

Tribunal da Relação do Porto
Processo nº 0040051

Relator: CONCEIÇÃO GOMES

Sessão: 08 Março 2000

Número: RP200003080040051

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: REC PENAL.

Decisão: PROVIDO.

ESCUTA TELEFÓNICA

CONTROLO JUDICIAL

FALTA

NULIDADE

PROIBIÇÃO DE PROVA

Sumário

I - A lei portuguesa estabelece o sistema da autorização e controlo judicial e de limitação das escutas telefónicas, pressupondo um efectivo acompanhamento e controlo da escuta pelo juiz, que a tiver ordenado, enquanto as operações em que esta se materializa decorrem, aparecendo a imediação entre o juiz e a recolha de prova como meio que melhor garante que uma medida com tão específicas características se contenha nas apertadas margens fixadas pela lei constitucional.

II - Evidenciando-se que não foi o juiz que apreciou e valorou qual a matéria relevante, não resultando o aludido controlo judicial e o efectivo acompanhamento contínuo, (só assim se compreendendo que, em violação do n.3 do artigo 187 do Código de Processo Penal apareçam transcritas conversões da arguida com o seu advogado e gravações posteriores à ordem de cessação das intercepções) são as escutas nulas, não podendo ser utilizadas como meio de prova.

Texto Integral

Acordam em Conferência na Secção Criminal do Tribunal da Relação do Porto
1. - RELATÓRIO

1. 1. Ana Maria ..., arguida em inquérito registado no DIAP do Porto, sob o nº 4190/98.2-JAPRT- E, 2ª Secção, relativo à investigação de crimes de furtos em residências, arguiu junto do Mmº Juiz do Tribunal de Instrução Criminal do Porto, a nulidade da intercepção telefónica a cinco postos anteriormente

ordenada por despacho judicial, por violação das formalidades legais prescritas nos arts. 187º, nº 3, e 188º, nºs 1 e 3, do CPP e art. 32º, nº 6, da CRP, alegando em síntese, que relativamente aos postos nºs 20... e 68... as escutas não eram necessárias e carece de fundamentação, sendo uma simples remissão para a lei adjetiva; a escolha das transcrições não foi feita por o juiz a considerar, analisando as gravações, os elementos recolhidos relevantes para a prova, mas porquanto a Polícia assim o quis e, é por isso que aparecem transcritas comunicações da arguida com o seu mandatário, e é por isso que, depois de ser ordenada a cessação das intercepções, são juntas aos autos transcrições com data posterior àquele despacho judicial.

1. 2. Pelo Mmº Juiz do Tribunal de Instrução Criminal do Porto, foi proferido despacho em 08OUT99, desatendendo tal nulidade, com o fundamento de o Juiz poder ser para o acto coadjuvado pelo órgão de polícia criminal e que foram cumpridas as formalidades legalmente estabelecidas nos arts. 188º, nºs 1, 2, 3 e 4 e 118 do CPP.

1. 3. Inconformada com este despacho, a arguida dele veio interpor o presente recurso, o qual motivou, concluindo nos seguintes termos:

“A intercepção telefónica está condicionada a despacho judicial fundamentado que, atendendo aos limites da proporcionalidade e da necessidade, autorize as escutas, sempre com a condição de a diligência se revelar de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova.

É apodíctico que para se escutar as conversas “...efectuadas através do telemóvel que a autora do furto utilizou...” não é necessário pôr à escuta os telefones que este contactou.

As escutas dos telefones 20... e 68... foram-no sem serem necessárias – para se escutar o telefone suspeito não é necessário escutar aqueles para que se liga – e sem qualquer ponderação prévia para a descoberta da verdade ou para a prova.

As transcrições dos números efectuados foram-no com violação do disposto no nº 3 do art. 187º e sem obediência aos números 1 e 3, do art. 188º, do CPP.

Quem escolheu a matéria transcrita foi a Polícia e não o juiz e por isso aparecem transcritas conversações da arguida com o seu mandatário e aparecem transcritas conversas posteriores à ordem de cessação das intercepções.

Conforme se pode ler a fls. 309 e 310 as transcrições foram juntas aos autos sem que o Sr. Juiz de Instrução tenha ponderado antecipadamente o conteúdo das gravações e, ouvidas estas, tenha ordenado a transcrição em auto das partes relevantes para a prova. Foi a Polícia que escolheu o que lhe aprouve. Tal afirmação resulta inequívoca do teor de fls. 309, 310, 311 e 312. É que o Sr. juiz de Instrução solicitou informação sobre se foram gravadas

conversações e se contêm meios de prova, deixando a ponderação das mesmas para terceiros. Não foi o juiz que considerou os elementos recolhidos relevantes e que ordenou a sua transcrição em auto. A escolha foi de quem não tem o poder de julgar.

O art. 189º, do CPP determina que "Todos os requisitos e condições referidos nos arts. 187º e 188º são estabelecidos sob pena de nulidade".

Isso é proibição de prova, segundo a melhor Doutrina (cfr. Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal II, 178), porquanto o art. 126º, nº 3 dispõe que, ressalvados os casos especialmente previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão nas comunicações e a nulidade tem como efeito não poder a prova ser utilizada (art. 126º, nº 1).

Já que 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 proibição de prova, imposta pelo art. 32º, nº 6, da CRP e art. 126º.

Assim, por violação dos arts. 187º e 188º, ambos do CPP, visto o teor dos arts. 126º, nº 1 e 2 e 189º, do mesmo Diploma e 32º, da CRP, devem ser declaradas nulas – como meio de prova as escutas – nos termos em que se encontram exaradas nos autos, já que não era necessária a escuta dos telefones nºs 20... e 68... e as transcrições efectuadas foram-na com critério de escolha estritamente policial”.

1. 3. No Tribunal recorrido o Magistrado do Ministério Público ofereceu Resposta, pronunciando-se no sentido de que o recurso não merece provimento.

1. 4. O Mmº Juiz no Tribunal recorrido sustentou a sua decisão.

