

A localização celular como medida cautelar e de polícia (Hermenêutica do artigo 252.º-A do CPP)

JOÃO JOSÉ RODRIGUES AFONSO

Doutorando em Direito na Universidade Autónoma de Lisboa.

Investigador do ICPOL - Centro de Investigação do

Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.

Resumo: A última reforma do Código de Processo Penal levou à criação de uma nova medida cautelar e de polícia – a localização celular –, com o desígnio de dotar as autoridades judiciais e de polícia criminal de um instrumento de cunho preventivo capaz de, circunstancialmente, salvaguardar a vida ou a integridade física (grave) de pessoas. O enunciado do artigo 252.º-A do CPP entronca ou irradia do regime das escutas telefónicas (amplamente considerado e que, por natureza, é controverso), o que coloca esta medida cautelar numa posição desconfortável em matéria de discussão doutrinária. A isto acrescem as dificuldades de interpretação daquele preceito, especialmente no tocante aos seus limites de aplicação em matéria de processo penal, quando confrontado com os dispositivos constitucionais que regem a ingerência das autoridades públicas nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação.

Palavras-chave: Intercepção de comunicações telefónicas; Localização celular; Medidas cautelares e de polícia.

Abstract: The last change of the criminal procedure code led to a new precautionary and police measure – the cell phone location –, aiming to provide judicial and crime police authorities with prevention rules in order to safeguard citizens' life or their physical integrity. The content of article 252-A of criminal procedure code is the result of the interception communication rules (highly considered and controversy by nature), reason why this precautionary measure is not very well founded in terms of doctrinarian debate. We shall also consider the interpretation difficulties of that concept, especially as far as its implementation limits within crime procedures are concerned, when confronted with constitutional means that govern the public authorities' intervention in telecommunications as well as in all other communication means.

Keywords: Interception of communications; Cell phone location; Precautionary measures.

Introdução

A função pública de segurança interna, enquanto «actividade desenvolvida pelo Estado para garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, proteger pessoas e bens, prevenir e reprimir a criminalidade e contribuir para assegurar o normal funcionamento das instituições democráticas, o regular exercício dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos e o respeito pela legalidade democrática»¹, encerra em si vários domínios: o Domínio da Ordem Pública², o Domínio da Prevenção, o Domínio das Informações e o Domínio da Investigação Criminal³. Bem que nos interesse apenas

1 Cfr. artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 53/2008, de 29 de Agosto (Lei de Segurança Interna).

2 Que, na doutrina francesa se decompõe na segurança, tranquilidade e salubridade públicas.

3 Sobre estes domínios ou componentes da segurança interna, cfr. LUÍS FIÃES FERNANDES e MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Segurança Interna – Reflexões e Legislação*, p. 33 e ss., e JOSÉ EMANUEL MATOS TORRES, *A Investigação Criminal na PSP*, in *Estratégia e Gestão Policial em Portugal*, p. 585 e ss.

abordar a actividade policial enquanto modalidade de ‘polícia judiciária’ – por contraposição à ‘polícia administrativa em sentido restrito’ – não poderemos, contudo, deixar de ter presente que essa actividade se enquadra nas funções exercidas pela Administração Pública. Queremos com isto esclarecer que, apesar de nos movermos no Domínio da Investigação Criminal – em que se sobrelevam os princípios do processo penal – a actividade de polícia judiciária não pode, liminarmente, subtrair-se a certos princípios de direito administrativo.

Esta concepção revela-se particularmente importante no quadro das medidas cautelares e de polícia porque, embora regidas por normas processuais penais, não deixam por isso de estar submetidas à figura da *margem de livre decisão administrativa*, inevitavelmente presente nos preceitos que enformam aquelas medidas, por falta (insuprível) de densificação normativa.

Num primeiro momento do estudo, procuraremos evidenciar as características típicas das medidas cautelares e de polícia, incidindo especialmente na ideia segundo a qual o controlo judicial dos actos materiais exercidos no quadro dessa figura pode, circunstancialmente, encontrar um enfraquecimento quando confrontado com a margem de livre decisão dos órgãos de polícia criminal. Esta análise é especialmente útil para, num segundo momento, compreendermos a (sensível) posição que ocupa, no nosso ordenamento jurídico, a questão da localização celular enquanto medida de polícia. Veremos, pois, se esta figura jurídica – que contende directamente com direitos fundamentais – é realmente compatível com a natureza das medidas cautelares e de polícia, sem daí resultar um conflito por inconstitucionalidade.

A última revisão do Código do Processo Penal (CPP)⁴ introduziu modificações substanciais ao nível de figuras jurídicas muito controversas e pouco consentâneas. A temática a que nos propomos liga-se estreitamente a uma delas – as escutas telefónicas – bem que, à primeira vista, não pareça enquadrar-se neste conceito universalmente conhecido.

4 Aprovado pela Lei n.º 78/87, de 17FEV, alterado e republicado pela Lei n.º 48/2007, de 29AGO.

A questão da localização celular encerra-se, com efeito, na matéria das escutas, sendo um instrumento comum no mundo da investigação criminal. Mas nunca antes se havia apresentado como medida cautelar e de polícia, operável no quadro de um processo penal em investigação. E muito menos era visualizável como um instrumento a que as autoridades de polícia criminal pudessem recorrer fora de um processo em curso. Tratamos aqui de uma figura jurídica inovadora, recente e, sobretudo, que prima pela sua descrição.

Seguindo o trilho da doutrina e da jurisprudência dos nossos Tribunais quanto à matéria das escutas telefónicas, evidencia-se claramente o problema de definição do seu regime jurídico. Como é expectável, o tema titulado neste estudo promete atingir uma dimensão nebulosa e lançar-nos para um emaranhado de conceitos e dogmas. O mesmo será dizer que, pelas suas raízes, a problemática da localização celular é susceptível de apelar a uma discussão doutrinal não menos pacífica do que a das intercepções e gravações de comunicações telefónicas. Veremos se assim é.

2. As medidas cautelares e de polícia

2.1. Natureza e definição

Os actos regulados nos artigos 248º a 253º do CPP correspondem às actividades ou diligências que os órgãos de polícia criminal devem desenvolver logo que tomem conhecimento da notícia de um crime, ou seja, mesmo antes da abertura formal do processo pelo Ministério Público. Por esta razão, «(...) não são ainda actos processuais, são actos de polícia, mas o legislador entendeu discipliná-los no CPP»⁵, porquanto estão estreitamente relacionados com os actos processuais, podendo neles assumir importância. *Hoc sensu*, as medidas cautelares e de polícia desencadeadas pelos órgãos de polícia criminal ocupam, em regra, um lugar numa fase tradicionalmente dita de pré-inquérito ou

5 GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal III*, 2ª edição, p. 63.

fase preliminar do processo penal, embora possam também ser-lhe contemporâneas. «Trata-se de uma realidade extra-processual conexa com a processual»⁶.

Na origem da atribuição destas competências aos órgãos de polícia criminal perfilham-se essencialmente dois fundamentos: a urgência da medida e a sua relevância para efeitos de recolha, aquisição e conservação da prova, e cuja demora na obtenção da autorização judiciária poderia fazer perigar ou, mesmo, perder⁷. Dir-se-á ainda que estas medidas de natureza precária «(...) são admissíveis com fundamento na urgência e no *periculum in mora* para fazer cessar o dano de uma conduta humana negativa que afecta qualquer bem jurídico ou que põe em perigo de lesão um bem jurídico⁸. Trata-se, portanto, de uma competência cautelar pré-ordenada para os fins do processo (...)»⁹, dependente de uma convalidação da autoridade judiciária para que possa incorporar o processo, e que não se confunde com a competência cautelar de natureza preventiva prevista nos artigos 28.º e 29.º da Lei n.º 53/2008, de 29 de Agosto (Lei de Segurança Interna).

Ensinam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA que «(...) os actos de polícia, além de terem um fundamento necessário na lei, devem ser medidas ou procedimentos individualizados e com conteúdo suficientemente definido na lei, independentemente da natureza dessas medidas: quer sejam regulamentos gerais emanados das autoridades de polícia, decisões concretas e particulares (autorizações, proibições, ordens), medidas de coerção (...), ou operações de vigilância, todos os procedimentos de polícia estão sujeitos ao princípio da precedência de lei e da tipicidade legal»¹⁰.

Ciente destes princípios, é certo que o legislador procurou disciplinar estes actos de polícia com o maior rigor possível em função da rele-

6 *Idem*, p. 63.

7 Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 275/08.7GBVNO-A.C1, disponível em www.dgsi.pt.

8 MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Teoria Geral do Direito Policial*, 2.ª edição, p. 264.

9 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 629.

10 GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, 3.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 956.

vância que assumem no processo penal, mas a realidade social não lhe permitiu proceder à densificação normativa desejável. O momento certo, o modo ou o espaço concretos como os actos são desenvolvidos são conjunturas que estão na esfera de disponibilidade do agente policial. A ele cabe usar a margem de livre decisão que o Estado-administração lhe confia para, em cada caso concreto, proceder à justa e melhor aplicação dos normativos legais.

2.2. O controlo judiciário

A investigação criminal, operada no inquérito preliminar e na fase de inquérito do processo, dirigida pelo Ministério Público, a quem cabe assegurar um fim processual penal impessoal e objectivo, tem por finalidade a realização da justiça penal, ou seja, a descoberta da verdade material dos factos. Essa investigação, realizada pelos órgãos de polícia criminal, deve, por isso, orientar-se por critérios de legalidade, objectividade, isenção e lealdade, bem como pelos restantes princípios estruturantes do processo penal, devendo vincular-se essencialmente pelo princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana, enquanto trave mestra de toda a actividade processual penal¹¹. Com efeito, mais importante do que procurar determinar o culpado é evitar que uma investigação criminal mal conduzida ou tendenciosa acabe por levar à condenação de um inocente. É neste sentido que o Ministério Público aparece como «(...) o primeiro grande defensor do inocente»¹², daqui se retirando a necessidade dos órgãos de polícia criminal actuarem sob a sua directa orientação e dependência funcional¹³.

