



Universidades Lusíada

Rodrigues, Patrícia Correia

Intervenção dos OPC no âmbito da prova : meios de obtenção da prova

<http://hdl.handle.net/11067/2859>

Metadados

Data de Publicação

2012

Resumo

Este trabalho de investigação quer reflectir um problema que surge no âmbito de uma investigação processual penal, que são as polémicas que se levantam no que concerne à obtenção da prova realizada pelos OPC. Com base na problemática suscitada, o trabalho está dividido em quatro partes, no qual a primeira, a segunda e terceira partes serão dedicadas a matérias teóricas mas necessárias para melhor compreensão da problemática, e por fim, a quarta parte que é mais prática e a mais extensa, que tra...

This investigation work wants to reflect a problem that appears inside the bounds of a criminal procedure investigation, which are the polemics that rise inside the proofs' obtaining realized by OPC. Based in the raised problem, the essay is divided in four parts, in which the first, second and third part will be dedicated to theoretical subjects, but necessary for a better understanding of the problem; and, at last, the fourth one, that is more practical and extended, referring the controversi...

Palavras Chave

Direito, Direito penal, Prova, Processo penal, Obtenção de prova, Órgãos de Polícia Criminal

Tipo

masterThesis

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2025-05-17T10:44:49Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

INTERVENÇÃO DOS OPC NO ÂMBITO DA PROVA

Meios de obtenção da prova

Patrícia Correia Rodrigues

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Porto 2012



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

INTERVENÇÃO DOS OPC NO ÂMBITO DA PROVA

Meios de obtenção da prova

Patrícia Correia Rodrigues

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Dissertação de mestrado apresentada na Universidade Lusíada do Porto, sob orientação do Professor Doutor Fernando Torrão

Porto 2012

À minha mãe e ao meu pai por sempre me darem força e alento nos momentos mais difíceis, mostrando-me com o seu digno exemplo que se consegue tudo o que se quer, desde que se empenhe.

Ao meu irmão, pelo seu espírito crítico e prontidão.

Agradeço a fé que tiveram em mim e que nunca fraquejou, não teria conseguido sem o vosso apoio, a todos os níveis.

O verbo “desistir” não existe no nosso dicionário.

Obrigada por tudo.

Índice

Introdução	1
 Capítulo I Conceções gerais	
1.1. Natureza da actuação dos OPC	3
1.2. Autonomia na prevenção e investigação criminal.....	5
 Capítulo II Perspectiva Constitucional e princípios processuais	
2.1. Protecção dos direitos fundamentais e dos direitos, liberdades e garantias	7
2.2. Segurança como tarefa fundamental do Estado de Direito	8
2.3. Princípios processuais.....	8
2.3.1. Princípios relativos à prossecução processual	
a) Princípio da investigação.....	8
b) Princípio do contraditório	9
2.3.2. Princípios relativos à prova	
a) Princípio da presunção da inocência.....	10
b) Princípio da prova livre.....	11
c) Princípio da investigação ou da verdade material.....	12
 Capítulo III Ministério Público e Órgãos de Polícia Criminal	
3.1. Ministério Público	
3.1.1. Exercício da acção penal.....	15
3.1.2. Relacionamento, orientação e dependência funcional dos órgãos de polícia criminal face ao Ministério Público.....	16
3.2. Órgãos de Polícia Criminal	
3.2.1. Cooperação entre os OPC.....	18
3.2.1.1. Polícia Judiciária	19
3.2.1.2. A Guarda Nacional Republicana e a Policia de Segurança Pública	20
 Capítulo IV Controvérsias na obtenção da prova	
4.1. Procedimentos dos OPC	
4.1.1. Surgimento das instituições dos OPC, em Portugal.....	22
4.1.2. A função dos OPC e a discricionariedade na sua intervenção.....	23

4.2. Questões actuais e pragmáticas que se levantam no âmbito da prova.....	25
4.2.1. Os exames e a sua imposição.....	26
1º Quando não há consentimento do arguido para a realização de um exame sobre o mesmo, deve a autoridade judiciária impor tal realização, indo contra o auto – determinação pessoal?	27
2º No que concerne ao exame obtido pelo alcoolímetro e/ou análise ao sangue, contra a vontade do sujeito, este vai ao encontro do direito à não auto incriminação?.....	36
4.2.2. As revista e as busca e a violação da reserva da vida privada.....	42
1º As buscas domiciliárias podem contrariar o direito à inviolabilidade do domicílio?.....	43
2º As revistas podem ser realizadas arbitrariamente pelos OPC indo contra a reserva da vida privada?.....	49
4.2.3. As apreensões e a restrição ao direito de propriedade.....	52
1º As apreensões de correspondência (impressa e electrónica) restringem a reserva da vida privada?.....	54
2º Podem as apreensões de automóveis limitar o direito de propriedade?.....	61
4.2.4. As escutas telefónicas e o atentado à privacidade.....	66
1º Até onde podem as escutas telefónicas invadir a privacidade?.....	67
2º Quem tem legitimidade de executar as escutas e de fiscalizar quem as executa?.....	74
4.2.5. As reproduções mecânicas e o desrespeito pela privacidade e anonimato.....	77
1º É válida a colocação de videovigilância em espaços públicos e privados, restringindo a privacidade e anonimato?.....	78
2º É legítimo fotografar sem o consentimento da pessoa que nela é captada, lesando o seu direito à imagem?.....	88

4.3. Medidas cautelares, preventivas e de segurança	
4.3. 1. Actos cautelares imediatos e urgentes para assegurar os meios de prova.....	94
4.3.2. Medidas cautelares	
4.3.2.1. A localização de pessoas e bens e a salvaguarda pessoal e espacial.....	95
1º Será legítimo utilizar os dispositivos electrónicos (ex. GPS, chips na matrícula, telemóvel, etc.) para localização de pessoas e bens, não sendo essa sua finalidade e contrariando o direito à reserva da vida privada e espacial?	96
2º Poderão as redes de comunicação fornecer a localização da pessoa, sem seu consentimento, violando o direito a confidencialidade a favor da investigação criminal?.....	104
Conclusão.....	108
Referência Bibliográfica.....	110
Anexo I	
(Entrevista realizada a um Comandante de destacamento da GNR)	

Resumo

Este trabalho de investigação quer reflectir um problema que surge no âmbito de uma investigação processual penal, que são as polémicas que se levantam no que concerne à obtenção da prova realizada pelos OPC.

Com base na problemática suscitada, o trabalho está dividido em quatro partes, no qual a primeira, a segunda e terceira partes serão dedicadas a matérias teóricas mas necessárias para melhor compreensão da problemática, e por fim, a quarta parte que é mais prática e a mais extensa, que trata das questões controversas da temática.

Quanto à metodologia utilizada recorreu-se à análise sistémica e aos métodos tradicionais e modernos de recolha, e teve-se uma abordagem de diversos métodos: indutivo, dedutivo.

Como resultado desta investigação, retira-se uma percepção de que quando se está face a meios de obtenção de prova, estes podem com a sua intervenção violar indubitavelmente direitos individuais, constitucionalmente consagrados, no qual, deve-se colocar o bom senso jurídico em prática, por parte de quem os obtêm, de modo a evitar-se a violação destes direitos e a utilização abusiva destes meios, mas que em muitos casos são precisos e necessários.

Levantou-se questões práticas e actuais, ao longo da temática de modo a se demonstrar a facilidade com que estes meios entram no nosso quotidiano, mas que ao mesmo tempo se tornam imprescindíveis para a descoberta da verdade, no qual ressalva-se a célebre frase jurídica “*cada caso é um caso*”.

Resume

This investigation work wants to reflect a problem that appears inside the bounds of a criminal procedure investigation, which are the polemics that rise inside the proofs' obtaining realized by OPC.

Based in the raised problem, the essay is divided in four parts, in which the first, second and third part will be dedicated to theoretical subjects, but necessary for a better understanding of the problem; and, at last, the fourth one, that is more practical and extended, referring the controversial questions of the matter.

As for the used methodology, it was applied the systematic analyses and the traditional, along with the modern, gathering methods, having an approach of the diverse methods: induced, deducted.

As a result of this investigation, it's obtained the perception that when we have in hands the methods of proofs' obtaining, these can, with their intervention, violate individual rights, constitutionally consecrated, in which we should put the juridical good sense in use, so we could avoid the violation of these rights, and the abused use of this methods, although they are so accurate and necessary in many cases.

During the thematic were raised practical and present questions in order to demonstrate the facility these methods have when it comes to enter our quotidian, however, at the same time they are indispensable to the truth's discovery, in which we detach the famous juridical phrase "each case is a case".

Palavras-chave

Apreensões

Busca domiciliária

Direitos fundamentais

Escutas

Exames forenses

Guarda Nacional Republicana

Investigação criminal

Lei da Organização da Investigação Criminal

Localização

Meios de obtenção de prova

Órgãos de polícia criminal

Polícia de Segurança Pública

Polícia Judiciária

Privacidade

Prova

Telemóvel

Valoração da prova

SIGLAS E ABREVIATURAS

AC. - Acórdão

ADN – Ácido Desoxirribonucleico

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CE – Código da Estrada

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CNPD – Comissão Nacional de Protecção de Dados

CP – Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

CRP - Constituição da Republica Portuguesa

DEM – Dispositivo Electrónico de Matricula

DGPE - Direcção-Geral do Património do Estado

DL – Decreto de Lei

Dr. - Doutor

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

Ex. – Exemplo

GNR – Guarda Nacional Republicana

GPS - Global Positioning System

IMTT -Instituto de Mobilidade e dos Transportes Terrestres

LOIC – Lei da Organização da investigação Criminal

MP - Ministério Público

N.º - Número

OPC - Órgãos de Policia Criminal

Pág. - Página

PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

PJ – Policia Judiciaria

PSP – Policia de Segurança Publica

Séc. - Século

Seg. – Seguinte(s)

Sr . – Senhor

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

Introdução

No presente estudo, que agora se inicia, ira-se abordar a problemática da obtenção da prova pelos OPC, no âmbito processual penal, no que concerne à investigação criminal.

Desde logo, cumpre referir que não se pretende realizar uma exaustiva análise dos diversos meios de obtenção de prova, vistos muitas questões neste âmbito poderem ser levantadas e nem todas se poderem tratar com a devida profundidade que se quer, portanto, ira-se expor todos os **meios de obtenção de prova** e alguns medidas cautelares, mas dentro destes não se irá tratar de todas as questões problemáticas que se levantam, permitindo-se assim que tais sejam tratadas por um outro estudo, **analisando-se agora apenas as questões práticas mais pertinentes na actualidade.**

Este tema é sem dúvida um tema que tem gerado muita controvérsia entre a doutrina e a jurisprudência, onde não há um consenso sobre certas questões desta temática, pois são situações que se levantam no momento da concretização da prova, pois se esta não for bem executada esta não poderá ser valorada e portanto de nada serviu a sua obtenção. Não se pode esquecer que é a prova a base de um processo, pois é esta que vai permitir chegar-se à conclusão se um indivíduo é inocente ou culpado da prática de um comportamento tipificado penalmente, portanto, a obtenção da prova levanta questões pertinentes, mesmo na actualidade.

A selecção das questões mais controversias foi pensada no que concerne aos temas dos casos mais polémicos da nossa sociedade, que geraram mais debates públicos e sobretudo que trouxeram dúvidas no modo de actuar, ou seja, a obtenção de prova pode ou não em certos casos ser executada, pois consequentemente vai-se restringir os direitos dos cidadãos e “cada caso é um caso”.

De uma forma preliminar ira-se ter uma abordagem constitucional sobre o tema em apreço, e também não se podia deixar de falar do relacionamento e da intervenção dos OPC e MP, pois estes órgãos têm um relevante papel na investigação criminal, pois são estes que obtém as provas. Para além deste papel importante que estes órgãos têm, também é neles que surgem por vezes problemas no que diz respeito à obtenção da prova, pois caso estes meios de prova sejam obtidos de modo atípico e desrespeitador aos direitos fundamentais do cidadão, a prova não servirá pois não poderá ser valorada.

Contudo, o ponto de partido, tirando estas partes mais introdutórias e não menos importantes sendo sempre necessárias para uma melhor compreensão do desenvolvimento do tema, será daqui para adiante.

Designadamente, no que respeita ao desenvolvimento do tema irá se expor os procedimentos dos OPC, no que respeita aos meios de obtenção da prova e medidas cautelares e de polícia, quanto a este ultimo apenas se irá tratar dos casos que se consideram mais marcantes na actualidade.

Portanto, a **questão de partida** do trabalho será a avaliação dos procedimentos dos OPC no âmbito da obtenção da prova, no que respeita às questões que são levantadas, e posteriormente a defesa de uma posição face às questões duvidosas que se levantam, colocando sempre em evidência as posições pró e contra para uma melhor compreensão das questões conflituosas. Como **questões prévias**, ira-se tratar de questões relacionadas com os meios de obtenção de prova, só aquelas que actualmente são mais pertinentes, contrapondo sempre a obtenção destes meios com os direitos que estes podem lesar ou restringir. *Nunca esquecendo que “cada caso é um caso” e que direito não é uma ciência exacta.*

Capítulo I

Concepções gerais

1.1. Natureza da actuação dos OPC

Antes de mais, torna-se necessário perceber o que são os OPC, que segundo o art. 1º,n.º1, c) CPP, são definidos como sendo “*todas as entidades e agentes de policia a quem caiba levar a cabo quaisquer actos ordenados por uma autoridade judiciária ou determinados por este código*”, no âmbito de um processo penal com vista à prática de actos processuais ou a quem caiba uma competência cautelar própria nos termos previstos no CPP.¹

Estes não são parte processual, são meros participantes, apenas coadjuvam as autoridades judiciárias, art. 1º,n.º1 b) CPP e art. 55º n.º1 CPP, actuando sob direcção dos mesmos, pois praticam actos relevantes numa investigação criminal, como mais adiantes se poderá ver.²

No nosso sistema jurídico os OPC são órgãos com dependência face às autoridades judiciárias, tanto a nível funcional, hierárquico e organizatório, segundo o art. 56º CPP, isto é, a autoridade judiciária dirige e os OPC realizam tarefas de investigação, na qual esta será realizada sob delegação das autoridades judiciárias, cabendo a estes últimos poderes de direcção.³

A dependência dos OPC face às autoridades judiciárias manifesta-se em diversas situações, como o controlo pela actividade cautelar das forças policiais art. 253º CPP; orientação da investigação art. 270º CPP; a determinação das diligencias de prova que devem ser documentadas art. 275º,n.º1 CPP, entre outras.

Portanto, os OPC têm dependência funcional face às autoridades judiciárias mas têm independência orgânica, técnica e tácita que são exercidos de acordo com os estatutos destes. A independência técnica consiste “*na utilização de um conjunto de conhecimentos e de métodos adequados de agir*”, já a independência tácita consiste “*na opção pela*

¹ Comentário ao art. 1º, n.º1 c) no código anotado de processo penal de ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. “*Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”. Universidade católica Editora, Unipessoal, Lda.. Lisboa: Dezembro 2007.

² Sobre o tema veja-se: SILVA, Germano Marques da. “*Curso de Processo Penal*”, volume I; 4ª edição revista e actualizada. Lisboa: Verbo; 2000, pág. 275 e seg..

³ CALADO, António Marcos Ferreira. “*Legalidade e Oportunidade na Investigação Criminal*”. Coimbra Editora; Junho de 2009, pág. 111 e seg..

melhor via e momento de cumprir as atribuições legais”. Não há qualquer dependência orgânica, pois há que garantir a autonomia técnica dos OPC, respeitando as suas técnicas, estratégias, operações e logística.⁴

Situação diferente e que não se pode confundir com o coadjuvar que os OPC fazem às autoridades judiciárias, no âmbito de uma investigação, é quando estes são requisitados para serviço e força, isto é, este requisito de força e de serviço feito pelas autoridades judiciárias aos OPC, deve ser comunicado por ofício escrito, e só em causa de urgência é que pode ser feito por outro meio de comunicação, e deve-se indicar qual o serviço a desempenhar, o seu motivo e justificar. Esta situação, em regra, tem a ver com aqueles casos em que as autoridades judiciárias requisitam os OPC para manterem a ordem pública, devendo tal ser dirigido às autoridades policiais territorialmente competentes.⁵

No direito processual penal a actuação dos OPC traduz-se na prática investigatória de um comportamento criminoso de um indivíduo, assim, a actuação dos OPC visa a protecção dos interesses juridicamente relevantes que são colocados em causa por comportamentos de indivíduos, e para tal eles usam os meios necessários e proporcionais para investigação do caso. Portanto, os OPC têm como objectivo reparar os direitos violados pelos referidos comportamentos, indo à descoberta de elementos que comprovem a violação dos mesmos e permitindo-se assim acusar e julgar o culpado desta prática.

Do mesmo modo pode-se dizer que os OPC tem uma natureza de acção com o fim de promover diligências probatórias de modo a provar a culpabilidade do arguido mas também a demonstrar a inocência deste quanto a certos factos ou a esclarecer uma situação de dúvida quanto à prática da acção criminosa. Poderá se dizer que são as provas obtidas durante a investigação criminal que inocentarão um inocente, culparão um culpado, e porão fim às dúvidas quanto à culpabilidade de indivíduo, segundo o princípio do “*in dubio pro reo*”.⁶

⁴ Em sentido concordante pode-se consultar a resposta à questão 1, do Anexo I, onde se pode ter uma perspectiva mais prática da temática, concedida por um comandante de destacamento da GNR, como prática em matéria de investigação criminal.

⁵ Comentário ao art. 56º no código anotado de processo penal de ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. “*Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”. Universidade católica Editora, Unipessoal, Lda.; Lisboa: Dezembro 2007.

⁶ SANTOS, Gil Moreira dos. “*O Direito Processual Penal*”. Edição ASA; 2002, pág. 94 e seg..

1.2. Autonomia na prevenção e investigação criminal

Aos OPC precede-lhes o MP, que os dirige e coordena no âmbito de uma investigação criminal, art. 263º,n.º1 CPP, adiante irá se expor o relacionamento destes órgãos, para já trata-se de saber que a estes compete-lhes para além de solucionar casos também comporta-lhe acções de prevenção da criminalidade.

Os OPC são os órgãos mais importantes numa prevenção, pois apesar destes numa investigação criminal serem coadjuvantes e serem dirigidos pelo MP, na prevenção eles podem actuar sem direcção deste, como medida cautelar e de polícia, mas após realização das mesmas devem estas praticas ser confirmadas pelas entidades judiciais competentes, para serem aceites processualmente. Sem dúvida, as medidas cautelares e de policia são autónomas por parte dos OPC face às autoridades judiciais, pois podem ser realizadas sem direcção dos mesmos como meio de prevenção de lesões a bens jurídicos tutelados pelo direito e também para salvaguardar perdas de provas na investigação criminal, como por exemplo restrições do local do crime.⁷

Apesar dos OPC, em regra, serem órgãos dependentes das autoridades judiciais, estes tem autonomia quando estão face a uma situação que necessita ser prevenida, actuam segundo medidas cautelares e mesmo aqui, apesar de não precisarem ser coordenadas pelo MP, precisam que estes lhe aprovem as diligências feitas preventivamente para estas serem valoradas.

Investigação criminal tem origem na palavra latina *investigatione*, que significa acto de investigar, indagar, pesquisar, inquerir, já criminal tem origem na palavra latina *criminale*, que significa algo relativo ao crime, infracção criminal, portanto esta expressão significa averiguar um acto criminoso. Deste modo, cabemos perceber em que consiste este acto de averiguar um crime, que como já percebeu-se é procedido pelas autoridades judiciais coadjuvadas pelos OPC, assim investigação criminal tem como objectivo analisar um comportamento humanos ou prática de um indivíduo, e averiguar se tal prática lesou algum direito, ou seja, averiguar um facto criminalmente relevante que ocorreu.⁸

⁷ SILVA, Germano Marques da. “Curso de Processo Penal”, volume I; 4º edição revista e actualizada. Lisboa: Verbo; 2000, pág. 275 e seg..

⁸ Segundo, CALADO, António Marcos Ferreira. “Legalidade e Oportunidade na Investigação Criminal”. Coimbra Editora; Junho de 2009, pág. 49 e seg..

As técnicas de investigação devem passar para além da área penal e ser interdisciplinar, ou seja, estudar o caso numa abordagem mais ampla, passando por diversas áreas, multidisciplinar, por exemplo: direito penal, criminologia, psicologia criminal, sociologia, polícia científica, psiquiátrica judiciária, entre outras. Permitindo uma harmonização entre estas disciplinas de modo a criar-se um conjunto de diversas áreas que permitem um melhor estudo do caso, pois se todas se interligarem auxiliarão a solucionar o caso, apesar de estas serem áreas diferentes. Apesar da interligação entre elas, estas não deixam de ser autónomas e passam a ser uma unidade de referência no direito penal e auxiliar a dogmática jurídico -penal.

Diferente do que acontece nas áreas científicas, as ciências humanas ou sociais não obedecem a critérios e métodos de investigação rígidos, inflexíveis e pré estabelecidos ou segundo o princípio do “*numerus clausus*”, como as áreas científicas pois estas é que são uma ciência exacta, onde há obediência estrita por métodos, técnicas e regras, já na área jurídica costuma-se seguir a seguinte expressão “*cada caso é um caso*”, ajustando as técnicas ao caso.⁹

É necessário todos os técnicos jurídicos terem conhecimento destas ciências auxiliares para poderem defender e proteger melhor os direitos, pois “deitando mão” destas podem apreciar criticamente os factos e o desconhecimento pode levar ao fracasso da decisão final processual.¹⁰

⁹ Em análise, este assunto, na obra: DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel de Costa. “*Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*”, 2º reimpressão. Coimbra Editora; Julho de 1997, pág. 37 e seg..

¹⁰ SILVA, Germano Marques da. “*Curso de Processo Penal*”, volume I; 4º edição revista e actualizada. Lisboa: Verbo; 2000, pág. 37 e seg..

Capítulo II

Perspectiva Constitucional e princípios processuais

2.1. Protecção dos direitos fundamentais e dos direitos, liberdades e garantias

Na actualidade, poderá se chamar direitos fundamentais ou direitos do homem, apesar de na sua origem se distinguirem, pois os direitos dos homens não tem limite espacial e temporal, é de todos nós, tem a ver com a humanidade em si, Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de Dezembro de 1948, já os direitos fundamentais tem limite temporal e espacial, pois cada Estado é composto pelos seus direitos fundamentais.

Os direitos, liberdade e garantias encontram-se no Título II da nossa CRP, dizem respeito a direitos referentes à pessoa humana como indivíduo e direito das pessoas colectivas. Assim, os direitos, liberdades e garantias são o direito que o Estado tem de defender e proteger, logo, são direitos positivos de acção, art. 27º da CRP. A função destes é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado, já os direitos fundamentais têm como função a defesa e liberdade; a função de prestação social; a função de protecção perante terceiros e a função de não discriminação.¹¹

No que respeita ao tema do trabalho, são as autoridades judiciárias e os OPC que protegem os direitos fundamentais e defendem os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos quanto estão a ser ofendidos, actuando e evitando maiores lesões, indo atrás dos agressores para serem responsabilizados por tal ofensa.

Portanto, conclui-se que todos temos direitos que são protegidos pelas autoridades mas que por vezes estes para salvaguardar bens jurídicos de maior relevo, lesão os direitos dos cidadãos e são estas algumas situações que o trabalho vai tratar.

No decorrer do presente trabalho irá se ver casos em que os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos são restringidos no âmbito da obtenção da prova, por vezes a actuação dos OPC, que restringe os direitos não é permitida pela lei, mas noutros casos a restrição de um bem jurídico é necessário para salvaguardar outro bem jurídico mais importante na nossa ordem jurídica.

¹¹ Sobre o tema consulte-se: CANOTILHO, J. J. Gomes. “ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* ”; 7ª edição (3ª reimpressão). Almedina; 2003, pág. 393 e seg..

2.2. Segurança como tarefa fundamental do Estado de Direito

O Estado tem entre muitas funções, a função de segurança, esta função vai muito além da segurança que deve ser dada ao indivíduo, estamos a falar da protecção que o Estado tem de fazer face a terceiros que lesem direitos dos cidadãos, o estado não protege o cidadão de si mesmo mas de outros face a ele.

O Estado de direito aproxima-se do Estado de justiça porque incorpora leis, princípios e valores, mas só a evolução pode demonstrar se da aproximação se deu a fusão completa, pois só podemos dizer o que é justo ou injusto quando soubermos o que é o valor e desvalor de certos comportamentos que a sociedade impõe. Para o Estado de justiça incorporar-se no Estado de direito, os princípios como o princípio de igualdade tem de ser aceite e aplicado.

O Estado de justiça compreende-se hoje como Estado de direito social, ou seja, o Estado de direito só é Estado de direito se for um Estado de justiça social. Num Estado de direito pertence aos tribunais, através de juízes independentes, dizer o direito, cabe a estes dizerem o direito em nome do povo. E cabe ao Estado dar confiança e segurança às pessoas.¹²

*“Ansiávamos pela justiça e veio apenas o Estado de direito”*¹³

2.3. Princípios processuais

Só os princípios mais relevante para o tema do trabalho serão referidos, apesar de todos serem importantes e necessários, não farei referência a todos e apenas aos mais estritamente relevantes ao tema, para assim não tornar o trabalho demasiado extensivo, visto ainda estar-se longe da questão principal do trabalho em si.

2.3.1. Princípios relativos à prossecução processual

a) Princípio da investigação

O princípio da investigação tem a ver com a produção da prova, ou seja, é na investigação de um caso que se vai obter as provas que se irão produzir depois em

¹² Pode-se ver esta temática mais desenvolvida em: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; *“Estado de Direito”*, acedida e consultada em 30-08-2011, que pode ser vista em: «http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/CanotilhoED.pdf» .

¹³ Esta é uma exclamação provocatória de uma discordante da ex - República Democrática Alemã que aparece em obras recentes sobre o Estado de direito, em que se fala que um Estado de direito é um Estado de justiça.

discussão e julgamento e que irão servir de fundamento à decisão final tomada posteriormente.

*“O princípio da investigação traduz-se o poder - dever que incumbe ao tribunal de esclarecer e instruir autonomamente, mesmo para além das contribuições da acusação e da defesa, o facto sujeito a julgamento, criando aquelas mesmas as bases necessárias à sua decisão”.*¹⁴

Este princípio encontra-se consagrado no CPP nos art. 290º, na fase de instrução e art. 323º, 327º e 340º, na fase de julgamento. A fase de instrução tem como assistência ao poder de direcção a assistência dos OPC, segundo os limites do art. 290º,n.2 CPP, é nesta fase que vigora com mais força o princípio da investigação, pois é aqui que após se ter a notícia do crime se vai em busca das provas que irão permitir tomar-se uma decisão final, quanto à culpabilidade e sobre os factos ocorridos.¹⁵

b) Princípio do contraditório

Este princípio vem consagrado no art. 32º,n.º5 CRP, “ *o processo criminal tem estrutura acusatória estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório*” também o CPP estabelece este princípio, sobretudo na fase de instrução e do julgamento. Na instrução, designadamente no momento do debate instrutório e, no julgamento durante toda essa fase processual.

Tem como finalidade, este princípio, a ideia de que tanto a acusação como a defesa podem-se pronunciar sobre alegações feitas através de actos processuais, nas respectivas fases processuais, cada parte é chamada a arguir as suas razões e factos através de provas, sendo estas objecto depois do contraditório pela outra parte e podendo ser valoradas processualmente e assim podem-se tornar elemento da decisão.¹⁶

Incumbe ao juiz ouvir quer a acusação, quer a defesa, ou seja, as razões, quer de acusação, quer da defesa. Nenhum arguido poderá ser condenado sem que lhe tenha sido dada a possibilidade de se fazer ouvir e de se defender.

¹⁴ Vide SILVA, Germano Marques da. “*Curso de Processo Penal*”, volume I; 4º edição revista e actualizada. Lisboa: Verbo; 2000, pág. 78 Apud DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Direito de Processo Penal*”, pág. 148 e 191 e seg..

¹⁵ Analisado o comentário aos artigos 290º, 323º, 327º e 340º do código anotado de processo penal do ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. “*Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”. Universidade católica Editora, Unipessoal, Lda.; Lisboa: Dezembro 2007.

¹⁶ Idem SILVA, Germano Marques da, pág. 77.

Dá que a última pessoa a ser ouvida, a pronunciar-se num julgamento e após as alegações finais é o arguido. Resultando, que o juiz só pode proferir a sua decisão depois de dar ao arguido a possibilidade de contestar, de contrariar as razões ou os factos que lhe são imputados.

Toda a prova é submetida ao contraditório, art. 301º, n.º 2 CPP, já a produção de prova na fase de julgamento sem contraditório constitui um vício grave, que dá causa a uma nulidade sanável.

Este princípio, segundo o art. 327º CPP, pode ainda ter outras consequências quando não respeitado, que são: a proibição da valoração, nulidade do julgamento do arguido, entre outros.¹⁷

A importância deste princípio vai muito além da oposição de argumentos, consiste sobretudo na apreciação do contraditório na audiência, nesta fase a principal questão é a apresentação dos elementos de prova e discussão, segundo o contraditório, permitindo-se assim que a decisão final seja fundamentada em provas que foram apresentadas, discutidas e que a todas as partes processuais foi-lhes permitido discutir as mesmas e que todas as conhecem, pois estamos a falar de provas que além de apresentadas em fase de julgamento, foram discutidas e contrariadas.

2.3.2. Princípios relativos à prova

a) Princípio da presunção da inocência ou do “*in dubio pro reo*”

Já sabemos que o tribunal deve oficiosamente averiguar, por todos os meios disponíveis, os factos no sentido de reconstruir a sua história real. Porém, nem sempre se consegue com segurança recolher as provas necessárias e suficientes que levem o tribunal a poder tomar uma decisão. Quando tal sucede, a prova produzida não pode por si só determinar uma decisão de condenação, logo, quando a prova reunida não seja suficiente convincente o juiz não pode desfavorecer a posição do arguido, e manda o bom senso que face à apreciação dos factos através de provas insuficientes, e o tribunal se decida pela absolvição. Neste tipo de situações, a insuficiência de prova é valorada a favor do arguido, traduzindo-se na ideia de “*na dúvida decidir-se-á em favor do arguido*”.

¹⁷ Vide o comentário aos artigos 327º e 301º do código anotado de processo penal do ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. “*Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”. Universidade Católica Editora, Unipessoal, Lda.; Lisboa: Dezembro 2007.

Este princípio tem como sua origem abusos no passado, onde se tinha uma reacção negativa quanto à não presunção de culpa, mas actualmente a afirmação deste princípio quer a nível nacional, textos constitucionais, como internacional, através documentos internacionais, tem-se dado mais fé às pessoas no sentido de até se provar culpado este é inocente. Apesar de se começar achar que com o aumento da criminalidade e de estar cada vez mais organizada e violenta que é exagerado a protecção da moral humana, apesar de se entender que uma sociedade que tem como principal bem jurídico a vida humana, ou seja, a pessoa humana, não a defenda, assim só se vai culpar uma pessoa por um crime quando se tem uma fundada certeza da culpa da mesma.¹⁸

A dúvida que surge no início do processo quanto à culpabilidade de um indivíduo se no final do processo ainda prosseguir e não se tenha fundadas certezas da sua culpa, segundo este princípio este presume-se inocente e é absolvido dos crimes que lhe foram imputados.

Este não é um mero princípio relativo à prova, é um princípio autónomo, um princípio geral de direito, e isto tem várias consequências, desde logo, a nível de recursos (por ex.). A aplicação do **princípio “in dubio pro reo”** tem a sua relevância quanto à questão de facto e à ausência de limites: é relevante desde logo quanto aos elementos em que se baseou e fundamentou a acusação, é também relevante quanto às causas de exclusão da ilicitude (ex. legítima defesa), é relevante quanto às causas de exclusão de culpa (ex. estado de necessidade) e ainda quanto às causas de exclusão de pena.

Quando se invoca este princípio, significa que a prova foi feita, só que não foi suficiente, o tribunal com os elementos de prova que conseguiu recolher não ficou convencido de que o arguido tenha praticado o crime, e sendo assim, na dúvida favorece-se o arguido, e este é absolvido.

b) Princípio da prova livre ou da livre apreciação da prova

Este princípio encontra-se consagrado no art. 127º CPP, permite-se ao tribunal a livre apreciação da prova e esta apreciação da prova deverá ser susceptível de motivação e de controlo (art. 374º,n.º2 CPP).

Se o tribunal não fundamentar a sentença, ou não indicar os motivos de facto ou de direito, esta sentença é susceptível de recurso, na medida em que estará a ser violado um princípio geral de direito.

¹⁸ Vide SILVA, Germano Marques da. “Curso de Processo Penal”, volume I; 4ª edição revista e actualizada. Lisboa: Verbo; 2000, pág. 81 e seg..

O princípio da livre apreciação da prova, conjugado com o dever de fundamentação das decisões dos tribunais, exige uma apreciação motivada, crítica e racional, fundada nas regras da experiência mas também nas da lógica e da ciência. A dúvida está sujeita a controlo pelo que, não se mostrando racional, tal dúvida não legítima a aplicação do princípio “*in dubio pro reo*”.

Tendo uma interpretação mais abrangente do art. 32º CRP, é permitido ao juiz a apreciação directa dos factos, como por exemplo dos documento autênticos e autenticados, art. 169º CPP, ou seja, este principio da livre convicção ou da prova moral, também assim chamado, significa que o juiz pode apreciar livremente as provas apresentadas e tem a liberdade de formar a sua convicção sobre os facto apresentados em julgamento, através de alegações, contra-alegações e meios de prova, entre outros meios.

Este princípio, não viola a CRP (acórdão do TC n.º 1165/96, reiterado pelo acórdão n.º 464/97), este estabelece-lhe limites ao exercício do poder de livre apreciação da prova, como um grau de convicção para a tomada da decisão final, a proibição dos meios de prova e a observância do princípio da presunção de inocência. Existem vários graus de convicção, como os indícios fortes (art. 27º,n.º3,b) CRP e art. 201º,n.º1 CPP) que consistem em fortes razões que são indubitáveis; indícios fundados (art. 174º,n.º 5, a) CPP) que consistem em suspeitas fundadas, ou seja, refere-se a receios da imputação de um crime e os indícios suficientes (art. 277º,n.º 2 e art. 283º,n.º 1 CPP) são aqueles factos que revelam que é mais provável aquela situação ter-se verificado do que não se ter verificado, entre outros.¹⁹

c) Princípio da investigação ou da verdade material

Como já referido anteriormente este princípio, agora irá se ter uma abordagem do mesmo mas no âmbito da prova.

