

MÉTODOS OCULTOS NA CRIMINALIDADE ECONÓMICO-FINANCEIRA: ENTRE A (A)TIPICIDADE E A CUMULAÇÃO

JOÃO GOUVEIA DE CAIRES

Resumo: a partir do conceito (fluido e flexível) de criminalidade organizada e da sua relevância para a interpretação e aplicação do regime da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, identifica-se a necessidade do recurso a métodos ocultos para a investigação deste tipo de criminalidade mais complexa. Apresentam-se as características e os princípios que legitimam (e limitam) a utilização de meios ocultos, em especial, no combate à criminalidade organizada. Em particular, discutem-se os limites da tipicidade dos meios ocultos e se a utilização do varrimento electrónico é admissível. Por fim, analisam-se os riscos e limites do recurso a este tipo de métodos, nomeadamente, com a cumulação de métodos abertos com ocultos (em sentido próprio e em sentido amplo).

Palavras chave: criminalidade organizada; prova em processo penal; tipicidade e atipicidade; métodos ocultos; varrimento electrónico; cumulação sucessiva de métodos.

INTRÓITO: O PROBLEMA E O RISCO

O tema que nos desafiaram a reflectir é extenso e, por isso, seria tarefa hercúlea, além de mera quimera, pretender abordar o conjunto vasto, complexo e intrincado de métodos ocultos e os respectivos problemas que os mesmos convocam a propósito da investigação e combate à criminalidade económico-financeira. Sendo impossível a análise de cada método oculto, também seria inexequível a identificação de todos os problemas que o recurso a este tipo de métodos no combate à criminalidade económico-financeira é susceptível de provocar.

Optou-se pela delimitação de um concreto problema e de um risco que o mesmo acarreta.

O problema consiste na possibilidade de construção de regimes atípicos de métodos ocultos ou na reconstrução dos tipificados actualizando o respectivo regime. Qual o limite da tipicidade? Haverá espaço para a atipicidade em métodos ocultos? Concretamente, o “*varrimento electrónico*” será um método admissível?

O risco de que se tratará decorre de uma certa tendência para a cumulação sucessiva e ilimitada de métodos não ocultos com métodos ocultos, tipificados e por vezes atípicos, em nome da excepcionalidade do combate à criminalidade económico-financeira. Criminalidade complexa e insidiosa que justifica uma proporcional cumulação de todos os métodos, ocultos ou não, que sejam possíveis? O limite será o do possível ou haverá que procurar um paradigma próprio dos métodos ocultos neste tipo de criminalidade ancorado e limitado nos princípios legitimadores da intervenção estadual?

I. OS MÉTODOS OCULTOS NA CRIMINALIDADE ECONÓMICO-FINANCEIRA: CARACTERIZAÇÃO GERAL E PRINCÍPIOS LEGITIMADORES

1. Métodos ocultos na criminalidade económico-financeira

1.1. A criminalidade organizada e a criminalidade económico-financeira: a necessidade de um conceito fluido e flexível de criminalidade organizada

Não cabe aqui a definição peremptória ou exaustiva de criminalidade organizada ou sequer a de criminalidade organizada económico-financeira. O próprio conceito de criminalidade organizada é posto em causa por um sector significativo doutrinário (por exemplo, CLAUS ROXIN¹ e MUÑOZ CONDE²), dadas as dificuldades em obter consensos. Havendo quem, como ZAFFARONI³, reconheça que tal se assemelhe mais a uma categoria frustrada. Contudo, parece ser possível alavancar um conceito normativo.

Um conceito que se torna necessário por imperativo legal. É a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, que o impõe ao estipular no art. 1.º, n.º 2, que o “*disposto na presente lei só é aplicável aos crimes previstos nas alíneas p) a r) do número anterior se o crime for praticado de forma organizada*”. E o disposto naquela lei não é pouco. Trata-se da adopção de um conjunto de meios e métodos de investigação que constituem formas simplificadas, céleres e menos exigentes quando comparados com os regimes gerais, nomeadamente com o regime geral do Código de Processo Penal (CPP). Recorde-se: regimes especiais de quebra do sigilo bancário e fiscal, de registo de voz e imagem e de perda de bens a favor do Estado/confisco.

Porém, a necessidade de determinação do conceito de criminalidade organizada não decorre apenas da concretização do catálogo nos termos do

¹ In “Problemas de autoria y participación en la criminalidad organizada”, in *Revista Penal*, 2 (Júlio) 1998, p. 65.

² Vd. “Domínio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas del Derecho”, in *Problemas fundamentales de Derecho Penal Homenagem a Claus Roxin*, (Coord. de Maria da Conceição Valdágua), Lisboa: 2002, 101, p. 101.

³ *Apud* CLÁUDIA CRUZ SANTOS, in *O Crime de Colarinho Branco*, *Stvdia Ivrdica* 56, Coimbra: 2001, p. 84.

n.º 2 do art. 1.º daquele regime legal. Em rigor, às condutas mencionadas nas als. *p)* a *r)* do n.º 1 do art. 1.º só pode ser aplicado o disposto nesta lei por força no n.º 2 quando praticadas sob a forma organizada, como também às condutas previstas nas als. *a)* a *o)* do mesmo n.º 1. A diferença reside no facto de as condutas previstas nas als. *a)* a *o)* do n.º 1 daquela lei se presumirem praticadas de modo organizado. Porém, tal presunção carece de demonstração *in casu*. Como também entende AUGUSTO SILVA DIAS, a este propósito, não há nenhuma “presunção inilidível”⁴. Tal como JORGE DE FIGUEIREDO DIAS defende, é necessário que tais condutas “para além de possuírem uma natureza adequada às características sócio-criminológicas do fenómeno da criminalidade organiza, devem ser de particular gravidade”⁵. Exige-se a demonstração do efeito indiciário fornecido pelo catálogo.

Até porque só se justifica a aplicação do regime de “combate à criminalidade organizada económico-financeira”, quando se tratar efetivamente de factos concretos que integram a *ratio* daquele regime: criminalidade organizada. Uma teleologia que constitui também o fundamento de legitimação da intervenção mais musculada. Não havendo criminalidade organizada, não fará sentido aplicar-se o regime da mesma.

Haverá assim que se proceder a uma delimitação do conceito de criminalidade organizada a partir das suas características mínimas, complementado com a sua teleologia. Quer isto dizer que o conceito é construído a dois passos: num primeiro, a verificação do conceito pelas suas características; e num segundo momento, a comprovação teleológica da categoria. Um raciocínio que já se sustentou como “*back to basics*”⁶: regresso ao essencial ou básico. Se o regime é de combate à criminalidade organizada haverá sempre que determinar, em concreto, que se trata de condutas organizadas de modo a legitimar a resposta mais musculada do *ius puniendi*.

A construção do conceito de criminalidade organizada é semelhante à técnica dos exemplos-padrão (*Regelbeispieltechnik*), porém com um âmbito mais restrito na medida em que só opera mediante um catálogo não exemplificativo, *i.e.*, um catálogo taxativo. Só se pode aplicar a categoria de criminalidade organizada às condutas que cumulativamente sejam: i) parte integrante do catálogo (taxativo); e ii) a que se justifique aplicar o catálogo, ou seja, mediante a comprovação de que se trata de criminalidade organizada e, como tal, merecedora da respectiva tutela reforçada. Semelhantemente, já

⁴ In “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, in *I Congresso de Investigação Criminal*, (Coord. Científica MARIA FERNANDA PALMA, Org. ASFIC/PJ e FDL-UL), Coimbra: Almedina, p. 28.

⁵ In “A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal”, *RBCC*, 71, p. 28.

⁶ Cfr., desenvolvidamente, JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, “O regime processual especial aplicável ao crime organizado (económico-financeiro): âmbito de aplicação da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, o regime do sigilo e do registo de voz e imagem”, in *Direito penal económico e financeiro: conferências do curso pós-graduado de aperfeiçoamento* (Coord.: Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: 2012, pp. 453-547, em especial pp. 461-466.

MANUEL DA COSTA ANDRADE⁷, em face da redacção originária do art.º 1.º do CPP, propugnava tal analogia.

Tratando-se de condutas das als. a) a o) do n.º 1 do art. 1.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, presume-se que se trata de criminalidade organizada (uma presunção que, ainda assim, pode ser elidida e que gera um efeito indiciário mas não automático). Diferentemente, tratando-se das condutas que integrem os crimes previstos nas als. p) a r) do n.º 1 do mesmo preceito, não opera a presunção, pelo que haverá que aferir da existência de criminalidade organizada. Em qualquer caso, o conceito de criminalidade organizada é pressuposto de legitimação da intervenção deste regime, cabendo às autoridades judiciais um relevante papel neste âmbito.

O conceito de criminalidade organizada tem, por isso, uma função de definição de algumas condutas constantes do catálogo, bem como de critério de legitimação, pelo qual todas as condutas têm de passar e, por fim, de critério interpretativo (nomeadamente, quanto ao elemento teleológico) na aplicação dos regimes especiais previstos na Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.

1.2. Tentativa de aproximação ao conceito de criminalidade organizada

Para JORGE GODINHO o conceito de criminalidade organizada/crime organizado também “*não coincide com a noção (de direito penal) de «associação criminosa» ou com a noção (processual penal) de «terrorismo, criminalidade violenta e criminalidade altamente organizada»*”⁸. Posição com a qual se concorda, até porque a associação criminosa é apenas uma parte do fenómeno (crime organizado). E o conceito de criminalidade altamente organizada do CPP também não oferece qualquer utilidade para este efeito (até porque não há efectivamente uma relação de grau entre o regime do CPP e o preconizado pela Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro).

Ainda assim, e tal como JORGE DE FIGUEIREDO DIAS sustenta, a perigosidade acrescida do crime de associação criminosa é característica geral da criminalidade organizada⁹.

Atentas as dificuldades e dispersão de entendimentos, não se pretende fornecer um conceito final, mas apenas uma tentativa de aproximação com

⁷ Segundo MANUEL DA COSTA ANDRADE, face à redacção originária do CPP (als. a) e b) do n.º 2 do art. 1.º), o legislador de 1987 seguiu um “*procedimento análogo à chamada técnica dos exemplos-padrão. Só que aqui com alcance “cortado” ou de sentido unilateral: nem sempre um crime do “catálogo” (alíneas a) e b) do n.º 2) configurava um crime de “terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada”*”; mas, inversamente, só os crimes do “catálogo” poderiam corresponder a esta categoria e, estar, por isso, sujeitos ao seu regime” (in “*Bruscamente no Verão Passado*”, a reforma do Código de Processo Penal, Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente, Coimbra: 2009, p. 51).

⁸ In *Do Crime de Branqueamento de Capitais. Introdução e Tipicidade*, Coimbra: 2001, p. 32.

⁹ Em anotação ao art. 299.º do CP, in AA.VV., *Comentário Conimbricense do Código Penal — Parte Especial* (dirigido por Jorge de Figueiredo Dias), Tomo II, Coimbra: 1999, § 1, p. 1156.

base em elementos mais consensuais. Um conceito que deve ser suficientemente determinável, mas de carácter fluido, atenta a constante mutação e adaptação a que este tipo de criminalidade é mais propensa, como bem chama a atenção LAURA ZUÑIGA RODRÍGUEZ¹⁰.

Podem destacar-se as seguintes características mais comuns¹¹ ao conceito de criminalidade organizada:

- i) Organização estruturada, de carácter interno ou internacional — com divisão por famílias, células ou outras divisões similares;
- ii) Com carácter de permanência — grupo organizado de forma a sobreviver ao desaparecimento do líder;
- iii) Hierarquizada — graduação por lugares ou postos, com estrita vinculação/dever de obediência, mesmo que a organização possa apresentar-se de modo horizontal (por células autónomas), mas que sempre obedecerão a um designio fixado pelo líder;
- iv) De carácter secreto — onde vigora a “lei do silêncio”; e
- v) Com intenção de obter benefícios, directa ou indirectamente — lucros, vantagens patrimoniais ou de qualquer natureza (mesmo que só pôr em causa uma forma de organização do Estado ou da sociedade).

A fluidez ou flexibilidade a que se referiu traduz-se na amplitude de conformação destas características, com maior ou menor grau. A relevância deve ser dada à actividade em si: criminalidade organizada. Consequentemente, um facto isolado dificilmente integra o conceito. De igual modo, a gravidade da medida da pena (v.g., um crime de homicídio qualificado) não é, por si só, critério de legitimidade. Determinante é que se trate de criminalidade organizada.

1.3. Tentativa de aproximação ao conceito de criminalidade organizada económico-financeira

A criminalidade organizada económico-financeira ou criminalidade económica organizada será a parte da criminalidade organizada que, pela sua actividade ou fins, se caracteriza pela obtenção de benefícios económicos.

¹⁰ *In Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal, Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Editorial Comares, Granada: 2009, p. 141.

¹¹ Cfr., CLÁUDIA CRUZ SANTOS, para quem as três características mais frequentes são: a actividade permanente e racionalizada em moldes empresariais com intuito de obter lucro por meios ilícitos; a utilização (ou iminência de utilização) de violência; e a corrupção de funcionários — a que acrescerá, como consequência da globalização, a internacionalização (*in O Crime de Colarinho Branco*, *Studia Iuridica* 56, Coimbra: 2001, pp. 86-87). Cfr. em termos amplos, JOÃO PAULO VENTURA, *in* “O terrorismo, a criminalidade organizada e a segurança doméstica”, *in Policia e Justiça*, III S, 1 (Janeiro-Junho) 2003, pp. 113-126, pp. 121-122. *Vd.* também JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *in O Cidadão*, Jan.-Fev.MAR. (1994), pp. 71-88, pp. 74-77.

A forma como a criminalidade económica organizada se apresenta pode ser diferente das demais organizações, mas o conceito de criminalidade organizada é fluido e flexível, permitindo a variedade. Valem, *mutatis mutandis*, todos os cuidados *supra* elencados. O que importa é a actividade. Não é determinante se as estruturas criminosas dedicadas à actividade económica apresentam maior ou menor grau de organização estruturada ou de hierarquia. Ou se se apresentam com maior ou menor secretismo. Ou, ao invés da clássica liderança do chefe, tenham um ou mais órgãos com poderes de direcção. De igual modo, não releva se a estrutura adoptada é vertical ou horizontal ou em rede ou redes de células, com maior ou menor autonomia. Determinante é que, pela sua actividade ou fins, se possam verificar as características da criminalidade organizada. As particularidades que cada estrutura possa apresentar são idiossincrasias da criminalidade económica organizada.

2. A necessidade de métodos ocultos: características e princípios legitimadores

2.1. A necessidade de métodos ocultos

A natureza excepcional da criminalidade económico-financeira gera, do lado da força pública, uma correlativa exigência musculada, inclusivamente, através de métodos ocultos, para a sua investigação e prevenção. Paulatinamente, foram sendo criados regimes especiais que derrogam o regime geral do CPP considerado como a sede do garantismo¹². Por vezes, até regimes excepcionais, ainda que sem ceder à tentação do “*Direito Penal do inimigo*” de GÜNTHER JAKOBS¹³. Como assinala MARIA FERNANDA PALMA, a Ordem Jurídica, “*exactamente por pretender ser Direito, não pode conceber uma qualquer pessoa como seu inimigo, sob pena de deixar de ser, quanto a essa pessoa, Direito*”¹⁴. Ou como GERMANO MARQUES DA SILVA realça, especificamente sobre o combate à criminalidade organizada, “*nem pactos com o “diabo” nem a utilização de meios diabólicos*”¹⁵.

