

**Revisitando Panoramicamente  
o Regime das Escutas Telefónicas  
Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação**

*José Penim Pinheiro*

Endereçamos um especial agradecimento às nossas Mestres, Prof<sup>ª</sup>. Bárbara Sousa e Brito e Prof.<sup>ª</sup> Maria da Conceição Valdágua, pela transmissão de uma sabedoria ímpar, pela motivação, pela crença, e por deixarem permanentemente as portas abertas ao diálogo juscientífico. *Aeternam esse discupulus.*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Enquadramento Jurídico-Constitucional; 3. Pressupostos Materiais das Escutas Telefónicas; 3.1. Pressupostos Materiais Gerais; 3.2. Tutela da Comunicação entre Agente e Defensor; 3.3. O Limite Temporal; 3.4. “Mediadores de Notícias e Conhecimentos Fortuitos; 4. Formalidades; 4.1. Considerações Gerais Sobre o Itinerário Intraprocessual das Escutas; 4.2. A Problemática da Destruição de Elementos Probatórios; 4.3. Alcance Material das Formalidades; 5. Invalidez Processual do art. 190º; 6. Breve Nota Sobre o Efeito-à-Distância; Bibliografia.

# Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas Em Especial, o Problema da Invalidade em Caso de Violação

*José Penim Pinheiro*

---

**Resumo:** A presente investigação corresponde ao Relatório da Unidade Curricular de Direito Processual Penal Avançado do Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais da Universidade Lusíada de Lisboa.

Trata-se de uma recensão panorâmica ao regime das escutas telefónicas, abordando as problemáticas que se levantam ao longo, conquanto que em jeito de síntese, dos artigos 187º e 188º do Código de Processo Penal, a fim de, com um substrato suficientemente densificado, encontrarmos resposta à questão de saber a que invalidade processual se refere o art. 190º do mesmo diploma legal.

**Palavras-Chave:** Escutas Telefónicas / Meio de Obtenção de Prova / Direitos Fundamentais / Privacidade / Investigação Criminal / Proporcionalidade / Nulidade / Proibições de Prova

**Abstract:** This investigation corresponds to the Report of the Curricular Unit of Criminal Procedural Law of the Master in Legal-Criminal Sciences of the Lusíada University of Lisbon.

This is a panoramic review of the system of telephone tapping, addressing the problems that arise along, since in the manner of synthesis of Articles 187 and 188 of the Code of Criminal Procedure, in order to, with a sufficiently densified substrate, we find an answer to the question of what procedural invalidity refers to art. 190º of the same legal law.

**Keywords:** Wiretapping / Means of Obtaining Evidence / Fundamental Rights / Privacy / Criminal Investigation / Proportionality / Nullity / Prohibitions of Proof

# Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefônicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

---

## 1. Introdução

As escutas telefônicas – que se consubstanciam numa “*captação, mediante o emprego de instrumentos técnicos ou eletrônicos, de uma comunicação ou conversação reservada operada de modo oculto por um terceiro em relação aos interlocutores*”<sup>1</sup> – são o reflexo, como nos dá conta HELENA SUSANO, de uma necessidade, no âmbito de uma sociedade globalizada, onde a criminalidade organizada e altamente complexa prolifera a passos largos, de invadir a esfera da vida privada em nome da segurança social, constituindo um dos meios de obtenção de prova mais invasivos – senão o mais invasivo – dos direitos fundamentais das pessoas, onde estão, essencialmente em causa, os direitos à palavra, à privacidade, e à intimidade<sup>2</sup>, referindo-se, a este propósito, COSTA ANDRADE, numa “*danosidade social polimórfica*”<sup>3</sup>. Com efeito, se é certo que dentro de um processo penal os atores judiciais devem ter em conta o estatuto processual do arguido e todos os direitos e se subsumem na sua esfera, não é menos certo que assistimos a uma complexificação dos crimes, mercê do desenvolvimento de novas tecnologias dotadas de elevada sofisticação, pelo que igual sofisticação deve presidir à investigação do crime, para efeito de restabelecimento da paz jurídica comunitária, reclamado pelas exigências de prevenção que presidem ao *ius puniendi* estatal.

---

<sup>1</sup> PAOLO TONINI, *Manuali di Procedura Penali*, 11ª edição, Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 290, *apud* CLÁUDIO RODRIGUES, “Dos Pressupostos Materiais de Autorização de uma escuta telefônica”, *in* Verbo Jurídico, p. 5, nota 7, disponível em [http://verbojuridico.net/doutrina/ppenal/claudiolimarodrigues\\_autorizacaoescutatelefonica.pdf](http://verbojuridico.net/doutrina/ppenal/claudiolimarodrigues_autorizacaoescutatelefonica.pdf). Não tratando em específico da problemática no presente trabalho, note-se que o art. 189º do CPP estende o regime das escutas telefônicas a outros meios de comunicação, mormente ao correio eletrónico e outras formas de transmissão por via telemática.

<sup>2</sup> HELENA SUSANO, *Escutas Telefônicas – Exigências e Controvérsias do Actual Regime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 15.

<sup>3</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 283. Nesta senda, e concretizando, MARIA JOÃO ANTUNES alerta que as escutas podem ser vistas como uma “investigação oculta”, onde os agentes de investigação penetram na esfera da vida privada dos atingidos, que são totalmente alheios ao que está a acontecer, continuando a agir e a interagir de forma espontânea, o que pode redundar numa autoincriminação inconsciente. Cf. MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2018, p. 123.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

---

Como refere FÁTIMA MATA-MOUROS, “*abdicar das escutas telefónicas será desarmar o Estado contra criminosos perigosos que não olham a meios para atingir os seus objetivos, centrados que estão na obtenção de lucro a qualquer preço, mesmo que este se traduza em vidas humanas*”<sup>4</sup>.

Do antagonismo axiológico-jurídico que antecede, sobrevém uma forte exigência de ponderação quanto à admissibilidade das escutas, através do princípio da concordância prática, quer num quadro principiológico pré-compreensivo<sup>5</sup> – mormente, estando em causa os princípios da descoberta da verdade material, da legalidade e da dignidade da pessoa humana plasmado na tutela dos direitos fundamentais do arguido<sup>6</sup>, quer num quadro jurídico concreto – estando em causa, designadamente, os direitos constitucionais à reserva da intimidade da vida privada e à palavra (art. 26º da Constituição da República Portuguesa, doravante CRP), e ao sigilo das comunicações privadas (art. 34º da CRP).

Este quadro irá patentear-se num regime legal ordinário assaz apertado – arts. 187º a 190º do CPP –, onde se preveem exigências de jaez material para efeitos de admissibilidade e formalidades que devem ser seguidas, a fim de um profícuo *iter* investigatório.

---

<sup>4</sup> MARIA DE FÁTIMA-MATA MOUROS, *Sob Escuta – Reflexões Sobre o Problema das Escutas Telefónicas e as Funções do Juiz de Instrução Criminal*, Cascais: Principia, 2003, p. 100.

<sup>5</sup> O princípio da concordância prática, consubstancia-se num mecanismo principiológico de harmonização, de modo a otimizar os ganhos de cada princípio e a minimizar as perdas, dentro da reserva do possível. Esse mecanismo de harmonização deve ser encarado teleologicamente, de modo a salvaguardar a justiça, os direitos fundamentais, a paz jurídica e a verdade processual. Como sustenta VIEIRA DE ANDRADE, o princípio da concordância prática exige uma ponderação dos valores em jogo e opera através de um critério de proporcionalidade, necessidade e adequação na “*distribuição dos custos do conflito*”. Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, 5ª edição, reimp., Coimbra: Almedina, 2017, pp. 302-303.

<sup>6</sup> Note-se que o princípio da procura da verdade material não assenta numa busca desenfreada pela verdade, a título absoluto! Como bem nota JOÃO ANTÓNIO RAPOSO, “*o que hoje se pretende dizer quando se afirma que o processo penal aspira à obtenção de uma verdade material não é, evidentemente, que a verdade a obter no processo penal o possa ser a qualquer preço – ou que de verdade material se possa ainda falar independentemente das condições em que a ela se chegou – mas é, fundamentalmente, que a verdade a obter no processo penal deve ser uma vontade subtraída à influência que sobre ela queiram exercer – ou involuntariamente exerçam – as partes através do seu comportamento processual*”. Cf. JOÃO ANTÓNIO RAPOSO, “O princípio da verdade material. Um contributo para a sua fundamentação constitucional”, in Augusto Silva Dias, *et. al.* (org.), *Liber Ammicorum a José de Sousa e Brito: Estudos de Direito e Filosofia*, Coimbra: Almedina, 2009 p. 835.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefônicas Em Especial, o Problema da Invalidade em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

---

A questão que à partida colocamos, e que só após analisarmos o regime acima referenciado estaremos em condições de responder, é: *quid juris* quanto a uma violação do regime legal das escutas? O art. 190º do CPP responde-nos de forma dúbia, porquanto, pré-compreensivamente, comina tal violação com nulidade. Não obstante, a operação hermenêutica deve ser encarada nesta sede como muito cuidado, não olvidando que há uma “imbricação íntima”, em sede investigatória, entre o regime das nulidades e o regime das proibições de prova. Temos assistido a disparidades doutrinárias e jurisprudenciais, com forte tendência para reconduzir, neste momento, a violação do art. 187º ao regime das proibições de prova, ou das nulidades insanáveis porquanto nele está insito uma mais direta suscetibilidade de atentado a direitos fundamentais, e a violação do art. 188º ao regime das nulidades sanáveis ou das irregularidades, por se consubstanciar num quadro de formalidades meramente instrumental. Também nos parece ser esta a orientação, embora com específica incidência no art. 188º, n.º 4 do CPP, do Acórdão de Fixação de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), n.º 1 de 2018<sup>7</sup>.

É mister, com efeito, entretecerno-nos nas questões jusconstitucionais prévias ao regime legal das escutas, que em seguida será analisado, sendo delimitado em dois aspetos, um material, decorrente do art. 187º do CPP, e um formal, embora com algum alcance material como veremos infra, subjacente ao art. 188º, a fim de respondermos à questão a que nos propusemos.

### 2. Enquadramento Jurídico-Constitucional

Quando falamos em escutas telefônicas, surgem-nos, *prima facie*, três direitos constitucionais facilmente suscetíveis de ofensa: o direito à palavra, o direito à reserva da intimidade da vida privada, ambos previstos no art. 26º, n.º 1 da CRP, e

---

<sup>7</sup> In Diário da República, 1ª Série, n.º 30, de 12 de fevereiro de 2018, pp. 938-952, disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/114682830/details/maximized>.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

*José Penim Pinheiro*

---

o direito ao sigilo das comunicações privadas, consagrado no art. 34º da *norma normarum*.

Na senda de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, o direito à palavra configura uma externalização – sendo afim do direito à imagem – da personalidade da pessoa, atributo da sua essência e individualidade, pelo que, qual decorrência do princípio da dignidade humana, a pessoa deve ter a possibilidade de “falar”, de “dizer” e de escolher a quem “fala” e “diz”, de forma genuína e espontânea, sem sofrer ingerências ilegítimas de terceiros, arvoradas no registo e divulgação da sua voz de forma ilícita<sup>8</sup>. Quanto à reserva da intimidade da vida privada, e ainda no âmbito da mesma anotação, os insignes constitucionalistas sustentam que esta promana da simbiose entre privacidade e dignidade humana, espraiando-se no “*respeito dos comportamentos*”, no “*respeito do anonimato*” e no “*respeito da vida em relação*”<sup>9</sup>. Com efeito, e como já foi sustentado por várias doutrina e jurisprudência, ao individuo inere um espaço de dignidade autónomo, qual condição de conformação existencial, de desenvolvimento e de salvaguarda da própria essência, retitude e autenticidade, pelo que, como salutarmente advoga COSTA ANDRADE, estes direitos constitucionais de personalidade – que, se violados, podem ser sancionados criminalmente (Cf. arts. 180º e ss. e 192º do Código Penal, doravante CP) – arvoram-se na “*liberdade que assiste a cada pessoa de decidir*

---

<sup>8</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 467. Neste sentido, vem dizer o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora (TRE) de 22-11-2018, Proc. N.º 112/18.4PAVRS-A.E1., que: “I – É ilícita a gravação de telefonemas entre o arguido e uma testemunha, feita por esta e sem que aquele disso tivesse conhecimento, onde o arguido vai dando nota da existência de desavenças com a sua mulher e onde relata episódios da vida do casal, onde acusa a sua mulher de várias situações e onde relata as razões por que a veio agredir. II – A referida ilicitude da gravação não pode considerar-se excluída, tendo em conta a inexistência de qualquer causa de justificação quer da ilicitude quer da culpa, nomeadamente uma situação de legítima defesa, já que a pessoa (testemunha) que levou ao conhecimento de outrem o conteúdo das chamadas não é sujeito processual e não se descortinar qual o interesse por si aí a defender, assim como não se verifica a existência de uma situação de estado de necessidade”. Salvo indicação em contrário, os acórdãos aqui citados podem ser consultados em <https://www.dgsi.pt>.