Normalmente, este princípio vem precedido da verdade processual, ou seja, a investigação visa a descoberta da verdade, segundo o art. 340º CPP, portanto, na procura da verdade numa investigação criminal, deve-se utilizar todos os meios necessários para a descoberta da mesma, para assim chegar-se a uma justa decisão final.²⁰

¹⁹ Vide o comentário ao artigo 127º do código anotado de processo penal do ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. “*Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”. Universidade católica Editora, Unipessoal, Lda.; Lisboa: Dezembro 2007.

²⁰ Idem 340º CPP.

O ideal é descobrir a verdade dos acontecimentos ocorridos, a verdade absoluta, que estas provas não conseguem garantir com certeza, por isso é que não nos devemos contentar com algumas provas e ir á procura de mais, para mais perto estarmos da verdade. O que por vezes ainda vem dificultar o assegurar da verdade é os limites que há na aquisição da prova e na valoração da mesma.

Já se percebeu que não se consegue chegar a uma verdade absoluta num processo penal e portanto vai-se ter de se contentar com uma verdade relativa.²¹

Sabemos que o processo penal é um modelo acusatório e quem faz em regra a investigação são as autoridades judiciárias coadjuvadas pelos OPC, só excepcionalmente é o juiz, art. 323º a) e b), art. 53º, n.º1 CPP, na qual quem dirige o inquérito é aquele que tem o poder investigatório, e este deve ter independência legal e prática, no sentido mais amplo possível e não ter dependência alguma com algum dos suspeitos, também deve ter liberdade de movimentos, ou seja, ter livre acesso a todos os lugares e provas e não ter restrições, deve ter igualmente todos os meios legais, materiais e humanos necessários e possíveis para a realização da investigação, não havendo impedimentos que viciem e restrinjam a descoberta da verdade no âmbito da investigação.²²

Este princípio encontra-se nitidamente no art. 340º, n.º1 CPP: “*o tribunal ordene oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento lhe afigure necessário para a descoberta da verdade e à boa decisão da causa*”.

A finalidade do processo penal, é sem dúvida, a descoberta da verdade material e da justiça por conseguinte. Esta verdade é a verdade dos acontecimentos ocorridos e não a verdade que as partes querem e pretendam alegar.²³

Só há uma verdade dos factos, portanto não é correcto dizer-se que há várias espécies de verdades, como a verdade formal e material.

A verdade formal poderia se dizer que é aquela verdade que se busca num processo, mas esta não é verdadeira verdade, pois esta é apenas o resultado das provas que se tornaram validas em processo, não é uma verdade absoluta dos factos, apenas é uma

²¹ SILVA, Germano Marques da. “*Curso de Processo Penal*”, volume III; 2º edição revista e actualizada. Verbo, 2000, pág. 127 e seg..

²² Vide o comentário ao artigo 53º do código anotado de processo penal do ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. “*Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”. Universidade católica Editora, Unipessoal, Lda.; Lisboa: Dezembro 2007.

²³ SANTOS, Gil Moreira dos. “*O Direito Processual Penal*”. edições ASA, 2002, pág. 60 e seg..

verdade judicial em que foi aceite apenas as provas validas processualmente, já a verdade material é a verdadeira verdade, é a verdade dos factos, ou seja, é a veracidade do ocorrido sem interferência das partes.

Assim, ocorrido um crime, o tribunal não adapta uma atitude passiva de apenas apreciar os factos que a acusação e a defesa lhe apresentam, o tribunal tem o dever de actuar a fim de construir autonomamente as bases da sua decisão. Por outras palavras, o que interessa para que o tribunal decida, não é, aquilo que parece ser a verdade mas aquilo que é efectivamente verdade.

Assim, todo o processo de reconstruir correctamente a história do facto, investigando, ouvindo as partes, realizando perícias, exames e todas as diligências necessárias por iniciativa própria, traduz o princípio da verdade material.

Capítulo III

Ministério Público e Órgãos de Polícia Criminal

3.1. Ministério Público

3.1.1. Exercício da acção penal

Na investigação criminal não há investigação particular, não há detectives, porque a investigação de um crime é deixada ao Ministério Público mesmo que se trate de um crime particular, apresenta-se queixa e este investiga.

Quer o MP, quer o próprio tribunal, mas principalmente o MP, tem que obedecer a determinados requisitos legais, tem determinado preceitos a cumprir, como princípio da legalidade e em obediência a este, ele tem que manter e sustentar a acusação em julgamento.²⁴ O tribunal está sujeito ao princípio da legalidade no sentido em que, se lhe são apresentados factos pela prática de um determinado crime, tem que aplicar a lei em relação a esse mesmo crime e não por qualquer outro. Se houver alteração dos factos que impliquem que haja um novo crime, então terá que dar conhecimento ao Ministério Público.²⁵

A Lei de Organização da Investigação Criminal (LOIC), lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto, trata da partilha de informações entre órgãos de polícia criminal, de acordo com as necessidades e competências de cada um deles, possibilitando assim, esta delimitação, o exercício da acção penal.

Ao MP, segundo o art. 219º CRP compete “*exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade*”. Portanto, o MP tem como função primordial a descoberta da verdade material e a realização do direito, art. 53º, n.º 1, entre outras funções descritas no art. 53º CPP, referentes à posição que este detém num processo, principalmente na fase de inquérito e instrução.²⁶

O exercício da acção penal por parte do MP está dependente da intervenção dos OPC, pois apesar do MP poder elaborar a notícia do crime, quando este vê o crime

²⁴ Para análise deste tema, veja-se: MESQUITA, Dá Paulo. “*Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*”; 1º edição. Editor Wohers Kluwer Portugal sob a marca Coimbra editora; Setembro 2010, pág. 272 e seg..

²⁵ No prosseguimento desta temática também se pode ver o estudo feito neste âmbito por: RODRIGUES, Anabela Miranda; “*A Fase Preparatória do Processo Penal: Tendências na Europa. O Caso Português*”, que se pode encontrar na internet, publicado na RBCCRIM 39/9 «www.revistasrtonline.com.br/.../RBCCrim39_P009-027.html.»

²⁶ CALADO, António Marcos Ferreira. “*Legalidade e Oportunidade na Investigação Criminal*”. Coimbra Editora; Junho de 2009, pág. 81 e seg..

acontecer ou um particular faz queixa crime, em regra são os OPC, que actuando no terreno, têm conhecimento dos factos e elaboram a noticia do crime, por conhecimento próprio, mas devido à dependência que têm do MP, tanto funcional como hierárquica, têm de lhe a transmitir o mais breve possível.²⁷

3.1.2. Relacionamento, orientação e dependência funcional dos Órgãos de Polícia Criminal face ao Ministério Público

Com o regime vigente garante-se que a distribuição de competências entre os vários órgãos de polícia criminal cumpre o seu fim: reconhecer a Polícia Judiciária como órgão de polícia criminal por excelência, as forças de segurança – PSP e GNR – como órgãos de polícia criminal indispensáveis para a investigação de um vasto número de crimes e vários outros organismos como órgãos de polícia criminal vocacionados para a investigação de crimes inscritos em áreas ou actividades humanas dotadas de especificidades.²⁸

Esta subordinação funcional implica que os tribunais e as autoridades judiciárias, juízes e magistrados do MP, tenham o direito de solicitar a ajuda das autoridades policiais e dos órgãos de polícia criminal; que as autoridades policiais e os órgãos de polícia criminal tenham o dever de prestar a ajuda solicitada, sempre que possível nos termos indicados pela autoridade judiciária; tudo isto sem prejuízo da obrigatoriedade de cumprimento estrito do âmbito fulcral da decisão e da estratégia imposta e da necessária flexibilidade e autonomia logística, operacional, técnica e tática.²⁹

Portanto, o nosso sistema jurídico adoptou um modelo de dependência funcional entre os diversos órgãos de polícia criminal, ficando assim estes dependentes hierarquicamente e funcionalmente às autoridades judiciais, art. 56º CPP. Esta dependência funcional dos OPC face às autoridades judiciárias revela-se nas seguintes situações: na orientação de uma investigação, art. 270º,n.º 1 e 3 e art. 290º,n.º2 CPP, na

²⁷ MESQUITA, Dá Paulo. “ *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*”. 1º edição; Editor Wohers Kluwer Portugal sob a marca Coimbra editora; Setembro 2010, pág. 380 e seg..

²⁸ Sob este tema pode-se ver uma perspectiva prática, no Anexo 1, como resposta à pergunta 4, concedida por um agente de autoridade, demonstrando-se que estes como autoridades têm também algum arbítrio na tomada de decisões.

²⁹ CALADO, António Marcos Ferreira. “*Legalidade e Oportunidade na Investigação Criminal*”. Coimbra Editora; Junho de 2009, pág. 111 e seg..

fiscalização da actividade processual, nas diligencias de prova e no controla das actividades cautelares dos OPC, art. 253º CPP.³⁰

No âmbito do sistema português, este reconhece a dependência funcional destes dois órgãos desde 1987, art. 56º CPP, onde se encontra em concordância com a CRP. Já reconhecemos que os OPC são coadjuvantes das entidades judiciárias, como o MP, no âmbito de uma investigação criminal, logo apesar de estas entidades serem órgãos de competência activa, enquanto entidade, estas também são entidades administrativas e como tal obedecem a regras tanto constitucionais como organizatórias, por conseguinte, devem ir em busca do interesse público e respeitar princípios como, o princípio da legalidade, igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade, entre outros.

É de ressaltar, que apesar de as entidades estarem relacionadas e deterem de uma relação estrita no âmbito da investigação, detêm de uma dependência hierárquica e funcional, o titular da acção penal, as entidades judiciárias, permitem aos OPC seguirem o caminho traçado por elas, permitindo que estas sigam este caminho livremente, que desenvolvam as suas táticas investigatórias sem intervenção das entidades judiciárias. Permite-se assim que as entidades policiais desenvolvam a investigação e tomem opções por si mesmo, respeitando o princípio da legalidade, e no fim dão a conhecer as opções feitas às entidades judiciárias, facilitando assim a relação entre elas, não se criando uma relação estrita e complexa que poderia dificultar a investigação. Consequentemente, no fim os OPC poderão dizer que os dados obtidos na investigação foram os que se poderão arranjar, visto que as entidades judiciárias nada determinaram, e que tudo ficou na incumbência destes, ficando as autoridades judiciárias dependentes do resultado da investigação que os OPC trazem para o processo, segundo o modelo que detemos no nosso sistema, que tanto pode ter o seu lado positivo, que é a liberdade de movimentos dos OPC, apesar de dependentes das entidades superiores, mas também tem o seu lado negativo, que é esta duvida que se origina pela falta de estratégia investigatória dirigida pelas entidades, que deixam tudo a cargo dos OPC.

Poderá concluir-se, que muitas vezes as entidades judiciárias, o MP, aceita os resultados investigatórios obtidos pelos OPC, de forma passiva, não cumprindo a sua missão de coordenação no âmbito de uma investigação, chegando-se assim ao fim de um

³⁰ Vide o comentário ao artigo 56º do código anotado de processo penal do ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *“Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”*. Universidade católica Editora, Unipessoal, Lda.; Lisboa: Dezembro 2007.

processo, em que os resultados todos nos vemos muitas vezes retratados pela comunicação social, como a absolvição dos arguidos por falta de provas, que muitas vezes facilmente eram obtidas, mas que por falta de coordenação do MP, ou por facilitismo, não foram obtidas.

Deste modo, o nosso sistema jurídico, quanto ao relacionamento entre os OPC e entidades judiciárias, MP, não é muito complexo e permite-se uma certa liberdade de movimentos às entidades policiais, no âmbito investigatório.³¹

3.2. Órgãos de Polícia Criminal

3.2.1. Cooperação entre os OPC

A lei designa como órgãos de polícia criminal de competência genérica a Polícia Judiciária, a Polícia de Segurança Pública e a Guarda Nacional Republicana, apesar de também ser-lhes atribuída a cada uma delas competências específicas, onde cada uma detém da sua própria lei orgânica.³² A sua definição legal encontra-se no art. 1º, c) CPP “*todas as entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer actos ordenados por uma autoridade judiciária ...*”.³³

Estes órgãos são funcionários policiais a quem a lei reconhece esta qualificação e têm competência cautelar e competências delegadas por autoridades judiciárias.³⁴

A relação de coadjuvação entre os órgãos de polícia criminal e as autoridades judiciárias decorre expressamente dos art. 9º, nº 2, e 55º, nº 1, ambos do Código de Processo Penal e, mais genericamente, dos art. 205º, nº 3, 219º, nº 1, e 272º da Constituição da República Portuguesa e principalmente através da lei da organização da investigação criminal, lei 49/2008, de 27 de Agosto.

Portanto, segundo o art. 3º da LOIC, são órgãos de polícia criminal: a Polícia Judiciária, a Guarda Nacional Republicana e a Polícia de Segurança Pública, estes têm como principal função coadjuvar as autoridades judiciárias na investigação e desenvolver acções de prevenção e de investigação de sua competência.

³¹ CALADO, António Marcos Ferreira. “*Legalidade e Oportunidade na Investigação Criminal*”. Coimbra Editora; Junho de 2009, pág. 55 e seg..

³² Vide resposta à pergunta 5, do Anexo I, como forma explícita da verdadeira relação de cooperação entre os diversos OPC.

³³ Idem CALADO, António Marcos Ferreira, pág. 111 e seg..

³⁴ Vide o comentário ao artigo 1º, c) do código anotado de processo penal do ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. “*Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”. Universidade católica Editora, Unipessoal, Lda.; Lisboa: Dezembro 2007.

Os órgãos de polícia criminal ou as autoridades de polícia criminal não podem substituir o papel das autoridades judiciárias, sob pena de colocar em causa o sentido do “princípio da investigação sob garantia judicial”.³⁵

3.2.1.1. Polícia Judiciária

Este órgão foi criado para auxiliar a justiça, surgiu pelo DL n.º 35 042, de 20 de Outubro de 1945 e tem como função a prevenção e a investigação criminal coadjuvando o MP a realizar as diligências necessárias na obtenção da prova. Esta é uma entidade especialidade na investigação criminal, em certos tipos de crimes, devido à sua complexidade e/ou gravidade são estes que os trata, sempre orientados pelo MP.³⁶

A Polícia Judiciária está incumbida, em exclusividade, de investigar os ilícitos criminais mais graves e complexos, mas presentemente, a Lei de Organização da Investigação Criminal permite que certos crimes da competência reservada da Polícia Judiciária sejam investigados por outros órgãos de polícia criminal. Este regime continua a vigorar, todavia, ressalva-se uma parte significativa e dos crimes incluídos na reserva de competência da Polícia Judiciária, que é insusceptível de ser deferida a qualquer outro órgão de polícia criminal, art. 7º da LOIC.³⁷

Antes de mais, torna-se necessário salientar a diferença entre dois conceitos que parecem similares mas não são, que é o conceito de “*polícia judiciária*” e “*entidade policial*”. Assim, a polícia judiciária é toda aquela actividade desenvolvida por uma entidade policial, como a perseguição e detecção de um criminoso, pelos factos por ele praticados.³⁸

³⁵ É diversa a legislação que existe para reger os diversos órgãos de polícia criminal, e assim também coordenar as relações entre si, no qual os **órgãos de polícia criminal** são de competência genérica, segundo art. 3.º Lei n.º 21/2000, no qual são compostos por: a **PJ** que é regida pela seguinte legislação (DL 275-A/2000, de 9/11, sucessivamente alterado pela Lei 103/2001, de 25/08, pelo DL n.º 323/2001, de 17/02, pelo DL 304/2002, de 13/12 e pelo DL n.º 43/2003, de 13/03) a **GNR** (DL 231/93, de 26/06, alterado pelo DL 15/2002, de 29/01) e a **PSP** (Lei 5/99, de 27/08, alterado pelo DL 137/2002, de 16/05). Enquadrados pela Lei 21/2000, de 10/08/2000, que organiza a investigação criminal, define as competências dos órgãos de polícia criminal e cria, a nível nacional, um conselho coordenador desses órgãos.

³⁶ SILVA, Germano Marques da. “*Curso de Processo Penal*”, volume I; 4º edição revista e actualizada. Verbo; 2000, pág. 275 e seg..

³⁷ No âmbito da matéria de investigação que é realizada pela PJ e não por os outros OPC, pode-se ver a resposta à pergunta 6, do Anexo 1.

³⁸ CALADO, António Marcos Ferreira. “*Legalidade e Oportunidade na Investigação Criminal*”. Coimbra Editora; Junho de 2009, pág. 57 e seg..

3.2.1.2. A Guarda Nacional Republicana e a Polícia de Segurança Pública

Estes dois órgãos que também são considerados OPC, têm competências também na prevenção e investigação criminal, mas estes só actuam nos casos que não sejam da competência reservada da PJ, segundo as respectivas leis orgânicas, art. 6º da LOIC.

Segundo a LOIC, estes diversos órgãos de polícia criminal são autónomos e não carecem de dependência e subordinação entre eles, apenas como já referido anteriormente, entre estes e as autoridades judiciais, art. 2º, n.º 2 e n.º4 LOIC.³⁹

O art. 6º da LOIC diz-nos que tanto a GNR e a PSP quando ocorrentes de factos tipificados como crimes, transmitem tal ocorrências ao MP e à PJ, ou seja, a lei permite que haja uma cooperação interpolicial, não estando assim face a um conflito jurídico ou de diferentes jurisdições e possibilitando assim uma melhor realização dos mecanismos de investigação, art. 9º, art. 10º e art. 11º da LOIC.⁴⁰

Tanto a GNR como a PSP, como órgãos de policia que são, é lhes permitido a pratica de actos cautelares, como actos urgentes, para assegurar a prova e evitar a consumação de um crime, art. 4º, n.º2 e art. 5º LOIC.⁴¹

Portanto, entende-se por GNR como sendo *“uma força de segurança de natureza militar, constituída por militares organizados num corpo especial de tropas e dotada de autonomia administrativa, com jurisdição em todo o território nacional e no mar territorial. Em situação de normalidade, a Guarda executa fundamentalmente as típicas missões policiais, mas não só, porque decorre da sua missão, a atribuição de missões militares no âmbito da defesa nacional, em cooperação com as Forças Armadas e é aqui que reside a grande diferença para com as Polícias”*.⁴²

Já *“A Polícia de Segurança Pública, designada por PSP, é uma força de segurança, uniformizada e armada, com natureza de serviço público e dotada de*

³⁹ Art. 2º LOIC ,n.º2 *“ a autoridade judiciária é assistida na investigação pelos órgãos de polícia criminal”*; n.º4 *“os órgãos de policia criminal actuam no processo sob a direcção e na dependência funcional da autoridade judiciária competente, sem prejuízo da respectiva organização hierárquica”*.

⁴⁰ O art. 9º LOIC *“ Se dois ou mais órgãos de policia criminal se consideram incompetentes para a investigação criminal do mesmo crime, o conflito é dirimido pela autoridade judiciaria competente em cada fase de processo”*.

O art. 10º LOIC, n.º1 *“ Os órgãos de policia criminal cooperam mutuamente no exercício das suas atribuições”*.

⁴¹ O art. 4º,n.º 2 da LOIC [*“(…) os órgãos de policia criminal de competência genérica abstêm-se de iniciar ou prosseguir investigações por crimes que, em concreto, estejam a ser investigados por órgãos de policia criminal de competência específica.”*].

⁴² Segundo o sítio: www.gnr.pt/.

*autonomia administrativa. A PSP tem por missão assegurar a legalidade democrática, garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos, nos termos da Constituição e da lei. A PSP está organizada hierarquicamente em todos os níveis da sua estrutura, estando o pessoal com funções policiais sujeito à hierarquia de comando e o pessoal sem funções policiais sujeito às regras gerais de hierarquia da função pública”.*⁴³

⁴³ Segundo o sítio: www.psp.pt/.

Capítulo IV

Controvérsias na obtenção da prova

4.1. Procedimento dos OPC

4.1.1. Surgimento das instituições dos OPC, em Portugal

Não será feita uma análise extensiva da história dos OPC, no entanto, descreve-se a sua trajectória de forma simples, de modo a não se criar um trabalho muito extensivo, indo contra o objectivo do presente trabalho, pelo que dada a sua complexidade, não é objectivo descrever de forma pormenorizada a criação dos OPC, portanto analisar-se-á sumariamente o assunto para melhor enquadrar o nosso objecto de estudo.

Como já referido, os OPC são, no geral, a PJ, a GNR e a PSP, sendo assim, como são órgãos diferentes, surgiram em tempos e de modos diferentes, deste modo será feita uma breve referência histórica da criação destes órgãos.

Assim, a **GNR** como instituição em si, é descendente da Guarda Real da Policia, que surgiu no princípio do séc. XIX, e passou por várias denominações até chegar à actual. A Guarda Real da Policia foi criada em 1801 pelo Príncipe Regente D. João, e ao longo da sua evolução a sua denominação passou por Guarda Municipal, no final de Maio de 1834, como resultado da Guerra Civil; por Guarda Republicana, depois do golpe de Estado de 5 de Outubro de 1910 que substituiu a Monarquia Constitucional pelo regime republicano e por último, a denominação actual, Guarda Nacional Republicana, por decreto de 3 de Maio de 1911, no qual dentro desta foram criadas várias unidades especializadas, como por exemplo, a Unidade de Trânsito, mais conhecida por Brigada de Trânsito, e também a Unidade de Acção fiscal, conhecida por Brigada Fiscal, etc.⁴⁴

O primeiro contacto que se teve com matéria penal foi com as Ordenações Afonsinas, que mais tarde foram alteradas pelas Ordenações Manuelinas e posteriormente publicadas. Já o primeiro corpo de **agentes policiais** foi criado por D. Fernando I, os chamados Quadrilheiros, que levavam os criminosos perante a justiça dos Corregedores. A estes quadrilheiros muito desagradaram a sua actividade, durante muitos anos, devido à falta de pagamento e privilégios, apesar de com o passar de reinados alguns privilégios terem sido lhes concedidos, mas nunca foram o suficiente para o perigo e a actividade que exerciam, fazendo com que muitos tivessem fugido do desempenho desta, que lhes era

⁴⁴ Mais informação sobre o surgimento dos OPC em Portugal pode-se consultar o seguinte sítio: «http://pt.wikipedia.org/wiki/Guarda_Nacional_Republicana».

imposta. Numa determinada altura, o termo polícia se vulgarizou e se deixou de respeitar, pois esta só era exercida à noite, logo passaram a ser denominados por “morcegos da noite”, facilitando assim a propagação da criminalidade, isto ocorreu maioritariamente após o terramoto de Lisboa. O que veio salvar esta situação foi um decreto de 18 de Janeiro de 1780 da Rainha D. Maria I nomeando o antigo Juiz do Crime do Bairro do Castelo de S. Jorge, Dr. Diogo Inácio de Pina Manique, Intendente - Geral da Polícia da Corte e do Reino. Este ao tomar posse do seu cargo começa a fazer face à criminalidade e a controlar a situação, começando por reorganizar o serviço policial, colocando fora deste aqueles que encobriam os criminosos, fazendo com que o departamento de polícia passa-se assim a ser respeitado pela população. Fundou ainda a Guarda Real de Polícia, em 25 de Dezembro de 1801, criou casas de correcção e também a Casa Pia de Lisboa, para acolhimento das crianças abandonadas. Em 21 de Agosto de 1826 foi extinta a Guarda Real de Polícia, todos os serviços de Polícia passaram para o cargo de Prefeitos (hoje Governadores Cívicos, que actualmente estão a ser extinguidos). O Rei D. Luís fez publicar, em 2 de Julho de 1867, a lei que criou em Portugal o Corpo de Polícia Civil, com o surgimento desta estavam lançadas os alicerces, para a actual Polícia de Segurança Pública.⁴⁵

A história da PJ começa em 2 de Julho de 1867 com a criação da Polícia Cívica, através de um decreto de D. Luís que a integrou na dependência da Justiça do Reino tendo como missão: *"descobrir os crimes ou delitos ou contravenções, coligir provas e entregar os criminosos aos tribunais"*, que posteriormente através do Decreto n.º 35/042, de 20 de Outubro de 1945, foi requalificada como Polícia Judiciária.⁴⁶

Portanto, pode-se notar, que estes três órgãos vão ao longo da história se cruzando, pois elas não surgiram nos tempos de hoje, a mais antiga é a actualmente denominada de PSP, seguidamente a GNR e posteriormente a actual PJ, como um órgão mais especializado, não tão genérico como os outros OPC.

4.1.2. A função dos OPC e a discricionariedade na sua intervenção

No Estado de Direito em que vivemos, este tem como tarefa fundamental a segurança interna, que nos termos do art.º 1º, n.º 1 da Lei 20/87, de 12 de Julho – Lei da Segurança Interna, consiste *“em garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas,*

⁴⁵ Segundo o sítio: www.psp.pt/.

⁴⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *“Dos órgãos de polícia criminal: natureza; intervenção; cooperação”*. Almedina; 2004.

proteger pessoas e bens, prevenir a criminalidade e contribuir para assegurar o normal funcionamento das instituições democráticas, o regular exercício dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos e o respeito pela legalidade democrática”.

A papel do Estado relativamente à segurança do indivíduo é de “prever, prevenir e neutralizar todas as formas de violência privada, para salvaguardar da segurança como direito fundamental do cidadão e da colectividade”, podendo recorrer-se à polícia, de acordo com a Constituição no seu artigo 272º, n.º 1 “tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos”.⁴⁷

A função dos OPC como órgãos subordinados que são, não é só às entidades judiciárias, como já anteriormente referido, mas também à Constituição da República Portuguesa, às leis, aos órgãos do poder político ou órgãos de soberania.

Quando se fala que os OPC devem sobretudo actuar com o intuito de prevenir acções criminosas, esta situação consiste sobretudo na função de vigilância e na função da prevenção criminal em sentido estrito. A função de vigilância desempenhada pelas forças de segurança visa salvaguardar que se infrinjam “as limitações impostas pelas normas e actos das autoridades para a defesa da segurança interna”. A função de prevenção criminal em sentido estrito, traduz-se “na adopção de medidas adequadas para certas infracções de natureza criminal”, medidas que visam a protecção de pessoas e bens, a vigilância de indivíduos e locais suspeitos, sem que se restrinja ou limite o exercício de direitos, liberdades e garantias do cidadão.

Quando se fala de discricionariedade na actuação dos OPC está-se a falar da maior ou menor liberdade de actuação destes. Os OPC são, sem dúvida, o símbolo mais visível do controlo e de segurança dos cidadãos no quotidiano, mas estes devem e têm como obrigação respeitar a lei, segundo o princípio da legalidade, mas por vezes, eles não conseguem aplicar a lei em certos casos, e são nesses casos que muitas vezes se vê aplicada a discricionariedade, tendo uma interpretação extensiva da lei, susceptíveis de contribuírem para a integração de lacunas.⁴⁸

Estudos indicam que a discricionariedade policial tende a aumentar com a diminuição da gravidade da infracção e à medida que se desce na hierarquia das forças de segurança, tendo como consequência directa que determinados tipos de criminalidade, especialmente crimes semi-públicos e particulares, apareçam desvalorizados nas

⁴⁷ Vide resposta à pergunta 7, do Anexo I.

⁴⁸ Vide resposta à pergunta 3, no Anexo I.

estatísticas oficiais. A justificação para tais ocorrências é o facto de as forças de segurança optarem por vezes em pequenos delitos e ofensas tentarem resolver a situação informalmente, chegando ao entendimento entre as partes e desculpabilizarem. Estudos feitos no âmbito da sociologia indicam que as forças de segurança são mais compreensivas e complacentes com indivíduos que demonstrem respeito, humildade e compreensão com estes e que sejam oriundos de grupos abastados socialmente e /ou que tenham posições de relevo na sociedade. Por exemplo, as agressões que por vezes são feitas pelas forças policiais a pessoas de raça negra, às pessoas de raça branca nem tanto, também aqueles casos de ofensas tanto físicas como morais a prostitutas e não a outra mulher, que até pode ter aspecto de uma mulher tradicional portuguesa e ser a “cabecilha” de um grupo de alta criminalidade, estamos face a actos de discriminação, que todos sabemos que ocorrem mas ninguém intervêm. Recorde-se que ao contrário do sistema norte-americano, a prostituição não é considerada uma actividade ilícita pela doutrina penal portuguesa, sendo uma actividade livre e não penalizada.

O papel das forças policiais, dos OPC, não deve ser vista num momento ou num só contexto, pois estes fazem parte de uma sociedade e realidade, não surgiram no momento mas sim, desenvolveram-se ao longo de muitos e complexos contextos e realidades, e surgiram para fazer face às exigências da sociedade e de foro criminal.

O que leva a que estes órgãos actuem pela discricionariedade é a liberdade que a lei permite, não restringindo-lhes as opções que têm, pois se esta fosse mais inflexível e houvesse uma melhor formação dos agentes, tal situação não ocorreria, e então estes órgãos iriam contribuir para decisões ponderadas e cumpririam a lei, não desculpabilizando situações que a lei pune, mas como já sabemos, “*cada caso é um caso*”, e tem de ser ver e analisar as situações caso a caso.

4.2. Questões actuais e pragmáticas que se levantam no âmbito da prova

Antes de iniciar a análise de casos pragmáticos, sobre os meios de obtenção da prova, é necessário explicar teoricamente o que são meios de obtenção da prova, face aos meios de prova. Sendo assim, os meios de obtenção da prova são instrumentos que servem as autoridades judiciais para investigar e recolher meios de prova com auxílio dos OPC, logo aqui está a resposta para o porque da tese falar dos meios de obtenção e não dos meios de prova, visto se esta fala dos OPC, sem duvida que quando se fala da intervenção dos mesmos no meio processual penal é no âmbito de uma investigação, logo no que respeita à

obtenção da prova. Assim, **neste trabalho está-se sobretudo a falar dos meios de obtenção da prova**, como estes são obtidos pelos OPC, torna-se necessário falar dos mesmos e da sua função processual, logo **este trabalho funde-se especialmente em casos pragmáticos e actuais de meios de obtenção da prova**, assim, desta fase para a frente irá se basear fundamentalmente nos meios de obtenção de prova, não teoricamente, apesar de esta parte ser sempre necessária para melhor compreensão, mas sobretudo em casos práticos e com interesse actual, e não todos os casos que surgem no âmbito dos meios de obtenção de prova, pois tal não se conseguiria, porque ou tornava-se este trabalho investigatório muito extenso ou pouco profundo quando à questão principal.

Prosseguindo com a ideia anteriormente iniciada quanto à distinção dos meios de obtenção da prova e dos meios de prova, estes se distinguem numa dupla perspectiva: lógica e técnico-operativa.

Na perspectiva lógica os meios de prova caracterizam-se por serem por si mesmo fonte de convencimentos, ao contrário do que sucede com os meios de obtenção da prova que apenas possibilitam a obtenção daqueles meios, ou seja, através dos meios de obtenção de prova se consegue os meios de prova e estes por si mesmo são prova, logo servem como meio probatório da ocorrência de um facto ilícito face ao tribunal.

Na perspectiva técnica – operativa os meios de obtenção da prova caracterizam-se pelo modo e momento da sua aquisição no processo, em regra nas fases preliminares. É através dos meios de obtenção de prova que se pode obter os diversos meios de prova, mas que em alguns casos leva a que os próprios meios de obtenção da prova acabam por ser também um meio de prova.^{49 50}

4.2.1. Os exames e a sua imposição

Este meio de obtenção de prova encontra-se do art. 171º ao 173º CPP, e consiste nas pessoas, nos lugares e nas coisas que poderão ser objecto de exame com a finalidade de recolha de vestígios e indícios relativos ao modo e/ou como e/ou onde o crime foi praticado, e sobre as pessoas que o cometeram ou sobre as quais foi praticado devendo em acto seguido à notícia do crime serem tomadas todas as providencias para que os vestígios não desapareçam ou se não alterem, proibindo-se, se necessário, que pessoas circulem no

⁴⁹ SILVA, Germano Marques da. “*O Curso de Processo Penal*”, volume II, 4ª edição. Verbo; Abril 2008, pág. 233.

⁵⁰ Vide resposta à pergunta 2, no Anexo I, em que se demonstra o entendimento que os OPC tem face à força que os meios de obtenção têm.

local do crime ou quaisquer outros actos que possam prejudicar a descoberta da verdade, estando aqui face a medidas cautelares tomadas pelos OPC sempre que achem necessário toma-las. Portanto, entende-se por exames, aquele meio de obtenção da prova através do qual a autoridade judiciária, os OPC ou o perito recolhem directamente elementos úteis à reconstituição dos factos e descoberta da verdade, podendo daqui decorrer o meio de prova – perícia, posteriormente, através da análise dos vestígios recolhidos pelo exame, no local do crime, “*locus delicti*”.

O objectivo do “exame” é permitir afixar documentalmente ou permitir a observação directa pelo tribunal de factos relevantes em matéria probatória, recolhidos.

Deste modo, pode-se concluir que o exame é um meio de obtenção de prova, que visa a obtenção de vestígios da prática de um crime, e pode incidir tanto em pessoas como em coisas ou lugares. Pode ser-se levado a confundir exame e perícia, assim, o art. 151º CPP distingue, pois exame é um meios de obtenção de prova, art. 171º CPP, e perícia é um meio de prova. A perícia visa avaliar os vestígios da prática de um crime com base em conhecimentos científicos, técnico ou artísticos, dependendo do crime que estamos face. Portanto se exame visa salvaguardar os vestígios de um crime, não pressupõe a existência dos conhecimentos especiais que é exigido na perícia, desde modo, o exame é que proporciona a ocorrência de uma posterior perícia.⁵¹

No decorrer deste tema, como já referi anteriormente, surgem situações práticas que actualmente geram alguns conflitos na jurisprudência, na doutrina e entre estes, assim, serão alguns casos pragmáticos dentro do tema “*meios de obtenção de prova – exame*”, que se irá tratar em seguida.

1º - Quando não há consentimento do arguido para a realização de um exame (ex. zaragatoa bucal) sobre o mesmo, deve a autoridade judiciária competente impor tal realização, indo contra o auto – determinação pessoal?

A questão conflituosa que surge aqui vai muito além do âmbito penal, pois estamos a falar daquelas situações em que se sabe que só um exame pode ser o único meio solucionador do caso, como por exemplo quando estamos face de um exame de zaragatoa

⁵¹ Vide o comentário ao artigo 151º e 171º do código anotado de processo penal do ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. “*Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”. Universidade católica Editora, Unipessoal, Lda.; Lisboa: Dezembro 2007.

bucal para determinar que aquele indivíduo é o violador ou de um exame de ADN para determinar a paternidade, art. 1801º CC.