¹² Garantismo, como expressa LUIGI FERRAJOLI, significando que “*exprime a exigência, característica do Iluminismo jurídico, de minimização daquele “terrível poder”, como lhe chamou Montesquieu, que é o poder punitivo*”, in “Garantismo e Direito Penal”, in *Julgár* Número Especial (2008), pp. 51-64, tradução de P. VAZ PATTO, p. 52.

¹³ Havendo já quem fale, há algum tempo, em “Direito Processual Penal do Inimigo” — cfr. DIEGO RUDGE MALAN, “Processo penal do inimigo”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 58, Mar.-Abr., 2006, p. 223.

¹⁴ In *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Coimbra: 2005, pp. 227-228. Igualmente, in “Crimes de terrorismo e culpa penal”, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (org.: Manuel da Costa Andrade et. al.), Coimbra: 2003, pp. 235-258, rejeitando, de todo, o estatuto de “*inimigos ou não pessoas*”, mesmo no plano do terrorismo, em nome do “*universalismo do pensamento estóico*”, contra um conceito “*puramente contratualista de cidadania*” (*Idem*, p. 254).

¹⁵ In “A criminalidade organizada e a investigação criminal (Nem pactos com o “diabo” nem a utilização de meios diabólicos no seu combate)”, in *I Congresso de Processo Penal*, (Coord.

Reconhece-se a existência de uma correlatividade entre a natureza excepcional da criminalidade organizada e a resposta por vezes excepcional para o seu combate. Correlatividade proporcional à demanda por uma justiça funcionalmente eficaz perante os crescentes fenómenos de ameaça terrorista e grave crise económico-financeira, agora exponenciados através da globalização. Simultaneamente, a generalização das novas tecnologias e o constante aperfeiçoamento e progresso tecnológico/digital permitiram alcançar um lastro espectro de modalidades de investigação. A conjugação destes dois vectores (a demanda pela eficácia e o progresso tecnológico) catapultou o sistema processual penal para um vasto mundo onde tudo, ou quase tudo, é possível. Mas a questão é determinar em que condições é que o possível é admissível, quer através de métodos ocultos¹⁶, quer mesmo através de métodos “abertos”.

2.2. Características dos métodos ocultos: aproximação ao conceito

Os métodos não ocultos ou abertos serão todos aqueles que, destinados a prevenir ou investigar um crime e os seus agentes, são realizados sem qualquer carácter dissimulado, *i.e.*, são efectuados às claras e, por vezes, em frente ou com a colaboração livre do suspeito, arguido ou visado pela diligência. São exemplos de meios abertos o interrogatório de arguido, a busca, a revista, a reconstituição do facto, etc.

Diversamente, os métodos ocultos, utilizando as palavras de MANUEL DA COSTA ANDRADE, são aqueles “*que representam uma intromissão nos processos de acção, interacção, informação e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que as mesmas disso tenham consciência ou disso sequer se apercebam*”¹⁷. Trata-se de uma actuação dissimulada, nas costas do suspeito, que, sem o saber, ao continuar a agir com toda a naturalidade, por acção ou omissão, pode até facultar as provas para o processo-crime que poderá desconhecer.

As características dos métodos ocultos são a intrusão desconhecida na esfera do visado (o que pressupõe uma actuação dissimulada ou desconhecimento intencional por parte dos poderes públicos), a deslealdade (que não deixa espaço de liberdade ao visado para, querendo, definir os fins da sua acção) e, no limite, a susceptibilidade de corroer os fundamentos do Estado de Direito Democrático (levando a que o Estado se comporte como mais um

Manuel Guedes Valente), Coimbra: 2004, pp. 397-414. O Autor é peremptório: “*é profunda convicção, quase certeza, de que o processo penal comum é geralmente bastante para reagir com firmeza contra esse fenómeno que corrói as sociedades modernas e põe em risco o ideal democrático*” (*Idem*, p. 402).

¹⁶ Por vezes também nomeados como “*meios especiais de investigação*”, cfr. MARIA LUISA CESONI, in *Les dispositifs de lutte contre les organisations criminelles: une législation sous influence?*, Academia Press, Gent: 2004, pp. 81-11.

¹⁷ “*Bruscamente...*, *Op. Cit.*, p. 105.

player no mundo do crime — com a enorme vantagem de ter uma portentosa permissão de actuação que o mesmo define a cada momento —, transformando o arguido em mero objecto de prova, deixando para a insustentável leveza retórica o estatuto de sujeito processual). É, ainda, atributo destes métodos a restrição intensa de direitos fundamentais, nomeadamente, de direitos, liberdades e garantias fundamentais quer num plano substantivo (v.g., o direito à intimidade e privacidade, à transitoriedade da palavra falada, à imagem, à inviolabilidade do domicílio, etc.), quer num plano adjectivo (v.g., o direito a um processo justo e equitativo, o contraditório, o *nemo tenetur se ipsum accusare*, a lealdade, etc.). São exemplos de métodos ocultos as interceptações e gravações de comunicações telefónicas (vulgo, escutas telefónicas), as escutas ambientais através da recolha de imagem e/ou som de pessoas, a utilização de agentes encobertos, a localização celular, etc.

2.3. Os princípios legitimadores

A utilização de métodos ocultos constituiu uma das formas de reacção do sistema à criminalidade mais complexa. A excepcionalidade do crime organizado e da ameaça terrorista permitiu uma revolução. Pouco depois da viragem do milénio, o mundo mudou e com ele o processo penal, como anotou ANABELA MIRANDA RODRIGUES¹⁸. Do lado processual, os métodos ocultos foram a arma escolhida, aproveitando o referido progresso tecnológico/digital. Como WINFRIED HASSEMER assinalou há muito, “*esses modernos métodos de investigação policial revolucionaram o nosso direito processual penal. Houve uma mudança radical. Esses métodos são todos secretos. O investigado não pode saber de nada, porque se souber a investigação será ineficaz*”¹⁹.

E se perante a criminalidade clássica o processo penal deve orientar-se pela “*válida conciliação*”²⁰ entre a eficácia da legítima perseguição penal e o respeito pelos direitos fundamentais dos visados, mais o será perante esta criminalidade organizada. O ponto de equilíbrio em matéria de combate à criminalidade organizada e ao terrorismo é diferente, como aponta JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, dado que as vítimas desta criminalidade têm “*um direito indeclinável a uma protecção reforçada e, conseqüentemente, a uma intensificação do intervencionismo estadual. Com uma dupla e inultrapassável limitação [...] a que resulta do respeito pelo núcleo irredutível da dignidade humana [...] a que deriva da exigência jurídico-constitucional de não diminui-*

¹⁸ “*E como nestas coisas da perseguição penal, o “processo muda com o mundo”, o processo penal “mudou”*”, in “A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no “admirável mundo novo”, *RPCC*, Ano 12, n.º 4 (Out.-Dez.), 2004, p. 560.

¹⁹ In “*Perspectivas de uma moderna política criminal*”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 8, Out.-Dez., 1994, p. 47.

²⁰ Impressiva expressão de CASTANHEIRA NEVES, in *Sumários de Processo Criminal (1967-1968)*, Coimbra: Policopiado, 1968, p. 7.

ção, pela legislação ordinária e pela sua aplicação, da “extensão e do alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais” em matéria de direitos, liberdades e garantias, e, portanto, também daqueles que pertencem à chamada *Constituição Processual Penal*²¹.

É precisamente na Constituição Processual Penal que devem procurar-se os fundamentos e limites de intervenção do *ius puniendi* através do recurso a métodos ocultos para a prevenção e investigação da criminalidade organizada. O ponto de equilíbrio entre os interesses em causa assenta na Constituição. Um equilíbrio que convoca a concordância prática entre os vários interesses em confronto e que se executa, como refere VIEIRA DE ANDRADE²², através de um critério de proporcionalidade assente na distribuição dos custos do conflito. Ou, como defende RITA CASTANHEIRA NEVES, a propósito das escutas telefónicas, “há que encontrar um equilíbrio, ou seja, aquele ponto de harmonização e conciliação de interesses que maximize o maior grau de virtualidades para o sistema, secundarizando o menos possível os direitos que necessariamente resultam sacrificados”²³.

2.3.1. A legalidade: tipicidade ou atipicidade?

O ponto de partida é precisamente o princípio da legalidade como expressão da garantia de determinabilidade do sentido e alcance de normas restritivas de direitos, liberdades e garantias fundamentais. Considerando-se o método (oculto) clássico das escutas telefónicas, que constitui o paradigma para outros métodos²⁴, pode afirmar-se que o sentido e alcance do regime legal de um método (intensamente) lesivo de direitos, liberdades e garantias fundamentais²⁵ dependem da expressa e prévia permissão legal. Mas não de uma qualquer lei. Como o demonstrou a evolução do nosso regime das escutas.

²¹ In “A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 61, Mar.-Abr., 2008, pp. 24-25. Concluindo, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS sustenta que através destas limitações “ficarão preservados, na maior medida do possível os princípios processuais penais clássicos, próprios de um Estado de Direito” (*Idem*, p. 25).

²² Cfr. do Autor, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina Editora, 1987, p. 223.

²³ *In As ingerências nas Comunicações Electrónicas em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 94.

²⁴ O paradigma decorre de imposição legal. Por exemplo, e ainda dentro do CPP, é o que sucede com a extensão do regime das escutas para outros métodos por via da remissão prevista no art. 189.º do CPP. E mesmo fora da sistemática do CPP, continua a constituir o paradigma ainda que aparentemente muito subsidiário, como sucede com a remissão do art. 6.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro. Um paradigma que por vezes não tem arrimo nas particularidades de cada método, que não raramente mais se distanciam do que se aproximam, com exigido pela lei, da escuta.

²⁵ Sobre o largo espectro de direitos fundamentais restringidos pelas escutas telefónicas, cfr., por todos, MANUEL DA COSTA ANDRADE, in *Bruscamente...*, *Op. Cit.*, p. 106, e FRANCISCO AGUILAR, in “Notas reflexivas sobre o regime das escutas telefónicas no Código de processo penal português”, *O Direito*, Ano 148, 2016, III, p. 560.

O actual regime legal das escutas telefónicas resulta de uma progressiva sucessiva exigência de densidade normativa suficiente da lei habilitante. E isto porque tal método comporta, como ensina MANUEL DA COSTA ANDRADE²⁶, um elevado potencial de “*invasividade e devassa*”, de “*danosidade social*”, tanto num “*plano objectivo*” (face ao largo espectro de direitos fundamentais sacrificados, quer materiais-substantivos, quer adjectivos-processuais), como num “*plano subjectivo*” (face ao “*universo de pessoas atingidas*”). Regime esse que foi sendo construído ao longo da vigência do CPP, fruto do relevante contributo da Jurisprudência Constitucional portuguesa²⁷ e da experiência comparada. A este nível, destaca-se naturalmente a proximidade do nosso regime com o sistema alemão também nesta matéria, tendo acompanhado de perto a evolução do mesmo, e nalguns casos o legislador português foi mais longe. É de registar a influência da Jurisprudência alemã, em especial do Tribunal Constitucional Federal — “*Bundesverfassungsgericht*” —, que teve um papel determinante na conformação do regime legal alemão²⁸, e por via indirecta do sistema português. Por fim, *but not the least*, a Jurisprudência do TEDH²⁹ também contribuiu para a definição do regime das escutas, incluindo a sua interpretação e aplicação. Como refere IRENEU CABRAL BARRETO, a propósito do âmbito de aplicação do art. 8.º da CEDH que protege os direitos à vida privada e familiar e da correspondência, “*toda a escuta telefónica constitui uma ingerência no exercício dos direitos aqui protegidos, qualquer que seja o seu modo ou natureza*”³⁰.

Tudo permitiu chegar ao actual regime, revisto profundamente em 2007³¹ e sem alteração desde então. Um regime com um nível de minúcia e porme-

²⁶ “O regime dos “conhecimentos da investigação” em processo penal, reflexões a partir das escutas telefónicas”, in *RLJ*, n.º 3981, p. 352.

²⁷ Cfr., por exemplo, os Acórdãos do nosso Tribunal Constitucional (TC) n.ºs 407/97, 347/2001, 528/2003, 379/2004 e mais recentemente o Acórdão n.º 403/2015.

²⁸ Inclusive tem havido um prolongado “debate” entre a Jurisprudência do Tribunal de *Karlsruhe* e o legislador ordinário alemão, que levou em alguns momentos a que este tivesse de reformular por diversas vezes o respectivo regime legal em função dos arestos daquele Tribunal. Cfr. Acórdão do Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal alemão, (*BVerfGE*, 109, 279 ss.), proferido na sequência da aprovação da “lei de desenvolvimento da luta contra a criminalidade”, de 3 de Maio de 1998 (BGBl. I, p. 845), tendo declarado a inconstitucionalidade de parte daquela legislação (nomeadamente, quanto ao regime da “vigilância acústica em habitações”, também designada por *grosse Lauschangriff*, por oposição à *kleine Lauschangriff* — “regime das comunicações entre presentes em locais públicos ou fora do domicílio”). Na sequência daquele Acórdão, foi aprovada a nova redacção daquela lei (através da designada “lei de transposição do Acórdão do Tribunal Constitucional Federal, de 3 de Março de 2004”), de 24 de Junho de 2005, BGBl. I, p. 1841.

²⁹ Assim, por exemplo, foram determinantes no sistema português as *ratio decidendi* ínsitas nos Acórdãos “*Huvig vs. França*” de 30/04/1990, “*Kruslin vs. França*”, de 30/04/1990, “*Valenzuela Contreras vs. Espanha*”, de 30/07/1998, “*PG e JH vs. Reino Unido*”, de 25/09/2001, e “*Prado Bugallo vs. Espanha*”, de 18/02/2003, entre outros, e que se analisará *infra* em II, 5.2.1.

³⁰ Anotação n.º 5 ao art. 8.º da CEDH, in *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 2.ª ed., Coimbra, 1999, p. 184.

³¹ Revisão, com lastro de verdadeira Reforma neste assunto particular, operada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

nor tal que, paralelamente no sistema alemão, tem sido apontado por alguns autores como KLAUS ROGALL³², conduziu a uma “*burocratização do direito*”, no sentido em que o legislador ordinário tem utilizado o regime legal quase como se fosse um “manual de procedimentos” do que como regulamentação de um método de investigação.

Contudo, e independentemente da querela sobre as virtualidades e riscos do excesso de regulação, parece evidente que, no caso português, o legislador ordinário pretendeu fornecer um quadro legislativo tal que, proactivamente, dirimisse qualquer dúvida na aplicação dos princípios e requisitos de um método oculto como as escutas telefónicas, dando cumprimento a um comando de certeza e segurança jurídicas que a reserva de lei, prévia, expressa e estrita deve respeitar em matéria de restrições (intensas) de direitos fundamentais, *maxime* de direitos, liberdades e garantias, de carácter substantivos e adjectivos. Até porque, como nas palavras de JORGE REIS NOVAIS³³, lidando, neste caso, com “*restrições de direitos fundamentais que conferem uma protecção específica a bens de liberdade precisamente delimitados*”, a exigência de densidade normativa é maior do que aquela que decorreria caso se tratasse de “*direitos fundamentais potencialmente receptivos aos múltiplos condicionalismos e limitações derivados da sua necessária integração e compatibilização social com outros bens, como sejam a liberdade geral de acção ou ao livre desenvolvimento da personalidade*”³⁴.

