de direitos fundamentais e do princípio da proibição do excesso da intervenção do Estado e da razoabilidade do meio de obtenção de prova: não se matam moscas com canhões.

A interpretação, advinda da al. a) do n.º 3 do art. 177.º do CPP, que admite a busca domiciliária diurna no caso da al. c) do n.º 5 do art. 174.º do CPP está ferida de inconstitucionalidade material por violação do n.º 2 do art. 18.º e do n.º 4 do art. 32.º da CRP.

4.4. A al. b) do n.º 3 do art. 177.º do CPP que admite que o MP autorize ou ordene e/ou os OPC possam, por sua iniciativa, efectuar buscas domiciliárias nocturnas nos casos de *flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos* e sempre que o visado dê *consentimento*

livre e expresse e documentado, parece-nos **incongruente por admitir para o menos e não admitir para o mais**, ou seja, por admitir que aqueles efectuem buscas domiciliárias nocturnas nos casos de crimes puníveis com penas inferiores às previstas para os crimes de *terrorismo ou criminalidade especialmente violenta e altamente organizada*.

A redacção do anterior n.º 2 do art. 177.º do CPP previa a possibilidade de buscas domiciliárias autorizadas ou ordenadas pelo MP ou efectuadas pelos OPC quando se verificassem os pressupostos da al. a) do n.º 5 [anterior n.º 4] do art. 174.º do CPP. Quanto ao consentimento, desde que seja prestado pelo visado e de livre vontade (liberdade de decisão e de acção), é óbvio que os OPC podem efectuar a busca domiciliária a qualquer hora do dia e para qualquer tipo de crime. Todavia, há que ter em conta que só é admissível se o consentimento tiver sido prestado sem ofensa da integridade física e psíquica do visado e sem ofensa do princípio do respeito da dignidade da pessoa humana, *i. e.*, se não recair numa das situações de proibição de prova previstas no art. 126.º do CPP¹³.

Não obstante estas considerações, afirmamos, ainda, que esta previsão nos parece desnecessária, por duas ordens de razão: a primeira, é que a intervenção dos OPC, nestes casos, só se deve verificar em situações de extrema necessidade de salvaguarda de bem jurídico superior em iminente perigo de lesão, devendo-se enquadrar a actuação do OCP dentro do *estado de necessidade* previsto no art. 35.º do CP; a segunda, prende-se com a ideia de que existem, desde 1998, os Procuradores e os Juizes de Instrução Cri-

13 Claro está que não nos referimos aos casos em que os polícias, por imperativo de estado de necessidade e, até mesmo, de legítima defesa de terceiro, tenha de coagir o cidadão que originou o perigo eminente para a vida ou integridade física de outrem. Esta situação não se enquadra no plano das proibições de prova, mas no plano das causas de justificação e de exculpação.

minal de Turno, ou seja, aqueles devem estar sempre contactáveis e disponíveis para procederem às autorizações ou ordens judiciais necessárias e competentes, evitando-se a desjurisdicionalização da acção penal e a consequente policialização do processo.

4.5. Como outro ponto menos positivo da Reforma, apontamos a não previsão da protecção imposta legalmente para as buscas efectuadas nos escritórios dos advogados e consultórios médicos para outras profissões que lidam com direitos pessoais fundamentais, tais como os departamentos policiais, os departamentos públicos centrais, locais e periféricos onde haja processamento de dados pessoais devido a processos administrativos – *p. e.*, repartição de finanças, departamentos das câmaras municipais, escolas estatais e não estatais.

O legislador sabe que há tratamento de dados pessoais de pessoas estranhas aos processos de investigação criminal e, nesse sentido, deveria ter dado a mesma protecção jurídico-processual que prevê com equidade e justiça para os escritórios de advogados e consultórios médicos, impondo que o juiz que emitiu o mandado presidisse à busca e que a mesma seja acompanhada pelo superior hierárquico ou ente a quem caiba a superintendência ou a tutela do serviço onde irá decorrer a diligência processual.