Face a esta situação em análise, temos duas posições em oposição, uma que defende o arguido quando este é sujeito a este tipo de exames e outra que defende a posição da justiça quanto à imposição do referente exame ao mesmo, com vista à descoberta da verdade material.

À partida já se sabe que são as autoridades judiciárias, normalmente o MP, que ordena a realização da prova por meio de exame à pessoa suspeitos da prática de um crime, entretanto constituído como arguido, com vista à colheita de vestígios biológicos para determinação do seu perfil genético e subsequente comparação com os vestígios biológicos encontrados no local do crime, neste ultimo já estamos face a uma perícia, como já referido anteriormente apesar de serem situações diferentes, exame e perícia, estes interligam-se, pois posteriormente poderão ser feitas perícias como meio de prova necessário para avaliação dos vestígios recolhidos através do exame.⁵²

O regime jurídico das perícias médico-legais forenses encontra-se na lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto, sobre esta temática existe mais legislação, como a lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro, que estabelece os princípios de criação e manutenção de uma base de dados de perfis de ADN, permitindo-se assim, depois a comparação de perfis de ADN, que pode tanto servir para finalidades de investigação criminal como para identificação civil como indica o art. 4º da referente lei. Quando estamos a falar de recolha de vestígios com finalidade investigatória, o art. 8º da lei n.º5/2008, diz-nos que pode ser recolhida a pedido do arguido ou ordenada oficiosamente por despacho do juiz, segundo o art. 172º CPP. Um dos motivos pela qual o arguido fundamenta a sua recusa no consentimento da recolha de amostra em si, como pessoa, é por ser um método invasivo, mas como a própria lei indica, no art. 10º da referente lei, a amostra *“é realizada através de métodos não invasivos, que respeite a dignidade humana e a integridade física e moral individual, designadamente pela colheita de células da mucosa bucal ou outro equivalente, no estrito cumprimento dos princípios e regime do Código de Processo Penal”*.⁵³

⁵² Sobre a intervenção que os OPC fazem no âmbito de um exame forense, veja-se a resposta á pergunta 10, do Anexo I.

⁵³ Segundo ANDRADE, Manuel de Costa. *“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; Junho de 2009, pág. 147 e 147.

Para melhor se perceber o porque dos conflitos que se geram quanto a esta questão, vai-se expor os argumentos que o arguido fundamenta para se opor ao exame e não dar o seu consentimento e os fundamentos que as autoridades alegam em contra posição e em defesa da realização do exame, posição esta que defendo.⁵⁴

O nosso sistema jurídico, segundo o art. 32º n.º 5 da CRP consagra como princípio fundamental do processo penal, o princípio do acusatório, estabelecendo que “*o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de discussão e julgamento e os actos que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório*”.

O arguido é sujeito e não objecto do processo, portanto significa que tem uma posição jurídica que lhe permita participar no processo através da realização de actos autónomos processuais, legalmente definidos, que se encontram enumerados no art. 60º e 61º CPP. O processo deve ser um processo equitativo que tenha por preocupação dominante a busca da verdade material, mas sempre com inteiro respeito pela pessoa do arguido, o que, entre o mais, exige que assegurem a este todas as garantias de defesa e que não se admitam provas que não passem pelo crivo do contraditório

Quanto aos argumentos que o arguido expressa para fundamentar a sua oposição á realização coactiva do exame e evitar assim a sua realização, primeiramente é sem dúvida, porque ele sabendo que praticou aquele crime e que aquele exame o vai incriminar e servir de prova para o acusar, tenta argumentar com todos e possíveis meios para evitar a realização do mesmo. A argumentação passa muitas vezes pela indicação que se este exame se realizar, está-se face á pratica de um crime, pelo art. 143º n.º 1 do CP (ofensa à integridade física simples) imputado a todos os que o ordenaram, o realizaram e nele de qualquer forma participaram.

Tal argumento não concordo, pois o facto de o arguido ser considerado um sujeito do processo penal não quer dizer que o arguido não possa, em determinados termos demarcados pela lei de forma exacta e expressa, ser objecto de medidas coactivas e constituir ele próprio um meio de prova. No art. 6º da lei n.º 45/2004 diz-nos “ ***ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame médico-legal quando este se mostrar necessário ao inquérito***

⁵⁴ Em sentido concordante pode-se consultar: RODRIGUES, Benjamim Silva. “*Da Prova Penal :Bruscamente...A (s) Face (s) Oculta (s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*” , Tomo II, 1º edição. editora REI dos livros; Abril de 2010, pág. 141 e seg..

*ou à instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei”.*⁵⁵

Quanto ao facto de ser feito através de meios coactivos e probatórias que sobre ele se exerçam não poderão nunca dirigir-se à extorsão de declarações ou de qualquer forma de auto-incriminação, e pelo contrário, todos os actos processuais do arguido deverão ser expressão da sua livre autoridade.

O arguido pode constituir meio de prova autónomo no processo penal, quer em sentido formal através das declarações que presta sobre os factos, quer em sentido material na medida em que o seu corpo e o seu estado psíquico podem ser objecto de exames.

Conforme estabelece expressamente o art. 61º n.º 3, d) do CPP o arguido tem como dever *“sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coação e garantias patrimoniais especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente”*, ou seja, a todas as que se entenderam como necessárias para a descoberta da verdade e a realização da justiça, sendo a regra a atipicidade das diligências da prova, desde que não estejam proibidas por lei, art. 125º do CPP. Daí que o arguido possa ter de submeter-se a exame, art. 151º CPP, desde que ordenada pela autoridade judiciária competente que preside à respectiva fase processual.

O problema surge quando o arguido não aceita realizar o exame, não dá o seu consentimento livre e expresso e deste modo, as autoridades judiciárias compelem-no a realiza-lo, art. 172º, n.º 1 do CPP [*“Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame (...) pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente”*].⁵⁶

Em síntese, o arguido quando esta perante um “exame” e não dá seu consentimento para sua realização, e as autoridades judiciais oficiosamente através de um despacho ordenam a sua realização, indo contra a vontade do arguido, este diz-se coagido a realizá-lo, e que quem o realize está a preencher a previsão do art. 143º CP, e que a CRP, como lei fundamental dos direitos, liberdades e garantias estabelece no art. 25º n.º 1 *“A integridade moral e física das pessoas é inviolável”*, e o art. 32º n.º 8 da CRP estabelece que [*“São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa (...)”*] e que o exame sendo contra sua vontade ofende a sua

⁵⁵ RODRIGUES, Benjamim Silva. *“Da Prova Penal: Bruscamente...A (s) Face (s) Oculta (s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal”*, Tomo II, 1º edição. editora REI dos livros; Abril de 2010, pág. 151 e seg..

⁵⁶ A utilização da força por parte das autoridades, quando autorizada pelas autoridades judiciárias competentes será legítima? Na perspectiva dos OPC, enquanto agentes no terreno, tem como assento as respostas à pergunta 11 e 12, do Anexo I.

integridade física, pois são invasivos os métodos utilizados para a obtenção dos vestígios necessários processualmente.⁵⁷

De acordo com tais normas, dispõe o art. 126º, n.º 1 “São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas”.

No direito português vigente só o consentimento livre e esclarecido do arguido pode legitimar a sua submissão a uma colheita de vestígios biológicos para análise de ADN; uma vez que o arguido manifeste a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita, é ilegal e até criminalmente ilícita a sua realização coactiva, logo comporta com as legais consequências, a começar pela proibição absoluta de valoração da prova obtida e sem esquecer a devida instauração do adequado procedimento criminal contra todos quantos determinaram, efectuaram, colaboraram ou por qualquer forma participaram na dita colheita ilegal, assim incorrendo na prática de um crime contra a integridade pessoal, em manifesta violação, entre outros, do art. 25º, n.º1, da CRP, e do art. 143º, n.º1, do CP, violando-se, entre outras, as normas contidas no art. 32º, n.º 8 da CRP, no art. 8º da CEDH (Convenção Europeia dos Direitos do Homem),⁵⁸ e no art. 12º da DUDH (Declaração Universal dos Direitos do Homem),⁵⁹ e no art. 17º do PIDCP (Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos)⁶⁰ e nos art. 126º, n.º 1, 2 al. a) e c) e 3, bem como o art. 172º, n.º 1, ambos do CPP.

Estes são os fundamentos que, por regra, o arguido expõe como modo de defesa para evitar a imposição coactiva da realização do “exame”, como indicado anteriormente,

⁵⁷ Vide o comentário ao artigo 61º e 171º, como meio que permite uma melhor compreensão sobre a imposição do meio de obtenção de prova – exame – e os direitos e deveres do arguido de modo a se perceber se este pode ou é-lhe permitido não realiza-lo: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. “Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”. Universidade católica Editora, Unipessoal, Lda.; Lisboa: Dezembro 2007.

⁵⁸ **Artigo 8.º da CEDH** “1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

⁵⁹ **Artigo 12º a DUDH** “Ninguém sofrerá intromissões arbitrarias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei.”

⁶⁰ **Artigo 17º do PIDCP** “1. Ninguém poderá ser objecto de ingerências arbitrarias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à protecção da lei contra essas ingerências ou ofensas.”

também iria expor os fundamentos opostos, ou seja, aqueles que as autoridades defendem para imporem a realização do mesmo, posição esta que defendo. Embora muito respeite quem adopta de opinião contrária, entendo não assistir qualquer razão ao arguido, sem dúvida nunca esquecendo que “cada caso é um caso” em direito e que por vezes na regra há excepções, mas afastando estas reservas sou da opinião que tal exame deve ser imposto, assim, partirei de seguida para a exposição e defesa desta posição.

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, deve ser interpretado no sentido de que apenas é ilegítima toda a restrição que atinjam o conteúdo essencial de cada um dos direitos subjectivos individuais, isto é, que atentem contra valores que, são a projecção da ideia de dignidade humana.

Daí que o nosso ordenamento jurídico preveja várias situações em que o direito à integridade corporal e o direito à autodeterminação corporal cedem face a interesses comunitários e sociais preponderantes, quer na área da saúde pública, quer na área da defesa nacional, quer na área da justiça, quer noutras áreas. É esta a principal questão, os direitos subjectivos individuais que “chocam” com imposição da realização do exame, visto que ao se impor ao arguido a realização, sem consentimento deste, ele sente que se esta a ir contra a sua liberdade a auto-determinação.

Pegando num exemplo habitualmente usado nas aulas de penal como meio exemplificador, os casos de legítima defesa, em que se dizia que um indivíduo que se defende de uma agressão contra a sua vida, utilizando meios (ex. arma branca) que colocam em perigo a vida do agressor, não é censurável tal agressão pois o agressor ao tentar agredi-lo com igual ou mais grave meio também estava a colocar em perigo a sua vida, ou seja, temos o bem jurídico “vida” em causa, logo a actuação da vítima não é censurada pois estava a defender um bem jurídico do mesmo valor que aquele a que estava a lesar; já se a inicial vítima ataca-se o ladrão, colocando em perigo a vida deste, porque este tentava-lhe roubar um relógio, aqui já temos dois bens jurídicos diferentes e de grau de importância diferente, portanto já era censurável. Isto, para explicar que no caso em análise, deve-se impor ao arguido a realização do exame, pois são situações em que o bem “vida” do arguido não está em causa, pois os métodos que actualmente a ciência utiliza não o colocam em perigo, podendo assim salvaguardar-se a investigação e a procura pela verdade material, e porque o que se pretende salvaguardar, obtendo da intervenção feita a

ele, tem uma maior importância. Assim sucede quando se impõem certas condutas corporais como a vacinação obrigatória, os radiorastreios, o tratamento obrigatório de certas doenças contagiosas, à população, são situações em que vai ter de intervir na integridade física das pessoas mas é por um bem maior.⁶¹

Como já atrás ficou consignado, **apenas é ilegítima a restrição dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados em caso de conflito com direitos ou valores superiores, quando a restrição atente contra as necessidades do mesmo valor, autoriza-se a restrição, e tal deve só ser feita pelo juiz de instrução criminal, este é o único que tem legitimidade e pondera os direitos fundamentais que estão em causa.** Portanto, a lei permite que qualquer autoridade judiciária, ou seja, o MP, o juiz de instrução ou de julgamento, possa através de um despacho demandar a realização do referente exame, mas quando este é ordenado sobre coação para o seu cumprimento, quando o arguido demonstra a sua oposição à sua realização, só o juiz de direito pode analisar situação e a restrição aos direitos fundamentais, que a imposição do exame trás.⁶²

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, no seu art. 29º permite que o legislador estabeleça limites aos direitos fundamentais para assegurar o reconhecimento ou o respeito dos valores enunciados para manter a ordem pública e o bem-estar geral na sociedade.⁶³

Esta sujeição do arguido a submeter-se a diligências de prova, só deverá ser coactivamente imposta, quando realizada através da justiça. O recurso a tais meios de obtenção da prova só poderão ser ordenados sobre o arguido e obrigando-o a sujeitar-se a eles, num sentido excepcional, apenas quando outros meios de prova se mostrem ineficazes, ou seja, este meio de obtenção de prova é como a prisão preventiva, como medida de coacção, só se utiliza quando os outros não nos asseguram os meios necessários e este meio torna-se o único, para se obter aquele resultado pretendido.

No caso, o que está em conflito é por um lado, o direito à integridade corporal e o direito à autodeterminação corporal do arguido, e por outro lado, o interesse comunitário e

⁶¹ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 228/2007, de 28 de Março de 2007, Processo nº 980/2006, acedido e consultado em 14-07-2011, em <<http://www.dgsi.pt/>>.

⁶² RODRIGUES, Benjamim Silva. *“Da Prova Penal: Bruscamente...A (s) Face (s) Oculta (s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal”*, Tomo II, 1ª edição. editora REI dos livros; Abril de 2010, pág. 237 e seg..

⁶³ Artigo 29.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem “1. *O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade.*”

de justiça e procura pela verdade material, pelo que nada obsta a que o legislador estabeleça limites àqueles direitos fundamentais do recorrente para assegurar a execução e cumprimento da justiça penal, isto é, para assegurar uma justa exigência da ordem pública e do bem-estar geral, desde que, obviamente, os limites ou restrições não destruam ou afectem o conteúdo essencial daqueles direitos.

Um dos argumentos do arguido que também não concordo, é pelo facto de um simples exame ser ofensivo contra a integridade física, como se a colheita de cabelos ou sangue, caso não consentidas, consubstanciem intervenções no corpo que, realizadas por um perito médico que acompanha “*com rigorosa observância as regras das leges artis*”. Considero que são ofensas insignificantes ao direito à integridade corporal e ao direito à autodeterminação corporal, posto que afectam, transitória e momentaneamente, de forma muito reduzida, o corpo físico e o sistema volitivo do interveniente.

Quanto à recolha de saliva ou de urina nem sequer se pode considerar susceptível de ofensa o direito à integridade corporal, mas tão só o direito à autodeterminação corporal, e em grau irrelevante, visto que o corpo cria e emite tais líquidos sem a necessidade de intervenção no físico do sujeito.

Deste modo e tendo presente que o exame ordenado tem em vista a procura da verdade material e que constitui uma exigência da ordem pública e do bem-estar geral, **há que concluir que a realização compulsiva daqueles se mostra justificada e legitimada**, ao abrigo da norma do art.172º, n.º 1 CPP, que atribui às autoridades judiciárias o poder de compelir as pessoas à submissão do exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, não viola o art. 25º, n.º 1 e 32º, n.º 8 CRP, na parte em que ordena o exame e perícia mediante extracção de saliva por via de zaragatoa bucal, dado que a mesma apenas é susceptível de ofender o direito à autodeterminação corporal em medida irrelevante.

O direito à integridade pessoal traduz-se no direito de não sofrer ofensas corporais, estas podem-se revestir de gravidade muito diversa. Vem isto ao caso, pela circunstância de a situação em causa se traduzir num mero exame de sangue ou à saliva, ou seja aquilo que, nos dias de hoje, se pode considerar, uma “*intervenção banal*”.⁶⁴

A recolha de material biológico para análise do ADN, embora possa ser entendida como uma restrição do direito à integridade pessoal não colide com nenhuma das suas dimensões essenciais, podendo justificar-se de acordo com critérios de proporcionalidade, em prossecução de uma finalidade constitucionalmente legítima.

⁶⁴ Segundo a Decisão de 4/12/78 da Comissão Europeia dos Direitos do Homem

Há que referir que os avanços tecnológicos verificados na área da engenharia genética permitem a análise de ADN a partir de outras amostras biológicas para além do sangue (esperma, saliva, urina, pêlos). Por este motivo, há quem considere que a colheita de material biológico, em si mesma, não chega a constituir verdadeiramente um atentado à integridade física, tratar-se-á de uma agressão insignificante. Haverá ofensa à integridade física apenas no caso de o arguido recusar a colaboração e a colheita ser feita com recurso à força sobre o corpo do arguido. Deste modo, **o que poderá constituir um atentado à integridade física não será propriamente a colheita do material, mas o modo como a colheita é realizada.**

No concreto âmbito da prova em processo penal, a violação da integridade traduzir-se-á na perturbação da liberdade de vontade ou de decisão e da capacidade de avaliação. Na verdade, a introdução no interior da boca do arguido, contra a sua vontade expressa, de um instrumento (zaragatoa bucal) destinado a recolher uma substância corporal, ainda que não lesiva ou atentatória da sua saúde, não deixa de constituir uma entrada no interior do corpo do arguido e, portanto, não pode deixar de ser compreendida como uma invasão da sua integridade física, abrangida pelo âmbito constitucionalmente protegido do artigo 25º da Constituição.

O direito à reserva da intimidade da vida privada, entre outros direitos pessoais, está previsto no artigo 26º da Constituição. O direito à intimidade tem sido igualmente entendido, na doutrina, como *“o direito que toda a pessoa tem a que permaneçam desconhecidos determinados aspectos da sua vida, assim com a controlar o conhecimento que terceiros tenham dela”*.

A já referida realização coactiva de um exame destinado à recolha de saliva para posterior análise genética, contra a vontade do arguido e sob ameaça do recurso à força física, consubstanciam uma intromissão não autorizada na esfera privada do arguido. A doutrina dominante e uma boa parte da jurisprudência nacional e internacional de direitos humanos têm entendido que a presunção de inocência do arguido abrange apenas o direito a permanecer calado e a beneficiar da existência de uma dúvida razoável, não impedindo a recolha de material biológico para efeitos de análise de ADN.⁶⁵

⁶⁵ AAVV BELEZA, Teresa Pizarro, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *“Prova Criminal e Direito de Defesa: Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal”*. Almedina; Março 2011, pág. 117 e seg..

A Constituição não proíbe, em absoluto, a recolha coactiva de material biológico de um arguido e a sua posterior análise genética não consentida para fins de investigação criminal. Decisivo é, no entanto, verificar se respeitam as exigências constitucionais de **adequação**, de **exigibilidade** e de **proporcionalidade** em sentido estrito que, como vimos na segunda parte do n.º 2 do artigo 18.º da CRP.⁶⁶

Por último, a questão da necessidade de prévia autorização judicial, é referido nos artigos 154.º (perícias) e 172.º (exames) do CPP, a exigência da autorização do juiz, “*que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado*”, sempre que se trate de exame ou perícia a “*características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado o consentimento*”, acrescentando, logo a seguir, nos n.ºs 3 e 4 do artigo 154.º, aplicáveis aos exames por força do n.º 2 do artigo 172.º, que as perícias e exames em causa “*são realizadas por médico ou por outra pessoa legalmente autorizada e não podem criar perigo para a saúde do visado*”.⁶⁷

O exame pode ser realizado pois não é visto nem entendido como uma meio violador da integridade física do indivíduo que a ele está sujeito, apenas da sua auto determinação, mas no qual a lei permite se restringir pois podem estar em causa, dependendo do caso e análise do juiz, bens de importância maior.

2.º - No que concerne ao exame obtido pelo alcoolímetro e/ou análise ao sangue, contra a vontade do sujeito, este vai ao encontro do direito à não auto incriminação?

Na questão em apreço, o que está em causa são aquelas circunstâncias em que um indivíduo se vê obrigado a realizar o exame de alcoolémica levando a que este o auto incrimine. Portanto, neste caso irá se contrapor os argumentos de oposição à realização deste exame contra a vontade do indivíduo, de modo, a que este na sua realização não se

⁶⁶ Da jurisprudência do Tribunal Constitucional nesta matéria, no acórdão n.º 187/2001, decorre, nomeadamente, que o princípio da proporcionalidade, em sentido lato, se desdobra, como se afirmara já no acórdão n.º 634/93, “*em três subprincípios: da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio adequado para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); da justa medida, ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos)*”.

⁶⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007, de 2 de Março de 2007, Processo n.º 695/06, acedido e consultado, em 18-07-2011, em «<http://www.dgsi.pt/>»

auto incrimine, e por outro lado, em contra posição, os argumentos a favor da realização deste, mesmo contra a vontade do sujeito, posição esta que defendo.

A Comissão Europeia dos Direitos do Homem considera legal e justificada a sujeição ao exame de sangue, por parte de condutor suspeito de conduzir embriagado, como medida necessária à protecção dos direitos e liberdades de terceiros, não havendo, nessa medida, ofensa da norma do art.8º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

68

No Decreto-Lei nº 114/94, de 3 de Maio, ou seja, o Código da Estrada, permite que as autoridades policiais, por iniciativa própria e como medida cautelar, destinada a garantir a recolha atempada dos vestígios do crime, procedam a exame aos sujeitos que condução sob influência do álcool, segundo o art. 153º CE.

A própria lei, indica no art. 152º CE que quem recusar a submeter-se às provas estabelecidas para detecção do estado de influência de álcool são punidos por desobediência, como também os médicos que recusarem a diagnosticar o estado de influência pelo álcool, art. 152º,n.º3 CE e art. 348º, n.º 1, aliena a) CP.

Quanto à realização do exame para fiscalização da condução sob influência de álcool, é um exame realizado pelo alcoolímetro, consiste na expiração de ar, e é realizado por um agente de autoridade, art. 153º,n.º 1 CE. A análise de álcool no sangue é uma análise que é efectuada num analisador qualitativo e quantitativo, segundo o art. 1º,n.º 1 e 2 do Regulamento de Fiscalização da Condução sob Influencia do Álcool ou de Substancias Psicotrópicas, aprovadas pela Lei n.º 18/2007, de 17 de Maio, assim, a análise qualitativa serve para indicar que existem vestígios de álcool no sangue, a análise quantitativa é para se saber a quantidade deste no sangue, para deste modo, determinar se ultrapassou-se os limites legais estabelecidos. Sempre que o resultado do exame seja positivo, é nesse momento preenchido o auto de notícia, junto com o relatório do exame. Caso não seja possível realizar o exame para pesquisa de álcool pelo meio de expiração de ar, então ai, o

⁶⁸ Art. 8 Direito ao respeito pela vida privada e familiar, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem “1. *Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.* 2. *Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.*”

examinado deve-se submeter à colheita de sangue, para análise, art. 153º, n.8 CE. ⁶⁹

Quando é que um individuo se vê obrigado a realizar o exame de sangue para análise da quantidade de álcool, no sangue? Só quando o indivíduo esteja impossibilitado de realizar o exame de expiração de ar ou após três tentativas não o tenha conseguido realizar, assim, a entidade que o está a realizar transporta o indivíduo para o estabelecimento de rede pública de saúde mais próximo, para lhe ser recolhida uma amostra de sangue para análise. Também não se pode esquecer dos casos de acidentes de viação, em que os indivíduos, como não podem realizar o exame de expiração de ar, no hospital quando assistidos é-lhes retirada uma amostra de sangue, independentemente do individuo chegue com ou sem vida ao hospital e esteja ou não consciente, é entendido que é dado o seu consentimento tácito.

Estes são, no geral, os procedimentos que ocorrem nestas situações, mas o direito penal também tem algo a dizer quanto à circunstância de o indivíduo conduzir sob o efeito de álcool. A condução sob o efeito de álcool, no domínio do CP, está-se fase ao crime de condução sob o efeito de álcool, na qual deve ser aplicada a medida de segurança, logo no momento em que o indivíduo é detido, que é a cassação ou a pena acessória de proibição de conduzir veículos motorizados, art. 69º CP. Sem esquecer daquelas situações em que o indivíduo recusa fazer o exame ou mesmo aceitando sopra fraco ou de forma deficiente para sabotar o exame, aqui está-se face ao crime de desobediência, art. 348º, n.º 1, aliena a) CP e art. 158º, n.º 3 CE. ⁷⁰

Os argumentos utilizados por quem é contra este tipo de exame ser realizado contra a vontade do sujeito, baseia-se sobretudo em argumentos relacionados com a pessoa, como a violação e o desrespeito pela dignidade da pessoa, o direito do bom nome e reputação e o direito da reserva da vida privada. Que superior posição podem ter estes direitos, não menos importantes, sobre aqueles que o individuo ao conduzir sob efeito de álcool, num acto de irresponsabilidade, já não tivesse a colocar em perigo, como a vida de terceiros, que sem dúvida é mais marcante.

A submissão do condutor ao teste de detecção de álcool não viola o dever de respeito pela dignidade da pessoa, condutor, nem o seu direito ao bom nome e à reputação, nem o direito que ele tem à reserva da intimidade da vida privada, são estes os

⁶⁹ Podemos ver nas respostas às perguntas 14, 15, 16 e 17, do Anexo I, o procedimento que os OPC têm face à realização do exame de alcoolímetro.

⁷⁰ Vide o comentário aos artigos 152º e 153º em: PINTO, António Augusto Toldo. “ *Código da Estrada Anotado e Legislação Rodoviária Complementar*”, 3ª edição. Coimbra Editora; Fevereiro de 2003.

fundamentos arguidos pelos indivíduos que são contra a imposição do exame contra sua vontade.

O exame para pesquisa de álcool destina-se não apenas a recolher uma prova pericial, como também a impedir que um condutor, que está sob a influência do álcool, conduza pondo em perigo, entre outros bens jurídicos, a vida e a integridade física própria e a de outros, mostrando-se assim, necessário e adequado à salvaguarda destes bens jurídicos e ao fim da descoberta da verdade a utilização deste método preventivo. O quadro legal que rege esta matéria, permite que os agentes de autoridade policial submetam, por sua iniciativa, os condutores ao teste de detecção de álcool, de modo a garantir que a actividade policial, essencialmente preventiva, se desenvolva "*com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos*", art. 272º da CRP.

Na verdade, **a submissão ao exame é plenamente justificada pela tutela da segurança rodoviária e dos direitos fundamentais de terceiros, revelando-se tal medida proporcionada e adequada.**

Quanto ao direito ao bom nome e à reputação, tal direito só é violado por actos que se traduzam em imputar falsamente a alguém a prática das acções ilícitas ou ilegais, situação essa que o exame não imputa, pois ele apenas demonstra uma realidade, ou seja, ele tanto pode dar positivo como negativo, demonstrando assim a situação em que o condutor se encontrava, não falseando uma situação mas sim demonstrando uma realidade, realidade essa que o individuo se auto colocou.

O direito à reserva da intimidade da vida privada, que é o direito a uma esfera própria inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respectivo titular acaba, naturalmente, por ser atingido pelo exame em causa, no entanto, o preceito acima indicado não viola o artigo 26º, nº1, da Constituição, que o consagra, pois a privação destes só é permitida quando estabelecida pela lei. Portanto, apesar de na execução do exame ter-se de penetrar na esfera jurídica individual do sujeito, esta intrusão é legalmente permitida, pois tem como objectivo salvaguardar bens comum ou colectivos de uma comunidade que podem ser lesados, caso o sujeito continue com esta prática.⁷¹

No que concerne ao argumento, invasão da vida privada, o que está em causa

⁷¹ RODRIGUES, Benjamim Silva. "*Da Prova Penal: Bruscamente...A (s) Face (s) Oculta (s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*", Tomo II, 1ª edição. editora REI dos livros; Abril de 2010, pág. 279 e seg..

não é a devassa da vida privada, querendo saber os hábitos do indivíduo no que toca a ingestão de bebidas alcoólicas, mas sim actuar no sentido preventivo, de modo, a impedir que o condutor continue a sua condução sob o efeito destes e prevenir assim uma eventual violação de bens jurídicos essenciais, como a vida deste e de terceiros, contudo não podendo tirar o valor que desta actuação se vai recolher uma prova pericial.

Um outro argumento exposto é sobre o direito à imagem ser violado, a doutrina entende que o direito à imagem é quando a pessoa é objecto de uma pintura, fotografia, desenho, slide ou outra qualquer forma de a representar graficamente, o que no caso tal não acontece, visto que o indivíduo é apenas sujeito a um exame de expiração de ar, ou análise ao sangue, não havendo qualquer retrato físico deste tirado contra a sua vontade, não podendo o indivíduo alegar este argumento confundir esta explicação com a situação de ele ser visto a realizar o exame e que isso lese a sua imagem pública, pois se ele não queria ser visto nestas circunstâncias, então que se torna-se mais responsável e não ingerisse álcool, ou não ingerisse excessivamente álcool que não é o mesmo que direito à imagem, que deste modo não seria lesada, pelo contrário, seria visto como um cidadão exemplar, não havendo nada a temer. ⁷²

Ainda mais extraordinário o fundamento apresentado pelos indivíduos que são contra a imposição do exame, no que se refere ao indivíduo que tenha de realizar o exame de sangue, dizendo que este é feito algum tempo depois da detenção podendo tal o prejudicar, entende-se que o relatório de análise toxicológica, ainda que efectuado cerca de três a quatro horas após a paragem da condução, onde resulta que o valor apurado será menor ao real no momento da condução, o que só beneficiará o arguido, pois os efeitos do álcool vão-se dissipando com o decurso do tempo, sendo que actualmente não é estabelecido qualquer prazo para recolha da amostra ao sangue. Conforme estabelecido no artigo 156º, nº 1, do CE, ocorrendo acidente de viação e permitindo-o o estado de saúde do condutor, este é submetido ao exame de pesquisa de álcool sobre expiração de ar, nos termos consagrados no artigo 153º, do mesmo diploma, não sendo possível efectuar o exame de pesquisa de álcool por teste de expiração de ar, o médico do estabelecimento oficial de saúde a que o interveniente do acidente seja conduzido deve proceder à colheita de amostra de sangue para posterior exame de diagnóstico do estado do influenciado pelo álcool e se este exame não se puder efectuar, deve realizar-se exame médico para

⁷² Acórdão do Tribunal Constitucional Nº 319/95, de 20 de Julho de 1995, consultado em «www.tribunalconstitucional.pt».

diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool.

Cumpra então apreciar da invocada inconstitucionalidade por ofensa da integridade física ou moral da pessoa, consagrada no artigo 32º, nº 8, da CRP, bem como das questões que concernem à ausência de consentimento para a recolha.

Assim, quanto à não prestação de consentimento, cumpre afirmar que nas situações de internamento hospitalar em virtude de acidente é prática comum retirar sangue ao doente para efeitos de diagnóstico, sendo essa recolha para diagnóstico e posterior tratamento médico, é de presumir o consentimento, mesmo que tácito, do sinistrado na recolha, pois a colheita é feita em seu benefício. Assim sendo esta intervenção concreta de recolha de sangue sem autorização, não se tem como violadora dos direitos do indivíduo, pelo motivo referido, é para benefício do próprio. Como se salienta no acórdão do TC nº 319/95, de 20/07/1995 [*“O exame para pesquisa de álcool (...) destinando-se, não apenas a recolher uma prova perecível, como também a impedir que um condutor, que está sob a influência do álcool, conduza pondo em perigo, entre outros bens jurídicos, a vida e a integridade física próprias e as dos outros, mostra-se necessário e adequado à salvaguarda destes bens jurídicos e ao fim da descoberta da verdade, visado pelo processo penal”*].

Quando o indivíduo não está em condições de poder fazer o exame de expiração de ar, por motivos de acidente e afins, nestas circunstâncias não será necessário o consentimento deste para a realização do exame de sangue, visto em momento algum ele manifestou vontade de recusa da realização do exame toxicológico, também não exigindo a lei que se formule um pedido expresso de consentimento de quem tenha de se sujeitar ao exame. Desde logo, porque o exame de sangue é a via excepcional para a recolha de prova admitida na lei para tal efeito, apenas admissível em casos expressamente tipificados, nomeadamente quando o estado de saúde não permite o exame por ar expirado ou esse exame não for possível, como se consagra nos artigos 153º, nº 8 e 156º nº 2, do CE, e o acórdão do TRC.⁷³

No que concerne à recolha de sangue como meio violador da integridade física e à auto-incriminação, vem aludido no acórdão do TRP: *“O chamado direito ao silêncio tem uma vertente positiva e uma outra negativa: na positiva, significa que o agente tem total liberdade de intervir no processo em seu favor; na negativa, significa que o tribunal não*

⁷³ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14 de Julho de 2010, Processo n.º 113/09.3GBCVL, consultado em «<http://www.dgsi.pt>».

pode socorrer-se do engano, do subterfúgio, da coacção para recolher provas, nem pode impor-lhe declarações auto-incriminatórias.”⁷⁴

O que se pretende não é incriminar, pois o resultado da diligência será sempre incerto, ele pode servir a acusação, mas também pode servir a defesa, assim a sua realização não tem como fim prejudicar, pelo contrário visa a verdade material.

Entendo que embora a recolha de sangue seja feita sem autorização do sujeito, entende-se que tal não se consubstancia no crime de ofensa à integridade física, pois a recolha de sangue não tem como fim específico a lesão do sujeito, mas tem como objectivo algo mais amplo, que ultrapassa mesmo a figura da pessoa sujeita a este, pois a finalidade do exame é o sentido preventivo, de modo a dar uma garantia de segurança rodoviária e caso o exame seja positivo, a punição dos condutores que infrinjam a lei. Concretamente no que concerne ao dever de respeito pela dignidade da pessoa do condutor, não é a realização do exame que atenta contra a dignidade da pessoa, como condutor, mas sim o que poderia atentar seria o resultado ser positivo e no local, na via pública, fazer-se alarde quanto ao resultado.⁷⁵

Em síntese, cumpre-se aferir que o exame feito pelas autoridades, através do alcoolímetro, é legal, estas entidades tem total legitimidade concedida pela lei, pois têm em vista a prevenção e actuam segundo medidas cautelares e de polícia, só é feito o exame de sangue para detecção de álcool em casos excepcionais e citados na lei. Portanto, conclui-se que este exame, apesar dos argumentos expostos por quem é contra a realização deste contra a vontade, não tem fundamento de ser, pois em causa estão bem maiores, como a vida de terceiros e deste, logo a lei permite restringir a esfera jurídica deste para se salvaguardar, no sentido preventivo, valores mais importantes.

