

Supremo Tribunal de Justiça

Processo nº 123/13.6JAPRT.P1-A.S1

Relator: SOUTO DE MOURA

Sessão: 30 Novembro 2017

Votação: MAIORIA COM * VOT VENC

Meio Processual: RECURSO PARA FIXAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Decisão: FIXADA JURISPRUDÊNCIA

ACÓRDÃO PARA FIXAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

ESCUTAS TELEFÓNICAS

PRAZO

NULIDADE

AUTO

JUÍZ DE INSTRUÇÃO

MINISTÉRIO PÚBLICO

Sumário

«A simples falta de observância do prazo de 48 horas, imposto no n.º 4 do art. 188.º do CPP, para o MP levar ao juiz os suportes técnicos, autos e relatórios referentes a escutas telefónicas, constitui nulidade dependente de arguição, nos termos dos arts. 190.º e 120.º, ambos do CPP.».

Texto Integral

AA, devidamente identificada nos autos, interpôs recurso para o Tribunal da Relação do Porto, da decisão de primeira instância que a condenou nos autos em epígrafe. Aí se considerou que o incumprimento dos prazos dos nºs 3 e 4, do art. 188º, do CPP, constituía nulidade sanável, nos termos da al. c), do nº 3, do art. 120º, do mesmo Código. O recurso foi julgado improcedente e confirmada a decisão recorrida, por acórdão de 10/9/2014, transitado em julgado a 21/10/2015.

É deste acórdão que agora a arguida vem interpor recurso extraordinário de fixação de jurisprudência para o STJ, por considerar haver oposição entre o acórdão recorrido e o acórdão do mesmo Tribunal da Relação do Porto, proferido a 23/2/2013 (Pº 1639/09.4JAPRT.P1, da 1ª Secção) transitado em julgado em 21/5/2014, que assim se considerou acórdão fundamento.

A divergência em questão reporta-se ao facto de saber se a prova obtida através de interceções telefónicas, quando não é apresentada pelo M^o P^o ao juiz de instrução, no prazo de 48 horas, está ferida de nulidade insanável, não podendo ser utilizada por configurar um método proibido de prova, nos termos do art. 126.^o, n.^o 3, do CPP e tendo em conta o disposto no art.^o 188.^o n.^o 4 do CPP. Ou então, se a preterição deste prazo se traduz numa mera nulidade sanável, e por isso sujeita a arguição nos termos e prazo do art. 120.^o, n.^o 3, al. c), do mesmo Código.

A - RECURSO

I - Foram as seguintes as conclusões da motivação da recorrente:

"1- No douto acórdão de que se recorre, decidiu-se que o incumprimento dos prazos estabelecidos nos n.ºs 3 e 4 do artigo 188.º do CPP configura uma nulidade sanável nos termos da al. c) do n.º 3 do artigo 120.º do C.P.P.

2- Esta decisão está em oposição com uma outra proferida pelo Tribunal da Relação do Porto, na 1 Secção, processo n.º 1639/09.4JAPRT.P1, de 23 de Fevereiro de 2013.

3- Neste douto aresto, agora fundamento, contrariamente, decidiu-se que o incumprimento dos prazos estabelecidos nos n.ºs 3 e 4 do artigo 188.º do CPP configura uma proibição de prova nos termos do n.º 3 do artigo 126.º do CPP

4- Nestes dois doutos arestos decidiu-se a mesma questão fundamental de direito, sobre uma questão análoga de facto, sempre no âmbito da mesma legislação e assentando em soluções manifestamente opostas.

5- Saber se, a natureza da invalidade resultante da inobservância dos procedimentos previstos no artigo 188.º CPP configura uma nulidade sanável ou uma proibição de prova.

6- Entendemos que deve ser fixada jurisprudência com o sentido do acórdão fundamento deste recurso, ou seja, a natureza da invalidade resultante da inobservância dos procedimentos previstos no artigo 188.º do CPP configura a proibição de prova prevista no n.º 3 do artigo 126.º do CPP.

Violaram-se as seguintes disposições legais

- Artigos 120.º, 126.º, 188.º e 190.º, todos do Código de Processo Penal.

Nestes termos e demais de direito, deverá o presente recurso obter provimento e em consequência fixar-se jurisprudência no sentido propugnado e de acordo com o acórdão fundamento."

II – O Mº Pº, respondeu doutamente, considerando estarem preenchidos os pressupostos formais e substanciais de que depende a admissibilidade do presente recurso, à luz dos arts. 401º, nº 1, al. b) e 437º, do CPP, devendo os autos prosseguir, para que seja uniformizada jurisprudência, acolhendo-se a solução consagrada no acórdão recorrido.

Colhidos os vistos os autos foram submetidos a conferência, e por acórdão de 23/3/2017, proferidos nestes autos ao abrigo do art. 440º, nº 4, do CPP, foi deliberado *"estarem verificados os requisitos formais e substanciais previstos nos arts. 437.º e 438º do CPP, de que depende a continuação do presente recurso, por o acórdão recorrido e o acórdão fundamento indicado assentarem em factos que se equivalem, havendo oposição de julgados quanto à mesma questão de direito, e daí que o presente recurso deva prosseguir, nos termos do nº 1 do art. 442º do CPP"*.

Só o Mº Pº alegou, de acordo com o art. 442º, nº 1, do CPP, defendendo que a preterição do prazo acima apontado se traduzia numa mera nulidade sanável, e concluiu assim:

"7.1. A jurisprudência que uniformemente vinha sendo adotada pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ) a propósito do regime de nulidades decorrente, consoante o caso, da violação dos pressupostos substanciais de admissão de escutas densificados no art. 187.º, ou da inobservância das formalidades processuais para a sua aquisição, estas contidas no art. 188.º, ambos do CPP, não caducou com a introdução, ex novo, da expressão "não podendo ser utilizadas", colocada, entre vírgulas, imediatamente a seguir ao segmento normativo "são igualmente nulas", na redação decorrente da Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto.

7.2. O aditamento, àquele nº 3, da sobredita expressão: "não podendo ser utilizadas", referindo-se às provas nulas, por serem obtidas mediante intromissão (...) nas telecomunicações sem o consentimento do respetivo titular, não legitima que se fundamente o juízo de que a preterição do prazo de 48 horas estipulado no art. 188.º, nº 4, por remissão do art. 190.º, ambos do CPP, constitui nulidade insanável.

7.3. Com a introdução do segmento normativo em causa mais não fez, de resto, o legislador, do que consagrar, agora de forma expressa, o que estava implícito na redação anterior, cujo n.º 1 já previa, tal como agora, que «são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas [...]». A nova redação limitou-se, pois, a reproduzir, agora também no n.º 3 do preceito, a citada expressão, que manteve intocada no n.º 1. Ou, dito por outras palavras, quando na redação anterior do n.º 3 do art. 126.º se previa que, citamos, «são igualmente nulas as provas obtidas...», isso só poderia significar que elas eram nulas nos mesmos termos do n.º 1 do preceito, ou seja, «são nulas, não podendo ser utilizadas...». Só essa dimensão normativa é, com efeito, compatível com a expressão «são igualmente nulas», em vez de, apenas, «são nulas».

7.4. Ademais, sendo de presumir, desde logo à luz do disposto no n.º 3 do art. 9.º do Código Civil, que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, e conhecendo o mesmo legislador a interpretação que pacificamente vinha sendo acolhida, mormente pela jurisprudência do STJ, temos por certo que, se fosse outra a intenção da norma, pelo menos o advérbio "igualmente" não poderia ter deixado de ser eliminado do texto legal.

7.5. Verificados que estejam, pois, os requisitos de admissibilidade de interceções telefónicas, e uma vez obtida a sua prévia autorização judicial, a lei permite que seja validamente recolhida e utilizada a prova obtida, ainda que com sacrifício do direito ao sigilo das comunicações dos respetivos visados.

7.6. O direito ao sigilo dos meios de comunicação privada só pode ser restringido, como é sabido, nos termos constitucionalmente previstos e limitar-se ao necessário para salvaguarda de outros direitos ou interesses também constitucionalmente protegidos (art. 18.º n.ºs 1 e 2 da CRP).

7.7. Ora, no caso que nos ocupa, e perante o direito que se pretende salvaguardar, não pode deixar de reconhecer-se que a mera ultrapassagem do sobredito prazo de 48 horas não constitui qualquer interferência/intromissão nas telecomunicações. Verdadeiramente, essa interferência/intromissão ocorreu, isso sim, num momento anterior, aquele em que, em concreto, as interceções foram ordenadas, e autorizadas, por se considerarem verificados os requisitos e pressupostos da sua admissibilidade.

7.8. Daí que a preterição daquele prazo de 48 horas não possa ter a potencialidade de operar a transformação de uma prova validamente obtida, num método proibido de prova.

7.9. Tanto mais que aquela e as demais formalidades reguladas pelo art. 188.º do CPP se destinam a prosseguir finalidades de índole meramente procedimental, como a da eficácia do procedimento e sobretudo a garantia do controlo judicial, ao lado de um simples interesse de celeridade, finalidades que, de todo, não contendem com direitos fundamentais nem se prendem diretamente com a dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual o seu desrespeito só possa configurar nulidade sanável e, por isso, sujeita a arguição.

7.10. Esta é, aliás, a dimensão interpretativa que, mesmo já na vigência da mencionada reforma de 2007, vem sendo seguida, uniforme e pacificamente, pela jurisprudência do STJ, de que são exemplo os acórdãos de 03-11-2016, proferido no Processo n.º 63/10.0P6PRT.P1, e de 24-11-2016, proferido no Processo n.º 108/10.4PEPRT.P1.S1.

7.11. Sendo que já mereceu também o devido respaldo do Tribunal Constitucional onde, pelo acórdão n.º 476/2015, de 30-09-2015, se firmou jurisprudência no sentido de «não julgar inconstitucionais as normas constantes dos artigos 119.º, 120.º, 126.º, 188.º e 190.º, todos do Código de Processo Penal, quando interpretadas no sentido de que a preterição dos prazos referidos no artigo 188.º, n.ºs 3 e 4 do aludido Código se traduz numa nulidade sanável e por isso sujeita a arguição no prazo de 5 dias subsequentes à notificação do despacho que procedeu ao encerramento do inquérito».

Propõe-se pois, neste quadro, que o Conflito de Jurisprudência existente entre os acórdãos da Relação do Porto, de 10 de setembro de 2014, proferido no Processo n.º 123/13.6JAPRT.P1-A, e de 23 de fevereiro de 2013, proferido na mesma Relação no âmbito do Processo n.º 1639/09.4JAPRT.P1, seja resolvido nos seguintes termos:

«I - A falta de apresentação das interceções telefónicas, ao juiz, no prazo de 48 horas, nos termos e para os efeitos do art.º 188º nº 4 do CPP, traduz-se numa

nulidade sanável, sujeita a arguição nos termos e prazos do art. 120.º n.º 3 do CPP».

«II - A prova obtida através daquelas interações telefónicas não constitui um método proibido de prova»."

Colhidos os vistos submeteram-se os autos a conferência do Pleno das Secções Criminais do STJ, cumprindo decidir.

B - APRECIACÃO

1 - A oposição de julgados.

Porque a decisão da conferência da 5ª Secção Criminal do STJ, que afirmou a oposição de julgados, não vincula o Plenário, importa revisitar a questão ainda que muito sucintamente.