5. A jurisprudência do Tribunal Constitucional já se tinha pronunciado pela inconstitucionalidade da redacção anterior do n.º 3 do art. 188.º do CPP [hoje n.º 6], por admitir que o juiz ordenasse a destruição dos suportes técnicos e dos relatórios (meios de prova) sem que o arguido pudesse ouvi-los e contraditá-los ou ouvi-los e enquadrá-los na conversação, assim como se limita a acção

fiscalizadora da legalidade da necessidade da interceptação da escuta como da legalidade procedimental da interceptação¹⁴.

Não obstante a boa doutrina e a jurisprudência constitucional considerar que a disposição da segunda parte do n.º 3 do art. 188.º do CPP estava ferida de inconstitucionalidade por violação do n.º 1 do art. 32.º da CRP, o legislador volta a prever a destruição dos suportes técnicos e relatórios sem que o arguido tenha acesso ao espólio documentado e gravado, para aferir da legalidade (da indispensabilidade para a descoberta da verdade e da impossibilidade e dificuldade na obtenção da prova) e enquadrar as suas afirmações no contexto em que foram proferidas.

A destruição do material que diga respeito a pessoas não constantes do n.º 4 do art. 187.º do CPP (sujeitos passíveis de escuta telefónica), nos termos da al. a) do n.º 6 do art. 188.º do CPP, pode parecer, à partida, inofensivo de direitos e liberdades e garantias¹⁵. Mas, não esqueçamos que esse material pode ser fundamental para o arguido provar o contexto da sua conversação e provar a sua inocência, ou seja, essa destruição limita drasticamente o direito de defesa.

Arrogar-se do segredo de Estado, de funcionário ou profissional, para determinar a destruição dos elementos obtidos pelas

14 Quanto a este assunto, o nosso *Escutas Telefónicas – Da Excepcionalidade à Vulgaridade*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 71-73 (72). Cfr. Ac. TC n.º 426/05, in *DR*, II Série, n.º 232, Ac. TC n.º 660/06, in *DR*, II Série, Parte D, de 10/01/2007, Ac. TC n.º 450/2007 e 451/2007, in www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos. Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Processual Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção dos Direitos do Homem*, UCE, Lisboa, 2007 (1.ª Edição), pp. 516-520.

15 A destruição dos suportes técnicos pode, neste caso, limitar a fiscalização *a posteriori* da actuação dos OPC, se foi de boa ou má fé, se foi dentro do espírito da transparência inerente à lealdade e à democraticidade exigível à acção penal no seu todo, se respeitou ou não os pressupostos legais previstos no artigo 188.º do CPP.

intercepções e gravações¹⁶, assim como a destruição dos suportes técnicos, é demasiado perigoso em democracia. Na nossa opinião, poder-se-á limitar o direito de defesa e o princípio do contraditório através do não acesso ao conteúdo das escutas telefónicas com um fundamento que pode facilmente ser avocado e fundamentado: o conteúdo é segredo profissional, é segredo de funcionário ou é segredo de Estado, pelo que se devem destruir os suportes técnicos e os relatórios. E a garantia de defesa plena quando se está inocente? Sacrifica-se?

A al. c) do n.º 6 do art. 188.º do CPP aponta como fundamento da destruição dos suportes técnicos e dos relatórios a afectação de direitos, liberdades e garantias fundamentais com a divulgação do conteúdo das escutas telefónicas.

Se há elementos gravados e transcritos que dizem respeito aos direitos, liberdades e garantias fundamentais pessoais dos sujeitos escutados, só são públicos se as Autoridades Judiciárias permitirem, pois o regime da publicidade – felizmente – não é total e absoluto¹⁷. Os limites à publicidade do processo penal devem ser aqui acoplados e ancorados, sob pena do processo se transformar «numa bagunça total» como acontecia no processo de natureza acusatório pura dos primórdios.

Não se pode esquecer que o processo penal é o direito por excelência dos inocentes sob pena de o transformarmos na suprema carta do delinquente. Neste sentido, consideramos que o arguido devia, sempre e antes de serem destruídos os suportes técnicos e relatórios, ter acesso ao seu conteúdo para se poder defender da convicção criada pelos operadores judiciais quanto à causa. Somos da opinião de que a redacção do n.º 6 do art. 188.º do CPP

16 Cfr. al. b) do n.º 6 do art. 188.º do CPP.

17 Cfr. artigos 86.º e 87.º do CPP.

limita o exercício do direito de defesa do arguido, estando desconforme com o n.º 1 do art. 32.º da CRP e art. 8.º da CEDH¹⁸.