A realização de inúmeras operações materiais no Domínio da Investigação Criminal convoca inevitavelmente o emprego da coacção

11 Cfr. FERNANDO GONÇALVES, MANUEL JOÃO ALVES e MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Lei e Crime: O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador. Os Princípios do Processo Penal*, p. 90.

12 *Idem*, p. 90.

13 Vide artigo 263º do CPP e Preâmbulo do Decreto-Lei nº. 78/87, de 17 de Fevereiro, nº. 7/ al. b), *in fine*, no qual se pode ler que «(...) os Órgãos de Polícia Criminal são, na fase de inquérito, colocados na dependência funcional do Ministério Público».

directa sobre pessoas ou coisas – *vis adjuvat aequum* – (v.g., revistas, buscas – artigo 251.º do CPP) e a violação dos mais altos e consagrados Direitos Naturais do Homem (v.g., o direito à vida, o direito à integridade pessoal, o direito à reserva da intimidade da vida privada¹⁴), em que o seu fundamento encontra os seus alicerces no princípio do Estado de Direito democrático, na legitimação popular e, sobretudo, na dignidade da pessoa humana. Movemo-nos, pois, numa arena onde se perfilham os mais consagrados valores de uma sociedade que ditaram, aliás, a mais ofensiva intromissão punitiva do Estado na esfera jurídica dos cidadãos: a privação da liberdade, a pena de prisão.

É neste sentido que surge o processo penal, «(...) como forma de realizar o direito penal substantivo, permitindo assim o reconhecimento jurídico da existência de um crime e a aplicação das penas ou das medidas de segurança, fundada no respeito pelos interesses e direitos jurídica e constitucionalmente protegidos na dialéctica indivíduo/sociedade»¹⁵.

A actividade policial, enquanto premissa essencial para o cumprimento dos fins visados para a realização da justiça, deve respeitar crucialmente os princípios norteadores do processo penal, devendo submeter-se inevitavelmente – por estar inserida na Administração central do Estado – ao controlo jurisdicional dos Tribunais, enquanto órgãos de soberania independentes.

A questão que se pode colocar é se o Estado tem capacidade para garantir o cumprimento das vinculações jurídicas a que estão sujeitos os órgãos de polícia criminal, porquanto grande parte da acção policial realizada no âmbito das medidas cautelares e de polícia é exercida no quadro de uma margem de livre decisão que, por natureza, escapa ao controlo judicial.

A margem de livre decisão traduz-se num «(...) espaço de liberdade da actuação administrativa conferido por lei e limitado pelo bloco de legalidade, implicando, portanto, uma parcial autodeterminação administrativa»¹⁶. Esta liberdade de agir da Administração pode incl-

14 Vide artigos 24º, 25º e 26º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

15 FERNANDO GONÇALVES, MANUEL JOÃO ALVES e MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Lei e Crime ...*, pp. 12-3.

16 MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral: Introdução e princípios fundamentais*, Tomo I, p. 176.

dir sobre qualquer forma de actividade administrativa *lato sensu*¹⁷, encontrando-se subordinada ao princípio da legalidade. Com efeito, o exercício dos poderes administrativos deve ter sempre em vista os fins legais a atingir, daqui resultando a «(...) proibição de actuações que não sejam normativamente permitidas»¹⁸.

É legítimo questionarmo-nos sobre a razão de ser deste espaço de liberdade de actuação legalmente conferido ao funcionário do Estado, na medida em que encerra necessariamente em si «(...) a perda de alguma segurança jurídica e a introdução de alguma desigualdade friccional»¹⁹, parecendo apresentar-se como uma figura de *handicap* da actividade administrativa em sentido lato e, logo, potenciadora de actuações ou decisões inconsistentes ou menos desejadas, embora legais. Liminarmente, é este o retrato que se nos oferece. Contudo, como ensinam os Professores Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos «(...) estas desvantagens são compensadas por uma maior justiça e adequação da aplicação do direito»²⁰, na medida em que, revestindo-se as leis de um carácter geral e abstracto (estando, por isso, distantes dos casos concretos) é desejável e imprescindível atribuir à Administração uma certa liberdade de actuação, através de uma abertura normativa, para que ela possa conciliar o sentido da lei aos casos concretos e actuar escolhendo o trilho que conduza a uma melhor prossecução do interesse público. Evidentemente, esta escolha não é arbitrária. Deve ser feita com base numa apreciação da oportunidade e da conveniência da decisão ou acção a tomar.

A doutrina identifica duas formas de margem de livre decisão: a discricionariedade e a margem de livre apreciação. A discricionariedade consiste na «(...) abertura da norma legal à Administração, que passará a ter maior liberdade de actuação, permitindo-lhe que, em certo número de situações, escolha o seu próprio trilho de actuação [entre várias alternativas de actuação predefinidas na lei – discricionariedade

17 Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral* ..., Tomo I, p. 201.

18 *Idem.*, p. 176.

19 *Idem.*, p. 177.

20 *Idem.*, p. 178.

de escolha], na oportunidade que lhe convenha, pelos motivos que entender relevantes e, mesmo, autorizando-a a abster-se de agir»²¹ (discricionariedade de acção). Pode ainda dizer respeito «(...) à criação da actuação alternativa concreta dentro dos limites jurídicos aplicáveis»²² (discricionariedade criativa). O seu exercício exige, portanto, um raciocínio perante o caso concreto, envolvendo a formulação de «(...) juízos de prognose, isto é, (...) estimativas acerca da evolução futura de situações de vida»²³.

A margem de livre apreciação apresenta-se como um «(...) espaço de liberdade da Administração na apreciação de situações de facto que dizem respeito aos pressupostos das suas decisões»²⁴, e decorre da utilização de conceitos mais ou menos indeterminados pelo legislador (v.g., “em caso de urgência/de necessidade”, “perigo na demora”, “interesse público”, “força necessária”, “fundada razão”, “circunstâncias excepcionais”)²⁵. Alguns destes termos estão presentes nos artigos 248.º a 253.º do CPP, respeitantes às medidas cautelares e de polícia.

Tal como a discricionariedade, a margem de livre apreciação envolve uma liberdade de avaliação e, em certos casos, a formulação de juízos prognósticos. Em ambos os casos a finalidade é a mesma: a abertura da norma legal, pelo legislador, ao exercício do poder público.

Referimos já que a margem de livre decisão aproveitada *in casu* pelos órgãos de polícia criminal está subordinada ao princípio da legalidade, o que nos remete logo para o controlo jurisdicional dos actos por eles praticados. Contudo, este controlo recai apenas na esfera da legalidade da acção pública, sendo que a esfera do mérito – onde opera a margem de livre decisão – está a ele subtraído. Ora, «só existe mérito nos actos discricionários»²⁶.

21 JOSÉ ANTÓNIO VILHENA PEREIRA DA COSTA, *A Privatização dos Serviços de Polícia Administrativa*, in *Estudos de Direito de Polícia*, 2º Volume., p. 344.

22 MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral* ..., p. 180.

23 *Idem*, p. 182.

24 *Idem*, p. 189.

25 Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral* ..., p. 184.

26 ÂNGELA MARIA CAVALIERE LORENTZ, *Limites ao Poder de Polícia*, in *Estudos de Direito de Polícia*, 1º Vol., p. 471.

Por não existir um controlo judicial sobre este espaço de liberdade de agir conferido à Administração, a solução da Ordem Jurídica passou pela vinculação da actividade administrativa a certos princípios, que se impõem como «(...) limites imanentes da margem de livre decisão»²⁷. São eles os princípios da prossecução do interesse público, da protecção das posições jurídicas subjectivas dos particulares, da proporcionalidade, da imparcialidade, da igualdade, da boa fé, da justiça, da decisão e da gratuidade²⁸. Significa, portanto, que a garantia do interesse público passa necessariamente pelo cumprimento destes princípios gerais de Direito, de onde se destaca com especial notoriedade o princípio da imparcialidade, cuja violação «(...) pode, circunstancialmente, gerar situações de desvio de poder, quando envolva a prossecução de um fim não coincidente com o legalmente estabelecido»²⁹.

Acontece que a actividade policial vive sobretudo da observância de princípios jurídicos, justificando-se mais ainda no direito português, onde são insuficientes as normas tipificadoras das medidas de polícia³⁰. A observação destes princípios articula-se necessariamente com a discricionariedade administrativa e a margem de livre apreciação existente na função policial, fundamental para o cumprimento da sua missão.

Por conseguinte, e reconhecendo que os actos materiais da função policial são normal e predominantemente discricionários e envolvem uma larga margem de apreciação (em especial, no que concerne o uso da força pública), é sempre legítimo questionarmos sobre a possibilidade de subtrair a margem de livre decisão aos preceitos legais que disciplinam as medidas cautelares e de polícia, através de uma forte densificação normativa. Num plano meramente teórico, esta solução apresenta-se como possível, pelo que não podemos deixar de a abordar.

27 MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral* ..., p. 176 e ss.

28 *Idem*, p. 197.

29 *Ibidem*.

30 Cfr. MANUEL MARQUES FERREIRA, *Princípios Fundamentais por que se deve pautar a acção policial num Estado de Direito democrático*, in *Volume Comemorativo dos 20 Anos*, p. 148. O Autor ensina, ainda, que a natureza e a caracterização do poder exercido pela Polícia não pode buscar-se apenas no facto de existir ou não um conjunto de normas que regulam essa actividade, mas, sobretudo, inferir-se-á do grau de conhecimento e da forma de aplicação desse direito positivo e da função que, para o efeito, se reservar aos princípios jurídicos fundamentais. *Ibidem*, pp. 147-8.