1.1. Pressupostos formais.

O recorrente tem legitimidade, o recurso mostra-se tempestivo e ambos os acórdãos, recorrido e fundamento transitaram em julgado. O primeiro a 21/10/2015, tendo em conta o que vem certificado a fls. 70, com o complemento de fls. 171, sabido que a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional foi notificada à recorrente, por carta registada de 2/10/2015, como tudo se comprova nos autos. O recurso em causa foi interposto a 29/10/2015. O acórdão fundamento transitou em julgado anteriormente, a 21/5/2014.

Não ocorreu alteração legislativa, relevante para o caso, entre a prolação do acórdão designado como fundamento e o acórdão recorrido.

1.2. A oposição relevante.

Recordaremos, quanto à natureza da oposição que interessa ter em conta, e como se lê no acórdão preliminar, que *"o artº 437º do CPP reclama, para fundamento do recurso extraordinário de fixação de jurisprudência, a existência de dois acórdãos, tirados sob a mesma legislação, que assentem em soluções opostas quanto à mesma questão de direito. Perfilada pois uma questão de direito, importa que se enunciem "soluções" para ela, que se venham a revelar opostas.*

Os dois acórdãos têm que assentar em soluções opostas, certo que a oposição deve ser expressa e não tácita. Isto é, tem que haver uma tomada de posição explícita divergente quanto à mesma questão de direito. Não basta que a oposição se deduza de posições implícitas, que estão para além da decisão final, ou que em cada um dos acórdãos esta tenha, só por pressuposto, teses diferentes. A oposição deve respeitar à decisão e não aos seus fundamentos (cf. v.g. já o Ac. do S.T.J. de 11/10/2001, Pº 2236/01 desta 5ª Secção).

Mas importa ainda que se esteja perante a mesma questão de direito. E isso só ocorrerá quando estejam em jogo as mesmas normas, reclamadas para aplicar a uma determinada situação fáctica, e elas tenham sido interpretadas de modo diferente. Interessa pois que a situação fáctica se apresente com contornos equivalentes, para o que releva no desencadeamento da aplicação das mesmas normas.

É evidente que se não trata, na presente fase, de apreciar a bondade da decisão proferida, no acórdão recorrido. Trata-se de verificar se aí se tomou uma posição, sobre uma questão de direito, em contradição com a posição que, sobre a mesma questão de direito, se tivesse tomado no acórdão fundamento, mas partindo evidentemente de uma factualidade equivalente. Por outras palavras, a posição tomada no acórdão recorrido, quanto a certa questão de direito, seria a que o mesmo julgador tomaria, se tivesse que decidir no mesmo momento essa questão, no acórdão fundamento. E vice-versa.

Mesmo que a diferença factual de ambos os processos, a do acórdão recorrido e a do acórdão fundamento, seja inelutável por dizer respeito a acontecimentos históricos diversos, terá que se tratar de diferenças factuais inócuas que nada interfiram com o aspeto jurídico do caso, para que a oposição releve.

Na verdade, a mesmidade pretendida serve apenas um interesse específico: evitar que a falta de identidade dos factos pudesse explicar, por si, a prolação de soluções jurídicas díspares.

E assim se concluirá que os factos terão que ser idênticos nos dois processos, com o apontado sentido de equivalentes."

1.3. A oposição no caso em apreço.

A posição do **acórdão recorrido**, que confirmou o que se defendeu em primeira instância, foi no sentido da ocorrência de nulidade sanável que, não tendo sido arguida em 5 dias após o encerramento do inquérito, se considerou suprida.

"Com efeito, importa distinguir entre as consequências da violação dos pressupostos substanciais da admissão das escutas (artigo 187º), que acarreta nulidade insanável, e as consequências da inobservância dos condicionalismos processuais previstos no artigo 188º, que configuram nulidade dependente de arguição, nos termos dos artigos 118º e 120º, nºs 1 e 3, ai. c), do C. P. Penal.

Como se anota no Código de Processo Penal Comentado, de António Henriques Gaspar, José António Henriques dos Santos Cabral, Eduardo Maia Costa, António Jorge de Oliveira Mendes, António Pereira Madeira e António Pires Henriques da Graça, 2014, Almedina, pgs. 852/853, (anotação de Santos Cabral ao artigo 190º):

«O exemplo de uma escuta legal, pois que os seus pressupostos existem, mas que não foi atempadamente sujeita à audição, imprime de uma forma impressiva a ideia de que o incumprimento de formalidade não é sinónimo da violação de um direito e que o fulminar com o regime de proibição — oficioso e insanável — o não cumprimento de uma regra formal é manifestamente desproporcional e compromete a funcionalidade da Justiça penal.

A separação de regimes, que tem subjacente a substância e a forma, está patente no domínio específico das escutas telefónicas, na diferenciação entre o desrespeito pelos arts 187º ou 188º, que deve conduzir á aplicação de um regime sancionatório diverso entre si. Na verdade, poder-se-á dizer que o primeiro destes artigos assume uma maior importância, dado definir o catálogo de crimes em relação aos quais o uso deste meio de obtenção de prova pode ser autorizado, bem como os demais requisitos cumulativos. Trata-se, assim, de uma norma nuclear na matéria e que, como refere André Lamas Leite [As escutas telefónicas — Algumas reflexões em redor do seu regime] exprime, de forma mais directa, o difícil equilíbrio entre a boa administração da justiça e o respeito pelos direitos fundamentais envolvidos. Daí que a violação do art.º 187º deva implicar uma sanção mais radical: A «inutilização» do material probatório assim recolhido.

Diversamente, no art. 188º, estamos apenas perante matéria procedimental que não contende com aqueles direitos. O momento decisivo em que estes

foram colocados em causa surgiu com a autorização e verificação da existência dos respectivos pressupostos.

Em última análise, permanecem válidos os pressupostos que informaram a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça sobre esta matéria e, nomeadamente, o Acórdão de 2 Fev. 2005 (Colectânea de Jurisprudência, Nº 181, Tomo 1/2005) que refere: Apesar de o artigo 189 do CPP se referir a nulidades, não assume a mesma gravidade a utilização de um meio proibido de prova, por ilegal intromissão nas telecomunicações, pelo que o vício não pode deixar de ser cominado com a nulidade absoluta, e a preterição de formalidades legais na recolha de escutas telefónicas validamente autorizadas, destinada a documentar a operação e a salvaguardar o sigilo relativamente a elementos que não devem ser utilizados no processo.

A nulidade cometida deveria ter sido arguida, no prazo de cinco dias após a notificação do despacho que encerrou o inquérito, nos termos do artigo 120.º, nº 3, alínea c), do CPP. Não o tendo sido, ficou sanada (as referências a artigos são anteriores à reforma introduzida pela Lei 48/2007)." (...)

Face ao expendido, entendemos que não tem sustentação a invocada inconstitucionalidade dos artigos 119º, 120º, 126º, 188º, nºs 3 e 4 e 190º, do C. P. Penal, quando interpretados no sentido de que a preterição dos prazos referidos no artigo 188º, nºs 3 e 4 se traduz numa nulidade sanável, por violação dos artigos 18º, 32º, nºs 1 e 8 e 34º, nº 4 da Constituição da República.

Com efeito, o mero incumprimento dos referidos prazos não configura qualquer intromissão nas telecomunicações, não põe em causa as garantias de defesa do arguido no processo penal nem afecta qualquer outro direito constitucionalmente garantido."

O que se disse no **acórdão fundamento** foi, em síntese, e quanto ao que mais interessa, o que se segue.

Em matéria de consequências do procedimento, em que se ultrapassou o prazo de apresentação ao JIC do material resultante das escutas, depois de se aludir ao art. 18º, nº 1 da Constituição da República (CR), e à restrição de direitos liberdades e garantias, aborda-se no acórdão recorrido a privacidade nas comunicações telefónicas, e a proibição constitucional de toda a ingerência, aí, das autoridades públicas, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal. E disse-se a dado passo:

"Ora, os requisitos e condições referidos, entre outros, no art.º 188º, n.º 4 do Código de Processo Penal,^[1] são estabelecidos sob pena de nulidade.^[2]

Pese embora a sua aparente clareza, a verdade é que a consideração da natureza daquela invalidade é algo que tem sido tudo menos pacífica, variando da simples irregularidade até à proibição de prova, desvalorizando-se o seu carácter instrumental em face dos requisitos substanciais tratados no preceito antecedente^[3] e cuja violação, essa sim, geraria sempre uma nulidade insanável.^[4]

E se assim foi antes, certo é que assim continuou após a reforma processual penal de 2007.^[5] A ponto de haver quem considere que «a reforma deixa, portanto, por resolver a grande questão que interessava resolver em sede de regime jurídico dos vícios incidentes na realização de uma escuta telefónica: a rigorosa delimitação das formalidades essenciais das meras formalidades na sua realização»,^[6] mas também que «o legislador de 2007, em vez de contribuir para a solução do problema, passou a fazer parte do mesmo pois que, ao alterar o n.º 3 do art.º 126.º, introduzindo a expressão “não podendo ser utilizadas”, permitiu se possa interpretar a lei no sentido de que quando a lei não utilize essa expressão ou equivalente, então estaremos perante nulidade sanável pelo uso do argumento a contrario.»^[7]

Por nós, cremos que se é certo que o legislador poderia ter sido mais assertivo na explicitação do sentido daquela nulidade, a verdade é que, salvaguardando o devido respeito, os problemas intuídos na alteração do art.º 126.º do Código de Processo Penal serão algo muito diferente disso e, afinal, a chave para a solução do problema que temos em mão.

Com efeito, é inultrapassável a conclusão de que aqueles art.ºs 126º, n.º 3 e 190.º do Código de Processo Penal devem ser lidos de forma articulada. E é verdade que com a reforma processual penal de 2007 o primeiro passou a estabelecer, naquilo que foi a sua única alteração desde que viu a luz do dia, que ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.^[8] Esta alteração, que não é de pormenor, tanto mais que estamos num domínio de garantia constitucional de direitos, torna incontornável o entendimento de que se pretendeu reforçar o direito de reserva dos cidadãos nas suas comunicações privadas, colocando a lei ordinária definitivamente em linha com o ordenador constitucional. É que

importa ter presente que a Constituição da República já considerava «nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações». [\[9\]](#)

É verdade que disso resulta que todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa são nulas e que as resultantes da intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações só o são se foram abusivas, o que faz com que a densificação deste segmento normativo tenha que passar pelo legislador ordinário. Porém, pelo menos num ponto parece que se pode avançar: é que, independentemente do sentido da nulidade ali prevista, o certo é que a norma constitucional não distingue consequências para a violação dos direitos ali previstos. E o mesmo acontece agora e desde a reforma de 2007, como vimos atrás, com a lei ordinária.

Assim o entende desde logo o Prof. Germano Marques da Silva. Com efeito, visando fundamentar a sua prévia afirmação de que a sanção instituída pelo art.º 190.º do Código de Processo Penal é uma proibição de prova, desde logo chamou à atenção para o facto do art.º 126º, n.º 3 do Código de Processo Penal dispor que são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão nas telecomunicações pois que a nulidade ali referida tem como efeito não poder ser a prova utilizada. [\[10\]](#) *Por outro, olhando às suas raízes históricas o Ilustre Professor fez notar a circunstância de que «o artº 190.º teve como fonte o artº 271.º do Código de Processo Penal italiano que dispõe que os resultados das intercepções não podem ser utilizados quando sejam obtidos fora dos casos consentidos pela lei ou quando não sejam observadas as disposições relativas às formalidades das operações, não distinguindo a violação das condições de admissibilidade da das formalidades das operações. Também a nossa lei não distingue a violação dos requisitos e condições referidos nos artigos 187.º (admissibilidade) e 188.º (formalidades das operações). Nem nos parece que houvesse razão para distinguir. »* [\[11\]](#)

A seguir, são citados ainda André Lamas Leite, Sandra Oliveira e Silva, e Paulo Pinto de Albuquerque, continuando:

"É este entendimento que, por um lado, permite equilibrar plenamente a novidade trazida pela reforma de 2007 ao art.º 126º, n.º 3, do Código de Processo Penal, com o art.º 32º, n.º 8 da Constituição da República e, por outro, afastar o paradoxo que seria ter o legislador ordinário, que

indiscutivelmente conhecia a querela doutrinal e jurisprudencial em curso, querido alterar a lei para afinal manter tudo na mesma. (...)