A jurisprudência do TEDH frisa, também, que o arguido tem de conhecer o conteúdo integral das gravações a que foi sujeito antes do juiz escolher os relatórios e os suportes técnicos a destruir, como se pode aferir dos Arestos HUVIG *versus* França, de 24 de Abril de 1990, CRAXI *versus* Itália (n.º 2), de 17 de Julho de 2003, e mais recentemente, DUMITRU POPESCU *versus* Roménia (n.º 2), de 26 de Abril de 2007¹⁹.

6. A Reforma de 2007 procurou resolver o problema dos conhecimentos fortuitos com a redacção do n.º 7 do art. 187.º do CPP, submetendo a sua valoração aos princípios da incidência subjectiva e da indispensabilidade do conhecimento obtido para a prova de um dos crimes do catálogo previstos no n.º 1 do art. 187.º do CPP.

Mas, como já nos tínhamos pronunciado no nosso estudo sobre *Conhecimentos Fortuitos*, cujas críticas construtivas aí expressas mantemos²⁰, há o perigo das escutas telefónicas servirem de alavanca para a obtenção de notícias de crime.

A admissibilidade do conhecimento fortuito, caso não se enquadre num crime cometido por uma das pessoas sobre quem recai a intercepção e a gravação das conversações, cujo processo esteja em curso e seja do catálogo do art. 187.º do CPP, assim como nos casos em que a descoberta fortuita do crime recaia sobre terceiro não escutado, poder ser utilizado como notícia de crime e abertura de um novo processo ao arguido ou ao terceiro não inserido no

18 Neste sentido PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Processual Penal...*, 1.ª Edição, p. 518.

19 Quanto a estes arestos ver também PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Processual Penal...*, 1.ª Edição, p. 518.

20 Cfr. o nosso *Conhecimentos Fortuitos – A Busca de um Equilíbrio Apuleiano*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 135-136.

n.º 4 do art. 187.º do CPP, é demasiado promissora de fomentar a busca de eficácia na obtenção da notícia de crime por meio da escuta telefónica. Não concordamos com a salvaguarda «sem prejuízo do disposto no art. 248.º» aposta no n.º 7 do art. 187.º do CPP²¹ por considerarmos que ultrapassa o limites do princípio da proporcionalidade consagrado no n.º 2 do art. 18.º da CRP.

IV

Dos Pontos Mais Relevantes das Medidas Cautelares e de Polícia

7. O legislador procurou clarificar a questão doutrinária sobre a interpretação do n.º 3 do art. 242.º do CPP. Pois, não sufragamos a posição de MAIA GONÇALVES quanto à interpretação que fazia deste preceito: de que os OPC só estavam obrigados a dar conhecimento da notícia de crimes cuja natureza fosse pública²².

Os OPC não são os titulares da acção penal, que pertence constitucionalmente ao MP, nem lhes cabe qualificar o tipo e a natureza do crime. Desta feita, sempre considerámos que o n.º 3 do art. 242.º do CPP devia ser interpretado “no sentido de que a denúncia obrigatória que se exige às entidades policiais não afasta o pressuposto dos crimes de natureza semipública – que o legítimo titular do direito de queixa deseje procedimento criminal contra os agentes do crime – e dos crimes de natureza particular – que o legítimo titular do direito de queixa deseje procedimento criminal contra os agentes do crime e constituir-se assistente no processo”²³.

21 O legislador seguiu, neste ponto, a posição de FRANCISCO AGUILAR, *Dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Através de Escutas telefónicas*, Almedina, Coimbra, 2004.

22 Cfr. MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Comentado e Anotado*, 12.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2001, p. 508.

23 Cfr. o nosso *Processo Penal* – Tomo I, Almedina, Coimbra, 2004, p. 265.

A nova redacção do n.º 3 do art. 242.º do CPP afasta as dúvidas ao prescrever que só haverá instauração de inquérito nos crimes semipúblicos e particulares se for apresentada queixa no prazo legalmente previsto, ou seja, qualquer notícia de crime de que tenha conhecimento o OPC deve transmiti-la ao MP que decidirá se abre ou não inquérito face à matéria exposta nos autos, devendo proceder de acordo com o preceituado no art. 52.º, n.º 2 do CPP se o crime não for de natureza pública.

