

*Maria de Fátima Mata-Mouros*  
*ASJP (Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais)*

*Audiência em 11 de Julho de 2007 na 1ª Comissão de Assuntos Constitucionais,  
Direitos, Liberdades e Garantias*

*- Observação adicional ao parecer emitido pela ASJP sobre o anteprojecto de  
revisão de processo penal*

*- Síntese da perspectiva crítica da reforma através do exemplo das escutas  
telefónicas*

#### I) OBSERVAÇÃO ADICIONAL AO PARECER EMITIDO EM NOVEMBRO DE 2006 PELA ASJP

O art. 252-A, constituindo aditamento ao anteprojecto que esteve na origem da proposta do governo, exige observação adicional para salientar que a sua redacção diz de mais, entrando, por um lado, num campo reservado pela Constituição e, por outro, paradoxalmente, restringindo competências que em nada contendem com os princípios constitucionais. Para além disso, a introdução deste artigo suscita uma pergunta a dirigir ao legislador:

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

Diz ainda de mais, quando, no n.º 1, condiciona à verificação de perigo para a vida ou integridade física também o acesso do juiz («autoridade judiciária») a dados de localização celular. Sendo a informação sobre a localização de carácter menos lesiva do que a audição do conteúdo das comunicações, e tendo o juiz competência para autorizar o acesso a estas últimas, não se compreende a restrição. A vingar esta proposta, uma escuta de suspeitos de crime de tráfico em plena execução criminosa não poderá, de futuro, ser acompanhada da localização do respectivo paradeiro, a menos que se estenda de tal modo o sentido a dar ao requisito de verificação de perigo para a vida ou integridade física que ele deixe de fazer sentido enquanto elemento restritivo. Ou seja, depois de no art. 189º/1 e 2, numa infeliz técnica legislativa, o legislador estender o regime das escutas a outras comunicações, onde integra os dados de localização celular, sem ter em linha de conta os diferentes grau de potencialidade lesiva de variadas informações (o que foi objecto da oportuna crítica no parecer da ASJP), no novíssimo 252-A, ao pretender introduzir uma diferenciação para efeitos de medidas cautelares de polícia, acaba, afinal, por limitar injustificadamente também o acesso pela via judicial.

Por último, a introdução deste artigo suscita uma pergunta: Quais as condições que o sistema actualmente instalado no Departamento de Telecomunicações da PJ

oferece para aceder à localização celular sem que tal pressuponha a activação de uma intercepção telefónica com acesso áudio?

A proposta de redacção deste artigo representa, na verdade, um ilustrativo exemplo de como a precipitação legislativa convive mal com uma ordem jurídica coerente, clara e segura e eficaz.

II) No seu conjunto, os cinco projectos de reforma do CPP (**PROPOSTA DE LEI N.º 109/X, do Governo, PROJECTO DE LEI N.º 237/X, do Partido Social Democrata, PROJECTO DE LEI N.º 368/X, do Partido Popular CDS-PP, PROJECTO DE LEI N.º 369/X, do Bloco de Esquerda e PROJECTO DE LEI N.º 370/X, do Partido Comunista Português** registam tendencial equivalência não só na identificação dos problemas como também nas soluções encontradas.

Dadas as limitações de tempo e a impossibilidade de me deter na apreciação de todas as alterações previstas, procurarei através do exemplo de um instituto em particular ilustrar a minha perspectiva crítica da(s) reforma(s) propostas. Escolhi as escutas telefónicas, por três ordens de razões:

1ª Razão:

- O interesse público deste meio de prova de «singular melindre»<sup>1</sup> e «causa de acertuada celeuma, nos tempos mais recentes»<sup>2</sup>, encontra relevo em todos os projectos de reforma (inclusive no «Acordo Político-Parlamentar para a Reforma da Justiça»);

2ª Razão:

- É cada vez mais patente que a fase de inquérito se tornou no ponto fulcral do processo penal, sendo que, no seu seio, as escutas revelam especial aptidão para ilustrar a ponderação de bens identificadora da essência do próprio processo penal, enquanto direito constitucional aplicado.

3.ª Razão:

- As escutas oferecem um expressivo exemplo na demonstração daquela que julgo ser a principal crítica a dirigir às alterações agora anunciadas. Anuncia-se na proposta do governo que «o regime de intercepção e gravação de conversações ou comunicações é modificado em múltiplos aspectos», mas – e é isto o que procurarei demonstrar –, o essencial fica por mudar.