4.2.2. As revistas e as buscas e a violação da reserva a vida privada

As revistas e as buscas são outro meio de obtenção de prova, aparecem muitas vezes juntos porque ambas visam inspeccionar uma pessoa ou lugar, fundado em indícios de que alguém ou num lugar se oculta objectos relacionados com o crime. Portanto, o que as distingue é o “espaço” que é inspeccionado, ou seja, as revistas são realizadas sobre pessoas e as buscas sobre lugares, art. 174º CPP.

⁷⁴ Acórdão do Tribunal da relação do Porto, de 20 de Outubro de 2010.

⁷⁵ Tribunal da Relação do Porto, de 18 de Maio de 2011, Processo 438/08.5GCVNF.P1, consultado em «<http://www.dgsi.pt/>».

Como já referido anteriormente, tanto as revistas como as buscas são realizadas quando há indícios ou suspeitas que uma pessoa ou um lugar oculta objectos relacionados com o crime ou que possam servir de prova. Assim, torna-se necessário estabelecer uma explícita definição e distinção destes dois meios de obtenção da prova, art. 174º, n.º1 e 2 CPP, para mais adiante se poder tratar de questões mais pragmáticas sobre estes.

Ambas são realizadas pelos OPC e autorizados por despacho de uma autoridade judiciária competente, com devida fundamentação, ou por livre actuação dos OPC, como medida cautelar e de polícia, isto é, sem mandado de autorização judicial, nas situações que a lei indique expressamente, art. 174º, n.º 5 CPP, segundo os pressupostos legais. O visado da revista é a pessoa cujo corpo é submetido à revista e nas buscas, o visado é a pessoa que reside ou é detentora do lugar que as autoridades querem inspeccionar sob suspeita de um ilícito, no mandado deve-se sempre identificar o lugar da busca ou a pessoa sujeita à revista.

Estes dois meios de obtenção de prova têm o mesmo objectivo, a procura de indícios, provas (objectos) de um crime; o que os distingue é, que enquanto as revistas versam sobre o corpo da pessoa e os seus acessórios, (entendo que se deve ter uma interpretação extensiva das revistas, fazendo com que esta abarque para além do corpo da pessoa em questão, também os seus acessórios, como por ex. as malas, roupas e afins, que as pessoas transportam, pois as malas pessoais que as pessoas levam, fazem parte da pessoa, pois que sentido teria fazer uma revista ao corpo de uma pessoa sabendo que a revista não se estende à mala pessoal que ela transporta ou à roupa, assim estas colocavam os objectos que pretendem ocultar nelas e as revistas de nada serviriam, pois não finalizavam o seu propósito), pois como a lei indica, art. 174º, n.º1 CPP, a revista é feita *“quando houver indícios de que alguém oculta na sua pessoa quaisquer objectos relacionados com um crime que possam servir de prova, é ordenada revista”*, entende-se assim que faz parte da pessoa tudo que ela leva consigo, desde roupa e acessórios (malas). Já no que respeita às buscas, visa a procura de objectos que possam servir de prova de um crime, num determinada lugar, art. 174º, n.º 2 CPP *[(...), se encontra em lugar reservado ou não livremente acessível ao publico, é ordenada busca”]*. As buscas e revistas previstas no art. 174º, n.º 5 CPP, podem ser efectuadas a qualquer hora do dia e da noite.^{76 77 78}

⁷⁶ Vide a resposta à pergunta 22, do Anexo I, que refere a realização de buscas com mandado e/ou como medida cautelar.

1º As buscas domiciliárias podem contrariar o direito à inviolabilidade do domicílio?

No âmbito das buscas um dos grandes problemas na actualidade é a busca em domicílios privados, pois não se trata de uma busca em um local público, está-se a entrar na esfera jurídica de privados, no domicílio, onde se encontra a privacidade e a reserva da vida privada, um dos direitos individuais mais importantes.⁷⁹

O regime geral das buscas diz-nos, art. 176º CPP, que a busca deve ser realizada pelos OPC no decorrer de um mandado de busca sobre um visado, o que ocupa o referente lugar, mesmo que o visado não esteja no lugar da referente busca, esta é realizada, deixando-se um cópia do despacho a um parente ou vizinho, e o visado só se pode opor quando os OPC não detenham do mandado de busca ou estes estejam fora dos parâmetro legais estabelecidos, art. 177º CPP.⁸⁰

Antes de mais, torna-se necessário perceber o que se entende por domicílio e/ou sua dependência fechada, para assim perceber-se porque este tem um regime especial face às buscas no geral e também perceber assim em que lugares se pode actuar e em que se deve ter em atenção este regime especial de buscas que versa sobre os domicílio e suas dependências fechadas. Domicílio é entendido, no geral, pela habitação, local ou lugar fechado, na qual o visado desenvolve a sua vida privada e familiar, assim tanto pode ser domicílio, uma *roulotte*, como uma tenda, um quarto de hotel, casa de férias, etc., não há a exigência de ser um local no qual o indivíduo tenha uma relação de exclusividade ou de durabilidade. Relativamente à referente dependência fechada que pertence ao domicílio, esta tem de estar continua à habitação e não estar num lugar distanciado, não fazendo assim parte da vida privada e familiar do visado, não precisa inclusive estar fechada, propriamente dito, basta ser exclusiva do domicílio, ou seja, basta que este compartimento

⁷⁷ Vide o comentário ao artigo 174º: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. “*Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”. Universidade católica Editora, Unipessoal, Lda.; Lisboa: Dezembro 2007.

⁷⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87, de 9 de Fevereiro de 1987, Processo nº302/86, acedido e consultado, em 14 de Julho de 2011, em <<http://www.dgsi.pt/>>.

⁷⁹ Existe jurisprudência que trata de questões relacionadas com buscas domiciliárias, como o acórdão n.º 274/2007, processo, n.º 360/07 do TC; o acórdão n.º 191/01, processo n.º 517/00 do TC que trata da questão de buscas não domiciliárias em flagrante delito; acórdão do TC n.º 89-462- P.

⁸⁰ Vide OLIVEIRA, Francisco da Costa. “*A Defesa e a Investigação do Crime*” 2º edição. Almedina; Agosto de 2008, pág. 114 e seg..

apesar de não conexo com o domicílio faça parte da vida quotidiana e familiar do visado, para que assim ter de ser respeitado segundo o art. 177º CPP.^{81 82}

Um dos pontos mais importantes e que distingue as buscas no geral, permitindo-se assim chamar, das buscas domiciliárias, é que nas gerais o mandado de busca pode ser emanado pela autoridade judiciária competente naquela fase do processo ou os OPC actuarem arbitrariamente nas situações indicadas expressamente na lei, art. 174º, n.º 5 CPP, nas buscas domiciliárias já tem de ser emanado pelo juiz, pois estamos fase a mandado em que a sua execução pode ofender direitos fundamentais do cidadão, segundo o art. 26º CRP a reservada vida privada e familiar que é um direito, liberdade e garantia individual, no qual só um juiz de direito pondera sobre uma possível restrição aos direitos fundamentais do cidadão que podem vir a ser lesados e só este tem poder para impor a actuação dos OPC, através de mandado, e restringir assim os direitos fundamentais de um cidadão quando ache necessário e imprescindível fazê-lo, devendo obedecer-se sempre ao principio de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). O direito à reserva da vida privada e familiar, para além de se encontrar no art. 26º da CRP, também vem previsto no art. 12º DUDH (Declaração universal dos direitos do Homem), no art. 8 CEDH (Convenção Europeia para a protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais).

As buscas domiciliárias só podem ocorrer num horário pré-estabelecido pela lei, art. 177º, n.º 1 CPP, com excepção dos casos indicados no art. 174º, n.º 5 CPP, ao contrário das buscas não domiciliárias, que podem ser realizadas a qualquer hora.⁸³

A questão problemática que se levanta no que concerne às buscas domiciliárias é o realizar desta e os direitos, liberdades e garantias individuais que podem ser violadas, como o direito à reserva da vida privada e familiar, pois estamos face a um direito que o cidadão tem, como ter o seu anonimato, respeito pela sua vida privada e pelo seu espaço privado e inviolável. O significado de vida privada é um tanto subjectivo e varia, dependendo do modo que cada um vê, é subjectivo, mas a maioria entende que consiste no autocontrolo que o individuo tem sobre a sua vida, de modo a que os actos que pratique só

⁸¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º ST200609200023213, de 20 de Setembro de 2006, processo 06P2321.

⁸² Sobre este tema veja-se as respostas às perguntas 18, 19, 20 e 21, do Anexo 1, em que se demonstra o que os OPC entendem como domicílio e o procedimento e cautelas que tomam face a este.

⁸³ Vide o comentário ao artigo 176º e art. 177º: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. “*Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”. Universidade católica Editora, Unipessoal, Lda.; Lisboa: Dezembro 2007.

são sabidos pelo público pela sua comunicação, permitindo que este espaço privado seja um refúgio, onde este pode deter todos os seus comportamentos familiares e quotidianos, sem que a curiosidade pública intervenha, é um resguardo, art. 26º, n.º 1 CRP. Além deste direito fundamental, temos também aqui outro direito que pode ser restringido pela realização da busca, como o direito da inviolabilidade do domicílio, art. 34º, n.º 1 [*“ o domicilio (...) são invioláveis”*], n.º2 [*“ a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente (...)”*], direito este que abarca qualquer pessoa, independentemente da relação que esta tenha com a habitação em questão, seja arrendatário, proprietário ou detenha meramente a pose, abrangendo-se também todos os membros da família que lá habitem e a respectiva nacionalidade (português, estrangeiro ou apatriado).⁸⁴

Para melhor protecção destes direitos, foi pré-estabelecido um horário de realização destas, isto é, as buscas domiciliárias só podem ser realizadas entre as 7h e as 21h, com autorização de um juiz e fora deste horário nos três casos permitidos por lei; já quando for o MP a autorizar ou os OPC efectuem arbitrariamente só nos três casos estabelecidos pela lei, art. 174º, n.º 5 CPP, dentro do horário das 7h às 21h, fora deste horário só é permitido caso o visado consinta ou se estiver se face a um situação de flagrante delito.

No âmbito das buscas domiciliárias podem-se levantar **dois questões** um tanto pertinentes, **a primeira é naqueles casos em que o visado não se encontra em casa e os OPC sem mandado**, pois se o tiverem a buscas se realiza, independentemente do visado se encontrar ou não, e de o consentir ou não, mas aqui o que está em questão é naqueles casos em que os OPC **actuem porque lhes foi dado consentimento** para realizar a busca sem mandado, mas quem lhes deu o consentimento não é visado da busca, **o consentimento foi dado por uma pessoa sem legitimidade**, por uma pessoa que naquele momento é detentora efectiva do lugar, art. 177º, n.º 2, alínea b) CPP. Apesar de alguma jurisprudência defender o contrário, entendendo que o consentimento tem de ser dado por quem naquele momento tem a livre disponibilidade do lugar e não precisa de ser o visado, sobre esta posição discordo, a busca não se poderia realizar, pois o visado não era aquela pessoa, logo esta não tem legitimidade. Julgo que o consentimento devia ser dado pelo

⁸⁴ AAVV BELEZA, Teresa Pizarro, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *“Prova Criminal e Direito de Defesa: Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal”*. Almedina; Março 2011, pág. 163 e seg..

visado, se não, não faria sentido haver um visado, e a busca apenas deveria, então identificar o lugar. Se não se respeitar a posição do visado e o seu consentimento, está-se a violar o direito de domicílio que fica assim desprotegido, pois o consentimento deve ser dado livremente e sem coação, em pleno uso das suas capacidades mentais e físicas, no qual este quando consentido, o visado não está a renunciar ao seu direito fundamental mas sim a permitir que o restrinjam temporariamente.

Poderia se levantar a questão de se uma das pessoas que habita o domicílio tem legitimidade de permitir o carteiro entrar, o homem do gás, o canalizador e afins, porque não poderia deixar entrar uma autoridade judiciária? É resposta é muito simples, mesmo que o carteiro venha entregar uma carta com aviso recepção, que é recebido por outra pessoa da casa, tal é permitido, como receber o canalizador que não foi chamado pela pessoa que o permite entrar, tais situações não trazem lesão nenhuma ao visado destas situações, pelo contrário só as abrevia, já no que concerne ao consentimento que é dado aos OPC para a realização da busca, tal só vem trazer uma possível condenação ao visado, pois as buscas não são feitas por acaso, elas vêm com uma devida fundamentação, que surgiu em fundados indícios ou suspeitas de ocultação de provas de um crime. Deste modo, todo aquele que sem legitimidade para dar o consentimento permita a entrada dos OPC para a realização da referente busca, está a agir, das duas uma, ou ingenuamente, não sabendo que tal comportamento vai trazer consequências à pessoa visada, ou por má fé.⁸⁵

Poderá se ver que esta situação já foi tratada em alguma jurisprudência, como por ex. o acórdão do STJ⁸⁶ e o acórdão do TC⁸⁷, em que o OPC relata que “*logo após entrarem em casa de A., com autorização da mãe deste*”, ou seja, não foi o visado que deu o consentimento, mas sim a mãe, como detentora efectiva naquele momento do domicílio, sendo assim, não consentindo o visado, que ao tomara conhecimento da situação não autorizou ou, porque nem sequer lhes foi possível tomar qualquer posição porque lá não se encontravam, então, entendo que essa busca domiciliária é ilegal, pois, o direito de inviolabilidade de domicílio é um direito de liberdade, logo sempre que a entrada no domicílio não seja feita contra a vontade do titular do respectivo direito, tal liberdade é respeitada, contudo, defendo que o titular desse direito é a pessoa que é visada para a realização da busca, pois é esse que o vê o seu direito restringido e não aqueles que tiverem

⁸⁵ Para mais informação sobre este tema veja-se: ANDRADE, Manuel de Costa. “ *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*”, reimpressão. Coimbra Editora; 2006, pág. 51.

⁸⁶ Acórdão do STJ, processo n.º 047084, d 8 de Fevereiro de 1995.

⁸⁷ Acórdão do TC, n.º 507/941, processo n.º 129/93.

a disponibilidade do lugar no momento em que a diligência se realiza, como resulta do disposto no artigo 176.º, n.º 1, do CPP. Apesar de em alguns casos, aquele que é detentor efectivo do lugar é o dono desse lugar, contrariamente à pessoa visada, mas mesmo assim, defendo que deve ser só o visado a dar o consentimento, visto que os OPC poderão diligenciar um mandado, ou se for um situação de flagrante delito ou um caso de criminalidade organizada, poderão entrar mesmo sem mandado ou consentimento, logo, numa situação desta, deve-se respeitar os direitos do visado e a sua liberdade, mesmo este não sendo o detentor (dono) do lugar, pois caso seja preciso restringi-los a lei permite e além do mais, é o direito deste que se vê restringido e pelos donos do lugar permitirem ver os seus direitos restringidos não quer dizer que o visado da busca o queira.⁸⁸

No caso, em que o visado não é o dono do lugar, não se pode desvalorizar que ele é o visado da busca, logo ele é o titular do direito à inviolabilidade do domicílio, independentemente das relações jurídicas que detenha sobre o domicílio (ex. propriedade, arrendamento, posse, usufrutuário), assim, cada um que habite na residência detém dos seus próprios direitos individuais e ninguém pode restringi-los sem a devida autorização do mesmo, logo, o consentimento de um ou de só alguns da residência não seria legítimo para autorizar uma busca num domicílio onde reside o visado. Como se denota, existe alguma jurisprudência que defende que o dono do domicílio e co-habitante, face ao visado, tem legitimidade para dar consentimento, mas deve-se ter em atenção que quando os OPC pedem o consentimento a quem naquele momento detenha a posse efectiva, porque a pessoa diz que é o dito “dono”, não lhe é pedido nenhum registo de propriedade a esta, é-se acreditado no que esta diz, podendo estar face a uma pessoa mal intencionada, um vizinho ou porteiro, que não detinham de nenhuma legitimidade para tal acto, violando-se assim o domicílio e vida privada sem legitimidade, e como a lei através de mandado permite o realizar das buscas, independentemente da vontade do visado, não vejo o porque de se ir contra a vontade do visado ou aceitar o consentimento de um “estranho”. Como aquelas situações em que a pessoa é um mero arrendatário de um quarto na residência de outra pessoa, no qual ele não é o proprietário da residência, apenas mero usufrutuário, mas mesmo assim ele detém direito de privacidade no espaço “quarto”, que passa a ser sua residência, portanto, não faria qualquer sentido que ele como usufrutuário daquele espaço, no qual contribui monetariamente para dele usufruir, possa a dona da residência em si ter

⁸⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 16/97, de 10 de Fevereiro de 1998, processo n.º 821/95, consultado em «www.dgsi.pt».

legitimidade sobre um espaço que ela não detém sua posse. O TC considerou no acórdão n.º 507/94, o consentimento de uma só pessoa não basta para legitimar as buscas nas casas habitadas por vários e que é necessário também o consentimento do visado pela medida probatória.

Portanto, conclui-se que quanto a esta questão **do consentimento, este só pode ser dado por quem é o visado da mesma e não por quem naquele momento é o detentor efectivo do lugar**, caso não se respeite tal situação estamos face a uma proibição de prova e consequentemente a nulidade de prova, art. 126º, n.º 3 CPP.^{89 90}

A outra questão pertinente que se levanta no âmbito das buscas domiciliárias, é naquelas situações em que **num domicílio vive mais de uma pessoa, e a busca tem como visado um pessoa, e ela ao se realizar está invadindo a privacidade de pessoas não visadas no mandado**, mas que são residentes também naquele domicílio, logo os seus dormitórios são também objecto da busca. Como é obvio, não é só o indivíduo que é o visado na busca que é portador de direitos fundamentais que podem ser lesados pela realização da busca, portanto, todos os residentes do domicílio que é sujeito à busca também vêm com esta os seus direitos fundamentais restringidos, sem este terem cometido qualquer ilícito, estes não fizeram surgir sobre eles qualquer indício ou suspeita de qualquer prática criminosa tipificada, portanto deviam ser salvaguardados os seus direitos e não lesados.

Entende-se contudo, que apesar de esta situação à partida nos parecer um tanto abusiva dos poderes legais permitidos às autoridades judiciárias, permitindo que um mandado de busca a um lugar lese direitos fundamentais de pessoas que habitam naquele domicílio e que nada têm a ver com o visado e com as suspeita que versam sobre este, entende-se que como em muitos casos em direito, em que a lei em certas situações deve-se impor, analisando primeiramente os princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação e só depois no âmbito de uma autorização judiciária bem fundamentada, se vai poder restringir direitos individuais, com isto quer-se dizer que apesar de se respeitar um domicílio como um espaço privado e inviolável, como consta na CRP, este não pode, por

⁸⁹ Vide o comentário ao artigo 126º: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. “*Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”. Universidade católica Editora, Unipessoal, Lda.; Lisboa: Dezembro 2007.

⁹⁰ AAVV BELEZA, Teresa Pizarro, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. “*Prova Criminal e Direito de Defesa: Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal*”. Almedina; Março 2011, pág. 178 e seg..

este motivo ser um lugar onde alguém comete crimes e fica impune. “*Como em tudo, a virtude está no equilíbrio entre todos os interesses e valores em jogo.*”⁹¹

2º As revistas podem ser realizadas arbitrariamente pelos OPC indo contra a reserva da vida privada?

As revistas encontram-se previstas enquanto meio de obtenção de prova, no art. 174º e 175º CPP, e enquanto medida cautelar e de polícia, no art. 250º e 251º CPP. De acordo com o art. 250º do CPP, os OPC podem proceder à identificação de indivíduos que se encontrem em “*lugar público, aberto ao público ou sujeito a vigilância policial*”. No entanto, essa identificação só poderá ser exigida se sobre esse indivíduo existirem “*fundadas suspeitas da prática de crimes, da pendência de processo de extradição ou de expulsão, de que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou de haver contra si mandado de detenção*”, como se pode ver no acórdão do STJ.⁹²

Desta forma se compreende que por força da letra da lei, o procedimento de identificação, não pode ser arbitrário, nem ser utilizado como prática generalizada, contrariamente ao art. 250º CPP que é uma medida cautelar e de polícia, portanto utilizada sem mandado de revista, mais como objectivo preventivo, já as revistas como meio de obtenção da prova, onde aqui sim, já existe um processo, logo tem de haver mandado de busca, ressalvando os casos do art. 174º, n.º 5 CPP. O que torna similar estas “duas revistas” é que em ambas são os OPC que as realizam, o que as difere, é que esta enquanto meio de prova visa verificar se o visado oculta objectos do crime e provas, já enquanto medida cautelar visa identificar a pessoa e revista-la, não no sentido de ela ocultar algo mas sim, no sentido de ela poder ter cometido algum crime. Já a revista enquanto meio de obtenção de prova, consiste em examinar ou inspeccionar minuciosamente uma pessoa, a qualquer hora do dia ou da noite, a fim de se certificar se nela se oculta ou não quaisquer objectos relacionados com o crime ou que possam servir de prova daquele, tendo que ser autorizadas ou ordenadas por autoridade judiciária, de acordo com o art. 174º CPP.

Assim, as revistas têm que respeitar certos requisitos, pois se houver mandado a pessoa tem de deixar realizá-la, mas em regra quando se fala de revista está-se a falar dos

⁹¹ Esta nobre frase, no qual em simples e breves palavras diz-nos a abordagem que se deve ter fase aos meios de obtenção de prova e os direitos que estes na sua execução possam lesar, encontra-se: PALMA, Fernanda, notícia do jornal “*Correio da Manhã*”, de 3 de Agosto de 2008, consultado em <<http://www.cmjornal.xl.pt/noticias/opiniao/fernanda-palma?nPagina=17>>.

⁹² Nos precisos termos do Acórdão do Supremo Tribunal da Justiça n.º ST199801270010453, de 27 de Janeiro de 1998, consultado em <www.dgsi.pt>.

casos de medidas cautelares, mas mesmo esta têm de respeitar certos requisitos na sua realização para assim não se ir contra os direitos fundamentais do indivíduo, pois a pessoa só pode ser identificada pelos OPC quando se encontra em lugares públicos, aberto ao público ou sujeito a vigilância policial e sempre que sobre ela recaia suspeitas da prática de algum crime, entre outras circunstâncias, art. 250º, n.º 1 CPP

Caso a exigência de identificação realizada por órgãos de polícia criminal não cumprir as condições anteriormente mencionadas, essa ordem será considerada ilegal e violará os direitos fundamentais da reserva da intimidade da vida privada, de acordo com o disposto nos art. 26º, n.º 1; 27º, n.º1 e 44º, n.º 1 CRP. A competência para autorizar a revista é da autoridade judicial, no entanto, tendo em vista a salvaguarda do êxito da diligência nos casos em que esta não se compadece com qualquer demora, a revista é quase sempre realizada e determinada pelos OPC, sem prévia autorização das autoridades judiciais, como medida preventiva, ou seja, como medida cautelar e de polícia.⁹³

As revistas quando realizadas, devem ser executadas de modo a não ofender o pudor dos indivíduos, visto estar-se a falar de um contacto físico, que não deve ofender a dignidade das pessoas revistadas, ou seja, estas não devem sentir a sua dignidade humana violada, logo, as revistas não devem ser realizadas sob tortura, coacção, ofensa à integridade física ou moral, art. 126º CPP, respeitando-se o género da pessoa, isto é, só os agentes do mesmo sexo que o revistado podem executar a revista., como por ex. numa revista de uma mulher, em que esta tenha que se despir, certamente ofende-se menos o pudor e dignidade da revistada, se a revista for levada a cabo por um OPC do mesmo sexo. Esta posição pode levantar alguns problemas no que concerne há eficácia da intervenção dos OPC, visto que a maior parte das forças de segurança são compostos maioritariamente por agentes do sexo masculino, sendo assim, só as intervenções previamente planeadas, poderão colocar naquela intervenção um agente do sexo feminino, que actualmente já prosperam mais entre as forças de segurança. Nos casos em que a operação não foi planeada, e a intervenção dos OPC é necessária, num sentido preventivo, nestas circunstâncias, e sempre que se veja necessário revistar uma mulher e entre as forças de segurança não se detenha de um agente do sexo feminino, a revista simplesmente não se pode realizar sobre o sexo feminino nessa intervenção, pois caso se realize esta será considerada nula e todos os meios de prova que dela advirem, como disposto no art. 32º, n.º 8 CRP “*são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa à*

⁹³ Vide a resposta à pergunta 22, do Anexo I.

integridade física ou moral pessoas, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

Outra questão que se levanta sobre este tema, é relativa ao princípio de igualdade de géneros e a dignidade da pessoa humana, sendo assim, é bom reflectir-se sobre a revista e a abordagem policial, pois são acções que fazem parte do dia-a-dia e é preciso conhecer as leis e a doutrina jurídica existente para não incorrerem em ilícitos penais.

Imaginemos a seguinte situação, em que um agente tem fundadas suspeitas de que uma pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objectos que constituam provas de um crime, assim os OPC como medida preventiva precisam de revistar a dita pessoa, mas ela é mulher e naquele momento não detêm de um agente de sexo feminino, como deverão actuar face a esta situação? Sempre que possível, a busca em mulheres deve ser realizada por uma agente do sexo feminino, contudo, para não atrasar ou prejudicar a diligência, o agente do sexo masculino pode executar a busca, com o devido respeito e discrição, preferencialmente em lugar reservado, fora do alcance da curiosidade popular, mas defendendo que tal só deve ser feito se for uma revista fundadas em sérios indícios, como por ex. saber-se que aquela mulher detêm de uma arma, podendo colocar em perigo tanto terceiros como os próprios agentes, pois neste caso deve-se actuar, mesmo sendo de género diferente e indo contra a dignidade da pessoa humana, são situações excepcionais no qual valores maiores precisavam ser salvaguardados, pois defendendo que a regra deve ser o sexo feminino revistar o seu género, só em casos excepcionais em que se transcorra perigo para terceiros e limítrofes à situação possa ser um agente do sexo masculino, mas nos casos em que se poder, deve-se pedir a outra mulher que esteja por perto para realizar a revista sobre a suspeita, onde o agente deve orientá-la nos procedimentos da revista.⁹⁴

Conclusão, as revistas não podem ser realizadas arbitrariamente, apesar do que se possa pensar, só quando haja suspeitas que a pessoa oculte algo relativo ao crime ou sobre essa pessoa recai-a fundados indícios que essa praticou um crime tipificado; estas podem ser realizadas por mandado, art. 175º CPP, ou preventivamente, art. 250º CPP, e só nestas circunstâncias é que as revistas são validas, quando se respeita a reserva pela vida privada.⁹⁵

⁹⁴ Para uma melhor compreensão ver a abordagem e perspectiva dos OPC face a uma revista feminina, que se encontra na resposta à questão 24, do Anexo I.

4.2.3. As apreensões e a restrição ao direito de propriedade

As apreensões como meio de obtenção de prova encontram-se no art. 178º e seg. CPP, como medida cautelar e de polícia, encontra-se no art. 252º CPP, no que concerne à apreensão de correspondência.

A apreensão visa apreender objectos, como o próprio nome indica, assim, tem como objectivo apreender objectos que tiverem ao serviço de um acto criminoso e aqueles objectos que se encontraram no local do crime e que assim podem servir como prova, art. 178,n.º 1 CPP. Como todos os meios de obtenção de prova, e estes não são excepção, para serem executados necessitam, em regra, de uma autorização emanada pela autoridade competente, art. 178º,n.º 3 CPP, os OPC também podem actuar de modo excepcional, ou seja, estes só podem actuar como medida cautelar e de polícia, naquelas apreensões que só serão efectuadas no decorrer de uma revista ou/e busca, podendo assim aqui surgir aquela circunstancia denominada de efeito à distancia, ou “árvore envenenada”, ou seja, trata-se daquelas revistas e/ou buscas que são executadas de forma negligente, fazendo com que essas mesmas sejam anuladas e todas as provas que sugiram delas, como as apreensões. Outro modo de como os OPC podem realizar uma apreensão, é nos casos urgentes, que obrigam uma actuação preventiva por parte destes ou sobre perigo de demora, art. 178º,n.º 4 e art. 249º,n.º 2, alínea c) CPP, mas devendo estas serem validadas por uma autoridade judiciária, logo após a sua realização,⁹⁶ mesmo que temporariamente.

Os meios de obtenção de prova servem para se obter provas sobre um determinado facto ocorrido, as apreensões não deixam de ser um meio de obtenção de prova mas estas não são conservadas como os outros meios de prova, pois em regra todas as provas obtidas são arquivadas e anexadas ao processo, estas também o são mas de modo provisório, pois os bens apreendidos têm um proprietário e como tal presume-se que no final do processo regressem a ele, caso não, então dão-se como bens perdidos a favor do Estado, mas esta apreensão é vista mais como uma segurança dos bens para se garantir a execução, permitindo também que sejam meios de prova.

Assim, quanto à situação das apreensões terem mais do que uma finalidade, levanta-se a questão de estas poderem-se confundir com arresto preventivo, art. 228º CPP, e caução económica, art. 227º CPP. A principal distinção é que as apreensões são meios de

⁹⁶ Vide o comentário ao artigo 178º: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. “Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”. Universidade católica Editora, Unipessoal, Lda.; Lisboa: Dezembro 2007.

prova e o arresto e a caução são medidas de coação e garantia patrimonial, no qual, estas duas concretamente servem como garantia de pagamento face a varias situações, dependendo do caso, como garantia de uma pena pecuniária, da taxa de justiça, das custas processuais, pagamento de indemnizações, etc. Contrariamente, as apreensões têm como finalidade obter uma prova, através da apreensão de um objecto privado, de modo que assim se garanta e se conserve a prova até a decisão final do processo.⁹⁷

Porém, as apreensões podem se converter em arresto preventivo, art. 186,n.º 3 CPP, quando após trânsito em julgado da decisão e notificada a pessoa para o seu levantamento, no qual o interessado passa a suportar os custos resultantes do depósito.⁹⁸

Quanto à abrangência do mandado de apreensão, este pode ser diverso, este tanto pode designar especificamente certos objectos para se apreender, como também pode ser mais abrangente, ou seja, mandar apreender todos os objectos que se achem úteis para a investigação. Como todos os meios de obtenção de prova e medidas de coação e garantia patrimonial, as apreensões têm de ser efectuadas de acordo com a adequação e proporcionalidade, pois existem mais meios de obtenção de prova. Os OPC no âmbito da sua investigação e no realizar das apreensões, quando estas não detêm de um despacho de autorização, pois quando o detém é o juiz que faz um juízo quanto à proporcionalidade do meio a executar, mas quando os OPC actuam sem autorização, são estes que devem fazer um juiz de proporcionalidade e adequação do meio a empregar, visto este não ser o único meio, e assim tentar-se evitar por parte destes condutas abusivas, no que concerne às apreensões, pois estamos a falar de bens privados, logo sempre que se os aprenda de modo desproporcional está-se a ir contra a propriedade privada e limitar-se a utilização deste pelo seu proprietário, já que só se pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expresso na CRP, art. 18, n.º 2 CRP “[(...) devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.]”.^{99 100}

⁹⁷ Vide o comentário aos artigos 228º e art. 229º: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. “Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”. Universidade católica Editora, Unipessoal, Lda.; Lisboa: Dezembro 2007.

⁹⁸ Idem art. 186º.

⁹⁹ RODRIGUES, Benjamim Silva. “Da Prova Penal: Bruscamente...A (s) Face (s) Oculta (s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal”, Tomo II, 1º edição. editora REI dos livros; Abril de 2010, pág. 331 e seg..

¹⁰⁰ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87, de 9 de Fevereiro de 1987, Processo nº302/86, acedido e consultado, em 14 de Julho de 2011, em <<http://www.dgsi.pt/>>.

1º As apreensões de correspondência (impressa e electrónica) restringem a reserva da vida privada?

A apreensão de correspondência, encontra-se no art. 179º e art. 252º CPP, no qual, logo no início, nos leva a questionar o porque das apreensões de correspondência terem um artigo próprio? Denota-se que as apreensões de correspondência estão para as apreensões no geral, como as buscas domiciliárias para as buscas no geral, ou seja, existe um regime geral e especial de buscas como de apreensões, com regras específicas, porque são certas circunstâncias em que se tem de proteger o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, e assim proibir a sua ingerência, art. 26 CRP e 34º, n.º 1 CRP: “*O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis*”, limitando-se o acesso e restrições à reserva da vida privada e familiar, art. 26º CRP, sob pena de nulidade segundo o art. 126, n.º 3 CPP: “[...] *não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular*”].

No que respeita às apreensões de correspondência, como foi dito anteriormente elas detêm de um regime específico, logo de regras mais estritas, no qual é necessário o seu cumprimento cumulativamente, para assim estas serem válidas e utilizadas como provas. Ao contrário do que sucede com as apreensões no geral, art. 178º CPP, que tanto podem ser realizadas pelos OPC arbitrariamente como através de um despacho de autorização emitido pelas autoridades judiciárias competentes no momento, já as apreensões de correspondência, como são especiais, não poderiam ser mais exigentes, pois exigem que para elas serem realizadas só com uma autorização de um juiz e não pela autoridade judiciária competente, art. 178º, n.º 3, art. 179º, n.º 1 e art. 269º, n.º 1 alínea d) CPP.¹⁰¹

Para haver a apreensão de correspondência tem de estar preenchido cumulativamente três requisitos, art. 179º, n.º 1, alíneas, a), b) e c) CPP: “**a)** *a correspondência foi expedida pelo suspeito ou lhe é dirigida, mesmo que sob nome diverso ou através de pessoa diversa; b)* *está em causa crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos; c)* *a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova*”, art. 179º, n.º 1 CPP. Só o juiz e não os OPC ou qualquer outra entidade, é a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência apreendida, art. 179º, n.º 3 e art. 268º, n.º 1 alínea d) CPP, e depois de as apreciar é que

¹⁰¹ SILVA, Germano Marques da. “*O Curso de Processo Penal*”, volume II, 4ª edição. Verbo; Abril 2008, pág. 243.

determina se estas devem se juntar aos autos do processo ou não, devendo sempre respeitar o dever de segredo.¹⁰²

No que concerne à violação da reserva privada por intromissão no correio electrónico, esta é uma das questões que estão a ser levantadas na actualidade, visto estarmos no séc. das tecnologias, comunicações e das técnicas da informação, ou seja, com as novas tecnologias surgiu uma nova forma de comunicação, que até então não existia, logo, a questão de apreensão de correspondência voltou a ser um tema de debate actual, devido ao surgimento da internet e dos seus meios de comunicação, e por assim dizer, também de correspondência.