8. O legislador procurou resolver alguns problemas que acercavam a denúncia anónima, com o aditamento dos n.ºs 5, 6 e 7 ao art. 246.º do CPP, sem afastar o regime da valoração da prova documental anónima previsto no art. 164.º do CPP, e a comunicação ao ofendido da denúncia de crime no caso do mesmo a desconhecer, com o aditamento de um novo número (n.º1) ao art. 247.º do CPP.

Prescreveu-se, desta feita, que a denúncia anónima só procederá à abertura de inquérito se contiver indícios da prática de crime ou se a mesma constituir crime. Claro está que se da denúncia se retiram indícios da prática de crimes, a denúncia apenas serve como aquisição de notícia de indícios criminais e nada mais. Mas, se a denúncia anónima é em si mesma crime, ela será tida como notícia e prova do crime²⁴.

Caso não se verifique alguma das situações descritas não haverá abertura de inquérito e o MP determina a destruição da denúncia anónima. Caso haja abertura de inquérito, o MP ou o OPC informam o titular do direito de queixa ou de participação da existência da denúncia, conforme n.ºs 6 e 7 do art. 246.º do CPP.

Todavia, nos casos da al. a) do n.º 5 do art. 246.º do CPP, parece existir uma incongruência quanto ao anonimato da de-

24 Neste sentido PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Processual Penal...*, 1.ª Edição, p. 642.

núncia, porque se é uma denúncia anónima, ou vem identificado o titular do direito de queixa ou não é possível identificá-lo para que o mesmo exerça o direito nos casos de crime semipúblico ou particular. Deste modo, somos da opinião que nestas situações e verificando-se que estão preenchidos os pressupostos do n.º 5 do art. 113.º do CP, o MP deve promover a acção penal.

9. O legislador procedeu, e bem, à legalização das designadas revistas de segurança e preventivas que já há muito vínhamos alertando, sob pena de se poder considerar que as revistas que os OPC efectuavam na via pública para saber se o suspeito ou o identificando, a conduzir ao departamento policial escondia algum objecto relacionado com a prática do crime ou objecto perigoso ou proibido, que possa pôr em perigo bens jurídicos como a vida e a integridade física dos demais frequentadores desse departamento – policiais ou civis – e dos próprios elementos policiais que procedem à condução do cidadão²⁵, não tinham fundamento legal.

A nova redacção da al. b) do n.º 1 do art. 251.º do CPP legaliza e legitima uma prática policial que só era aceitável dentro da cláusula geral de polícia consagrada no n.º 2 do art. 29.º da DUDH, por nós designada de estado de necessidade de intervenção do Estado face a perigos abstractos e concretos. Parece-nos que a redacção podia ter sido mais explícita, ou seja, devia prever expressamente a admissibilidade da revista pessoal não desnudada sempre que suspeitos e outras pessoas entrem ou sejam conduzidos

25 Quanto a esta posição, os nossos *Revistas e Buscas*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 15-18 (1.ª edição) e 2005, pp. 24-26 (2.ª Edição) e “Revistas e Buscas. Que viagem queremos fazer?”, in *I Congresso de Processo Penal – Memórias*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 293-294. Cfr. ainda JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, “Dos Meios de Obtenção da prova Face à Autonomia Técnica e Tática dos Órgãos de Polícia Criminal”, in *II Congresso de Processo Penal – Memórias*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 76-78.

em espaço móvel ou fixo policial, desde que haja «razões para crer que ocultam armas ou outros objectos com os quais possam praticar actos de violência».