<sup>1</sup> V. Exposição de motivos do projecto do PSD

<sup>2</sup> V. Exposição de motivos do projecto do CDS-PP

Antes do mais, impõe-se perguntar: Quantas escutas se fazem anualmente em Portugal? Quantas pessoas são atingidas e de entre elas, quantas são suspeitos, quantas chegam a ser acusadas, quantas sofrem condenação? Não existe um único estudo nacional sobre a dimensão do fenómeno. E, todavia, sem a resposta àquelas (e outras) perguntas, qualquer reforma a introduzir nunca ultrapassará o plano da mera intuição. Certo que «algumas normas em vigor foram objecto de juízos de inconstitucionalidade», como justifica a proposta governamental. O problema é que em nenhum dos projectos se descortina um diagnóstico global capaz de explicar a razão das inconstitucionalidades de que as normas (e as práticas) padecem há anos. Nem mesmo na extensa explicação da reforma introduzida no “Anexo” à proposta de lei do governo contrastante com o tom sumário que caracterizava a exposição de motivos inicial.

O consenso em torno de uma ideia tem que ter significado. E sendo assim, inevitável se torna determinar quais as ideias prevalentes em todos os cinco projectos de reforma apresentados:

**São quatro os pontos comuns que sobressaem de todos os projectos:**

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

Abordá-las-emos pela ordem inversa da indicação, começando pela última por ser a que menos controvérsia suscita neste momento. Assim:

A ideia de **PERMITIR À DEFESA INTERVENÇÃO NA SELECÇÃO DAS CONVERSAS RELEVANTES** representa uma conquista de saudar. Traduz abertura do processo à defesa e, com ela, o rumo ao processo justo e equitativo o que, como tenho defendido, constitui uma das reformas indispensáveis a empreender no inquérito.

Trata-se, portanto, de uma melhoria que se regista ao nível da aquisição e validade da prova, bem como dos direitos da defesa, e não propriamente no instituto das escutas.

Terá certamente implicações na celeridade do processo, exigindo adaptação de prazos que não se vê assumida.

Em sede de PROCEDIMENTOS, existem dois planos a diferenciar:

A) O plano da legalidade ordinária dos “meros procedimentos”:

Apesar da reserva de lei e da imposição da sua limitação ao mínimo indispensável, o legislador ordinário conserva amplo campo de liberdade na definição dos procedimentos a adoptar na realização das escutas. Daí que, não surpreenda a diversidade de pormenor detectável no confronto dos vários projectos. Mas, com maiores ou menores referências a «fitas gravadas», «suportes técnicos», «envelopes lacrados» ou «elementos análogos» direi apenas que, neste patamar da mera legalidade ordinária, todas as soluções são boas, desde que se contenham em prescrições claras, concisas e simples, o que não será exactamente a melhor definição do elenco de prescrições reguladoras previstas nas propostas apresentadas pelo Governo ou do PSD, respectivamente com treze e com doze números contemplados no artigo onde se integram (art. 188º do CPP)<sup>3</sup>

B) Alguns aspectos de procedimento inserem-se, porém, já no plano da garantia constitucional em sede de direitos fundamentais. E aqui, lamentavelmente, as soluções previstas suscitam-nos fortes reservas. Detenham-nos apenas em duas (pela limitação do tempo de que dispomos):

1.ª - A obrigação do juiz determinar a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo nos casos previstos nas alíneas do art. 188/6 da proposta do governo constitui incumbência de execução impossível. Já que exige:

a) Audição integral de todas as conversas captadas o que constitui dificuldade praticamente inultrapassável;

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

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

Infelizmente ainda não se compreendeu que a reserva judicial não é uma mera reserva formal de salvaguarda da conformidade constitucional dos diplomas legais.

<sup>3</sup> Todas as referências a disposições legais se reportam aos projectos no caso em referência.

O projecto do PCP apresenta neste ponto, uma proposta bem mais concretizada ao proibir a transcrição de conversas envolvendo pessoas que possam recusar prestar depoimento como testemunha (art. 187/7), bem como um maior sentido da responsabilidade ao sublinhar a possibilidade de o juiz «requisitar ou mobilizar, nos termos da lei, as assessorias e os equipamentos técnicos adequados». Na respectiva exposição de motivos sublinha-se, certamente, que «a solução dos problemas estruturais do sistema de justiça português exige uma alteração dos traços fundamentais das políticas de desresponsabilização do Estado (...) e de falta de investimento em meios técnicos e materiais e na formação de recursos humanos.»

2.<sup>a</sup> - A nova regulamentação da destruição das gravações, que permanecerão à disposição dos vários intervenientes no processo, com a faculdade de as duplicar (no caso do arguido, até à apresentação da contestação - art. 188/4 da proposta do governo) denota excessiva confiança. Bem mais cauteloso se revela, neste ponto, o projecto do PSD ao limitar o acesso aos suportes ao espaço da secção de processos (art. 188/10).