A densificação normativa prende-se com o grau de especificação e pormenorização das normas legais. Quanto maior esse grau, menor será a margem de livre decisão. Assim, «uma norma que densifique totalmente os pressupostos e os meios de actuação é uma norma fechada»³¹, predeterminando ao máximo a actuação da Administração destinatária. Esta exigência é convocada, sobretudo, quando se trate de uma actividade agressiva que incida sobre a esfera dos Direitos, Liberdades e Garantias dos cidadãos. Assim acontece, por exemplo, com os normativos legais que regulam o uso dos meios coercivos, em que o legislador procurou reduzir, tanto quanto possível, a imprevisibilidade da actuação das entidades públicas que estejam munidas destes poderes³². Apesar do esforço, continua a existir uma larga margem de livre decisão no emprego da força. Ademais, os Professores Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos ensinam que «(...) seria indesejável [e inexecutável] a emissão apenas de normas fechadas, que retirassem à Administração qualquer liberdade de adaptação a especificidades dos casos concretos, mediante a qual seja possível uma melhor prossecução do interesse público»³³. A vantagem da certeza e da previsibilidade pode envolver a total frustração e perversão do fim que a norma visa atingir³⁴.

3. A localização celular no quadro das medidas cautelares e de polícia

3.1. Enquadramento geral

A introdução do artigo 252.º-A do CPP não parece ter merecido a atenção dos doutrinários mais controversos em matéria de protecção

31 MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral* ..., p. 171.

32 *Vide* Decreto-Lei n.º 457/99, de 5 de Novembro, esmiuçado e completado – no caso da PSP – por um regulamento da Direcção Nacional da Polícia de Segurança Pública, que dita as Normas sobre os Limites ao Uso de Meios Coercivos, datado de 01-06-2004.

33 MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral* ..., p. 177.

34 *Idem*, p. 178.

de direitos, sobretudo se tivermos em atenção o enquadramento sistemático da norma, inserida nas *medidas cautelares e de polícia*. Aliás, veja-se que esta figura jurídica, introduzida há pouco mais de vinte anos com a publicação do Código de Processo Penal de 1987, foi palco de grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais, como foi o caso do artigo 250º, na sua versão originária³⁵, precisamente porque essas medidas são, por natureza intrínseca, susceptíveis de originar um emprego corrente ou mesmo abusivo, por não estarem sujeitas a uma autorização judicial prévia.

Em matéria de medidas cautelares e de polícia do processo penal, importa sempre assegurar um quadro de controlo judicial cerrado, pois os actos são praticados, como vimos, sem qualquer verificação preliminar por parte da autoridade judiciária, enquanto primeira responsável pelo cumprimento da legalidade e pela salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos. É por esta mesma razão que se afigura necessário verificar se estão reunidas as exigências constitucionais que ditam a legalidade da localização celular enquanto medida cautelar e de polícia.

A legitimidade da medida em estudo reside na previsibilidade séria de ocorrência de um dano para a vida ou para a integridade física grave de uma pessoa, decorrente da prática de um crime, respeitados que sejam os demais pressupostos da norma legal, nomeadamente a urgência e a necessidade da medida adequada a afastar o perigo. Não se baseia, assim, num elemento típico de um qualquer crime. Neste sentido, a localização celular terá como finalidade exclusiva o afastamento de um perigo de lesão para aqueles bens eminentemente pessoais, independentemente do crime que origina essa perigosidade.

Importa ainda mencionar que o legislador entendeu não proceder a uma enumeração taxativa dos crimes em relação aos quais a localização celular é admissível, pelo que não há, quanto a isto, qualquer vinculação

35 São bem conhecidos os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 7/87, de 09-01-1987, publicado no Diário da República, Iª Série, n.º 33, de 09-02-1987, e n.º 479/94, de 07-07-1994, publicado no Diário da República, Iª Série A, de 24-08-1994, relativos à problemática do regime legal da identificação inicialmente regulado como medida cautelar e de polícia no artigo 250º do CPP e logo depois estremecido com o surgimento da Lei n.º 5/95, de 21FEV. Sobre a contenda do regime legal da identificação, veja-se JOÃO JOSÉ RODRIGUES AFONSO, *O Regime Legal da Identificação: Reflexões sobre o instituto da detenção para efeitos de identificação*, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Artur Anselmo*, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 361 a 392.

legal expressa para os agentes interventivos que exercem o poder público. Quer isto dizer que a obtenção de dados sobre a localização celular é consentida face a qualquer crime susceptível de, directa ou indirectamente, produzir o resultado morte ou de ofensa à integridade física grave³⁶.

À semelhança do dito, também não é feita qualquer enumeração quanto às pessoas sobre as quais pode incidir esta medida cautelar e de polícia, pelo que se deverá admitir a sua operatividade a qualquer uma (vítimas, autores ou participantes criminais), verificados que sejam os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

3.2. A localização celular como medida cautelar e de polícia – natureza e raiz do conceito

Para entendermos a ligação existente entre a nova figura jurídico-processual que procuraremos analisar – a *localização celular como medida cautelar* – e a discussão das *escutas telefónicas*, basta-nos percorrer a explicação apontada pelo Dr. Rui Pereira numa das reuniões da Unidade de Missão para a Reforma Penal. Em seu entendimento, o regime das escutas telefónicas divide-se em três planos distintos. «O primeiro plano é o da intercepção e da gravação de comunicações propriamente dito, em que devem valer as regras pormenorizadas do Código de Processo Penal. O segundo plano é o dos registos de localização e tráfego – ou também armazenamento – em que deve valer o essencial daquele regime (necessidade de autorização de juiz, catálogo de crimes e universo de pessoas passíveis da medida). O terceiro e último plano a considerar é o da localização celular entendida como medida de polícia, de cunho preventivo»³⁷.

36 Quanto a isto, M. M. GUEDES VALENTE é da opinião que «(...) o legislador, *a priori*, pode ter limitado o catálogo aos crimes contra as pessoas, em especial contra a vida, contra a integridade física e contra a liberdade (...) ou outras tipologias criminais cuja execução afectam indirectamente aqueles bens jurídicos – v.g., terrorismo, tráfico de armas, tráfico de droga – e que se enquadram na criminalidade grave, complexa e altamente especializada [criminalidade organizada e violenta]». In *Teoria Geral do Direito Policial*, 2.ª edição, p. 265.

37 In Acta n.º 20 da Unidade de Missão para a Reforma Penal, p. 7, datada de 19 de Maio de 2006, disponível em www.mj.gov.pt.

O regime da admissibilidade da **intercepção e gravação de conversações ou comunicações telefónicas propriamente dito** está cuidadosamente regulado no artigo 187.º do CPP. Na sua essência, a dogmática desta figura assenta em quatro pilares fundamentais no que concerne a sua admissibilidade: (1) a sua indispensabilidade para a descoberta da verdade material dos factos e seja o único meio para a obtenção de provas que, de outra forma, seriam impossíveis ou muito difíceis de obter; (2) a catalogação dos crimes que admitem este meio de obtenção de prova; (3) as pessoas contra as quais podem ser utilizadas; (4) e a autorização judicial prévia do juiz de instrução, precedida de requerimento do Ministério Público.

Trata-se, pois, de um regime restritivo que se justifica tendo em conta que as intercepções podem atingir direitos fundamentais de relevante valor constitucional. A utilização das escutas telefónicas que, em simultâneo, constituem um meio de investigação, um meio de obtenção de prova e um meio de prova³⁸, atinge indiscutivelmente o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar³⁹, o direito à palavra, contidos no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, e a garantia da inviolabilidade e do sigilo das comunicações, constitucionalmente protegido no artigo 34.º, n.º 4. Mediamente, a divulgação do conteúdo de gravação de conversações ou comunicações telefónicas poderá igualmente contender com o direito à honra ou o bom-nome e reputação das pessoas visadas.

Atentas as vicissitudes inerentes à tarefa de garantir estes direitos fundamentais, o Estado não pôde deixar de adoptar um modelo legislativo que permita afastar, tanto quanto imaginável, situações que representem um perigo ou risco potencial para os direitos dos cidadãos. Daqui que a intercepção e gravação de conversações ou comunicações telefónicas só é legalmente admissível em casos em que é necessário salvaguardar outros direitos ou interesses superiores constitucional-

38 Rui PEREIRA, declarações constantes na Acta n.º 18 da Unidade de Missão para a Reforma Penal, p. 3, datada de 24 de Abril de 2006, disponível em www.mj.gov.pt.

39 Os Professores GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA salientam que o direito à reserva da vida privada se analisa principalmente em dois direitos menores: «(a) o direito de impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar e (b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem». *Cfr. Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ª edição, p. 181.

mente protegidos. Ou seja, apenas respeitando as condições de necessidade, adequação e proporcionalidade, exigidas pelo artigo 18.º, n.º 2 da CRP, e o regime de excepcionalidade contemplado no n.º 4 do artigo 34.º da Lei Fundamental – enquanto norma específica sobre a sua realização – é que poderão ser restringidos aqueles Direitos, Liberdades ou Garantias fundamentais.

No tocante à admissibilidade de aquisição de **dados sobre a localização celular ou o tráfego de comunicações**⁴⁰ como meios de obtenção de prova (artigo 189.º, n.º 2 do CPP), o regime mantém-se igualmente cerrado, conservando-se o essencial dos preceitos disciplinadores da interceptação e gravação de conversações ou comunicações telefónicas. No entanto, atento ao facto de não se tratarem aqui de conversações ou comunicações em curso, o legislador entendeu alargar o regime da sua admissibilidade a qualquer fase do processo, ao contrário da disciplina ditada pelo artigo 187.º do CPP que se encontra confinada à fase de inquérito, decorrente das alterações introduzidas pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

Em qualquer destes casos, a violação dos requisitos e dos pressupostos enunciados acarreta a nulidade dos actos praticados e, com isso, a invalidade dos meios de prova obtidos, nos termos do artigo 190.º do CPP.

Falta agora dissecar o instituto da **localização celular enquanto medida cautelar e de polícia**, previsto no artigo 252.º-A do CPP, o nosso objecto de estudo.