<sup>9</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 468.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefônicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

*José Penim Pinheiro*

---

*quem e em que termos pode tomar conhecimento ou ter acesso a espaços, eventos ou vivências pertinentes à respectiva área de reserva”<sup>10</sup>.*

Outro tanto, a este propósito, KLAUS ROGALL, dá-nos conta de um desenvolvimento jurisprudencial levado a cabo pelo BGH alemão (Tribunal Constitucional Federal), segundo o qual há um núcleo de conformação da vida privada que deriva diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, dotado de caráter intangível e impermeável. Malgrado, inexistente uma densificação suficiente quanto àquilo que cabe nesse núcleo<sup>11</sup>. Contudo, construções dogmáticas mais recentes têm logrado tal empreendimento, falando-se, agora, numa “teoria dos três níveis”, patenteada no § 100, IV, da StPO (Código de Processo Penal Alemão). Num primeiro nível, temos um núcleo intangível, que em momento algum pode ser violado, que diz respeito à intimidade de cada cidadão. Estão compreendidas neste núcleo as manifestações sobre sexualidade, as conversas de assistência espiritual e pessoais com familiares mais próximos, bem como o monólogo. Num segundo nível, fora deste núcleo, pode haver lugar à invasão pública, contanto que em estrito respeito pelo princípio da proporcionalidade. Já num terceiro nível, há circunstâncias em que a imagem e a palavra da pessoa perdem o nível da intimidade<sup>12</sup>. Embora tal “transcendência” ou intangibilidade tenha sido erigida jurisprudencialmente, ROGALL reitera que fora de qualquer núcleo se encontram as declarações sobre crimes cometidos e sobre a forma de realização dos mesmos<sup>13</sup>. Embora tal critério ainda não encontre consagração expressa na ordem jurídica portuguesa, parece-nos oferecer linhas de orientação

---

<sup>10</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Anotação ao art. 192º”, in Jorge de Figueiredo Dias (coord.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 1043.

<sup>11</sup> KLAUS ROGALL, “A Nova Regulamentação da Vigilância das Telecomunicações na Alemanha” in Fernanda Palma *et. al.* (Coord.), *2º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 127.

<sup>12</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal Português à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, pp. 540-541.

<sup>13</sup> KLAUS ROGALL, “A Nova Regulamentação da Vigilância das Telecomunicações na Alemanha”, *cit.*, p. 127.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefônicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

---

concretas quanto às diversas dimensões do direito à reserva da intimidade da vida privada e de tudo aquilo que lhe subjaz, orientação essa que facultaria ao juiz uma maior clarividência, quer no despacho de autorização, quer na valoração da própria prova promanada das escutas.

Já no que concerne ao direito constitucional ao sigilo da correspondência, propugnam GERMANO MARQUES DA SILVA e FERNANDO SÁ, em anotação ao art. 34º da CRP, que tal preceito constitucional visa tutelar a informação privada que é veiculada entre pessoas individuais ou conjuntos determinados de pessoas, sendo o objeto de tutela do direito ora em análise o conteúdo da correspondência que é enviada por um determinado remetente para um determinado destinatário. Ademais, o sigilo presente no art. 34, n. 4 da CRP é extensível a outros meios de comunicação. Como dizem os autores, *“apesar das dificuldades inerentes à definição deste conceito, é possível perceber que a intenção da Constituição é oferecer proteção ao tráfego de informação escrita, desenhada ou falada, entre dois ou mais destinatários definidos”*<sup>14</sup>. Ponto é que tais meios sejam dotados de idoneidade bastante para garantir o sigilo das comunicações que neles são veiculadas, para efeitos da tutela constitucional aqui presente, i.e., para proteger tais comunicações de ingerências ilegítimas ou ilícitas quer de terceiros privados, quer de autoridades públicas.

Tais direitos também encontram tutela em instrumentos internacionais, quer de alcance universal – veja-se o art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e o art. 17º do Pacto Internacional Sobre os Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) –, quer de alcance regional, onde é de destacar o art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH). Embora o preceito em causa seja bastante vago na sua redação, tutelando as noções amplas de privacidade e correspondência, tem sido o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) que,

---

<sup>14</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, FERNANDO SÁ, “Anotação ao art. 34º”, in Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 771-772.



## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefônicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

---

a nível supranacional, se tem deparado com não rara regularidade com processos onde em causa está a conformidade das escutas com o art. 8º da Convenção<sup>15</sup>.

*In secunda loco*, no âmbito da “Constituição Processual Penal”, prevista no art. 32º da CRP, onde estão consagrados os princípios conformadores do direito processual penal português, vislumbra-se que há dois princípios<sup>16</sup> que colidem com as escutas: o princípio da presunção da inocência (art. 32º, n.º 2 da CRP), que demanda que o arguido se presume inocente até trânsito em julgado e uma proibição de ónus da prova formal, e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, intimamente imbricado com o anterior, segundo o qual ninguém tem o dever de desenvolver uma autoincriminação<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Veja-se, a título de exemplo o Caso Halford v. Reino Unido (Decisão n.º 20605/92 do TEDH, disponível em <https://hudoc.echr.coe.int/>. No caso em apreço, A, inspetora geral da polícia de Merseyside jubilada foi alvo de uma campanha retribucionista, porquanto, em 1990, intentou uma ação contra o Ministro do Interior e o Comité de Controlo da Polícia *supra* referenciada, mercê de ter sido preterida numa candidatura a um cargo, em razão do sexo. Com efeito, alguns membros dessa polícia veicularam informações à imprensa, intentaram um processo disciplinar e intercetaram chamadas telefônicas. Já em sede jurisdicional, embora o tribunal tenha admitido que tenham havido interceções a chamadas feitas pelo telefone do escritório de A, não reconheceu que se tratava do telefone do seu domicílio. Ademais, após A ter reportado o caso à comissão competente em matéria de interceção de comunicações, foi-lhe dito que as escutas foram realizadas ao abrigo de uma lei de 1985, malgrado o Ministro do Interior ter referido que as escutas realizadas pela polícia de Merseyside não se encontravam reguladas por tal lei. Inconformada, A apresentou demanda junto da Comissão Europeia de Direitos Humanos, que foi admitida, alegando violação dos arts. 8º e 13º da CEDH. Quanto ao art. 8º, decidiu o TEDH que o tipo de chamadas efetuadas pelo telefone do escritório de A poderiam caracterizar-se de forma razoável como privadas, pelo que o art. 8º, havendo, com efeito, uma ingerência por parte de uma autoridade pública, nos termos do n.º 2. Ademais, houve violação do art. 8º, porquanto o direito inglês não atribuía a A qualquer tipo de tutela, porquanto inexistia regulação específica quanto à previsão legal deste tipo de ingerências, não lhe deixando margem, ademais, para lançar mão de um recurso efetivo. Já no caso Amann v. Suíça (Decisão n.º 27798/95), o TEDH vem sustentar que, para efeitos de ingerência de uma autoridade pública na esfera privada de uma pessoa, necessário é que tal ingerência esteja expressamente regulada numa lei dotada de concretização e densificação bastantes, i.e., deve ser particularmente detalhada, de forma a satisfazer as exigências de previsibilidade subjacentes ao princípio da segurança jurídica. Isto, de modo a que possa regular cada conduta individual em conformidade aos ditames legais.

<sup>16</sup> Não iremos nesta sede, nem tão pouco é o escopo da presente investigação, densificar o conteúdo e o alcance dos princípios, mas tão-só enuncia-los a título sumário.

<sup>17</sup> Embora o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* não conste expressamente do texto Constitucional, é ponto assente na doutrina e na jurisprudência que ele promana da Constituição, fundando-se, quer no art. 20º, n.º 4, quer no art. 32º, n.º 1 da lei fundamental. Cf. PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, reimp (1ª edição de 2013), Coimbra: Almedina, 2018, p. 209.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

---

Os direitos e princípios (que, outro tanto, se arvoram em verdadeiros direitos subjetivos do arguido) acima referido têm em comum o facto de se inserirem sistematicamente na categoria de direitos, liberdades e garantias, o que lhes confere<sup>18</sup> naturalidade<sup>19</sup>, universalidade<sup>20</sup>, negatividade<sup>21</sup>, determinabilidade<sup>22</sup>, preceitividade<sup>23</sup>, vinculatividade<sup>24</sup>, incondicionalidade<sup>25</sup> e justiciabilidade<sup>26</sup> (Cf. Art. 18º, n.º 1 CRP).

Ante este quadro categorial, as escutas telefónicas só podem ter lugar no âmbito de um concreto processo criminal e a título excepcional. Pelo que os direitos constitucionais ora analisados irão subordinar-se ao quadro principiológico constitucional das restrições legais, presente no art. 18º, n.ºs 2 e 3<sup>27</sup>. Nos termos das normas aí consagradas, a restrição deve obedecer aos princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade *strictu sensu*<sup>28</sup>.

---

<sup>18</sup> As características que serão expostas são tendenciais, não se confinando a um quadro de rigidez. A título de exemplo, nem um direito de liberdade é totalmente negativo, nem os direitos sociais são totalmente prestacionais.

<sup>19</sup> São direitos originários, inerentes à condição de pessoa humana.

<sup>20</sup> Note-se que a pessoa humana é o centro da titularidade de direitos fundamentais, pelo que, nos termos do art. 12º da CRP, “*todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição*”.

<sup>21</sup> Esta característica consubstancia-se numa obrigação de *non facere* que recai sobre o Estado (v.g. proibição de matar). É meramente tendencial porquanto, para além da proibição de matar, o Estado deve criar condições existenciais condignas à salvaguarda do direito à vida (v.g. existência de leis, tribunais, redes de segurança, etc.).

<sup>22</sup> Isto quer dizer que os direitos fundamentais estão determinados na Constituição, i.e., a Constituição faz o desenho essencial de tais direitos, de forma a que não seria, potencialmente, necessária legislação ordinária para os concretizar.

<sup>23</sup> Os direitos, liberdades e garantias gozam de aplicabilidade direta, i.e., são exequíveis por si mesmos.

<sup>24</sup> As entidades públicas e privadas estão vinculadas aos direitos de liberdade.

<sup>25</sup> Os direitos de liberdade não se encontram dependentes de condições económicas e sociais que os concretizem, valendo por si próprios.

<sup>26</sup> Constituindo direitos subjetivo públicos, os direitos de liberdade constituem direitos assistidos de tutela jurisdicional. Ante o seu incumprimento, o respetivo titular pode dirigir-se a um tribunal e exigir, em potência, o seu cumprimento.

<sup>27</sup> J.J. GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p. 543.

<sup>28</sup> A título de exemplo, é de citar o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12-12-2002, Proc. N.º 0093519, segundo o qual: “*III – Na limitação do direito à reserva da vida privada deve estar sempre presente o princípio da menor intervenção possível, de que são corolários aqueles outros da necessidade e da proporcionalidade entre as necessidades de administração da justiça penal e a danosidade própria da ingerência das telecomunicações*”.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

---

Do princípio da necessidade decorre que se deve recorrer ao meio menos restritivo para atingir o fim em vista, numa lógica de ponderação, devendo optar-se pelo meio menos agressivo e mais eficaz<sup>29</sup>, que, no caso das escutas, irá materializar-se no seu carácter subsidiário<sup>30</sup>, como veremos *infra*.

O princípio da adequação impõe que a restrição aos direitos de liberdade deve destinar-se a salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, *in casu*, a tutela de bens jurídicos ofendidos que se localizam no cerne no *thema decidendum*. Ademais, o princípio da adequação postula que o meio utilizado – a escuta – deve ter idoneidade bastante para lograr o fim em causa, i.e., a escuta deve revelar-se profícua para o efeito, qual seja, a descoberta da verdade material e a reposição da paz jurídica<sup>31</sup>.