A escuta telefónica colide com direitos fundamentais autónomos de liberdade e não apenas com meras consequências de direitos mais genéricos. Até porque esta maior exigência de densidade normativa é acompanhada, na razão directa, da maior intensidade do controlo judicial das intervenções restritivas. O que significa, do lado do legislador ordinário, a obrigação de construção de regimes mais densos, evitando assim, como defendeu FÁTIMA MATA-MOUROS, “*normas processuais penais em branco*”³⁵, ademais de carácter material ou substantivo e, como tais, sujeitas ao mesmíssimo crivo da legalidade/tipicidade da norma incriminadora substantiva.

³² Cfr. KLAUS ROGALL, in “A nova regulação da vigilância das telecomunicações na Alemanha”, 2.º Congresso de Investigação Criminal, trad. Vânia Costa Ramos, revisão de Augusto Silva Dias, (Coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes — Org. ASFIC/PJ e IDPCC/FDL-UL), Coimbra: Almedina, 2010, nota 7, p. 118, e, bem assim, na p. 123.

³³ *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010 (1.ª ed. 2003), pp. 854-855.

³⁴ Outros critérios que JORGE REIS NOVAIS aponta igualmente para esta maior exigência da densidade normativa exigida são a “*afecção de aspectos essenciais da dignidade da pessoa humana*” vs. a menor exigência que seria exigida na “*restrição de faculdades marginais todavia cobertas por uma protecção fundamental*”; ou ainda quando uma “*restrição é controversa, grave e duradoura ou constitui uma bagatela pacificamente tolerada*”, entre outros — cfr., *Idem*, pp. 854-855.

³⁵ FÁTIMA MATA MOUROS, *Juiz das Liberdades — Desconstrução de um mito do processo penal*, Coimbra: Almedina Editora, 2011, p. 247.

Igualmente, PAULO DE SOUSA MENDES sustenta que “só são aceitáveis como medidas excepcionais de investigação criminal, cuja possibilidade de utilização precisa de estar coberta por uma previsão legal, além de que carece sempre de demonstração de que essa medida é necessária e proporcional no caso concreto, no âmbito do Estado de Direito material”³⁶.

Este entendimento corresponde ao sustentado pela generalidade da doutrina portuguesa³⁷ e ao pensamento defendido por MANUEL DA COSTA ANDRADE de que os métodos ocultos só são admissíveis mediante “a reserva de lei. Com o significado de que só a lei pode autorizar e legitimar as medidas”³⁸.

Mas, como se foi fundamentando, não qualquer lei.

De acordo com o Autor³⁹, e colhendo os elementos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) alemão, que já se referiu anteriormente, a lei tem de prever, explicitamente o método oculto, fixar a sua compreensão, extensão e vinculação finalístico-teleológica e definir os seus limites. A norma restritiva deve ser clara e com determinabilidade, contendo uma disciplina suficientemente desenvolvida e completa quanto aos pressupostos, configuração e extensão da intervenção restritiva, de modo a que os seus destinatários compreendam devidamente o seu conteúdo e prevejam com segurança o resultado da sua aplicação.

Uma expressa norma habilitante com densidade normativa suficiente que traduza a salvaguarda de um direito ou interesse constitucionalmente⁴⁰ consagrado, como são as medidas de combate à criminalidade organizada. Uma lei de carácter geral e abstracto e não retroactivo. E ainda que a mesma respeite o comando consagrado no art. 18.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa (CRP): não diminuição da extensão e do alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais⁴¹. Relativamente às escutas

³⁶ “O processo penal entre a eficácia e as garantias”, in *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, (Coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: Almedina, 2014, p. 77.

³⁷ Assim, para além dos mencionados, cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, in *Comentário ao Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição actualizada, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008 (1.ª ed., 2007), anotação 7 ao art.125.º do CPP, p. 318, e, bem assim, anotação 9 ao art. 189.º do CPP, p. 527, e BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Da prova penal: Bruscamente...A(s) face(s) oculta(s) dos métodos ocultos de investigação criminal*, Tomo II, 1.ª edição, Editora Rei dos Livros, 2010, pp. 53-55.

³⁸ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Bruscamente...*, *Op. Cit.*, pp.112-114.

³⁹ *Idem*, p.112.

⁴⁰ Não basta a protecção de interesses de valor meramente infraconstitucional. Mas poderão ser protegidos interesses equiparados por via de convenção ou tratados internacionais ou ainda por disposição ordinária que desenvolva direitos ou interesses constitucionais.

⁴¹ Cfr. sobre as várias teorias JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições...*, *Op. Cit.*, pp. 863 ss; GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 395; VIEIRA DE ANDRADE, *Op. Cit.*, pp. 303 ss.; e ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais* (trad. por Virgílio Afonso da Silva da 5.ª ed. alemã de 2006), S. Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 295-301.

telefónicas, por restrição constitucional (art. 34.º, n.º 4, da CRP), estão limitadas à investigação criminal e no CPP à fase de inquérito⁴² (art. 187.º, n.º 1, do CPP). Não são por isso admissíveis escutas na prevenção ou “*meramente exploratórias pré-processuais*”⁴³.

Do aqui recenseado parece óbvio concluir que o cumprimento do princípio da legalidade em matéria de métodos ocultos se traduz na sua tipicidade. Não abala esta ordem de ideias o previsto no art. 125.º do CPP. Neste preceito consagra-se o princípio da liberdade (relativa) dos meios de prova num “*claro sentido de abertura do sistema*”, como refere PEDRO SOARES DE ALBERGARIA⁴⁴. O que traduz um sistema “*que admite não só os meios de prova regulamentados por lei, como todos aqueles que não forem proibidos ainda que atípicos ou inominados no sentido de não estarem tipificados na lei processual*”, nas palavras de SUSANA AIRES DE SOUSA⁴⁵. ALBERTO MEDINA DE SEIÇA aponta que este preceito não constitui “*uma mera regra de exclusão, vedando por exemplo, formas de aquisição proibidas, nem a uma estrita regra de permissão ou de inclusão, ao abrir o caminho a vias não previstas*”⁴⁶.

Ainda assim, e como PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE ressalva, “*os meios de prova atípicos estão subordinados aos demais limites constitucionais e legais de admissibilidade de prova, como os resultantes do art. 126.º*”⁴⁷. E quanto aos meios de obtenção de prova, o Autor reforça que, apesar da sua não taxatividade, quando importem um “*elevado grau de intrusão na privacidade do suspeito*” devem estar previstos por “*uma lei expressa*”⁴⁸.

O designado princípio da legalidade da prova aplicado aos métodos ocultos traduz-se, pelo menos, numa intrusão abusiva na privacidade/intimidade quando realizado fora dos casos expressamente previstos na lei (e com densidade normativa suficiente) ou sem o consentimento dos visados (art. 126.º, n.º 3, do CPP). A liberdade de meios de prova prevista no art. 125.º não pode igualmente deixar de atender à conformidade de novos/innovatórios

⁴² FÁTIMA MATA-MOUROS constata igualmente que “*a realização de uma escuta telefónica, na nossa ordem jurídica, só tem cabimento em processo penal, como impõe a Constituição (art. 34.º, n.º 4). Pressupõe-se, pois a instauração de um inquérito, e para tanto é necessária a notícia de um crime*”, in “*Escutas telefónicas — o que não muda com a reforma*”, in *Jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal, Revista do CEJ*, n.º 9 (2008), p. 241. Alertando, contudo, para o potencial que a escuta poderia ter na prevenção, mas que é proibido face à actual previsão constitucional.

⁴³ FRANCISCO AGUILAR, *Op. Cit.*, p. 565.

⁴⁴ In *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Tomo II, Artigos 124.º a 190.º*, AA. VV., Coimbra: Almedina, §2 em anotação ao art. 125.º, p. 30.

⁴⁵ “*Neurociências e processo penal: verdade ex machina*”, in AA. VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Vol. II, Direito Penal e Direito Processual Penal*, (Org. José Faria e Costa, et al.), Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Iuridica 109, Ad Honorem 8, 2017, p. 899.

⁴⁶ “*Legalidade da prova e reconhecimento “atípicos” em processo penal: notas à margem de jurisprudência (quase) constante*», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1408.

⁴⁷ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Op. Cit.*, nota n.º 2 ao art. 125.º do CPP, p. 317.

⁴⁸ *Idem, Op. Cit.*, nota n.º 4 ao art. 125.º do CPP, p. 317.

regimes jurídicos (criadores de novos meios de obtenção de prova) com a CRP. Consequentemente, será difícil encontrar um meio oculto, dado o seu carácter intrusivo, que não contenda de modo intenso com direitos, liberdades e garantias fundamentais para além da própria privacidade e intimidade da vida privada. Até porque “o julgador não pode criar uma norma restritiva de direitos fundamentais onde o legislador ordinário não a criou”⁴⁹.

Também não são admissíveis métodos que constituam a violação dos regimes tipificados. Tal como refere GERMANO MARQUES DA SILVA, a “inobservância da regulamentação legal implica a violação das regras probatórias, não torna o meio atípico”⁵⁰. E, de modo clarividente, também SANDRA OLIVEIRA E SILVA: “a liberdade dos meios de prova encontra limites normativos não apenas nas expressas proibições de prova (art. 126.º), mas também nos formalismos prescritos na lei para a aquisição de determinada parcela de conhecimento probatório”⁵¹.

2.3.2. A proporcionalidade e a subsidiariedade

O respeito pelo princípio da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2, 2.ª parte, da CRP) não é de somenos. Implica, no ensinamento de JORGE MIRANDA, “três vectores: *necessidade, adequação e racionalidade*”⁵² ou proporcionalidade *stricto sensu*.

A Jurisprudência Constitucional portuguesa tem densificado o princípio da proporcionalidade, identificando de igual modo três dimensões do mesmo. No Acórdão n.º 187/2001, o TC identificou os três sub-princípios em que se desdobra o princípio da proporcionalidade do seguinte modo: “*princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); princípio da justa medida, ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adoptar-se medidas excessivas,*

⁴⁹ PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, *Op. Cit.*, §5 em anotação ao art. 125.º, p. 32. Alicerçando o Autor tal limitação no princípio da reserva de lei.

⁵⁰ *Curso de Processo Penal*, II, 2.ª ed., Lisboa: Verbo Editora, 1999, p. 187.

⁵¹ “Legalidade de prova e provas proibidas”, *RPCC*, ano 21, n.º 4 (2011), p. 569.

⁵² Anotação XVIII ao art. 18.º da CRP, *Op. Cit.*, p. 162. Para o Autor, “A *necessidade* supõe a existência de um bem juridicamente protegido e de uma circunstância que imponha intervenção ou decisão; equivale a exigibilidade desta intervenção ou decisão. A *adequação* significa que a providência se mostra adequada ao objectivo almejado, se destina ao fim contemplado pela norma, e não a outro; significa, pois, correspondência de meios a fins. A *racionalidade* ou proporcionalidade *stricto sensu* implica justa medida: que o órgão competente proceda a uma correcta avaliação da providência em termos quantitativos (e não só qualitativos); que a providência não fique aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido — *nem mais, nem menos*”, *Idem*, p. 162.

desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos)⁵³. A estes três vectores correspondem, por isso, três testes finos.

No Acórdão n.º 632/2008, a partir do edificado anteriormente, veio o TC adicionar três precisões. A primeira, relativamente à proporcionalidade *stricto sensu* ou critério da justa medida, precisando que aquilo que se pretende medir “*é a relação concretamente existente entre a carga coactiva decorrente da medida adoptada e o peso específico do ganho de interesse público que com tal medida se visa alcançar*”, ou seja, que se exija uma ponderação ou gradação e “*correspondência dos efeitos e das medidas possíveis*”⁵⁴.

A segunda precisão tem a ver com a ordem de comprovação de cada critério, devendo dar-se precedência lógica desde o mais abstracto até ao mais concreto. E caso a norma em causa falhe algum subprincípio ou critério, não haverá necessidade de testar os demais. “*Quer isto dizer, exactamente, o seguinte: o teste da proporcionalidade inicia-se logicamente com o recurso ao subprincípio da adequação. Nele, apenas se afere se um certo meio é, em abstracto e enquanto meio típico, idóneo ou apto para a realização de um certo fim. A formulação de um juízo negativo acerca da adequação prejudica logicamente a necessidade de aplicação dos outros testes. No entanto, se se não concluir pela inadequação típica do meio ao fim, haverá em seguida que recorrer ao exame da exigibilidade, também conhecido por necessidade de escolha do meio mais benigno. É este um exame mais ‘fino’, ou mais próximo das especificidades do caso concreto: através dele se avalia a existência — ou inexistência —, na situação da vida, de várias possibilidades (igualmente idóneas) para a realização do fim pretendido, de forma a que se saiba se, in casu, foi escolhida, como devia, a possibilidade mais benigna ou menos onerosa para os particulares. Caso se chegue à conclusão de que tal não sucedeu — o que é sempre possível, já que pode haver medidas que, embora tidas por adequadas, se não venham a revelar no entanto necessárias ou exigíveis —, fica logicamente prejudicada a inevitabilidade de recurso ao último teste de proporcionalidade*”⁵⁵.

Por último, uma terceira precisão, como reconhecimento da liberdade de conformação do legislador (de que não goza a administração na aplicação⁵⁶) quanto ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo ao delinear os concretos regimes legais desde que conformes aos parâmetros constitucionais.

⁵³ Cfr. Acórdão do TC n.º 187/2001, correspondendo já a um desenvolvimento do Acórdão 634/93 do mesmo Tribunal relativamente ao princípio da proporcionalidade.

⁵⁴ Colhendo nesta parte o já referido Acórdão n.º 187/2001.

⁵⁵ Acórdão do TC n.º 632/2008.

⁵⁶ Reconhecendo que os direitos, liberdades e garantias se aplicam directamente a todas as pessoas, incluindo entidades públicas e privadas, mas atribuindo ao legislador a liberdade de conformação de que não goza a administração: “*Certo é, porém, que o poder legislativo se distingue do poder administrativo precisamente pela liberdade que tem para, no quadro da Constituição, eleger as finalidades que hão-de orientar as suas escolhas: disto mesmo aliás se fala, quando se fala em liberdade de conformação do legislador*” — cfr. Acórdão do TC n.º 632/2008.

Assim, “o juízo de invalidade de uma certa medida legislativa, com fundamento em inobservância de qualquer um dos testes que compõem a proporcionalidade, se há-de estribar sempre — como se disse no Acórdão n.º 187/2001 — em manifesto incumprimento, por parte do legislador, dos deveres que sobre ele impendem por força do princípio constitucional da proibição do excesso”.

A norma habilitante deve integrar esta ponderação, ainda que abstractamente, do princípio da proporcionalidade. Para a previsão de um método oculto de investigação é necessário ainda que tal ponderação incida sobre um catálogo. Catálogo que, nas palavras de MANUEL DA COSTA ANDRADE, “o legislador plasma e é através dele que exprime o seu juízo de ponderação e superação do conflito entre: os interesses da investigação e da eficácia da justiça penal, por um lado; e os bens jurídicos ou os valores correspondentes por outro. O catálogo representa, pois, o padrão e a medida da proporcionalidade querida pelo legislador e, como tal, imposta ao intérprete e aplicador”⁵⁷.