O articulado desta norma irradia várias perplexidades ou mesmo irresoluções, parecendo ter querido deixar para a jurisprudência a interpretação das dissidências entretanto surgidas em casos concretos. Percorrendo a Proposta de Lei n.º 109/X⁴¹ – articulado que ocasionou o Decreto n.º 149/X da Assembleia da República⁴², diploma que deu

40 O registo de tráfego não é mais do que a facturação detalhada das chamadas e mensagens escritas. Os dados de tráfego são também designados de dados relativos ao conteúdo da comunicação ou da mensagem ou dados de conteúdo (duração da utilização, data, hora, frequência). Cfr. Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República n.º 16/94, disponível em www.dgsi.pt.

41 Publicada no Diário da Assembleia da República (DAR) II Série A, n.º 31/X/2, de 23-12-2006 (pág. 6-178).

42 Publicado no DAR II Série A, n.º 123/X/2, de 01-08-2007 (pág. 292-713).

origem à Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto –, também pouco se fica a saber sobre as reais intenções do legislador quanto ao genuíno alcance do preceito legal, já que, na essência, se limita a descrever o conteúdo da norma. Neste projecto pode ler-se que «(...) admite-se que os dados sobre a localização celular sejam obtidos, no âmbito das medidas cautelares e de polícia, para afastar um perigo para a vida ou de ofensa à integridade física grave. Exclusivamente nesta hipótese, os dados podem ser pedidos por qualquer autoridade judiciária ou de polícia criminal, que terá sempre de comunicar tal pedido a um juiz no prazo máximo de 48 horas»⁴³.

Apesar de devermos considerar que, na fixação do sentido e alcance da lei, o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados⁴⁴, certo é que, neste caso, de pouco nos parece valer este princípio. Evidentemente, o ressaltado das regras de interpretação da lei conduzir-nos-á a um sentido normativo criterioso. E quanto a isto, debruçar-nos-emos essencialmente sobre os elementos sistemático e teleológico, acolhendo liminarmente o elemento literal no tocante a um aprofundamento hermenêutico⁴⁵.

Quanto ao elemento histórico de interpretação, os trabalhos preparatórios para a última revisão processual penal aportam-nos alguns esclarecimentos quanto ao espírito da norma. Nas Actas da Unidade de Missão para a Reforma Penal⁴⁶ são apontadas as pretensões relativas à inserção da medida cautelar e de polícia em estudo, sem no entanto se fazer alusão ao real alcance do preceito. Numa das actas pode ler-se que «(...) é necessário criar um regime que salvaguarde a possibilidade de os órgãos de polícia criminal actuarem preventivamente, através de medidas de polícia, para salvaguardar a vida ou a integridade física das pessoas (...). Nesse caso, a comunicação ao juiz não pode ser prévia, devendo ser feita posteriormente num prazo curto (48 horas) para

43 Proposta de Lei n.º 109/X, publicada no DAR II Série A, n.º 31/X/2, de 23-12-2006, pág. 8).

44 Cfr. artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil.

45 A hermenêutica jurídica é a parte da ciência do direito que tem por objecto a interpretação dos conceitos jurídicos. Cfr. JOSÉ HERMANO SARAIVA, *O que é o Direito? A crise do direito e outros estudos jurídicos*, p. 41.

46 Criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 138/2005, de 17 de Agosto.

efeitos de validação»⁴⁷. Numa outra intervenção, o Dr. Rui Pereira referiu ainda que «(...) este regime nada tem de intrusivo e se reconduz, no fundo, às próprias figuras da legítima defesa e do direito de necessidade»⁴⁸. A este propósito, veremos mais adiante que, de facto, o n.º 1 do artigo 252.º-A do CPP configura, no nosso entender, uma causa de justificação reconduzível ao estado de necessidade objectivo (mais conhecido por direito de necessidade).

Em projectos apresentados para a revisão do processo penal, no quadro da iniciativa político-legislativa, nada surge sobre o assunto⁴⁹. Mais curioso é o relatório da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias (pré-RAR)⁵⁰, que não faz sequer alusão ao novo preceito, não se pronunciando assim – como era expectável dada a sua competência – sobre o quadro da legitimidade constitucional desta medida de polícia.

Contudo, o grupo de trabalho constituído pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias para a preparação da discussão e votação na especialidade abrangeu várias iniciativas legislativas, integrando vários Deputados⁵¹, um dos quais fez precisamente alusão à inconstitucionalidade do projecto de redacção do artigo 252.º-A do CPP.

No texto de intervenção do Deputado João Oliveira na Assembleia da República, pode ler-se o seguinte:

«Quanto à localização celular, a criação desta nova medida cautelar e de polícia suscita-nos as maiores reservas porque, em nosso

47 RUI PEREIRA, declarações constantes na Acta n.º18 da Unidade de Missão para a Reforma Penal, datada de 19 de Maio de 2006, p. 10, disponível em www.mj.gov.pt.

48 Acta n.º29 da Unidade de Missão para a Reforma Penal, datada de 6 de Novembro de 2006, p. 4, *loc. cit.*

49 Projecto de Lei 237/X, publicado no DAR II Série A, n.º. 100/X/1, de 06-04-2006 (pág. 13-30); Projecto de Lei 368/X, publicado no DAR II Série A, n.º. 52/X/2, de 09-03-2007 (pág. 17-34); Projecto de Lei 369/X, publicado no DAR II Série A, n.º. 52/X/2, de 09-03-2007 (pág. 34-43); e Projecto de Lei 370/X, publicado no DAR II Série A, n.º. 52/X/2, de 09-03-2007 (pág. 43-70).

50 Datado de 14-03-2007, publicado no DAR II Série A, n.º. 55/X/2, de 16-03-2007 (pág. 5-18).

51 Deputados Ricardo Rodrigues, do PS, Luís Montenegro, do PSD, João Oliveira, do PCR, Nuno Teixeira de Melo, do CDS-PP, Helena Pinto, do BE, e Francisco Madeira Lopes, de Os Verdes.

entender, implica a compressão de direitos fundamentais sem que estejam salvaguardados os limites adequados.

Em primeiro lugar, porque esta medida cautelar implica, necessariamente, a ingerência nos meios de comunicação mas não restringe a sua utilização às situações em que já exista um processo, como prevê o n.º 4 do artigo 34.º da Constituição.

Em segundo lugar, porque a obtenção destes dados pelos órgãos de polícia criminal não está sujeita a autorização judicial num largo número de situações, sendo a regra a da mera comunicação ao juiz, depois de obtida essa informação.

Ora, por entendermos que este é um regime que comprime desproporcionadamente direitos fundamentais, propomos a eliminação»⁵².

O Deputado JOÃO OLIVEIRA entende assim que o conteúdo do preceito viola os princípios da proporcionalidade e da adequação face aos direitos constitucionais atingidos. Ademais, expede o entendimento segundo o qual o regime das escutas telefónicas (amplamente considerado) jamais admite ser exercido fora de um processo penal em curso, por força do artigo 34.º, n.º 4 da Constituição.

Já o Deputado LUÍS MONTENEGRO adoptou uma posição de amplo acolhimento do novo preceito, admitindo até que o texto da Proposta deveria ter um alcance mais alargado:

«(...) atinente à regulação da utilização do mecanismo da utilização celular, a proposta do Governo é má e, por isso, votámos contra, na Comissão. É má, porque restringe a aplicação aos casos em que é necessária para afastar perigo de vida ou ofensa à integridade física, deixando de fora graves casos de criminalidade em que esse instrumento poderia ser importante, como, por exemplo, nas investigações do crime de tráfico de droga. É também má porque é confusa e equívoca no que concerne à intervenção do juiz. O PSD de-

52 Acta da votação na especialidade do artigo 252.º-A do Texto Final apresentado pela Comissão de assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Reunião Plenária nº. 108, de 19-07-2007, publicado no DAR I Série, nº. 108/X/2, de 20-07-2007 (pág. 51).

fendeu na Comissão e reitera aqui que o caminho devia ter sido o de alargar o âmbito de aplicação deste mecanismo e sujeitá-lo sempre à validação do juiz. Se tal tivesse sido alcançado, conseguir-se-ia compatibilizar o interesse da investigação com a defesa dos direitos fundamentais»⁵³.

Não pondo em causa o mérito de tal entendimento, facto é que peca pela sua ambiguidade e carece de argumentação.

Assim, concluímos que pouco nos demonstra o elemento histórico de interpretação quanto ao espírito da lei.

Por último, resta-nos dizer que não encontramos qualquer jurisprudência que se pronunciasse sobre o preceito em estudo, e que se nos assemelha despropositado o elemento *occasio legis* no âmbito desta análise.

Sendo assim, vejamos o que nos poderá surgir quanto à teleologia e sistemática normativas.

3.3. Hermenêutica do artigo 252.º-A do Código de Processo Penal

Atento o ensaio de interpretação pretendido, parece-nos adequado transcrever o preceito, dada a decomposição normativa que poderá implicar, realçando desde já, a negrito, os segmentos que se nos apresentem relevantes.

O artigo 252.º-A do CPP dispõe nos seguintes termos:

Artigo 252.º-A **Localização celular**

*1 - As autoridades judiciais e as autoridades de polícia criminal podem obter **dados sobre a localização celular** quando eles forem **necessários para afastar perigo para a vida ou de ofensa à integridade física grave.***

53 Acta da votação na especialidade do artigo 252.º-A do Texto Final apresentado pela Comissão de assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Reunião Plenária nº. 108, de 19-07-2007, publicado no DAR I Série, nº. 108/X/2, de 20-07-2007 (pág. 53-4)

2 - Se os dados sobre a localização celular previstos no número anterior se referirem a um **processo em curso**, a sua obtenção deve ser comunicada ao juiz no prazo máximo de quarenta e oito horas.

3 - Se os dados sobre a localização celular previstos no n.º 1 não se referirem a **nenhum processo em curso**, a comunicação deve ser dirigida ao juiz da sede da entidade competente para a investigação criminal.