1.5. O Exmº Procurador Geral-Adjunto nesta Relação emitiu parecer pronunciando-se no sentido de que o recurso merece parcial provimento, apenas quanto às escutas telefónicas efectuadas posteriormente ao despacho que declarou cessada a autorização judicial respectiva, isto é, de escutas telefónicas que tiveram lugar entre 25 e 31 de Março de 1999, não podendo ser utilizadas como meio de prova de escutas telefónicas não autorizadas judicialmente.

1. 6. Foi cumprido o disposto no art. 417º, nº 2, do CPP.

1.7. A arguida ofereceu Resposta ao Parecer do Exmº Procurador Geral-Adjunto, mantendo a posição assumida na sua motivação de recurso.

1.8. Foram colhidos os vistos legais.

2. FUNDAMENTAÇÃO.

2. 1. Consta dos autos a seguinte matéria de facto e ocorrências processuais, com relevância para a decisão do presente recurso:

2. 1.1. No DIAP do Porto procedeu-se a inquérito sob o nº 4190/98.2-JAPRT- E,

2ª Secção, relativo à investigação de crimes de furtos em residências, de valor superior a 15 000 000\$00, perpetrados por Alcina ..., utilizando sempre o mesmo modus operandi, de obter o acesso a residências de pessoas possuidoras de bens de elevado valor económico, respondendo a anúncios de jornais com ofertas de emprego para empregadas domésticas e, depois de obter emprego sob falsa identidade, apropriar-se dos objectos que lhe pareciam ser os mais valiosos, pondo-se com os mesmos em fuga (fls. 170 a 172vº, 227 a 238).

2.1.2. No âmbito da investigação criminal levada a cabo no aludido processo de inquérito, a Polícia Judiciária, a quem estava delegada a realização das diligências de inquérito, apresentou os autos ao Magistrado do Mº Pº, titular do inquérito, com uma informação datada de 05FEV99, na qual dava conta que analisando atentamente as comunicações telefónicas efectuadas através do telemóvel que a autora dos furtos utilizara (nº 62...), verificara que, imediatamente antes e após a ocorrência dos crimes, tinham sido estabelecidos contactos para os telefones nºs 02... e 68....

2.1.3. Informava ainda a PJ que nos inquéritos nºs NUIPC 3495/98.7JAPRT, 3942/98.8JAPRT, 292/99.6JARPT e 313/99.2JARPT, estavam em investigação crimes de furto em tudo semelhantes aos supra referidos, sendo que, nos dois primeiros, de valores consideravelmente elevados, com modus operandi e características físicas da autora dos crimes semelhantes às do inquérito em causa - nº 4190/98.2-JAPRT- E, 2ª Secção - tinham sido referenciados alguns dos nºs de telemóvel supra referidos e, nos últimos, tinham sido referenciados contactos com os telemóveis nºs 09... e 09....

2. 1.4. Concluía a PJ na aludida informação, que ao que tudo indicava seriam os mesmos os autores dos crimes em investigação em todos os inquéritos descritos, não tendo sido possível averiguar o paradeiros dos mesmos nem recolher outros elementos de prova, pelo que para prosseguir estes objectivos e, ainda, para recuperar os objectos furtados e apurar a identificação correcta dos arguidos e a existência de eventuais cúmplices, se sugeria que se autorizassem escutas telefónicas dos telefones com o nºs indicados. (fls. 170 a 172vº)

2.1.5. Por despacho de 08FEV99 o Magistrado do Mº Pº, titular do inquérito, requereu ao Mmº Juiz de Instrução Criminal que, atento o teor da informação elaborada pela PJ constante dos autos, fossem autorizadas as escutas telefónicas para os nºs 02..., da rede Portugal Telecom, 09..., 09..., 09... e 09... telemóveis da rede Optimus (fls. 24).

2.1.6. Por despacho de 09FEV99, o Mmº Juiz de Instrução Criminal, com fundamento nos indícios existentes nos autos, e o promovido pelo Magistrado do MºPº, e por se apresentar de todo o interesse para a realização da

investigação, autorizou que se procedesse à interceptação e gravação das chamadas telefónicas efectuadas de e para os nºs 02..., da rede Portugal Telecom, 09..., 09..., 09... e 09. telemóveis da rede Optimus, pelo prazo de 60 dias. (fls. 24).

2.1.7. O telefone fixo com o nº 02... foi sujeito a interceptação e gravação de chamadas telefónicas efectuadas e recebidas, tendo sido transcritas comunicações estabelecidas entre as 15h30m de 18FEV99 e as últimas horas do dia 31MAR99 (fls. 26 a 139).

2.1.8. Os telemóveis com os nºs 09... e 09... foram sujeitos a interceptação e gravação de chamadas telefónicas efectuadas e recebidas, não registando quaisquer comunicações, designadamente desde as 10h de 23FEV99 (fls. 146 e 147).

2.1.9. O telemóvel com o nº 09... foi sujeito a interceptação e gravação de chamadas telefónicas efectuadas e recebidas, tendo sido transcritas comunicações efectuadas entre a partir das 10h de 23FEV99 (fls. 148 a 161).

2.1.10. O telemóvel com o nºs 09... foi sujeito a interceptação e gravação de chamadas telefónicas efectuadas e recebidas, não registando quaisquer comunicações, designadamente desde as 10h de 23FEV99 (fls. 162).

2.1.11. Por despacho de 18MAR99 o Mº Juiz de Instrução solicitou ao MºPº «informação sobre se foram gravadas conversações em cassetes e se estas contêm elementos de prova com interesse para a investigação. Caso contrário, e havendo gravações a destruir se proceda à sua destruição por desmagnetização» (fls. 163).

2.1.12. Por ofício de 24MAR99 o Magistrado do Mº Pº informou o Mmº Juiz de Instrução Criminal que «foram efectuadas conversações gravadas em cassetes, conversações essas contendo relevantes elementos de prova com interesse para a investigação» (fls. 164).

2.1.13. Por despacho de 25MAR99 o Mmº Juiz de Instrução Criminal decidiu que: “Uma vez que já não se mostra com interesse para a investigação em curso a manutenção da interceptação e gravação de conversações de e para os nºs de telemóveis e de telefone do meu despacho de fls. 141, face à informação policial de fls. 306 e 307, e o promovido a fls. 308, determino a cessação das interceptações e gravações.