As proibições de prova são verdadeiros obstáculos à descoberta da verdade material, [\[12\]](#) *pelo que as provas assim obtidas não podem em caso algum ser utilizadas no processo e por isso configuram uma invalidade insanável.* [\[13\]](#)

São, pois, desprovidas de qualquer valor. [\[14\]](#) *Ou seja, como já vimos decidindo, sendo prova proibida, deve o juiz ignorá-la. Ressalvado o caso previsto no n.º 4, do art.º 126.º, do Código de Processo Penal, a prova proibida não pode ser aproveitada ou utilizada para qualquer outro fim processual: é como se não existisse.* [\[15\]](#) *Daí que nisso e ao invés do Tribunal a quo consideramos que o recorrente tem razão neste aspecto do recurso. Por conseguinte, há agora que especificar melhor as consequências que importa daí retirar."*

E citando mais uma vez o Prof. Germano Marques da Silva acrescenta-se que «O efeito primeiro desta invalidade é que a prova não pode ser utilizada no processo, não podendo, por isso servir, para fundamentar qualquer decisão. A consequência essencial que a obtenção de uma prova proibida provoca vem a ser a sua não utilização: trata-se pois de não a tomar em conta para qualquer fim processual, é como se a referida prova não existisse.» [\[16\]](#).

E voltando a remeter para o Prof. Paulo Pinto de Albuquerque: «nulidade da prova proibida prejudica a sentença (...) se a prova proibida tiver sido utilizada na fundamentação da decisão, bastando para o efeito que ela seja um dos meios de prova invocados, mesmo que não seja o elemento preponderante para a fundamentação da decisão do tribunal (também assim, Costa Andrade, 1992: 64 e 65,). A sentença fundada em provas nulas (provas insanavelmente nulas ou provas cuja nulidade é sanável, mas não deva considerar-se ainda sanada,) é, também ela, nula, nos termos do artigo 122.º, n.º1 (...) Assim, a procedência da nulidade tem a consequência da repetição da sentença pelo tribunal recorrido, sem a ponderação da prova proibida.» [\[17\]](#) *E mais adiante, na o. e loc. cit. refere este último A. que «a prova proibida contamina a restante prova se houver um nexo de dependência cronológica, lógica e valorativa entre a prova proibida e a restante prova (artigo 122.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, lido à luz da jurisprudência do acórdão do TC 198/2004).» (...)*

Assim e em jeito de síntese das questões conhecidas no recurso interposto pelo recorrente (...), diremos que:

(...) 3.ª O prazo de 48 horas para o Ministério Público levar ao conhecimento do Juiz de Instrução Criminal os suportes técnicos, autos e relatórios respeitantes às interceptações do tráfego telefónico inicia-se com a recepção do expediente policial nos respectivos serviços, tem natureza urgente e se terminar em dia em que os tribunais estiverem encerrados transfere-se para o primeiro dia útil seguinte;

4.ª A apresentação extemporânea desses suportes técnicos, autos e relatórios ao Juiz de Instrução Criminal gera a inutilizabilidade das gravações na investigação efectuada durante o inquérito e são prova proibida no processo criminal;

5.ª Tendo as gravações dessas interceptações sido usadas para fundamentar a decisão da matéria de facto proferida no acórdão que condenou os arguidos, deve o mesmo ser anulado para que seja proferida nova decisão que as não considere entre as provas, bem como as que delas possam depender. (...)”

Sem mais, entendemos que as posições assumidas quanto ao assunto, nos acórdãos recorrido e fundamento, são claramente opostas, acrescendo portanto as razões substanciais, que levam a que o recurso deva prosseguir. Importa porém ter em conta o seguinte:

No acórdão recorrido tomou-se posição sobre a violação do nº 4 do art. 188º do CPP porque se ultrapassou o prazo de 48 h de que o Mº Pº dispunha para levar o resultado das escutas ao juiz de instrução. Conforme se vê de fls. 80, os serviços do Mº Pº receberam o material das escutas a 13/2/2013 (uma quarta-feira), o Mº Pº tomou conhecimento dele a 15, e a entrega ao JIC teve lugar a 19/2/2013. Ou seja na terça-feira seguinte.

No acórdão fundamento o material das escutas ficou na posse do Mº Pº a 5/2/2010, uma sexta-feira, e a entrega ao JIC teve lugar a 9/2/2010, a terça-feira seguinte (fls. 55 v.).

Acontece que no acórdão recorrido também houve ultrapassagem dos prazo de que dispunha o OPC para levar ao Mº Pº o material das escutas, considerando-se pois violado, também, o nº 3, do art. 188º do CPP. E a posição que se tomou foi a mesma (nulidade sanável) em relação à violação das duas disposições, usando-se exatamente a mesma fundamentação.

Tal significa que de modo expreso e final, só se pode considerar haver oposição de julgados, em relação ao nº 4 do art. 188º do CPP, porque só esta disposição se relaciona com a factualidade que é comum. Daí que a presente

uniformização de jurisprudência só se deva reportar, em rigor, a este normativo. É o que faremos.

2 - Abordagem da questão

As razões aduzidas por cada uma das teses em confronto, a que configura uma situação de nulidade sanável e a que defende estar-se perante prova proibida, ficaram já delineadas. Importa revisitá-las, eventualmente complementá-las e tomar posição a final.

2.1. Começemos pelas disposições legais que mais interessam ao tema.

2.1.1. A CR contempla no seu art. 18º a disciplina geral e os princípios fundamentais do nosso regime de direitos, liberdades e garantias. Os preceitos constitucionais pertinentes são diretamente aplicáveis, vinculam todos, entidades públicas e privadas, e as leis restritivas desses direitos liberdades e garantias, para além de terem que revestir carácter geral e abstrato, e não poderem ter efeito retroativo, também não podem *"diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais."* (nºs 1 e 3).

Segundo o nº 2 do artigo, *"A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos"*.

É sabido que o art. 32º da CR se reporta a garantias do processo criminal e, entre elas, o nº 8 diz-nos que *"São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações"*. Já o art. 25º, nº 1, da CR, estipulara antes que *"A integridade moral e física das pessoas é inviolável"*, e o nº 4, do art. 34º, da mesma CR, proíbe, entre o mais, toda a ingerência das autoridades públicas nas telecomunicações *"salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal"*.

O direito ao segredo dos meios de comunicação privada é um direito inviolável (art. 34º nº 1 da CR), e um direito fundamental diretamente aplicável (art. 18º, nº 1 da CR). Daí que tenha que ser a própria CR a prever a respetiva restrição (art. 18º, nº 2 e art. 34º, nº 4). Tal restrição tem aliás que ter lugar através de maioria qualificada, nos termos da lei em *"matéria de processo criminal"*.

No que mais nos interessa, a CR comina com a nulidade as provas obtidas através de intromissão abusiva nas telecomunicações. Não especifica que tipo de nulidade está em causa, e muito menos esclarece, no nº 8 do art. 32º, quando é que se deve considerar abusiva a intromissão. Admitiu porém expressamente, que a lei de processo penal se encarregasse de disciplinar a possibilidade de ocorrer essa intromissão, havendo pois, abuso, se tal disciplina for ignorada.

Dir-se-á, então, que o abuso se pautará, desde logo se, tratando-se concretamente de escutas telefônicas, elas não tiverem intervenção judicial, forem desnecessárias, desproporcionadas ou não admissíveis face ao ilícito em questão ou pessoas escutadas.

Muito ficou, evidentemente, para ser densificado na lei ordinária. Vejamos então.

2.1.2. Em matéria de meios de obtenção de prova o CPP elenca, entre outros, as escutas telefônicas. Dispomos nesta matéria de dois preceitos chave: o art. 187º do CPP epigrafado de "*Admissibilidade*" que nos diz no essencial "quando" é que pode haver escutas, e o art. 188º sob a epígrafe "*Formalidades das operações*" que se preocupa com o "como" do procedimento tendente à obtenção das escutas.

No primeiro preceito estamos claramente em terreno de pressupostos, com cinco condições base: face a que tipo de ilícitos são admitidas escutas, que juiz as autoriza, quem pode estar sob escuta, por quanto tempo e em que processo é possível fazer uso das escutas.

Em matéria de "*formalidades*" a lei distribui as tarefas a que importa proceder, especificando quem faz o quê e em que prazos. Pormenorizou aliás os trâmites a seguir, tendo em conta aquilo que era a respetiva redação anterior.

Assim, entre tudo o mais, o nº 3 do art. 188º do CPP reporta-se ao tempo de que dispõem os órgãos de polícia criminal que efetuam as interceções e gravações, para levar ao conhecimento do Mº Pº os suportes técnicos das gravações, bem como os respetivos autos e relatórios. E a seguir, no que ora mais nos interessa, o nº 4 do artigo estabelece:

"O Ministério Público leva ao conhecimento do juiz os elementos referidos no número anterior no prazo máximo de quarenta e oito horas" (todos os realces são nossos).

Ora, o atual art. 190º do CPP comina com a consequência da nulidade a inobservância do que dispõem os art.s 187º e 188º e 189º do CPP. Antes da reforma de 2007, operada pela Lei 48/2007, de 29 de agosto, era o art. 189º que previa igual disciplina, com a seguinte redação: "*Todos os requisitos e condições referidos nos artigos 187º e 188º são estabelecidos sob pena de nulidade*". Hoje, o art. 190º referido abarca também o art. 189º, introduzido na reforma de 2007 citada, o qual contempla a extensão do regime a conversações ou comunicações, transmitidas por qualquer meio técnico anteriormente não previsto. Prevê então que:

"Os requisitos e condições referidos nos artigos 187º, 188º e 189º são estabelecidos sob pena de nulidade".

Acontece que ao falar em nulidade, a lei também aqui não esclarece de que nulidade se trata, como o não fazia antes. Assim, a questão de direito principal sobre a qual existe oposição de julgados, no presente caso, reside exatamente na interpretação deste preceito, para se ver, com que vício a lei quis ferir a violação, do que prescrevem aqueles preceitos e especificamente o art. 188º. O que tudo nos leva a rever o regime das nulidades processuais.

O art. 118º do CPP consagra o princípio da legalidade das nulidades, com o sentido de que as mesmas têm que estar expressamente previstas na lei. Não sendo o caso, as violações ou inobservâncias da lei de processo constituem simples irregularidades.

Por outro lado, o nº 3 diz-nos que as normas referentes a proibições de prova não são prejudicadas pelo regime das nulidades, mantendo autonomia: ***"As disposições do presente título não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova"***.

O art. 119º contempla algumas nulidades insanáveis específicas, de conhecimento oficioso, salvaguardando porém todas aquelas "*que **como tal** forem cominadas em outras disposições legais*".

O art. 120º refere as outras nulidades, na expressão da lei, "*Qualquer nulidade diversa das referidas no artigo anterior*". Enumera então várias nulidades dependentes de arguição, prevendo também a existência das que forem cominadas em disposições legais avulsas, e estabelece quando é que devem ser arguidas. Os artigos 121º, 122º e 123º reportam-se, respetivamente, à sanção de nulidades, efeitos da declaração de nulidade e às irregularidades.