O que implica também o cumprimento do princípio da subsidiariedade⁵⁸, ou seja, que apenas se preveja um método oculto quando não possa ser cumprida a mesma finalidade com outro meio não oculto. E sendo necessário recorrer a um meio oculto, deve optar-se por outro menos invasivo de direitos fundamentais. Como refere MANUEL DA COSTA ANDRADE, subsidiariedade tanto no “plano extrínseco, isto é, na relação com os “meios abertos”, como no plano intrínseco, ou seja, nas relações dos meios entre si”⁵⁹. Impondo também limitações na cumulação de meios ocultos. Isto é, não podem o legislador e o intérprete perder de vista o panorama geral das restrições de direitos fundamentais, atendendo ao carácter excepcional ou de *ultima ratio* que o recurso a métodos ocultos expressa.

Não é, por isso, estranha a redacção actual do art. 187.º, n.º 1, do CPP, após a revisão de 2007 do CPP, no que respeita ao critério da indispensabilidade da escuta telefónica como sinónimo de quase impossibilidade de prosseguir a investigação por outros meios. O que representou, segundo JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, “uma clara intenção de afirmar, e acentuar, a excepcionalidade (quando não o carácter de *ultima ratio*) do recurso a escutas telefónicas”⁶⁰. A indispensabilidade agora exigida é próxima da quase impossibilidade de prosseguir a investigação de um crime por outra via menos lesiva

⁵⁷ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “O regime dos “conhecimentos da investigação” em processo penal”, in *As alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: Uma reforma «cirúrgica»?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 189-190.

⁵⁸ Cujo âmbito se procurou também reforçar na revisão de 2007, como FÁTIMA MATA-MOUROS regista in “Escutas telefónicas...”, *Op. Cit.*, p. 240.

⁵⁹ *Bruscamente...*, *Op. Cit.*, p. 114.

⁶⁰ In “O regime legal das escutas telefónicas — algumas breves reflexões”, in *Jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal, Revista do CEJ*, n.º 9 (2008), p. 207. No mesmo sentido, INÊS FERREIRA LEITE, “O novo regime das escutas telefónicas”, in *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, (Coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: Almedina, 2014, p. 257, e, bem assim, p. 259.

de direitos fundamentais. Uma extrema dificuldade de prosseguir a investigação por outras vias ou, se se preferir, da demonstração de uma “ausência de alternativas de razoável eficácia” nas palavras de INÊS FERREIRA LEITE⁶¹ ou, como refere JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, de acordo com um “juízo de prognose face à situação concreta das investigações e aos elementos (já) recolhidos, abrangendo a sua complexidade, mas também a sua eficácia”⁶².

É este o padrão conforme à CRP a que a lei habilitante deve obediência de modo a poder passar no crivo da “qualidade de lei” (da jurisprudência do TEDH) ou “densidade normativa suficiente” (a que se refere a jurisprudência Constitucional portuguesa), sob pena de desconformidade material face à Lei Fundamental.

2.3.3. A reserva de juiz ou judicialidade e o controlo efectivo mediante prévio pedido do Ministério Público

Os princípios da reserva de juiz ou da judicialidade e o controlo efectivo dos métodos ocultos por juiz emanam directamente da CRP (arts. 32.º, n.º 4, e 202.º, n.º 2). Tratando-se de actos que se prendem directamente com direitos fundamentais, e como se verificou, os métodos ocultos bulem intensamente com os direitos, liberdades e garantias fundamentais, de cariz substantivo e processual. A consequência de tal premissa é a necessidade de um acto jurisdicional. E na fase de inquérito, mediante a prévia promoção do Ministério Público (MP), por respeito pela titularidade da acção penal como sinónimo da direcção desta fase (arts. 219.º, n.º 1, da CRP e 263.º do CPP).

Um acto material de verificação da legalidade da medida e de ponderação concreta dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade de acordo com os critérios apontados. A circunstância de tal ponderação já ter sido realizada pelo legislador através do juízo genérico e abstracto não traduz uma menor exigência ao juiz de verificação *in casu* dos pressupostos, requisitos e princípios legitimadores de cada método oculto. São dois níveis distintos de ponderação: um abstracto, outro concreto, face às circunstâncias de cada caso. Ainda que os critérios e juízos finos sejam os mesmos, incidem e perspectivam-se de modo diferente (até pela natureza diferenciada de um juízo abstracto vs. concreto), cabendo à magistratura judicial um relevante papel de controlo. Embora tal não signifique que a promoção do MP deva ter um menor grau de exigência. Na verdade, a actuação dos magistrados do MP está norteada pelo princípio da legalidade (art. 219.º, n.º 1, da CRP), de acordo com critérios de estrita objectividade (art. 53.º, n.º 1, do CPP e, bem assim, art. 2.º, n.º 1, do Estatuto do MP). O que não pode deixar de se traduzir no dever de a promoção do MP, em particular quanto a métodos ocultos, se fundar na mesma exigência de fundamentação imposta à decisão judicial.

⁶¹ *Op. Cit.*, p. 258.

⁶² *Op. Cit.*, p. 207.

A reserva de juiz/judicialidade traduz-se na exigência de controlo ou sindicância que o juiz deve efectuar quer no momento da autorização do método, quer nos momentos subsequentes de validação da mesma. É o que se passa nomeadamente no caso paradigmático da escuta face à exigência do art. 188.º, n.º 4, do CPP. Uma verdadeira comprovação inicial e subsequente que deve espelhar-se na motivação de cada despacho⁶³.

Aliás, tal controlo, que visa a comprovação dos requisitos legais que incorporam os princípios constitucionais nesta matéria (incluindo a proporcionalidade), só pode ser concretizado se a motivação do despacho inicial for suficientemente densa que permita a um terceiro inferir a ponderação realizada *in casu*. Terceiro esse que tanto poderá ser o arguido e o seu defensor, como, e em especial, o juiz da fase de instrução, o tribunal de julgamento e o tribunal *ad quem* em caso de impugnação/recurso.

Só assim se dá cumprimento ao programa constitucional, nomeadamente, da reserva de juiz de actos materialmente instrutórios, intensamente lesivos de direitos fundamentais como a ingerência nas telecomunicações e na reserva da vida privada e da intimidade, e da exigência da proporcionalidade a que deve obedecer aquela restrição, além do estatuto de arguido (incluindo o *nemo tenetur*), do seu direito a um processo justo e equitativo, às garantias de defesa e ao recurso.

É bem conhecido o contributo da Jurisprudência Constitucional portuguesa nesta matéria e nas particulares exigências face à necessidade de efectivação da reserva de juiz aliada a um controlo judicial do conteúdo da escuta telefónica. Um controlo material e de proximidade. Para o TC, desde os Acórdãos n.ºs 407/97, 347/2001, 528/2003, 379/2004 e 4/2006, a reserva de juiz e a proporcionalidade não estão desligadas do “controlo de proximidade” da escuta telefónica. A comprovação realizada no despacho inicial não apaga a necessidade de acompanhamento próximo por parte do juiz nos momentos subsequentes.

O que conduziu à reformulação do regime das escutas na revisão de 2007, incluindo do art. 188.º, que, como refere JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, “*sob as designadas “formalidades” das operações encontram-se reguladas matérias atinentes à “reserva do juiz”, constitucionalmente consagrada no art. 32.º, n.º 4, da CRP*”⁶⁴. De facto, não se trata de meras formalidades o que se dispõe no art. 188.º do CPP, mas também de conteúdo substantivo da reserva de juiz, que comporta um controlo judicial subsequente com proximidade temporal.

Se o prazo fixado legalmente, nos termos do art. 188.º, n.º 4, do CPP (48 horas), para que o juiz de instrução valide as escutas for ultrapassado importa consequências que são diversas consoante a gravidade da preterição. A este propósito o recente Acórdão de fixação de jurisprudência do Supremo

⁶³ No mesmo sentido, JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *Op. Cit.*, pp. 212-213.

⁶⁴ *Idem*, p. 210.

Tribunal de Justiça (STJ) n.º 1/2018 tomou posição no sentido de constituir uma nulidade dependente de arguição nos termos dos arts. 190.º e 120.º do CPP⁶⁵. Subscreeve-se tal posição se o prazo for violado em momentos temporais escassos (minutos, horas ou poucos dias), não pondo em causa o princípio substantivo do acompanhamento próximo por parte do juiz de instrução do resultado da escuta. Porém, se não houver sequer a apresentação ao juiz de instrução ou se a apresentação for tão distante (semanas ou meses), a cominação de nulidade do art. 190.º do CPP não pode traduzir-se em mera preterição de formalidade e, como tal, cominada com a nulidade dependente de arguição. Do que aqui se trata é da violação do princípio (material) do acompanhamento judicial, o que implicará necessariamente uma cominação mais grave: nulidade decorrente de proibição de prova do art. 126.º, n.º 3, por referência à proibição de prova do art. 32.º, n.º 8, da CRP, com o respectivo regime.

O despacho judicial que autoriza qualquer método oculto deve proceder a uma comprovação do preenchimento de todos os pressupostos, requisitos e princípios da escuta telefónica. Se qualquer despacho judicial deve cumprir com o dever geral de fundamentação (art. 97.º, n.º 5, do CPP), mais deverá exigir-se ao despacho que determina a escuta telefónica, bem como aos que a prorrogam. Uma fundamentação que permita o escrutínio *ex post* atendendo ao elevado grau de “*danosidade social*” da escuta. Para GERMANO MARQUES DA SILVA, o dever geral de fundamentação a que obedece todo o acto decisório tem como finalidades a “*maior confiança do cidadão na Justiça, o autocontrolo das autoridades judiciárias e o direito de defesa a exercer através de recursos*”⁶⁶. Este autocontrolo, que pretende evitar o erro judiciário, impondo critérios racionais de valoração das provas, está intrinsecamente ligado ao exercício do direito de defesa, pois “*só conhecendo o processo de formação da convicção do julgador se poderá avaliar da legalidade e da razoabilidade*”⁶⁷. E se assim é para um acto decisório em geral (incluindo a sentença), muito mais será exigido para uma autorização de um meio oculto tendo em conta a sua capacidade de afectação de direitos. Uma exigência que se impõe ao despacho judicial no momento da autorização, bem como no da sua prorrogação e, ainda que em menor grau, no acompanhamento do método oculto, tudo em ordem a que o resultado possa ser valorado como prova.

Continuando a utilizar o regime paradigmático da escuta, do despacho fundamentado devem constar “*os elementos de facto, a justificação da necessidade e indispensabilidade do recurso a este meio de prova para a descoberta*”

⁶⁵ “*A simples falta de observância do prazo de 48 horas, imposto no n.º 4 do art. 188.º do CPP, para o M.º P.º levar ao juiz os suportes técnicos, autos e relatórios referentes a escutas telefónicas, constitui nulidade dependente de arguição, nos termos dos arts. 190.º e 120.º, ambos do Código de Processo Penal.*”

No mesmo sentido, JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *Op. Cit.*, pp. 212-213.

⁶⁶ *Curso...*, II, *Op. Cit.*, p. 128.

⁶⁷ *Idem*, p. 128.

da verdade material e, em termos de direito, de fazer menção aos crimes indiciados (que têm de se enquadrar nos crimes de catálogo do art. 187.º, n.º 1) e indicar que a interceptação é requerida, visando uma das pessoas indicadas no art. 187.º, n.º 4⁶⁸. Sem prejuízo, pelo menos, do prazo pelo qual é autorizada e, como bem defendeu FÁTIMA MATA-MOUROS⁶⁹, da identificação do número concretamente a ser alvo da escuta. Um despacho fundamentado que revele um juízo concreto de ponderação e verificação dos pressupostos, requisitos e cumprimento dos princípios aplicáveis.

Este dever de motivação reforçado, que se aplica a todo e qualquer método oculto, decorre não apenas dos princípios constitucionais materiais-substantivos (legalidade, proporcionalidade, reserva de juiz em matéria de restrição intensa de direitos, liberdades e garantias fundamentais e os direitos fundamentais concretamente lesados com o método oculto), como também dos princípios adjectivo-processuais (direito a um processo justo e equitativo, garantias de defesa, incluindo o recurso, do contraditório e do *nemo tenetur*). É que a reserva de juiz implica necessariamente um controlo substantivo que permita *ex post* ao visado, arguido ou qualquer terceiro (incluindo o juiz de julgamento e/ou o de recurso) reconstituir os passos lógicos e fundamentos do método oculto, em ordem a apreciar a validade substantiva do método. Não bastando, por isso, fórmulas abstractas, genéricas e inócuas que se poderiam aplicar àquele processo como a todos os demais de criminalidade organizada.

Não sendo, igualmente, de admitir, *a fortiori*, como suficiente fundamentação de tal despacho judicial a mera remissão para a promoção do MP (dada a ausência de prévia permissão legal neste sentido) sem que tal espelhe o juízo autónomo, concreto e o processo de formação da convicção que conduziu àquela decisão judicial. Como realça MARIA JOÃO ANTUNES, a propósito de a fundamentação da decisão do juiz de instrução que aplica a medida de coacção poder ser feita por remissão para o MP: “(a) *questão está em saber se a função de tutela que é própria da reserva de juiz se pode bastar com a remissão para a promoção do ministério público ou se exige antes que seja o “juiz, ele próprio, a subjectivizar a fundamentação e a medida”*”⁷⁰. A este propósito o TC julgou as normas em causa como não inconstitucionais, nomeadamente, e por último, no Acórdão n.º 391/2015. Porém, tal apreciação não deixou de realçar que o problema não estaria tanto na interpretação normativa, mas na aplicação das normas. O que, dada a

⁶⁸ Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *in Código de Processo Penal, Comentários e Notas Práticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, anotação 4 ao art. 187.º, p. 486.

⁶⁹ Exigindo assim uma autorização concreta para cada número, não sendo admissível uma autorização para um equipamento (IMEI) que abranja todos os números ou cartões/IMSI utilizados com o mesmo, *in Sob escuta: reflexões sobre o problema das escutas telefónicas e as funções do juiz de instrução criminal*, Cascais: Principia, 2003, p. 45.

⁷⁰ *In Direito Processual Penal*, (2.ª ed.), Coimbra: Almedina, 2018, p. 154.

limitação dos poderes de cognição do TC, estaria em outro plano. Em conformidade, para o TC, haveria que apurar, a montante, se a decisão do juiz, ao remeter a fundamentação para a promoção do MP, “*transmite um juízo autónomo e pessoal do seu subscritor*”. Em matéria de escutas telefónicas, a função de tutela da reserva de juiz só pode traduzir-se na inadmissibilidade de fundamentações por remessa. Tal como MANUEL DA COSTA ANDRADE conclui assertivamente, o juiz terá de avaliar os fundamentos da promoção do MP, pelo que “*não pode, pura e simplesmente, remeter-se à fundamentação por ele apresentada*”⁷¹.