Uma vez que foram colhidos elementos relevantes para a prova, proceda-se à sua transcrição em auto, nº 3 do art. 188º, do CPP».

2.1.14. Em 26MAR99 a PJ do Porto tomou conhecimento do despacho do Mmº Juiz de Instrução de que cessara a autorização judicial para a interceptação e gravação das conversações dos nºs de telemóveis (fls. 176).

2.1.15. Entre 03MAI99 e 04JUN99 a PJ elaborou os autos de transcrição das escutas telefónicas (fls. 26 a 162).

2.1.16. Entre as comunicações telefónicas escutadas e transcritas, encontram-se transcrições de conversas mantidas pela recorrente, através do telefone nº 02... com a Exm^o Advogada Dr^a Manuela ... para o telefone do escritório onde a mesma exerce advocacia, em 23FEV99 (fls. 80 a 81) e em 02MAR99 (fls. 46 e 47, 51 e 52).

2.1.17. Em 16JUL99 a recorrente juntou procuração forense aos autos, datada de 15JUL99, constituindo seus mandatários os Exm^{os} Srs. Drs. João ... e Manuela ... (fls. 240 a 241).

2.1.18. Em 08SET99 o M^oP^o deduziu acusação contra as arguidas Alcina ... e Ana Maria ..., imputando-lhes a autoria, relativamente à 1^a, a prática de 6 crimes de furto qualificado, p. e p., dois deles pelos arts. 203^o e 204^o, nº 1, als. a) a h), com referência ao art. 202^o, al. a), três outros pelos arts. 203^o, 204^o, nº 1, al. h) e nº 2, al. a), com referência ao art. 202^o, al. b) e o último, p. e p., pelos arts. 203^o e 204^o, nº 1, als. a), e) e h), com referência ao art. 202^o, al. a), e à ora, recorrente a prática de seis crimes de receptação. p. e p., pelo art. 231^o, nº 1, todos do CP (fls. 227 a 239).

2.1.19. Em 21SET99 a ora recorrente, veio arguir a nulidade das escutas telefónicas autorizadas (fls. 2 a 5).

2.1.20. Por despacho de 08OUT99 foi proferido o despacho recorrido.

2.1.21. Por despacho de 18OUT99 foi proferido despacho a designar dia para a audiência (fls. 192).

3. O DIREITO

3. 1. O objecto do presente recurso, tendo em atenção as conclusões da motivação da recorrente, prende-se com a legalidade das escutas telefónicas levadas a cabo no âmbito do inquérito nº 4190/98.2-JAPRT- E, 2^a Secção, tendo em atenção as seguintes questões suscitadas pela recorrente:

a) considerando os limites da proporcionalidade e da condição de se tratar de diligência de grande interesse para a descoberta da verdade, escutas dos telefones 20..., 09... foram-no sem serem necessárias – para se escutar o telefone suspeito não é necessário escutar aqueles para que se liga – e sem qualquer ponderação prévia para a descoberta da verdade ou para a prova;

b) as transcrições dos números efectuados foram-no com violação do disposto no nº 3 do art. 187^o e sem obediência aos números 1 e 3, do art. 188^o, do CPP;

c) quem escolheu a matéria transcrita foi a Polícia e não o juiz e por isso aparecem transcritas conversações da arguida com o seu mandatário e aparecem transcritas conversas posteriores à ordem de cessação das intercepções.

3. 2. O art. 187^o, do CPP consagra a admissibilidade da intercepção e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas, como meio de prova, desde que ordenadas ou autorizadas, por despacho judicial, relativamente aos

crimes enumerados nas alíneas a) a e), do nº1, do citado normativo «se houver razões para crer que a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova».

Por seu turno o art. 188º, do CPP determina as formalidades a que estão sujeitas as intercepções e gravações como meio de recolha de prova.

Os citados normativos estabelecem um regime de autorização e controlo judicial, e «sistema de catálogo», em que a escuta telefónica é reservada exclusivamente a tipos criminais que pelas suas características tornam tal meio de recolha de prova particularmente apto à investigação ou que, pela gravidade dos interesses em jogo (expressa numa moldura penal abstracta qualificada), podem justificar a adopção de uma medida consensualmente vista como portadora de um elevado potencial de «danosidade social». (vide Manuel da Costa Andrade, in “Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, Coimbra, 1992, págs. 272, 275, 281, 283 e 285).

Tais normas estão em consonância com o art. 34º, nº 1, da CRP, segundo o qual “O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis”, bem como com o disposto no nº 4, do mesmo preceito constitucional, no qual se consagra que “é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação social, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo penal”.

Do referido normativo da lei fundamental resulta que só em matéria de processo penal é admissível a limitação do direito fundamental do sigilo da correspondência e nas telecomunicações pelas autoridades públicas, corporizando os arts. 187º a 190º, do CPP precisamente tal excepção indicada no segmento final do comando constitucional.

Como sublinha Costa Andrade, in ob. cit. , pág. 286-287, “O teor particularmente drástico da ameaça representada pela escutada telefónica explica que a lei tenha procurado rodear a sua utilização das maiores cautelas. Daí que a sua admissibilidade esteja dependente do conjunto de exigentes pressupostos materiais e formais previstos nos arts. 187º e segs. da lei processual portuguesa (...)”. O legislador português procurou, assim, “inscrever o regime de escutas telefónicas sobre a exigente ponderação de bens entre: por um lado, os sacrifícios ou perigos que a escuta telefónica traz consigo, e, por outro lado, os interesses mais relevantes da perseguição penal. Trata-se, como Knauth pertinentemente assinala, de uma «ponderação vinculada», (...) de que o intérprete e aplicador do direito não estão legitimados a desviar-se.