Em matéria de proibições de prova rege o art. 126º, epígrafado "*Métodos proibidos de prova*". No nº 1 estipula-se que "*São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas*».

O nº 2 descreve as situações em que se considera haver ofensa da integridade física ou moral das pessoas aquando da obtenção da prova:

"São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com o consentimento delas, mediante:

a) Perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos;

b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação;

c) Utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei;

d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto;

e) Promessas de vantagem legalmente inadmissível."

O nº 3 procede à equiparação ao constante do nº 1, dizendo:

"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.».

2.2. Contributos da jurisprudência e da doutrina

A questão em apreço tem recebido respostas divergentes tanto na jurisprudência como na doutrina. Começemos pela jurisprudência.

2.2.1. Para além do acórdão recorrido, as Relações pronunciaram-se pela tese da **nulidade sanável**, por exemplo, nos acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 28/3/2012 (Pº 86/08.0GBOVR.P1), com significativo desenvolvimento argumentativo na tese que defende, de 27/10/2007 (Pº 0414785), de 10/11/2004 (Pº 0414843), de 7/12/2004 (Pº 0444816), do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22/10/2014 (Pº 1/14.1ARLSB-A.L1-3), ou do Tribunal da Relação

de Évora de 8/4/2014 (Pº 343/12.0JAFAR.E1).

No STJ, defendeu de forma consistente, a tese do acórdão recorrido da nulidade sanável, o acórdão de 14/11/2007 (Pº 3165/07, 3.ª Secção), e já bem antes o haviam feito os acórdãos de 29/10/98 (Pº 98P525, 3.ª Secção), de 17-01-2001 (Proc. n.º 98P525 - 3.ª Secção), de 4/2/2004 (Pº 3200/03, 3.ª Secção), de 11/2/2004 (Pº 3869/03, 3.ª Secção), de 2/6/2004 (Pº 1622/04, 3.ª Secção), de 2/6/2004 (Pº 1622/04, 3.ª Secção), de 6/5/2004 (Pº 04P774, 3.ª Secção), de 21/10/2004 (Pº 3030/04, 5.ª Secção). Mais recentemente, os acórdãos de 3/11/2016 (Pº 63/10.0P6PRT.P1, 5.ª Secção), ou de 24/11/2016 (Pº 108/10.4PEPRT.P1.S1, 5.ª Secção), entre vários outros, no que vem sendo a jurisprudência consolidada do STJ nesta matéria.

2.2.2. A tese do acórdão fundamento, ou seja, da **proibição de prova**, encontrou eco, também, em acórdãos da segunda instância, podendo citar-se o da Relação do Porto de 13/5/2015 (Pº 1/13.9PEVNG.P1) ou o da Relação de Guimarães de 14/3/2005 (Pº 263/05-2).

2.2.3. Com especial interesse para a questão que nos ocupa figura o acórdão do Tribunal Constitucional 476/2015, de 30-09-2015, o qual se pronunciou no sentido de *“não julgar inconstitucionais as normas constantes dos artigos 119.º, 120.º, 126.º, 188.º e 190.º, todos do Código de Processo Penal, quando interpretadas no sentido de que a preterição dos prazos referidos no artigo 188.º, n.ºs 3 e 4 do aludido Código se traduz numa nulidade sanável e por isso sujeita a arguição no prazo de 5 dias subsequentes à notificação do despacho que procedeu ao encerramento do inquérito;”*

Este acórdão não só contém uma argumentação muito clara e completa da questão, na vertente da análise da constitucionalidade, como enuncia jurisprudência pretérita do Tribunal Constitucional, nesta matéria.

2.2.4. Também a doutrina se tem pronunciado sobre o assunto, podendo-se citar vários autores que defendem a **posição do acórdão recorrido**. Assim, por exemplo, MAIA GONÇALVES (in “Código de Processo Penal”, 17.ª Edição, 2009, p. 473), ao referir a propósito das nulidades a que alude o art. 190.º do CPP: *“Salvo o caso de falta de ordem ou de autorização judicial, em que se nos afigura que a nulidade é insanável, tratar-se-á de nulidades sanáveis, com o regime dos arts. 120.º e 121.º.”*

Também CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA [in “Escutas Telefónicas: A Mudança de Paradigma e os Velhos e os Novos Problemas”, Revista do CEJ, 1.º Semestre 2008, Número 9 (Especial)], defende que, *«Neste plano, à semelhança daquilo que vinha fazendo jurisprudência maioritária do Supremo Tribunal de Justiça,*

na vigência da anterior versão do código, haverá que distinguir, caso a caso, à luz do parâmetro conceptual, os vícios que constituem verdadeiras proibições de prova (art.ºs 190.º, 126.º, e n.º 3 do art.º 118.º, do CPP e art.º 32.º, n.º 8 da CRP), das nulidade ou mesmo irregularidades. Na verdade, embora o legislador tenha cominado a nulidade para “os requisitos e condições” dos dispositivos que antecedem o art.º 190.º, a verdade é que o art.º 188.º mostra-se muito “regulamentador”, havendo inúmeros aspectos formais que ali se subsumem e em face do que se afigura distorcer os conceitos, associando meras formalidades a violações de “limites materiais”.

Por seu turno NUNO MAURÍCIO e CATARINA IRIA (in “As escutas telefónicas como meio de obtenção de prova: necessidade de uma reforma legislativa ou suficiência de uma interpretação conforme” in *Polícia e Justiça*, Loures, III Série, n 7 (Jan.- Jun.), 2006, p. 118 – 120) referem que “*O legislador entendeu não realizar expressamente a distinção entre a nulidade gerada pela inobservância dos requisitos de admissibilidade e a nulidade gerada pela inobservância das formalidades. Tal opção parece-nos remeter a qualificação da solução como mais correcta para o plano dos princípios subjacentes ao regime das intercepções telefónicas.*

Assim sendo, considerando a necessária ponderação equilibrada das garantias constitucionalmente conferidas ao arguido, bem como o referencial da descoberta da verdade e da realização da justiça, parece-nos mais conforme aquele entendimento que distingue dois tipos de nulidade em consonância com a violação em causa:

- uma nulidade absoluta e insuprível quando diga respeito à inobservância das regras de admissibilidade (casos de inexistência de despacho judicial autorizador ou caso as mesmas se prolonguem para além do prazo de autorização ou depois de conhecido o despacho de cancelamento);*
- e, em alternativa, uma nulidade relativa e suprível quando diga respeito à desconformidade com as regras que estabelecem as formalidades (casos por ex., da falta de controlo jurisdicional atempado, da falta das respectivas transcrições e da selecção do seu conteúdo por juiz), embora as escutas tenham sido devidamente autorizadas.*

É este o entendimento jurisprudencial tido por maioritário. E um entendimento que, em conformidade, implica considerar que a inobservância das regras fundamentais na admissibilidade das escutas telefónicas traduz um autêntico meio proibido da prova (artigo 126.º, n.º 3, do C.P.P.) dado existir uma intromissão ilegal nas comunicações, enquanto que a preterição das

formalidades procedimentais constituirá tão somente um impedimento à sua valoração, desde que arguida no condicionalismo de tempo previsto na lei.”

SANTOS CABRAL (in Código de Processo Penal Comentado, 2014, Almedina, p. 851-853) defende a dado passo do seu comentário existirem situações “*que, indubitavelmente, apontam para as proibições de prova quer no plano dos métodos, quer do modo de produção (v.g. sem acompanhamento judicial), quer do tema (v.g. segredo), quer de limites de índole pessoal (v.g. elenco de pessoas “escutáveis”), quer das garantias de defesa (v.g. acesso a transcrição), quer da valoração (v.g. de informações pretensamente em código, de declarações de interlocutores anónimos, de conversações de mediadores de segredos estranhas ao processo ou de utilizabilidade injustificada). Porém, noutros segmentos estamos perante regras de natureza procedimental que em nada afectam o direito tutelado.*”

Prossegue depois nos termos que já se transcreveram (supra 1. 3.), por aí se fundamentar a posição do acórdão recorrido.

Por fim, também PAULO DE SOUSA MENDES (in “Lições de Direito Processual Penal”, Almedina, 2014, p. 190), embora defenda que as nulidades especiais do art. 126.º, quer do seu n.º 1, quer do seu n.º 3, estão sujeitas ao mesmo regime, refere que “*(...) Há, porém, outras nulidades de prova reconduzíveis ao sistema das nulidades processuais, as quais seguem o regime das nulidades dependentes de arguição (art. 120.º, n.º 1). É o caso dos atos cuja invalidade resulta da violação das meras formalidades da prova, contanto que a nulidade seja cominada nas disposições legais em causa: por exemplo, a falta de aviso aos parentes e afins acerca da sua faculdade de recusarem o depoimento (art. 134.º, n.º 2) ou a demora na entrega ao juiz das gravações e transcrição necessárias para se fiscalizar as escutas telefónicas (art. 188.º, n.º 4 e 190.º).(...*”.

2.2.5. Quanto à doutrina que sufraga a tese da nulidade absoluta por se estar perante **prova proibida**, citaremos GERMANO MARQUES DA SILVA (in “Curso de Processo Penal” 2008, Verbo, Vol. II, pág. 257), que equaciona a questão da seguinte forma: “*Cremos tratar-se de proibição de prova. Como já referimos, o art.º 126.º, n.º 3, dispõe que, ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão nas telecomunicações e a nulidade tem como efeito não poder a prova ser utilizada (art.º 126.º, n.º 1).*”

Dispondo a lei que as condições de admissibilidade e os requisitos das escutas são estabelecidos sob pena de nulidade, deve entender-se que a sua

inobservância acarreta a proibição de prova, imposta pelo art. 32.º, n.º 6, da CRP, e art. 126.

II. O art. 190.º teve como fonte o art. 271.º do CPP italiano que dispõe que os resultados das interceptações não podem ser utilizados quando sejam obtidos fora dos casos consentidos na lei ou quando não sejam observadas as disposições relativas às formalidades das operações, não distinguindo a violação das condições de admissibilidade da das formalidades das operações. Também a nossa lei não distingue a violação dos requisitos e condições referidos nos artigos 187.º (admissibilidade) e 188.º (formalidades das operações). Nem nos parece que houvesse razão para distinguir.”

VÍNICIO RIBEIRO in (“Código de Processo Penal, Notas e Comentário”, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2011, p. 543 a 545) entendia face à redação anterior à alteração introduzida pela Lei 48/2007, no n.º 3, do art.126.º, do CPP, que a violação dos requisitos (elementos de fundo) das escutas teria como consequência a sua nulidade insanável, enquanto as violações das condições (elementos de forma), como seria o caso da violação dos prazos fixados no art. 188º, seria cominada como uma nulidade sanável. Porém, face à alteração introduzida, pela Lei 48/2007, no n.º 3, do art. 126.º, que reproduz agora o segmento “*não podendo ser utilizadas*” constante do n.º 1, entende que a posição mais correta será a que era defendida nesta matéria por Germano Marques da Silva.

Também PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (in “Comentário ao Código de Processo Penal”, 4.ª Edição atualizada, UCE, pág. 550) parece enveredar pelo caminho do acórdão fundamento ao advogar que, «*Embora a lei inclua a expressão "sob pena de nulidade", essa expressão só pretende remeter o julgador para o regime de nulidade das provas proibidas, e como proibição de prova resultante de uma intromissão ilegal nas comunicações, a prova obtida é nula, salvo consentimento do visado pela escuta. Não se trata de nulidade insanável (...) nem de, nulidade variável, insanável ou sanável consoante o tipo de violação do regime legal (...) nem de uma inexistência de prova (...).*».

MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE (in “Escutas Telefónicas, Da excepcionalidade à vulgaridade”, 2ª Edição, Almedina, 2008, pág. 114 e 115), refere que, “*tendo em conta que, por um lado, a lei dispõe que as condições de admissibilidade e os requisitos são estabelecidos sob pena de nulidade, devendo-se entender que a sua inobservância constitui proibição de prova determinada pelo art.º 32.º, n.º 8 da CRP e o art.º 126.º do CPP, por outro, o sentido de «nulas» prescrito no enunciado dos números do art.º 126.º deve ser*

interpretado como proibidas em consonância com a epígrafe do preceito – proibições de prova –, sendo que tem como consequência a sua não utilização no processo em curso, (...).”

Por seu turno, ANDRÉ LAMAS LEITE (in “Entre Péricles e Sísifo: O Novo Regime Legal das Escutas Telefónicas” Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 17, n.º 4, pág. 654 a 668), referindo-se ao regime aplicável à violação dos artigos 187.º a 189.º do Código de Processo Penal, afirma que «*Em reforço contrafáctico do n.º 1 do art. 126º em que se referia (e continua a prescrever-se) que as provas aí indicadas “não [podem] ser utilizadas», o que se comunicava ao n.º 3 (que aqui mais nos interessa) por intermédio do advérbio “igualmente”, vem a nova redacção do art. 126º, n.º 3, introduzindo-se a locução “não podendo ser utilizadas”, consagrar, ao que cremos de forma doravante indiscutível, posição que, de entre muitos, vínhamos defendendo à luz do pretérito e menos claro preceito.*

Parece hoje, então, resolvida na segunda direcção a dúvida sobre se a nulidade nele prescrita o era em sentido técnico (enquadrando-a nos arts. 119º ou 120º) ou se o legislador teria usado o lexema em sentido não técnico ou lato. Na verdade, o segmento introduzido fulmina com as consequências de “inutilização” todas as provas obtidas em incumprimento da disciplina legal dos meios de obtenção probatórios que contendam com os bens jurídicos neles protegidos, sendo ilegal, desde 15-09-2007, a interpretação quase unânime da jurisprudência e de alguma doutrina, no sentido da destriça entre a violação do art. 187º e do art. 188º como conduzindo, respectivamente, a uma nulidade insanável ou a uma mera nulidade sanável.

Apertis verbis, a epígrafe do art. 126º; o art. 118º, n.º 3 (a que se junta a nova disposição do art. 310º, n.º 2, ressaltando a exclusão de “provas proibidas” da irrecorribilidade da decisão instrutória de pronúncia e das nulidades e outras questões prévias ou incidentais invocadas em instrução, permitindo, ao invés – é um verdadeiro poder-dever –, que o tribunal de julgamento declare tal exclusão (...); os parâmetros constitucionais ínsitos nos art. 34º, n.os 1 e 4, da Lei Fundamental; o carácter indistinto das consequências previsto no então art. 189º (hoje, art. 190º) e o programa tutelar único das prescrições do art. 187º e das ditas “formalidades” do artigo 188º - para nós, em expressão mais próxima do mandato constitucional, exigências materiais densificadoras e aplicativas concretas do art. 187º – já impunham tal entendimento, aliás reconhecido pelo TC. Julgamos, assim, que não se poderá agora, em face da nova redacção, pretender que mudança legislativa tão clara vise abranger somente as condições aludidas no art. 187º. Seria, por certo, uma

interpretação contra legem e ofensiva dos arts. 32º, n.º 8, e 34º, n.º 4, da Constituição.

Donde, de uma hermenêutica conjugada entre os arts. 126º, n.º 3, e 190º (este último inciso apenas tendo operado um alargamento do regime prescrito à norma de extensão do agora art. 189º) conclui-se pela previsão, no art. 190º, de uma nulidade atípica, designada por proibição de prova (...), a qual impede toda e qualquer utilização do material probatório assim obtido (...) – mesmo se requerido pelo arguido –, cujo regime não é in totum sobreponível às nulidades mas que dele muito se aproxima.

Registemos, a finalizar, uma dúvida: como dissemos, este é o quadro que julgamos hoje de meridiana clareza face ao texto legal – veja-se tal intentio na exposição de motivos da proposta de lei que deu origem à Lei n.º 48/2007. Todavia, em termos de iure condendo, será adequado ao sopesamento dos interesses em causa fulminar como proibição de prova a ultrapassagem dos prazos prescritos nos arts. 188º, n.os 3 e 4 ? Porventura estas duas hipóteses – e só estas – deveriam ter merecido uma consequência jurídica menos forte.»

MANUEL DA COSTA ANDRADE (in “Bruscamente no Verão Passado – A reforma do Código de Processo Penal, Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente” – Coimbra Editora, 2009, p. 142), faz uma apreciação negativa da posição do STJ, considerando que a sanção unitária do art. 190º do CPP, que não distingue e decreta a mesma nulidade tanto em caso de violação do art. 187.º como de violação do artigo 188.º, conta com créditos mais sólidos perante o direito positivo. E aponta para tanto a literalidade do citado art. 190º, a vontade histórica do legislador e a posição (à data ?) do Tribunal Constitucional. Mas não deixa de acrescentar a dado passo:

“A equivocidade que constitui a marca da construção do STJ e a inquina tem, em boa medida, a sua causa e a sua explicação nos próprios textos da lei processual positiva. Tanto na parte em que prescreve a disciplina das proibições de prova em associação simbiótica com o regime das nulidades; como na parte em que prescreve (artigo 190º) o mesmo tratamento (“nulidade”) para dois conjuntos de violações da lei, que podem, de um ponto de vista político-criminal e axiológico-teleológico, merecer, ou mesmo reclamar, reacções normativas dissonantes”.

2.3. Tomada de posição

2.3.1. Já se viu que o art. 190º do CPP nos diz que os requisitos e condições dos arts. 187º, 188º e 189º que o antecedem “*são estabelecidos sob pena de nulidade*”. Nunca perdendo de vista os critérios de interpretação do art 9º do Código Civil (CC), comecemos pela literalidade do dito art. 190º, e das normas com que se relaciona mais de perto, no tratamento da questão. A letra da lei é o ponto de partida necessário de toda a interpretação, acabando, aliás, por ser também, tendo em vista o nº 2 do preceito, o seu ponto de chegada.

Associaremos, também aqui, o contributo fornecido pelo elemento sistemático de interpretação.

Vemos assim que o desrespeito pelos pressupostos do art. 187º e pelas formalidades do art. 188º ambos citados, implicam a nulidade do ato praticado. Por um lado a lei não distingue violações do preceituado, tendo todas a mesma consequência, e, por outro, não acrescenta que tal nulidade seja insanável.

Não estando cominada como tal, face ao que nos diz o corpo dos arts. 119º e 120º do CPP, terá que se considerar nulidade sanável, caindo no regime do art. 120º do CPP. E se o que especificamente aqui está em causa é o desrespeito do prazo de 48 horas imposto pelo nº 4 do art.188º do CPP, respeitando a nulidade ao inquérito, tem que ser arguida no prazo de cinco dias a partir da notificação do despacho que o encerrou, sob pena de ficar sanada (art. 120º, nº 3, al) c), do CPP).

Acontece porém que o nº 3, do art. 118º, do CPP, estipula que as disposições do título em que se insere, relativo às nulidades processuais, “*não prejudicam as normas deste Código relativas a proibições de prova*”.

Portanto, ao sistema de **nulidades de atos processuais**, que podem muito bem ser **meios de obtenção** de prova (exames, revistas, buscas, apreensões ou escutas telefónicas), o Código justapõe um regime próprio de **proibições de prova**. E é assim que nos surge com autonomia o art. 126º, do CPP, que contempla os “*Métodos proibidos de prova*”, certo que da sua utilização resulta que as provas “*São nulas não podendo ser utilizadas*”.

Enquanto as nulidades atingem o ato processual, as proibições de prova dirigem-se diretamente à utilidade que o ato se propôs obter. Não só o ato será inválido, como o contributo que fornece para a reconstituição dos factos tem que ser ignorado. Por outras palavras, estar-se-á perante uma prova que o

deixa de ser enquanto tal, na medida em que no processo não serve para nada. É dizer, estamos no domínio da proibição da valorização da prova.

Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS [In "*Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal (também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)*", Revista de Legislação e Jurisprudência , ano 146º, nº 4000, Setembro-Outubro, 2016, pág. 5 e 6], "a consequência jurídica da violação de uma simples regra processual probatória, tratando-se nesta de uma prescrição que apenas determina o procedimento a observar na produção probatória, sem declarar o ser-proibido da prova ela própria, não constitui motivo bastante para recusar o resultado de prova enquanto tal. Por outras palavras, prescrições há que visam somente obrigar à observância de um determinado caminho de obtenção de prova, sem todavia imporem que se afaste do processo a prova ilicitamente lograda (...). Diferentemente, é sabido, se passam as coisas com as consequências processuais de uma autêntica proibição de prova. Tais proibições constam de normas jurídicas cuja violação afeta a prova como tal, por mais que esta possa revelar-se adequada à investigação da verdade e corresponda, em pura verdade histórica, efetivamente a esta."

Os métodos proibidos de prova inscrevem-se então num círculo de atentados graves aos direitos fundamentais da pessoa, como a integridade física ou moral, ou a privacidade, que se considerou digna de tutela constitucional expressa, e daí o art. 32º, nº 8 da CR.

Por isso que, à "*nulidade*" de que fala o preceito constitucional devam corresponder, na expressão da lei de processo, as "*provas nulas que não podem ser utilizadas*".

Na parte que nos interessa agora, a previsão constitucional usa a expressão "*abusiva intromissão (...) nas telecomunicações*" (art. 32º, nº 8 da CR), "*salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*" (art. 34º, nº 4 da CR). Portanto, para o legislador constitucional, a intromissão nas comunicações é abusiva, desde logo quando a lei ordinária a não admite.

Se formos ver de seguida a previsão do art. 126º, nº 3 do CPP, a prova será proibida quando ocorre "*intromissão nas telecomunicações sem o consentimento do respetivo titular*", mas, ainda, "*Ressalvados os casos previsto na lei*". A intromissão é proibida, porque abusiva, se não houve consentimento do escutado, e se estiver fora dos casos em que a lei, apesar disso, permite a intromissão. E evidentemente se não houver nenhum controlo judicial.

De notar que tanto a lei constitucional como a lei ordinária ao usar as expressões “*salvos os casos*” ou “*Ressalvados os casos*” permitidos, aponta claramente para situações em que estão preenchidas as condições de que depende a intromissão. Portanto, para algo que tem que ser aferido antes da intromissão, ou seja, para os respetivos pressupostos.

Nesta aproximação à problemática, afigura-se-nos pois que a lei do processo penal prevê a nulidade sanável de atos processuais em que se violaram os comandos relativos aos pressupostos e formalidades prescritos concretamente para as escutas telefónicas. **Mas uma vez delimitado esse círculo, importa ainda ver se, para além disso, se está perante um método proibido de prova à luz do art. 126º, nº 3 do CPP. Podendo dar-se o caso de depararmos com áreas secantes.**

Assim sendo, dir-se-á que, tendencialmente, essa zona secante se traduzirá em nulidade **do ato** por falta dos pressupostos da escuta estabelecidos no art. 187º do CPP, e em “nulidade” **da prova** estando impedida a sua utilização, prevista no art. 126º, nº 3 do CPP.