De igual modo, o despacho judicial não incide exclusivamente sobre a ponderação da proporcionalidade ou na subsidiariedade. Incide sobre todos os pressupostos, requisitos e princípios legitimadores. A começar pela legalidade do método requerido. É o que sucedeu, com sucesso, num célebre caso da cela prisional de que dá conta o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 27 de Fevereiro de 2008, relativo ao proc. n.º 10898/2007-3 (disponível em “<http://www.dgsi.pt>”)⁷². Pretendia o MP que fosse autorizada uma escuta ambiental (com registo fonográfico) numa cela prisional para a investigação de um crime de homicídio. Para o efeito, invocou a extrema dificuldade de investigação do crime de homicídio e no facto de a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, permitir escutas para crimes menos graves. Os dois suspeitos estavam presos num estabelecimento de Ponta Delgada, tendo o MP alegado que já teria obtido a aprovação dos serviços competentes para transferi-los para Lisboa de modo a que pudessem partilhar uma cela e assim pudesse ser realizada a referida escuta. Assertivamente, o juiz de instrução negou tal pretensão e o TRL manteve tal decisão, precisamente, porque o método não seria legalmente admissível, inclusivamente, porque a gravidade do crime não é critério suficiente para a realização da escuta e até estranhando o facto de haver pistas que a investigação ainda não tinha esgotado. Por aqui se comprova também a utilidade e operacionalidade do conceito de criminalidade organizada: a simples existência de um facto punido com a pena mais severa do sistema não significa que se trate de qualquer criminalidade organizada. A Lei n.º 5/2002, de 11 Janeiro, consagra o regime de criminalidade organizada (englobando a criminalidade económico-financeira). Não se trata apenas de *mais um* regime. É o *regime excepcional* para as situações que merecem um tratamento diferenciado, mas adequado, proporcional e na medida do estrita-

⁷¹ In “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral)”, in *Que futuro para o direito processual penal?: Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, (Coord. Mário Ferreira Monte et al.), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 550.

⁷² “A realização de escutas através de microfone a colocar em cela de duas camas em estabelecimento prisional com a finalidade de registar as conversações efectuadas por dois arguidos ocupantes de tal cela, com vista á investigação de crime de homicídio, não é legalmente admissível face ao disposto nos artigos 187.º, 188.º, 190.º CPP e 34.º n.ºs 1 e 4 CRP, sob pena de violação intolerável dos direitos constitucionais de inviolabilidade do domicílio e da reserva de intimidade da vida privada”.

mente necessário para o combate aquela criminalidade. Como já sustentamos, *“há que regressar ao básico: teleologicamente este regime destina-se à actividade criminosa especialmente mais complexa e de difícil investigação (criminalidade organizada), não a actos isolados”*⁷³. Isto sem prejuízo da falta de legalidade (escuta ambiental domiciliária) e proporcionalidade (haveria outras pistas de investigação que nem sequer tinham sido exploradas). A função de controlo por parte do juiz, quer de instrução, quer de recurso, foi determinante neste caso, como o será em todos.

A relação entre, por um lado, a reserva de juiz e o acompanhamento por este dos métodos ocultos e, de outro, o princípio do pedido pelo MP tem correspondência no regime das escutas. A promoção pelo MP de uma escuta telefónica é um dos requisitos mais elementares e indiscutíveis do regime das escutas telefónicas (art. 187.º, n.º 1, do CPP). CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA chama à atenção para um verdadeiro princípio do pedido: *“num sistema acusatório de órgão jurisdicional monofuncional, o pedido delimita o objecto do juízo”*⁷⁴.

E bem se compreende a solução do legislador ordinário, estribada no respeito pela estrutura acusatória (art. 32.º, n.º 5, da CRP), que obriga à separação entre a entidade que investiga e deduz acusação (o MP) e entidade que julga (o juiz), no respeito pela autonomia do MP e a direcção (efectiva) do inquérito, como sinónimo de titularidade da acção penal (art. 219.º, n.ºs 2 e 1, da CRP) e, bem assim, na reserva de juiz de actos materialmente instrutórios (art. 32.º, n.º 4, da CRP).

No CPP estabelece-se assim a correspondência daqueles princípios ao plasmar-se a obrigatoriedade de requerimento pelo MP no art. 187.º, n.º 1, até porque compete ao mesmo a direcção do inquérito (art. 263.º, n.º 1, do CPP), que inclui a definição da estratégia de investigação, das diligências e meios de obtenção de prova em ordem às finalidades do inquérito: apurar a existência de crime, dos seus agentes, recolhendo a prova para o efeito com vista à decisão final de inquérito (art. 262.º, n.º 1, do CPP). Como entende PAULO DÁ MESQUITA, o inquérito funcionalmente combina três factores — *“notícia do crime, investigação do crime e decisão sobre o exercício da acção penal”*⁷⁵ — com a *“natureza teleologicamente vinculada”* à decisão de mérito sobre o exercício da acção penal. Para o efeito, o MP tem competência para todos os actos de inquérito (art. 267.º) que não estejam atribuídos ao juiz de instrução (arts. 268.º e 269.º), ou seja, aqueles que materialmente correspondem a actos instrutórios ou que corresponderem a lesões mais intensas ou directas dos direitos, liberdades e garantias fundamentais.

É este o equilíbrio que decorre desde o inicial aresto de fiscalização preventiva da constitucionalidade do CPP de 1987 (o Acórdão do TC n.º 7/87).

⁷³ Cfr., JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, *Op. Cit.*, p. 536.

⁷⁴ In “Escutas telefónicas...”, *Op. Cit.*, p. 266.

⁷⁵ *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 215.

A intervenção do juiz de instrução como efectivo juiz das liberdades e das garantias, em especial no inquérito no âmbito de competências materialmente instrutórias. Consequentemente, é imprescindível a promoção do MP para que o juiz possa tomar nas suas mãos a ponderação necessária, exigível e de justa medida face aos interesses em conflito (art. 269.º, n.º 1, al. e), do CPP). Como afirma ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR, “(n) o processo penal português o juiz de instrução está funcionalmente vinculado à protecção dos direitos fundamentais e de garante da realização das concordâncias práticas no processo entre valores fundamentais conflitantes”⁷⁶.

Questão autónoma que se coloca é a de saber o limite da vinculação do juiz de instrução face ao promovido pelo MP quanto às escutas e, em geral, quanto a métodos ocultos.

O juiz de instrução “*não pode determinar uma escuta para além dos termos do requerimento do Ministério Público ou por prazo superior ao requerido*”⁷⁷. No entanto, a vinculação do juiz de instrução não fica limitada ao deferimento ou indeferimento da escuta. Admite-se que possa indeferir parcialmente em relação ao grau de intrusão pretendido pelo MP. Como defende PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, permite-se que o juiz de instrução possa, por via de despacho igualmente fundamentado, indeferir *i)* a escuta relativamente a certo alvo e não a todos os requeridos, *ii)* ou de certos telefones e não a outros, *iii)* ou, ainda, “*deferir a escuta por prazo inferior ao requerido pelo Ministério Público*”⁷⁸. Solução equilibrada, que reafirma o papel de juiz das liberdades que o juiz de instrução desempenha a este propósito e mantém a autonomia e direcção do inquérito do MP, dando cumprimento aos princípios constitucionais identificados.

Também nada impede, pelo contrário até se impõe, que o juiz de instrução esteja vinculado quanto à fundamentação aduzida pelo MP. A decisão em consciência e de acordo com o Direito e a função judicial implica que o juiz deva formular a sua convicção de acordo com os elementos integrais constantes do processo e não apenas com os invocados pelo MP. Isto quer quanto aos elementos de facto, quer quanto aos elementos de direito⁷⁹.

Não se trata de uma consequência do art. 194.º, n.º 2, do CPP. Nas medidas de coacção e garantia patrimonial o juiz de instrução, durante o inquérito, pode aplicar “*medida de coacção diversa, ainda que mais grave, quanto à sua natureza, medida ou modalidade de execução, da requerida*” pelo MP desde que tal seja fundamento nas als. a) e c) do art. 204.º do CPP.

⁷⁶ In “Processo Penal: reforma ou revisão: as rupturas silenciosas”, *RPCC*, ano 18, n.ºs 2 e 3 (2008), p. 352.

⁷⁷ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Op. Cit.*, nota n.º 2 ao art. 187.º do CPP, p. 508. No mesmo sentido, Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, in *Código...*, *Op. Cit.*, nota n.º 4 ao art. 187.º, p. 484.

⁷⁸ *Idem*, nota n.º 2 ao art. 187.º do CPP, p. 508.

⁷⁹ No mesmo sentido, defendendo que tal não implica “o controlo da oportunidade do juízo efectuado pelo MP”, DAVID SILVA RAMALHO, *Op. Cit.*, p. 238.

Já se o fundamento for o previsto na al. b) do art. 204.º, o juiz de instrução, durante o inquérito, não pode aplicar medida mais grave do que a requerida (art. 194.º, n.º 3, do CPP). Ora, o fundamento da al. b) do art. 204.º é precisamente o perigo de perturbação do inquérito, uma vez que este está sob a direcção do MP. Medidas de coacção e meios de obtenção de prova são coisas distintas e com finalidades bem distintas. O que é comum é que os dois regimes partilham dos limites e fundamentos constitucionais: respeito pela autonomia do MP a quem incumbe dirigir o inquérito e manutenção do juiz de instrução como juiz das liberdades.

Uma breve nota para deixar claro que, apesar do impulso processual caber ao MP, nada obsta a que os órgãos de polícia criminal — OPC⁸⁰ — (ou qualquer pessoa) solicite ao MP que, por sua vez, requeira ao juiz de instrução a escuta telefónica. Desde que seja assegurada a autonomia do MP na avaliação das solicitações, a colaboração de qualquer pessoa na realização da Justiça não deve ser postergada. Pelo contrário: o conhecimento que qualquer interessado possa trazer à investigação só deve ser enaltecido e enquadrado no âmbito das finalidades do processo-crime. Caberá naturalmente ao MP a decisão sobre se, em seu entender, estão preenchidos todos os requisitos e princípios para que o juiz de instrução autorize a escuta telefónica. Em última análise, caberá a decisão ao juiz de instrução, através de despacho fundamentado como analisado, com prévia promoção (igualmente fundamentada) do MP.

O princípio da imprescindibilidade de pedido do MP para a autorização da escuta pelo juiz de instrução comporta, contudo, uma excepção.

Trata-se do mecanismo previsto no art. 268.º, n.ºs 2 a 4, *ex vi* do art. 269.º, n.º 2, do CPP. Em caso de urgência ou de perigo na demora de intervenção/recurso ao MP, as autoridades de polícia criminal (APC) podem requerer directamente ao juiz de instrução a realização de uma escuta telefónica. Trata-se de um caso assente na urgência: caso as APC procedessem do modo padronizado, informando o MP da necessidade de realização da escuta telefónica e este requeresse fundamentadamente ao juiz de instrução, poderia perder-se a oportunidade gerada por uma ocasião única de se proceder à obtenção de prova que de outro modo seria impossível face ao estado da investigação. Na lógica das medidas cautelares, este poder das APC naturalmente que apenas pode ficar dependente de corroboração *ex post* pelo MP, sob pena de a medida, ainda que decretada por despacho fundamentado do juiz de instrução, violar a direcção efectiva do inquérito pelo MP. É o que parece sustentar também PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, que considera tratar-se “*disposições excepcionais, ditadas pela urgência e pelo perigo na demora, não vinculando o MP; que se lhes opor*”⁸¹. Manifestamente, a direc-

⁸⁰ No mesmo sentido, Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *in Código...*, *Idem*, nota n.º 4 ao art. 187.º, p. 484.

⁸¹ *Idem*, nota n.º 2 ao art. 187.º do CPP, p. 508. Referindo-se igualmente ao mecanismo previsto na anterior Lei de Segurança Interna (art. 18.º, n.º 1, da Lei n.º 20/87, de 12 de Junho), que permitia o “*controlo de comunicações*” mediante despacho do juiz de instrução ao abrigo do art. 187.º, n.º 2, do CPP, mesmo a requerimento da Polícia Judiciária (PJ). Porém, na nova

ção funcional do inquérito obriga a que a ratificação do MP seja condição de validade substantiva, ainda que a medida tenha sido decretada por despacho devidamente fundamentado do juiz de instrução (e com fundamento na urgência e perigo na demora). A excepção à iniciativa do MP para a autorização da escuta apenas se fundamenta na urgência/perigo na demora e não no desempenho pelas APC de qualquer papel de direcção do inquérito. E tal excepção só confirma a regra: imprescindibilidade de iniciativa pelo MP.

E poderá o assistente (ou o arguido) requerer ao juiz de instrução directamente a escuta telefónica?

Note-se: o que aqui se questiona não é se o arguido ou o assistente poderão fazê-lo ao MP e este tomar a decisão de promover ou não a medida ao juiz de instrução. Do que se trata é se poderão (assistente e arguido), tal como as APC com base em urgência e perigo na demora da intervenção do MP, requerer directamente ao juiz de instrução a escuta telefónica. Do lado do assistente é bem patente o eventual interesse prático. Do lado do arguido tal interesse apenas pode surgir face a co-arguidos ou outros suspeitos, pois não se vislumbra qualquer utilidade (muito menos para a investigação) na promoção de um método oculto às claras quanto ao próprio. A questão ganha força atendendo à remissão do art. 269.º, n.º 2, para os n.ºs 2 a 4 do art. 268.º do CPP e, nos termos da parte final do n.º 2 do art. 268.º, os actos do catálogo do n.º 1 daquele preceito podem ser praticados pelo juiz de instrução a requerimento do arguido ou do assistente.

JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA⁸², “*na estrita interpretação da lei, mesmo durante a fase de inquérito*”, entende esta remissão como incluindo a possibilidade de o arguido e o assistente requererem directamente ao juiz de instrução a escuta telefónica sem a intermediação do MP. Questionando, de *jure condendo*, se tal se justifica, tomando posição pela inadmissibilidade. Tem total razão o Autor. Apesar de parecer resultar da letra da lei vigente este poder, não faz qualquer sentido que, durante o inquérito, o juiz de instrução possa autorizar uma escuta da iniciativa do arguido ou do assistente. Tal entorse à direcção do inquérito não tem qualquer justificação em comparação com o que se passa no sistema processual penal — nem sequer com o poder das APC, pois este funda-se na urgência e perigo na demora. Parece, por isso, que, até do ponto de vista de *jure constituto*, atendendo à autonomia do MP e à direcção funcional desta fase, deve proceder-se a uma interpretação conforme à CRP daquela remissão (recorde-se, do art. 269.º, n.º 2, para a parte final do n.º 2 do art. 268.º do CPP), no sentido em que o arguido ou o assistente podem, durante o inquérito, requerer ao juiz de instrução as medidas previstas no art. 269.º mediante a concordância do MP. A concordância seria a equivalente promoção. Sem a concordância do MP não se alcança o

e vigente Lei de Segurança Interna (art. 27.º da Lei n.º 53/2008, de 29 de Agosto) apenas permanece a competência exclusiva da PJ para a execução da medida de controlo de comunicações mediante autorização judicial.

⁸² *Op. Cit.*, p. 209.

mínimo arrimo daquela remissão relativamente à fase de inquérito. Na fase de instrução o problema nem se coloca dada a direcção da mesma pelo juiz de instrução, porém, aí já será tardio no que respeita às escutas dada a limitação das mesmas à fase de inquérito.

Seja como for, ressalvada a excepção de as APC poderem requerer ao juiz de instrução a escuta telefónica (ainda que ratificada posteriormente pelo MP) e mesmo que se admita uma outra excepção de o arguido e o assistente poderem fazê-lo nos termos analisados, o princípio é da prévia e expressa promoção do MP para que o juiz de instrução possa autorizar uma escuta telefónica, ficando este vinculado ao requerido pelo MP nos termos expostos.