E aqui – no imperativo da fidelidade estrita do paradigma da ponderação legalmente codificada – residirá uma razão decisiva e abono da exigência de

uma interpretação restritiva das normas atinentes às escutas telefónicas”. A este propósito decidiu o Tribunal Constitucional, no Ac. nº 407/97, de 21MAI97, publicado in BMJ 467-199, aliás citado pela recorrente, que “a existir ingerência nas telecomunicações, no quadro de uma previsão legal atinente ao processo criminal (a única constitucionalmente tolerada), carecerá sempre de ser compaginada como uma exigente leitura à luz do princípio da proporcionalidade, subjacente ao art. 18º, nº 2, da Constituição, garantindo que a restrição do direito fundamental em causa (de qualquer direito fundamental que a escuta telefónica, na sua potencialidade danosa possa afectar) se limite ao estritamente necessário à salvaguarda do interesse constitucional na descoberta de um concreto crime e punição do seu agente. Nesta ordem de ideias, a imediação entre o juiz e a recolha da prova através da escuta telefónica aparece como o meio que melhor garante que uma medida com tão específicas características se contenha nas apertadas margens fixadas no texto constitucional”.

Escreve-se ainda no citado arresto a propósito do efectivo controlo judicial das escutas telefónicas, que “a intervenção do juiz é vista como uma garantia que assegure a menor compressão possível dos direitos fundamentais afectados pela escuta telefónica, assegurando que tal compressão se situe nos apertados limites aceitáveis e que tal intervenção, para que de uma intervenção substancial se trate (e não de mero tabelionato), pressupõe o acompanhamento da operação de intercepção telefónica. Com efeito, só acompanhando a recolha de prova, através desse método em curso, poderá o juiz ir apercebendo os problemas que possam ir surgindo, resolvendo-os, e assim, transformando apenas em aquisição probatória aquilo que efectivamente pode ser. Por outro lado, só esse acompanhamento coloca a escuta a coberto dos perigos - que sabemos serem consideráveis - de uso desviado”.

3. 3. Aplicando estes princípios ao caso sub judice, vejamos pois, a primeira questão suscitada pela recorrente nas conclusões da sua motivação, que se prende com o princípio da proporcionalidade e da condição de se tratar de diligência de grande interesse para a descoberta da verdade, relativamente às escutas dos telefones 20..., 09....

No entender da recorrente foram-no sem serem necessárias - para se escutar o telefone suspeito não é necessário escutar aqueles para que se liga - e sem qualquer ponderação prévia para a descoberta da verdade ou para a prova. Retornando ao ambiente fáctico evidenciado nos autos temos como relevante os seguintes factos, o inquérito sob o nº 4190/98.2-JAPRT- E, 2ª Secção, do DIAP do Porto, reportava-se a investigação de crimes de furtos em residências, de valor superior a 15 000 000\$00, perpetrados por Alcina ..., utilizando

sempre o mesmo modus operandi, de obter o acesso a residências de pessoas possuidoras de bens de elevado valor económico, respondendo a anúncios de jornais com ofertas de emprego para empregadas domésticas e, depois de obter emprego sob falsa identidade, apropriar-se dos objectos que lhe pareciam ser os mais valiosos, pondo-se com os mesmos em fuga.

No âmbito da investigação criminal levada a cabo no aludido processo de inquérito, a Polícia Judiciária, a quem estava delegada a realização das diligências de inquérito, apresentou os autos ao Magistrado do Mº Pº, titular do inquérito, com uma informação datada de 05FEV99, na qual dava conta que analisando atentamente as comunicações telefónicas efectuadas através do telemóvel que a autora dos furtos utilizara (nº 09...), verificara que, imediatamente antes e após a ocorrência dos crimes, tinham sido estabelecidos contactos para os telefones nºs 02... e 09..., e informava ainda a PJ que nos inquéritos nºs NUIPC 3495/98.7JAPRT, 3942/98.8JAPRT, 292/99.6JARPT e 313/99.2JARPT, estavam em investigação crimes de furto em tudo semelhantes aos supra referidos, sendo que, nos dois primeiros, de valores consideravelmente elevados, com modus operandi e características físicas da autora dos crimes semelhantes às do inquérito em causa - nº 4190/98.2-JAPRT- E, 2ª Secção - tinham sido referenciados alguns dos nºs de telemóvel supra referidos e, nos últimos, tinham sido referenciados contactos com os telemóveis nºs 09... e 09.... E, concluiu a PJ na aludida informação, que ao que tudo indicava seriam os mesmos os autores dos crimes em investigação em todos os inquéritos descritos, não tendo sido possível averiguar o paradeiros dos mesmos nem recolher outros elementos de prova, pelo que para prosseguir estes objectivos e, ainda, para recuperar os objectos furtados e apurar a identificação correcta dos arguidos e a existência de eventuais cúmplices, se sugeria que se autorizassem escutas telefónicas dos telefones com os nºs indicados.

Por despacho de 08FEV99 o Magistrado do Mº Pº, titular do inquérito, requereu ao Mmº Juiz de Instrução Criminal que, atento o teor da informação elaborada pela PJ constante dos autos, fossem autorizadas as escutas telefónicas para os nºs 02..., da rede Portugal Telecom, 09..., 09..., 09... e 09... telemóveis da rede Optimus, o que veio a ser autorizado por despacho judicial de 09FEV99.

Como se disse, precisamente, porque a ingerência pelas autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações, só é constitucionalmente admissível no quadro de uma previsão legal atinente ao processo penal, uma vez que constitui um limite a um direito fundamental, a escuta telefónica estará sempre sujeita ao princípio da proporcionalidade, subjacente ao art. 18º, nº 2, da Constituição, garantindo que a restrição do direito fundamental

em causa, se limite ao estritamente necessário à salvaguarda do interesse constitucional na descoberta de um concreto crime e punição do seu agente. A lei portuguesa exige expressamente que haja razões para crer que a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, ou seja, a lei exige não um mero interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, mas que esse interesse seja grande, não sendo legítimo ordenar as escutas telefónicas nos casos em que os resultados probatórios almejados possam, sem dificuldades particulares acrescidas, ser alcançados por meio mais benigno de afronta aos direitos fundamentais. (vide Prof. Germano Marques da Silva, in Curso de Processo Penal, Tomo II, pág. 201-202, e Costa Andrade in., ob. cit., pág. 291).