Quando se fala de correio electrónico está-se a referir aos e-mails e mensagens digitais, quando se fala de correio impresso, é entendido por todo aquele correio em papel, como cartas, telegramas, postais, faxes, pacotes ou encomendas postais.

No âmbito das apreensões de correspondência não surgem problemas controversos, por assim dizer, o que surge e pode levar a nulidades e não valoração da prova, são problemas interpretativos da lei, mais por parte dos OPC, pois na jurisprudência não se encontra nenhuma questão sobre esta temática que gere controvérsia, há um grande consenso sobre esta temática. No que concerne às questões interpretativas que surgem quanto a esta temática, elas são principalmente duas, que é necessário perceber-se para saber-se que tratamento se deve dar.

Quanto ao correio apreendido surge então **uma questão** pertinente, que é a **distinção de correspondência aberta da não aberta**, ou seja, todo aquela que não tiver aberta é considerada uma apreensão de correspondência, no qual só o juiz primeiramente deve ter conhecimento do seu conteúdo, respeitando-se assim o sigilo como indica o art. 34º,n.º 1 CRP, já a correspondência aberta pelo seu destinatário não é considerada uma apreensão de correspondência mas sim um documento, como tal não tem a protecção do art. 179º CPP, mas sim a protecção que é dada a um documento.¹⁰³ Poderá se pensar que este tratamento distintivo só se aplica ao correio impresso, pois é aquele que melhor se denota se está aberto ou fechado, contudo este regime também se aplica ao correio electrónico, pois este tem mecanismos informáticos que nos indica se este foi ou não

¹⁰² Vide OLIVEIRA, Francisco da Costa. “ *A Defesa e a Investigação do Crime*” 2º edição. Almedina; Agosto de 2008, pág. 114 e seg..

¹⁰³ RODRIGUES, Benjamim Silva. “*Da Prova Penal: Bruscamente...A (s) Face (s) Oculta (s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*”, Tomo II, 1º edição. editora REI dos livros; Abril de 2010, pág. 383 e seg..

aberto, apesar de a lei nada o indicar, acho que se deve ter uma interpretação extensiva do art. 179º,n.º 1 CPP, integrando assim também neste a correspondência digital. ¹⁰⁴

Como vem indicado no acórdão do STJ: *“O sigilo das telecomunicações, protegido legalmente e com inscrição no texto constitucional – art. 34.º, n.º 1 - tem uma perspectiva dual em que está subjacente a possibilidade de cada cidadão poder emitir, ou receber informação produzida para ou por terceiro, desenvolvendo ideias e valorações que não são mais do que emanações da sua personalidade. Relativamente às mesmas assiste-lhe o direito de preservar tal informação, impedindo o seu acesso por outrem, o que postula a ideia de que o que está em causa é a transmissão à distância e tal informação e todo o conteúdo que esta comporte ou seja o conteúdo das comunicações e, também, os dados de tráfego.”* ¹⁰⁵

Em regra, as apreensões de correspondência decorrem de uma busca, no qual se apreende outros objectos, entre eles os computadores, que depois de apreendidos são examinados, para se saber se contém dados que possam ser considerados prova, onde possivelmente se encontram mensagens digitais, que são aquelas recebidas no computador do destinatário, ficam nele sob suporte digital, no qual se procede posteriormente a um exame sobre ele, e aqui, como na correspondência impressa, tem de se ter em atenção se as mensagens estão indicadas como já lidas ou não, para assim se saber que tratamento dar a estas, assim as apreensões de computador no decorrer de uma busca, segundo um acórdão da TRL ¹⁰⁶, quando esta é realizada com autorização judicial, é permitido que os OPC tenham conhecimento do que contém o disco rígido do computador, como investigação, mas não quanto ao correio electrónico. ¹⁰⁷

Entende-se por mensagem já aberta, toda aquela que já foi lida, guardada em impresso ou em computador, são meros documentos que são arquivados logo podem ser apreendidos numa mera busca, sem reservas, pois serão considerados documentos e terão o tratamento jurídico que é dado a estes, se estas regras de apreensão foram respeitadas, a apreensão será válida, caso contrario, pode-se suscitar a eventual prática, pelos agentes que

¹⁰⁴ Acórdão do Tribunal Relação Lisboa, de 2 de Março de 2011, nº 463/07.3TAALM-A.L1.

¹⁰⁵ Segundo o Acórdão do Supremo Tribunal da Justiça, de 03-03-2010, processo 886/07.8PSLSB.L1.S1.

¹⁰⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de Outubro de 2004, processo 5150/2005-3.

¹⁰⁷ Para melhor compreensão deste tema veja-se, compilação doutrinal livro electrónico CAMPOS, Carlos da Silva. *“Apreensão e Propriedade Considerações sobre as Medidas de Apreensão em Processo Penal”*. verbo jurídico; Outubro 2006.

a efectuaram, de um crime de violação de telecomunicações do art. 194º, n.º 2 CP, para além da prova não poder ser validade, no âmbito do processo em causa.

Percebe-se que quanto à temática apreensão de correspondência não é a apreensão de correspondência impressa que actualmente gera mais dúvidas, mas sim a apreensão de correspondência electrónica ou digital, porque este é ainda um “mundo novo” a ser explorado, pois as novas tecnologias têm poucos anos e estão em constante evolução, no qual a legislação não acompanha eficazmente. As novas tecnologias informáticas sem dúvida, vieram melhorar e facilitar muito o nosso quotidiano, mas como tudo na vida, o que é bom também traz suas responsabilidades e tem consequências, portanto, isto não seria excepção, pois através da internet consegue-se facilmente comunicar-se, é mais rápido e barato, que o tradicional modo de comunicação, as cartas, portanto, este tornou-se o método mais utilizado para as pessoas comunicarem-se, passando a ser um novo mundo, onde tudo se desloca muito rápido, como se refere muitas vezes, o mundo passou a ser uma “aldeia global”, no qual todas estas facilidades e evoluções, que foram muito progressivas para a humanidade, também trouxeram o seu lado negativo, pois surgiu uma nova criminalidade, que se desloca facilmente pela internet, denominado por cibercrime, utilizando o computador como meio para atingirem os seu objectivos criminosos, em que a internet é um meio muito facilitador de deslocação de informação para qualquer parte do mundo, se por um lado se esta a criar um novo mundo criminal, por outro, os OPC estão também a apurar novas técnicas de detecção destas actividades criminosas. A nível nacional já temos a lei 109/91 sobre o cibercrimes, também a nível internacional e comunitário tem vindo a ser feito legislação, pois estes tipos de crimes passam facilmente as fronteiras de espaço material, estes não têm fronteira, no qual é necessária a cooperação internacional entre os países para combater estes novos crimes que surgem.

Outra questão que se levanta no âmbito das **apreensões de correspondência** é o facto de ser permitido elas serem **apreendidas antes de chegarem ao destinatário**, ou seja, serem interceptadas, art. 189º CPP. Em regra, como já foi referido, as apreensões de correspondência decorrem de buscas, mas também podem, através de um despacho do juiz, serem interceptadas antes de chegar ao destinatário, art. 179º, n.º 1 CPP, ou seja, nas estações de correios, quando está-se face a correspondência impressa, ou interceptação nos órgãos de telecomunicações, quando se está face a correspondência electrónica, e nesta ultima, tem-se na mesma de respeitar as regras que se demandam na impressa, ou seja, no decorrer da interceptação, que só pode ser demandada pelo juiz quando respeitar os

requisitos cumulativos, art. 179º,n.º1 CPP, as mensagens que não estão abertas pelo destinatário, seguem o regime jurídico da correspondência e não de documento, portanto, apesar de a lei referir que esta interceptação refere-se a correspondência impressa ou pacotes, não há motivos para que não se tenha aqui uma interpretação extensiva e adaptar assim a lei aos tempos, aplicando-a também a correspondência electrónica. Naturalmente que quando se fala de interceptação de mensagens de correio electrónico é no seu trajecto do computador do emissor para o computador do receptor através da rede de servidores, ou seja, é a interceptação entre o percurso que a mensagem faz, entre o emissor e o destinatário dela, antes de esta chegar ao seu destino. Resumindo, quanto ao meio de se obter correspondência para prova, esta caso já tenha sido recebida pelo destinatário, estamos face a apreensão de correspondência, caso esta ainda não tenha chegado ao seu destinatário estamos face a uma interceptação de correspondência, sempre que esta ainda não tenha sido aberta pelo seu destinatário.

A apreensão de correspondência como regime especial de apreensões que é, limita o modo de ocorrência da mesma para se evitar violar a vida privada das pessoas de modo desnecessário, mesmo quem defenda a violação da mesma se sustente no princípio da verdade material. No que respeita a esta questão, o acórdão do STJ diz: [*“Importa esclarecer que, como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, “A Constituição consagra, no seu artigo 32º, os mais importantes princípios materiais do processo criminal – a constituição processual criminal”. O seu n.º 8 proclama uma referência essencial aos limites da admissibilidade da prova em processo penal claramente elucidativa de que o nosso legislador constituinte ponderou e valorou os interesses subjacentes ao processo penal, impondo à sua consideração determinados limites, imediatamente decorrentes da tutela da dignidade humana. Um Estado de Direito democrático o interesse a eficiência do funcionamento da justiça criminal não pode ser obtido através da ofensa de direitos fundamentais básicos. Daí a nulidade das provas obtidas sob tortura ou coação obtidas com ofensa da integridade pessoal, da reserva, da intimidade da vida privada, da inviolabilidade de domicílio e da correspondência ou das telecomunicação não podendo tais elementos ser valorados no processo”*].¹⁰⁸

A apreensão de correspondência coloca-nos perante um dilema, face à posição do Estado de Direito que somos, que é o respeitar da liberdade e privacidade dos cidadãos

¹⁰⁸ Segundo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de Março de 2010 processo 886/07.8PSLSB.L1.S1.

e a defesa e busca pela verdade material que leva a concretizar a justiça, poderá uma sobrepor-se sobre a outra? **O Estado está interessado em garantir aos indivíduos a sua liberdade, mas até que ponto, deve este salvaguardar primeiramente os direitos fundamentais do indivíduo sobrepondo-o sobre a verdade material e justiça?** Sem dúvida, é no processo penal que se encontra a solução para este conflito entre a exigência de justiça e respeito pela liberdade e realização individual, no qual se não houver uma análise ponderada de intervenção do Estado nestes, pode haver uma agressão na esfera individual, através da utilização de meios coercivos.

O TC diz que [*“(…) no processo penal, vigora o princípio da liberdade de prova, no sentido de que, em regra, todos os meios de prova são igualmente aptos e admissíveis para o apuramento da verdade material, pois nenhum facto tem a sua prova ligada à utilização de um certo meio de prova pré-estabelecido pela lei. E recorda-se que também a busca da verdade material é, no processo penal, um dever ético e jurídico. É que o Estado, como titular que é do ius puniendi, está interessado em que os culpados de actos criminosos sejam punidos; só tem, porém, interesse em punir os verdadeiros culpados: satius esse absolvi innocentem damnari – sentenciavam os latinos.”*]¹⁰⁹.

À partida, devemos sempre respeitar os direitos fundamentais individuais e nunca sobrepor nada sobre eles, mas como em casos anteriores referidos, existe situações que se tem de restringir estes direitos constitucionalmente consagrados para assim por fim a um conflito de interesses distintos, quando se tem bens ou valores de igual ou superior interesse, permitindo-se assim ceder face a outro, não havendo desproporcionalidade. Como refere Vieira de Andrade no acórdão do STJ [*“a autonomia dos direitos fundamentais como instituto jurídico - constitucional é, afinal, o reflexo da autonomia ética da pessoa, enquanto ser simultaneamente livre e responsável. E, como esta, é ao mesmo tempo irrecusável e limitada. Irrecusável, porque a liberdade dos homens não pode confundir-se com a justiça social ou com a democracia política, nem ser-lhes sacrificada (...). Limitada, porque o homem individual, destinado ou condenado a viver em comunidade, tem também deveres fundamentais de solidariedade para com os outros e para com a sociedade, obrigando-se a respeitar as restrições e as compressões*

¹⁰⁹ Segundo o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 578/98.

indispensáveis à acomodação dos direitos dos outros e à realização dos valores comunitários (...)].¹¹⁰

Logo, os OPC podem recolher mensagens escritas ou digitais (SMS) de telemóveis sem necessidade de autorização de um juiz, como explica o acórdão do TRL: “*I - As mensagens que, depois de recebidas, ficam gravadas no receptor deixam de ter a natureza de comunicação em transmissão, nesta perspectiva, são comunicações recebidas, pelo que deverão ter o mesmo tratamento da correspondência escrita já recebida e guardada pelo destinatário tal como acontece na correspondência efectuada pelo correio tradicional, diferenciar-se-á a mensagem já recebida mas ainda não aberta da mensagem já recebida e aberta. II - Na apreensão daquela rege o art.º 179º do CPP, mas a apreensão da já recebida e aberta não terá mais protecção do que as cartas recebidas, abertas e guardadas pelo seu destinatário. III - As mensagens escritas - SMS - que o arguido remeteu ao queixoso via telemóvel, cujo conteúdo foi copiado pela PJ e junto aos autos, constituem um meio de prova lícito e não configuram, de forma alguma, um caso de intromissão na vida privada do mesmo*”,¹¹¹ excepto os outros meios de comunicação, em que só podem interceptar, e dependendo do facto de estarem abertas ou não, depende o seguinte procedimento.

Portanto, sendo assim, é incontornável, as apreensões de correspondência ocorrem e continuaram a ocorrer sempre que os OPC no âmbito da execução de apreensão de correspondência respeitem os requisitos legais expressamente estabelecidos e não se ultrapasse os limites consignados, não podendo deixar de referir novamente a importância de se analisar, se as referentes mensagens de correio estão já abertas ou não, pois este é um ponto muito importante nesta temática, pois logo aí, vai-se ter uma abordagem diferente face ao objecto apreendido, permitindo os OPC analisa-lo e lê-lo mesmo antes do juiz, caso a mensagem já esteja aberta, não havendo necessidade de respeitar o sigilo. Esta questão que tanta discussão trouxe na praça pública, por haver casos em que os OPC liam as mensagens sem haver autorização judiciária e antes desta, trouxe muita controvérsia entre a opinião pública, como os casos dos acórdãos, já referidos, que tomaram um posição face ao caso, posição essa que defendo, que foi a criação de uma **distinção entre correspondência aberta e fechado como meio limitador do procedimento que a dado**

¹¹⁰ Segundo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de Março de 2010 processo 886/07.8PSLSB.L1.S1.

¹¹¹ Segundo o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de Julho de 2008, processo 3453/2008-5.

aos dados apreendidos, visto a lei nada indicar quanto a esta questão específica. E por último, deve poder-se limitar a vida privada com a apreensão de correspondência sempre que este se mostre necessário, como a salvaguarda de valores mais importantes como os comunitários. *“Deve-se ir sempre no prol de uma comunidade não no proveito individual”*.

2º Podem as apreensões de automóveis limitar o direito de propriedade?

As apreensões de objectos, neste caso de automóveis, retratada no art. 178º CPP, pode surgir porque o automóvel, como objecto agora em análise, é utilizado na pratica de um crime, ou porque é o produto de um crime, seu lucro ou recompensa ou foi deixado no local onde ocorreu o crime, podendo assim servir como prova, ou seja, pode-se apreender um automóvel porque ele é objecto de um crime ou porque é objecto de uma contra – ordenação, art. 162º CE. Como qualquer apreensão esta pode ser realizada com autorização judiciária ou sem ela, actuando por livre arbítrio os OPC, nos casos indicados no art. 178º,n.4º CPP. No geral, as apreensões de automóveis ocorrem porque são utilizados no crime de tráfico de estupefacientes ou são o lucro de actividades ilícitas, mas mesma aqui eles não deixam de ter o seu proprietário, logo é esta a questão problemática que surge no âmbito das apreensões de automóveis, isto é, **pode se apreender um veículo automóvel que detém de proprietário, limitando-lhe o direito que ele detém sobre o mesmo?** Como indica o acórdão do STJ de 20 de Novembro de 2008: *“o art. 7º nº 1 da Lei 5/2002 (actualmente DL 26/97) dispõe que em caso de condenação pela prática de determinados crimes presume-se constituir vantagem da actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito; esta presunção, porém, só opera nos casos em que o tribunal não consegue apurar a proveniência lícita ou ilícita dos bens do arguido e em que, portanto, o ónus de provar a proveniência pertence ao arguido; na verdade, se o tribunal tem prova da proveniência lícita dos bens, manda restituí-los ao proprietário; mas se determina a sua proveniência ilícita, designadamente, no caso do tráfico de estupefacientes, por apurar inequivocamente que foram adquiridos pelos proventos dessa actividade, tem de os declarar perdidos para o Estado”*.¹¹²

Os veículos automóveis que são apreendidos no âmbito de um inquérito criminal, ou seja, no decorrer de uma investigação, em regra só depois do julgamento e de se

¹¹² Vide as respostas às questões 25, 26, 27 e 28, do Anexo I, no qual se trata do tema apreensão de automóveis.

comprovar a proveniência do veículo e a ligação que ele detém com o acto criminoso praticado, saber-se-á se há restituição do mesmo, como ocorre com outros objectos apreendidos, art. 186º CPP, quando finda o processo, caso isto não aconteça dá-se como perdido a favor do Estado, art. 178º, n.º 7 CPP.

Mas e aquela situação em que o **veículo automóvel é apreendido porque detinha uma ligação com o acto criminoso, mas o seu proprietário nada tem com o acto em si**, ou seja, foi mais uma vítima da situação, porque por exemplo **sofreu de carjacking** ou de roubo da **sua viatura** que mais tarde **foi utilizada para o cometimento de um crime?** Ele como verdadeiro proprietário tem de ver o seu direito sobre a viatura protegido, pois nada teve a ver com o acto praticado, e depois de provado que não detém de nenhuma ligação com o caso, a lei diz, art. 178º, n.º 7 CPP, que este como não é arguido do processo e é o verdadeiro proprietário da viatura, antes que esta se dê como perdida a favor do Estado, este é ouvido, pois é o interessado na restituição da viatura, art. 186º CPP, e ela é restituída ao seu verdadeiro proprietário. Agora, nos casos em que o verdadeiro detentor da viatura, vê a sua viatura apreendida, e poder no fim ficar sem ela, vendo assim restringida o seu direito sobre a viatura, dando-se como perdida a favor do estado, tal facto é legítimo? Nos casos em que a viatura é de um individuo que praticou o crime e esta foi também objecto do crime, aqui nada haverá a se dizer, pois é legitimo este ver-se sem a viatura, visto ela ter sido objecto do crime e no decorrer do processo ela será prova e no final se dará como perdida a favor do estado, porque ela foi utilizada em actos ilícitos, legalmente previstos.¹¹³

Neste âmbito existe alguma legislação complementar, que trata das situações das viaturas apreendidas e perdidas a favor do Estado, como o **DL n.º 11/2007**, de 19 de Janeiro, que trata do regime jurídico de avaliação jurídico de utilização/alienação de bens apreendidos pelos OPC; a **lei 5/2002** alterada pelo DL n.º 317/2009, de 30 de Outubro, pela lei n.º 19/2008 de 21 de Abril e pela rectificação n.º 5/2002, 6 de Fevereiro, e como versão actualizada tem DL n.º 317/2009, 30 de Outubro, que trata das medidas de combate a criminalidade organizada; e por ultimo o **DL n.º 31/85**, 25 de Janeiro, revogado pelo DL 26/97, 23 de Janeiro, que trata da situação dos veículos apreendido em processo penal.

¹¹³ Sobre este tema pode-se ver alguma jurisprudência: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 5 de Novembro de 2008, processo 0814979; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7 de Maio de 2008 ; Acórdão do Supremo Tribunal da Justiça, de 22 de Março de 2007.

Os OPC podem apreender uma viatura no âmbito de um processo-crime, como anteriormente referido, ou contra - ordenacional, art. 162º CE art. 2º do DL 11/2007, de seguida é realizada um registo do bem apreendido, art. 3º do referido DL, e fixado o seu valor, art. 5,n.º 1 do referente DL: “ *O bem apreendido é avaliado para efeitos de fixação do valor de indemnização a pagar ao proprietário caso o bem não venha, a final, ser declarado perdido a favor do Estado*”, e art. 2º do DL 26/2007.

Quais são os casos em que os bens dão-se como perdidos para o Estado? Como referido anteriormente, são naquelas circunstâncias em que os bens são utilizados em actividades criminosas ou são recompensas ou lucros dessa, como indica o art. 178º,n.º1 CP, mas este art. não nos indica o rol de actividades criminosas, para tal, o DL 317/2009, no seu art. 1º indica-nos o rol das actividades criminosas, que segundo o art. 7º no mesmo DL, os bens destes apreendidos dão-se como perdidos a favor do Estado.

Não se pode esquecer que a nossa justiça tem como princípio base o **princípio de presunção da inocência**, logo quando um individuo é constituído arguido num processo não quer dizer que é culpado do acto que lhe é imputado, portanto até transito em julgado é inocente, assim se ele logo na fase de inquirido vê a sua viatura apreendida, em que o seu direito de propriedade sobre a mesma é restringido, pois decorridos 90 dias a contar da apreensão, o MP procede ao exame e avaliação do veículo e comunica as características e localização do mesmo à Direcção-Geral do Património do Estado (DGPE), feita a comunicação, o veículo fica automaticamente à disposição da DGPE, que decidirá se o vai colocar num parque automóvel do Estado, se o vai desmantelar ou se o vai vender, no qual o proprietário do veículo é informado, podendo requerer ao juiz de instrução ou à autoridade administrativa em processos de contra-ordenação uma decisão provisória sobre a possibilidade de perda para o Estado, porém, tal iniciativa do proprietário não suspende a decisão se esta for no sentido da não entrega provisória. Quando a decisão final não declarar a perda para o Estado, é ordenada a restituição, acrescida da desvalorização causada pela utilização pelo Estado, deduzida de benfeitorias, podendo o interessado recorrer da decisão para os tribunais comuns, e é aqui que se levanta a problemática da questão, pois, se o indivíduo, segundo o nosso regime jurídico, respeitando o princípio da presunção de inocência, é inocente até o final, e se no fim do processo comprova-se que este era inocente, neste meio tempo a sua viatura vê-se apreendida num caso ligado aos crimes já referido, encontrando-se neste meio tempo num parque do Estado mas também, dependendo do entendimento da DGPE, a entidade que fica com o veículo, ela também

pode ser desmantelada ou vendida, no qual se o proprietário recorre desta decisão, após notificado, e perda essa contestação, o seu veículo contra sua vontade pode mesmo ser vendido, art. 11º,n.º 4 do DL 26/97, no qual o interessado receberá o produto da venda, acrescido de indemnização por responsabilidade do Estado, caso se prove que é inocente, no fim do processo. O proprietário só poderá ficar como fiel depositário do veículo, num sentido provisório até decisão final, pagando uma caução, art. 10º,n.º 6 do DL 26/97. Portanto, quando o veículo é apreendido as entidades competentes tomam uma decisão provisória, art. 3 do DL 26/97, no qual o proprietário da mesma pode recorrer após notificado e mesmo após esta, a decisão não lhe for favorável, pode recorrer para tribunais comuns.

Entendo que pior matéria legislativa sobre este assunto não podia existir, pois a legislação que versa sobre esta matéria é das poucas que não salvaguarda primeiramente os direitos individuais das pessoas que se tornam arguidas num processo, no qual entendo que o princípio da presunção da inocência não é salvaguardado aqui, e que a posição do Estado é colocada à cima da do cidadão, dando muito poucas possibilidades de escolha e de actuação ao indivíduo. As apreensões dos veículos automóveis são baseadas em meros indícios, no qual o indivíduo fica logo sem o veículo, restringindo o seu direito de propriedade sobre o mesmo, antes mesmo da decisão final, podendo dar-se logo a medida punitiva de perda deste a favor do Estado, de forma automática. Nem se pensa que posteriormente à sentença, o indivíduo pode vir a querer a restituição da viatura e não o dinheiro de uma suposta alienação que o Estado possa ter feito com a referente indemnização, e mesmo que o Estado tenha a viatura e a decisão seja para restituição, as condições que são impostas para que esta decisão seja cumprida são tão burocráticas que dá origem ao indivíduo passar por outra provação, que no fim vais ter mais custos que a causa em si, fazendo com que ocorra o que se vê em todos os parques de Estado, as pessoas preferem dar como perdido para o Estado.

Sem dúvida, que nesta questão de apreensão de veículos está se ir contra o direito de propriedade do indivíduo e os seus direitos constitucionalmente consagrados, de um modo grosseiro, pois ao próprio individuo não lhe é dado muitos meios de defesa, podendo mesmo se dizer que são um tanto inexistente, no qual **os custos de restituição provisória ou mesmo definitiva chegam a ser mais altos que as custas do processo e até muito burocráticos**, no qual, até mesma a indemnização que a lei indica que o estado deve dar ao indivíduo, com o decorrer do processo burocrático para a entrega do mesmo,

no fim já não é uma indemnização justa. Já nem se fala, daquela situação em que o indivíduo no fim é considerado inocente e que teve de pagar uma caução se quis ser fiel depositário provisoriamente do seu próprio automóvel ou no fim pagar ou ver reduzida a indemnização pelas benfeitorias que o Estado possa ter feito na sua viatura e/ou pelas custas que o estado teve, por tê-lo num depósito.

Como se denota, um indivíduo que é constituído arguido e/ou assistente, mas que no fim de um processo é considerado inocente, que já anteriormente ao processo se viu sem a viatura porque por exemplo foi vítima de um roubo, no qual esta foi posteriormente utilizada na cena de um crime, e que depois com o decorrer do processo mais tempo fica sem esta, ou seja, uma apreensão que veio privar um inocente, no caso em análise, não de alguns meses mas talvez de um longo período, de usufruir da sua viatura que se viu confiscada, lesando-se assim gravemente o seu direito patrimonial, e que ainda por cima vai ter de pagar mais ao estado do que receber. O que aflige mais aqui, é o direito que é concedido ao Estado de dismantelar e vender veículos que estão apreendidos e ainda não são considerados seus, situações que, incondicionalmente, apontam no sentido da inobservância do regime legal pelo Decreto-Lei nº 26/97, de 23 de Janeiro.¹¹⁴

As apreensões, como os outros meios de obtenção de prova são os instrumentos utilizados no âmbito de uma investigação criminal, no sentido da descoberta da verdade material, mas isto não faz pensar que para descoberta da mesma é legítimo usar-se qualquer meio para a obter-se, sobre esta questão existe jurisprudência, como o acórdão do STJ,¹¹⁵ que diz o seguinte: *“Porém, a procura dessa verdade não pode ser feita a qualquer preço. Um dos limites típicos das actuais sociedades do chamado "mundo civilizado" é o dos direitos e liberdades (individuais) do homem, acolhendo-se o pensamento de Heidegger, citado por Marques Ferreira, (apud) in "Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal", pág. 224, de que "toda a verdade autêntica passa pela liberdade da pessoa".*

“Não se prova para apreender, apreende-se para provar”¹¹⁶

¹¹⁴ Tema que se pode consultar na Circular da Procuradoria Geral da República nº 4/2005, de 29 de Junho de 2005.

¹¹⁵ Segundo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º SJ200112120030753, de 12 de Dezembro de 2001.

¹¹⁶ Frase alusiva ao tema, que descreve bem a abordagem que se deve ter fase à obtenção da prova, segundo: a compilação doutrinal do livro electrónico CAMPOS, Carlos da Silva. *“Apreensão e Propriedade Considerações sobre as Medidas de Apreensão em Processo Penal”*. verbo jurídico; Outubro 2006.

4.2.4. As escutas telefônicas e o atentado à privacidade

A escuta telefônica, enquanto meio de obtenção de prova poderá se dizer que são o meio de obtenção de prova mais conhecido pela comunidade, devido ao associar deste, por parte dos *media*, a casos mediáticos, podemos até mesmo dizer que são a prova do séc. XXI, devido ao facto de serem tão faladas em todos os meios de comunicação, por estarem relacionadas mediaticamente a casos polémicos, envolvendo figuras publicas, e sendo assim, sem dúvida um meio de prova actual, que gerou na comunidade, face aos casos mediáticos, algumas duvidas e questões sobre esta temática.

A escuta telefônica é como a prisão preventiva são aqueles meios que só são utilizados em última hipótese e circunstâncias, quando nenhum outro consegue obter o que ela consegue. O regime legal das escutas encontra-se do art. 187º ao art. 190º CPP, no qual, estas consistem na interceptação e gravação de conversações ou comunicações transmitidas por meios de comunicação, e pela sua importância só podem ser ordenadas pelo juiz de instrução, mediante requerimento do MP com fundadas razões para a ocorrência desta, referente aos crimes elencados nas alíneas do art. 187º, n.º1 CPP, e só pode ser utilizada contra as pessoas referidas no art. 187º, n.º4 CPP, estes são os requisitos necessários para a escuta obtida ser valorada e considerada prova no processo em causa. As escutas telefônicas só podem ser autorizadas depois de iniciado um inquérito, não podem as mesmas ser realizadas no âmbito de uma investigação extra processual, nem configurar uma medida cautelar e de polícia.

A utilização deste meio vai muito além da utilização de um instrumento meramente processual de investigação, pois este tem exigência constitucional, art. 34 CRP, n.º1: [*“(…) meios de comunicação privado são invioláveis”*]; n.º4 *“É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.”*. Considera-se que o sigilo que se pede no âmbito dos meios de obtenção de prova, é mais exigente nas escuta do que nos outros, visto este exigir peremptoriamente mais requisitos que os outros meios, como os requisitos formais que se impõem que se respeitem obrigatoriamente, art. 187º, n.º1 CPP, e os requisitos materiais que se encontram nas restantes alíneas do mesmo artigo.

Antes da reforma de 2007 havia um grande interesse para a descoberta da verdade e da prova, hoje no âmbito das escutas há uma maior exigência de ponderação, no que

concerne aqueles três princípios, já não basta uma mera suspeita, é necessário uma suspeita fundada e um despacho bem fundamentado.¹¹⁷

Uma circular do PGR sobre esta temática diz o seguinte: [*“A Constituição da República Portuguesa reconhece em regra aos cidadãos o direito à palavra e à comunicação que constitui lógico corolário do direito à liberdade individual (artigo 26.º, n.º 4); (...) Daí que, na limitação do referido direito deva estar sempre presente o princípio da menor intervenção possível, de que são corolários aquele outros da necessidade, adequação, e da proporcionalidade entre as necessidades de administração da justiça penal e a danosidade própria da ingerência nas telecomunicações. (...) A fase processual de inquérito tem de iniciar-se logo que haja aquisição da notícia da existência de uma infracção criminal idónea à formulação de um juízo objectivo de suspeita sobre a sua verificação;”*].¹¹⁸

1º Até onde podem as escutas telefónicas invadir a privacidade?

Este meio de obtenção, como todos os outros, não sendo excepção, e pelo contrario requer mais condições para a sua concretização, deste modo, denota-se que este é visto como aquele que pode ofender mais a privacidade que os outros meios, e é nesse ponto que se irá tratar daqui por adiante.

No que respeita à protecção da privacidade da intromissão que pode ser feita através das telecomunicações foi criada no domínio desta matéria diversas legislações que visam a tutela da mesma, como a lei 67/98 de 26 de Outubro, que visa o tratamento dos dados pessoais e a protecção da privacidade no sector das telecomunicações; a lei 41/2004 de 18 de Agosto que regula a protecção de dados pessoais no sector das comunicações electrónicas e a lei 32/2008 de 17 de Julho que transpôs a directiva sobre a retenção de dados, referente à conservação de dados das comunicações electrónicas, todas elas com o intuito de preservarem os dados privados no que respeita às novas tecnologias de comunicação a que todos estamos sujeitos.¹¹⁹

Para melhor perceber-se a questão que envolve as escutas, torna-se necessária antes de mais entender que dados estão em causa, pois quando se fala que as escutas das

¹¹⁷ SILVA, Germano Marques da. *“O Curso de Processo Penal”*, volume II, 4ª edição. Verbo; Abril 2008, pág. 246 e seg..

¹¹⁸ Pode-se consultar a Circular da Procuradoria Geral da República n.º 7/92, de 27 de Abril de 1992.

¹¹⁹ Vide OLIVEIRA, Francisco da Costa. *“A Defesa e a Investigação do Crime”* 2ª edição. Almedina; Agosto de 2008, pág. 121 e seg..

telecomunicações estão a violar a privacidade e que as conversas ficam gravadas, então estas gravações contêm dados pessoais, da vida privada de um indivíduo, e a lei diz que se deve entender por dados pessoais, art. 3º, a) da lei 67/98:[” *‘Dados pessoais’: qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, (...) relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (...) é considerada identificável a pessoa que possa ser identificada directa ou indirectamente, (...) ou por um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social;*”] já o art. 8º, n.º 3 da mesma lei diz: “*O tratamento de dados pessoais para fins de investigação policial deve limitar-se ao necessário para a prevenção de um perigo concreto ou repressão de uma infracção determinada, para o exercício de competências previstas no respectivo estatuto orgânico ou noutra disposição legal e ainda nos termos de acordo ou convenção internacional de que Portugal seja parte.*”.

A intercepção e posterior gravação de conversas que são realizadas por qualquer meio de comunicação, são sempre uma restrição aos direitos fundamentais do indivíduo, este é um ponto assente, pois está a colocar-se em causa a reserva da vida privada e familiar, art. 26º, n.º 1 CRP e art. 34ºn.º 1 CRP.¹²⁰

O direito à reserva da vida privada e familiar, como direito violado ou restringido pela intercepção nas comunicações, as escutas telefónicas, pode-se ver de duas maneiras, a violação desta por parte de terceiros e estranhos à vida privada da pessoa em causa, no qual se deve impedir o acesso deste à informação pessoal, e a outra perspectiva é o que respeita à divulgação da informação obtida. A reserva da vida privada e familiar, no âmbito dos direitos fundamentais é entendida como o respeito pelo anonimato da pessoa em causa, e pela consideração da vida e das relações desta e o respeito pelos comportamentos que esta detenha no seu quotidiano em privado.