Um último problema é apurar se, para os métodos ocultos, é necessário um acto judicial *ex ante*. Ou se tal acto judicial pode ser praticado *ex post*. A regra será *ex ante* (como sucede com as escutas telefónicas ou com as escutas ambientais através do registo de som e imagem — arts. 187.º, n.º 1, e 189.º do CPP e art. 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro). Porém, mesmo nos casos estritamente excepcionais, em que se admita expressamente na lei, o controlo judicial *ex post* (face à urgência ou perigo na demora ou ainda atendendo ao menor grau de invasão), tal não significa uma menor exigência. Pelo contrário, o controlo *ex post* deve precisamente procurar um nível de acuidade ainda maior, pois já terá mais elementos a considerar na ponderação que deve realizar. Até porque o deferimento do controlo judicial (além do contraditório) para um momento posterior acarreta um maior fardo ao juiz, mormente enquanto juiz das liberdades e das garantias.

2.3.4. A transitoriedade e a vinculação teleológica

Apesar de não ser tema concreto da presente reflexão, deixam-se algumas breves notas sobre as os princípios da transitoriedade e da vinculação teleológica que enformam os métodos ocultos. Por transitoriedade pretende-se vincar que o método oculto é temporalmente limitado e, por isso, transitório. A excepção não é a regra e, como tal, o método tem um início e um termo. Uma transitoriedade que não perde de vista a vinculação teleológica, *i.e.*, a finalidade do método acompanha-o a todo o tempo, em todos os momentos desde a sua autorização, eventual prorrogação e validação dos seus resultados.

O que significa, por um lado, que na prorrogação do método oculto deve afirmar-se um mesmo juízo de ponderação como explicitado *supra* e que não se basta com um despacho de expediente genérico fundado na falta de alteração de circunstâncias face ao despacho de autorização ou à prorrogação anterior. E isto porque o decurso do tempo sem que tenham sido evidenciados resultados face à finalidade poderá funcionar como sinal da falta de adequação do método ou até da eventual insuficiência dos indícios.

Por outro lado, a vinculação teleológica implica, ainda, o controlo de resultado do método oculto para evitar a sua utilização para fins diversos daqueles para os quais foi autorizado.

É o que sucede com o chamado regime dos conhecimentos fortuitos das escutas em que se previne a chamada “alienação do fim”. Nos termos do art. 187.º, n.º 7, introduzido na revisão do CPP de 2007, passou a exigir-se expressamente que a utilização de uma escuta em outro processo está dependente dos pressupostos equivalentes como se fosse a autorizar para esse outro processo. Tal equivalência decorre desde a cláusula da “indispensabilidade” aos mesmos âmbitos objectivo (catálogo de crimes) e subjectivos (alvos/visados) e mediante uma comprovação judicial substantiva no processo de destino dos pressupostos, requisitos e princípios da escuta.

E o que é “indispensável” para efeitos do n.º 7 do art. 187.º? Haverá diferença entre conhecimentos fortuitos e conhecimentos da investigação?

MANUEL DA COSTA ANDRADE já defendia antes de 2007 um regime que equiparasse a exigência dos conhecimentos fortuitos ao regime da escuta inicial de acordo com um “juízo hipotético de intromissão” com base na ideia de “estado de necessidade investigatório”, na esteira aliás do defendido pela doutrina alemã. Isto implica que “no momento em que se procede à “alienação do fim” se encontrem concretamente preenchidos todos os pressupostos e requisitos que a lei processual penal faz depender a realização de uma escuta válida”⁸³.

FRANCISCO AGUILAR, antes da revisão de 2007 do CPP (portanto, na ausência de norma que permitisse utilizar os conhecimentos fortuitos⁸⁴), propusera (de *jure constituendo*) a exigência de subsidiariedade como sinónimo de “um crivo autónomo de valoração daqueles conhecimentos nesse outro processo”⁸⁵.

A lei, em 2007, fixou o critério da indispensabilidade (“na medida do que for indispensável à prova”) ao mesmo tempo que no n.º 1 explicitou a indispensabilidade como sinónimo de quase impossibilidade (“se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, quase impossível ou muito difícil de obter”).

MANUEL DA COSTA ANDRADE viria a lamentar a “incompletude”⁸⁶ da revisão por não se ter aproveitado a oportunidade, entre outras coisas, para se consagrar expressamente no n.º 7 do art. 187.º do CPP o crivo do juízo hipotético. Porém, como tem vindo a sustentar posteriormente⁸⁷, tal não significa que se deva exigir menos com os conhecimentos fortuitos do que aquilo que se exige com a escuta do n.º 1.

⁸³ Sobre as proibições de prova em processo penal, Coimbra Editora, 1992, p. 310.

⁸⁴ Cfr., sobre a inadmissibilidade de valoração de conhecimentos fortuitos sem prévia norma legal como passou a haver a partir de 2007, FRANCISCO AGUILAR, *Dos conhecimentos fortuitos, através de escutas telefónicas, Contributo para o seu estudo no ordenamento jurídico português*, Coimbra: Almedina Editora, 2004, pp. 78-79.

⁸⁵ Assim, FRANCISCO AGUILAR, in “Notas reflexivas...”, *Op. Cit.*, p. 563.

⁸⁶ *Bruscamente...*, *Op. Cit.*, p. 176.

⁸⁷ “O regime dos “conhecimentos da investigação” em processo penal, reflexões a partir das escutas telefónicas”, *RLJ*, n.º 3981, p. 373.

Bem vistas as coisas, o legislador não deixou no n.º 7 critério diverso do que aquele que explicitou no n.º 1. Dito de outro modo, o crivo do n.º 7 não é distinto do n.º 1. Desde logo, porque é essa a teleologia da regra do n.º 7: equiparação total dos requisitos (recorde-se: âmbitos objectivo e subjectivo exactamente iguais). A que acresce a coerência sistemática. A fonte de legitimação da escuta é a mesma quer tenha sido autorizada com certo fim, quer seja aproveitada para outro fim e processo, donde só pode exigir-se o mesmo grau de verificação de requisitos e pressupostos. De outro modo, estaria descoberto mais um mecanismo de *bypass* ou fraude a um regime particularmente exigente.

Tudo assente na clássica distinção entre conhecimentos fortuitos como opostos aos conhecimentos da investigação.

A fronteira, nem sempre muito evidente, tem-se estabelecido com base na conexão dos conhecimentos. Sendo de investigação aqueles conhecimentos que representam uma *“particular conexão que subsiste entre os crimes a que se reportam os conhecimentos da investigação e o originário crime que determina a investigação”*⁸⁸. Já serão conhecimentos fortuitos os que não representarem essa estreita conexão.

Noutra perspectiva, e antes de 2007, já havia quem tivesse procurado ancorar os conhecimentos da investigação por via de um *“critério objectivo ou legal”*, a partir da ideia de *“unidade de investigação processual”* e da figura da *“mesma situação histórica de vida”*⁸⁹, socorrendo-se então dos critérios que configuram a conexão (situação típica de conexão), nos termos do art. 24.º, n.º 1, do CPP. Seriam conhecimentos da investigação os que estivessem numa relação de conexão nos termos daquele critério legal. Seriam fortuitos os demais. Sendo valoráveis os conhecimentos da investigação em regra (se em conexão com um crime de catálogo e desde que, no mínimo, venham a constar da acusação⁹⁰ ou, no máximo, na condenação como defendido por WOLTER), ao passo que os conhecimentos fortuitos dependem da verificação dos requisitos do n.º 7 do art. 187.º do CPP.

⁸⁸ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Idem, Op. Cit.*, p. 354. Critério que não dispensa a verificação casuística, socorrendo-se o Autor de várias constelações de casos, não taxativas, para ilustrar o conceito (cfr. *Idem, Op. Cit.*, pp. 354-355, e já antes, *in Sobre as proibições...*, *Op. Cit.*, pp. 304-309. Em especial, para o Autor serão conhecimentos da investigação, sem prejuízo de outros, os *“factos que estejam numa relação de concurso ideal e aparente com o crime que motivou a realização legal da escuta telefónica”*, igualmente os *“delitos alternativos que com ele estejam numa relação de comprovação alternativa de factos”*; também os factos que constituam a actividade ou finalidade de uma *“associação criminosa”* cuja existência legitimou a escuta telefónica; finalmente, as várias formas de *“comparticipação (autoria e cumplicidade), bem como as diferentes formas de favorecimento pessoal, auxílio material ou receptação”* — *Idem*, p. 306.

⁸⁹ FRANCISCO AGUILAR, *Dos conhecimentos fortuitos...*, *Op. Cit.*, pp. 21-24.

⁹⁰ Neste sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *“O regime dos “conhecimentos...”*, *Op. Cit.*, p. 375. Não admitindo a valoração em qualquer caso relativamente a todos os meios ocultos, cfr. JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, *“O registo de som e imagem e as escutas ambientais”*, *in Direito da Investigação Criminal e da Prova*, (Coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: Almedina, 2014, pp. 296-297.

Não obstante, para INÊS FERREIRA LEITE⁹¹, a distinção entre conhecimentos da investigação e conhecimentos fortuitos, a partir da revisão de 2007, com a consagração do actual n.º 7 do art. 187.º do CPP, deixou de fazer qualquer sentido, o que significa que quer os conhecimentos da investigação, quer os conhecimentos fortuitos têm o mesmo regime: o do art. 187.º, n.º 7, do CPP, apesar de admitir outra interpretação possível, nomeadamente, a do Acórdão do STJ de 29 de Abril de 2010, segundo a qual só os conhecimentos fortuitos estão abrangidos pelo n.º 7 do art. 187.º, uma vez que a referência a “*outro processo*” só pode significar que não se tratam de conhecimentos de investigação que estariam sempre no âmbito do mesmo processo. Donde, os conhecimentos da investigação permitiriam sempre valorar a prova obtida no mesmo, incluindo escutas, mesmo que o crime pelo qual se venha a condenar nem integre o catálogo do 187.º, n.º 1, do CPP.

Não deixa de ter algum significado, embora com menor grau e numa perspectiva de competência para a fase de instrução, o problema suscitado no Acórdão do TC n.º 41/2016⁹². Neste aresto, o TC julgou inconstitucionais as normas que permitiram atribuir competência ao Tribunal Central de Instrução Criminal (TCIC) para a fase de instrução de processo-crime, apesar de a acusação não ter vertido nenhum dos crimes do “*catálogo da competência*” daquele Tribunal inicialmente competente para o inquérito (face aos indícios de um crime de catálogo). O princípio do juiz legal como comando constitucional obriga a que competência seja fixada por norma legal prévia, estrita e que não possa ser defraudada (nem através da criação de tribunais *ad hoc*, nem através da “*escolha*” do tribunal por nenhum via).

Como refere JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, é um princípio que exige no “*plano da fonte*” a lei e num plano temporal “*um princípio de irretroactividade: a fixação do juiz e da sua competência tem de ser feita por uma lei vigente já ao tempo em que foi praticado o facto criminoso que será objecto do processo*”; e, por último, representa uma “*ordem taxativa de competência, que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente*”⁹³. A inexistência de indícios no final do inquérito que consubstanciassem uma acusação pelo crime de catálogo da competência do TCIC prejudica, assim, a sua competência para a fase de instrução, ainda que este tenha sido com-

⁹¹ *Idem*, pp. 268-269.

⁹² No qual se decidiu julgar “*inconstitucional a norma dos artigos 22.º, n.º 1, 23.º e 80.º, n.º 1, todos da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais, na redacção introduzida pela Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho, interpretados no sentido de que «apenas porque, na fase de inquérito, é cometida ao Tribunal Central de Instrução Criminal a competência para a prática dos atinentes actos jurisdicionais, deve essa competência estender-se à fase de instrução, mesmo que não verificados quaisquer dos pressupostos, cumulativos, aliás, ali mencionados — isto é, mesmo que no processo não haja sido deduzida acusação por qualquer dos crimes do catálogo do n.º 1 do artigo 47.º da Lei Orgânica do Ministério Público, nem se verifique qualquer dispersão territorial da actividade criminoso*”.

⁹³ *Direito Processual Penal, Clássicos Jurídicos*, reimpr., Coimbra: Coimbra Editora, 2004 (1.ª ed. 1974), pp. 322-323.

petente para os actos jurisdicionais da fase de inquérito face a indícios de um crime de catálogo.

Posteriormente àquele Acórdão do TC, o STJ veio fixar jurisprudência no mesmo sentido — cfr. Acórdão do STJ de fixação de jurisprudência n.º 2/2017⁹⁴.

Independentemente da distinção entre conhecimentos da investigação e fortuitos (e da eventual diferenciação de regimes), não podem ser admitidas escutas que não sejam válidas na sua origem. E mesmo sendo válidas na origem, poderá a sua migração ficar prejudicada pela falta de preenchimento dos requisitos exigentes do n.º 7 do art. 187.º. Há autonomia entre as duas proibições, uma de produção no processo de origem e outra de valoração no processo de destino. Como WOLTER enfatiza, “*a obtenção lícita de prova não tem necessariamente de levar à faculdade de valorá-la como demonstram (...) (as) regras de utilização das descobertas fortuitas*”⁹⁵.

Consequentemente, só poderão valer em processo autónomo as escutas que possam ser utilizadas no mesmo, verificados todos os requisitos previstos no n.º 7 do art. 187.º do CPP. Até porque estas normas cumprem uma dupla finalidade: garantia de liberdades fundamentais e, simultaneamente, de disciplina das autoridades (OPC, MP e juizes).

Este desiderato decorre não apenas da vinculação teleológica, mas também do cumprimento rigoroso da reserva de juiz e do controlo efectivo. Para além da reserva de lei que o art. 187.º, n.º 7, plasma, é ainda necessário o cumprimento da reserva de juiz para que a escuta possa ser validamente valorada no processo de destino. Como refere FRANCISCO AGUILAR, a “*reserva de juiz, se estende, é bom de ver, aos conhecimentos fortuitos embora aí a intervenção do juiz seja necessariamente posterior à realização da escuta*”⁹⁶. O controlo judicial, que, pela natureza dos conhecimentos fortuitos, só pode ser efectuado *ex post*, vincula o juiz a proceder um exame muito mais fino, de modo a compensar a “alienação do fim”. Se a CRP obriga à reserva de juiz *ex ante*, a excepção que os conhecimentos fortuitos impõem através do controlo *ex post* não pode constituir um mero silogismo linguístico de verificação dos requisitos formais. *Ex post* ter-se-á de fundar exactamente nos mesmos termos do que deveria ter sido feito se tivesse sido realizado *ex*

⁹⁴ “*Competindo ao Tribunal Central de Instrução Criminal proceder a actos jurisdicionais no inquérito instaurado no Departamento Central de Investigação Criminal para investigação de crimes elencados no artigo 47.º, n.º 1, da Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro (Estatuto do Ministério Público), por força do artigo 80.º, n.º 1, da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais, aprovada pela Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro, essa competência não se mantém para proceder à fase de instrução no caso de, na acusação ali deduzida ou no requerimento de abertura de instrução, não serem imputados ao arguido qualquer um daqueles crimes ou não se verificar qualquer dispersão territorial da actividade criminosa*”.

⁹⁵ JÜRGEN WOLTER, in *O inviolável e o intocável no direito processual penal, Reflexões sobre a dignidade humana, proibições de prova, protecção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*, (Org. Luís Greco, trad. Luís Greco, Alaor Leite e Eduardo Viana), São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 147.

⁹⁶ “*Notas reflexivas...*”, *Op. Cit.*, p. 563.

ante. Porém, não sendo isso possível, o exame posterior há-de ser mais exigente e fino atendendo aos elementos que existem nos autos em cada momento.