Ora, in casu, estava em curso um processo penal, no âmbito do qual estavam a ser investigados factos susceptíveis de integrarem crimes de furto, de avultados montantes, estando também a correr outros inquéritos cuja investigação reportava-se a crimes de furto em tudo semelhantes aos do inquérito em causa, também em dois deles, de valores consideravelmente elevados, com modus operandi e características físicas da autora dos crimes semelhantes às do inquérito em causa, onde tinham sido referenciados alguns dos n.ºs de telemóvel em causa no inquérito a que se refere a presente recurso, e, nos últimos, tinham sido referenciados contactos com os telemóveis n.ºs 09... e 09..., tudo indicava que seriam os mesmos os autores dos crimes em investigação em todos os inquéritos descritos, não tendo sido possível averiguar o paradeiros dos mesmos nem recolher outros elementos de prova, não se pode deixar de concluir que as escutas ordenadas, relativamente aos n.ºs 20... e 09..., se revelavam de grande interesse para a descoberta da verdade, tendo em vista a recuperação dos objectos furtados e apurar a identificação correcta dos arguidos e a existência de eventuais cúmplices. Em geral é importante para a investigação apurar de onde se telefona para onde se telefona, e, neste tipo de crimes pela própria natureza da actividade criminosa, que é pelo menos biunívoca, sendo certo que na maior parte dos casos neste tipo de “negócio” tal actividade é plurívoca, ou seja, envolve várias pessoas, tal necessidade ainda assume maior importância. Por isso é fundamental saber-se para quem e quem telefona, atenta a natureza da actividade delituosa.

No caso dos autos, a informação da PJ de 05FEV99 era inequívoca relativamente à necessidade de obter informação sobre a identificação dos autores e respectivas localizações, bem como para a recuperação dos objectos furtados, que se autorizassem escutas telefónicas dos telefones com os n.ºs indicados, uma vez que não era possível obter tais elementos através de outros meios de prova.

Assim sendo, considerando todos os elementos de facto carreados para os autos, havia fundadas razões para crer que a diligência ordenada, relativamente aos nºs em causa, se revelava de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, uma vez que não era possível alcançar os resultados probatórios pretendidos, sem dificuldades particulares acrescidas, por outro meio de prova.

Do exposto resulta que não foram violados os princípios da proporcionalidade e da necessidade, mostrando-se adequada ao caso concreto as escutas ordenadas por despacho judicial de 09FEV99, atenta a natureza da actividade delituosa objecto da investigação em causa, e a dificuldade que a mesma revelava no sentido de apurar a identificação e localização dos autores dos crimes, bem como a recuperação dos objectos furtados.

3. 4. Quanto à questão das transcrições dos números efectuados terem violado o disposto no nº3 do art. 187º e sem obediência aos números 1 e 3, do art. 188º, do CPP, porquanto quem escolheu a matéria transcrita foi a Polícia e não o juiz e por isso aparecerem transcritas conversações da arguida com o seu mandatário e aparecerem transcritas conversas posteriores à ordem de cessação das intercepções.

O art. 187º, nº 3, do CPP determina que “é proibida a intercepção e a gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime”.

No caso sub judice, resulta dos autos que entre as comunicações telefónicas escutadas e transcritas, encontram-se transcrições de conversas mantidas pela recorrente, através do telefone nº 02... com a Exmª Advogada Dr.ª Manuela ... para o telefone do escritório onde a mesma exerce advocacia, em 23FEV99 e em 02MAR99.

Em 16JUL99 a recorrente juntou procuração forense aos autos, datada de 15JUL99, constituindo seus mandatários os Exmºs Srs. Drs. João ... e Manuela

Para se determinar se in casu houve ou não violação do disposto no art. 187º, nº 3, do CPP, importa ter presente a natureza jurídica do mandato e da procuração.

O Código Civil distingue claramente o mandato da procuração. O mandato é um contrato de prestação de serviços consistente na prática de actos jurídicos (arts. 115º e 117º, do C. Civil) haja ou não representação, ao passo que a procuração é um negócio jurídico pelo qual alguém confere a outrem poderes de representação e que pode ou não coexistir com um mandato (RLJ, 109º-125 e 112º-222).

Enquanto o mandato é um contrato, a procuração é um negócio jurídico

autónomo. O mandato impõe a obrigação de praticar actos jurídicos por conta de outrem (art. 1157º, do C. C.); a procuração confere o poder de os celebrar em nome de outrem (art. 226º, nº 1, do C. Civil). Por outro lado, o simples mandatário age por conta do mandante mas em nome próprio (mandato sem representação – arts. 1 180º e segs.); só o mandatário-representante age ao mesmo tempo por conta e em nome do mandante (mandato representativo – arts. 1 178º e segs.). A representação, que é a essência da procuração, já não é essencial ao mandato, pois que há mandato não representativo. E o mandato é a única fonte da representação, por isso pode existir esta sem aquele (representação legal, contrato de sociedade, prestação de serviços, etc.) (vide Ferrer Correia, “A procuração na teoria da representação voluntária”, in Estudos Jurídicos, II, 19, 22, 26 e 28 e segs.; Pessoa Jorge, “O mandato sem representação”, 1961, 20 e segs., 42 e segs., 85 e segs., 381 e segs.).

“ (...) É portanto a procuração e não o mandato que deve revestir, eventualmente, forma solene. Quando porém, como amiúde sucede, o conferimento de poderes representativos se apresenta, em termos de documento, como uma cláusula do contrato de mandato, naturalmente que a solenidade se estenderá – mas por arrastamento, não por necessidade imposta por lei – ao referido contrato (...).

O contrato de mandato em si, modalidade de prestação de serviços, é o que se costuma designar por mandato sem representação. O contrato de mandato, quando desacompanhado de poderes representativos, não é um contrato menor, assim como o mandato chamado com representação não é um contrato mais «rico». O mandato ele próprio, corresponde àquilo a que se chama, a que a lei chama, mandato sem representação; quando há representação existe, então, um mandato mais uma procuração. (vide Manuel Januário da Costa Gomes, in “Em Tema de Revogação do Mandato Civil”, Coimbra, pág. 111, 114)

Como acima se disse, a escuta telefónica é reservada exclusivamente a tipos criminais que pelas suas características tornam tal meio de recolha de prova particularmente apto à investigação ou que, pela gravidade dos interesses em jogo (expressa numa moldura penal abstracta qualificada), podem justificar a adopção de uma medida consensualmente vista como portadora de um elevado potencial de «danosidade social».