A lei diz que é inviolável o domicílio, a correspondência e outros meios de comunicação privada, com excepção dos casos expressos na lei em que se permite a intervenção nestes, como é este caso, as escutas telefónicas art. 187º CPP, caso este que a constituição permite restringir através de uma intervenção restrita só permitida com autorização do juiz, e no que concerne a esta, não pode o juiz expedir uma autorização para o realizar da escuta com mera fundamentação, e aqui está o ponto principal das escutas, ou seja, estas não podem ser feitas de qualquer maneira, pois estas como o meio de obtenção de prova mais grave, no que respeita à violação e restrição dos direitos fundamentais, tem

¹²⁰ Vide a resposta à questão 29, do Anexo 1.

requisitos mais severos que devem ser respeitados, como a análise por parte do juiz dos princípios da proporcionalidade, necessidade e adequado, e neste ponto defendo que aqui está a base da questão, ou seja, **deve-se ter sempre em conta estes três princípios**, são estes que depois de analisados face ao caso, se poderá tomar uma posição sobre se esta deve ser ou não autorizada e posteriormente executada, no qual o juiz ao longo deste processo deve ir acompanhando o seu desenrolar, tendo sempre uma proximidade material e temporal dos acontecimentos, de forma a poder manter ou alterar a sua decisão sempre que necessário. Portanto, tudo que não respeitar os requisitos sobre esta intervenção restritiva, no que respeita às escutas, é inconstitucional.¹²¹

No que respeita ao direito fundamental aqui em causa, que a constituição determina como inviolável, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar de um indivíduo, pode-se dizer que ao longo da investigação, tem-se notado que este é o direito que mais conflitos têm com outros direitos fundamentais (como o interesse comunitário e investigatório), devido à necessidade que se tem numa investigação em ir-se em busca da verdade material e só através da análise da vida privada da pessoa do caso em si, se pode determinar certos factos, por isso é permitido exigir-se a intromissão nesta quando estritamente necessário, mas ao mesmo tempo, apesar de este meio ser importante e ter-se tornado indispensável para uma investigação em certos casos, a constituição protege muito este direito, como é alusivo nos art. 34º, art. 32º e 26º CRP.

Como se pode perceber o problema começa muito antes da intromissão da vida privada propriamente dita, começa no perceber do alcance da intimidade da vida privada e familiar, onde em certos casos a jurisprudência vem entendendo que deve-se poder limitar a vida privada dos indivíduos em certos casos, como a videovigilância, situação que mais adiante neste trabalho se irá tratar.

Como já referido anteriormente, existe já legislação que estabelece os limites no que respeita à obtenção e utilização abusiva das informações obtidas sobre a vida pessoal de alguém, e é neste ponto que jurisprudencialmente tem-se entendido que a obtenção e utilização dos dados pessoais são consideradas, segundo a legislação existente, toda aquela que é obtida sem consentimento da pessoa em causa, no qual a lei 67/98 já prevê mecanismos de protecção, de tratamento e confidencialidade dos dados pessoais obtidos.

¹²¹ Vide comentário aos art. 34º e 36º da CRP segundo: MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. *“Constituição Portuguesa Anotada: Introdução geral Preambulo art 1º a 79º”*, Tomo I, 2ª edição. Editora Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, Maio de 2002.

É a própria constituição, que no seu art. 18º, n.º2 CRP admite restrições aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, tendo sempre em conta os três princípios que andam sempre em foco nesta temática (princípio da proporcionalidade, adequação e necessidade), e haver uma previsão constitucional dessa restrição e também só se permite restringir um direito, liberdade e garantia sempre que se queira salvaguardar um outro direito ou interesse constitucionalmente protegido, como indica o art. 34º, n.º 4 CRP, que apesar de dizer que é proibida a ingerência das autoridades públicas na correspondência e outros meios de comunicação, salvaguarda que tal é permitido quando se está face a matéria e processo criminal.

Assim, mostra-se que face à situação temos os direitos fundamentais dos cidadãos que não podem ser violados, mas em casos excepcionais deve-se permitir tal ingerência, com o objectivo da descoberta da verdade material, art. 32º, n. 8 CRP e art. 34º, n.º4 CRP pois visa-se salvaguardar outros direitos fundamentais relevantes, como a eficácia da investigação criminal e o interesse comunitário que também têm de ser protegido.

A sociedade, ao longo dos anos, desenvolveu e criou novas tecnologias que têm um papel importante no nosso quotidiano no qual já nem sabemos viver sem ela, como o telemóvel, mas tudo traz a suas responsabilidades e consequências, e este não é excepção, pois com a criação das novas tecnologias criaram-se também mecanismos que permitem mais facilmente a interferência na vida privada de um indivíduo, por isso, em pleno século XXI penso que é a nova meta que nos devemos juridicamente propor, é a garantia dos direitos individuais face às novas tecnologias, criando mecanismos de defesa e protecção, sobretudo num sentido preventivo, evitando-se assim uma intromissão na vida privada individual de modo arbitrário, porque se acautelou e se protegeu os direitos dos cidadãos, abrindo apenas uma excepção sempre que se esteja face a actos criminalmente tipificados praticados por um indivíduo, ou que se queira proteger interesses de igual ou superior valor.

Apesar de se reconhecer que os novos meios de telecomunicações são muito importantes, estes também trouxeram um novo meio de ingerência na vida privada, como as escutas, logo apesar de estes serem o meio de obtenção de prova mais violador e restritivo dos direitos fundamentais do cidadão, também é um dos mais importantes meios, principalmente no âmbito processual, pois é aquele que considero como mais eficaz e verdadeiro, que não se consegue contradizer, é irrefutável, por isso também a sua

importância, onde actua preferencialmente na criminalidade organizada e complexa. Por ser o meio que mais restringe, e por deter de mais requisitos para a sua concretização e validação, este normalmente só é utilizado em investigações de grave criminalidade e em processos que só através deste se consegue obter prova, como já foi referido é um meio que restringe mais os direitos fundamentais, e no qual deve-se sempre respeitar todos os seus requisitos de execução para se evitar, como se vê em casos jurisprudências, o abuso por parte de quem o utiliza, e assim a desprotecção dos cidadãos.

Um ponto assente nesta questão, é que **legal ou ilegal a utilização da escuta telefónica restringe e viola o direito da reserva da vida privada e familiar do indivíduo a que ela esteja sujeita**, tanto quando esta é feita no âmbito processual por autoridades, como por terceiros que querem apenas espionar a vida de um indivíduo. Agora perceber-se até onde esta pode violar, é um tanto subjectivo e difícil de determinar rigidamente, pois o direito adapta-se às circunstâncias do caso a que estiver face. Como aludi anteriormente, a lei determina que se pode restringir este direito fundamental no âmbito processual criminal mas esta também mesmo processualmente protege o direito que restringiu, pois após a realização das escutas estas estão sujeitas a um sigilo rigoroso que decorre no desenrolar do processo e que envolve todas as pessoas que têm contacto com estas, e esta protecção vai ao ponto de se destruir todo o material que se gravou mas que não vai ser utilizado processualmente no caso, nunca esquecendo que temos o juiz de direito que vai assegurar os direitos fundamentais e a utilização dos factos gravados. Como refere um acórdão do TC *“As regras processuais têm em vista a preservação de direitos fundamentais dos cidadãos, tendo por escopo restringir ao mínimo indispensável a liberdade individual de cada um. E este mínimo indispensável afere-se por critérios de investigação criminal e de preservação, através daqueles, dos valores sociais fundamentais – a preservação do bem comum.”*¹²²

Em suma, as escutas são o meio de obtenção de prova que mais dificulta o princípio do contraditório, pois como é que o arguido pode contradizer uma gravação de algo que ele disse? É neste aspecto que se vai ver as posições opostas, ou seja, de um lado temos os OPC e o juiz que determinara e realização das escutas, porque entendem como indispensável para obtenção de prova no processo, e do outro lado, temos o arguido e a sua defesa que como único meio de defesa face a uma escuta legal utilizam argumentos

¹²² Segundo o Acórdão do Tribunal Constitucional nº TCB19970521974072, de 21 de Maio de 1997.

processuais, no qual maioritariamente na jurisprudência encontra-se a utilização de argumentos no que concerne aos requisitos de execução das escutas, como a excedência do prazo para validação das escutas por parte do juiz.

Portanto, estou de acordo com a utilização deste meio, mesmo quando se restringe um direito fundamental individual, mas sempre que se respeite os requisitos legais. Este é um importante meio de obtenção de prova, é aquele que veio trazer uma certeza e credibilidade sobre os factos apresentados como prova, pois é uma gravação da própria pessoa a se incriminar, mas sublinho que se deve ter muito cuidado na sua utilização, pois como é um meio um tanto cómodo, comparativamente com os outros, pode gerar uma excessiva utilização deste, e é aqui que o juiz tem um papel muito importante, como detentor do poder delimitador da utilização do mesmo, no qual destaco que este como defensor da justiça deve sempre seguir uma linha de regra, quanto a esta questão, que é a **análise preventiva dos três princípios processuais** já referidos, pois **nunca se pode esquecer que cada caso é um caso**, por isso não se poderá dizer que deve sempre se restringir os direitos fundamentais utilizando este meio, quando temos outros que são menos ofensivos, e outro ponto é o utilizar deste como se faz com a medida de coação, prisão preventiva, só em último caso, quando nenhum outro obtêm o mesmo resultado e sempre que este esteja adequado à criminalidade que se está face, pois não faria sentido que por um furto simples, como por exemplo, o furto de algumas peças de fruta apetecíveis do vizinho, se utiliza-se as escutas como meio de obtenção de prova.

Conclusão, **este meio na sua utilização invade a privacidade de um indivíduo**, muito mais que qualquer outro, e o porque de este ser considerada aquela que mais viola face aos outros meios de obtenção de prova, é porque, como se pode ver, numa apreensão nem sempre a pessoa detêm de algo que a incrimine, é como uma busca, mas já a escuta é como se tivessem a tirar informação da “cabeça”, pois ao escutar uma conversa, no qual se pensa que ninguém esta a ouvir, excepto a pessoa do outro lado, que sendo de confiança desabafamos os factos, pensando que nada nos incrimina, pois é uma conversa com alguém de confiança no qual a pessoa detêm laços, e que nos leva a auto incriminar, sem saber.

Quando se fala em escutas, legais ou ilegais no âmbito processual, que decorre de um investigação a um indivíduo, como também uma escuta que é feita por alguém que quer intervir ilegítimamente na vida de um indivíduo, no qual ambas interferências violam a reserva da vida privada, e entendo que aquela que é feita por um terceiro é mais grave

que a que é feita processualmente, mesmo que ilegal, pois a que é feita processualmente tem um fim, que é a investigação e a salvaguarda de outros interesses constitucionalmente previstos, como os interesses da comunidade, já quando é um indivíduo que escuta outro, é para “bisbilhotice”, invadindo de uma maneira indesculpável e condenável de modo abusivo a privacidade de um cidadão, sem legitimidade alguma. Sem dúvida, que face ao tema do trabalho, estamos a falar de escutas processuais que como já frisado anteriormente, violam a reserva da vida privada mas que a lei além de impedir tal ingerência também ao mesmo tempo abre excepções, no qual penso que a principal resposta á questão feita baseia-se nos interesses que estão em causa, pois a regra é que não se pode restringir um direito fundamental “mas”, e este “mas” que dizer que em certos casos se permite, dependendo do que esteja em causa, pois pode-se estar face a um interesse maior face aquele que se está a restringir, ou um interesse da comunidade. Sobre a reserva da privacidade levanta-se muitas questões, no qual a base das respostas vem do limitar deste direito fundamental, ou seja, se soubermos até onde este vai, já sabemos até onde podemos ir e assim evitar a restrição ou restringir apenas o indispensável, vem-se entendendo legislativamente, ou seja, já se encontra alguma legislação que permite em certos casos que se restrinja a privacidade de um indivíduo, mas nestes em regra está sempre em causa bens maiores, como a segurança e prevenção da comunidade, como é o caso da videovigilância e outros mecanismos electrónicos que controlem nossos passos do quotidiano, casos estes que mais à frente se irá tratar.

Em suma, as escutas só podem invadir na privacidade até onde a lei permite, ou seja, só nos casos que a constituição expressamente estabelece que se possa restringir este direito fundamental, como é no caso de processos e matérias criminais, art. 34º,n.º4 CRP,¹²³ sempre que se respeite os requisitos legais.

2º Quem tem legitimidade de executar as escutas e de fiscalizar quem as executa?

A questão que aqui se pretende tratar é a “*escuta das escutas*”, ou seja, quem fiscaliza aqueles que realizam as escutas? Como referido anteriormente, as escutas são aquele meio de obtenção de prova mais cómodo, pois pode ser feito de um gabinete sem se

¹²³ Vide comentário ao art. 34º CRP: CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. “*CRP Constituição da República Portuguesa Anotada art. 1º a 107º*”, volume I, 4º edição revista. Coimbra Editora; 2007.

ir ao terreno, o que pode gerar um acomodação por parte de quem as realiza e um excessivo abuso na sua utilização.

No seio da nossa sociedade, principalmente os que fazem parte de órgãos jurídicos e de investigação criminal, anda-se a falar da criação de um conselho de fiscalização das escutas telefónicas, para se evitar o excesso e a falta de controlo que há, no qual dizem que estas devem ser feitas pela PJ que teria entre outras funções a fiscalização das fugas ao sistema, que continuam a existir pois ainda não se criaram as condições necessárias para as controlar, como são os casos das escutas ilegais e do incumprimento do despacho do juiz para destruição das escutas não necessárias para o processo.

Dai a necessidade da criação de um conselho de fiscalização das escutas, que já vem sendo falado no seio da comunidade jurídica, no qual na minha opinião deveria ser composto por entidades judiciais, como MP e /ou juízes e também por representantes da sociedade eleitos pela AR.

O actual Procurador-geral da República, no que concerne a esta questão, em comunicados aos jornais e rádios portuguesas, mostra-se contrário à eventual criação de um órgão que não seja judiciário para fiscalizar as escutas telefónicas em Portugal.

O art. 34º CRP tem uma posição muito bem definida quanta à ingerência que possa ser feita nos meios de comunicação, no qual as normas legais que permitem as interferências e assim a restrição dos direitos fundamentais de um cidadão, devem ser interpretadas de forma muito restritiva.

As escutas telefónicas actualmente não são controladas nem fiscalizadas pelo poder judicial nem por nenhum juiz, os juízes que têm contacto no processo com as escutas apenas dão autorização para a concretização e tentam estar o mais perto possível do desenrolar delas, tanto a nível material como temporal, para dar suporte e apoio jurídico, para os casos em que é necessário revogar, art. 187º, n.º 6 CPP e valida-las, mas nunca no sentido de fiscalizar quem as está a executar, situação essa que traz muita controvérsia para opinião pública e comunidade jurídica, sobre a necessidade de uma entidade que fiscalize quem as execute e quem deve compor essa entidade, para assim se evitar excessos na sua utilização.

Como já anteriormente referido, as escutas telefónicas não são controladas nem fiscalizadas no seu procedimento de execução, isso pode-se ver nos casos em que nem o poder judicial nem a lei tem alguma posição, no que respeita à escolha de quem se ocupa dos aspectos logísticos na PJ com as escutas, nas opções concretas sobre o que se deve

considera relevante para a prova ou não, art. 188º,n.º 1 CPP; sobre se no realizar das escutas alguém tira cópia ou notas e depois as utiliza fora do processo em causa, sem autorização; quem controla os actos de destruição demandados pelo juiz, art. 188º,n.º 3 CPP, de escutas que são entendidas como não relevantes para prova, será que elas são mesmo destruídas? Pois nestes campos a lei não coloca nenhum papel ao juiz do processo em causa, nem ao MP, no qual cabe a quem realizou as escutas tais procedimentos sem alguém que fiscalize se tais procedimentos foram concretizados devidamente ou se houve fugas de dados, pois mesmas as entidades que as realizam, normalmente a PJ, na prática algumas destas determinações legais não têm eficiência realística nem são cumpridas, pois em muitos casos a PJ já leva as transcrições feitas daquilo que entendeu que seja relevante, não possibilitando ao juiz que analise e transcreva e mesmo quando é dado ao juiz de instrução as gravações para ele transcrever o que entender ser relevante probatoriamente, é quase humanamente impossível que este ouça tudo e seleccione as passagens relevante.

Na actualidade, face à facilidade em que acontece violações aos direitos fundamentais, já se viu que os limites e restrições que se colocaram são ainda insuficientes, face à temática escutas telefónicas, por isso torna-se necessário criar mecanismos de controlo das operações técnicas, como a selecção e fiscalização dos agentes executivos que se ocupam da audição, indicação ou transcrição das gravações, o controle da destruição das escutas e segurança de que não são copiados ou anotados elementos dela retirados.

Uma das deficiências que encontro no nosso sistema jurídico no âmbito de investigação criminal é a falta de um sistema informático que centraliza os dados, agilizando assim os procedimentos e a investigação criminal no território nacional, independentemente onde se tenha realizado o crime, caso esteja-se face a um crime continuado, ou independentemente do espaço físico em que se encontre e realize esta.

As polémicas sociais que se levantaram, face às escutas telefónicas, foram as chamadas “escutas polémicas” dos processos como: o processo Casa Pia, em que houve divulgação das escutas nos *media*; outro processo foi o chamado “face oculta” que trouxe conflitos entre os juízes, no que respeita ao entendimento sobre a legitimidade para a destruição das escutas que interceptaram conversas que envolviam o nosso primeiro-ministro da época e por último, dos casos mais polémico sobre as escutas na actualidade, foi o caso “Portucal”, no qual os arguidos em julgamento foram confrontados com as escutas das suas conversas. A polémica sobre escutas não é só destes casos mais actuais, ela já vem de longe, principalmente porque este meio é aquele que é mais agressivo no que

concerne à violação de direitos fundamentais, daí também o motivo de este se usar em último recurso.

Como foi dito pelo Sr. Dr. José Miguel Júdice, a 18 de Setembro de 2003, na rádio de notícias TSF: *“O Ministério Público e os juízes de instrução «não controlam» as escutas telefónicas e a Polícia Judiciária só se controla «a ela própria», o que «não é um bom sistema» ”.*

Neste sentido, citando um acórdão do TC: *“Assim, o que se pretende é que o juiz, que ordena e fiscaliza a realização das escutas possa, efectivamente, exercer esse poder de fiscalização, ou seja, com autoridade e oportunidade processuais, acompanhando de forma contínua e próxima o exercício de um meio de obtenção de prova que pela sua própria natureza, reveste a especialidade de interferir com a intimidade/privacidade da vida de quem está a ser objecto de averiguação criminal. Assim, como pode verificar-se pelo processado em nenhum momento deixou o juiz de instrução de acompanhar o desenrolar das escutas que ordenou”,* o problema na prática é mesmo este, o juiz só acompanha, dando apoio legal, não lhe foi dados poderes legais de fiscalizar o concretizar das escutas e eliminação destas, na prática, este também já detém de muitas tarefas no qual esta só lhe veria a sub carregar, no qual entendo, como já algumas figuras importantes do nosso sistema jurídico nacional, que o mais relevante e necessário seria a criação de uma entidade só com esta função.¹²⁴

Enquanto forem os juízes a terem de tomar todas as decisões face ao caso das escutas sub carregando as suas funções, muitas violações serão cometidas aos direitos constitucionalmente consagrados, sem que ninguém tome “mão” da situação, portanto, como já indicado e defendido, é entendido que actualmente tornou-se necessário a criação de uma entidade reguladora para a situação. A juíza Amália Morgado diz numa entrevista que foi sujeita sobre a temática escutas telefónicas: *“Admite que existam escutas ilegais? Depende do que se considere ilegal. Para mim é, desde logo, ilegal uma escuta, que não preencha os requisitos legais, não obstante até poder estar autorizada por juiz. Também acontece se não comprovarmos a titularidade dos números que nos pedem para escutar. Eu por exemplo, quando me apresentam números de telefone para escutar, alegadamente como sendo de A ou B, confirmo essa titularidade com a operadora e, não poucas vezes,*

¹²⁴ Sobre o tema pode-se consultar: Acórdão do Tribunal Constitucional nº 407/97.

nada tem a ver com a pessoa indicada. Esta e outras, são exigências minhas, mas não é a prática dos tribunais. ¹²⁵

Face aos crimes que vêm tipificados no art. 187º CPP, no qual só as estes se pode executar escutas telefónicas, na sua maioria, segundo a LOIC, são casos da PJ, mas em alguns podem outros OPC realizar, são entes órgão que são entendidos como aqueles que têm legitimidade para a sua execução, portanto sobre quem tem legitimidade para as executar, como a própria lei indica são os OPC, art. 188º CPP, nada de mais há a levantar sobre esta questão.

Conclusão, são os OPC que têm legitimidade para executar uma escuta telefónica, com a devida autorização de um juiz, agora quanto à questão de quem tem legitimidade para fiscalizar estas na sua execução, acho que actualmente legalmente ainda não foi dado um resposta concreta sobre esta temática, pois todos entendem que é o juiz que autoriza a sua execução, já os OPC entendem que é o MP, visto estar hierarquicamente superior e desta eles dependem funcionalmente, mas na prática, legalmente sabemos que tanto uma autoridade judiciária como outra, só acompanham o realizar das escutas, logo não as fiscalização, no sentido literal da palavra, portanto, é como já referi anteriormente, e como já se tem vindo a se falar na sociedade jurídica, deve-se criar um órgão próprio para esta função.

4.2.5. Reproduções mecânicas e o desrespeito pela privacidade e anonimato

As reproduções mecânicas **não são um meio de obtenção de prova**, como se sabe, são um meio de prova, incorporado na prova documental, art. 167º e 168º CPP, pode-se aqui estar a falar de um meio de prova e não de obtenção mas a base continua a mesma, que é desenvolver o tema da ingerência na vida de cada uma por parte destes meios.

Este é um meio tão importante e questionável na actualidade, que o trabalho não ficaria totalmente realizado se não fala-se desta problemática, sendo assim **abriu-se uma excepção ao tema**, “meios de obtenção de prova”, para se falar de uma questão com relevo, como esta é na actualidade, ou seja, **a interferência das reproduções mecânicas na vida dos cidadãos.**

¹²⁵ Extracto de um artigo do JN (Jornal de Notícias), uma entrevista chamada “Lucidez”, realizada numa quarta-feira, 10 de Fevereiro de 2007, por Nuno Miguel Maia à juíza Amália Morgado que esteve 11 anos no tribunal de instrução criminal do Porto, nos quais os dois últimos como presidente.

Entende-se por reproduções mecânicas todos aqueles mecanismos electrónicos que retratam a figura da pessoa, normalmente são fotografias ou vídeos, que permita o identificar o arguido, de modo a possibilitar assim uma mais fácil identificação de uma pessoa para interesse processual, este como documento, por assim dizer, digital, tem como objectivo fazer conhecer o seu conteúdo representativo.

Pode-se dizer que as reproduções mecânicas são uma definição moderna de documento, pois é todo aquele objecto material que não se reproduz como um documento normal, papel, mas por um suporte material visual, auditivo ou áudio/visual, são informações registadas em meios mecânicos, ópticos ou magnéticos de armazenamento, art. 167º e 168º CPP. Este meio como prova documental é uma prova não autenticada, pois não foi exarada por uma autoridade competente, como um notário, como é no caso de um testamento, art. 363º, n. 2 CC.¹²⁶

1º É válida a colocação de videovigilância em espaços públicos e privados, indo restringir a privacidade e anonimato?

Quanto a esta questão, está a querer-se tratar da colocação de videovigilância em espaços públicos, como ruas, praças públicas, hospitais, estradas etc. e espaços privados mas de utilização pública, como cafés, locais de trabalho por exemplo fábricas e lojas de comércio, etc, onde se pretende analisar esta situação, de modo a perceber-se, se esta colocação é legítima face ao direito à privacidade que todos detemos.

Face ao caso em análise temos duas posições no que respeita ao uso da videovigilância, que é a posição de quem defende o seu uso posição que defende, que baseia-se na defesa das finalidades essências deste mecanismo, como o controlo do trânsito, vigilância dos centro históricos das cidades, protecção do ambiente e património cultural, protecção de pessoas e bens e garantia das condições de segurança em espaços laborais, estes são apenas alguns dos inúmeros exemplos daquilo que as câmaras de vigilância proporcionam. A outra posição é aquela que defende que o uso dela restringe a liberdade de movimento das pessoas, pois estamos a ser vigiados quanto aos nossos movimentos, impossibilitando que a pessoa se movimento anonimamente e livremente pelos locais, como pretendia, e a sua privacidade pois esta também se vê restringida pois a

¹²⁶ SILVA, Germano Marques da. “*O Curso de Processo Penal*”, volume II, 4º edição; Verbo; Abril 2008.

pessoa já não terá ou se sentirá livre de fazer o que quiser, no sentido de praticar actos que não estão tipificados penalmente.

Sobre esta temática já existe enumera legislação, que foi criada ao longo desta década, pois antes não havia tantas câmaras de videovigilância ou as pessoas não sentiam tanta necessidade de as colocar, seja o que for, actualmente elas vêm-se por todo o lado e são cada vez mais utilizadas, ao ponto de se ter criado tanto legislação para regular esta situação e ter-se também criado a Comissão Nacional de Protecção de dados (CNPd), como órgão que auxilia a sua implementação.

Portaria nº 1164-A/2007 de 12 de Setembro aprova o modelo de aviso, a instalar em local visível nos táxis que possuam videovigilância; **Lei nº 33/2007 de 13 de Agosto** regula a instalação e utilização de sistemas de videovigilância em táxis; **Lei nº 51/2006 de 29 de Agosto** regula a instalação e utilização de vigilância electrónica rodoviária e a criação e utilização de sistemas de informação de acidentes e incidentes pela EP - Estradas de Portugal, EPE, e pelas concessionárias rodoviárias; **Decreto-lei nº 207/2005, de 29 de Novembro** regula os procedimentos relativos à instalação de sistemas de vigilância rodoviária e ao tratamento da respectiva informação; **Lei nº 1/2005, de 10 de Janeiro** regula a utilização de câmaras de videovigilância pelas forças de segurança em locais públicos de utilização comum; **Lei nº 35/2004 de 29 de Julho** altera o regime jurídico do exercício da segurança privada; **Lei nº 16/2004 de 11 de Maio** regula a segurança nos recintos desportivos; **Lei nº 99/2003 de 27 de Agosto** aprova o Código do Trabalho (delimita algumas condições em que devem ser utilizados os meios de videovigilância à distância no local de trabalho); **Lei 41/2004 de 18 de Agosto** relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas; **Lei 67/98 de 26 de Outubro** - lei da protecção de dados.

Toda a colocação de videovigilância tem de ser submetida a um parecer da CNPD, independentemente de ser para um espaço público ou privado mas utilização pública, assim, há dois perspectiva a ter em conta: no caso de o sistema de videovigilância estar a ser colocado numa via pública, o pedido deverá ser enviado para o Ministério da Administração Interna, que encaminha, posteriormente, o processo para a CNPD. Todos os casos restantes (fábricas, lojas, condomínios, etc), ou seja, espaços privados mas de utilização pública devem ser enviados directamente para a CNPD. As câmaras que são colocadas dentro de uma propriedade privada para foro privado não precisa do consentimento e análise da CNPD, como refere o art. 4º, n.º 2 da lei 67/98 “*A presente lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais efectuado por pessoa singular no exercício*

de actividades exclusivamente pessoais ou domésticas” e o n.º 6 “É vedada a utilização de câmaras de vídeo quando a captação de imagens e de sons abranja interior de casa ou edifício habitado ou sua dependência, salvo consentimento dos proprietários e de quem o habite legitimamente ou autorização judicial”, porque estas não estão a ser utilizadas em espaços públicos ou de utilização pública, logo não restringem nenhum direito constitucionalmente consagrado, por isso, não é um tema que vá ser analisado neste trabalho, a única questão que se poderia levantar no foro privado era um terceiro colocar uma câmara para obter imagens de foro íntimo e privado de um cidadão, mas como se sabe tal situação não é permitida, pois quando não consentida pela pessoa que é sujeita a essa invasão, está-se a lesar gravemente o direito de reserva à vida privada e familiar, constitucionalmente consagrado no art. 26º CRP, e também penalmente tipificado no art. 192º e 199º CP, dependendo do caso, também se pode ver tratada esta temática no acórdão do TRL.¹²⁷

As câmaras não podem ser utilizadas como meio de monitorização dos “passos” que uma determinada pessoa dá pelos espaços públicos e/ ou de utilização pública. Como diz a própria lei 67/98, no seu art. 2º *“O tratamento de dados pessoais deve processar-se de forma transparente e no estrito respeito pela reserva da vida privada, bem como pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais”,* a existência desta comissão (CNPD) não leva a que se permita colocar câmaras onde as pessoas entendam ser necessárias, e a sua utilização rege-se pelo **princípio da proporcionalidade**, como tudo que concerne à obtenção da prova, como indica o art. 7º, da lei 1/2005, n.º1 *“ A utilização de câmaras de vídeo rege-se pelo princípio da proporcionalidade”,* e o n.º 2 *“Só é autorizada a utilização de câmaras de vídeo quando tal meio se mostre concretamente o mais adequado para a manutenção da segurança e ordem pública e para a prevenção da prática de crimes, tendo em conta as circunstâncias concretas do local a vigiar”,* no qual esta entidade faz um parecer onde estuda o caso em si, analisando o local onde se pretende colocar a câmara, tendo sempre em conta o caso em si, como refere o n.º 3 *”Na ponderação, caso a caso, da finalidade concreta a que o sistema se destina são igualmente tidos em conta a possibilidade e o grau de afectação de direitos pessoais através da utilização de câmaras de vídeo”,* pois é esta lei que regula a utilização de câmaras de

¹²⁷ Segundo o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de Maio de 2009, processo 10210/2008-9.

videovigilância em locais públicos de utilização comum, para captação e gravação de imagens e som.

No que concerne à colocação de vigilância em espaços privados de utilização pública, existe certos espaços que a lei obriga a colocação de câmaras de segurança e protecção art.º 4 do DL 35/2004, pode-se dizer que actualmente existe um vasto leque de legislação sobre esta matéria que abarca e protege todas as situações em que ela pode ser utilizada, no qual a legislação existente está de uma maneira bem assente e ajustada às necessidades actuais.

Os dados obtidos, por determinação constitucional, art. 35º, nº3 CRP estão sujeitos a um regime opressivo pois como este mesmo art. indica: ***“A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei, com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis”***, como o art. 7º da lei 67/98 também defende, daqui decorre que naquelas situações em que não é possível obter um consentimento, livre, expresso dos titulares dos dados, visto que não pode ser tácito, se não estaria se a ir contra a lei da protecção de dados. A Lei 67/98 surge como legislação geral a que deve obedecer o tratamento operado por sistemas de videovigilância e de outras formas de captação, difusão de sons e imagens.¹²⁸

Quando se fala em videovigilância primeira coisa que nos surge é a captação de dados pessoais que nos identifique, desde nossa imagem e voz, por isso a importância da legislação existente é no sentido de orientar o tratamento a dar aos dados pessoais obtidos, como a recolha, registo, organização, conservação, adaptação, alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão e destruição.

As imagens só podem permanecer em arquivo, por regra, durante 30 dias, outros diplomas estabelecem prazos específicos, assim como os registos de som e imagem realizada durante um espectáculo desportivo deve ser conservadas durante 90 dias¹²⁹, o que permite que esta seja colocada como prova processual, visto ainda ser guardada durante um período de tempo, e não como a sociedade pensa, que ficava guardado apenas 24h.

¹²⁸ RODRIGUES, Benjamim Silva. *“Da Prova Penal: Bruscamente...A (s) Face (s) Oculta (s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal”*, Tomo II, 1º edição editora REI dos livros; Abril de 2010, pág. 569 e seg..

¹²⁹ Lei 16/2004 de 11 de Maio

A CNPD face à licença a dar para colocação das câmaras de videovigilância, rege-se pelos **princípios da idoneidade**, no sentido de ver se o meio é o adequado para atingir o objectivo proposto; **pela necessidade**, na medida em que o meio utilizado é o mais capacitado para assegurar o objectivo e ser igualmente eficaz, e por último a **proporcionalidade**, no que respeita ao benefícios que se tem com a utilização das câmaras, se são maiores que os limites e restrições que estas colocam.¹³⁰

Em conclusão, quanto à utilização da videovigilância, esta tem como finalidade a protecção e a prevenção, é necessária a autorização prévia e parecer da CNPD, as imagens são guardadas durante um mês, a menos que tenham legislação específica ou tenham relevância penal e sejam usadas como meio de prova, segue-se sobretudo o princípio da proporcionalidade e intervenção mínima. Estas foram as regras gerais quanto à utilização deste mecanismo, agora quanto às entidades privadas, algumas delas a lei impõe a utilização deste mecanismo, e é obrigatório colocar o seguinte aviso: *“Para sua protecção, este lugar encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão”* ou *“Para sua protecção, este lugar encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão, procedendo-se à gravação de imagem e som”*, no qual assim pretende-se obter uma harmonia entre a necessidade de defesa da sociedade e a salvaguarda dos direitos fundamentais. Exporei alguns casos que obtive conhecimento, para assim demonstrar a vertente prática sobre esta questão, o primeiro caso, foi de um senhor que passou numa *“scut”* colocada numa auto-estrada, no limite legal estabelecido, mas que no entendimento da entidade que regula a referente *“scut”*, pelas câmaras detectaram que ele excedeu a velocidade legal estabelecida para aquelas vias, e por esse motivo penalizaram-no com uma coima. O referente senhor, na sua alegada contestação, declarou que as respeitantes câmaras não têm a função de captação de infracções contra – ordenacionais mas sim de pagamento pela utilização da via em questão, outro facto foi que a câmara em causa como tinha sido colocada há pouco tempo ainda não tinha autorização da CNPD, logo não se encontrava legal e não poderia captar imagens, este caso actualmente encontra-se na fase de instrução. Outro caso, foi o de uma senhora que arrolou como prova no seu processo de divórcio, uma imagem tirada de uma câmara que visa fiscalizar a via em questão e os excessos de velocidade cometidos, e ela teve acesso a tal imagem porque esta vinha como fundamento a um coima do seu marido, por excesso de velocidade na referente via, no qual

¹³⁰ Pode-se consultar o sítio da Comissão Nacional da protecção de dados: « www.cnpd.pt/ »

a imagem que só deveria captar a viatura, captou o condutor e o seu acompanhante, que no caso se tratava de um mulher, situação essa que a referente senhora quis alegar no seu caso de divórcio, mas no qual o juiz não valorou a imagem obtida pela câmara, pois a função desta era tirar os dados só referentes aos veículos automóveis, não às pessoas que nela se encontram, violando-se assim o direito à reserva da vida privada, sendo assim, a alusiva imagem não serviu ao caso de divórcio como prova.