4 - É nula a obtenção de dados sobre a localização celular com violação do disposto nos números anteriores.

Na análise da norma – que, por razões de extensão do nosso estudo, será limitada –, começaremos por definir o significado de *dados sobre a localização celular*. O esclarecimento daqui retirado será particularmente importante para avaliarmos depois o alcance da intrusão desta realidade nos direitos fundamentais atingidos. Procuraremos então saber se essa ingerência é justificável face ao princípio da proporcionalidade (*lato sensu*), em função dos direitos a salvaguardar.

Num segundo momento, diligenciaremos no sentido de averiguar que conceitos normativos são passíveis de deixar à disposição das autoridades de polícia criminal uma certa margem de livre decisão na sua actuação. Ou seja, apuraremos o nível de densificação do preceito para concluirmos depois em função do controlo judicial posterior desta medida cautelar e de polícia e, assim, determinar a sua potencial influência no quadro da protecção judicial dos direitos fundamentais afligidos.

Por último, ensaiaremos aprimorar se esta medida de polícia é passível de ser exercida fora dum processo criminal em curso, sem que daí resulte uma colisão com os dispositivos da Lei Fundamental.

Uma nota deve ser feita: apesar do artigo se referir a *autoridades judiciais* e a *autoridades de polícia criminal*, limitar-nos-emos a colocar o problema no tocante às autoridades de polícia criminal, dado que aquelas são, por mero princípio, as primeiras grandes defensoras dos Direitos, Liberdades e Garantias constitucionais⁵⁴.

54 A este respeito poder-se-ia levantar uma questão quanto à (in)conveniência [ou, mesmo, (i)legitimidade] do exercício das medidas cautelares e de polícia pelas autoridades judiciais. M. M. GUEDES VALENTE entende que «as medidas cautelares e de polícia são (ou só devem ser) prosseguidas por elementos policiais [órgãos de polícia criminal ou autoridades de polícia criminal] (...) e não por AJ [autoridades judiciais] como se afere do n.º 1 do art. 252.º-A do

3.4. A obtenção de dados sobre a localização celular e a sua ingerência nos direitos fundamentais

A localização celular funciona quando num telemóvel é activado o IMEI⁵⁵, ou seja, quando é feita ou recebida uma chamada ou uma mensagem⁵⁶. Apenas indica os receptores (antenas) que estão a transmitir para o IMEI alvo⁵⁷. O que a célula demonstra é que determinado número é accionado num determinado perímetro⁵⁸.

A Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas, define no seu artigo 2.º, n.º 1, alínea e), como «dados de localização, quaisquer dados tratados numa rede de comunicações electrónicas

CPP, na linha do que acontece com os n.ºs 1 e 2 do art. 252.º do CPP, cuja epígrafe é *apreensão de correspondência*». E prossegue referindo que «não se afigura adequado que as AJ possam praticar medidas cautelares e de polícia, sob pena de se neutralizar a sua *ratio* e teleologia.» In *Teoria Geral do Direito Policial*, 2.ª edição, p. 264. Não pretendendo desenvolver este assunto, limitar-nos-emos a dizer que, de facto, parece-nos que, ontologicamente, o fundamento, a natureza e a finalidade das medidas cautelares e de polícia apontam para a ideia segundo a qual o exercício destas medidas está (ou deve estar) reservado aos órgãos e autoridades de polícia criminal.

55 IMEI é o acrónimo de *International Mobile Equipment Identity* (Identificação Internacional de Equipamento Móvel), um número único para cada telefone celular, normalmente achado atrás da bateria. Outra forma de se obter o IMEI é digitar directamente no aparelho o código *#06#.

56 Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo n.º 2005/08.1, datado de 07-10-2008, disponível em www.dgsi.pt.

57 Os dados de localização permitem a identificação da célula de origem e de destino de uma chamada telefónica numa rede móvel. Mas nas situações aqui tratadas apenas interessa a célula de destino, já que o sinal de origem parte da operadora (empresa de telecomunicações).

58 Um telefone celular é um aparelho de comunicação por ondas electromagnéticas que permite a transmissão bidireccional de voz e dados utilizáveis numa área geográfica que se encontra dividida em células (de onde provém a nomenclatura celular), cada uma delas servida por um transmissor/receptor. A posição da antena em que o aparelho está conectado é um método de localização pouco preciso, ao contrário da posição obtida via GPS ou via triangulação geodésica de antenas. Sobre a forma da área de incerteza e as características na localização celular, tem interesse a consulta do Regulamento 112L, do Conselho de Administração da ICP-ANACOM, disponível em www.anacom.pt. O algoritmo utilizado para o cálculo dos raios de cobertura de cada célula tem uma margem de erro associada. O erro será tanto maior quanto a dimensão da célula, podendo variar entre os 100m e os 30kms.

que indiquem a posição geográfica do equipamento terminal de um assinante ou de qualquer utilizador de um serviço de comunicações electrónicas acessível ao público». É portanto certo que, o que está em causa, é tão-somente a localização geográfica (inexacta) de um determinado aparelho celular. *Hoc sensu*, este tipo de dados não implica quaisquer dados de comunicação electrónica, entendidos como «qualquer informação trocada ou enviada entre um número finito de partes mediante a utilização de um serviço de comunicações electrónicas acessível ao público»⁵⁹, ou mesmo dados de tráfego, compreendidos como «quaisquer dados tratados para efeitos do envio de uma comunicação através de uma rede de comunicações electrónicas ou para efeitos da facturação da mesma»⁶⁰.

Concluimos assim que este tipo de dados não desperta uma ingerência significativa no quadro dos direitos fundamentais a que já aludimos, se comparado com a figura da interceptação e gravação de conversações ou comunicações telefónicas propriamente dito. Aliás, a corroborar a nossa afirmação, veja-se que a cedência de tais dados pelas empresas de telecomunicações é admissível mesmo fora do âmbito processual criminal. Preceitua o artigo 7.º da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, que «é permitido o registo, tratamento e transmissão de dados de localização às organizações com competência legal para receber chamadas de emergência para efeitos de resposta a essas chamadas». Em conjugação com este dispositivo, dispõe o artigo 51.º, n.º 2, da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro⁶¹, que «na medida em que tal seja tecnicamente viável, as empresas que oferecem redes e serviços telefónicos acessíveis ao público devem disponibilizar às autoridades responsáveis pelos serviços de emergência as informações sobre a localização da pessoa que efectua a chamada, no que respeita a todas as chamadas para o número único de emergência europeu» (112). As autoridades responsáveis pelo serviço de emergên-

59 Artigo 2.º, n.º 1, alínea a) da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto.

60 Artigo 2.º, n.º 1, alínea d) da Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto. Os dados de tráfego são já elementos inerentes à própria comunicação, permitindo em tempo real ou *a posteriori* identificar os utilizadores, o relacionamento directo entre uns e outros através da rede, a localização, a frequência, a data, a hora e a duração. *Cfr.* Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 1265/06, de 17-05-2006, disponível em www.dgsi.pt.

61 Lei das Comunicações Electrónicas, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 32-A/2004, de 10 de Abril, e alterada pela Lei n.º 35/2008, de 28 de Julho.

cia⁶² podem assim solicitar tais informações às operadoras, sem precisar de qualquer autorização judicial. É evidente que esta posição legislativa, ciente dos comandos constitucionais no que concerne a obtenção de tais dados, assenta na dogmática do consentimento presumido da vítima ou pessoa padecente que, por necessidade *a priori* indiscutível, ocorreu ao número de emergência.

A figura da localização celular parece então ter merecido um tratamento mais brando no que concerne o instituto da inviolabilidade e do sigilo das comunicações electrónicas, decerto em função da reduzida intromissão que gere nos direitos constitucionalmente consagrados⁶³. Como tal, na arena das medidas cautelares e de polícia, e perante os bens jurídicos a salvaguardar ditados pelo n.º 1 do artigo 252.º-A do CPP – a vida e a integridade física (grave) – cremos que o conflito de valores é razoavelmente ultrapassado no quadro de uma análise de ponderação e de preferência.

A propósito dos interesses tutelados, uma questão merece ser colocada: por que razão o legislador limitou a aplicabilidade do preceito legal à salvaguarda da *vida* e da *integridade física*? E quanto a este bem jurídico eminentemente pessoal, porquê a limitação à integridade física *grave*?

Cremos que, com isto, o criador da norma pretendeu garantir um equilíbrio razoável na conflitualidade dos interesses jurídicos em jogo, projectando uma admissibilidade da restrição do sigilo das telecomunicações apenas nas situações de vida juridicamente mais relevantes.

3.5. A densificação normativa do articulado face ao exercício do controlo judicial

Como observámos, a construção jurídico-dogmática que erige o instituto das medidas cautelares e de polícia assenta em dois pilares

62 O Número Europeu de Emergência em Portugal está ligado a uma central de emergência, cuja exploração está, maioritariamente, a cargo da PSP, havendo no entanto algumas explorações pela GNR.

63 A obtenção de dados sobre a localização celular contende directamente com o direito à reserva da intimidade da vida privada e com o direito à liberdade de movimentos – *ius ambulantii*. Sobre este, veja-se MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Teoria Geral do Direito Policial*, 2.ª edição, pp. 263-264.

fundamentais: a urgência da medida e a sua relevância para fazer cessar um dano (ou um perigo de lesão) resultante de uma acção humana que afecte qualquer bem jurídico ou, ainda, para efeitos de recolha, aquisição e conservação da prova, e cuja demora na obtenção da autorização judiciária poderia fazer perigar ou, mesmo, perder. Essa urgência e perigo na demora não permitem a existência de um controlo judicial prévio à actuação policial, deixando-se assim na disposição dos órgãos de polícia criminal a faculdade de agir no quadro da sua iniciativa e competência cautelar próprias, nos termos do artigo 55.º, n.º 2 do CPP.