Como refere Costa Andrade, in ob. cit. pág., 283, “expressão desta danosidade constitui (...) a circunstância de propiciarem a frustração, de forma algo insidiosa, de direitos e privilégios de actuação processual, quando não mesmo de específicas proibições de prova, além de direitos de terceiros estranhos à investigação criminal. Pense-se, a este respeito, na confidencialidade da comunicação entre o arguido e defensor (expressamente salvaguardada no nº

3, do art. 187º, do CPP)”.
3

Ora, precisamente porque a escuta telefónica é consensualmente vista como uma medida portadora de um elevado potencial de «danosidade social», a confidencialidade que é salvaguardada, no art. 187º, nº 3, do CPP, não se aplica apenas a partir do momento em que o arguido junta aos autos procuração forense, que tem que revestir forma solene, mas abrange também o mandato sem representação.

Ou seja, o citado normativo não prevê apenas as situações de procuração enquanto negócio jurídico autónomo, pelo qual alguém confere a outrem poderes de representação, que pode ou não coexistir com um mandato, mas o mandato como contrato de prestação de serviços consistente na prática de actos jurídicos, haja ou não representação.

Só deste modo se pode entender a ratio do citado normativo, pois que de outra forma a confidencialidade a que alude o nº 3, do art. 187º, do CPP, ocorreria apenas numa fase processual em que tal confidencialidade se poderia tornar inútil. Veja-se o caso, que sucede frequentemente, de o arguido juntar aos autos procuração forense, conferindo poderes a advogado constituído, apenas em julgamento, sendo as escutas telefónicas ordenadas na fase de inquérito, não obstante nesta fase ser assistido por defensor nomeado.

Como é sabido, a preparação da defesa pode ocorrer a partir do momento da constituição de arguido, ou mesmo antes, sem que o arguido junte aos autos procuração forense vindo a fazê-lo numa fase muito posterior.

A entender-se que o citado art. 187º, nº 3, do CPP, só é aplicável a partir do momento em que o arguido junte aos autos procuração forense, frustrar-se-ia o direito processual de que goza o arguido, à confidencialidade e de poder comunicar com o seu defensor em privado, mesmo quando detido, em qualquer fase do processo, previsto no art. 61º, als. d) e e), do CPP, em conformidade aliás, com o direito constitucional do direito à escolha de defensor previsto no art. 32º, nº 3, da CRP.

Assim sendo, no caso sub judice, uma vez que dos autos não resulta que houvessem fundadas razões para crer que a interceptação e a gravação das conversações entre a arguida e a sua advogada constituíam objecto ou elemento de crime, nem tal consta de despacho judicial fundamentado, a interceptação e gravação de conversas mantidas pela recorrente, através do telefone nº 02... com a Exmª Advogada Dr.ª Manuela ... para o telefone do escritório onde a mesma exerce advocacia, em 23FEV99 e em 02MAR99, violaram o disposto no art. 187º, nº 3, do CPP.

3. 5. Quanto à questão de se mostrarem transcritas conversas posteriores à ordem de cessação das interceptações.

Conforme resulta dos autos por despacho de 25MAR99 o Mmº Juiz de

Instrução Criminal determinou a cessação das intercepções e gravações de e para os nºs de telemóveis e de telefone, ordenadas por despacho de 05FEV99, por já não se mostrarem com interesse para a investigação.

Em 26MAR99 a PJ do Porto tomou conhecimento do despacho do Mmº Juiz de Instrução de que cessara a autorização judicial para a intercepção e gravação das conversações dos nºs de telemóveis.

Contudo, dos autos constam transcritas gravações das conversações mantidas no período compreendido entre 25MAR e 31MAR99.

Ora, tais escutas telefónicas uma vez que foram efectuadas posteriormente ao despacho que declarou cessada a autorização judicial respectiva, isto é, de escutas telefónicas que tiveram lugar entre 25 e 31 de Março de 1999, violaram o disposto no art. 187º, nº 1, do CPP, uma vez que não foram não autorizadas judicialmente.

3. 6. Analisando, por fim, a questão suscitada pela recorrente, de quem escolheu a matéria transcrita foi a Polícia e não o juiz, e por isso aparecem transcritas conversações da arguida com o seu mandatário e aparecem transcritas conversas posteriores à ordem de cessação das intercepções.

Como acima se referiu dos autos constam transcritas conversações da arguida com a sua advogada, bem como encontram-se transcritas conversas posteriores ao despacho de cessação das intercepções e sobre as quais já nos debruçámos.

Importa, agora, analisar se efectivamente resulta dos autos que quem escolheu a matéria transcrita foi a Polícia e não o juiz, e, se foi violado o disposto nos arts. 188º, nºs 1 e 3, do CPP.

Resulta dos autos que por despacho de 09FEV99, o Mmº Juiz de Instrução Criminal, autorizou que se procedesse à intercepção e gravação das chamadas telefónicas efectuadas de e para os nºs 02..., da rede Portugal Telecom, 09..., 09..., 09... e 09... telemóveis da rede Optimus, pelo prazo de 60 dias.

O telefone fixo com o nº 02... foi sujeito a intercepção e gravação de chamadas telefónicas efectuadas e recebidas, tendo sido transcritas comunicações estabelecidas entre as 15h30m de 18FEV99 e as últimas horas do dia 31MAR99.

Os telemóveis com os nºs 09... e 09... foram sujeitos a intercepção e gravação de chamadas telefónicas efectuadas e recebidas, não registando quaisquer comunicações, designadamente desde as 10h de 23FEV99.

O telemóvel com o nº 09... foi sujeito a intercepção e gravação de chamadas telefónicas efectuadas e recebidas, tendo sido transcritas comunicações efectuadas entre a partir das 10h de 23FEV99.

O telemóvel com o nº 09... foi sujeito a intercepção e gravação de chamadas telefónicas efectuadas e recebidas, não registando quaisquer comunicações,

designadamente desde as 10h de 23FEV99.