A revista administrativa preventiva não se deve aferir deste preceito, porque estamos no âmbito do processo penal. A revista preventiva administrativa – como acontece no caso do consumo de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas²⁶ – deve estar prevista na legislação processual administrativa geral e avulsa ou numa lei de bases da actuação policial²⁷. Todavia, face a um vazio geral quanto à revista administrativa preventiva, e tendo em conta que muitas vezes as autoridades e os agentes policiais têm necessidade de conduzir pessoas ao departamento policial por causa de infracções contra-ordenacionais – *p. e.*, para procederem ao levantamento e assinaturas do auto de apreensão (art. 48.º-A do RGCO) uma vez que há suspeita de que esse cidadão possa deter ou transportar um objecto perigoso ou proibido (até relacionado com a infracção em causa) –, consideramos que aqueles podem e devem proceder à revista com fundamento legal da al. *b*) do n.º1 do art. 251.º do CPP, que se aplica subsidiariamente por força do art. 41.º do RGCO.

26 Cfr. o art. 4.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro. Quanto a este assunto, o nosso *Consumo de Drogas. Reflexões sobre o Quadro Legal*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 121-122.

27 Quanto a uma proposta de lei de bases de actuação policial, ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, “Para uma lei de Actuação Policial em Portugal”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor GERMANO MARQUES DA SILVA*, (Coordenação de M. M. GUEDES VALENTE), Almedina, Coimbra, 2004, pp. 57-106 (80-81).

V

Dos Pontos Menos Positivos das Medidas Cautelares e de Polícia

10. As alterações efectuadas no campo das medidas cautelares e de polícia não são todas positivas. Há pontos de menor positividade face a uma sistemática jurídico-processual penal exigida pela ciência jurídica, face à ideia base de jurisdicionalização de todo o processo – *ab initio ad finem* – e, ainda, face à Constituição e à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Consideramos que continuam a existir alguns preceitos legitimadores da actuação policial *a priori* da intervenção da autoridade judiciária, mas desenquadrados sistematicamente e outros que ultrapassam os limites constitucionalizados da actuação dos OPC na fase inicial do processo e no campo das diligências processuais penais admitidas à própria APC. Ora vejamos.

11. A comunicação da notícia de crime ao MP que devia ser «no mais curto prazo»²⁸ de tempo, passou a poder ser feita «no mais curto prazo, que não pode exceder 10 dias»²⁹. O legislador foi longe demais e criou o caminho para abertura da caixa de Pandora: o acesso ao poder não pode ser entregue a quem não está, muitas vezes, preparado para o exercer em tempo e espaço de democracia.

Há, na nossa opinião, o regresso do inquérito policial, em que os OPC podem proceder ao apuramento dos factos (promovendo diligências que afectam direitos, liberdades e garantias) à revelia do controlo e fiscalização judiciária. Não nos parece que, na era da comunicação telemática, *on-line*, na era dos *SMS* e *MMS*,

28 Cfr. a redacção anterior do n.º 3 do art. 243.º e do n.º 1 do art. 248.º do CPP.

29 Cfr. a redacção actual do n.º 3 do art. 243.º e do n.º 1 do art. 248.º do CPP.

na era das tecnologias e da informatização de todos os serviços da Administração Pública – inclusive de todas as polícias –, seja aceitável que se permita que o OPC detenha a informação ou a notícia de um crime obtida sem ser em flagrante delito (pois, no caso de flagrante delito impõe-se a detenção nos crimes públicos e semipúblicos desde que apresentada a queixa), durante 10 dias, sem que o titular da acção penal – o MP – tenha conhecimento da mesma e das diligências que os OPC estão a promover, assim como da profundidade daquelas.

A doutrina³⁰, desde a Lei n.º 21/2000, de 10 de Agosto, que aprovou a primeira Lei de Organização da Investigação Criminal (LOIC), vem alertando para o facto de haver uma tendência legislativa para a policialização da investigação criminal e, consequentemente, do inquérito e, quiçá, da fase jurisdicional, tendo em conta o n.º 3 do art. 2.º da LOIC, que, à vista, aparenta permitir que o OPC inicie a investigação criminal antes do MP ter conhecimento da notícia do crime, contrariando os n.ºs 1 e 2 do próprio art. 2.º, o art. 263.º do CPP e o art. 219.º da CRP.