As câmaras de videovigilância têm de respeitar sobretudo o fim para que são propostas, nunca excedendo esta extensão, pois caso o façam estão a limitar um direito fundamental, ou seja, se elas foram colocadas num determinado local para pagamento, como é o caso das “scuts”, elas só podem realizar esse fim e nunca fiscalizações de infracções cometidas pelos condutores, como também as câmaras que são colocadas para controlo de excesso de velocidade e consequentemente medida contra – ordenacional, não podem ser utilizada como meio de controlo das pessoas que por aquela via circularam, entre outros inúmeros exemplos. **Tudo que se cria tem um objectivo que deve ser respeitado,** e quando se ultrapassa esse âmbito, está-se a lesar um ou vários direitos fundamentais.

Assim, **a videovigilância é um bem para a sociedade, no sentido que a protege ou uma restrição, no sentido que a limita?**

Pode-se constatar que é de todos os meios de prova que actualmente se tem falado mais, devido aos acontecimentos recente a que ela se encontra relacionada, como o uso da videovigilância para repressão dos tumultos que ocorreram em Londres, em Agosto de 2011, e o desmantelamento das câmaras de videovigilância na Ribeira do Porto, por falta de acordo entra as entidades interessadas e competentes, para o funcionamento destas.

Portanto, **o uso do mecanismo videovigilância tem de ser sempre ponderado e visto caso a caso,** porque a sua utilização consubstancia uma intromissão na vida privada e familiar, como direito fundamental e também na liberdade da pessoa, pois não vai poder andar livremente e anonimamente, e é devido a estes interesses em causa que este sistema apenas pode ser aplicado mediante autorização prévia da CNPD, para evitar, como é referido em muitos discurso sobres esta temática, ter-se uma espécie de “Big Brother” dos cidadãos na via pública e em espaços de utilização pública.

O grande problema actual no seio da nossa sociedade, no que se refere à instalação de sistemas de videovigilância em locais públicos ou de utilização pública, são os excessivos pedidos de autorização para colocação, pois uns defendem este meio para

combater a insegurança que sentem e que vai ainda sentir-se mais, com a crise económica que ainda se avizinha piorar, após implementação de mais medidas de austeridade, mas retirando este aparte, são cada vez mais as autarquias que pedem este meio para combate da criminalidade, mas por outro lado, aqueles que são contra consideram este meio, um sistema de violação dos direitos individuais dos cidadão.

Defendo a colocação deste mecanismo para combate à criminalidade e a própria psicologia criminal também, no qual referencia o seguinte facto, a colocação de câmaras em espaços públicos em que sabe que se pratica actos susceptíveis de serem penalmente relevantes, com a colocação de câmaras de videovigilância faz com que essas zonas sejam menos procuradas para o cometimento de infracções ou até mesmo passam a não ser ocupadas por indivíduos que praticam ilícitos, como zonas de “correio de droga”, tráfico, prostituição, roubos, etc, trazendo assim e transmitindo para a população um sentimento de segurança quanto a esse espaço, mesmo no caso de haver um roubo á mão armada, a própria pessoa sabe que há uma maior possibilidade de poder-se encontrar o individuo que o cometeu e puni-lo. Também **ressalvo, que apesar da sua suma importância tem de ser ter muita atenção para não se banalizar a sua utilização** de modo a que, se actualmente com as poucas câmaras existentes já se acha que se restringe excessivamente os direitos individuais do cidadão, então depois passaríamos da restrição actual para uma total restrição, pois apesar **de defender que deve-se usar este mecanismo para controlo e combate de criminalidade, protecção, segurança e posteriormente obtenção de prova,** também se sabe que este meio como todos os meios de prova, na sua utilização restringe certos direitos fundamentais, mas penso que em certos casos, e lá vem a tal citação de **“cada caso é um caso”, deve-se ter sempre em atenção as circunstancias e local onde se pretende colocar este mecanismo,** para assim se evitar a sua abusiva utilização, de modo **a se restringir o mínimo possível os direitos individuais de cada um, mas tão necessário, por um bem maior, a segurança da comunidade e protecção dos bens.**

Portanto, a ponderação de interesses em causa apela, sem dúvida, à aplicação do princípio da proporcionalidade, lei n.º 67/2008, no qual a CNPD tem um papel importante, pois esta é a entidade reguladora desta situação, de modo, que consegue travar as arbitrariedades que surjam quanto à utilização deste meio, controlando a sua aplicação e analisando os casos individualmente, permite-lhe equilibrar os interesses e direitos em conflito no caso, e permitir-se assim uma transparência no sistema, como indica o art. 2º da lei 67/98 *“o tratamento de dados pessoais deve processar-se de forma transparente e no*

estrito respeito pela reserva da vida privada, bem como pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais”.

A utilização da videovigilância coloca em causa certos direitos fundamentais, este facto é ponto assente, e por se saber de tal circunstancia, torna-se necessário o conciliar dos valores fundamentais em conflito, pois de um lado temos a reserva da vida privada e por outro temos outros interesses também importantes, como a protecção e segurança de bens e pessoas, de modo que se torna necessário estabelecer um consenso e harmonia entre estes valores em causa e na utilização deste mecanismo, como se pode ver na lei 1/2005, em que esta proíbe a gravação de conversas de natureza privada e a colocação de câmaras em áreas de resguardo, que apesar de serem locais públicos são de natureza privada, como são as casas de banho públicas.

A videovigilância já não é só usada em espaços públicos, ela também é usado em muitos outros espaços, que restringem na mesma maneira os direitos fundamentais de um indivíduo, como é o caso dos táxis, as concessionárias das auto-estradas, e um exemplo curioso, a maternidade Alfredo da Costa, em Lisboa, que colocou câmaras nas incubadoras dos recém - nascido, na ala de cuidados intensivos neonatais, de modo a permitir que pais de casa, através de um computador com ligação à internet pudessem ver os seus próprios filhos, através de um código que permite o acesso a câmara referente ao seu filho.

Uma situação que se encontra muito na jurisprudência, quanto à colocação deste mecanismo em espaços privados de utilização pública, mas que não será tratada aqui, mas no qual faço referência, é a utilização de câmaras em espaços laborais no qual os trabalhadores na sua maioria são contra, arguindo que a sua colocação tem como propósito a monitorização dos trabalhadores e controlo de produtividade, como por exemplo o acórdão do TRL.¹³¹

Por incrível que possa parecer, um simples movimento num shopping, num banco, num transporte de utilização pública, numa caixa multibanco, hospital e até no Santuário de Fátima está a ser monitorizados, no qual a maior parte de nós se dá conta, devido à correria da vida actual, e é devido à crescente insegurança que a sociedade tem, que se vem a comprovar o aumento de pedidos de legalização do sistema de videovigilância, no qual também facilmente se encontra à venda por qualquer parte do país, ou seja, não há uma só entidade que vende, são muitas empresas e marcas, um autêntico mercado que está em expansão.

¹³¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de Outubro de 2008, processo 7125/2008-4.

A nível probatório este é sem duvida um grande meio de prova, pois numa situação em que não há testemunhas da ocorrência de um facto, este meio desde que consiga identificar a pessoa, é irrefutável, desde o modo de procedimento até á própria identificação da pessoa, situação essa que a prova testemunhal não pode dar com toda a segurança e certeza.

Este meio é hoje muito utilizado até por parte dos Estados, na defesa dos seus interesses, como vem referido no sit na CNPD, *“os Estados tendem a colocar o acento tónico da utilização da videovigilância em razões específicas e em preocupações muito próprias. Por exemplo, em Espanha há uma preocupação especial na regulação da utilização de câmaras pelas forças policiais. Segundo Ricard Martinez «em Espanha o emprego das câmaras de vídeo surge com fundamento na prevenção das acções realizadas por membros de organizações independentistas no País Basco e enquadra-se no âmbito de uma política anti-terrorista. Por seu turno, o caso francês e italiano parecem responder melhor à luta contra a delinquência comum». No caso português anota-se, de forma marcante, o objectivo de assegurar a «protecção de pessoas e bens»”*.

Como indica também Vieira de Andrade, *“não pode ignorar-se que nos casos de conflito, a Constituição protege diversos valores ou bens em jogo e que não será lícito sacrificar pura e simplesmente um deles ao outro”*. Adianta este autor que *“a medida em que se vai comprimir cada um dos direitos (ou valores) pode ser diferente, dependendo do modo como se apresentam e das alternativas possíveis de solução de conflito”*.¹³² Como estabelece o acórdão do TRL, *“Porque estão em conflito direitos passíveis de protecção – o direito de propriedade, à segurança de pessoas e bens, de um lado, e o direito à intimidade, de outro – este preceito condiciona o tratamento à necessidade de ponderação entre o interesse e finalidades legítimas dos responsáveis e os direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados que podem ser afectados pela recolha de imagens.”*¹³³

Conclusão, a utilização da videovigilância é válida desde que respeite os requisitos legais e tenha a devida autorização, não esquecendo, como defendo, a ponderação dos valores em causa, tendo sempre presente o princípio da proporcionalidade, necessidade e idoneidade e analisar caso a caso, como refere o acórdão o TRL [*“É pacífico que a licitude da videovigilância se afere pela sua conformidade ao fim que a autorizou.*

¹³² Sit CNPD «www.acnp.pt/» (apud) *“Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976, 1983”*, pág. 221

¹³³ Segundo o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de Maio de 2009, processo 10210/2008-9.

*(...) O fim visado pela videovigilância instalada na escola, um local público, por um cidadão, só poderia ser exclusivamente o de prevenir a segurança do estabelecimento, mas devendo conter o aviso aos que lá se encontram ou se deslocam de que estão a ser filmados e só, nesta medida, a videovigilância é legítima.” (...) “o sistema de videovigilância não se encontrava devidamente assinalado, sendo que, nestas circunstâncias as imagens constituem, uma abusiva intromissão na vida privada e a violação do direito à imagem dos arguidos.”]*¹³⁴

Ressalvo, que após o respeito pelos requisitos legais e todos os pressupostos legais já referidos, a referida colocação de câmaras é válida, mesmo restringindo a reserva da vida privada e colocar em causa o anonimato de um indivíduo, porque como já foi defendido, está em contraposição outros direitos e valores também importantes e necessários, no qual dependendo do caso e do local, após ponderação dos mesmos valores se pode proceder à colocação de videovigilância, portanto defendo que é válida a colocação da videovigilância, desde que se respeite os requisitos legais e se pondere a necessidade, idoneidade e proporcionalidade no caso em si, para assim se evitar o excessivo arbítrio na sua utilização, logo, se esta reprodução mecânica for obtida por meios que constituem ilícito criminal, então estamos perante um caso de prova proibida, art. 126º,n.º 3 CPP. Como refere Costa Andrade, a realização da justiça e restauração da paz jurídica não basta para legitimar a danosidade social da produção e utilização não consentidas de gravações, ou seja, a salvaguarda das provas em processo penal não justifica o sacrifício de um direito fundamental individual, pois só quando se utilizam os meios necessários para salvaguardar estes interesses é que é legítimo a sua valoração processual.¹³⁵

2º É legítimo fotografar sem o consentimento da pessoa que nela é captada, lesando o seu direito à imagem?

O direito à imagem como direito pessoal e fundamental encontra-se no art. 26º, n.º1 CRP, este consiste no poder de os seus titulares poderem impedir a captação e exposição das suas fotos, quando tiradas e expostas sem consentimento. O direito à imagem também vem retratado no CC, no art. 79º, e quando este não é respeitado podemos

¹³⁴ Segundo o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de Outubro de 2008, processo 8324/2008-9.

¹³⁵ ANDRADE, Manuel de Costa. “ *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*”, reimpressão. Coimbra Editora; 2006, pág. 239.

estar a ir contra a reserva da vida privada, art. 192º e 193 CP ou contra bens jurídicos pessoais, art. 199º CP.

A nível de legislação internacional, esta temática também se encontra no art. 12º da DUDH, no art. 8º CEDH e art. 17º PIDCP, que visam a protecção da reserva da vida privada e familiar que pode ser lesado, neste âmbito, quando abusivamente são tiradas fotografias sem que a pessoa nelas captada autorize.¹³⁶

O direito fundamental aqui em causa, como em todas as outras situações já referenciadas, para entender se está-se a violar algum direito fundamental temos de entender primeiramente o seu âmbito e alcance, portanto, neste caso temos em causa **o direito à própria imagem, que como direito pessoal é inalienável e intransmissível mas não é indisponível**, ou seja, o titular deste pode dispor ou não dele, para os fins que entender ou possibilitar que outros a utilizem, sendo esta a principal característica deste direito.

Antigamente, ninguém colocava em causa a violação deste direito, visto não haver meios de captação desta, a não ser retratos pintados, e mesmo os mecanismos que surgiram depois ainda eram um tanto rústicos e só pessoas de posses podiam usufruir deles, mas actualmente, com os enormes progressos tecnológicos neste âmbito, facilmente se consegue captar uma imagem mesmo estando muito distante desta, o direito à imagem passou a ser importante e a se destacar entre os outros direitos de personalidade, devido à importância que tem na actualidade, no qual se destaca a sua utilização em campanhas de informação, publicidade, sendo que se vincula uma imagem a um produto dando um estímulo económico ao consumo do referente produto.

Fotografar pessoas obedece genericamente ao requisito de consentimento dos visados, mas quando esta se encontra em locais públicos ou de utilização pública já se tem uma abordagem diferente quanto a este facto, pois quando estamos a falar de uma pessoa considerada figura pública, a captação de fotografias já pode ser feita sem o seu consentimento, desde que não ofenda o pudor e respeite os limites legais, art. 79º, n.º 3 CC, ou também quando a fotografia seja uma exigência de polícia ou justiça, ou com fins científicos, culturais ou didácticos. Assim, se um fotógrafo tirar uma fotografia a um local público em que nesta apanhe várias pessoas não precisa do consentimento destas, pois estas não são o objecto da foto, mas sim o local, e tem-se a mesma solução, quando um indivíduo está num evento público, em que a foto na qual ele se encontre não necessita do

¹³⁶ Vide nota de rodapé da pág. 32, referente aos artigos enunciados.

seu consentimento. Portanto, a regra é a necessidade do consentimento, quando a pessoa encontra-se em local privado e não público, independentemente de ser ou não figura pública é sempre necessário o seu consentimento, agora quando uma pessoa se encontra em local público, aqui a abordagem ao problema é diferente, ou seja, se a fotografia é dirigida ao local e não a uma pessoa específica, não há necessidade do consentimento das pessoas que são apanhadas por ela, pois não faria sentido que por exemplo num mercado tivesse-se de pedir autorização a todas as pessoas que nelas se encontram ou desloca-las do local que a foto abrange. Quando a foto é tirada em local público e tem como alvo uma pessoa específica, entende-se que desde que esta não apanhe a fisionomia da pessoa (apanhando-a apenas de costas) ou não a apanhe em posições comprometedoras, não é necessário o seu consentimento, mas se esta apanha a pessoa em si, é necessário o seu consentimento, mas esta situação já é diferente quando a pessoa se encontra em locais públicos de aglomeração, como uma manifestação, greve, concertos, etc, ou seja, aqui se a fotografia apanhar a pessoa na sua totalidade, não necessita do seu consentimento para a tirar e expor, porque como a lei indica, art. 79º,n.º 2 CC, a fotografia que tem uma finalidade cultural e a pessoa encontra-se enquadrada nela, não necessita do consentimento desta.

Uma questão que se tem levantado muito na jurisprudência e na sociedade, é a posição das figuras públicas, pois no fundo estas não deixam de ser cidadãos, e como tal necessitam de protecção jurídica de modo a evitar que lesem-se os seus direitos fundamentais e pessoais, como neste caso o direito à imagem, mas a lei entende, art. 79º,n.º 2 CC em que estas face à posição em que se encontram (pessoas detentoras de cargos políticos) ou em que se colocam (as chamadas pessoas do “jet set”, ou as chamadas “tias” da sociedade, ou a elite da sociedade), podem ver o seu direito um pouco restringido, ou seja, pode-se tirar fotografias destas, só em locais públicos, sem o seu consentimento, pois como já foi visto em locais privados estes também têm direito à sua reserva da vida privada e familiar, mas em locais públicos, estas podem ser-lhes tiradas desde que as fotos captadas não lesem a sua imagem ou pudor.¹³⁷

E é quanto ao entendimento que se deve dar à ofensa ao pudor da pessoa em causa que leva muitas figuras públicos a tribunal por sentirem esse direito lesado, no

¹³⁷ Vide OLIVEIRA, Francisco da Costa. “ *A Defesa e a Investigação do Crime*” 2º edição. Almedina; Agosto de 2008, pág. 124.

sentido que a lei permite captar sem consentimento, no qual, actualmente tem-se visto muitos casos de figuras públicas que levam as editoras de revistas e jornais a tribunal.

É de conhecimento geral, que a lei é para todos e aplica-se a todos, e as excepções que houver, a própria lei indica, fora estas, a lei portuguesa aplica-se a todos os que residam ou desloquem-se em território português, independentemente de serem ou não portugueses, logo, no que concerne a esta temática, a protecção do direito à imagem não é só para os cidadãos ditos anónimos, também abrange as figuras públicas, só que estas devido ao estatuto que criaram à sua volta nem sempre são protegidas, portanto, estas podem ver o seu direito restringido quando está em causa o interesse público, se a situação se justificar para notoriedade pessoal ou natureza do cargo, tendo sempre presente o princípio da proporcionalidade.

A nível processual a valoração das fotografias enquanto prova será indefinidamente excluída sempre que esta viole a área “íntimidade”, fora desta “área”, tem de se ponderar os interesses em causa, seguindo sempre como linha de orientação o princípio da proporcionalidade. **A delimitação aqui passa sobretudo em perceber-se até onde pode um indivíduo registar e divulgar uma imagem de outra pessoa**, ou seja, alguns autores defendem que o direito à imagem é quando uma pessoa é captada numa fotografia, mas esta não consiste apenas num retrato da pessoa, pode ser até uma postura em que ela se encontre, ou o seu aspecto físico, ou seja, circunstâncias que lhe digam respeito e que possam colocar em causa a sua imagem. Assim, **defendo que uma pessoa que dê o consentimento para que outra a retrate, não quer dizer que esta também lhe esteja a dar consentimento para esta divulgar a mesma**, é necessário outro consentimento, pois são circunstâncias diferentes, apesar de muitos não estarem de acordo com esta ideia, fundamentando no sentido de que se a pessoa permite um fotógrafo de um revista tirar-lhe uma foto, tacitamente está a permitir que seja publicada, não tenho este entendimento quanto a esta questão, pois quando uma pessoa permite tirar um fotografia, não quer dizer que a queira ver publicada ou ligada a certas posições, entendo que a pessoa que captou sua imagem deve pedir consentimento e explicitamente indicar o fim para a qual a vai utilizar, pois imaginemos o seguinte caso, em que a pessoa permite que um fotógrafo lhe tire uma foto e depois sem o seu consentimento vê a sua imagem ligada a uma campanha de SIDA, no qual a mensagem da campanha publicitária é demonstrar que

essa doença aparece em qualquer um, sem dúvida esta imagem degrade e associa a imagem da alusiva pessoa a uma campanha, sem o seu consentimento.¹³⁸

Portanto, ao titular do direito de imagem compete o consentimento no uso da sua imagem, mas há limitações impostas que restringem o exercício do direito à própria imagem, essas restrições são baseadas na prevalência do interesse social, isto é, o direito coletivo sobrepõe-se ao direito individual, como também podemos ver esta circunstância, anteriormente, em meios de obtenção de prova, e aqui podemos ver naqueles casos em que por motivos de informação da sociedade, vai-se apanhar a imagem de pessoas individuais, como por exemplo numa estação de comboios em que se tem como notícia a greve.

Quando falamos em direito à imagem, o primeiro facto que nos surge são os processos que as figuras públicas colocam em tribunal por uso da sua imagem, sem consentimento, mesmo tiradas em espaços públicos, entende-se que se a imagem não tiver objectivos comerciais, e apenas tiver como fim a informação, como não foi tirada em espaços privados limitando assim o direito à reserva da vida privada, entende-se que se pode utilizar livremente essa imagem, como também se a imagem tiver relevância criminal, pois não faria sentido o próprio criminoso alegar que a foto esta a ofender o seu direito à imagem e que não foi dado consentimento.

Esta problemática que agora se levanta, antes não era tão falada como é na actualidade, e não é só pelos factos já apresentados, é também porque a sociedade se desenvolveu, deu no último século um grande salto tecnológico, e deste modo o direito à imagem também modificou, pois se antes só era protegido no CC, passou-se a sentir necessidade de a proteger a outros níveis, como a nível processual penal e constitucional. O direito fundamental à imagem não se confunde com o direito à reserva da intimidade da vida privada, embora previstos no artigo 26º CRP, tutelam bens jurídicos diversos, o que se concretiza na estatuição de tipos de crime diferentes. A invasão da vida privada, previstos nos artigos 192º e 190º CP, são exemplos de crimes incluídos no capítulo dos crimes contra a reserva da vida privada enquanto, para protecção do direito à imagem, surge o crime de gravações e fotografias ilícitas, estabelecido no artigo 199º CP.

Uma questão muito interessante que se pode levantar neste âmbito, é se por um lado a captação de fotos lesa o direito de imagem, por outro, temos as pessoas que têm como profissão a captação delas, como por exemplo os jornalistas, portanto, estes alegam

¹³⁸ ANDRADE, Manuel de Costa. “ *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*”, reimpressão. Coimbra Editora; 2006, pág. 262 e seg..

direito a poder tirá-las, fundamentando no direito à liberdade de imagem. Os jornalistas têm o direito de aceder a locais públicos e abertos ao público, desde que as imagens que captem desses locais sejam para efeitos de informação, não podendo aceder a locais privados sem a permissão do proprietário em questão, pois é este que pode ver o seu direito violado.

Um exemplo de um grupo de pessoas que a lei permite limitar o seu direito à imagem, são as pessoas detentoras de cargos públicos, visto que há interesse público em conhecer a imagem destes.

O parecer consultivo do PGR diz, que segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, *“a liberdade de imprensa é «apenas uma qualificação da liberdade de expressão e de informação, ela compartilha de todo o regime constitucional desta, incluindo a proibição de censura, a submissão das infracções aos princípios gerais do direito criminal, o direito de resposta e de rectificação», configurando-se «como um modo de ser qualificado das liberdades de expressão e de informação, consistindo, portanto, no exercício destas através de meios de comunicação de massa, independentemente da sua forma (impressos, radiofónicos, audiovisuais)» ”.*¹³⁹

A lei de imprensa, lei 2/99 de 13 de Janeiro, garante a liberdade de imprensa em sentido restrito, referindo-se apenas à imprensa escrita, à comunicação impressa (jornais, revistas, etc.), é o seu art. 9º e 10º que nos fala do acesso que os jornalistas têm ao locais públicos ou abertos ao público, para efectivar o exercício da sua actividade profissional.¹⁴⁰

Os direitos, liberdades e garantias só podem ser restringidos nos casos expressamente admitidos pela CRP, sendo que qualquer intervenção restritiva nesse domínio, mesmo que constitucionalmente autorizada, apenas será legítima se justificada pela salvaguarda de outro direito fundamental constitucionalmente protegido, devendo respeitar as exigências do princípio da proporcionalidade. Assim, podemos dizer que

¹³⁹ Segundo o Parecer do Conselho Consultivo da PGR: Parecer P000952003, Nº do Documento: PPA0611203009500.

¹⁴⁰ **Artigo 9º** Direito de acesso a locais públicos “1 – Os jornalistas têm o direito de acesso a locais abertos ao público desde que para fins de cobertura informativa. 4 – O regime estabelecido nos números anteriores é assegurado em condições de igualdade por quem controle o referido acesso”. **Artigo 10º** Exercício do direito de acesso “1 – Os jornalistas não podem ser impedidos de entrar ou permanecer nos locais referidos no artigo anterior quando a sua presença for exigida pelo exercício da respectiva actividade profissional, sem outras limitações além das decorrentes da lei.2 – Para a efectivação do exercício do direito previsto no número anterior, os órgãos de comunicação”.

quanto à temática referente, tanto uma pessoa anónima como um jornalista, só podem restringir o direito à imagem de outrem, quando esta é permitida por lei.

Entendo que actualmente, como o próprio ditado popular diz: **“uma imagem vale mais que mil palavras”**, mas não se pode permitir que “por tudo ou não nada” se lese precipitadamente o direito à imagem, depreendo que o direito de imagem actual não tem o mesmo entendimento que o direito de imagem de umas décadas atrás, devido ao evoluir tecnológico e também à abordagem que as pessoas passaram a ter face a este, pois actualmente vê-se um maior uso deste mecanismo, logo também há uma maior limitação do direito a imagem, no qual a lei não evoluiu, no sentido de acompanhar os problemas sociais, facilitando assim o abuso e arbítrio na utilização deste meio.

Conclusão, é ponto assente que **captação de uma imagem de uma pessoa com ou sem consentimento lesa o seu direito de imagem**, mas a lei que protege este direito, é a única que pode permitir que se lese este direito, mas o problema levanta-se aqui, pois **será legítimo permitir-se restringir este direito?** Defendo e a própria doutrina e jurisprudência tem seguido esta direcção, no sentido que se tem de ter muita atenção quando se restringe este direito, tendo sempre presente, novamente, **o princípio da proporcionalidade**, e só nos casos permitidos por lei se pode restringir, de modo, que a restrição seja por um bem maior, como pela sociedade ou processo criminal. Como já foi referido, anteriormente, os casos em que a lei permite que se restrinja este direito também devem ser examinados e ponderados, pois **não é pela lei permitir, que se pode abusar e violar grosseiramente o direito à imagem de alguém**, podendo assim degredir essa imagem, mas ressalvo, que quanto a esta temática, ainda há muito a se fazer, pois estamos a falar de um direito pessoal e fundamental, que tem pouca protecção legislativa, pois entende-se a abordagem e protecção que se deu na altura em que esta foi criada, mas este direito à imagem já não é o mesmo, este evoluiu, mas a legislação não, colocando assim em causa o direito à imagem de cada um, defendo que se deveria tomar medidas no sentido de acompanhar a evolução desta e assim evitar-se a abusiva utilização deste meio de modo arbítrio, quando este tenha como finalidade a captação de pessoas.

4.3. Medidas cautelares, preventivas e de segurança

4.3. 1. Actos cautelares imediatos e urgentes para assegurar os meios de prova

As medidas cautelares e de polícia surgem num âmbito de coadjuvação na fase de inquérito, estes actos dependem da **necessidade** e de **urgência**, ou seja, depende de situações que levem os OPC actuarem urgentemente para evitar lesões maiores aos bens jurídicos consagrados, fazendo assim, que esta actuação seja fora dos pressupostos legais, logo sem autorização do MP.

O que diferencia esta intervenção dos OPC da intervenção que estes fazem no âmbito de um processo e coordenados pelo MP, é a iniciativa própria que aqui surge deles e a sua actuação rápida e imediata para salvaguardar situações que possam ocorrer pela demora de actuação, mas tal intervenção não afecta em nada a relação funcional entre os OPC e MP, pois mesmo actuando por eles próprios, eles têm de dar a notícia do crime ao MP, para se dar início ao processo judicial.¹⁴¹

A maior parte das medidas cautelares foram faladas ao longo do trabalho, inseridas nos meios de obtenção da prova, pois a maior parte dos meios de obtenção de prova também podem ser obtidos como medida cautelar, e para evitar repetições na temática, foram já referenciados.

No contexto das medidas cautelares e de polícia, o CPP enuncia no seu art.º 249º que “*competem aos órgãos de Polícia criminal, mesmo antes de receberem ordem da autoridade judiciária competente para procederem a investigações, praticar os actos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova*”, e a CRP no seu n.º 2 e 3, do art.º 272.º, indica que estas medidas devem ser aplicadas de acordo com o estritamente necessário e respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Assim, os OPC têm um papel preponderante na investigação criminal, no qual recai sobre eles a função de salvaguardar os meios de prova, desenvolver a investigação criminal, no sentido de recolha e conservação dos elementos probatórios recolhidos, tudo com a finalidade de se conseguir esclarecer o ocorrido e descobrir a verdade dos factos. Das inúmeras medidas cautelares necessárias e urgentes para assegurar os meios de prova, destacam-se, o procedimento de exames aos vestígios do crime, n.º 2 do artigo 156.º e no artigo 158.º CPP; a recolha de informação das pessoas e reconstituição do crime; as

¹⁴¹ MESQUITA, Paulo Dá. “*Processo Penal, Prova Sistema Judiciário*”, 1º edição. Editor Wohers Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora; Setembro de 2010, pág. 384 e seg..

revistas de suspeitos; as buscas no local do crime, como aquelas mais utilizadas pelos OPC.

No entanto, as aplicações das medidas cautelares de polícia devem atender ao princípio da proporcionalidade em *stricto sensu*, isto é, deverá sempre ser ponderado a medida justa e adequada entre o meio em si e as finalidades pretendidas, devendo neste sentido estas se concretizar em medidas menos gravosas para os direitos, liberdades e garantias do cidadão.

No âmbito do presente trabalho, das inúmeras medidas cautelares e meios de obtenção de prova, irei analisar mais profundamente a localização de pessoas e bens, visto a maior parte das medidas cautelares já ter sido tratada.

4.3.2. Medidas cautelares

4.3.2.1. Localização de pessoas e bens e a salvaguarda pessoal e espacial

No âmbito das medidas cautelares, em concreto sobre a localização da pessoas e bens, o que se quer salvaguardar é que apesar deste meio ser muito importante e utilizado processualmente, para descoberta de um bem ou pessoa, por exemplo, de uma pessoa desaparecida ou raptada ou de uma viatura furtada, esta também tem o seu lado transgressor, pois quando utilizada arbitrariamente pode lesar um direito individual e fundamental, como a reserva da vida privada, a livre circulação e o sigilo das telecomunicações.

A lei no art. 252-A ° CPP, só nos indica a localização do celular como meio de localização e não a utilização de outros dispositivos electrónicos para localização de pessoas e bens, como o GPS ou o chip na matrícula, entre outros, e mesmo este só pode ser utilizado, sob consequência de ser considerado nula, nos casos em que se queira afastar perigo para a vida ou integridade física grave de alguém, ou seja, esta nada diz que este meio possa ser utilizado para localização de um pessoa no âmbito de uma investigação, no sentido de, como por exemplo sabendo que um referente número de telemóvel é de um criminoso e que está fugido à justiça, não nos é permitido usar este meio. Esta localização de celular tanto pode ser feita como medida cautelar, ou seja, sem haver processo, art. 252-A° n.º1 CPP, como no decorrer de um processo, n.º 3, no sentido de pura prevenção criminal, no que se tem entendido que este meio não é um meio de prova mas um meio de acção para combater o crime.

1º Será legítimo utilizar os dispositivos electrónicos (ex. GPS, chips na matrícula, telemóvel, etc.) para localização de pessoas e bens, não sendo essa sua finalidade e contrariando o direito à reserva da vida privada e espacial?

O que está aqui em causa é a utilização de dispositivos electrónicos que têm uma finalidade própria, como um meio de comunicação, de orientação ou de pagamento de utilização de vias e que no âmbito de uma investigação pode ser usado para outro fim, como o sentido preventivo de evitar perigo para a vida de alguém, portanto **pode uma autoridade utilizar estes meios para efeitos de investigação contrariando a sua finalidade?**

Primeiramente, levanta-se uma questão no que concerne a esta temática, pois o art. 34º,n.º4 CRP diz: “ *É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*”, sendo assim o art. 252- Aº CPP é inconstitucional, pois viola o art. constitucional referido, na medida em que a lei constitucional não permite ingerências nas telecomunicações como mera prevenção criminal, já contrariamente, é permitido nos casos em que há processo criminal, em que não se está a actuar no sentido preventivo mas de investigação, assim entende-se que a lei para validar esta intervenção preventiva por parte dos OPC, coloca no n.º3 do respectivo artigo a possibilidade de um juiz validar, pois só este tem competências de poder aferir a ingerência que se possa fazer a um direito fundamental de um cidadão, no qual este deve fundamentar a sua decisão, de modo a afastar uma suposta nulidade deste, n.º 4. Quando se diz que o juiz é o único que neste caso validando a intervenção preventiva dos OPC evita, deste modo uma inconstitucionalidade e protege os interesses e direitos fundamentais em causa, quer-se dizer que este como juiz de validação tem o poder de avaliar o perigo e a necessidade de se ter usado este meio para afastar um perigo à vida de alguém.

Quando é permitido ou realizado este meio de modo ilegal, no qual se está perante uma intromissão na vida privada da pessoa e contração do sigilo das telecomunicações, este meio de prova é considerado nulo e só a pessoa visada por este pode suprir esta nulidade através do seu consentimento, art. 126º,n.º3 CPP. ¹⁴²

¹⁴² Vide o comentário ao artigo 252 - Aº do código anotado de processo penal do ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. “*Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”. Universidade católica Editora, Unipessoal, Lda.; Lisboa: Dezembro 2007.

Assim, quando se fala de dispositivos electrónicos que permitem a localização de uma pessoa ou bens, podemos dividir em dois grupos, primeiramente os meios que possibilitam a localização de pessoas, que vêm previsto legalmente nos art. 252-A e 189 CPP, e o segundo grupo que são aqueles meios mais utilizados ou em que há a possibilidade de se poder utilizar para se descobrir um bem, que em regra consiste na viatura automóvel, como o GPS ou o chip na matrícula, portanto, a exposição desta temática vai-se expor de acordo com esta divisão.¹⁴³

No que concerne à **localização de pessoas**, que maioritariamente é feita pelo telemóvel, consiste num serviço de localização que é realizado através de dados de localização das comunicações electrónicas, que nos indique a posição geográfica do equipamento terminal de um utilizador de um serviço de comunicações electrónicas, utilizando os sinais de satélites. Como é entendido no art. 252-Aº CPP, os OPC podem realizar a localização do celular sem prévia autorização, mas depois têm de validar perante a autoridade competente, mas esta comunicação só será feita posteriormente, denota-se aqui, que quando este meio for utilizado como medida cautelar, ou seja, **sem processo em curso não é pedido à autoridade competente a sua autorização, portanto vai possibilitar-se assim que os OPC actuem arbitrariamente, não havendo controlo** e não havendo uma autoridade judiciária competente que acompanhe esta intromissão na vida das pessoas e por consequência nos seus direitos fundamentais, situação essa que não defendo nem compreendo, visto a lei ser em certos aspectos referentes aos meios de comunicação tão exigente e agora deixa uma “brecha” que vai permitir os OPC usarem este meio sem controlo e como entenderem, podendo usá-lo para fins menos dignos e investigatórios, no sentido criminal, pois pode possibilitar que um agente, por exemplo, localize um celular para questões pessoais, pois não havendo controlo ninguém nos garante que este posteriormente valide as intervenções que faz, perante uma autoridade. Defendo que sempre que este meio seja utilizado, independentemente de ser dentro ou fora de um processo penal, possa ser utilizado para fins investigatórios, de condutas penalmente tipificadas, ou como a própria lei indica para afastar perigo há vida de alguém, mas sempre que este meio seja utilizado deveria se ter pedido autorização sempre comunicar-se à autoridade judiciária competente, pois só esta deverá validar esta intervenção, caso esta esteja devidamente fundamentada e proporcional ao caso.