Por despacho de 18MAR99 o Mº Juiz de Instrução solicitou ao MºPº «informação sobre se foram gravadas conversações em cassetes e se estas contêm elementos de prova com interesse para a investigação. Caso contrário, e havendo gravações a destruir se proceda à sua destruição por desmagnetização»

Por ofício de 24MAR99 o Magistrado do Mº Pº informou o Mmº Juiz de Instrução Criminal que «foram efectuadas conversações gravadas em cassetes, conversações essas contendo relevantes elementos de prova com interesse para a investigação»

Por despacho de 25MAR99 o Mmº Juiz de Instrução Criminal decidiu que: «Uma vez que já não se mostra com interesse para a investigação em curso a manutenção da intercepção e gravação de conversações de e para os nºs de telemóveis e de telefone do meu despacho de fls. 141, face à informação policial de fls. 306 e 307, e o promovido a fls. 308, determino a cessação das intercepções e gravações.

Uma vez que foram colhidos elementos relevantes para a prova, proceda-se à sua transcrição em auto, nº 3 do art. 188º, do CPP».

Em 26MAR99 a PJ do Porto tomou conhecimento do despacho do Mmº Juiz de Instrução de que cessara a autorização judicial para a intercepção e gravação das conversações dos nºs de telemóveis.

Entre 03MAI99 e 04JUN99 a PJ elaborou os autos de transcrição das escutas telefónicas.

O art. 188º, nº 1, do CPP determina que “Da intercepção e gravação a que se refere o artigo anterior é lavrado auto, o qual, junto com as fitas gravadas ou elementos análogos, é imediatamente levado ao conhecimento do juiz que tiver ordenado ou autorizado as operações”, dispondo o nº 3, do citado normativo que “Se o juiz considerar os elementos recolhidos, ou alguns deles, relevantes para a prova, ordena a sua transcrição em auto e fá-lo juntar ao processo, caso contrário, ordena a sua destruição, ficando todos os participantes ligados ao dever de segredo relativamente àquilo de que tenham tomado conhecimento”.

Já se referiu que a lei portuguesa estabelece o sistema da autorização e controlo judicial e da limitação das escutas telefónicas a crimes de catálogo, pressupondo um efectivo acompanhamento e controlo da escuta pelo juiz que a tiver ordenado, enquanto as operações em que esta se materializa decorrerem.

Conforme decidiu o Ac. do Tribunal Constitucional de 21MAI97, cit., (...) “ao fixar a interpretação constitucionalmente conforme daquele art. 188º, nº 1, no segmento em que se insere a expressão “imediatamente”, este não poderá

reportar-se apenas ao momento em que as transcrições se mostrarem feitas, pressupondo um efectivo acompanhamento e controlo da escuta pelo juiz que a tiver ordenado, enquanto durarem as operações em que esta se materializa – sem que decorram largos períodos de tempo em que essa actividade do juiz se não mostre documentada nos autos”.

Na verdade, o nº 3, do art. 187º, do CPP, consagra que “Se o juiz considerar os elementos recolhidos, ou alguns deles, relevantes para a prova, ordena a sua transcrição em auto e fá-lo juntar ao processo, caso contrário, ordena a sua destruição...”.

Conforme sublinha o Prof. Germano Marques da Silva, in ob. cit., pág. 204, “Este acto do juiz é da maior importância. O juiz verificará da relevância dos elementos recolhidos para a prova e só nesse caso os fará juntar ao processo; pretende-se obstar que elementos que não relevam para o «thema decidendum» sejam objecto de divulgação.

É também neste momento que o juiz verificará se foram gravadas conversações com o defensor, em violação da proibição estabelecida pelo art. 187º, nº 3, caso em que ordenará a sua destruição”.

A imediação entre o juiz e a recolha da prova através da escuta telefónica aparece como meio que melhor garante que uma medida com tão específicas características se contenha nas apertadas margens fixadas pela lei constitucional.

O actuar desta imediação, potenciadora de um efectivo controlo judicial , ocorrerá em diversos planos, sendo um deles o que pressupõe uma busca de sentido prático para a obrigação de levar “imediatamente” ao juiz o auto de intercepção e fitas gravadas ou elementos análogos de que fala a lei.

Com isto não se quer significar que toda a operação de escuta tenha de ser materialmente realizada pelo juiz. Contrariamente a tal visão maximalista, do que aqui se trata é, tão-só, de assegurar um acompanhamento contínuo e próximo temporal e materialmente da fonte (imediato, na terminologia legal), acompanhamento esse que comporte a possibilidade real de, em função do decurso da escuta, ser mantida ou alterada a decisão que a determinou” (Ac. do TC, de 21MAI97, cit.).

Ora, in casu, verifica-se que não foram observadas as formalidades prescritas no art. 188º, nº 1, e 3, do CPP.

Com efeito, por despacho de 18MAR99 o Mº Juiz de Instrução solicitou ao MºPº «informação sobre se foram gravadas conversações em cassetes e se estas contêm elementos de prova com interesse para a investigação. Caso contrário, e havendo gravações a destruir se proceda à sua destruição por desmagnetização», sendo que tal informação veio a ser dada por ofício de 24MAR99 pelo Magistrado do Mº Pº, o qual informou o Mmº Juiz de Instrução

Criminal que «foram efectuadas conversações gravadas em cassetes, conversações essas contendo relevantes elementos de prova com interesse para a investigação» . Com base nessa informação e na informação policial de fls. 306 e 307, por despacho de 25MAR99 o Mmº Juiz de Instrução Criminal decidiu que “Uma vez que já não se mostra com interesse para a investigação em curso a manutenção da interceptação e gravação de conversações de e para os nºs de telemóveis e de telefone do meu despacho de fls. 141, face à informação policial de fls. 306 e 307, e o promovido a fls. 308, determino a cessação das interceptações e gravações.

Uma vez que foram colhidos elementos relevantes para a prova, proceda-se à sua transcrição em auto, nº 3 do art. 188º, do CPP».

Entre 03MAI99 e 04JUN99 a PJ elaborou os autos de transcrição das escutas telefónicas.