A incumbência de execução impossível ao juiz a par do fornecimento de cópias das gravações a um número alargado de pessoas fazem temer a repetição de episódios de intolerável levassa da privacidade a que nem mesmo a proibição de divulgação, à ultima hora acrescentada à proposta do governo (art. 88º/4), conseguirá pôr cobro. Quantas multas são precisas para equivaler ao aumento de vendas proporcionado pela divulgação de um escândalo? Quantas serão necessárias para fazer face à eficiência de um fortíssimo instrumento de pressão? Será mesmo necessária a publicação de uma conversa inconveniente para afastar um inimigo?

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

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

a) A periodicidade de remessa dos suportes e restantes elementos da escuta às autoridades judiciárias vai desde as “24h” proposta pelo BE aos “15 dias” do governo e PSD, passar do pelos “5 dias” indicados pelo PCP e CDS.

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

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

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

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

A uma injustiça ditada por razões de forma, o legislador responde com uma solução formal, passando ao largo dos verdadeiros problemas que podem surgir em sede de aquisição leal e adequada da prova num processo de natureza criminal.

#### b) O prazo de duração da escuta

O cuidado havido na estipulação de prazos máximos de duração de uma medida restritiva de direitos fundamentais ilustra uma fundada intolerância a prorrogações ilimitadas ou indefinidas. Por isso é de saudar a previsão de um prazo máximo. O mesmo já não poderá dizer-se, lamentavelmente, no que respeita ao prazo de 3 meses concretamente adoptado por todos os projectos reformadores em análise, com excepção apenas para o do BE.

Estudos empíricos sobre a realidade das escutas telefónicas, realizados na Alemanha, concluíram que na esmagadora maioria dos despachos de autorização das escutas o prazo fixado coincide com o máximo previsto na lei. Daí que naquele país, onde o prazo actual é de três meses, hoje se reivindique a respectiva diminuição. Curiosamente, por cá, fixa-se pela primeira vez um prazo, optando-se por um espaço de tempo que excede o que tem vindo a prevalecer na prática dos tribunais: 30 ou 60 dias.

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

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

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

- Por norma, a polícia só solicita escutas a pessoas consideradas «suspeitas» de práticas criminosas, pelo menos na perspectiva dos investigadores;

- O juiz não tem efectiva possibilidade prática de contrariar a polícia na sugestão que os investigadores lhe apresentam de dever considerar-se esta ou aquela pessoa como suspeita.

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

Aqui chegados, impõe-se esclarecer:

Há que distinguir dois níveis na análise de uma medida processual de ingerência em direitos fundamentais, como é o caso de uma escuta telefónica:

- Um nível de legitimidade constitucional referente à ingerência propriamente dita (tempo de duração da medida, pessoas e factos abrangidas, respeito pelas condições de adequação e proporcionalidade judicialmente sindicadas e impostas);
- Um nível de legalidade ordinária referente à execução da medida (“meros procedimentos” e consequências da sua inobservância)

Esta distinção implica consequências na densidade normativa da definição dos parâmetros legais de autorização e nas sanções para o desrespeito pelas previsões normativas. O nosso legislador ignora-as. Nos cinco projectos continua a sancionar-se com nulidade a inobservância de «todos os requisitos estabelecidos» para a realização das escutas. Alguns espraiam-se por pormenores de procedimento. Todos sofrem de deficiente indicação dos parâmetros de necessidade que uma escuta deve ter.

A proliferação de decisões de anulação de prova adquirida por escutas telefónicas ditadas pelos nossos tribunais não traduz necessariamente uma prática de maior rigor no recurso às mesmas. Na maior parte dos casos a anulação alimenta-se de argumentos que, embora invocados em nome dos direitos fundamentais, se traduzem em incumprimento de meras razões de forma. Em vez de corrigir este vício de aplicação o nosso legislador alimenta-o. Vamos, pois, continuar a ter nulidades por razões meramente formais em prejuízo da eficácia das investigações.

Mas vamos também continuar a ter escutas «desnecessárias» ou «excessivas». Na previsão do n.º 1 do art. 187º continua a falar-se de “grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova”, ou de “diligência indispensável”, sem maiores explicitações. Não admira, pois, que na prática se confunda previsão do catálogo com admissibilidade legal da escuta.

Com ressalva para a via de maior exigência encetada nos nºs 5 e 6 do art. 187º do projecto do BE, ou no já acima referido art. 187/7º do projecto PC, é patente o desprezo a que continua votada a densificação normativa dos requisitos para a autorização de uma escuta. É um caminho laborioso, mas valeria a pena encetá-lo, a exemplo das preocupações evidenciadas já em legislações estrangeiras, em especial no que respeita à tutela das esferas de segredos e relações de confiança protegidas pelo Direito.