Por fim, a proporcionalidade *strictu senso* demanda que o conteúdo do direito fundamental restringido não pode ser, em tempo algum, aniquilado na sua totalidade, sendo mister preservar um núcleo fundamental desse direito. Em matéria de escutas, isto postula a exigência de uma determinada gravidade subjacente à criminalidade sobre a qual as escutas podem ter validade e um catálogo de alvos determinado<sup>32</sup>.

Sem embargo, e ademais, há uma exigência de reserva de lei, que, na senda de FRANCISCO AGUILAR, está, *in casu*, vinculada à funcionalidade teleológica subjacente à perseguição e investigação criminais, e uma reserva de juiz quanto à admissibilidade das escutas, na medida em que só por via jurisdicional se pode

---

<sup>29</sup> JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, 2ª edição, Cascais: Principia, 2011, p. 136.

<sup>30</sup> FRANCISCO AGUILAR, “Notas Reflexivas Sobre o Regime das Escutas Telefónicas no Código de Processo Penal Português”, *in O Direito*, ano 148, Vol. III, Coimbra, 2016, pp. 565-566.

<sup>31</sup> FRANCISCO AGUILAR, “Notas Reflexivas Sobre o Regime das Escutas Telefónicas no Código de Processo Penal Português”, *cit.*, pp. 564-565.

<sup>32</sup> FRANCISCO AGUILAR, “Notas Reflexivas Sobre o Regime das Escutas Telefónicas no Código de Processo Penal Português”, *cit.*, p. 566.

# Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

*José Penim Pinheiro*

---

aquilatar da bondade concernente à compressão que está implicada nos direitos restringidos, mormente na ingerência da esfera privada alheia<sup>33</sup>.

Todas estas exigências se irão materializar num regime assaz rigoroso, para efeitos de admissibilidade de um meio de obtenção de prova invasivo e gravoso, onde a ponderação a efetuar não é de somenos, tendo de ter um conteúdo material bastante, de forma a que as escutas desnecessárias ou injustificadas cessem e a submeter a aquisição da prova promanada das escutas a um crivo judicial, evitando-se, com efeito, os deferimentos quase automáticos aos requerimentos do Ministério Público, que proliferavam na práxis judiciária no âmbito do regime anterior. Pelo que se impõe analisá-lo mais de perto.

### 3. Pressupostos Materiais das Escutas Telefónicas

#### 3.1. Pressupostos Materiais Gerais

À semelhança do que preceitua o § 100 a) da StPO<sup>34</sup>, estatui o art. 187º, n.º 1 do CPP que “a interceção e a gravação ou comunicações telefónicas só podem ser

---

<sup>33</sup> FRANCISCO AGUILAR, “Notas Reflexivas Sobre o Regime das Escutas Telefónicas no Código de Processo Penal Português”, *cit.*, pp. 561-563.

<sup>34</sup> Como ensina CLAUS ROXIN, a interceção e gravação de telecomunicações tem de obedecer aos seguintes pressupostos: a) exigência de um catálogo fechado de crimes particularmente graves, sobre os quais a escuta é admissível; b) carácter subsidiário das escutas, i.e., as escutas só podem ser autorizadas quando, de outra forma, a investigação das circunstâncias ou a averiguação do lugar onde se encontra o agente teria fortes probabilidades de não lograr êxito ou seria substancialmente mais difícil; c) exigência de suspeita fundada, i.e., a suspeita correspondente a um dos factos puníveis previstos no § 100 a) da StPO deve ter logrado uma determinada medida de concretização, mediante o material fáctico concludente aduzido para o processo; d) exigência de uma interpretação favorável à tutela dos direitos fundamentais que suscetíveis de ofensa pela escuta. Cf. CLAUS ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, trad. da 25ª edição alemã de Gabriela Córdoba e Daniel Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 306. Também neste sentido, KLAUS ROGALL explica que são pressupostos necessários para a autorização da escuta: a) suspeita de um crime grave, devidamente fundamentada; b) exigência de gravidade no facto concreto, i.e., o tribunal deve confrontar-se com a situação e chegar à conclusão que se trata efetivamente de um crime grave; c) necessidade da medida para a descoberta dos factos ou do lugar do arguido – a medida é necessária quando a descoberta dos factos ou do lugar do arguido se afigurar de substancial dificuldade ou de impossível realização por recurso a meios menos gravosos. Cf. KLAUS ROGALL, “A Nova Regulamentação da Vigilância das Telecomunicações na Alemanha”, *cit.*, p. 125.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefônicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

---

*autorizadas durante o inquérito, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade material ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter, por despacho fundamentado, e mediante requerimento do Ministério Público (...)*”, sendo admissível quanto aos crimes catalogados nas diversas alíneas dessa mesma disposição.

Para efeitos de análise do presente normativo, recorreremos ao critério de COSTA ANDRADE, que tem a virtualidade de estar implícito na maioria das recensões sobre o regime das escutas telefônicas<sup>35</sup>. Segundo o insigne penalista conimbricense, as escutas telefônicas têm de obedecer às seguintes exigências de ordem material<sup>36</sup>:

- a) Preordenação à perseguição de um crime de catálogo – os crimes de catálogo pressupõem uma determinada gravidade e têm caráter taxativo, qual expressão materializada do princípio da proporcionalidade. Necessário é que se trate de crime consumado ou, no mínimo, de tentativa punível. Os atos preparatórios só podem fundamentar uma escuta quando forem puníveis, pois o processo penal não tem como finalidade uma perseguição de mera prevenção. Tal exigência decorre do art. 18, n.º 2 da CRP, porquanto estamos perante um método de obtenção de prova que contende com os direitos fundamentais *supra* referenciados, donde se retira a exigência de uma determinada gravidade subjacente ao crime que pode ser objeto das escutas. De forma mais concretizada, o princípio

---

<sup>35</sup> Sendo certo que em todas as recensões encontramos os seguintes elementos comuns: a) exigência de indispensabilidade ou de enorme dificuldade para a descoberta da verdade material; b) despacho fundamentado do juiz; c) requerimento no Ministério Público (MP) para o efeito; d) caráter de *ultima ratio* investigatória; e) ponderação quanto à necessidade de se excluírem outros meios de obtenção de prova; f) reforço da ponderação dos princípios da adequação e da necessidade na sua utilização. Cf., entre todos, HELENA SUSANO, *op. cit.*, pp. 21-22. MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *op. cit.*, pp. 25-26; III e ss. MANUEL GUEDES VALENTE, *Escutas Telefônicas – Da Excepcionalidade à Vulgaridade*, 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 57-70.

<sup>36</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, *cit.*, pp. 289-293. Mais recentemente, Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Das Escutas Telefônicas”, in Manuel Guedes Valente (coord.), *I Congresso de Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 218-220.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

---

da proporcionalidade espraia-se, nesta sede, em dois quadros: em primeiro lugar, na exigência de um limite mínimo de três anos de prisão; em segundo, no imperativo de fazer face – porquanto único modo de reação estatal eficaz nesse âmbito – à criminalidade organizada e à sua complexificação, mormente em sede tecnológica<sup>3738</sup>.

- b) Forma relativamente qualificada da suspeita da prática de um crime – a suspeita deve assentar em factos determinados e não em meras suposições ou boatos para fundamentar a escuta. A suspeita tem de se localizar num grau intermédio, i.e., deve ter força maior que as fundamentações que presidem a determinados despachos interlocutórios, mas também não é exigível que tenha a força suficiente de uma motivação condenatória. Pelo que estamos em crer que a suspeita deve fundamentar-se num juízo de *ex ante*, onde se

---

<sup>37</sup> INÊS FERREIRA LEITE, “O Novo Regime das Escutas Telefónicas. Uma Visão Panorâmica Sobre a Reforma de 2007”, in Fernanda Palma *et. al.*, *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 261-262. Destarte, ao contrário da maioria da doutrina, FRANCISCO AGUILAR aventa uma denúncia quanto à potencial arbitrariedade subjacente à delimitação catalogar dos crimes, ante a dificuldade de estabelecer um critério preciso quanto à afirmação da gravidade dos crimes, para efeitos de admissibilidade das escutas, defendendo, por conseguinte, que basta um juízo de prognose póstuma quanto à existência da proporcionalidade do meio na investigação do crime concreto, para efeitos de admissibilidade da diligência. Cf. FRANCISCO AGUILAR, “Notas Reflexivas Sobre o Regime das Escutas Telefónicas no Código de Processo Penal Português”, *cit.*, pp. 566-577. Não consideramos que o problema se põe, porquanto, do ponto de vista quantitativo, estamos perante molduras penais correspondentes a média e grave criminalidade e do ponto de vista qualitativo, estamos perante uma positivação de um conjunto fechado de crimes, cuja investigação criminal se reputa de complexidade assaz substancial, qual entrave à descoberta da verdade material. Ademais, embora no plano teórico-dogmático se descortinem densificações salutareis autorais, no plano pragmático-praxiológico, as ideias de necessidade e de adequação dificilmente encontram, como nos dá conta FÁTIMA MATA-MOUROS, maturidade bastante jurisprudencial. Cf. MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *op. cit.*, pp. 26-27.

<sup>38</sup> Note-se, contudo, que o art. 187º, n.º 2 e n.º 3 procede a um alargamento da competência jurisdicional para autorizar as escutas, em função da gravidade dos ilícitos-típicos e da sua componente complexificada, pelo que possibilita a solicitação da autorização das escutas ao juiz do local onde se possa efetivar a conversação ou a comunicação ou do magistrado da sede da entidade competente para a investigação criminal, ressaltando-se, claro está, o dever de acompanhamento do processo, que recai sobre o juiz que acompanhar os factos, devendo, por conseguinte, ser informado dos factos investigados num prazo máximo de 72 horas.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

---

deverá verificar uma maior probabilidade de o suspeito ou de o arguido vir a ser condenado do que o contrário.

- c) Subordinação ao princípio da subsidiariedade – só será admissível o recurso à escuta nos casos em que a descoberta dos factos ou do lugar do arguido, por recurso a outro meio de obtenção de prova, se repute impossível ou de efetivação assaz dificultada. Isto materializa-se numa dupla exigência: em primeiro, não poderá lançar-se mão das escutas se se puder recorrer, sem dificuldades de monta, a meio mais benigno de afronta aos direitos fundamentais; em segundo, a escuta deve revelar-se um meio adequado ao intento em causa, i.e., deve ter idoneidade bastante para uma investigação eficaz. Ademais, e como claramente nos dá conta PINTO DE ALBUQUERQUE, o carácter subsidiário da escuta repousa na regra de que esta não deve ser determinada como o primeiro meio de obtenção de prova logo após a abertura do inquérito<sup>39</sup>, embora o possa ser em casos muito excepcionais<sup>40</sup>.
- d) Limitação das escutas a um universo determinado de pessoas ou ligações telefónicas<sup>41</sup> (independentemente da titularidade do meio de comunicação utilizado) – são elas, nos termos do art. 187º, n.º 4, o suspeito ou arguido – a pessoa a quem possa ser atribuída responsabilidade jurídico-penal pelos factos que lhe são imputados

---

<sup>39</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 524.

<sup>40</sup> Embora se admita, com fundamentação bastante, que se possa lançar mão das escutas *ab initio*, se, num juízo *ex ante*, se provar que o recurso às escutas é o único meio possível para investigar aquele crime.

<sup>41</sup> Também, nesta sede, embora a maioria da doutrina seja pacífica, não há isenção de crítica. Com efeito, FRANCISCO AGUILAR, sustenta a desnecessidade de uma catalogação subjetiva no âmbito das escutas – o mesmo é dizer, uma delimitação quanto ao número de alvos –, descortinando suficiência bastante no princípio da proporcionalidade para que uma escuta não fosse autorizada relativamente a uma pessoa que não se insere no espetro do crime investigando. Cf. FRANCISCO AGUILAR, “Notas Reflexivas Sobre o Regime das Escutas Telefónicas no Código de Processo Penal Português”, *cit.*, p. 568. Valem aqui, com as devidas adaptações, as considerações expendidas na nota 37.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefônicas Em Especial, o Problema da Invalidade em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

---

e que constituem o objeto do processo. Note-se que no momento da autorização da escuta, o suspeito pode ainda não estar identificado, coincidindo a sua identificação nominal com a indicação da suspeição que sobre si recai e que permite a sua identificação -, a vítima ou vítimas – titulares do bem jurídico violado, que se podem constituir como assistentes, ou os “*titulares de um bem jurídico que seja, de modo mediato ou difuso, tutelado pelo tipo, quando se trata de um crime de perigo ou que tutele uma multiplicidade de bens*” –, desde que com o seu consentimento, seja ele efetivo ou presumido<sup>42</sup> – e o intermediário – trata-se de um nuncio, qual transmissário de mensagens e informações de e para o arguido, cuja atividade pode não espriar-se num nexu de causalidade com o crime, nem na existência de um dolo de comparticipação<sup>43</sup>.