Vimos também que, no âmbito da sua actuação, essa iniciativa dos órgãos de polícia criminal está, por vezes, submetida a uma margem de livre decisão – de discricionariedade e de livre apreciação –, exercida na esfera do mérito e subtraída ao controlo judicial, decorrente de indefinições ou ambiguidades conceptuais presentes nos textos jurídicos. Importa, por isso, averiguarmos se a redacção do artigo em análise comporta uma densificação normativa que faça perigar esse controlo da autoridade judiciária ou se, pelo contrário, está suficientemente densificada e garante uma protecção eficaz dos direitos fundamentais atingidos.

O artigo 252.º-A do CPP contém dois conceitos cuja semântica implica sempre uma certa indeterminação. O seu n.º 1 dispõe que «as autoridades judiciárias e as autoridades de polícia criminal podem obter dados sobre a localização celular quando eles forem **necessários** para afastar **perigo** para a vida ou de ofensa à integridade física grave».

No contexto do princípio da proporcionalidade em sentido lato, a **necessidade** na obtenção de dados de localização celular deve respeitar dois pontos essenciais:

- i) Exigibilidade – «o meio é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio igualmente eficaz, mas com menor grau restritivo ao direito fundamental envolvido»⁶⁴. Trata-se, assim, duma regra de ingerência ou intervenção mínima no exercício dos direitos fundamentais em causa.

64 FRANCISCO FERNANDES DE ARAÚJO, *Princípio da Proporcionalidade – Significado e Aplicação Prática*, p. 57.

- ii) O agente policial deve partir da hipótese de se há ou não uma medida alternativa menos gravosa.

Em suma, «o emprego de determinado meio deve limitar-se ao estritamente necessário para a consecução do fim almejado, e, havendo mais de um meio, dentro do faticamente possível, deve ser escolhido aquele que traga menos desvantagens ou prejuízos»⁶⁵.

O princípio da proporcionalidade, que basicamente se propõe a eleger a solução mais razoável para o problema jurídico concreto e sem se afastar dos parâmetros legais, aponta decerto no sentido segundo o qual a protecção do direito à reserva da intimidade da vida privada, do direito à liberdade de movimentos e a garantia da inviolabilidade e do sigilo das comunicações electrónicas devem ceder perante uma situação de perigo real ou potencial para a vida ou integridade física (grave) duma pessoa. Este princípio, que tem como escopo acautelar resultados desproporcionais e injustos, baseado em valores fundamentais conflituantes e orientado para a defesa do interesse jurídico mais valorado, não pode *in casu* ceder perante um propósito de observância intransigente das regras constitucionais, sob pena de invertermos toda a lógica constitucionalmente consagrada em matéria de protecção de direitos.

Nesta conjectura, exige-se da autoridade de polícia criminal um juízo de prognose, uma estimativa acerca da evolução futura de situações de vida, no sentido de determinar se a obtenção de dados de localização junto da empresa de telecomunicações é ou não o único meio que tem ao seu alcance para atingir os fins a que se propõe. E neste aspecto, face à teleologia do preceito legal, não nos parece que a margem de livre decisão de que dispõe – em termos de oportunidade na acção, os motivos entendidos como relevantes, a criação de actuação alternativa – aporte um desconforto tal que viabilize a sustentação do entendimento segundo o qual o regime de obtenção de dados de localização das células do telefone não pode ser exercido enquanto medida cautelar e de polícia.

No tocante ao conceito de **perigo**⁶⁶ (para a vida ou de ofensa à integridade física grave), podemos defini-lo como um estágio ou situação

65 *Idem*, p. 63.

66 Exige-se, em princípio, que a origem do perigo seja de natureza criminosa.

que ameace concretamente um bem jurídico-penal e a partir do qual é razoável prever a produção de um dano. É a probabilidade ou a previsibilidade credível de ocorrer uma lesão dum bem jurídico, exigindo-se evidentemente uma proximidade temporal entre a ameaça e a produção do dano do valor protegido. Deve assim atender-se à sua actualidade: em execução ou iminente, ou ainda, circunstancialmente, deve atender-se a um alargamento do conceito 'actualidade': «o perigo deverá (...) considerar-se actual mesmo quando não é ainda iminente, mas o protelamento do facto salvador [entenda-se, a obtenção dos dados necessários à localização celular e consequente intervenção] representaria uma potenciação do perigo»⁶⁷.

Embora a sua avaliação contenha sempre um cunho de subjectividade, entendemos que é passível de ser uniformemente apreciado pela esmagadora maioria de pessoas que, em sede de análise, deve ponderar o seu grau ou a sua amplitude. Aliás, a ideia de perigo está *in naturalibus* subjacente à concepção ontológica das medidas cautelares e de polícia, bastando portanto que o perigo assuma proporções graves para, independentemente da produção de facto delituoso, a polícia dever tomar as precauções permitidas por lei a título de defesa dos bens jurídicos em risco⁶⁸.

Concludentemente, consideramos que o preceito em estudo está suficientemente densificado e não choca com as garantias dum controlo judicial consistente (mesmo sendo posterior) face à protecção constitucional do sigilo das comunicações electrónicas, do direito à reserva da intimidade da vida privada e do *ius ambulandi*.

3.6. O exercício da medida fora dum processo criminal em curso

Os Professores GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA ensinam que as restrições à garantia da inviolabilidade e do sigilo das comunicações, que abrange o conteúdo das comunicações (intercepção e gravação) e os

67 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, p. 416.

68 Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3ª edição, p. 956.

dados de localização celular e de tráfego, estão autorizadas apenas em matéria de processo criminal (n.º 4 do artigo 34.º da Constituição), e estão igualmente sob reserva de lei (*vide* artigo 18.º, n.º 2 e 3 da CRP)⁶⁹.

Num processo em curso, condição que respeita claramente o dispositivo constitucional (n.º 4 do artigo 34.º), reunidos os pressupostos preceituados no n.º 1 do artigo 252.º-A do CPP (decorrentes da condição da precedência de lei), a localização celular apresenta-se como uma medida já enquadrada numa investigação criminal e, porventura, executada por uma autoridade de polícia criminal associada ao processo. Não se trata já de uma medida cautelar e de polícia exercida numa fase preliminar do processo mas sim numa fase processual penal (inquérito). Pelo exposto, parece-nos assim consentânea esta admissibilidade da obtenção de dados de localização celular face aos interesses protegidos.

Quanto à autorização judicial da medida, repare-se que o princípio constitucional da inviolabilidade e do sigilo das telecomunicações⁷⁰ não faz referência expressa a uma garantia de reserva de decisão judicial prévia para a obtenção destes dados, limitando-se a remeter tal matéria para uma reserva de lei⁷¹, pelo que não podemos acolher o argumento segundo o qual é inconstitucional a obtenção de dados sobre a localização celular (no quadro de uma medida cautelar e de polícia), ainda que exercida no âmbito dum processo, por ficar apenas sujeita a um controlo judicial posterior⁷².

Porém, **fora dum processo penal em curso**, esta medida cautelar e de polícia poderá contender com as exigências da Lei Fundamental. Nesta hipótese, encontramos-nos num momento anterior à abertura formal do processo pelo Ministério Público. Por esta razão, as medidas desenvolvidas pelas autoridades policiais «(...) não são ainda actos processuais, são actos de polícia (...)»⁷³ que estão estreitamente relacionados com os actos processuais, podendo neles assumir importância.

69 *Constituição da República Portuguesa ...*, 3ª edição, p. 212.

70 *Vide* artigo 34.º, n.º 4, da CRP.

71 *In casu*, a reserva de lei referente à matéria em estudo traduz-se no artigo 252.º-A do CPP.

72 Na mesma esteira, *vide* Nuno Ricardo Pica dos SANTOS, *Localização Celular... Para Além da Medida Cautelar e de Polícia*, in *Estudos Comemorativos dos 25 anos do ISCPSP em Homenagem ao Superintendente-Chefe Afonso de Almeida*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 602 a 604.

73 GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal III*, 2.ª edição, p. 63.

Como referimos já, as medidas cautelares e de polícia desencadeadas pelos órgãos de polícia criminal ocupam, em regra, um lugar numa fase tradicionalmente dita de pré-inquérito ou fase preliminar do processo penal, mas não deixam, por isso, de estarem conexas com a processual⁷⁴. Não obstante, atenta a redacção do preceito constitucional, que cria uma especial protecção da garantia da inviolabilidade e do sigilo das comunicações e limita a admissibilidade das escutas telefónicas à *matéria de processo criminal*, o reconhecimento daquela conexão não se revela suficiente para o suprimento da limitação que a *Lex Fundamental* impõe. A medida deverá, assim, limitar-se à existência de um processo em curso.

É, assim, inegável que o legislador constitucional conteve a admissibilidade de restrição da garantia da inviolabilidade e do sigilo das comunicações à *matéria de processo criminal*. A questão dos pressupostos da sua admissibilidade é assunto que a Lei Fundamental remete para uma lei ordinária (reserva de lei), tratando-se, neste caso, do Código de Processo Penal, e esta deverá conter-se sempre na arena do processo. Se bem repararmos, os artigos 187.º e 189.º do CPP limitam expressamente o recurso às escutas telefónicas a um processo penal em curso e a determinadas fases processuais. Ora, do mesmo modo, no artigo 252.º-A do CPP, a admissibilidade da obtenção de dados sobre a localização celular deverá sujeitar-se à existência de um processo criminal, sendo constitucionalmente inconcebível um alargamento à dita fase de pré-inquérito ou fase preliminar do processo.

A solução encontrada pelo legislador penal para fazer face a situações de criminalidade aproveitando os recursos das novas tecnologias radica, quanto a nós, numa *telos* que merece toda a aprovação, pese embora estar sujeita à existência de um processo penal.