Do exposto resulta que os autos evidenciam que não foi o Mmº Juiz que apreciou e valorou de fundo, qual a matéria relevante para a investigação contida nas escutas telefónicas ordenadas. Não resulta o aludido controlo judicial, e o efectivo acompanhamento contínuo e próximo temporal e materialmente da fonte.

Daí que tivessem sido transcritas as conversas estabelecidas entre a arguida e a sua advogada, bem como as conversas mantidas para além do despacho que havia determinado a cessação das interceptações e gravações.

No despacho sob sindicância refere-se que Juiz pode ser para o acto coadjuvado pelo órgão de polícia criminal.

Sobre esta questão, Fragoso Álvarez, in “Las Intervenciones Telefónicas en el Proceso Penal”, Madrid, 1991, pág. 85-86, citado no Ac. do TC de 21MAI97, supra referido, (...) escreve “Os resultados que vão sendo obtidos, devem ser entregues ao juiz, que deverá ir procedendo à sua valoração directamente para efeitos de manter ou levantar a escuta.

Constitui esta a única forma de garantir eficazmente o direito ao segredo das comunicações privadas dos afectados, assim como, sendo caso disso, pelo conteúdo concreto do conhecimento adquirido, outros direitos fundamentais, como é o caso, principalmente, do direito à intimidade. Por isso, a possível actividade da execução da polícia há-de limitar-se à gravação e, quando for caso disso, à escuta e gravação das comunicações interceptadas. Isto porque, além de ser o órgão judicial o único sujeito activo da medida de intervenção telefónica, tanto para ordenar como para controlar a respectiva execução, será esta a única forma de garantir eficazmente tanto o direito ao segredo das comunicações como outros direitos (...) sem o controlo directo do juiz sempre poderia acontecer que o executor da interceptação obtivesse um dado de especial importância para o afectado – precisamente pelo seu conteúdo íntimo

-, que, sendo independente dos factos investigados comportasse o risco de ser utilizado, por quem o adquirisse para uma extorsão ou para seu lucro, vendendo-o a um meio de comunicação ou de produção (segredo industrial), ou simplesmente, para formação de arquivos policiais paralelos”.

Será, pois, nesta medida e com estas restrições, que terá que ser entendida a actividade policial, a que alude o art. 187º, nº 2, do CPP. Ou seja, a coadjuvação a que alude o citado normativo, não pressupõe uma actividade autónoma por parte do órgão de polícia criminal, ou por outra autoridade judiciária, sem ser o juiz, na valoração do que é relevante para a investigação na recolha dos elementos probatórios através das escutas telefónicas.

De outra forma estar-se-ia a atribuir a outro órgão, que não juiz, cuja intervenção constitui uma garantia de que a compressão dos direitos fundamentais afectados pela escuta telefónica se situe nos apertados limites aceitáveis, ou seja, que assegure a menor compressão possível dos direitos fundamentais afectados pela escuta telefónica, para valorar substancialmente a aquisição probatória obtida por tal meio de prova.

No caso em apreço, não resulta documentado nos autos, o acompanhamento e controlo efectivo, por parte do Mmº Juiz quanto à valoração e apreciação dos elementos probatórios recolhidos através das escutas telefónicas, tendo sido violado o disposto no art. 188º, nºs 1 e 3, do CPP.

Neste sentido, o despacho sob sindicância violou o disposto nos arts. 187º, nºs 1 e 3, e 188º, nºs 1 e 3, do CPP.

3. 7. Importa finalmente, apreciar qual a consequência da violação dos mencionados arts. 187º, nºs 1 e 3, 188º nºs 1 e 3, do CPP.

De harmonia com o disposto no art. 189º, do CPP “Todos os requisitos e condições referidos nos arts. 187º e 188º são estabelecidos sob pena de nulidade”, dispondo o art. 126º, nº 3, do mesmo compêndio normativo que “Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular”, tendo tal nulidade como efeito não poder a prova ser utilizada (art. 126º, nº 1, do CPP). Tais preceitos estão em conformidade com o consagrado no art. 32º, nº 8, da CRP, segundo o qual “São nulas todas as provas obtidas mediante (...) abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

Ora, dispondo a lei que as condições de admissibilidade e os requisitos das escutas são estabelecidos sob pena de nulidade, a sua inobservância acarreta a proibição de prova, imposta pelo art. 32º, nº 8, da CRP e 126º, do CPP (vide, Prof. Germano Marques da Silva, in Curso de Processo Penal, II, pág. 206).

No mesmo sentido, o Ac. do STJ de 05JUN91, in BMJ, 408 - 405, decidiu que a

nulidade resultante da violação de proibições de prova é insanável. Considerando que a interceptação e gravação das chamadas telefónicas efectuadas de e para os nºs 02..., da rede Portugal Telecom, 09..., 09..., 09... e 09... telemóveis da rede Optimus, no âmbito do inquérito sob o nº 4190/98.2-JAPRT- E, 2ª Secção, do DIAP do Porto, não obedeceu ao requisitos e condições a que aludem os mencionados normativos, a prova obtida através de tais escutas, é nula, não podendo ser utilizadas como meio de prova. Assim sendo assiste razão à recorrente.

4. DECISÃO.

Termos em que acordam os Juízes que compõem a Secção Criminal do Tribunal da Relação do Porto em conceder provimento ao recurso, e, em consequência, revogar o despacho recorrido, julgando nulas as escutas telefónicas efectuadas de e para os postos nºs 02..., da rede Portugal Telecom, 09..., 09..., 09... e 09... telemóveis da rede Optimus, no âmbito do inquérito sob o nº 4190/98.2-JAPRT- E, 2ª Secção, do DIAP do Porto, por violação do disposto nos arts. 187º e 188º, ambos do CPP, não podendo ser utilizadas, como meio de prova, nos termos das disposições conjugadas dos arts. 126º, nºs 1 e 3 e 189º, do CPP e art. 32º, nº 8, da CRP.

Sem tributação.

Porto, 00-03-08

Maria da Conceição Simão Gomes

José Inácio Manso Rainho

Pedro dos Santos Gonçalves Antunes