A competência para determinar a escuta é atribuída ao Juiz de Instrução Criminal (JIC) (reserva de juiz), mas só a poderá autorizar mediante requerimento

---

<sup>42</sup> A referência ao consentimento presumido da vítima incrementa, facilmente, dúvidas e perplexidades na mente do intérprete. Nesta sede, cremos assistir razão a FRANCISCO AGUILAR, quando sustenta que tal preceito deve ser interpretado no sentido de “*permitir a interceção de comunicações de e para a vítima ali onde esse mesmo crime se realize através do telefone, pelo que esta possibilidade deverá, grosso modo, ser restrita em princípio a uma das constelações elencadas no rol da al. e) do art. 187º do Código de Processo Penal*”. Cf. FRANCISCO AGUILAR, “Notas Reflexivas Sobre o Regime das Escutas Telefônicas no Código de Processo Penal Português”, *cit.*, p. 569. Com efeito, é de prever que a vítima se queira evadir de um quadro existencial totalmente aniquilador da sua dignidade como pessoa, mormente quanto tal evasão é dificultada por quadros fácticos de coação, perseguição (*v.g.* fenómeno criminológico de *stalking*), de violação do seu bem-estar, mesmo quando tal exercício aniquilador é realizado através de telefone, telemóvel, correio eletrónico, mensagens, etc. Imagine-se o terror de receber uma mensagem com o seguinte teor: “se fizeres x eu mato-te”! Pelo que é de presumir que a vítima, nesses casos, desejará socorrer-se dos meios que decorrem da heterotutela, conquanto seja impedida psicologicamente a fazê-lo. Por maioria de razão, havendo uma investigação em curso, que poderá apartá-la de tal situação fáctico-existencial, é de contar com a sua “colaboração”, ainda que de forma tácita ou ao menos escamoteada na presunção, para a descoberta da verdade e para o restabelecimento da paz jurídica. Ademais, note-se que sem essa colaboração, casos há em que a investigação pode ficar fortemente comprometida. Se a verdade depende da “colaboração” da vítima, seria de um atroz absurdo que ela não o fizesse, pois ela é, a par do MP e dos OPC, a principal interessada na boa realização da investigação criminal.

<sup>43</sup> INÊS FERREIRA LEITE, “O Novo Regime das Escutas Telefônicas. Uma Visão Panorâmica Sobre a Reforma de 2007”, *cit.*, pp. 262-263.



## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

*José Penim Pinheiro*

do MP. A este propósito, a doutrina tem sido pacífica, ao sustentar que o juiz está vinculado, quanto aos limites máximos, aos termos do requerimento do MP, pelo que não pode determinar a escuta relativamente a pessoa ou a um telefone diferente dos referidos no requerimento, ou determinar prazo diverso. Isto retira-se num quadro de analogia com o art. 194º, n.º 3 do CPP<sup>44</sup>, ante o quadro igualmente analógico da gravidade de ambas as medidas e o *iter* processual que preside à sua cominação. O juiz tem a possibilidade, quando muito, de deferir o requerimento do MP na totalidade, limitar o seu âmbito de aplicação, diminuindo os alvos ou aparelhos a escutar, o tempo de duração da interceção, ou indeferir a diligência na sua totalidade, por considerar que não estão preenchidos os requisitos de indispensabilidade constantes do art. 187º, n.º 1 do CPP e os demais constitucionalmente exigidos<sup>45</sup>.

Estamos, com efeito, no conspecto do imperativo de fundamentação do despacho de autorização das escutas pelo JIC, qual menção esclarecedora do art. 97º, n.º 1, al. b) do CPP. Como bem afirma JOSÉ MOURAZ LOPES, trata-se da primeira intervenção jurisdicional no âmbito das escutas telefónicas, onde o juiz irá proferir um juízo valorativo sobre o que está em causa no processo. Tal demanda um conhecimento efetivo do processo e uma valoração sobre a proporcionalidade, i.e., o juiz vai, em sentido prospetivo, aquilatar da necessidade de lançar mão a este meio de obtenção de prova, após o que procede a um juízo de individualização consubstancial à validação ou invalidação quanto àquilo que poderá ser objeto de prossecução do âmbito do *iter* investigatório<sup>46</sup>. Em jeito de concretização, o juiz, no despacho de fundamentação, deve explicitar as razões pelas quais os outros meios de obtenção de prova não estão dotados de idoneidade

---

<sup>44</sup> Segundo o art. 194º, n.º 3 do CPP, “Durante o inquérito, o juiz não pode aplicar medida de coação mais grave, quanto à sua natureza, medida ou modalidade de execução, com fundamento na alínea b) do art. 204º, nem medida de garantia patrimonial mais grave do que a requerida pelo Ministério Público, sob pena de nulidade”.

<sup>45</sup> Cf. ANDRÉ LAMAS LEITE, “Entre Péricles e Sísifo: O Novo Regime Legal das Escutas Telefónicas”, in *RPCC (Revista Portuguesa de Ciência Criminal)*, ano 17, n.º 4, Coimbra, 2007, pp. 620-621.

<sup>46</sup> JOSÉ MOURAZ LOPES, “Escutas Telefónicas”: Seis Teses e uma Conclusão”, in *RMP (Revista do Ministério Público)*, ano 26, n.º 104, Lisboa, 2005, pp. 146-148.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

---

bastante para lograr a verdade material, i.e., o porquê de, com recurso a eles, os materiais probatórios que suportam os factos, se tornarem de impossível ou de elevada dificuldade de obtenção. Pelo que o despacho de fundamentação não pode assentar em meras declarações ou afirmações genéricas – releva discriminar claramente as razões que levam à utilização das escutas, porquanto só assim se garante a efetivação do princípio da proporcionalidade, ínsito à restrição dos direitos fundamentais em causa<sup>47</sup>.

### 3.2. Tutela da Comunicação entre Agente e Defensor

Nos termos do art. 187º, n.º 5 do CPP, “*é proibida a interceção e a gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objeto ou elemento do crime*”. Daqui decorre que estamos perante uma proibição de prova, no que concerne à interceção de conversações entre o agente e o seu defensor, salvo se houver razões que suscitem no juiz fortes suspeitas, para o levar a crer que tais conversações concernem ao *thema decidendum* ou se erigem como elemento do *corpus criminal*. Trata-se de um privilégio consagrado pelo legislador, que se ancora no relevo que a tutela do segredo e a confiança do defensor assume<sup>48</sup>. Com efeito, e seguindo a magistral tese de WELP, o que está em causa no presente preceito<sup>49</sup> arvora-se na

---

<sup>47</sup> HELENA SUSANO, *op. cit.*, pp. 24-25.

<sup>48</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, *cit.*, pp. 287-288; 294. A este propósito, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23-02-2017, Proc. N.º 1130/14.7TDLSB-C.L1-9, que, de forma sintética e precisa, vem dizer que: “*I - Tanto o dever de sigilo que a lei substantiva prescreve como o direito ao sigilo que o direito processual reconhece, visam salvaguardar simultaneamente bens jurídicos de duas ordens distintas. A par dos interesses individuais da preservação do segredo sobre determinados factos, protegem-se igualmente valores ou interesses de índole supra-individual e institucional que, por razões de economia, poderemos reconduzir à confiança sobre que deve assentar o exercício de certas profissões*”.

<sup>49</sup> Note-se que o art. 187º, n.º 5 do CPP se consubstancia num reflexo do § 100 a) da StPO. Mais recentemente, assistiu-se a uma nova regulamentação germânica tutelar das pessoas abrangidas por segredo profissional, plasmada no novo § 160 da StPO, que se arvora numa disposição geral aplicável para a generalidade das diligências de investigação. Cf. KLAUS ROGALL, “A Nova Regulamentação da Vigilância das Telecomunicações na Alemanha”, *cit.*, pp. 133-134.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefônicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

---

tutela consistente da esfera do segredo de defesa, reclamada pela funcionalidade da mesma, que só pode ser assegurada através de uma forte relação de confidencialidade, patenteada na troca fluida de informações entre o defensor e o arguido, apartada de ingerências ilícitas, sob pena de se subverter a teleologia da atividade subjacente à advocacia e o próprio direito a uma defesa sólida e à efetivação da igualdade de armas<sup>50</sup>. À *ratio* da disposição ora em análise preside, com efeito, uma exigência de privacidade do defensor e demais clientes e, conseqüentemente, o livre desenvolvimento do exercício da profissão forense.

Não obstante, tal tutela cessa a partir do momento em que se vislumbra, *v.g.*, que o defensor é participante no crime investigando ou que a sua atividade comunicacional se arvora num conhecimento de investigação relevante para o objeto processual, caso em que essas comunicações podem ser interceptadas e valoradas. Se constituírem conhecimento fortuito, estamos em crer, ante a locução “*elemento de crime*” (e não “*elemento do crime*”), que as comunicações podem dar origem à *notitia criminis*, nos termos *infra explanados*.

### 3.3. O Limite Temporal

Nos termos do art. 186º, n.º 6 do CPP, há um limite temporal para a autorização das escutas, que se fixa num hiato de três meses, prorrogáveis até ao termo dos prazos do inquérito<sup>51</sup>. Eles só podem ser ordenados no âmbito do inquérito, qual fase de investigação por excelência, devendo cessar de imediato após dedução de acusação.

---

<sup>50</sup> J. WELP, “Abhörverbote zum Schutz des Strafverteidiger”, in *NStZ*, 1986, p. 295, *apud*, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, *cit.*, pp. 295-296.

<sup>51</sup> É mister ter em conta, nesta sede, aquilo que preceitua o art. 276º CPP, não olvidando, malgrado, consagra uma plêiade de prazos meramente ordenadores. Assim, findos tais prazos, se imperativos de investigação o ditarem, a fase de inquérito poder-se-á estender no tempo. Destarte, os práticos devem ter sempre em conta que justiça desproporcionadamente morosa pode redundar em autêntica denegação de justiça.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefônicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

---

Questão pertinente que se levanta a este propósito é a de saber se, após decorridos os prazos do inquérito, mas se este se mantiver, podem as escutas continuar. Para INÊS FERREIRA LEITE a resposta deve ser positiva, porquanto o que releva é o inquérito em sentido material, como fase de investigação por excelência, desde que se mantenha a atividade investigatória (e a sua necessidade, claro está)<sup>52</sup>. Ponto é que, nos termos do art. 89º, n.º 6 do CPP, o segredo interno<sup>53</sup> cessa findos os prazos do inquérito, podendo o arguido ter acesso aos autos, qual cognoscibilidade das interceções. Consequentemente, tal comportaria a desproporcionalidade que deve presidir àquele meio de obtenção de prova, porquanto agora o arguido, sabendo que está a ser escutado, pode moldar a sua conduta num quadro de especial cuidado, agilidade e destreza. A única solução que se nos afigura viável, e nos termos do propugnado pela mesma autora, assenta na realização de um requerimento, por parte do MP, nos termos do mesmo art. 89º, n.º 6 do CPP (2ª parte), pedindo a manutenção do segredo interno, repousando na necessidade de efetuar diligências indispensáveis à descoberta da verdade material, sob pena de inutilidade das escutas e desproporcionalidade das mesmas<sup>54</sup>. Não se pode concordar, *ad maiori ad minus*, com posições que levam este hiato temporal a destinos exacerbadamente longínquos, quais sejam, aqueles que excedem a fase de inquérito. É o que sucede com a tese da “*sobrevigência de efetivação prática*” das escutas, de que nos fala LAMAS LEITE, devendo ser preterido o seu argumento formal – segundo o qual relevaria apenas a referência à

---

<sup>52</sup> INÊS FERREIRA LEITE, “O Novo Regime das Escutas Telefônicas. Uma Visão Panorâmica Sobre a Reforma de 2007”, *cit.*, p. 260.