A lei ficou ambígua, porque atirou para a vala comum das nulidades toda e qualquer violação em matéria probatória. Continuou a falar de “nulidade” mesmo quando já se estava perante realidade diferente, porque atinente a proibições de valoração de prova. Mas importa evidentemente distinguir conceitos.

O respaldo constitucional assinalado (art. 32º, nº 8 da CR) contende com proibições de prova no sentido de proibições de valoração de prova e é a isso que se refere o art. 126º do CPP. No campo das nulidades dos atos processuais ficam todos os atropelos praticados na obtenção de provas á luz dos art.s 187 e 188º do CPP. Saber se, para além de um ato nulo na obtenção de certa prova, estamos também perante uma prova ela mesma não valorizável, depende de uma interpretação da lei face ao caso concreto.

Como pano de fundo, poderá atender-se às ideias mestras, caras ao Tribunal de Justiça Federal Alemão e ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, segundo as quais haverá uma proibição de valoração da prova quando “*a utilização da informação recolhida puder conduzir a uma intervenção desproporcionada no direito geral de personalidade*”, na ponderação que importa fazer, dos interesses conflitantes da descoberta da verdade material e da proteção dos direitos individuais.

E ainda quando, no modo como a prova foi obtida, tenha havido "*violações do direito sérias, conscientes e objetivamente arbitrárias, através das quais tenham sido sistematicamente ignoradas garantias jurídicas fundamentais*" (citado por FIGUEIREDO DIAS *ibidem*, pág. 12).

Em face da nossa lei, tudo apontará para que estejamos perante prova proibida quando obtida através de uma escuta não consentida pelo visado, ou então não autorizada pelo juiz de instrução, ou ainda quando autorizada pelo mesmo, nas situações em que o não podia fazer face à lei (por exemplo, face ao tipo legal de crime em questão, ou as pessoas escutadas).

Pelo que dito fica, serão de excluir do círculo das proibições de prova as inobservâncias sem mais, das formalidades prescritas para o processamento das escutas, no art. 188º do CPP, subsistindo como **também enquadráveis** no âmbito das proibições de prova, os resultados de atos nulos de produção de prova por força do 190º, por desrespeito do art. 187º, ambos do CPP.

Importa aliás alertar que, mais do que teorizar sobre o tema, dissecando se, e quando, se está também perante proibições de prova, analisando todo o texto dos art.s 187º e 188º do CPP, a economia do presente acórdão apenas reclama que nos pronunciemos sobre a violação do nº 4 do art. 188º, para saber se a consequência deve ser a do artº 126º, nº 3, sempre do CPP.

Até ver, a resposta só pode ser negativa.

2.3.2. Vejamos agora em que é que o elemento histórico de interpretação nos pode ajudar.

O art. 190º, do CPP, substitui o que era o art. 189º do Código, antes da reforma de 2007 (Lei 48/2007 de 29 de agosto), porque agora passou a cominar com nulidade não só a inobservância do disposto nos art.s 187º e 188º, como no art. 189º, a que foi dada nova redação, prevendo a inclusão de outros meios técnicos usados nas comunicações. Já se disse.

O art. 189º, na anterior redação corresponde à redação original e do projeto de CPP. Não havia preceito correspondente no CPP de 1929.

Aquele art. 189º falava em "*Todos os requisitos e condições*" dos art.s 187º e 188º. O atual art. 190º que lhe sucedeu usa a expressão "*Os requisitos e condições*" dos art.s 187º, 188º e 189º.

A mudança não tem qualquer relevo para a questão que nos ocupa.

O art. 126º do CPP relativo aos "*Métodos proibidos de prova*", na redação original anterior à Lei citada de 2007, e que resultava já do projeto de CPP de 1987, usava no nº 1 a expressão cominatória "*São nulas, não podendo ser utilizadas as provas obtidas mediante*" os métodos aí descritos. E quando no nº 3 se falava em provas obtidas mediante as intromissões a seguir mencionadas, dizia-se apenas "*são igualmente nulas*". A expressão "*igualmente*" já apontava não só para que fossem nulas as provas, mas também com o mesmo regime das do âmbito do nº 1.

A reforma de 2007 acrescentou no nº 3 o inciso "*não podendo ser utilizadas*", o qual sempre constou do nº1. Ficou assim completamente unificado o regime de todas as proibições de prova, para quem antes tivesse dúvidas.

Porém, como apontou COSTA ANDRADE (loc. cit. pág. 136 e 137), com o acréscimo em foco, "*Do mesmo passo que deixou a descoberto uma falta de domínio da matéria, insuspeitada e insustentável num legislador, os autores da reforma de 2007 assinaram um gesto puro e simplesmente inútil. É que a proibição de valoração no contexto do nº 3 do artigo 126º, era já uma evidência à luz do direito anterior.*"

Serve para dizer que, também aqui, se renunciou a aproveitar a oportunidade para um possível esclarecimento e o que se fez foi manter tudo na mesma. E o que é curioso é que na Proposta de Lei 109/X, que esteve na base da reforma de 2007, se disse, a propósito: "*Esclarece-se que as provas obtidas fora dos casos admitidos pela lei e sem o consentimento do respetivo titular mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações não podem ser utilizadas. Supera-se assim uma dúvida interpretativa que a atual redação do nº 3 do art. 126.º suscita por se referir apenas à nulidade*".

O art. 190º do CPP poderá ter tido por fonte o direito italiano interessando então, especialmente, o art. 271.º do "Codice di Procedura Penale".

O Livro III - "*Provas*", integra o Título I - "*Disposições Gerais*", o Título II - "*Meios de Prova*" e o Título III - "*Meios de Obtenção da Prova*". Aqui surgem os capítulos relativos a "*Exames*" (I), "*Revistas e Buscas*" (II), "*Apreensões*" (III), e as "*Interceções de Conversas e Comunicações*" (IV). No art. 266º abordam-se os "*Limites de Admissibilidade*" das escutas, no art. 267º os "*Pressupostos e Forma da Autorização*", no art. 268º regula-se a "*Execução das operações*", no art. 269º a "*Conservação da Documentação*", no art. 270º a

"Utilização noutros Procedimentos", e finalmente, no art. 271º, estabelecem-se as **"Proibições de Utilização"**.

Acontece é que este preceito, no seu nº 1, diz-nos que *"Os resultados das interceções não podem ser usados sempre que as mesmas tenham sido levadas a cabo **fora dos casos consentidos pela lei ou sempre que não tenham sido observadas as disposições previstas nos art.s 267º e 268º, nºs 1 e 3.**"*

O nº 1 bis do art. 271º reporta-se ao conceito de "graves indícios de crime", o nº 2 do preceito consagra proibições de prova atentas as pessoas entre as quais se realizam as conversas e comunicações, e o nº 3 trata da destruição da documentação das interceções.

Se agora virmos o art. 267º referido, ele está epigrafado *"Pressupostos e Forma da autorização"* e reporta-se ao requerimento do Mº Pº e ao despacho fundamentado do juiz que autoriza a escuta, ao despacho do Mº Pº que ordena a mesma escuta (a qual será levada a cabo por si ou pela Polícia Judiciária), e ao registo confidencial das escutas nos serviços do Mº Pº.

O art. 268º, sob a epígrafe *"Execução das operações"* tem oito números. No nº 1 (remetido para o âmbito da prova proibida) estabelece-se que *"As comunicações intercetadas são registadas e das operações é lavrado auto"*. E no nº 3 respetivo (igualmente remetido) diz-se que *"As operações podem ser levadas a cabo exclusivamente através de meios instalados na Procuradoria da República. Porém, quando tais meios se revelem insuficientes ou inidóneos e existam razões excecionais de urgência, o Mº Pº pode ordenar em despacho fundamentado a realização das operações através de meios de um serviço público e atribuída à polícia judiciária"*.

Vemos portanto que o artigo que trata ali das proibições de utilização de prova é o art. 271º que abarca, entre o mais, o disposto nos art.s 267º e 268º. Mas neste último preceito só as violações dos nºs 1 e 3 são relevantes para o efeito.

O art. 268º do Código italiano descreve procedimentos que devem ter lugar no tratamento das escutas, procedimentos que aliás são diferentes dos nossos. São estabelecidos prazos para as operações, mas o legislador entendeu que só os nºs 1 e 3 do art. 268º do CPP italiano, podiam levar à proibição da utilização da prova obtida e nada têm a ver com prazos ou sua ultrapassagem.

Assim, longe de se igualar nas suas consequências tudo o que é inobservância de formalidades na execução das escutas, remetendo-a para o domínio das

proibições de prova, a lei italiana distingue. Distingue para só fazer cair no domínio das proibições de prova o que considerou as violações mais graves do regime das escutas, violações sem nenhum paralelo com a violação do nº 4 do art. 188º do nosso Código.

Acresce que o art. 191º do CPP italiano nos diz no seu nº 1 que "*As provas obtidas com violação das proibições estabelecidas na lei não podem ser utilizadas*". Não se trata de provas obtidas com violação da lei, e sim de provas obtidas com violação **de proibições** previstas na lei.

Concluimos, a terminar este ponto, que da invocada fonte italiana da nossa lei não se pode extrair nenhum argumento que favoreça a tese do acórdão fundamento. Muito pelo contrário.

2.3.3. Resta abordar a questão, em termos de teleologia das normas pertinentes.

As proibições de prova apoiam-se na ponderação de certos direitos individuais, contrapostos aos interesses processuais, investigatórios, que estão ao serviço da descoberta da verdade. A violação da integridade física e moral da pessoa, em geral, incluindo a tortura e a coação, ultrapassam barreiras intransponíveis, na nossa ordem jurídica, de tal modo que até a anuência do visado se mostra irrelevante para garantia dos direitos que estão em causa.

A violação da privacidade, na vertente do sigilo das telecomunicações, por exemplo, já admite consentimento do visado, mas mesmo assim, se ele não existir, merece uma tutela igual àquela. E tudo serão proibições de prova.

O legislador entendeu portanto que certos temas probatórios (é dizer, certo tipo de ilícitos), impedem o uso de escutas, porque o atentado que elas implicam é desproporcionado, perante o interesse da descoberta de verdade de um crime, cuja danosidade social não é muito elevada, ou cuja investigação se satisfaz, por regra, com meios menos intrusivos. E mesmo perante ilícitos graves essa desproporção ocorrerá, se os factos se puderem provar, sem dificuldade, através de outras provas. Como desproporcional seria a escuta se atingisse pessoas não implicadas de perto na prática do crime (nº 4 do art. 187º do CPP).

Colidiria ainda, com os direitos de defesa, se a escuta fosse da comunicação estabelecida entre certas pessoas, concretamente entre o arguido e defensor (art. 32º, nº 1 da CR e nº 5 do art. 187º do CPP).

Daí a exigência de intervenção de um juiz das liberdades que tenha o controlo da autorização e o acompanhamento da escuta.

Diferentemente se passam as coisas em face das "*Formalidades das operações*" do art. 188º do CPP, porque aí se não pretende uma proteção direta de direitos fundamentais nem se tem como objetivo primeiro a tutela da dignidade humana.

A regulação introduzida visa obter eficácia, celeridade e acompanhamento de um juiz, numa escuta que já foi autorizada por quem de direito e está permitida por lei.

Estão em causa interesses procedimentais, que só em situações excecionais poderiam atingir direitos fundamentais, como seria no caso em que, depois de autorizada a escuta, deixasse de haver entrega do material e de acompanhamento ulterior do juiz.