Recorda-se que nestas situações do que se trata é de uma afectação, intensa, dos direitos materiais-substantivos (vida privada, sigilo das telecomunicações, transitoriedade da palavra, proporcionalidade, etc.) e adjectivos-processuais (processo justo, garantias de defesa, *nemo tenetur*, etc.), o que não deixa de ter consequências em termos de nulidade de prova/prova proibida por via do art. 32.º, n.º 8, da CRP. Não pode o sistema permitir pela janela o que proibiu pela porta: há uma coerência sistémica que decorre dos próprios comandos constitucionais. Se assim não for, poder-se-á “*promover a actividade investigatória de forma ilegal sob um véu de aparente legalidade*”⁹⁷.

2.4. A espada de Dâmocles: o regime das proibições de prova

O recurso a métodos ocultos comporta, também, riscos para a investigação, nomeadamente, o de esbarrar com o regime das proibições de prova ou nulidade *sui generis* de prova proibida. Impende sobre os OPC, MP, juiz de instrução e demais juízes (de julgamento ou de recurso) o regime das provas proibidas ou nulidade *sui generis* de prova proibida dado o elevado lastro de danosidade dos métodos e o facto de poderem conflitar com a proibição do art 32.º, n.º 8, da CRP. Até porque as normas em causa têm a referida dupla função: de disciplina e de garantia de direitos fundamentais.

Mas nem tudo corresponde a prova proibida, devendo distinguir-se as preterições e respectivas consequências. Como bem recordou JORGE DE FIGUEIREDO DIAS⁹⁸, há que distinguir as simples regras processuais probatórias das proibições de prova e respectivas consequências.

Contudo, quando se trate de preterição de princípios substantivos que protegem direitos fundamentais protegidos de modo particularmente exigente no termos do art. 32.º, n.º 8, da CRP (ademais, afectando o conteúdo objectivo do estatuto de defesa do arguido), tratar-se-á de uma prova proibida por abusiva intromissão nomeadamente na privacidade/intimidade, sem prejuízo de outros direitos concretamente afectados. Uma “*ilicitude probatória*” fundada na “*afectação a garantias constitucionais*”, nas palavras de TERESA ARMENTA DEU⁹⁹.

⁹⁷ MANUEL GUEDES VALENTE, in *Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa, Interferências e Ingerências Mútuas*, Coimbra: Almedina Editora, 2009, p. 177.

⁹⁸ Cfr. “Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal: também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa”, *RLJ*, ano 146, n.º 4000 (2016), pp. 5 ss. Também MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, *Op. Cit.*, p. 83 ss., e MARIA JOÃO ANTUNES, *Idem, Op. Cit.*, p. 175.

⁹⁹ *In A prova ilícita, um estudo comparado* (trad. Nereu José Giacomolli), São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 147. e p. 93.

Como já se constatou, a propósito do regime das escutas quanto à reserva de juiz e ao seu controlo efectivo, nem sempre a cominação na lei com a nulidade corresponde a uma nulidade de proibição de prova (art. 32.º, n.º 8, da CRP e art. 126.º, n.º 3, do CPP). A preterição do prazo de apresentação das escutas ao juiz de instrução (art. 188.º, n.º 4, do CPP) é cominada expressamente com “*nulidade*” nos termos do art. 190.º do CPP. Porém, qual nulidade? Como se demonstrou, haverá, pelo menos, duas. Uma, subscrita recentemente no referido Acórdão de fixação de jurisprudência do STJ n.º 1/2018, segundo a qual tratar-se-ia de nulidade dependente de arguição nos termos do art. 120.º do CPP. E esta seria a adequada para a preterição de formalidades. Uma violação do prazo por escassos minutos, horas ou dias. A segunda seria a nulidade do art. 126.º, n.º 3, do CPP, na sequência do previsto no comando constitucional (art. 32.º, n.º 8), própria para as preterições substantivas do princípio da reserva de juiz, incluindo o controlo próximo (a omissão de apresentação das escutas ou a sua apresentação em prazo tão dilatado que faz perder de vista qualquer controlo efectivo — semanas ou meses após o prazo).

A pensão para os métodos ocultos transgredirem o conteúdo substantivo de direitos fundamentais (substantivos e adjetivos) e constituírem abusivas intromissões na privacidade/intimidade ou outros direitos protegidos no art. 32.º, n.º 8, da CRP é muito elevada. E, conseqüentemente, na falta de consentimento de todos os visados, estarão sujeitos ao regime das proibições de prova do art. 126.º, n.º 3, do CPP. E até do art. 126.º, n.ºs 1 e 2, al. a), do CPP nos casos em que possam ter sido instrumentalizados como verdadeiros “*meios enganosos*”. Num caso ou noutro, provas igualmente proibidas.

Não será nada difícil imaginar que através de um meio oculto se possa gerar uma “*intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*” sem que exista prévia permissão legal ou consentimento/acordo (que exclui o tipo) do titular do direito, nos termos do art. 126.º, n.º 3, do CPP. Nestes casos, haverá uma proibição relativa de prova. Relativa, porque, colhendo no pensamento de PAULO DE SOUSA MENDES, “*a proibição é afastada pelo acordo do titular dos direitos em causa, ou então é removida mediante as ordens ou autorizações emanadas por certas autoridades, nos termos da lei*”¹⁰⁰. Por exemplo, uma escuta telefónica realizada fora dos termos previstos na lei e sem acordo dos titulares dos interesses em causa (todos os intervenientes) constitui uma prova proibida. Trata-se de uma proibição relativa de prova, porquanto aqui admite-se que será permitida nos casos expressamente previstos (e de acordo com os requisitos e pressupostos aí previstos conformes à CRP) ou mediante acordo dos titulares. Porém, fora de alguma dessas circunstâncias, a prova é proibida exactamente nos mesmos termos da prova absolutamente proibida (nos termos do art. 126.º, n.ºs 1 e 2, do CPP).

Sendo prova proibida, tenha essa proibição sido originada tanto nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art. 126.º (prova absolutamente proibida), como

¹⁰⁰ *Idem*, p. 138.

termos do n.º 3 do art. 126.º do CPP (prova relativamente proibida), o respectivo regime de nulidade ou prova proibida é, seguindo PAULO DE SOUSA MENDES¹⁰¹, exactamente o mesmo. Isto porque, se por um lado é o próprio n.º 3 do art. 126.º do CPP a estabelecer a igualdade ao expressar “*são igualmente nulas*”, por outro lado, a atentados em tudo análogos aos direitos fundamentais deve corresponder idêntico regime sancionatório. Aliás, como decorre da equiparação e não fixação de qualquer distinção na Lei Fundamental, nomeadamente no n.º 8 do art. 32.º, como já defendia entre nós JOÃO CONDE CORREIA¹⁰² antes mesmo de 2007. Acresce que, a partir da revisão de 2007¹⁰³, expressamente o CPP equiparou as provas proibidas, sejam elas decorrentes da proibição estabelecida no n.º 1 ou da estabelecida no n.º 3 do art. 126.º, em sede de fundamento do recurso extraordinário de revisão de sentença, nos termos do art. 449.º, n.º 1, al. e), do CPP.

Tal como ensina MARIA JOÃO ANTUNES: “(à) *sanção da nulidade acresce a proibição de valoração da prova obtida através de métodos de prova proibidos*”¹⁰⁴. Com tudo o que tal implica, ou seja, com um regime especial de nulidade de prova ou prova proibida que emana directamente da CRP (art. 32.º, n.º 8) e tem reconhecimento expresso no CPP (art. 118.º, n.º 3).

Implica, em primeiro lugar, que as provas proibidas não podem ser obtidas, nem utilizadas, nem valoradas, em tudo quanto forem desfavoráveis ao arguido. É o sentido útil de nulidade expressamente cominada no art. 32.º, n.º 8, da CRP e no art. 126.º, n.ºs 1 e 3, do CPP.

Implica, em segundo lugar, que de igual modo não podem ser repetidas, sob pena de defraudar-se o regime da proibição. O que não pode ser produzido não pode igualmente ser reproduzido pela mesma ou outra via.

Implica, em terceiro, que os únicos efeitos destas provas nulas (por proibidas) se repercutirão tão só na esfera daqueles que violaram o regime dos métodos proibidos de prova, eventualmente, para o apuramento da sua responsabilidade — art. 126.º, n.º 4.

Implica, em quarto lugar, que esta nulidade *sui generis*/prova proibida não depende de arguição, sendo por isso de conhecimento oficioso, como configuram, entre outros, GERMANO MARQUES DA SILVA¹⁰⁵ e CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA¹⁰⁶. Ademais, é a nulidade mais forte do sistema processual penal

¹⁰¹ *Idem*, p. 148.

¹⁰² “Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art. 32.º, n.º 8, 2.ª parte da CRP)”, in *RMP*, ano 20, n.º 79 (199), p. 65.

¹⁰³ Parece razoavelmente evidente que por se ter acolhido a proposta de PAULO DE SOUSA MENDES, que anteriormente defendia a aplicação análogica da al. d) do n.º 1 do art. 449.º do CPP para esta situação.

¹⁰⁴ *Idem*, *Op. Cit.*, p. 154.

¹⁰⁵ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...*, II, *Op. Cit.*, p. 121.

¹⁰⁶ In “Escutas telefónicas: a mudança de paradigma e os velhos e os novos problemas”, in *Jornadas sobre a Revisão do Código de Processo Penal, Revista do CEJ*, n.º 9 (2008), p. 294.

(com eficácia *erga omnes*), pois é tão insanável que nem o trânsito em julgado a convalida ou sana, dado que constitui fundamento de recurso de revisão extraordinário de sentença (art. 449.º, n.º 1, al. e), do CPP). Ao contrário das ditas nulidades insanáveis (art. 119.º do CPP), que se sanam com o trânsito.

Implica ainda, em quinto lugar, que devido ao efeito-à-distância¹⁰⁷ (*Fer-nwirkung*) podem ser contaminadas por igual nulidade ou proibição de prova as provas secundárias, como refere PAULO DE SOUSA MENDES, “causalmente vinculadas”¹⁰⁸ à prova principal (nula ou proibida), aliás como também reconhecido no Acórdão do TC n.º 198/2004. Também o STJ não é alheio a este efeito, embora exija como critério para a contaminação da prova secundária pela prova primária proibida “um nexo de dependência cronológica, lógica e valorativa”¹⁰⁹. Segundo a doutrina da *Makel-Theorie* (teoria da nódoa), correspondente alemã da doutrina do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América (*fruit of the poisonous tree doctrine* — “frutos da árvore envenenada”) desde o Acórdão *Weeks vs. US* em 1914, a proibição da valoração de prova (*Beweisverbote*) estende-se não só ao meio de prova directamente obtido a partir da violação da lei, como também, nas palavras de KARL-HEINZ GÖSSEL, a “*todos os demais meios de prova que não teriam sido obtidos sem o meio de prova ilegalmente obtido*”¹¹⁰.

II. PROBLEMAS CONCRETOS NA UTILIZAÇÃO DE MÉTODOS OCULTOS

1. O varrimento electrónico: a atipicidade inadmissível

No recente Acórdão do TRL de 12 de Abril de 2018, relativo ao proc. n.º 99/17.OJLSB-A.L1-9¹¹¹, identificou-se uma referência ao “*varrimento electrónico*” a par de típicos métodos ocultos (como a escuta telefónica e a recolha de imagens e sons)¹¹². Do que se tratava era de um recurso do despacho

¹⁰⁷ Cfr., por todos, HELENA MORÃO, “O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português”, *RPCC*, ano 16, n.º 4 (2006), pp. 575-620.

¹⁰⁸ *In Lições...*, *Op. Cit.*, p. 191.

¹⁰⁹ Acórdão do STJ, de 15 de Novembro de 2015, relativo ao proc. n.º 320/13.4GCBNV.E1.S.1 (disponível em “<http://www.dgsi.pt>”).

¹¹⁰ “As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha” (trad. Manuel da Costa Andrade), *in RPCC*, ano 2, n.º 3, (1992), p. 436.

¹¹¹ Consultado e copiado a 17/07/2018 em “<http://www.dgsi.pt>”. Pode também ser consultado em “<https://jurisprudencia.pt/acordao/182669>” — consultado, por último, a 05 de Novembro de 2018.

¹¹² Tendo como sumário: “*I.— Em casos de investigação de actos contra a Segurança Nacional será extremamente difícil que se consiga descobrir por outros meios que não sejam as interceptações telefónicas, recolha de imagens e varrimento electrónico, as combinações e os planos que visem actos ou preparação de actos de terrorismo, no País ou no Estrangeiro. II.— Na investigação dos crimes de catálogo, o que verdadeiramente se exige com rigor é o controlo por um Juiz dos actos investigatórios praticados pelos órgãos da investigação, sendo de não esquecer que as causas de justificação da sua aquisição de prova processual se não confundem com a posterior utilização.*”

judicial do juiz de instrução que havia indeferido parcialmente o pedido de prorrogação do MP. O MP havia pedido a prorrogação das medidas previamente autorizadas, nomeadamente as escutas, a recolha de imagem e som e o varrimento electrónico. O juiz de instrução indeferiu a prorrogação das escutas e do varrimento.

Os alvos eram dois irmãos de nacionalidade iraquiana a residir em Portugal suspeitos da “*prática dos crimes de terrorismo e adesão a organização terrorista internacional, previstos e punidos pela Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto*”. **Concretamente, suspeitava-se que os suspeitos “integram a organização terrorista ISIS (Estado Islâmico)” e que “são acusados na Internet de terem integrado, em Mossul, a organização terrorista ISIS e de terem cometido todo o tipo de crimes, incluindo tortura, contra a população civil durante o período de ocupação terrorista daquela cidade surgindo imagens dos suspeitos fls. 7 que parecem corresponder às fotografias dos suspeitos”.**

Adquirido é que o dito varrimento electrónico é um meio legalmente admissível (até porque inicialmente deferido pelo juiz de instrução do TCIC). Contudo, a curiosidade pelo tema deve levar a reflectir e ponderar todos os elementos. Naturalmente que a circunstância de estar em causa o crime de terrorismo, com todo o estigma e temor que acarreta, não deve interferir na análise da legalidade. Nem deve afastar o interesse face à criminalidade organizada, pois as duas realidades já não são estanques e as mais das vezes a ameaça terrorista tem sido o “*cavalo de tróia*” através do qual se introduzem excepções dentro do sistema quer no lado material-substantivo, quer no lado processual-adjectivo. E há notícia de que tal medida (varrimento electrónico) já foi utilizada em sede de criminalidade económico-financeira.

Entende-se o varrimento electrónico como a medida típica de *intelligence* através da qual se procede a uma busca de eventuais escutas ambientais ou de dispositivos ou equipamentos electrónicos de comunicação. Permite-se por esta via a identificação de outros equipamentos telefónicos para além dos já eventualmente conhecidos e objecto de investigação, *maxime* através de escutas telefónicas. Isto sem postergar a eventual capacidade de destruição/danificação de conteúdos digitais que se encontrem nos equipamentos detectados. Porém, o que aqui releva é a certeza que o varrimento electrónico tem relativamente à possibilidade de identificação de equipamentos utilizados pelo visado.

Como SUSANA AIRES DE SOUSA¹¹³ sustentou a propósito da utilização de “*métodos neurológicos*” de leitura da mente, haverá que se indagar se tais métodos correspondem aos regimes tipificados e, na negativa, se comportam restrições de direitos fundamentais do arguido (substantivos e adjectivos) e se exigem uma nova regulamentação específica.