Consideramos que a alteração do n.º 3 do art. 243.º e do n.º 1 do art. 248.º do CPP, a fixar um prazo de 10 dias para que os OPC comuniquem a notícia dos crimes de que tenham conhecimento, permite que durante um período de tempo o cidadão sujeito da acção dos OPC possa ver os seus direitos, liberdades e garantias fundamentais na total alçada da polícia, sem qualquer fiscalização judiciária e muito menos judicial. Parece-nos que a alteração não

30 Cfr. os nossos *Regime Jurídico da Investigação Criminal Comentado e Anotado*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 63-82 e “Do objecto do processo: da importância dos órgãos de polícia criminal na sua identificação e determinação”, in *Politeia*, Ano III, n.º 2, 2006, pp. 135-137. Com a mesma preocupação de policialização da investigação criminal, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “A fase preparatória do processo penal - tendências na Europa. O caso Português”, in *STVDIA IURIDICA*, Coimbra, n.º 61, pp. 954-956.

está de acordo com o art. 219.º da CRP por desjudiciarizar a acção penal e desjurisdicionalizá-la por meio da policialização da acção penal. Os preceitos em causa [n.º 3 do art. 243.º e n.º 1 do art. 248.º do CPP] não estão conformes a Constituição: v. g., n.ºs 1 e 4 do art. 32.º e n.º 1 do art. 219.º da CRP.

12. As medidas cautelares e de polícia são aplicadas ou deviam ser aplicadas por iniciativa própria e originária das polícias e não das autoridades judiciais. No Capítulo das *Medidas Cautelares e de Polícia*, aparecia, na versão originária do Código de Processo Penal, como medida cautelar e de polícia, a *apreensão de correspondência* e a abertura da mesma nos casos de urgência pelo OPC sob prévia autorização ou ordem do Juiz, n.º 1 e 2 do art. 252.º do CPP.

Os n.ºs 1 e 2 do art. 252.º do CPP não se compaginam como medidas cautelares e de polícia, mas antes como medidas cautelares judiciais aplicadas pelos OPC sob prévia autorização de juiz, nem é do MP. Só o n.º 3 do art. 252.º do CPP, que trata da *suspensão de correspondência*, que pode ser decidida e aplicada por iniciativa própria do OPC, se configura como uma verdadeira medida cautelar e de polícia, cuja apreciação e validação judicial terá de ocorrer durante as 48 horas seguintes, caso contrário a mesma é remetida ao destinatário³¹.

Os n.ºs 1 e 2 são puros meios de obtenção de prova cuja sistematização se impunha resolver com a Reforma de 2007, facto que não aconteceu. Consideramos que a apreensão de correspondência, como meio excepcional de obtenção de prova por restrição do direito à intimidade da vida privada e familiar e da palavra escrita do visado e de outras pessoas, que nada têm a ver com a actividade delituosa daquele, só devia configurar nos moldes e pressupostos em que se encontra previsto no art. 179.º do CPP.

31 Quanto a esta nossa posição, *Processo Penal* – Tomo I, pp. 280-282.

13. A Reforma de 2007 aditou ao Capítulo das *Medidas Cautelares e de Polícia* o art. 252.º-A, com a epígrafe *Localização Celular*. Não criticamos a inserção deste meio de obtenção de prova útil e eficaz na prevenção e na detecção de elementos de prova pessoal (arguido e vítima) fundamentais para o processo crime. Consideramos, antes, que a sua inserção sistemática não é correcta nem se adequa a teleologia deste meio, o que denota uma certa desorientação e ampliação desnecessária dos «poderes» materiais dos OPC. Ora vejamos.

Como já afirmamos, a localização celular é um meio de obtenção de prova e não uma medida cautelar e de polícia, desde logo por ser impossível, neste momento, efectuar uma localização celular sem se proceder à intercepção da comunicação – escuta telefónica. Neste sentido, o legislador submeteu o regime da localização celular, por força do art. 189.º, n.º 2 do CPP, ao preceituado para as escutas telefónicas.

Acresce que o n.º 1 do art. 252.º-A do CPP não se refere exclusivamente aos OPC, mas em primeiro lugar às «autoridades judiciais», que podem, estranhamente, aplicar a medida cautelar e de polícia *localização celular*. Ajuste-se que o n.º 2 prevê a possibilidade de recurso a este meio num «processo em curso», pelo que, a nosso ver, a AJ titular do processo deve, em todo o momento, fazer um juízo correcto do perigo (de vida ou de ofensa à integridade física) das vítimas e testemunhas quer de defesa quer de acusação, de modo a poder intervir autorizando ou ordenando o recurso à localização celular e a não permitir um recurso a este meio por iniciativa livre e originária dos OPC.