E por isso é que o Tribunal Constitucional nos disse no seu acórdão 476/2015 de 30 /9/2015:

"(...) Ora, tendo em consideração que os prazos fixados no artigo 188.º do Código de Processo Penal para que as escutas realizadas sejam levadas ao conhecimento do juiz de instrução se revelam adequados a garantir um acompanhamento efetivo daquelas, a sua simples ultrapassagem, independentemente da dimensão dessa ultrapassagem, é insuficiente para que, em abstrato, se possa considerar que essa inobservância põe em causa a possibilidade real do juiz de instrução acompanhar eficazmente a realização das escutas. Só a concreta medida dessa ultrapassagem e as circunstâncias em que a mesma ocorreu permitirão efetuar um juízo seguro sobre se a solução de considerar essa infração às leis processuais uma nulidade sanável por falta da sua arguição num determinado prazo, constitui uma restrição desproporcionada à proibição de ingerência nas telecomunicações, por permitir a validação de escutas realizadas sem o necessário acompanhamento judicial.

Reportando-se a interpretação normativa sub iudicio à simples circunstância de não terem sido observados os prazos previstos no artigo 188.º do Código de Processo Penal, independentemente da dimensão dessa inobservância não é possível considerar que a mesma ofende o prescrito nos artigos 18.º, 32.º, n.º 2, e 34.º, n.º 4, da Constituição."

Socorrendo-nos da *"Teoria do âmbito de direitos"*, que já tem sido defendida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Alemão, estaremos perante proibições de prova e portanto de valoração das mesmas, ou não, se a lesão *"afeta de modo essencial o âmbito de direitos do visado ou se tem só uma importância secundária ou não tem qual quer importância para ele. Nesta análise importa considerar, antes do mais, o motivo apresentado como justificação da disposição e no interesse de quem foi criada"*. (ROXIN in *"Derecho Processal Penal"*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2000, pág. 192). Claro que sempre se poderia aduzir que, para além das disposições especialmente previstas para proteção do arguido, este tem direito a que *"o princípio de formalidade seja garantido em geral"* (idem pág. 193). Só que aqui o grau de tutela pode ser bem diferente. E, por exemplo, considerar o ato de produção de prova nulo, sem mais.

Se a justificação para as proibições de prova do art. 126º, do CPP, se distingue claramente da razão de ser da disciplina do art. 188º do CPP, nada impede que a violação das normas em causa – art. 188º, nº 4, do CPP e 126, nº 3, do CPP – se situe num plano diverso, e assim tenha consequência diferentes.

Mais, seria estranho (e já acima se viu, como pensam a tal respeito, LAMAS LEITE e COSTA ANDRADE, supra, 2.2.5.) que, como foi o caso dos acórdãos fundamento e recorrido, a entrega do material das escutas ao JIC, um dia ou dois dias depois de terminar o prazo do nº 4 do art. 188º do CPP, tivesse o mesmo tratamento, por exemplo, que a realização de uma escuta nunca autorizada por nenhum juiz.

O CC diz-nos no seu art. 9º, nº 3, que *"Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados."*

Sem se escamotear as dificuldades que a atual redação da lei coloca, entendeu-se ser esta a solução mais acertada, respeitando a correspondência verbal à letra dos preceitos.

Por todo o exposto se acolhe a posição do acórdão recorrido.

C - DECISÃO

Termos em que se acorda no Pleno das Secções Criminais do Supremo Tribunal de Justiça em confirmar o acórdão recorrido e fixar jurisprudência nos seguintes termos:

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

Supremo Tribunal de Justiça, 30 de Novembro de 2018 - José Adriano Machado Souto de Moura (Relator) - António Pires Henriques da Graça - Raul Eduardo do Vale Raposo Borges - Manuel Joaquim Braz - Isabel Francisca Repsina Aleluia São Marcos - Gabriel Martim dos Anjos Catarino - Helena Isabel Gonçalves Moniz Falcão de Oliveira - Nuno de Melo Gomes da Silva - Francisco Manuel Caetano - Manuel Pereira Augusto de Matos - Carlos Manuel Rodrigues de Almeida - José Luís Lopes da Mota - José Vaz dos Santos Carvalho - José António Henriques dos Santos Cabral - António Jorge Fernandes de Oliveira Mendes - Vinício Augusto Pereira Ribeiro (Vencido conforme declaração que junto)

[1] Que estabelece, como vimos atrás, que o Ministério Público leva ao conhecimento do juiz os elementos referentes à interceptação e gravação das comunicações telefónicas no prazo máximo de quarenta e oito horas.

[2] Art.º 190.º do Código de Processo Penal.

[3] Ou seja, o art.º 187.º do Código de Processo Penal.

[4] Para uma resenha das diversas posições sobre a matéria vd. o Prof. Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal, volume II, 4ª edição, página 257.

[5] Operada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto.

[6] Maria de Fátima Mata-Mouros, Escutas Telefónicas - O que não muda com a reforma, artigo publicado em [http://www.cej.mj.pt/cej/forma-continua/fich-pdf/formacao 2007-8/jornadas_penal_textos/escutascoimbralisboa2007fmm.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/forma-continua/fich-pdf/formacao%202007-8/jornadas_penal_textos/escutascoimbralisboa2007fmm.pdf)

[7] Desembargador Francisco Marcolino de Jesus, em Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal, 2011, página 268. Note-se que o A. não nos diz

expressamente qual a solução que propugna, embora se intua que defende a existência de cambiantes nas invalidades decorrentes de violações de requisitos de substância e de forma das escutas.

[8] Art.º 126º, n.º 3 do Código de Processo Penal.

[9] Art.º 32º, n.º 8 da Constituição da República Portuguesa.

[10] No Curso de Processo Penal, volume II, 4ª edição, de Abril de 2008, página 257.

[11] Idem, ibidem.

[12] Prof. Figueiredo Dias, em Processo Penal, página 446. No mesmo sentido, seguiu o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20-02-2008, Coletânea de Jurisprudência - Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, ano de 2008, tomo 1, página 229.

[13] Neste sentido, cf. os acórdãos do supremo Tribunal de Justiça, de 05-06-1991, publicado Boletim do Ministério da Justiça, n.º 405, página 408 e da Relação do Porto, de 04-07-2001, publicado na Coletânea de Jurisprudência. ano de 2001, tomo IV, página 222 e de 01-02-2012, processo n.º 632108.9TAVFR.P1, publicado em <http://www.dgsLpt>. Ou, para sermos mais precisos e para tanto aproveitando-se as palavras do Prof. Paulo Pinto de Albuquerque, no Comentário do Código de Processo Penal, 3ª edição, página 319, porque neste caso atinge o direito à privacidade das pessoas (...) sanável mas apenas pelo consentimento do lesado, em conformidade com o estabelecido pelo n.º3 do art.º 126º do Código de Processo Penal

[14] Prof. Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal, Volume II, 4ª edição, 2008, página 258.

[15] Acórdão da Relação de Guimarães, de 31-05-2010. no processo n.º 670/O7PBGMR.G1, publicado em <http://www.dgsi.pt>.

[16] Curso de Processo Penal, volume II. 4.ª edição, página 144

[17] Prof. Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário ao Código de Processo Penal, 3ª edição, página 321. No mesmo sentido seguiu também o Acórdão da Relação do Porto, de 01-02-2012, no processo n.º 632/08.9TAVFR.P1, publicado em <http://www.dgsi.pt>.

Voto de vencido no Proc. 123/13.6JAPRT.P1-A.S1

A questão que está na base da oposição de julgados tem a ver com a interpretação do art. 190.º e com o tipo de vício que a lei quis ferir a violação, quer do art.º 187.º, quer do art.º 188.º, todos do CPP.

Além das disposições da Lei Fundamental (arts. 18.º, n.º 2; 25.º, n.º 1; 32.º, n.º 8; 34.º, n.º 4), e das normas genéricas do Código (arts. 118.º, 119.º e 120.º), está em causa, fundamentalmente, a conjugação do disposto no art.º 190.º e 126.º do CPP.

Tanto o art.º 126.º, como o art.º 190.º, foram objecto de alterações introduzidas pela reforma de 2007 (L 48/2007, de 29 de Agosto). Primeiras e únicas.

O assunto já era objecto de acesa discussão antes das referidas alterações.

E tecemos então, antes da L 48/2007, a propósito desta problemática, algumas considerações ao art.º 189.º (correspondente ao actual 190.º), no nosso *Código de Processo Penal, Notas e Comentários*, 2.ª ed., referenciado supra no presente aresto, que, por comodidade, em parte retomaremos aqui.

O presente artigo (189.º) considera que os *requisitos* e *condições* referidos nos artigos 187.º e 188.º são estabelecidos sob pena de *nulidade*.

Sobre o que deve entender-se por tal *nulidade* (será uma proibição de prova? E se for nulidade será sanável ou insanável?) é assunto muito longe de encerrado, quer na doutrina, quer na jurisprudência.

Parece-nos existir alguma confusão e indefinição. A questão terminológica ainda não se encontra definitivamente consolidada na doutrina.

O CPP faz a distinção entre as *nulidades*, que têm o seu regime configurado nos artigos 118.º a 123.º, e as *proibições de prova* (v. artigo 118.º, n.º 3).

O termo *nulidade* utilizado no art. 126.º não se encaixa no conceito geral de *nulidade* consagrado nos artigos 118.º e seguintes.

A *nulidade* do artigo 126.º é uma figura atípica, *sui generis*, que a doutrina (Manuel Augusto Alves Meireis, *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Almedina, 1999, págs. 190 e ss.; Francisco Aguilar, *Dos Conhecimentos Fortuitos Obtidos Através de Escutas Telefónicas*.

Contributo Para o seu Estudo nos Ordenamentos Alemão e Português, Almedina, 2004, págs. 88; André Lamas Leite, *As escutas telefónicas — Algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respectiva violação*, Revista Fac. Dto. U. Porto, pág. 53) e a jurisprudência (v. g. Ac. STJ de 6 de Maio de 2004, Proc. 04P908, Rel. Santos Carvalho) apelida de *nulidade de prova*. O seu regime aproxima-se do das *nulidades insanáveis* (Francisco Aguilar, cit., pág. 89), embora se não confundam.

A nulidade do n.º 1, do artigo 126.º tem os mesmos efeitos da nulidade do n.º 3, do mesmo normativo.

Em ambos os casos estamos perante *proibições de prova*.

É esta a posição de uma corrente doutrinária (cfr. os autores acabados de citar; cfr., igualmente, José Mouraz Lopes, *Escutas Telefónicas: seis teses e uma conclusão*, na Revista do MP n.º 104, 2005, págs. 150, nota 24; ao que parece, também, José Manuel Damião da Cunha, *A Jurisprudência do Tribunal Constitucional em Matéria de Escutas Telefónicas. Anotação aos Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 407/97, 374/01, 411/02 e 528/03*, Jurisprudência Constitucional, n.º 1, Jan./Março 2004, págs. 55-56), que segue na esteira da posição defendida por Teresa Pizarro Beleza, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, II vol., AAFDL, 1993, pág. 150-151 e por Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II vol., cit., pág. 205-206.

A questão é controversa, com muitas interrogações.

Não obstante, temos dúvidas, à partida, que o regime do n.º 3 e do n.º 1, do artigo 126.º seja absolutamente idêntico.

Se a lei pretendesse atribuir o mesmo regime às nulidades do n.º 1 e do n.º 3, de tal normativo, não teria autonomizado o n.º 3. A nulidade poderia ser consagrada apenas num único número.

O n.º 3 não reproduz o segmento “*não podendo ser utilizadas*” constante do n.º 1.

Os crimes abrangidos pelo n.º 3 são crimes contra a reserva da vida privada, enquanto os do n.º 1 protegem outros valores.