<sup>53</sup> De notar que o nosso processo penal é, em regra público, salvo se a publicidade prejudicar os direitos dos sujeitos ou participantes processuais ou obstar substancialmente às necessidades investigatórias (Cf. art. 86º do CPP). O segredo de justiça, nos termos do art. 87º, n.º 8, “*implica as proibições de: a) assistência à prática ou tomada de conhecimento do conteúdo de ato processual a que não tenham direito ou o dever de assistir [os sujeitos ou participantes processuais]; b) divulgação da ocorrência de ato processual ou dos seus termos, independentemente do motivo que presidir a tal divulgação*”.

<sup>54</sup> INÊS FERREIRA LEITE, “O Novo Regime das Escutas Telefônicas. Uma Visão Panorâmica Sobre a Reforma de 2007”, *cit.*, p. 261.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefônicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

---

autorização das escutas durante o prazo máximo da primeira fase processual<sup>55</sup> – em função de um argumento material, patenteado, já o sabemos, na proporcionalidade temporal, que se afigura consubstancial ao efeito surpresa do segredo no âmbito da produção de elementos probatórios.

### 3.4. “Mediadores de Notícias” e Conhecimentos Fortuitos

Se pensarmos nas operações de intercepção e gravação em concreto, levadas a cabo pelos OPC e pelo MP, é fácil de antever que há uma pluralidade de pessoas que, mercê da sua proximidade intersubjetiva com o suspeito ou arguido, serão igualmente escutadas ou localizadas, havendo fortes possibilidades de encetarem diálogos com relevância bastante, quer para o processo em concreto, que para a perseguição criminal em geral<sup>56</sup>. Com efeito, e segundo COSTA ANDRADE, as escutas podem ter interesse em captar os “mediadores de notícias”, i.e., as pessoas que, num quadro comunicacional intersubjetivo, dão conta da notícia do crime, sugerindo que o suspeito é efetivamente o autor da prática do crime, ante a relativização legal que repousa na indiferença da titularidade de utilização dos meios de comunicação que são utilizados como já vimos *supra* (art. 187º, n.º 4 do CPP). Mais precisamente “*objecto de escutas telefônicas poderão ser todos os aparelhos por onde presumivelmente passam notícias de e para os suspeitos ou possam ser por eles utilizados*”.<sup>57</sup> Assim, *v.g.*, vislumbra-se a possibilidade de

---

<sup>55</sup> ANDRÉ LAMAS LEITE, “Entre Péricles e Sísifo: O Novo Regime Legal das Escutas Telefônicas”, *cit.*, pp. 618-619.

<sup>56</sup> MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS critica os excessos praxiológico neste âmbito, subjacentes aos requerimentos do MP, para efeitos de autorização das escutas, denunciando que uma simples troca de cartão num aparelho de telemóvel pode fazer proliferar o número de intercepções, podendo estas atingir facilmente um vasto universo de terceiros (ao menos em abstrato) alheios ao processo. Cf. (e aduzindo vários exemplos da vida real) MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *op. cit.*, pp. 42-45.

<sup>57</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, *cit.*, p. 292. Cf., também, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Das Escutas Telefônicas”, *cit.*, pp. 220-221.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

*José Penim Pinheiro*

---

determinação da interceção de um telefone de um familiar, de um amigo ou de um vizinho próximos do suspeito, se houver conhecimento do MP e do OPC que aquele por aí comunica frequentemente<sup>58</sup>.

Tal indagação é o calor que nos conduz, através do fio de cobre que em nosso horizonte se apresenta, à problemática dos conhecimentos fortuitos, que se prende com a seguinte questão: como valorar os conhecimentos que foram recolhidos no âmbito de uma escuta, mas que não se reportam ao crime cuja investigação a legitimou? É mister exemplificar: Imagine-se que se suspeita que *A* terá praticado vários crimes de roubo. Mas através de uma interceção de uma conversação com *B*, apurou-se que *A* cometeu crime de usura (crime não pertencente ao catálogo do art. 187º, n.º 1, porquanto punido com pena de prisão até dois anos). *Quid juris* se não se confirmar a suspeita dos crimes de roubo?<sup>59</sup>

Antes da consagração do art. 187º, n.º 7 do CPP, conquanto sem densificar os itinerários históricos que o aplanam<sup>60</sup>, descortinavam-se três teses quanto a esta matéria: a) tese da valoração ilimitada – segundo esta tese, todos os conhecimentos que transcendessem o espectro da investigação poderiam ser valorados, em função “do postulado da continuidade da continuidade entre a licitude da produção de prova e a legitimidade da sua valoração”; b) tese da proibição ilimitada – segundo esta tese, todos os conhecimentos fortuitos não podem ser valorados – opera, com efeito, uma proibição de valoração -, porquanto se o pudessem ser, desvirtuar-se-ia a tutela da reserva de privacidade da pessoa, e violar-se-ia o princípio da legalidade constitucional, ao realizar-se uma perseguição com base em escutas, de outro modo, seriam, *ab initio*, inadmissíveis; c) tese intermédia – segundo esta tese, que se consolidou paulatinamente na doutrina e na jurisprudência, os

---

<sup>58</sup> ANDRÉ LAMAS LEITE, “Entre Péricles e Sísifo: O Novo Regime Legal das Escutas Telefónicas”, *cit.*, pp. 631.

<sup>59</sup> Exemplo retirado e devidamente adaptado ao quadro punitivo atual de MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, *cit.*, p. 304.

<sup>60</sup> Sobre tal discussão dogmática e jurisprudencial, à luz do regime e da doutrina anteriores à reforma de 2007, Cf. MÁRIO FERREIRA MONTE, “Escutas Telefónicas”, in Manuel Guedes Valente (coord.), *III Congresso de Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 164-174.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

---

conhecimentos fortuitos podem ser valorados, contanto que estes se reconduzam a um dos crimes, relativamente aos quais a escuta é admissível<sup>61</sup>.

Não obstante a virtualidade de o art. 187º, n.º 7 do CPP ter consagrado expressamente – assim o cremos – a tese intermédia<sup>62</sup> – emprestando, por conseguinte, maior segurança jurídica ao regime, ao erigir uma balança, onde são pesadas as garantias constitucionais e processuais do suspeito/arguido e as necessidades de investigação essenciais ao apuramento da verdade e, por vias disso, do restabelecimento da confiança jurídico-comunitária (através da força da efetivação na tutela de bens jurídicos fundamentais) –, é mister proceder a algumas considerações, cuja análise se reputa imperiosa.

Em primeiro lugar, releva delimitar os conhecimentos de investigação dos conhecimentos fortuitos. Segundo COSTA ANDRADE, na senda de WOLTER, os conhecimentos de investigação consubstanciam-se nos “*factos que estejam em relação de concurso ideal ou aparente com o crime que motivou e legitimou a investigação por meio da escuta telefónica*”<sup>63</sup>, ou, de forma mais simples, são aqueles conhecimentos que se inserem na mesma linha histórica daqueloutros que constituem uma unidade de investigação e que se localizam no cerne do objeto processual. Daqui se depreende que se subsumem nos conhecimentos de investigação: a) os crimes alternativos<sup>64</sup>, quanto ao crime que motivou a escuta, que “*estejam numa relação de comprovação alternativa de factos*”<sup>65</sup>; b) os crimes

---

<sup>61</sup> Cf. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, 5ª edição, Lisboa: Verbo, 2011, p. 306.

<sup>62</sup> Estatui o art. 187, n.º 7 do CPP que “*sem prejuízo do disposto no artigo 248º, a gravação de conversações ou comunicações só pode ser utilizada em outro processo, em curso ou a instaurar, se tiver resultado de interceção de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no n.º 4 e na medida em que for indispensável à prova de crime previsto no n.º 1*”. A StPO alemã é mais clarividente, ao dispor, no § 100 b, V, que quando determinadas informações pessoais de terceiros são obtidas no âmbito de uma escuta, estas só podem ser utilizadas noutros processos, quando estejam associadas a um dos crimes previstos no catálogo consagrado no § 100 a).

<sup>63</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, cit., p. 306.

<sup>64</sup> Os crimes alternativos caracterizam-se pela previsão legal de poderem ser exercidas distintas ações opcionais que se encontram submetidas à mesma cominação penal.

<sup>65</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, cit., p. 306.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefônicas Em Especial, o Problema da Invalidade em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

---

que constituem a finalidade de uma associação criminosa<sup>66</sup>; c) as diferentes formas de participação criminosa, favorecimento pessoal, auxílio material ou recetação.

A jurisprudência do BGH alemão<sup>67</sup> erigiu, nos anos 1970, a regra de valoração dos conhecimentos fortuitos o princípio da proibição dos conhecimentos fortuitos que não estejam em conexão com os crimes de catálogo, qual nuance do princípio da proporcionalidade, doutrina que encontra consagração pacífica nos alvares, quer da doutrina germânica, quer da doutrina portuguesa hodiernas. Com efeito, e como magistralmente elucida INÊS FERREIRA LEITE, os conhecimentos interceptados não relacionados com o crime que fundamentou as escutas podem ter um de dois tratamentos: a) se se tratarem de conhecimentos que concernem a um crime de catálogo, podem ser sempre usados e valorados, nesse ou noutro processo, contanto que respeitados os requisitos do art. 187º e 188º do CPP; b) se se consubstanciarem num crime fora do catálogo, não podem ser valorados como prova, nesse ou noutro processo, mas podem operar como fundamento da *notitia criminis*<sup>68</sup>.

Após o explanado, e antecedendo o conspecto das formalidades, é mister invocar o art. 188º, n.º 6, al. a) do CPP, porquanto diretamente conexionado com a problemática em análise. Tal preceito deve, com efeito, e acompanhando a salutar doutrina de LAMAS LEITE, ser interpretado da seguinte forma, para que não se

---

<sup>66</sup> Segundo a maior parte da doutrina, o crime de associação criminosa consubstancia-se num exercício concertado de direção, promoção e participação numa vontade coletiva assente numa estabilidade ancorada numa ligação coesa, dirigida à prática de crimes. Trata-se, pela sua configuração, de um crime de participação necessária, na sua modalidade de crime de convergência. Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código Penal à Luz da Constituição Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, pp. 115; 1037 e ss.

<sup>67</sup> Falamos concretamente da decisão de 15-03-1976, na qual o BGH sustenta que “a valoração só é admissível se e na medida em que os factos conhecidos no âmbito de uma escuta telefónica conforme ao § 100 a) da StPO, estão em conexão com a suspeita de um crime de catálogo no sentido deste preceito [cujo reflexo se encontra consagrado no art. 187, n.º 1 do nosso CPP]”. Cf. BGH, 26.298, in NJW, 1976, p. 1473, apud MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, cit., p. 307.

<sup>68</sup> INÊS FERREIRA LEITE, “O Novo Regime das Escutas Telefônicas. Uma Visão Panorâmica Sobre a Reforma de 2007”, cit., p. 269.



## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

*José Penim Pinheiro*

---

olvidem, quer as necessidades investigatórias, quer o ulterior exercício do contraditório, como veremos infra: a destruição dos suportes técnicos e relatórios só pode ter lugar se estiverem preenchidos dois requisitos cumulativos: a) manifesta estranheza dos elementos recolhidos face ao objeto do processo; b) tratar-se de conversações em que tenham intervindo pessoas fora do círculo do art. 187º, n.º 4 do CPP. Assim, no caso em que, *v.g.*, *A* e *B*, não pertencentes ao catálogo fechado dos alvos do art. 187º, n.º 4, imputam de tal forma a prática do crime ao suspeito, cujo efeito se espraia na dissipação das dúvidas quanto à sua responsabilidade criminal, tal não pode enquadrar-se no quadro das proibições de valoração, porquanto se vislumbra uma forte conexão das comunicações com o objeto do processo<sup>69</sup>.

### 4. Formalidades

#### 4.1. Considerações Gerais Sobre o Itinerário Intraprocessual das Escutas

Mediante uma leitura não confinada a um mero esforço exegético – do que resultaria um puro carácter instrumental das formalidades das escutas –, antes realizada de forma ponderada e refletida, descortina-se um princípio-garantia de controlo jurisdicional dos elementos probatórios dimanados das interceções, qual exigência de equidade processual consubstancial à efetivação da igualdade de armas<sup>70</sup>.