Situação que poderá revelar-se comum é a que a seguir se expõe:

Imagine-se que, numa situação recente de sequestro ou de rapto em que surgem informações de perigo de vida, a vítima tem consigo o seu telemóvel. Dada a urgência e o perigo na demora, parece-nos indiscutível a admissibilidade do recurso à localização celular nestas circuns-

74 *Idem*, p. 63.

tâncias, até porque, mesmo não se admitindo a operatividade do artigo 252.º-A nesta conjectura, a violação dos direitos à reserva da vida privada e ao sigilo das comunicações da vítima seria inteiramente justificável no quadro do (seu) consentimento presumido⁷⁵. E, na hipótese do telefone celular a ser localizado pertencer ao sequestrador, seria sempre justificável a operatividade desta medida cautelar e de polícia perante o *direito de necessidade*, também chamado *estado de necessidade de objectivo* ou *estado de necessidade justificante*, patente no artigo 34.º do Código Penal (CP). A este propósito, MANUEL M. GUEDES VALENTE entende que «a construção legal positiva [do n.º 1 do artigo 252.º-A do CPP] configura uma situação de estado de necessidade e, nunca, de medida cautelar e de polícia (...)»⁷⁶. Em bom rigor, reconhecemos que as situações fácticas susceptíveis de preencher os pressupostos desta norma legal teriam sempre, em princípio, a cobertura daquela causa de justificação. Não obstante, certo é que a positividade (declaração em regra jurídica) de um instrumento jurídico que permita às autoridades públicas de proceder se traduz, para estas, numa melhor garantia da licitude na sua actuação e, quiçá, numa agilização dos procedimentos – junto das operadoras de telecomunicações que agora conhecem esta norma legal – para a obtenção dos dados sobre a localização celular.

3.7. O estado de necessidade como causa de justificação supralegal

Mais melindrosa é a hipótese da obtenção de dados sobre a localização celular ser também exercida **fora dos limites processuais penais** e, portanto, por um agente de polícia (*lato sensu*) que, embora com competências de órgão de polícia criminal, actua na (mera) qualidade de agente de autoridade. A título de exemplo, imagine-se um indivíduo desaparecido que comunicou a um parente a sua intenção de suicídio, sabendo-se que possui com ele um telemóvel. Bem que esta situação não envolva a prática de qualquer crime – o que, imediatamente, exclui

75 Desenvolvendo esta ideia, vide NUNO RICARDO PICA DOS SANTOS, *Localização Celular...*, p. 617.

76 In *Teoria Geral do Direito Policial*, 2.ª edição, p. 265.

a possibilidade de recurso à obtenção de dados sobre a localização celular no estrito quadro legal do processo penal –, certo é que existe uma vida em perigo, potencialmente evitável se as autoridades policiais actuarem de forma célere. Assim, a localização celular apresenta-se aqui como um instrumento eventualmente capaz e adequado para solucionar o problema e, assim, evitar a morte da pessoa. Mas, como apurámos, o legislador pretendeu restringir o recurso à localização celular numa perspectiva de medida de polícia exclusivamente realizada na arena da matéria criminal, e nunca para fim diverso.

O princípio da garantia da inviolabilidade e do sigilo das comunicações é, como vimos, tendencialmente absoluto, só cedendo nos casos previstos na lei em matéria de processo penal, isto é, como meio de aquisição da prova⁷⁷ (artigos 187.º a 190.º do CPP) ou como meio de prevenção criminal num processo em curso (artigo 252.º-A do CPP). Ora, sendo pacífico que o processo penal é direito constitucional aplicado, não podem as suas normas ser desviadas das linhas mestras traçadas pela Lei Fundamental. Por melhores que fossem as intenções do legislador para fazer valer amplamente as finalidades da regra legal em causa – recorde-se, a criação de um regime que salvguarde a possibilidade de os órgãos de polícia criminal actuarem preventivamente, através de medidas de polícia, para salvguardar a vida ou a integridade física das pessoas –, não terá ele tido solução legislativa diversa perante o preceituado na Constituição da República Portuguesa. Estamos, assim, certos que a admissibilidade da obtenção de dados de localização celular fora das balizas da matéria penal desafia o regime constitucionalmente consagrado.

Não obstante, tendo em conta o princípio geral de Direito do interesse preponderante, não será tolerável a violação do direito à reserva da intimidade da vida privada e da garantia da inviolabilidade e do sigilo das telecomunicações em casos que, embora não enquadráveis em processo criminal, apelem a uma solução urgente para a defesa de interesses jurídicos superiores? Não será admissível recorrer às novas tecnologias numa tentativa de evitar um suicídio?

77 Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 1265/06, de 17-05-2006, disponível em www.dgsi.pt.

Percorrendo os trilhos do universo jurídico, somos tentados a admitir que um pedido de localização celular para fins desta natureza é pura e simplesmente enquadrável numa causa de justificação de natureza interventiva, de que falámos já *supra*, como é o caso do direito de necessidade. Porém, parece-nos que os seus pressupostos estão aqui deficientemente preenchidos⁷⁸. Porque não cabe propriamente no nosso objecto de estudo, escusamo-nos de analisar todos estes pressupostos, incidindo antes sobre aquele que, no nosso entender, é susceptível de levantar algumas questões ou contendas.

É sabido que, na análise da *sensível superioridade do interesse a salvar guardar relativamente ao interesse sacrificado* [al. b) do artigo 34.º do CP] que, em rigor, se reconduz ao princípio do interesse preponderante, há que atender – entre outros elementos, e sempre que estejam em causa direitos eminentemente pessoais – à *autonomia pessoal do lesado*⁷⁹ face ao agente que actua em direito de necessidade [al. c) do artigo 34.º do CP]. Ou seja, como refere a norma, importa saber se é “razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado”, já que os fundamentos legitimadores desta causa de justificação radicam na *solidariedade* devida pelo titular do bem sacrificado.

No estado de necessidade justificante, “o agente ofende em princípio um bem jurídico de ‘terceiro’ não implicado para salvar um bem jurídico seu ou de outra pessoa”⁸⁰. Ora, no caso em análise, os interesses jurídicos ofendidos pela localização celular e o bem a salvar guardar (vida) pertencem à mesma pessoa (ao pretense suicida), sendo ainda certo que o perigo é criado pelo sujeito que vai ser vítima da acção necessitada. Nesta senda, a questão que pode então ser levantada é se, para a ponderação dos interesses em conflito, deve ou não atender-se ao *direito de autodeterminação* e de *auto-realização* do lesado⁸¹. Ou

78 Estudando este caso mas de forma diversa, veja-se NUNO RICARDO PICA DOS SANTOS, *Localização Celular...*, pp. 618 a 620.

79 *Direito de autodeterminação e de auto-realização do lesado*.

80 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I (...), p. 431.

81 Sobre estes direitos, veja-se JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I (...), p. 422.

seja, face à sensível superioridade do interesse a salvaguardar, importa saber se, em tais casos, releva ou não a vontade do suicida. Embora este pormenor nada tenha de intrínseco com o que pretendemos demonstrar, talvez não seja inútil reportarmo-nos a ele, quanto mais não seja senão por escrúpulos de exactidão. Vejamos então.

Como dissemos já, o direito de necessidade assenta, em termos axiológicos, na *solidariedade* devida por um sujeito titular de um bem jurídico que, incontornavelmente, deve ser sacrificado para afastar a situação de perigo que atinge uma determinada pessoa necessitada. Ora, essa solidariedade, que define o fundamento, a natureza e a estrutura valorativa jurídica do estado de necessidade objectivo, independentemente de resultar de uma imposição da sociedade ou de radicar numa realidade imanente no espírito ou de surgir face à lei moral, não serve, no caso apresentado, de fundamento axiológico a esta causa de justificação. A menos que, sem argumentos, se aceite que um suicida tem, face a si próprio, um dever de solidariedade. E mesmo a admitir-se tal entendimento, como se contornaria, nesta base de solidariedade, a questão da autonomia pessoal do suicida, do seu direito de auto-determinação, criadora de um confronto entre o bem jurídico *vida* e a *eminente dignidade pessoal*?

Perante este cenário, será então que uma acção da autoridade pública, baseada na obtenção de dados sobre a localização celular dum pretenso suicida, e perante o valor absoluto *vida*, enquanto bem jurídico indisponível, não encontrará uma saída justificante para a sua actuação? Cremos que sim, e julgamos que a resposta a situações desta natureza não se encontram no domínio dos direitos penal e processual penal positivos. Encontramo-la, antes, no quadro de uma causa supralegal excludente da ilicitude, ou seja, à margem do *jus scriptum*.

Como é sabido, a protecção de interesses jurídicos não goza de tutela absoluta, consentindo excepções. Ora, o que aqui se pretende saber é quando e com que fundamento a tutela jurídica deve ser recusada a um direito legalmente protegido, em casos de inexistência de norma(s) habilitante(s) para esse efeito. Por outras palavras, dir-se-ia que, perante uma colisão de interesses [*in casu*, direito à vida (num quadro de *periculum in mora*) versus direito à reserva da intimidade da vida privada

e garantia da inviolabilidade e do sigilo das telecomunicações], será legalmente improcedente uma acção da autoridade de polícia criminal alicerçada numa causa de justificação supralegal, no sentido de salvarguardar o interesse jurídico de maior valor?

Uma parte da doutrina aceita a presença de uma «(...) causa de justificação por excelência, como directa e expressa emanação de um princípio geral»⁸², e que seria então a causa de justificação do estado de necessidade. Há mesmo quem considere «(...) o axioma de que a necessidade não tem lei (...) e que, (...) se há um atrito entre o Direito Penal e a moral, ele estará no estado de necessidade»⁸³. Aceita-se, assim, uma estreita ligação da ordem jurídica com a ordem moral, buscando na ética o apoio necessário para complemento do direito positivo⁸⁴.