Se as proibições de prova do n.º 1 são *absolutas*, ao passo que as do n.º 3 são *relativas* (ou direitos *irrestritivos* no n.º 1 e direitos *restritivos* no n.º 3, na terminologia de Manuel Augusto Alves Meireis, cit., pág. 190), por que razão

as consequências terão que ser similares em ambos os casos (um exemplo sobre a possibilidade de consequências diferentes encontra-se no A. STJ de 6 de Maio de 2004, Proc. 04P774, Rel. Pereira Madeira)?

De qualquer modo, os que defendem idêntico regime para o n.º 1 e o n.º 3, do cit. artigo, entendem que a nulidade do artigo 189.º deve ser apreciada em conformidade com o n.º 3, do referido artigo 126.º, do CPP e n.º 8 do artigo 32.º da CRP, isto é, como autêntica proibição de prova.

Porém, a questão acaba por se colocar, também, no âmbito do presente artigo.

Será a nulidade por violação do disposto no artigo 187.º semelhante à nulidade por violação do estatuído no artigo 188.º?

Os autores referenciados (cfr. Francisco Aguilar, cit., pág. 85, nota 348, onde adianta doutrina nos dois sentidos; André Lamas Leite, cit., pág. 56, 57) entendem, tal como Manuel da Costa Andrade, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, cit., págs. 188 e ss., que estamos, nos dois casos (artigos 187.º e 188.º), perante *proibições de prova*.

Mas outra corrente doutrinária (com diversas nuances) vem defendendo que a nulidade por *falta de ordem ou autorização do juiz* para as escutas é *insanável*, enquanto que a *inobservância de qualquer dos demais requisitos* apenas constituirá nulidade *sanável*, portanto dependente de arguição (esta a posição que vem sendo seguida pelos anotadores do Código de Processo Penal, M. Simas Santos e M. Leal-Henriques, *Código de Processo Penal Anotado*, I vol., 2.ª edição, anotação ao artigo 189.º, a pág. 942; Maia Gonçalves, *Código de Processo Penal Anotado*, 15.ª edição, pág. 415, 416).

No sentido da nulidade do art. 189.º ser *sanável*, cfr. António Augusto Tolda Pinto, *A Tramitação Processual Penal*, 2.ª edição, págs. 425.

Contra o entendimento de que uma prova adquirida sem o adequado controlo do juiz possa configurar uma prova absolutamente proibida, *vide* Maria de Fátima Mata-Mouros, *Sob Escuta — Reflexões sobre o Problema das Escutas Telefónicas e as Funções do Juiz de Instrução Criminal*, cit., pág. 72.

Paulo Sousa Mendes, *As Proibições de Prova no Processo Penal*, Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Almedina, cit., pág. 149-150, embora defenda, tal como aquela primeira corrente doutrinária, que as nulidades especiais do art. 126.º, quer do seu n.º 1, quer do seu n.º 3, estão sujeitas ao mesmo regime, concorda com as considerações tecidas por Maria

de Fátima Mata-Mouros, cit., considerações essas que transcreve na nota 36 da pág. 150.

A nível jurisprudencial a unanimidade está, também, longe de se verificar, quer a nível das Relações, quer a nível do próprio Supremo (as duas correntes encontram-se bem enunciadas no Ac. STJ de 16 de Junho de 2004, Proc. 04P721, Rel. Henriques Gaspar, também publicado na CJACSTJ, XII, T. II, pág. 225 e ss.).

No STJ, porém, a questão tem vindo a consolidar-se. Na verdade, escreve-se no Ac. STJ de 21 de Fevereiro de 2007, Proc. 06P3932, Rel. Oliveira Mendes, que:

«VI — Este Supremo Tribunal tem vindo a entender que os procedimentos para a realização das intercepções telefónicas e respectivas gravações, estabelecidos no art. 188.º do CPP, após ordem ou autorização judicial para o efeito, constituem formalidades processuais cuja não observância não contende com a validade e a fidedignidade daquele meio de prova, razão pela qual à violação dos procedimentos previstos naquele normativo é aplicável o regime das nulidade sanáveis previsto no art. 120.º do referido diploma.».

Há quem considere a nulidade do artigo 189.º *insanável* (parece ser *minoritária* esta posição, segundo A. G. Lourenço Martins, *O Instituto dos Recursos*, Revista do MP n.º 94, 2003, págs. 87) e quem defenda que, consoante as situações, ela pode ser *sanável* ou *insanável*.

Na verdade, foi-se formando um entendimento — apesar das dúvidas parecem-nos o mais aceitável — que distingue entre os *pressupostos substanciais* de admissão das escutas telefónicas (artigo 187.º) por um lado, e as *condições formais ou processuais* (artigo 188.º) da sua aquisição. Os vícios que afectem os *pressupostos* são sancionados com a *nulidade absoluta*, enquanto os que afectem as *condições* o são com a *nulidade relativa, sanável*.

Exemplos da fundamentação das duas posições encontram-se bem explicitados, respectivamente, nos Ac. RP de 21 de Dezembro de 2005, Proc. 0516301, Rel. Manuel Braz e Ac. RP de 7 de Dezembro de 2004, Proc. 0444816, Rel. António Gama.

O Ac. STJ de 2 de Fevereiro de 2005, na CJACSTJ, XIII, T.I, pág. 185 (trata-se de um aresto de referência seguido por outras decisões do STJ), faz a distinção entre os *pressupostos substanciais* de admissão das escutas telefónicas (art. 187.º) por um lado, e as *condições formais ou processuais* (artigo 188.º) da

sua aquisição, por outro. Só a violação que afecte os *pressupostos* é sancionada com a *nulidade absoluta*, enquanto a que afecte as *condições* é sancionada com a *nulidade relativa, sanável*.

As considerações acabadas de expor tinham em vista o regime anterior. E reproduziram-se apenas para melhor se aquilatar o contraste entre a visão anterior e posterior ao regime de 2007.

E que dizer em face da disciplina vigente resultante da L 48/2007?

A redacção do presente normativo (art. 190.º) é praticamente idêntica (apenas foi suprimido o vocábulo *todos* e acrescentada a referência ao artigo 189.º) à da versão anterior (corporizado então no artigo 189.º).

Pareceria assim, de acordo com o entendimento, acima indicado, que se nos afigurava mais aceitável, que a violação dos *requisitos* (elementos de fundo) (v. *g.*, ausência de despacho do Juiz; crimes escutados fora do catálogo; pessoas escutas diferentes das enunciadas no n.º 4, do art. 187.º) teria como consequência a sua *nulidade insanável*, enquanto a violação das *condições* (elementos de forma) (v. *g.*, a violação dos prazos fixados no art. 188.º) seria cominada com uma *nulidade sanável*.

Porém, a alteração introduzida, pela L 48/2007, no n.º 3 do artigo 126.º reproduz agora o segmento “*não podendo ser utilizadas*” constante do n.º 1 (v., também, Ac. STJ de 14 de Julho de 2010, Proc. 149/07.9JELSB.E1.S1, Rel. Raul Borges; sobre esta alteração *vide*, igualmente, Manuel da Costa Andrade, *Bruscamente no verão passado*”, *a reforma do Código de Processo Penal — Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, na RLJ, ano 137, cit. págs. 325 a 332, onde se faz uma crítica pormenorizada à posição do STJ sobre o direito das proibições de prova no âmbito das escutas telefónicas; enquanto o STJ — escreve o mesmo autor a pág. 330, que considera a tese unitária com créditos mais sólidos perante o direito positivo — relativamente às violações dos artigos 187.º e 188.º «se vem pronunciando pela solução diferenciada já recenseada, as Relações propendem maioritariamente para uma solução unitária, decretando a mesma *nulidade* tanto em caso de violação do artigo 187.º como de violação do artigo 188.º».).

Note-se, todavia, que a recente doutrina perfilhada por Jorge de Figueiredo Dias, *Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal (também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)*, na RLJ, ano 146, págs. 10 e 14, defende, mais em sintonia com a jurisprudência do STJ, e contrariamente à perspectiva abraçada por Costa

Andrade, que «deve abrir-se mão de uma *aproximação monista* da teoria processual penal das proibições de prova, em favor de uma sua *consideração diferenciada*, que tome em conta no caso concreto os valores conflitantes e, sempre que possível, a sua otimização.».

Em face da nova redacção do n.º 3 do artigo 126.º, parece que a posição correcta passará a ser a que era defendida por Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, 3.ª ed. pág. 226 (já na 2.ª edição, 1999, na pág. 206, era professado tal entendimento).

É nesse sentido que aponta, claramente, a *Exposição de Motivos* da Proposta de Lei 109/X, que está na base da L 48/2007, onde se escreve:

«Esclarece-se que as provas obtidas, fora dos casos admitidos pela lei e sem o consentimento do respectivo titular, mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações não podem ser utilizadas. Supera-se, pois, uma dúvida interpretativa que a actual redacção do n.º 3 do artigo 126.º suscita, por se referir apenas à nulidade.».

A expressão *igualmente*, que já constava do n.º 3 do art. 126.º, antes da revisão de 2007, apontava no sentido da nulidade das provas, mas não, também, no sentido do mesmo regime do n.º 1 do referido artigo. Na verdade, as provas, de acordo com o n.º 3, eram igualmente nulas, mas estávamos perante uma nulidade *sanável*. A expressão “*não podendo ser utilizadas*” só constava, então, do n.º 1.

Com a revisão de 2007 unificou-se o regime das proibições de prova do art. 126.º.

Há quer ter em conta o circunstancialismo e as finalidades da tão criticada reforma de 2007.

A jurisprudência, porém, continua divergente.

A jurisprudência do STJ (a posição do STJ é acompanhada, embora com algumas reticências, por Cláudio Lima Rodrigues, *Das proibições de prova no âmbito do direito processual penal — o caso específico das proibições de prova no âmbito das escutas telefónicas e da valoração da prova proibida pro reo*, estudo disponível no site do Verbo Jurídico, cit., pág. 23) continua a seguir o entendimento já expresso no Ac. STJ de 2 de Fevereiro de 2005, na CJACSTJ, XIII, T.I, pág. 185, acima referenciado (cfr., v.g., Acs. STJ de 14 de Julho de 2010, Proc. 149/07.9JELSB.E1.S1, Rel. Raul Borges, de 26 de Março de 2014,

CJACSTJ, XXII, T. I, pág. 227 e ss. e de 25 de Junho de 2014, Proc. 8/12.3GDMDL-A.S1, Rel. Santos Cabral).

A posição das Relações não é uniforme, como se vê da listagem constante supra do texto do presente aresto.

Enquanto o STJ segue o entendimento expresso pela teoria *dualista* (mais de acordo com a doutrina de Jorge Figueiredo Dias), as Relações seguem, em várias decisões, a teoria *monista* (defendida por Manuel da Costa Andrade).

Quanto a nós, subscrevemos, pelas razões sumariamente enunciadas, a posição do presente aresto numa perspectiva de *jure constituendo*.

Trata-se da posição, doutrinariamente, mais defensável.

Todavia, não foi esse, em nosso entender, o caminho seguido pelo legislador de 2007.

Em face, do exposto, não se acompanha a tese que fez vencimento.

Vinício Augusto Pereira Ribeiro

Souto de Moura (relator)

Pires da Graça

Raúl Borges

Manuel Braz

Isabel São Marcos

Gabriel Catarino

Helena Moniz

Nuno Gomes da Silva

Francisco Caetano

Manuel Augusto de Matos

Carlos Almeida

Lopes da Mota

Santos Carvalho

Santos Cabral

Oliveira Mendes

Vinício Ribeiro (vencido)

Henriques Gaspar (Presidente)