Nos termos do art. 188º, n.º 1, o OPC que efetue a operação da interceção e gravação deve elaborar relatório detalhado, onde indique sucintamente as passagens probatoriamente mais relevantes. Interessará, pois, relevar os elementos recondutíveis à prática criminosa, em detrimento de aspetos secundários das

---

<sup>69</sup> ANDRÉ LAMAS LEITE, “Entre Péricles e Sísifo: O Novo Regime Legal das Escutas Telefónicas”, *cit.*, p. 636.

<sup>70</sup> Cf. JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, “O Regime Legal das Escutas Telefónicas – Algumas Breves Reflexões”, in *Revista do CEJ*, n.º 9 (especial), Coimbra, 2008, pp. 210 e ss.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

---

conversações idóneos a obstar à boa celeridade do processo e a criar condições de economia processual. Note-se que a economia processual é condição essencial à realização da justiça, pelo que uma justiça realizada não se compadece com a audição e a transcrição pelo juiz, sem auxílio administrativo, da totalidade das interceções.<sup>71</sup>

Bem sabemos, *prima facie*, que recai sobre o juiz a decisão de autorização ou indeferimento do recurso às escutas. Malgrado, e como bem nota ROXIN, em caso de perigo iminente, consubstancial a um estado de necessidade investigatório (v.g. por estar em perigo iminente a vida de uma pessoa), pode a entidade que leva a cabo a investigação decidir quanto à realização da escuta, decisão essa que deverá ser convalidada judicialmente<sup>72</sup>. Tal é a doutrina positivada no art. 188º, n.º 2 do CPP.

Preceitua o n.º 4 do art. 188º do CPP que, de 15 em 15 dias, os autos e relatórios realizados pelo OPC devem ser presentes ao magistrado do MP titular do inquérito, com o fito de este aquilatar da bondade probatória dos elementos recolhidos. Após tal juízo de valoração – que, em boa verdade, está sempre subordinado a um controlo ulterior –, tais elementos devem ser levados ao conhecimento do juiz num prazo máximo de 48 horas. Tais prazos estão, como sustenta CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, teleologicamente subordinados à existência de um efetivo controlo judicial, enquanto manifestação da exigência da reserva de juiz<sup>73</sup>, pelo que a sua violação grosseira pode contender com os direitos fundamentais do arguido. Conquanto se possa advogar que, subsidiariamente, se tratam de prazos ordenadores, à luz das análogas normas concernentes à fase de inquérito, certo é que a violação ostensiva desses prazos, fazendo com que o arguido viva permanentemente investigado, alheio da realidade, quase inserido num quadro orwelliano, é igualmente violadora das suas garantias processuais penais, que têm

---

<sup>71</sup> Em sentido muito próximo, MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *op. cit.*, pp. 51-53.

<sup>72</sup> CLAUD ROXIN, *op. cit.*, p. 207.

<sup>73</sup> CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, “Escutas Telefónicas – Mudança de Paradigma e os Velhos e os Novos Problemas”, in *Revista do CEJ*, n.º 9 (especial), Coimbra, 2008, p. 255.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

*José Penim Pinheiro*

---

consagração constitucional no art. 32º, n.º 2 da CRP. Tal violação há de ter em conta um juízo de manifesta desproporcionalidade subjacente à ultrapassagem ostensiva de tais prazos. Se se considerar que houver desproporcionalidade na ultrapassagem dos prazos e tal redundar numa violação dos direitos fundamentais do arguido, tal violação será cominada com proibição de prova (cf. art. 32º, n.º 2 e n.º 8 da CRP; art. 126º, n.º 3 do CPP).

### 4.2. A Problemática da Destruição de Elementos Probatórios

Fonte de polémicas doutrinárias é o art. 188º, n.º 6 do CPP. Com efeito, pré-compreensivamente, há lugar à destruição imediata dos suportes e relatórios manifestamente estranhos ao processo. Destarte, esta norma deve ser objeto de uma operação hermenêutica ponderada e articulada, num quadro de concordância prática, com os princípios conformadores, quer da investigação criminal em especial, quer da estrutura do processo penal em geral e com os direitos do arguido. Com efeito, a destruição de tais elementos não deve ser presidida por um quadro de automaticidade, devendo ser assegurado ao arguido um espaço para efeitos de exercício do contraditório, sob pena de violação da igualdade de armas. Sendo certo que a posição do arguido, enquanto sujeito processual, já se encontra, *ab initio*, enfraquecida ante os demais, não faria sentido vedar-lhe o acesso a elementos de que ele pode lançar mão para assegurar a sua defesa, potencialmente beneficiadores da sua posição face à pretensão acusatória, ou mesmo condenatória. Neste sentido, já se pronunciou o Tribunal Constitucional (TC)<sup>74</sup>, sustentando que o acesso exclusivo e ulterior destruição, por parte do OPC e do MP, de elementos de prova dimanados das escutas, em preterição do arguido, passíveis de serem por este sujeito processual utilizados, por reputar favoráveis à sua defesa, consubstancia uma compressão inaceitável das suas garantias de defesa. Mais

---

<sup>74</sup> Acórdão do TC n.º 660/2006, disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt>.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

*José Penim Pinheiro*

---

propugna aquele tribunal que a destruição de registos pretensamente inúteis não tem apenas sustentação na tutela de terceiros, nem na posição do JIC como juiz das liberdades, nem tão-pouco na possibilidade de o arguido contraditar a prova em sede de julgamento. Ele deve poder lançar mão desses elementos e aquilatar da sua idoneidade para a defesa<sup>75</sup>. Pelo que é de sustentar, sob pena de violação do princípio do contraditório, que deve ser assegurado ao arguido um momento para tal exercício, findo o qual se deve proceder à destruição de tais elementos<sup>76</sup>.

Note-se que não se pode sustentar, sem mais, que a destruição imediata de tais suportes e relatórios deve ter lugar automaticamente, mercê da violação de direitos fundamentais de terceiros. O arguido, ao contrário do MP e do JIC, pode interpretar diferentemente o quadro fáctico-jurídico defendido. Denotando magistralmente este problema, subscrevemos as seguintes palavras de FÁTIMA MATA-MOUROS: “*Os próprios arguidos chegam a socorrer-se deste tipo de prova para evidenciar pontos de vista que interessam à defesa e passaram despercebidos aos acusadores*”<sup>77</sup>.

### 4.3. Alcance Material das Formalidades

---

<sup>75</sup> Em sentido idêntico Acórdão do TC, n.ºs 450/2007. Embora a jurisprudência do TC tenha inflitado tal posição, tendo considerado ulteriormente que ao JIC, como juiz das liberdades compete vir a eliminar os elementos que reputar irrelevantes do ponto de vista probatório, sem com isso se violar o contraditório (assim, o Acórdão do TC n.º 70/2008), o TEDH tem reiterado, em vários acórdãos, que os Estados devem diligenciar no sentido de conservar intactamente as gravações e interceções resultantes de escutas telefónicas, de modo a que estas possam ser controladas judicialmente e possam ser objeto do contraditório, pelo que o momento ideal para aniquilar as gravações assenta ou no arquivamento do processo ou após o trânsito em julgado da sentença (Cf. Caso Valenzuela Contreras, de 30-07-1998). Cf. HELENA SUSANO, *op. cit.*, p. 78.

<sup>76</sup> Em sentido próximo, sustenta PINTO DE ALBUQUERQUE, que “*a defesa tem o direito constitucional de, findo o período de segredo interno, conhecer a totalidade das escutas realizadas no processo. Só assim o arguido pode contrariar a interpretação que o Ministério Público e o juiz fizeram das conversações gravadas. O que não aconteceria se ao juiz fosse permitido ordenar a destruição de suportes técnicos e relatórios, sem que o arguido fosse ouvido*”. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 534.

<sup>77</sup> MARIA DE FÁTIMA MATA-MOUROS, *op. cit.*, p. 36.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefônicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

*José Penim Pinheiro*

---

No que tange ao art. 188º, n.º 9 do CPP, vislumbra-se uma consagração da confiança na autonomia dos sujeitos processuais, porquanto são eles os mais interessados na sua posição processual e, conseqüentemente, são eles que têm, como ensina LAMAS LEITE, maior aptidão para introduzir nos autos a prova obtida através da escuta<sup>78</sup>. Essas provas irão entrar na esfera de cognição do juiz e no âmbito da sua livre apreciação. Assim, pugnando pelas constelações reflexivas de CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, tal faculdade vai espalhar-se numa dupla virtualidade: a) reforço da margem de manobra do arguido, qual reajustamento de poderes, substrato basilar de um processo penal onde se efetiva a igualdade de armas; b) correção do sistema legal, por vias de uma redistribuição da redação e transcrição da prova aos sujeitos processuais<sup>79</sup>.

Do que antecede, da al. a) do art. 188º, n.º. 9 do CPP resulta que só as transcrições efetuadas pelo MP no despacho de acusação têm idoneidade probatória para sustentar uma decisão; a al. b) da referida disposição legal veio reforçar o contraditório exercido pelo arguido. Reforçando esta posição e a importância do contraditório, veja-se, como salutarmente assinala INÊS FERREIRA LEITE, que não raro, em ambientes familiares e amistosos, a utilização da palavra oral pode assumir uma pluralidade de sentidos, quiçá contraditórios, conquanto que objetivamente analisados, o que é passível de redundar em induções errôneas, qual reserva mental incriminatória, que poderá mais não ser do que uma exteriorização declarativa *jocandi causa*.<sup>80</sup> Ora, nesta sede, o arguido tem a possibilidade de transcrever passagens que repute serem favoráveis à sua defesa, mormente idóneos a contraditar a facticidade incriminatória contra si imputada; por último, a al. c)

---

<sup>78</sup> ANDRÉ LAMAS LEITE, “Entre Péricles e Sísifo: O Novo Regime Legal das Escutas Telefônicas”, *cit.*, p. 651.

<sup>79</sup> CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, “Escutas Telefônicas – Mudança de Paradigma e os Velhos e os Novos Problemas”, *cit.* pp. 263. Neste sentido, vem afirmar PAULO DÁ MESQUITA que se adotou “um esquema procedimental acusatório e contraditório na selecção da generalidade do material probatório derivado das escutas centrado na selecção das partes”. PAULO DÁ MESQUITA, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 245.

<sup>80</sup> INÊS FERREIRA LEITE, “O Novo Regime das Escutas Telefônicas. Uma Visão Panorâmica Sobre a Reforma de 2007”, *cit.*, p. 256.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefônicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

*José Penim Pinheiro*

---

atribui ao assistente a faculdade de juntar aos autos elementos probatórios obtidos pelas escutas que foram apartadas do juízo de concordância material do MP, podendo, com efeito, pronunciar-se sobre a decisão ou parte da decisão que considera não lhe ter sido favorável<sup>81</sup>.

Já o art. 188º, n.º 10 do CPP apresenta-nos laivos do princípio da investigação, qual decorrência do princípio da procura da verdade material<sup>82</sup>, porquanto o juiz, pese embora devendo respeitar o objeto processual, pode transcender o quadro probatório aduzido pelos sujeitos processuais, construindo íntima e criticamente a sua convicção, qual fio condutor de uma decisão crítica e sustentada<sup>83</sup>.

Da análise das formalidades, é de constatar que estas operam como concretização operativa das exigências materiais de validação das escutas, não se reconduzindo a meros expedientes burocráticos pormenorizados de somenos. Elas tutelam um quadro principiológico constitucionalmente densificado, designadamente os princípios da legalidade constitucional, da investigação, do contraditório, e da jurisdicionalização da investigação criminal.

### 5. Invalidez Processual do art. 190º

Aqui chegados, é mister invocar a pergunta de partida: a violação dos artigos 187º a 189º do CPP comporta uma nulidade, no sentido técnico dos artigos 119º ou

---

<sup>81</sup> ANDRÉ LAMAS LEITE, “Entre Péricles e Sísifo: O Novo Regime Legal das Escutas Telefônicas”, *cit.*, p. 655.