Esta apatia contrasta com as preocupações que vão marcando passo na jurisprudência estrangeira, a exemplo da que vem sendo firmada pelos tribunais superiores do Reino de Espanha ao não admitirem a realização de escutas «prospectivas» nem permitirem a sua autorização baseada em denúncias anónimas ou (o que para esse efeito vem a dar no mesmo) em informações policiais de fonte não identificada.<sup>4</sup> Não é este o rumo tomado pela nossa jurisprudência. Acresce uma surpreendente e preocupante “quebra” na linha

<sup>4</sup> V., por exemplo, decisão de 23 de Outubro de 2003 do Tribunal Constitucional de Espanha.

definida na jurisprudência pelo Tribunal Constitucional no respeitante à “reserva de juiz” em matéria de escutas.<sup>5</sup> Perante uma crescente hesitação interpretativa, adensa-se a responsabilidade do legislador.

Entretanto, continuaremos a ver insuficientemente protegidos os nossos direitos à inviolabilidade do sigilo das comunicações (art. 34º/4 CRP), à palavra e à reserva da intimidade da vida privada (art. 26º da CRP) e mesmo à autodeterminação informacional e comunicacional (arts. 34º e 35º CRP). Mais, continuaremos a poder ser alvo de escuta sem ser suspeitos e sem que em algum momento (mesmo depois de este encerrado) sejamos informados da sua realização, em contraste com várias legislações europeias que prevêem a obrigação da notificação da realização da escuta aos que por ela foram abrangidos. Mas estas são preocupações que estão longe de perturbar o sossego do nosso legislador, tal como outras de especial actualidade como a delimitação do uso e tratamento policial dos dados de informação recolhidos nas escutas (em que não entraremos por limitações de tempo).

Em resumo: da análise de cada uma das preocupações detectadas em todos os projectos de reforma das escutas telefónicas em discussão resultou:

Melhoria ao nível da aquisição e validade da prova, e dos direitos da defesa (com o preço correspondente ao nível da celeridade);

Persistência do problema da proliferação das escutas, em prejuízo da garantia do respeito pelos direitos fundamentais afectados pelo recurso a este meio de obtenção de prova;

Persistência do problema da nulidade da prova obtido por meio das escutas, em prejuízo da eficiência da perseguição criminal.

O principal problema que interessava resolver nas escutas era o da adequação da reserva judicial para verdadeiramente exercer um controlo da sua legalidade e assegurar a sua correcta utilização. E ainda a concretização do conceito de «necessidade» do recurso a um tal meio de prova.

Ora estes ~~problemas~~ são problemas comuns a todos os institutos do inquérito penal que implicam restrições de direitos. O nosso inquérito, tal como o alemão que lhe serviu de modelo, continua a sofrer de um patente défice de legitimação objectiva das intrusões estaduais na esfera individual das pessoas (arguidos ou terceiros), bem como um défice de controlo dos poderes que nele se exercem, não podendo adiar-se por mais tempo a denúncia e a consequente reforma dos conceitos excessivamente vagos que regulam os seus institutos<sup>6</sup>.

Alguns projectos apresentados pareciam partir no sentido correcto. «Cabe ao legislador gizar uma disciplina dotada da indispensável densidade normativa que cumpra a sua função de rigorosa delimitação da admissibilidade, por natureza excepcional, deste meio

<sup>5</sup> Sobre a tendência da jurisprudência mais recente do TC nesta matéria, v., por todos, José Manuel Damão da Cunha, in *Jurisprudência Constitucional*, 8, p. 46 e ss.

<sup>6</sup> V. Heike Jung, «Le Procès Pénal en République Fédérale Allemagne», in *Procès Pénal et Droits de l'Homme – vers Une Conscience Européenne*.



de obtenção da prova» (exposição motivos PSD). Todavia, neste, como nos demais projectos, a norma essencial na definição do regime das escutas permanecerá tão vaga como até hoje (art. 187º/1, parte final), permitindo-as «se houver razões para crer que a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova». Ressalva-se o projecto do BE onde, pelo menos, ainda se acrescente um requisito adicional «e não exista outro meio lícito para atingir esses objectivos.»

Como já referi noutra lugar<sup>7</sup>: «o grande defeito que aponto a esta «reforma» do processo penal é, afinal, não haver reforma». Mas porque, como juiz, me habituei a procurar nas alegações alheias o fundamento das minhas convicções, prefiro recorrer a palavras de outrem para concluir esta reflexão: *«contrariamente ao que seria de esperar, o legislador ordinário parece não pretender aproveitar a oportunidade da presente reforma legislativa, em matéria de processo penal (...) Continua a existir um silêncio comprometedor, por parte do legislador, nalgumas matérias do regime das escutas telefónicas. Suspeitamos que as alterações, mais uma vez (...) não toquem no cerne da questão: a necessidade de um regime global de intervenção nas comunicações electrónicas.»*<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Maria de Fátima Mata-Mouros, *Direito à Inocência*, Principia 2007, p. 267.

<sup>8</sup> Armando Veiga e Benjamim Silva Rodrigues, *Escutas Telefónicas*, Coimbra, Março 2007, p. 501/502.