Face aos regimes tipificados, não se encontra lugar paralelo (ou sequer análogo). Não há qualquer semelhança com as escutas telefónicas (até por-

¹¹³ *Idem, Op. Cit.*, p. 899.

que não há qualquer comunicação a ser interceptada ou gravada por esta via). Pelas mesmas razões, também não há qualquer “*conversação entre presentes*”. Não se trata de uma apreensão ou obtenção de dados electrónicos ou digitais, mas antes da procura do equipamento electrónico com vista à sua posterior análise e decisão sobre eventual sujeição a escutas ou outros meios de investigação. Há claramente uma autonomia deste meio face aos já existentes.

E que dizer ao nível do teste da restrição (intensa) de direitos fundamentais, nomeadamente de direitos, liberdades e garantias fundamentais?

Através do varrimento electrónico, há uma introdução dissimulada na esfera do visado, não deixando qualquer espaço de liberdade ao alvo, nomeadamente de definir os fins da sua actuação ou omissão, fornecendo involuntariamente informação e prova que futuramente será utilizada contra si. Comporta ainda uma restrição intensa de direitos fundamentais, quer num plano substantivo (v.g., o direito à intimidade e privacidade, à inviolabilidade do domicílio, à autodeterminação informacional, à inviolabilidade dos sistemas de comunicações, etc.), quer num plano adjectivo (v.g., o direito a um processo justo e equitativo, o contraditório, o *nemo tenetur*, a lealdade, etc.).

Restringe-se, desde logo, e de modo intenso, num plano material-substantivo, o direito à autodeterminação informacional (pois cada um tem direito a que só o próprio ou outros que o mesmo pretenda saibam que equipamentos utiliza) e o direito à confidencialidade e integridade dos sistemas comunicacionais (dado que deixa de haver qualquer segredo sobre os equipamentos utilizados) e, bem assim, os direitos à reserva da intimidade da vida privada e familiar, ao sigilo nas comunicações privadas e nas telecomunicações e, reflexivamente, o direito à autodeterminação comunicacional e o direito à transitoriedade da palavra. Sem prejuízo dos direitos adjectivos-processuais igualmente restringidos com um método oculto que o estatuto de arguido justifica (como o direito a um processo justo, as garantias de defesa, o *nemo tenetur*, o contraditório, a presunção da inocência e a lealdade).

No limite, o Estado a comportar-se, em sede de investigação criminal, como um espião e não como um investigador.

Pode, por isso, concluir-se que o varrimento electrónico como meio de investigação sem o conhecimento do visado constitui um método oculto por excelência que importa um significativo lastro de “*danosidade social*”.

Nem a atipicidade dos meios de prova prevista no art. 125.º do CPP pode ter alguma utilidade perante um carácter tão intrusivo e restritivo em tudo semelhante a diversos métodos ocultos tipificados. Como já se sustentou, “*apenas serão permitidos os métodos conformes à CRP legalmente previstos — prévia permissão legal*”¹⁴. Tal como se entendeu no Acórdão do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) alemão de 27 de Fevereiro

¹⁴ Cfr., JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, “O registo de som...”, *Op. Cit.*, p. 276.

2008¹¹⁵, a propósito da “*busca ou infiltração online*” (e deste ponto de vista semelhante ao varrimento electrónico), face ao grau de devassa e intromissão alcançados com a “*infiltração*”, só mediante prévia permissão legal (reserva de lei suficientemente densificada) e intervenção judicial seria admissível a “*busca/infiltração online*”.

Não havendo correspondência com nenhum método legalmente previsto, *i.e.*, perante total ausência de prévia permissão legal com densidade normativa suficiente ou “*qualidade de lei*” (expressa, clara e com determinabilidade) que habilite a aplicação de uma medida oculta e tão restritiva de direitos, liberdades e garantias fundamentais, não sendo viável a atipicidade para este efeito, a conclusão parece assim inequívoca: constitui um método oculto proibido. Com a consequente proibição de prova.

Não se pretendendo clamar pela intervenção legislativa como panaceia, mas parece razoável concluir-se que ao varrimento electrónico nem a atipicidade ou a procura de um regime composto por partes normativas de cada regime tipificado (que não se adequam), muito menos uma interpretação actualista (porque violadora do princípio da legalidade) poderão valer¹¹⁶, justificando-se, porventura, uma regulamentação autónoma.

2. O risco da cumulação sucessiva de métodos: a vigilância total?

Um risco que a excepcionalidade da criminalidade organizada comporta é a tentação pela utilização de todos os meios possíveis para a sua investigação. E algumas vezes desde o primeiro momento. Com uma tal voracidade e voluntarismo perde-se a noção do panorama geral ao nível da ponderação concreta da proporcionalidade e da subsidiariedade.

Basta pensar-se no cenário habitual em sede de investigação de criminalidade económico-financeira organizada em que se determinam:

- i) Escutas telefónicas relativamente ao alvo (incluindo potenciais intermediários);
- ii) Escutas ambientais com recolha de imagem e/ou som do visado;
- iii) Vigilâncias, com maior ou menor duração e intensidade;
- iv) Varrimento electrónico;
- v) Localização celular;
- vi) Obtenção dos dados de tráfego;
- vii) Migração de escutas telefónicas obtidas em outros processos;

¹¹⁵ Cfr. BVerfG, 1 BvR 370/07, de 27 de Fevereiro de 2008.

¹¹⁶ Uma necessidade apontada igualmente em AA. VV., “*Mudar a Justiça Penal, Linhas de Reforma do Processo Penal Português*” (Coord.: António João Latas), Coimbra: Almedina, 2012, pp. 124-125.

- viii) Obtenção do conteúdo da correspondência electrónica e respectivo fluxo, além de outras potenciais medidas em ambiente digital; e
- ix) Quiçá, eventual recurso a agente encoberto.

A que acrescem medidas em tudo similares a métodos ocultos para efeitos de compreensão do nível de restrição de direitos fundamentais. Uma compreensão a que não deve ser alheia a ponderação no momento da determinação da cumulação. É o que sucede com todo o manancial de quebra dos sigilos bancário e fiscal (incluindo o controlo de contas bancárias) em sede de investigação e de prevenção, por via quer da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro (arts. 2.º a 5.º), quer de regimes destinados especialmente à prevenção (de que é paradigmático o regime da Lei n.º 83/2017, de 18 de Agosto).

À primeira vista, poder-se-ia formalmente concluir que não se trata de métodos ocultos para nenhum efeito. Mas nada mais precipitado. Não são métodos ocultos em sentido próprio, porque os dados preexistem independentemente da vontade do visado no momento em que são requeridos. Para mais, são dados que estão sob custódia de terceiros, nomeadamente, das instituições de crédito e sociedades financeiras. Em rigor, tais medidas até poderiam ser concretizadas às claras. Porém, como bem nota GUSTAVO BADARÓ, tal conhecimento por parte do visado “*poderia comprometer a eficácia de outras medidas que dependem de o individuo não saber que está a ser investigado*”¹¹⁷, nomeadamente escutas telefónicas. Razão pela qual a sua utilidade é manifestamente ser realizada em total sigilo.

Desse ponto de vista, como bem aponta JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, é um procedimento que constitui uma “*medida oculta de investigação*”¹¹⁸. Isto porque, sem que o visado conheça, está a ser recolhida informação pessoal (da sua intimidade e reserva da vida privada), por via da colaboração de terceiros que, nas costas do cliente, actuam na recolha de prova por ordem e a favor da investigação. Dir-se-ia mesmo como agentes encobertos, pois, ao estarem vinculados ao sigilo sobre a informação prestada, omitindo assim os deveres de informação em relação ao seu cliente (pois a isso são obrigados legalmente — nos termos do art. 5.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro), vão recolhendo e remetendo provas para a investigação ou para “*procedimentos de averiguação preventiva de branqueamento*”¹¹⁹ (ao abrigo da referida Lei n.º 83/2017,

¹¹⁷ In “Hipóteses que autorizam o emprego de meios excepcionais de obtenção de prova”. *Crime organizado, análise da Lei n.º 12.850/2013*, (Org. Kai Ambos e Eneas Romero), S. Paulo: Marcial Pons, 2017, pp. 19-20.

¹¹⁸ In *Medidas de combate à criminalidade organizada económico-financeira, A Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro de 2002*, Porto: Universidade Católica Editora, 2017, p. 73. Concluindo o Autor que, “(e)m alguma medida, pode dizer-se que há, não só a quebra do segredo “externo”, mas também a quebra da relação (de lealdade) “interna”, que é fundamento daquele sigilo”, p. 73.

¹¹⁹ Sobre esta evolução e o alcance destes procedimentos à luz dos normativos internacionais (em especial, da Directiva 2016/2258/UE), bem como sobre a (válida) utilização dos elementos

de 18 de Agosto) ou para “processos administrativos” ou “procedimentos de prevenção do branqueamento de capitais” (como se designaram os procedimentos de prevenção ao abrigo do regime anterior de prevenção do branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo — aprovado pela Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho). Elementos obtidos sem qualquer intervenção judicial *ex ante*, com o contraditório diferido para um momento posterior e que migram, naquilo que for relevante para a investigação, para o processo-crime.

Não é o momento para a análise destes portentosos regimes de prevenção, porém, não pode deixar de se assinalar que o mundo mudou a este nível. O mundo em que a prevenção se destinava exclusivamente a evitar a prática de factos futuros e a investigação criminal a apurar factos passados mudou. Os “desafios da criminalidade organizada” e o “recurso crescente aos meios ocultos de investigação”, como salienta MANUEL DA COSTA ANDRADE¹²⁰, geraram a proactividade tanto da repressão como da prevenção criminal. E PAULO DE SOUSA MENDES, face ao anterior regime do branqueamento, já constata que “vivemos hoje num regime legal de indefinição, tanto mais que as acções de prevenção facilmente se transformam, na prática, em pré-averiguações policiais sem direcção efectiva do MP”¹²¹.

Independentemente da questão prévia sobre a admissibilidade destas acções¹²², ditas de prevenção, sempre se adiantará, desde, já que as mesmas não podem dispensar o controlo efectivo por parte do MP, coadjuvado pelo OPC com competência exclusiva, nos exactos termos fixados pela respectiva lei habilitante e da Lei de Organização da Investigação Criminal. Sempre com cumprimento do dever de documentação de toda a actividade realizada, que deverá migrar na íntegra para o processo-crime, mediante a comprovação judicial, de cariz substantivo, de modo a que tais elementos recolhidos possam valer a qualquer título. Em qualquer caso, com o limite da aquisição da *notitia criminis*, que deve gerar a consequente abertura de inquérito (e eventual constituição de arguido perante a suspeita fundada da prática de crime). O prejuízo de qualquer destes pressupostos implica o prejuízo dos elementos recolhidos.

obtidos nestes procedimentos em sede criminal e contra-ordenacional, *vd.* CARLOS CASIMIRO NUNES, “O Ministério Público na prevenção do branqueamento e do financiamento do terrorismo”, *in RMP*, n.º 153 (2018), pp. 93-140.

¹²⁰ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Bruscamente...”, *Op. Cit.*, p. 130. Em sentido próximo, ULRICH SIEBER (“Limites do Direito Penal. Princípios e desafios do novo paradigma de pesquisa em Direito Penal do Instituto Max-Planck de Direito Penal estrangeiro e internacional”, *Revista Direito GV*, São Paulo, 4 (1) Jan-Jun 2008, disponível em “<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n1/a12v4n1.pdf>”, p. 285), destacando que a mistura entre prevenção e repressão se explica pelos riscos aumentados pelas dificuldades de esclarecimento e comprovação da nova criminalidade complexa, os quais “têm efeitos notáveis no direito processual penal”.

¹²¹ *In* “Investigação, prevenção e informação de segurança”, *IV Congresso de processo penal: I Congresso Luso-brasileiro de criminalidade económico-financeira: memórias* (Coord.: Manuel Monteiro Guedes Valente), Coimbra: Almedina, 2016, p. 70.

¹²² Entendendo tais “procedimentos administrativos” como inadmissíveis, *cfr.* AUGUSTO SILVA DIAS/RUI SOARES PEREIRA, *in* “Sobre a Validade de Procedimentos Administrativos Prévios ao Inquérito e de Fases Administrativas Preliminares no Processo Penal”, Coimbra: Almedina, 2018, pp. 87-94.

Não é por isso indiferente para a cumulação de métodos, ocultos e abertos, que previamente ao inquérito já tenham sido utilizadas medidas próximas dos métodos ocultos. E que tenham continuado no inquérito. O juízo de proporcionalidade e de subsidiariedade não pode deixar de atender ao quadro global de restrição de direitos, liberdades e garantias fundamentais, incluindo para este efeito as medidas já concretizadas ao nível da quebra do sigilo bancário e fiscal que devem ser tratadas como métodos ocultos em sentido amplo para efeitos de cumulação de métodos. Como bem aponta MANUEL DA COSTA ANDRADE, “o princípio da subsidiariedade deve balizar e contrariar a *pulsão para a utilização de duas ou mais medidas (v.g., escutas e agente encoberto)*”¹²³.

A cumulação sucessiva de métodos ocultos deve atender à racionalidade da finalidade pretendida sopesando o quadro geral de restrições. Cabe, por isso, um relevante papel ao juiz de contrariar a “*pulsão*” que transforme o suspeito em mero objecto de prova sujeito a uma (inadmissível) “*vigilância total*” (“*Totalüberwachung*”), como bem assinalou WOLTER¹²⁴. A vigilância total permitiria, com a ajuda de uma panóplia infindável de meios ocultos através do recurso às novas tecnologias, a construção de um “*perfil completo da personalidade do arguido*”¹²⁵. No Acórdão n.º 442/2007, o TC, ao enquadrar o sigilo bancário no âmbito de protecção do direito à reserva da vida privada (consagrado no art. 26.º, n.º 1, da CRP), sustentou que as informações (patrimoniais/bancárias) poderiam fornecer o “*perfil concreto enquanto ser humano*” do visado. Defendeu-se que o “*conhecimento de dados económicos permite, afinal, a invasão da esfera pessoal do sujeito, com revelação de facetas da sua individualidade própria — daquilo que ele é e não apenas daquilo que ele tem*”. Se assim é quanto a elementos bancários, o que dizer de cumulação de métodos, ocultos e abertos, típicos e atípicos, que catapultem a investigação para um estágio de total conhecimento do visado? Como parece óbvio, tal processo está vedado pela mais elementar violação da dignidade da pessoa humana, para além da preterição dos princípios e direitos constitucionais materiais e adjectivos afectados com tal grau de intromissão abusiva. Na verdade, um sistema em que tudo o que seja possível seja permitido em nome da excepcionalidade do combate à criminalidade organizada é um sistema refém de argumentos “*ad terrorem*”, que abdicou do mínimo de legitimação do *ius puniendi*.

¹²³ *Bruscamente...*, *Op. Cit.*, p. 115.

¹²⁴ “Potenzial für eine Totalüberwachung im Strafprozess-und Polizeirecht”, in *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70.Geburtstag*, (Org.: Klaus Rogall, et all.) Neuwied: Luchterhand, 2004, pp. 733 ss.

¹²⁵ Na expressão do citado Acórdão do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) alemão de 27 de Fevereiro de 2008 sobre a inadmissibilidade de “*busca ou infiltração online*” por violação do princípio da legalidade. Igualmente, entre nós, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, quanto à utilização, “*isolada ou coordenada*”, de meios atípicos que permitam a aquisição daquele perfil completo do arguido (*Op. Cit.*, nota 6, em anotação ao art. 125.º do CPP, p. 318).