<sup>82</sup> Acompanhamos, nesta sede, a doutrina de JOÃO ANTÓNIO RAPOSO, segundo a qual a relação entre o princípio da verdade material e o princípio da investigação vai entretecer-se num quadro de meio-fim: visa-se com o princípio da verdade material a reposição da verdade histórica constitutiva dos factos que sustentam, ou a condenação, ou a absolvição; procura-se com o princípio da investigação a concretização de meios para lograr aquele fim. Cf. JOÃO ANTÓNIO RAPOSO, “O Princípio da Verdade Material. Um Contributo para a sua Fundamentação Constitucional”, *cit.*, p. 836.

<sup>83</sup> ANDRÉ LAMAS LEITE, “Entre Péricles e Sísifo: O Novo Regime Legal das Escutas Telefônicas”, *cit.*, p. 655.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefônicas Em Especial, o Problema da Invalidade em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

---

120º (nulidades insanáveis e sanáveis)<sup>84</sup>, ou, a outro título, uma verdadeira proibição de prova<sup>85</sup>, nos termos do art. 126º, n.º 3 do CPP, que estatui que, “ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, sem o consentimento do respetivo titular”?

ROXIN, influenciado pela jurisprudência do BGH alemão, sustenta que a violação dos pressupostos materiais da admissibilidade das escutas, consagrados no § 100 a) da StPO, correspondente germânico do art. 187º do CPP, só é cominada com proibição de prova em caso de arbitrariedade ou grosseira apreciação errónea. Já a violação dos pressupostos formais plasmados no § 100 b) da StPO, mormente

---

<sup>84</sup> Não nos entretecendo numa densificação de uma teoria geral das nulidades, releva deixar neste espaço algumas breves notas. As nulidades consubstanciam invalidades ou inadmissibilidades processuais, que se verificam quando um determinado ato padece de um vício, não podendo ser valorado ou admitido num determinado *iter* processual. As nulidades podem ser insanáveis, podendo ser conhecidas em qualquer fase do processo e a título oficioso (art. 119º do CPP) e sanáveis, i.e., devem ser arguidas dentro de determinado prazo, findo o qual se consideram sanadas (art. 120º do CPP). Note-se que a locução “insanáveis” é incorreta, porquanto, com o trânsito em julgado da sentença fica precluída a possibilidade de ser arguida. Ora, tal característica inere, do ponto de vista material, às proibições de prova. Cf. GERMANO MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, pp. 111 e ss.

<sup>85</sup> As proibições de prova, embora intimamente imbricadas com o regime das nulidades insanáveis, têm certas especificidades. Tratam-se de invalidades processuais que promanam da ofensa a determinados bens jurídicos essenciais, que tem lugar na fase de investigação, espraçando-se num limite à descoberta da verdade material, porquanto, no quadro da concordância prática, os direitos fundamentais sobrelevam face a uma demonstração ilegítima dos factos. Desde logo, vislumbram-se; proibições de meios de prova (v.g. art. 134º, n.º 2 do CPP); proibições de processo e perseguição da prova (v.g. a proibição de uma prova estender-se a uma cadeia de provas secundárias daí resultantes – isto reconduz-se à discussão dogmática e jurisprudencial do problema do efeito-à-distância); proibições de produção de prova (métodos proibidos de prova) que conduzem às proibições de valoração de prova. Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, *cit.*, pp. 89-90. 176. As proibições de prova podem ser declaradas a título oficioso, em qualquer fase processual. Ademais, ao contrário do que sucede com as nulidades, as proibições de prova resistem ao trânsito em julgado da sentença, pelo que, caso uma decisão tenha por base uma prova proibida na sua fundamentação fáctica, há lugar a recurso extraordinário, para efeitos de revisão da sentença, nos termos do art. 449º, n.º 1, al. e) do CPP. Isto, porquanto “as proibições de prova têm como fundamento básico o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto as nulidades se reportam à legalidade e a questões formais ou ligadas à economia processual”. Cf. LUÍS MARTINS DE OLIVEIRA, “Da Autonomia do Regime das Proibições de Prova”, in Teresa Pizarro Beleza, Frederico da Costa Pinto (coord.), *Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, reimpr., Coimbra: Almedina, 2019, pp. 279-281.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

*José Penim Pinheiro*

---

ante a falta de forma escrita ou da comunicação aí exigidas, não provoca uma proibição de prova, antes se reconduz a outro tipo de invalidez menos gravosas concernentes à legalidade processual ou mesmo ao quadro das irregularidades<sup>86</sup>.

Em Portugal, num primeiro momento, os comentários mais tradicionais do Código de Processo Penal de 1987, com particular destaque para COSTA PIMENTA<sup>87</sup> e MAIA GONÇALVES<sup>88</sup>, sustentavam, com base num mero esforço exegético e, estamos em crer, não articulando o normativo em análise, quer com o espírito e a unidade do sistema, quer com a sua teleologia, que o sentido “nulidade” previsto no então artigo 189º do CPP (atual 190º) se reconduzia ao regime das nulidades dependentes de arguição. Mais tarde, em edição posterior, MAIA GONÇALVES traçou uma diferenciação, onde os casos de inexistência de ordem judicial seriam reconduzíveis ao plano das nulidades insanáveis<sup>89</sup>.

Ora, todas estas posições são de rejeitar, porquanto a violação dos pressupostos das escutas telefónicas é passível de aniquilar, com grande impacto, todo o conteúdo dos direitos subjetivos públicos, mormente à reserva da intimidade da vida privada e do sigilo das telecomunicações, direitos esses que geram desde logo, e como indica MOURAZ LOPES, a existência de expectativas numa comunicação intersubjetiva, livre, desinibida e apartada de ingerências não consentidas, Há, com efeito, uma esfera de privacidade que se arvora numa comunicação fechada, que se espera protegida pela comunidade e pelo direito, numa lógica de lealdade e de segurança<sup>90</sup>. Ora, não cominar tal violação com proibição de prova, havendo possibilidade de sanar o vício com o mero trânsito em julgado da sentença, sem possibilidade de recurso extraordinário, seria legitimar e consentir, nas palavras de

---

<sup>86</sup> CLAUS ROXIN, *op. cit.*, p. 202.

<sup>87</sup> JOSÉ DA COSTA PIMENTA, *Código de Processo Penal Anotado*, 2ª edição, Lisboa: Rei dos Livros, 1991, p. 478.

<sup>88</sup> MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, 7ª edição, Coimbra: Almedina, 1996, p. 335.

<sup>89</sup> MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal Anotado*, 17ª edição, Coimbra: Almedina, 2007, p. 437.

<sup>90</sup> JOSÉ MOURAZ LOPES, “Escutas Telefónicas”: Seis Teses e uma Conclusão”, *cit.*, p. 142.



## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

INÊS FERREIRA LEITE, um dever de autodenúncia e de autoincriminação<sup>91</sup>, qual violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, corolários de um *big brother* orwelliano. Ademais, há a suscetibilidade de haver uma forte desconformidade entre a realidade volitiva do arguido e a palavra falada, circunstância que, se for objeto de caso julgado, só poderia ser reparada por via de um recurso. Pelo que as interpretações acima expostas padecem de inconstitucionalidade material, violando os artigos 32º, n.º 1, 32º, n.º 8, 26º, n.º 1 e 34º, n.º 4 da CRP. Não pode nunca um expediente processual fazer precluir a justiciabilidade subjacente aos direitos, liberdades e garantias fundamentais!

Com o labor da jurisprudência dos tribunais superiores, começaram a surgir posições intermédias, que faziam uma distinção entre o art. 187º e o art. 188º, aplicando à violação daquele o regime das proibições de prova<sup>92</sup>, ou, em alguns casos, o regime das nulidades insanáveis, e ao inadimplemento deste o regime das nulidades sanáveis ou irregularidades<sup>93</sup>, posição, outro tanto, sufragada na doutrina por FRANCISCO AGUILAR<sup>94</sup> e CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> INÊS FERREIRA LEITE, “O Novo Regime das Escutas Telefónicas. Uma Visão Panorâmica Sobre a Reforma de 2007”, *cit.*, p. 257.

<sup>92</sup> Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15-10-2013, Proc. N.º 15/10.0JAGR.D.E2: “II – As escutas telefónicas, constituem expediente atentatório de direitos fundamentais onde se procura o equilíbrio entre a realização da justiça e os direitos de defesa do arguido. Enquanto o artigo 187.º do Código de Processo Penal consagra a admissibilidade da interceção e gravação de conversações ou comunicações telefónicas para valerem como meio de prova, o artigo 188.º do mesmo diploma legal estabelece as formalidades a que estão sujeitos os atos de interceção e gravação. VI – Porque a decisão judicial que introduziu no processo as escutas telefónicas não indicou, nem avaliou, qualquer elemento probatório que lhe permitisse afirmar a investigação de factos suscetíveis de integrarem a prática de crime de tráfico de estupefacientes, previsto e punível pelo artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, nem, tão-pouco, avaliou qualquer circunstância da investigação em curso em que pudesse alicerçar a conclusão da indispensabilidade ou assinalável necessidade para a descoberta da verdade do meio de obtenção de prova que autorizou, houve desrespeito pelo preceituado no n.º 1 do artigo 187.º do Código de Processo Penal. VII – Tal desrespeito acarreta a nulidade da mencionada decisão que autorizou a interceção e gravação das conversações telefónicas, não podendo ser utilizada a prova obtida por seu intermédio, conforme decorre do disposto nos 190.º e 126.º, n.º 3, do Código de Processo Penal”.

<sup>93</sup> Cf. Acórdão citado *supra* 1.

<sup>94</sup> FRANCISCO AGUILAR, “Notas Reflexivas Sobre o Regime das Escutas Telefónicas no Código de Processo Penal Português”, *cit.*, pp. 572-573, sustentando o autor tal posição do facto, a seu ver, de as formalidades das escutas consubstanciarem um mero “*iter burocrático-processual*”.

<sup>95</sup> CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, “Escutas Telefónicas – Mudança de Paradigma e os Velhos e os Novos Problemas”, *cit.* pp. 294-295, advogando que as formalidades se confinam essencialmente a

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

*José Penim Pinheiro*

---

A este propósito, o STJ fixou jurisprudência (Acórdão n.º 1/2018), no sentido em que “a simples falta de observância do prazo de 48 horas do art. 188º 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 art.s 190º e 129º, ambos do Código de Processo Penal”.

Ora sem prejuízo do que se disse *supra* 4.1. a propósito da problemática dos prazos, cuja ultrapassagem se deve reputar manifestamente desproporcional para acarretar proibição de prova, o que será apurado casuisticamente – devendo, por conseguinte, sempre tratar-se de uma ofensa ostensiva que relativize a reserva da intimidade da vida privada, o direito à autoconformação existencial por via da palavra falada e que minore substancialmente a posição, já *prima facie* enfraquecida do arguido –, a fundamentação do duto acórdão citado é de rejeitar. Com efeito, esta decisão tem por base uma indagação jurídica a que somos adversos, segundo a qual nas formalidades das operações das escutas não se visa uma tutela direta de direitos fundamentais, nem a tutela da dignidade humana, mas tão só obter eficácia, celeridade e acompanhamento de um juiz na escuta. Numa palavra, segundo o entendimento do STJ, o art. 188º apenas tutela interesses procedimentais secundários.

Nada mais de errado! Com efeito, como se viu na análise das formalidades, do art. 188º retira-se uma densidade material bastante, suportada por um quadro principiológico, que, mediante uma operação de maximização, tem os seguintes efeitos: a) um controlo judicial efetivo quanto à bondade probatória; b) permissão normativa de construção de uma verdade histórica, quer seja ela condenatória, quer seja absolutória, que deriva do princípio da culpa, o qual, por sua vez, se retira do princípio da dignidade da pessoa humana, a qual nunca teria lugar sem uma

---

uma teleologia intrinsecamente economicista. Ademais, sustenta tal posição, ante o facto de, após a nova redação, se ter suprimido o termo “*todos*” do art. 190º, querendo com isso significar que nem todos os requisitos aí referidos são cominados com a sanção máxima. Sem prejuízo do labor doutrinário do autor, parece-nos um momento hermenêutico assaz literal, apartado de uma lógica material e de uma visão sistemática global.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas Em Especial, o Problema da Invalidade em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

efetiva participação em igualdade de armas dos sujeitos processuais; c) estabelece uma regulação apertada, preclusiva de potenciais violações do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, qual nuance do princípio da presunção da inocência, consagrado no art. 32º, n.º 2 da CRP. Com efeito, e pugnando, outrossim, pela salutar doutrina de LAMAS LEITE, tal entendimento é de afastar, porquanto: a) o art. 190º não tem um teor literal diferenciador, antes se reporta a um regime facilmente suscetível de violação de um acervo de direitos, liberdades e garantias fundamentais, reconduzível ao art. 126º, n.º 3 do CPP<sup>96</sup>; b) o art. 188º se arvora numa densificação material aplicativa do art. 187º, densificação essa, ademais, promanada de exigências constitucionais prévias, que se extraem dos parâmetros materiais ínsitos nos arts. 26º, n.º 1, 32º e 34º, n.ºs. 1 e 4 da CRP<sup>97</sup>. Por outro lado, os artigos 187º e 188º do CPP, lidos de forma recíproca, constituem um conjunto de práticas necessárias à conformação de uma investigação criminal balizada por rígidos critérios conformadores do seu itinerário, em detrimento de uma investigação *libertária*, por conta própria, o que redundará na legalidade no método de formação das provas, suprimindo-se, por esta via, a máxima inquisitória *male captus est bene retentum*<sup>98</sup>.