Não obstante esta nossa posição, consideramos que os OPC podem sempre fazer a localização celular sem autorização judicial nos casos em que haja perigo para a vida ou integridade física grave no âmbito do instituto do *estado de necessidade*. O art. 252.º-A do CPP denota confusão entre medida cautelar e de polícia com a intervenção da polícia – maxime OPC – em *estado de necessidade*,

que não se pode confundir com meios de obtenção de prova nem com medidas cautelares e de polícia.

14. Consideramos, ainda e falando apenas dos pontos mais críticos, que o legislador em 2007 devia ter clarificado dois pontos cruciais do Capítulo em análise: um se refere à elaboração do relatório previsto no art. 253.º do CPP e outro diz respeito à comunicação da aplicação das medidas cautelares e de polícia.

Relativamente à elaboração do relatório³², previsto no art. 253.º do CPP, consideramos que o legislador devia ter prescrito que cabia à APC, responsável pela operação policial, a responsabilidade de elaboração do relatório dos factos, das provas obtidas, dos resultados e das diligências que foram efectuadas. Não nos parece correcto que deva ser o OPC a assumir a responsabilidade total de uma ocorrência policial, cujo desenrolar e desfecho da mesma depende da acção da APC, que determina o andamento de todas as diligências.

Quanto à comunicação das diligências – medidas cautelares e de polícia –, consideramos que há uma confusão tremenda: ora se comunica ao MP ora se comunica ao JIC, tendo em conta as competências jurídico-constitucionais-processuais. Somos da opinião que dever-se-ia prescrever a regra da comunicação das medidas cautelares e de polícia e a respectiva entrega do expediente e de todos os elementos probatórios ao MP, cabendo a este o dever de transmitir, nos casos que se impusessem, ao JIC para fiscalização jurisdicional das diligências que possam ter afectado direitos, liberdades e garantias fundamentais.

Não obstante o legislador de 2007 não ter procedido a estes ajustes³³, consideramos que deve ser este o procedimento e o

32 Refira-se que não falamos do relatório final que os OPC, que coadjuvam a AJ, elaboram findas as diligências investigatórias determinadas pelo MP ou pelo JIC no quadro da investigação criminal.

33 Cfr. art. 202.º, n.ºs 1 e 3 da CRP.

tracto a ser seguido pelos OPC, pelas APC, pelo MP e pelo JIC, tendo em conta a lógica da competência ascendente ou da cooperação vertical ou da coadjuvação de todas as entidades para que o tribunal administre a justiça em nome do povo.

VI

Breve conclusão

16. A interpretação que os OPC têm de fazer quanto a estes pontos quentes, descritos em jeito de conversa amena e leve nesta conferência, é esfíngica, porque à beleza das boas intenções da alteração legislativa (cabeça, pescoço e seios de mulher) se opõe a necessidade de um corpo robusto e pés bem assentes no chão (corpo e pés de leão) para não caírem na tentação de que tudo podem fazer e responder erradamente à questão da esfinge e perecer perante ela face à resposta errada.

Para que se dê a resposta certa face a esta desorientada sistemática e desmesurada ampliação dos meios de obtenção de prova (em especial das buscas domiciliárias) e das medidas cautelares e de polícia, é necessário que se interiorize dois ensinamentos: o primeiro, é que todo o processo crime, em Portugal, é jurisdicionalizado e judiciarizado na fase de inquérito e nunca se deve partir do pressuposto que a reforma de 2007 procedeu à policialização do processo crime; o segundo ensinamento, elucida-nos e remete-nos para a ideia base da interpretação das normas jurídico-processuais, que restringem direitos, liberdades e garantias, devem ser interpretadas restritivamente e em conformidade com os comandos constitucionais, sob pena de edificarmos uma sociedade enferma com um processo penal enfermo por ter deixado de ser o direito por excelência dos inocentes.

Muito obrigado.

Pinhal Novo, 22 de Novembro de 2007