O problema da existência de um princípio geral implícito na ordem jurídica poderá emergir do n.º 2 do artigo 29.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Nos termos deste preceito, no exercício dos direitos e no gozo das liberdades fundamentais, «ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática». Quanto a esta problemática, e porque não pretendemos trilhar os campos do conhecimento filosófico do Direito – da axiologia, gnoseologia e epistemologia jurídicas –, limitar-nos-emos a aceitar que, perante direitos colidentes de valor desigual, será de admitir a operatividade do estado de necessidade defensivo supralegal, pelo menos quanto aos bens da vida humana. É certo que a aceitação de um princípio geral de justificação de factos lesivos não pode apresentar-se como uma solução legítima em qualquer situação de colisão de interesses jurídicos – sob pena de tornar-se incerta a segurança da ordem jurídica –, mas somos forçados a reconhecer que a falta de regulamentação expressa ou a existência de eventuais lacunas deixadas por uma certa concepção no direito positi-

82 MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português, Parte Geral I*, p. 396.

83 BETTIOL, *cit. in* MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *op. cit.*, p. 399.

84 Contra esta corrente doutrinária, vide MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português* ..., pp. 395-402.

vo não pode constituir-se como impedimento à actuação de quem tem por missão a salvaguarda daqueles que são, afinal, «(...) os históricos direitos naturais ou primários»⁸⁵ do Homem.

Neste contexto⁸⁶, diremos que, no recurso à localização celular como medida cautelar e de polícia, os factos antijurídicos praticados pelas autoridades de polícia criminal por violação do direito à reserva da intimidade da vida privada e da garantia da inviolabilidade e do sigilo das telecomunicações encontram a necessária justificação no estado de necessidade suprallegal elidente da ilicitude objectiva. Ou seja, a obtenção dos dados para a localização celular passa a ser uma acção lícita.

4. Considerações finais

Pelo que dissemos ao longo do estudo, somos inevitavelmente conduzidos a recordar que a função pública de polícia mergulha invariavelmente na esfera jurídica dos administrados, ofendendo – não poucas vezes – os direitos fundamentais de uns para assegurar o respeito pela legalidade democrática e a realização de direitos constitucionais de outros. Mais marcante, ainda, é o facto do princípio do respeito e da garantia de efectivação dos direitos fundamentais dos cidadãos atingir especial relevo quando abarca o campo dos Direitos, Liberdades e Garantias pessoais constitucionalmente consagrados. Ora, a actuação policial incide principalmente no plano destes direitos, cuja protecção o Estado está obrigado a afiançar em primeira linha. Mais: de entre estes Direitos, Liberdades e Garantias pessoais, alguns atingem a máxima valoração na hierarquia dos direitos fundamentais, sendo insusceptíveis de quaisquer restrições, como sejam, por exemplo, o direito à vida ou à integridade física⁸⁷.

85 MIGUEL JOSÉ FARIA, *Direitos Fundamentais e Direitos do Homem*, vol. I, 3ª Edição, p. 102.

86 É importante manter presente que esta análise da operatividade do estado de necessidade suprallegal apenas releva na hipótese da obtenção de dados sobre a localização celular ser exercida **fora dos limites processuais penais**, ou seja, quando a causa do perigo para a vida ou de ofensa à integridade física grave não advenha da prática de um crime.

87 Vide artigo 19º, n.º 6 da CRP.

Movemo-nos, pois, num campo onde se perfilam os mais altos valores de uma sociedade moderna organizada, em que o mais pequeno desleixo do Estado pode pôr em causa os bens jurídicos supremos da colectividade.

Ciente da sua posição, o legislador procura constantemente definir uma tipicidade jurídico-normativa que se revela suficiente para atender à multiplicidade de realidades sociais relevantes para o Direito Penal. Sem embargo, daqui decorre, invariavelmente, que as previsões normativas não permitem responder sempre com o interesse que o legislador pretendeu com a sua letra. Mas é precisamente pela falta de contemplação jurídica ou pela sua existência mal calculada que a lei pauta os seus acertos e se vai aperfeiçoando, embora sem perfeição à vista. Do facto nasce a lei. Como disse Richard BACH, «sois todos aprendizes, fazedores, professores»⁸⁸.

Bibliografia

Doutrina

- AFONSO, João José Rodrigues, *O Regime Legal da Identificação – Reflexões Sobre o Instituto da Detenção Para Efeitos de Identificação*, in Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Artur Anselmo, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 361 a 392.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2007.
- ARAÚJO, Francisco Fernandes de, *Princípio da Proporcionalidade – Significado e Aplicação Prática*, Campinas: Copola, 2002.
- CANOTILHO, Gomes, e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, Coimbra Editora, 1993.
- COSTA, José António Vilhena Pereira da, *A Privatização dos Serviços de Polícia Administrativa*, in Estudos de Direito de Polícia, 2º Volume, Seminário de Direito Administrativo de 2001/2002, Regência de Jorge Miranda, Lisboa: Edições Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2003.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I – Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, 2004.

88 O Livro do Messias, Mem-Martins: Publicações Europa-América, 2005.

- FARIA, Miguel José, *Direitos Fundamentais e Direitos do Homem*, vol. I, 3ª Edição, Lisboa: ISCPSI, 2001.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Direito Penal Português, Parte Geral I*, Lisboa: Verbo, 1982.
- FERREIRA, Manuel Marques, *Princípios Fundamentais por que se deve pautar a acção policial num Estado de direito democrático*, in Volume Comemorativo dos 20 Anos, Coordenação de Germano Marques da Silva e Manuel Monteiro Guedes Valente, ISCPSI, Lisboa: Almedina, 2005, pp. 147-157.
- FIÃES, Fernandes e VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Segurança Interna – Reflexões e Legislação*, Lisboa: Edições Almedina, 2005.
- GONÇALVES, Fernando, ALVES, Manuel João e VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Lei e Crime: O Agente Infiltrado Versus o Agente Provocador. Os Princípios do Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 2001.
- LORENTZ, Ângela Maria Cavaliere, *Limites ao Poder de Polícia*, in Estudos de Direito de Polícia, 1º Vol., Seminário de Direito Administrativo de 2001/2002, Regência de Jorge Miranda, Lisboa: Edições Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2003, pp. 419-492.
- SANTOS, Nuno Ricardo Pica dos, *Localização Celular... Para Além da Medida Cautelar e de Polícia*, in Estudos Comemorativos dos 25 anos do ISCPSI em Homenagem ao Superintendente-Chefe Afonso de Almeida, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 592 a 624.
- SARAIVA, José Hermano, *O que é o Direito? A crise do direito e outros estudos jurídicos*, 1ª edição, Gradiva, 2009.
- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal III*, 2ª edição, revista e actualizada, Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2000.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de, e MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral: Introdução e princípios fundamentais*, Tomo I, Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2004.
- TORRES, José Emanuel Matos, *A Investigação Criminal na PSP*, in Estratégia e Gestão Policial em Portugal, Oeiras: INA, 2005.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Regime Jurídico da Investigação Criminal*, Comentado e Anotado, 2ª edição revista e aumentada, Coimbra: Almedina, 2004.
- _____, *Teoria Geral do Direito Policial*, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2009.

Fontes documentais

- Constituição da República Portuguesa* (1976).
- Código Civil* (1966).

Código Penal (1982).

Código do Processo Penal (1987).

Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948).

Resolução do Conselho de Ministros n.º 138/2005, de 17 de Agosto.

Lei n.º 53/2008, de 29 de Agosto (Lei de Segurança Interna).

Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho (Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações).

Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro – Lei das Comunicações Electrónicas, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 32-A/2004, de 10 de Abril, e alterada pela Lei n.º 35/2008, de 28 de Julho.

Lei n.º 41/2004, de 18 de Agosto, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas.

Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro.

Acórdão n.º 7/87, do Tribunal Constitucional, de 09-01-1987, publicado no Diário da República, Iª Série, nº. 33, de 09-02-1987.

Acórdão n.º 479/94, de 07-07-1994, do Tribunal Constitucional, publicado no Diário da República, Iª Série A, de 24-08-1994.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo n.º 2005/08.1, datado de 07-10-2008, disponível em www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 1265/06, de 17-05-2006, disponível em www.dgsi.pt.

Parecer n.º 16/94 do Conselho Consultivo da Procuradoria-geral da República, in *pareceres*, Vol. VI, disponível em www.dgsi.pt.

Parecer n.º 21/2000 da Procuradoria-geral da República, publicado no DR II Série, de 28-08-2000.

Actas da Unidade de Missão para a Reforma Penal nºs 18, 20 e 29, ano 2006, disponíveis em www.mj.gov.pt.

Acta da Votação na especialidade do artigo 252.º-A do Texto Final apresentado pela Comissão de assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Reunião Plenária nº. 108, de 19-07-2007, publicado no DAR I Série nº. 108/X/2, de 20-07-2007 (pág. 51-56).

- Decreto n.º 149/X da Assembleia da República, publicado no DAR II Série A, n.º 123/X/2, de 01-08-2007 (pág. 292-713).
- Proposta de Lei n.º 109/X, publicada no Diário da Assembleia da República (DAR), II Série A, n.º 31/X/2, de 23-12-2006 (pág. 6-178).
- Projecto de Lei 237/X, publicado no DAR II Série A, n.º 100/X/1, de 06-04-2006 (pág. 13-30).
- Projecto de Lei 368/X, publicado no DAR II Série A, n.º 52/X/2, de 09-03-2007 (pág. 17-34).
- Projecto de Lei 369/X, publicado no DAR II Série A, n.º 52/X/2, de 09-03-2007 (pág. 34-43).
- Projecto de Lei 370/X, publicado no DAR II Série A, n.º 52/X/2, de 09-03-2007 (pág. 43-70).
- Regulamento 112L, do Conselho de Administração da ICP – ANACOM (Disponibilização às autoridades responsáveis pelos serviços de emergência das informações sobre a localização da pessoa que efectua a chamada para o número único de emergência europeu 112), disponível em www.anacom.pt.
- Relatório da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias (pré-RAR), datado de 14-03-2007, publicado no DAR II Série A, n.º 55/X/2, de 16-03-2007 (pág. 5-18).
- Relatório da votação na especialidade e texto final da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, datado de 18-07-2007, publicado no DAR II Série A, n.º 117/X/2, de 23-07-2007 (pág. 18-77).