Ante o exposto, advogamos, tal como alguma jurisprudência minoritária e com base na doutrina de LAMAS LEITE, que o art. 190º se consubstancia numa nulidade

---

<sup>96</sup> Neste sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13-05-2015, Proc. N.º 1/13.9PEVNG.P1, que fazendo parte de um acervo jurisprudencial minoritário, afirma perentoriamente o seguinte: “I – Só podem valer como prova em julgamento as comunicações [no caso, uma sms] que o Ministério Público mandar transcrever (ao órgão de polícia criminal que tiver efetuado a interceção e gravação) e indicar como meio de prova na acusação. II – O art. 190.º, do CPP, trata de forma não diferenciada a inobservância de requisitos e condições de admissibilidade e o mero incumprimento de certas formalidades de procedimento da interceção e gravação de conversações ou comunicações telefónicas. III – A inobservância das regras do art. 188.º, do CPP, constitui nulidade que impede toda e qualquer utilização do material probatório assim obtido”.

<sup>97</sup> ANDRÉ LAMAS LEITE, “Entre Péricles e Sísifo: O Novo Regime Legal das Escutas Telefónicas”, cit., p. 688-669.

<sup>98</sup> Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 14-03-2005, Proc. N.º 263/05-1.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefônicas Em Especial, o Problema da Invalidade em Caso de Violação

*José Penim Pinheiro*

---

atípica, reconduzível ao regime das proibições de prova, o qual impede toda e qualquer utilização do material probatório assim obtido<sup>99</sup>.

### 6. Breve Nota Sobre o Efeito-à-Distância

Não pretendendo entrarmos em desenvolvimentos avultados sobre esta temática, releva apenas aduzir um pequeno apontamento sobre o efeito-à-distância no âmbito das proibições de prova que recaem sobre as escutas.

O principal problema que aqui se coloca prende-se com o seguinte: como valorar as provas secundárias ou mediatas, que derivam de uma escuta inválida? Imagine-se que através de uma escuta ilegal se consegue localizar onde está uma mala com droga, facto constitutivo do crime de tráfico de droga.

Duas orientações se descortinam, embora se tenham aproximado ao longo do sucessivo labor jurisprudencial e doutrinal: uma, de matriz norte-americana, assentando na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tem por base a doutrina dos frutos da árvore proibida, segundo a qual o “veneno”, i.e., o vício de que padece a prova primária, envenena – leia-se, estende-se – às provas secundárias ou mediatas. Não obstante a virtualidade de tal doutrina de obstar a tentações investigatórias menos legítimas, estamos em crer que se trata de um extremo não concretizador das exigências penais e processuais penais da descoberta da verdade material e do restabelecimento da paz jurídica. Donde, o desenvolvimento, ao longo do Séc. XX, pelo Supremo Tribunal Federal, de várias exceções, quais sejam: a) fonte independente – se se obtiver a prova por um meio autónomo e lícito (v.g. uma revista ilegal não pôde ser valorada como prova de um crime de tráfico de droga, mas tal prova assentou num ulterior mandato judicial) esta é admitida na

---

<sup>99 99</sup> ANDRÉ LAMAS LEITE, “Entre Péricles e Sísifo: O Novo Regime Legal das Escutas Telefônicas”, *cit.*, p. 688-669. Nesta linha de pensamento, embora de forma mais generalizada se inserem GERMANO MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, p. 309-310; MANUEL GUEDES VALENTE *op. cit.*, pp. 114-115; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 550.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

esfera de cognição do juiz; b) descoberta inevitável – se se provar que aquela prova inevitavelmente será descoberta mais tarde, por via de outra investigação, ela deve ser valorada; c) mácula dissipada – quando a prova apresente uma autonomia tal, que logre dissipar a mácula, ou o veneno (*v.g.* uma confissão livre ulterior, tal como já foi decidido pelo nosso TC, no Acórdão n.º 198/2004)<sup>100</sup>, ela será valorada. Por outro lado, de matriz germânica, descortinamos, *prima facie*, uma posição tradicional, assente na doutrina, segundo a qual inexistia efeito-à-distância, *i.e.*, o facto da escuta ser nula não iria ferir as outras provas. Ulteriormente, assistiu-se a uma evolução doutrinal, que estabeleceu um ponto de equilíbrio, espaiada nem diversos critérios, quais sejam: a) critério da ponderação de interesses – deve apurar-se casuisticamente qual o interesse preponderante, ante os bens jurídicos em confronto; b) critério do fim de proteção da norma – a presença ou a ausência do efeito-à-distância está dependente da indagação quanto ao fim de proteção da norma que consagra o regime da proibição de prova – se o fim desta é prevenir o atentado a direitos fundamentais do arguido em sede investigatória, o efeito-à-distância irá operar, *v.g.*, se, no âmbito de uma declaração do arguido, tal sucesso comportar violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*; já não assim, quando está em causa a vida de uma pessoa, que dependa da investigação e do afastamento do efeito-à-distância, porquanto não é isso que a norma da proibição de prova tutela; c) doutrina da causalidade da imputação – a valoração da prova secundária será admissível quando entre ela e a prova primária não subsista um nexo de causalidade<sup>101</sup>.

Quanto a nós, e na linha de COSTA ANDRADE, estamos em crer que o critério que melhor harmoniza as exigências teleológicas do processo penal – procura da verdade material, realização da justiça, restabelecimento da paz jurídica e concordância prática -, assenta no critério dos processos hipotéticos de

<sup>100</sup> Cf. GERMANO MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, pp. 181-182. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, *cit.*, pp. 169 e ss.

<sup>101</sup> Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova...*, *cit.*, pp. 176-182.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

---

investigação, que transpõe para o campo da investigação criminal o raciocínio subjacente à teoria do comportamento lícito alternativo. Com efeito, se se concluir pela subsistência da prova secundária, ante a supressão, conquanto que mental, da prova primária, o efeito-à-distância é apartado e a prova secundária deverá ser valorada. Ou, positivamente, o efeito-à-distância opera quando se lograr o estabelecimento de um nexos de imputação objetiva, i.e., “quando se possa dizer que as outras provas são juridicamente imputáveis à escuta telefónica”<sup>102</sup>.

Assim, e invocando o exemplo *supra*, o efeito-à-distância será afastado, *v.g.*, se o agente, acompanhado da mala, se fizer conduzir até um aeroporto, onde há um complexo sistema policial e de controlo antinarcóticos, que facilmente iria detetar a conduta criminosa. Já o mesmo se não poderá dizer se o agente se instale num hotel, num sítio aleatório no país, porquanto não seria detetado, não fosse a escuta ilegal.

### Bibliografia

AGUILAR, Francisco, “Notas reflexivas sobre o regime das escutas telefónicas no Código de Processo Penal Português”, in *O Direito*, ano 148, n.º 3, Coimbra, 2016, pp. 559-583.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário ao Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011.

ALEXANDRINO, José de Melo, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, 2ª edição, Cascais: Principia, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, 5ª edição, reimp., Coimbra: Almedina, 2017, pp. 302-303.

---

<sup>102</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Das Escutas Telefónicas”, *cit.* pp. 223-224.

**Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas**  
**Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação**

*José Penim Pinheiro*

---

ANDRADE, Manuel da Costa, “Das Escutas Telefónicas” in Manuel Guedes Valente (coord.), *I Congresso de Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 215-224.

ANTUNES, Maria João, *Direito Processual Penal*, 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2018.

ANDRADE, Manuel da Costa, “Anotação ao art. 192º”, in Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 1039-1067.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

CANOTILHO, J.J., Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CUNHA, José Damião da, “O regime legal das escutas telefónicas – algumas breves reflexões”, in *Revista do CEJ*, n.º 9 (especial), Coimbra, 2008, pp. 205-218.

DÁ MESQUITA, Paulo, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código de Processo Penal Anotado*, 7ª edição, Coimbra: Almedina, 1996.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código de Processo Penal Anotado*, 17ª edição, Coimbra: Almedina, 2007.

LEITE, André Lamas, “Entre Péricles e Sísifo: O Novo Regime Legal das Escutas Telefónicas”, in *RPCC (Revista Portuguesa de Ciência Criminal)*, ano 17, n.º 4, Coimbra, 2007, pp. 613-669.

LEITE, Inês Ferreira, “O Novo Regime das Escutas Telefónicas. Uma visão Panorâmica da Reforma de 2007”, in Fernanda Palma *et. al.* (coord.), *Direito da Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, 2014, pp. 255-271.

## Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação

José Penim Pinheiro

---

LOPES, José Mouraz, “Escutas Telefónicas: Seis Teses e uma Conclusão”, in *RMP (Revista do Ministério Público)*, n.º 104, Lisboa, 2005, pp. 139-151.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima, *Sob Escuta – Reflexões Sobre o Problema das Escutas Telefónicas e as funções do Juiz de Instrução Criminal.*, Cascais: Principia, 2003.

MENDES, Paulo de Sousa, *Lições de Direito Processual Penal*, reimp. (1ª edição de 2013), Coimbra: Almedina, 2018.

MONTE, Mário Ferreira, “Escutas Telefónicas”, in Manuel Guedes Valente (coord.), *III Congresso de Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 2010, pp. 163-206.

OLIVEIRA, Luís Martins de, “Da Autonomia do Regime das Proibições de Prova”, in Teresa Pizarro Beleza, Frederico da Costa Pinto (coord.), *Prova Criminal e Direito de Defesa – Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*, reimp., Coimbra: Almedina, 2019, pp. 257-290.

PIMENTA, José da Costa, *Código de Processo Penal Anotado*, 2ª edição, Lisboa: Rei dos Livros, 1991.

RAPOSO, João António, “O Princípio da Verdade Material. Um Contributo para a sua Fundamentação Constitucional”, in Augusto Silva Dias, et. al. (org.), *Liber Ammicorum a José de Sousa e Brito: Estudos de Direito e Filosofia*, Coimbra: Almedina, 2009 p. 833-840.

RODRIGUES, Cláudio, “Dos Pressupostos Materiais de Autorização de uma escuta telefónica”, in *Verbo Jurídico*, em [http://verbojuridico.net/doutrina/ppenal/claudiolimarodrigues\\_autorizacaoescutatelefonica.pdf](http://verbojuridico.net/doutrina/ppenal/claudiolimarodrigues_autorizacaoescutatelefonica.pdf).

ROGALL, Klaus, “A nova regulamentação da videovigilância das telecomunicações na Alemanha”, in Fernanda Palma et. al. (coord.) 2º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 117-148.



**Revisitando Panoramicamente o Regime das Escutas Telefónicas  
Em Especial, o Problema da Invalidez em Caso de Violação**

*José Penim Pinheiro*

---

ROXIN, Claus, *Derecho Processal Penal*, trad. da 25ª edição alemã por Gabriela Córdoba e Daniel Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SILVA, Germano Marques da, SÁ, Fernando, “Anotação ao art. 34º”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 755-778.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, 5ª edição, Lisboa: Verbo, 2011.

SUSANO, Helena, *Escutas Telefónicas – Exigências e controvérsias do actual regime legal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

TEIXEIRA, Carlos Adérito, “Escutas Telefónicas – Mudança de Paradigma e os Velhos e os Novos Problemas”, in *Revista do CEJ*, n.º 9 (especial), Coimbra, 2008, pp. 243-295.

VALENTE, Manuel Guedes, *Escutas Telefónicas – Da Excepcionalidade à Vulgaridade*, 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2008.