¹⁴³ Vide a resposta às questões 31, 32 e 33, do Anexo 1, que falam sobre o tema localização de pessoas e bens, no que concerne ao chip, GPS e cartão de telemóvel.

Como já indiquei a localização de celular e de GPS nada têm em comum, pois foram criados para finalidades diferentes, e pelos OPC são utilizados com objectivos diferentes, pois um serve, por regra, para a localização de pessoas e o outro de bens, como o acórdão indica: *“Salvo o devido respeito por opinião contrária, entendemos que localização por GPS não tem coisa alguma a ver com localização celular. A **localização celular** funciona quando num telemóvel é activado o IMEI, ou seja, quando é feita ou recebida uma chamada ou uma mensagem; só indica a “antena” que está a transmitir para o IMEI alvo, ou seja, se é S. ou T. e não o local exacto onde está o telemóvel alvo. A **localização por GPS** é activada por um aparelho sintonizado com pelo menos dois satélites, dos quais recebe a informação das coordenadas da longitude e da latitude a que o aparelho se encontra, fornecendo-lhe assim a localização do sítio exacto por reporte ao mapa das estradas dessa região, informação que é transmitida e reproduzida num receptor na posse, neste caso, da autoridade policial.”*¹⁴⁴

No que concerne à **localização de bens**, que em regra são os veículos automóveis, face à temática estamos a falar dos dispositivos electrónicos, GPS e chip na matrícula ou o dispositivo de via verde.

Quando falamos em utilização do GPS (Global Positioning System) e o chip automóvel por parte dos OPC, que é utilizado numa investigação, em regra para localizar uma viatura, e por meio destes eles tentam perceber, por exemplo, o percurso que uma pessoa fez e que agora se encontra desaparecida ou encontrar uma viatura que foi furtada ou utilizada na prática de um comportamento penalmente tipificado.

O GPS é um dispositivo que é colocado numa viatura automóvel, é amovível, e tem como finalidade ajudar a pessoa a localizar-se geograficamente, sendo assim, é permitido ao indivíduo circular no país de modo livre, sem ingerência por parte do Estado na sua circulação e na sua vida privada, de modo que este não o controla, e é aqui que a problemática levanta-se pois, **será que o Estado pode controlar os movimentos de um indivíduo, utilizando as novas tecnologias que estão à disposição do cidadão, como o GPS e o chip automóvel, mesmo que seja para acções preventivas, quer dentro ou fora de um processo criminal?**¹⁴⁵ Entendo que se é o cidadão que compra o equipamento GPS e chip, cada um com a sua finalidade, um para facilitar a localização do próprio

¹⁴⁴ Acórdão do tribunal da Relação de Évora, de 7 de Outubro de 2008, processo 2005/08-1.

¹⁴⁵ RODRIGUES, Benjamim Silva. *“Da Prova Penal: bruscamente...A(s) Oculta(s) dos Métodos ocultos de Investigação Criminal”*, tomo II, 1º edição. REI dos livros; Abril 2010, pág 83 a 98.

cidadão e o outro para pagamento de passagem por determinadas vias, ou seja, têm diferentes finalidades e nenhuma deles é para controlo por parte do Estado face ao cidadão, esclareça-se que a recolha da informação através do DEM (dispositivo electrónico de matrícula) deve estar sujeita ao princípio da finalidade, logo **defendo que só em casos extremos de perigo para a vida do cidadão ou de grave criminalidade deve-se usar estes meios para localização de um bem e conseqüentemente, em certos casos um indivíduo**. Portanto, um meio que foi criado com uma finalidade e que o Estado com a sua ingerência na esfera de um cidadão, tenta que este tenha como finalidade contra -ordenacional ou criminal, (exceptuando o chip de matrícula que é entendido como aquele que tem três finalidade: 1º fiscalização de cumprimento do Código da Estrada e legislação rodoviária; 2º cobrança electrónica de portagens; 3º identificação de veículos acidentados, desaparecidos e abandonados)¹⁴⁶, usando os dados obtidos por estes como prova, não deve ser permitida tal conduta por parte do Estado, pois senão os cidadãos passariam a ser um “boneco” como nos jogos, em que o Estado passaria a controlar e a vigiar todos os nossos movimentos, e nós deixaríamos de ter livre circulação e reserva da vida privada, como alguns autores chamam o “big brother”, em que a casa seria o nosso país.

O chip de matrícula tem como sujeito todos os proprietários de veículos automóveis, reboques, motociclos e triciclos autorizados a circular em auto-estradas e vias equiparadas, no qual especialistas da área entendem e defendem que quem utilizar a via verde não necessite de colocação no chip. Este é um equipamento electrónico, capaz de transmitir o seu código de identificação através de ondas electromagnéticas, este equipamento electrónico emite um sinal, que pode ser lido por uma antena ou dispositivo de detecção e identificação electrónica (DDIE), o sinal emitido pelo DEM e a capacidade de detecção desse sinal pela antena têm alcance meramente local, pelo que só circulando sob a antena pode o DEM ser detectado. De acordo com a Portaria 314B/2010 de 14 de Junho a instalação do DEM é obrigatória nos veículos a matricular (novos e importados usados) a partir de 1 de Julho de 2010, e nos veículos já matriculados e em circulação que utilizem auto estradas sem portagem manual, estão ainda abrangidos os veículos que já dispõem de um identificador Via Verde e cujos proprietários pretendam realizar a conversão deste dispositivo em DEM, não estão sujeitos à instalação obrigatória do DEM todos os veículos já matriculados e em circulação que não utilizem auto-estradas sem portagem manual.

¹⁴⁶ Art. 1º da lei 60/2008, de 16 de Setembro.

Sobre estes meios tecnológicos, que aqui se fala, existe enumerada legislação¹⁴⁷, o que demonstra que esta é uma área que passou a ter muita importância, pois é um meio que pode localizar uma pessoa que detenha um dispositivo electrónico e nem todos concordamos com estes novos meios tecnológicos de pagamento de transição por determinadas vias, visto que ao mesmo tempo estes podem ser utilizados para nos localizar e conseqüentemente para nos vigiar, pois existe actualmente enumerada tecnologia, e esta está em constante aperfeiçoamento e evolução, no qual podemos estar a ser vigiados sem sabermos, e como tal, devido ainda à recente criação do GPS e chip de matrícula, entendo que este é aquele campo que facilmente consegue violar direitos e ao mesmo tempo aquele que não foi ainda bem protegido, devido, como referido à sua recente “descoberta”. Não é pelo facto de existir pouca legislação, referente ao caso específico do GPS, ou muita, no caso do chip, no qual é muito precisa no sentido de protecção dos valores que os cidadãos acham que estes meios vêm permitir assim, uma maior facilitação para a violação dos seus direitos. Estes meios enquanto prova, caso sejam utilizados processualmente como tal, não podem ser considerados métodos de prova proibida, art. 126º CPP, por não se encontrarem previstos na CPP, pois vai-se entender que analogicamente, art. 4 CC, o artigo de localização de celular também permite a localização através de outros dispositivos electrónicos.

Percebe-se que estes meios são muito importantes para quem os utiliza como métodos de investigação, e defendo que estes possam ser utilizados como tal, mas com algumas reservas, visto estes poderem ofender o direito à reserva da vida privada, já anteriormente exposto, e o direito à livre circulação, assim defendo que estes meios enquanto métodos de investigação só podem ser utilizados quando haja um fundado indício que naquele veículo se encontra uma pessoa em perigo de vida ou que aquele veículo, em que se encontra o GPS ou chip, está a ser usado para o cometimento de um grave crime, como redes de droga, prostituição, tráfico de pessoas, etc.. Quando anteriormente, no

¹⁴⁷ Quanto ao **chip na matrícula, a sua legislação** começou pela lei 60/3008, 16 de Setembro, esta que depois veio a ser complementado com os DL n.º 111/2009 e 112/2009, ambos de 18 de Maio de 2009, como também a portaria n.º 1296- A/2010, de 20 de Dezembro, relativa ao modelo de utilização do dispositivo electrónico de matrícula para efeitos de cobrança electrónica; a portaria n.º 314 – B/2010, de 14 de Junho, que foi posteriormente alterada pelo DL n.º 106/2006 e pelo DL n.º 112/09 de 18 de Maio, que veio introduzir a obrigatoriedade da instalação de um dispositivo electrónico de matrícula (DEM). No que respeita ao **GPS** só existe a regulamentação da sua utilização, como um dispositivo normal que se compra para uso quotidiano, como se fosse uma televisão. É como o **dispositivo de via verde**, só existe o regulamento da sua utilização e o contrato estabelecido entre esta entidade e o cliente, nada mais sobre outros aspectos.

âmbito das escutas foi referido que devido à interferência que se fazia na vida das pessoas, deveria se criar uma entidade que regula-se e controla-se a execução e eliminação das escutas, similarmente é o pensamento que deveria ocorrer neste campo, pois **apesar de alguma jurisprudência entender que localização através de certos dispositivos electrónicos não é uma ingerência na reserva da vida privada, pensamento esse que discordo, pois a arbitrariedade que se permite aos OPC neste âmbito, na medida que estes podem realizar estas localizações como medidas cautelares sem previa autorização de uma autoridade judiciaria, tal facto é desconcertante**, pelo facto já exposto, pois **compreendo que há uma ingerência na vida das pessoas** e como tal, deve um juiz de direito, analisar, validar e controlar tais circunstancias, ou seja, deveria sempre que possível um juiz ser informado da possibilidade de se fazer uma localização de um pessoa ou bem, de modo preventivo e assim evitar-se ilegalidades e violações de direitos, como entidade que analisa as restrições aos direitos fundamentais, de modo a possibilitar-se um controlo destas acções e evitar-se comportamentos negligentes e autónomos por parte de quem os realiza. O que distingue escutas telefónicas das localizações é apenas o facto de não se ouvir a chamada, mas são iguais no sentido que se controla a viola a reserva da vida privada, logo se nas escutas existem inúmeros requisitos para a sua execução, acho que **seria adequado que na localização de dispositivos electrónicos fosse necessária uma autorização judiciária para a sua execução**, e deste modo, não se actuaria como medida cautelar.

Alguma jurisprudência não tem este entendimento, [*“De resto, se bem atentarmos, não é por acaso que por exemplo na investigação de crimes ocorridos em alto mar como o de tráfico de estupefacientes, as autoridades, sem necessidade de autorização judicial prévia, leiam e juntem ao processo como prova o mapa do itinerário da embarcação marcado no GPS da mesma. (...) Nesse aspecto, o seguimento clássico, por permitir, além do mais, escrutinar quem vai no carro e o que fazem os ocupantes pelo menos quando o carro pára, para onde vão quando saem dele e com quem falam, é um método muito mais intrusivo e abrangente do que o mero conhecimento da localização do carro, **pelo que o GPS servirá sobretudo como meio coadjuvante do seguimento clássico** – o qual, aliás, também pode ocorrer 24 sobre 24 horas. E não é por isso que as autoridades policiais precisam de obter uma autorização judicial prévia para fazerem o seguimento de uma pessoa que vai num veículo automóvel. Daí e em resumo que entendamos que não carece de prévia autorização judicial o uso pelos órgãos de polícia criminal de localizadores de*

GPS colocados em veículos utilizados por pessoas investigadas em inquérito.”¹⁴⁸, no qual discordo, no sentido de **estes dispositivos electrónicos possam ser utilizados pelos OPC mas com autorização judiciária**, e o entendimento que alguma jurisprudência têm é no sentido contrário, entendem que a utilização destes meios não se está fase a uma interferência na vida privada da pessoa em causa, mas tal facto está em desconformidade com outro meio de obtenção de prova, as escutas telefónicas, pois tanto este meio como a localização têm uma interferência na reserva da vida privada, só com intensidades diferentes, mas ambas são similares só as distingue o facto de uma se ouvir a mensagem transmitida e outra não, o que faz com que esta seja mais violadora da reserva da vida privada, mas entendo que a localização de pessoas também viola a reserva da vida privada com menos intensidade, é certo, contudo defendo **que a localização de pessoas só poderia ser realizada com autorização judiciária, independentemente de haver ou não processo em curso, e assim deixava de ser medida cautelar para ser meio de obtenção de prova em pleno, onde se poderia proteger melhor a ingerência que é feita nos direitos fundamentais.**

Conclusão, os dispositivos electrónicos enquanto meios electrónicos são aqueles meios que um sujeito adquire com uma finalidade própria, segundo o princípio da finalidade, como ser objecto de comunicação, de orientação ou de pagamento de passagem por determinadas vias, e como tal ninguém pensa que ao comprar estes dispositivos esteja a se colocar numa posição de subjugação, pois passamos a poder ser controlados. **Entendo que este campo ainda é recente, devido a estes mesmos meios também o serem**, mas acho que tem de ser ter muita cautela neste âmbito, pois se um sujeito soubesse que o seu dispositivo está a fazer com que o localizem não o comprava, pois essa não é a finalidade deste, nem o objectivo por qual este foi adquirido.

Compreendo que neste campo **ainda há muito a se dizer tanto a nível doutrinal como jurisprudencial, é uma área em plena ascensão**, como tal são poucos os que têm uma posição definida, defendo que, no que concerne à localização de pessoas através do celular, acho que há uma certa abertura na lei que possibilita certas acções arbitrárias por parte dos OPC e acho que tal não devia haver, visto estarmos a falar de um campo de ingerência nos meios de comunicação, que a CRP defende a não ingerência, apesar de a localização de celular não interceptar as chamadas e as mensagens, há uma interferência na vida da pessoa em causa, pois passa-se a saber onde ela se encontra, sem a sua autorização,

¹⁴⁸ Acórdão do tribunal da Relação de Évora, de 7 de Outubro de 2008, processo 2005/08-1.

e como tal só o juiz pode analisar se é necessária essa interferência, assim, **quando a lei permite que fora de um processo se localize uma pessoa, ninguém nos garante que depois tal ingerência seja comunicada à autoridade competente, pois não há um órgão que esteja a controlar a execução das localizações**, portanto, está-se a permitir que estes utilizem estes meios, por vezes de forma excessiva e sem controlo para os fins que entenderem, sem haver nenhum controlo por parte das autoridades judiciais competentes, visto não haver iniciação de um processo.

No que concerne aos dispositivos electrónicos utilizados para localização de bens, como o chip e a GPS, defendo, como já referido que estes podem ser utilizados como medidas analogicamente ao celular, mas quando em causa está a obtenção de provas para a investigação, ou mesmo nos casos que haja perigo de vida para alguém, só o juiz tem competência de avaliar se houve mesmo necessidade desta interferência, pois estamos face a um controlo dos movimentos de uma pessoa, que vê assim o seu direito de livre circulação restringido. Como já referido anteriormente, **a utilização destes dispositivos só deve ser usado para afastar o perigo da vida de alguém ou, como defendo, em casos de grave criminalidade, para se afastar a excessiva utilização destes** em casos que outros meios chegavam ao mesmo fim, sem a necessidade de ingerência na reserva da vida privada e livre circulação das pessoas, tendo sempre em atenção a necessidade, proporcionalidade e adequação ao caso em si. Portanto, a utilização destes dispositivos só abrange a localização local e não geral dos mesmos, ou seja, só um dispositivo local consegue determinar a localização geografia de um telemóvel ou GPS nas localidades, não no país, e mesma essa recolha de dados, dos **referentes dispositivos, não pode ser usado no sentido de vigilância temporária da uma pessoa**, mas apenas como mera indicação onde este se encontra, onde ressalvo novamente, a ideia de que independentemente de haver ou não processo, a utilização destes dispositivos deve ser sempre indicada ao juiz, para sua validação, e estes meios só devem ser utilizados quando haja perigo para a vida de alguém, desde que haja fundados indícios disso e quando se esteja face a grave criminalidade, de modo a impedir-se a excessiva utilização destes meios, e assim a ingerência nos meios de comunicação que todos nós actualmente vivemos sujeitos, sem nos apercebermos o quanto hoje somos dependente destes. O mais incompreensível é que esta questão de localização de pessoas e bens está a ter na actualidade proporções acrescidas, visto que qualquer pessoa consegue rastrear o telemóvel ou outro dispositivo electrónico de outra pessoa, pois basta fazer uma pesquisa no motor de busca “Google” e

está a disposição de quem queira rastrear estes dispositivos, mecanismos que o permitem, por diversos preços, ou seja, o evoluir tecnológico é muito bom, no sentido que oferece às pessoas um melhor conforto e facilidade mas como tudo tem o seu lado negativo, que é o facto de facilmente outras pessoas poderem interferirem na nossa vida, como é o caso, no qual apesar de alguma jurisprudência ir em entendimento contrário, **defendo que estes meios de localização são ofensivos à reserva da vida privada e como tal para serem validos deveria ser só possíveis nos casos que se detenha de uma autorização judicial**, e também deveria se começar a legislar mais sobre a utilização destes dispositivos no sentido de se evitar que pessoas possam interferirem na vida de outrem, pois a legislação existente sobre estes dispositivos não versa sobre este aspecto mas sim sobre o facto para o qual estes foram criados, mas tal situação compreende-se visto que alguns destes dispositivos serem recentes, como é o caso do chip da matrícula, mas como em tudo em direito, este deve tentar ao máximo acompanhar o evoluir social para assim evitar violações de direitos por falta de regulamentação de uma circunstância.

2º Poderão as redes de comunicação fornecer a localização da pessoa, através do seu telemóvel, sem seu consentimento, violando o direito à confidencialidade a favor da investigação criminal?

O que se levanta aqui é aquela questão que todos nós levantamos quando em casos polémicos, relatados na comunicação social, denotamos a facilidade com que os OPC conseguem saber a localização de um telemóvel sem a autorização da pessoa seu detentor, portanto, será possível uma rede de comunicação violar o direito de confidencialidade com o cliente, cedendo a localização do celular aos OPC, com o intuito de auxiliar a investigação, independentemente de haver ou não processo em curso?

Não se compreende como as redes de comunicações podem conceder estes dados sem autorização judiciária, pois é permitido aos OPC quando não há processo em curso realizarem uma localização de celular, sem ser necessária autorização judiciária, tornando-se aqui de novo levantar a questão da arbitrariedade que é permitida aos OPC, pois é-lhes permitido realizar uma localização de celular sem necessidade de autorização, situação essa que de todo discordo.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Vide resposta à questão 34, do Anexo 1.

Como em tudo na vida social, pode uma rede exigir que um cliente seja rígido no cumprimento do contrato, quando ela é a primeira a violar um dos princípios base de um contrato, a confidencialidade? **Defendo**, como anteriormente já referi, **que apesar de alguma jurisprudência entender contrariamente, entendo que a cedência dos dados de localização de celular é um meio violador dos direitos** que cada um tem de permanecer anónimo, de livre circulação e da reserva da vida privada, assim como qualquer meio de obtenção de prova, como meio violador dos direitos fundamentais, deve ser visto e tido em atenção, havendo sempre a ponderação e a necessidade da sua execução, também nunca esquecendo a fundamentação, pois **compreendo que para a realização destes as autoridades policiais necessitam da cooperação da redes de comunicação, e como tal não devem usurpar da sua posição enquanto entidade policial para obter os dados**, como se tem visto muito na prática.

Assim, defendo que sempre que um OPC necessite da localização de um celular proceda à comunicação há respectiva rede, mas esta como **entidade que estabeleceu um contrato deveria proceder à comunicação e posterior autorização do seu cliente, mas como tal poderia colocar em causa o processo de investigação, e/ou em certos casos não se consegue estabelecer contacto**, exemplo rapto, por isso **defendo que a regra deveria ser os OPC procederem ao pedido de uma autorização judicial que permita as redes de comunicação procederem à cedência de dados sem necessidade de consultarem os seus clientes e permitindo assim que estas pudessem violar o contrato estabelecido com o seu cliente no sentido de auxílio à investigação**, pois por exemplo, num caso em que a pessoa se encontra desaparecida sem dúvida não se consegue pedir autorização ao próprio e como tal deve-se proceder a uma autorização judicial para o efeito, porque não se consegue entrar em contacto com esta e porque também não se pode esquecer que a pessoa pode estar desaparecida porque assim o deseja e como tal ninguém tem o direito de violar o seu direito de anonimato e reserva da vida privada, e para salvaguarda das entidades que procedem à investigação deve-se pedir uma autorização para se poder obter os dados, como também deve-se proceder a uma autorização nos casos de investigação de tráficos de estupefacientes etc., onde é obvio que não se quer que a pessoa em questão saiba que se está a localizar o seu celular.

Quando um sujeito estabelece um contrato com uma rede de comunicação, os princípios básicos de segurança são a autenticidade, confidencialidade, integridade e disponibilidade das informações e isto tem como objectivo evitar o desvio, erro ou roubos

de informação, entre outros. Como se denota a rede de comunicação em si já estabelece com o próprio cliente regras que lhe dêem segurança na realização deste acordo, onde se cria assim uma relação de confiança, no sentido de se saber que os nossos dados são confidenciais e se encontram protegidos, mas que no âmbito investigatório facilmente são violados,¹⁵⁰ pois na prática a maior parte destas entidades oferecem os dados aos OPC sem contestar, exceptuando algumas empresas que recusam e passam essa questão para o seu departamento jurídico, no qual é de louvar tal conduta, e aqui segundo me foi referido por um OPC, nestas situações eles procedem ao pedido de autorização judiciária para obtenção dos dados, então pode-se concluir que eles em regra não pedem autorização por acomodação, usando a sua posição enquanto autoridade para usurpar estes dados sem autorização.

Como foi referido na resposta à questão anterior, se fosse obrigatório aos OPC para obter os dados de localização de telemóvel pedir autorização judiciária, esta questão não existia, pois as redes de comunicação podiam ceder ao dados sem estarem a violar um dos princípios do contrato, a confidencialidade¹⁵¹, pois teriam apenas a cumprir uma ordem judicial, agora, quando não existe autorização e as redes cedem estes dados sem dúvida entendo que está-se perante duas transgressões, uma por parte da rede de comunicação face ao seu cliente e outra dos OPC face á pessoa que vê o seu direito restringido, situações estas que facilmente poderiam ter sido evitadas, com uma autorização judiciária, como defendi anteriormente.

Conclusão, as redes de comunicação podem ceder os dados aos OPC sempre que estes detenham de autorização, contrariamente não o deveriam fazer, e o mesmo se procede para os OPC, estes podem pedir uma localização de um celular às redes sempre que detenham de uma autorização, pois entendo que apesar da lei no seu art. 252-A° CPP dizer que estes possam o fazer sem autorização judiciária, tal facto está em divergência com outros, pois como um OPC enquanto autoridade pode obrigar uma empresa, sem autorização judiciária a lhe ceder dados confidenciais dos seus clientes? A lei permite que os OPC possam localizar um celular sem autorização, situação essa como referido anteriormente discordo, e que agora face à situação em causa está desproporcional

¹⁵⁰ RODRIGUES, Benjamim Silva. *“Da Prova Penal: bruscamente...A(s) Oculta(s) dos Métodos ocultos de Investigação Criminal”*, tomo II, 1º edição. REI dos livros; Abril 2010, pág 83 a 98.

¹⁵¹ Art. 15º da lei 67/98, de 26 de Outubro, sobre a protecção de dados, em que este indica as medidas de segurança, no qual pessoas estranhas não podem ter acesso aos dados sem autorização, como refere a alínea “e) Garantir que as pessoas autorizadas só possam ter acesso aos dados abrangidos pela autorização”.

pois vejamos, se uma autoridade para entrar numa empresa para investigar uma situação fraude fiscal, no qual vai ter de analisar dados confidenciais da empresa e proceder a uma recorrer a um mandado (autorização judiciária), e como também para entrar num domicílio, como pode com um simples pedido fazer com que uma empresa forneça-lhes dados relativos a um cliente, onde vai-se violar a reserva da vida privada e a confidencialidade desta com o cliente? Não pode, defendo que casos estes dados sejam obtidos sem autorização judiciária, agiu incorrectamente a empresa que os concedeu, pois violou o contrato que detinha com o seu cliente, e os OPC, pois apesar de a lei permitir estes estão a agir incorrectamente, pois esta circunstancia não é a mesma que uma busca domiciliária em que não havendo mandado a pessoa pode autorizar, pois aqui o pedido foi feito à empresa e não ao cliente, aquele que vê o seu direito violado, portanto tal conduto deveria ser considerada ilegal e alterada a lei, e mais se lamenta que esta situação é frequente nos nossos dias e uma prática continuada.

Conclusão

O nosso sistema processual penal não é pouco exigente, pelo contrário em termos de detecção da criminalidade, perseguição, e apresentação dos autores dos crimes a julgamento, mas ao longo da investigação denotei que são colocadas as maiores dificuldades processuais para recolha de prova.

Entendo que em certos casos há exigências excessivas, que tornam difícil combater com eficácia a criminalidade no que concerne há recolha da prova, como também entendo que em outros casos **as exigências são necessárias para evitar abusos excessivos por parte de quem as recolhe**, e assim surge a resposta que se tentou procurar ao longo do trabalho: **pode uma recolha de prova limitar um direito individual, constitucionalmente consagrado, pelos OPC com o intuito da descoberta da verdade no sentido investigatório?** A resposta mais adequada é, que em direito *“cada caso é um caso”*, porque tudo depende das circunstâncias que envolvem o caso em si, mas sem nunca deixar de transparecer que a salvaguarda destas questões pela constituição é imprescindível e necessária, no qual deve-se acima de tudo respeitar a constituição, mas dependendo do caso e dos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade é **permitido restringir os direitos fundamentais e direitos, liberdades e garantias** de modo a se aferir os factos e se descobrir a verdade material, pois como constatei ao longo da investigação, se formos sempre evitar restringir um direito fundamental de um cidadão, então nunca descobriríamos a verdade, mas também defendo que quando se tem que restringir um direito fundamental, tem de se intervir segundo a ideia da mínima intervenção possível, no sentido de só limitar o necessário para a descoberta da verdade material.

Portanto, sem dúvida, **deve o bom senso jurídico actuar quando se fala em restrição ou limitação dos direitos fundamentais**, pois pelo facto de estar a ser protegido constitucionalmente gera-se muita controvérsia de opiniões sobre se deve-se ou não restringi-los para descoberta da verdade material, penso que em direito não há sobre esta temática uma regra geral, mas sim uma regra que pode ter diversas compreensões dependendo da fundamentação que é dada, podendo até mesmo ter excepções.

Ressalvo a seguinte ideia de que os direitos individuais devem sempre que possíveis ser respeitados, pois são muito importantes para a vida em sociedade democrática, e como tal estão salvaguardados pela constituição, e só em casos que

respeitem os requisitos legais e pela extrema necessidade para o caso em si, devem ser restringidos, tendo sempre uma clara fundamentação para o caso.

Assim, a intervenção dos OPC é imprescindível, são eles que fazem a investigação e é na intervenção deles que surge a problemática se os meios de obtenção de prova são obtidos de modo correcto, não violando os direitos dos cidadãos. Como se pode ver ao longo do trabalho tentou-se pegar em todos os meios de obtenção de prova, mais em concreto, nas questões práticas e actuais que hoje no nosso dia-a-dia se levantam. Face à actuação dos OPC na obtenção de prova surgem, dúvidas sobre a intervenção destes face aos direitos dos cidadãos que possam ser colocados em causa, e se os podem colocar, no qual dependendo do caso em si, dos factos e das circunstâncias do mesmo, se poderá tomar uma posição. Tentou-se demonstrar as posições pós e contra, em cada questão prática em si, de modo a possibilitar-se com a fundamentação devida, que cada um no final possa tomar a sua própria posição e demonstrar também que o direito tem uma vertente mais prática que aquela que a sociedade no geral conhece, pois este está em ligação directa com o nosso quotidiano, até nas pequenas acções, adaptando-se a cada caso.

Fontes e Bibliografia

▪ Fontes

▪ Legislação

- “*Código do Processo Penal*”; Almedina, 2011.
- “*Constituição da Republica Portuguesa*”; Almedina, 2006.
- ALMEIDA, Carlota Pizarro de, VILALONGA, José Manuel. “*Código Penal*”; 3º edição, Almedina; 2008.
- Convenção Europeia dos Direitos do Homem
- Declaração Universal dos Direitos do Homem
- Decreto-lei 207/2005, de 29 de Novembro (regula os procedimentos relativos à instalação de sistemas de vigilância rodoviária e ao tratamento da respectiva informação).
- DL 11/2007 19 de Janeiro.
- DL 31/85, 25 de Janeiro (actualizado DL 26/97, 23 de Janeiro).
- DL n.º 111/2009, de 18 de Maio de 2009.
- DL n.º 112/2009, de 18 de Maio de 2009.
- Lei 1/2005, de 10 de Janeiro (regula a utilização de câmaras de videovigilância pelas forças de segurança em locais públicos de utilização comum).
- Lei 16/2004 de 11 de Maio (segurança nos recintos desportivos).
- Lei 18/2007, de 17 de Maio (regulamento de fiscalização da condução sob influência do álcool ou de substâncias psicotrópicas).
- Lei 2/99 de 13 de Janeiro (Lei de Imprensa).
- Lei 32/2008 de 17 de Julho (relativa à conservação de dados das comunicações electrónicas).
- Lei 33/2007 de 13 de Agosto (regula a instalação e utilização de sistemas de videovigilância em táxis).
- Lei 35/2004 de 29 de Julho (altera o regime jurídico do exercício da segurança privada).
- Lei 41/2004 de 18 de Agosto (regula a protecção de dados pessoais no sector das comunicações electrónicas).
- Lei 45/2004, de 19 de Agosto.

- Lei 49/2008, de 27 de Setembro (lei da organização da investigação criminal)
- Lei 5/2002 (actualizado DL 317/2009).
- Lei 5/2008, de 12 de Fevereiro
- Lei 51/2006 de 29 de Agosto (regula a instalação e utilização de vigilância electrónica rodoviária e a criação e utilização de sistemas de informação de acidentes e incidentes pela EP - Estradas de Portugal, EPE, e pelas concessionárias rodoviárias).
- Lei 60/3008, 16 de Setembro.
- Lei 67/98 de 26 de Outubro (lei da protecção de dados).
- Lei 99/2003 de 27 de Agosto (aprova o Código do Trabalho (delimita algumas condições em que devem ser utilizados os meios de videovigilância à distância no local de trabalho)).
- Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos
- Portaria n.º 1296- A/2010, de 20 de Dezembro (relativa ao modelo de utilização do dispositivo electrónico de matrícula para efeitos de cobrança electrónica).
- Portaria n.º 314 – B/2010, de 14 de Junho (posteriormente alterada pelo DL n.º 106/2006 e pelo DL n.º 112/09 de 18 de Maio).
- Portaria n.º 1164-A/2007 de 12 de Setembro (aprova o modelo de aviso, a instalar em local visível nos táxis que possuam videovigilância).

- **Sítios**

- «<http://www.dgsi.pt>».
- «www.cnpd.pt» sítios da CNPD (Comissão Nacional da Protecção de Dados).
- «www.gnr.pt» sítios da GNR.
- «www.imtt.pt» sítios do IMTT (Instituto de Mobilidade e dos Transportes Terrestres).
- «www.pgdlisboa.pt» sítios da PGDL (Procuradoria geral Distrital de Lisboa).
- «www.psp.pt» sítios da PSP
- «www.tribunalconstitucional.pt».

▪ Bibliografia

▪ Monografia

- AAVV BELEZA, Teresa Pizarro, PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *“Prova Criminal e Direito de Defesa: Estudos sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal”*. Almedina; Março 2011.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *“Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”*; Universidade católica Editora, Unipessoal, Lda.; Lisboa: Dezembro 2007.
- ANDRADE, Manuel de Costa. *“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; Junho de 2009.
- ANDRADE, Manuel de Costa. *“Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal”*, reimpressão. Coimbra Editora, 2006.
- CALADO, António Marcos Ferreira. *“Legalidade e Oportunidade na Investigação Criminal”*. Coimbra Editora; Junho de 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *“CRP Constituição da República Portuguesa Anotada art. 1º a 107º”*, volume I, 4º edição revista, Coimbra Editora, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”*. 7º edição (3º reimpressão). Almedina, 2003.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel de Costa. *“Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena”*, 2º reimpressão. Coimbra Editora; Julho de 1997.
- MESQUITA, Paulo Dá. *“Processo Penal, Prova Sistema Judiciário”*, 1º edição. Editor Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora; Setembro de 2010.
- MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui. *“Constituição Portuguesa Anotada – Introdução geral Preambulo art 1º a 79º”*, Tomo I, 2º edição; Editora Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, Maio de 2002.
- OLIVEIRA, Francisco da Costa. *“A Defesa e a Investigação do Crime”* 2º edição. Almedina; Agosto de 2008.

▫ PINTO, António Augusto Toldo. “ *Código da Estrada Anotado e Legislação Rodoviária Complementar*”, 3º edição; Coimbra Editora; Fevereiro de 2003.

▫ RODRIGUES, Benjamim Silva. “*Da Prova Penal: Bruscamente...A (s) Face (s) Oculta (s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*” , Tomo II, 1º edição. editora REI dos livros; Abril de 2010.

▫ SANTOS, Gil Moreira dos. “ *O Direito Processual Penal*”. Edição ASA; 2002.

▫ SILVA, Germano Marques da. “*Curso de Processo Penal*”, volume I; 4º edição revista e actualizada. Lisboa: Verbo; 2000.

▫ SILVA, Germano Marques da. “*Curso de Processo Penal*”, volume III; 2º edição revista e actualizada. Verbo, 2000.

▫ SILVA, Germano Marques da. “*O Curso de Processo Penal*”, volume II, 4º edição. Verbo; Abril 2008.

▫ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. “*Dos órgãos de polícia criminal – natureza; intervenção; cooperação*”. Almedina; 2004.

▪ **Monografias electrónicas**

▫ CAMPOS, Carlos da Silva. “*Apreensão e Propriedade Considerações sobre as Medidas de Apreensão em Processo Penal*”. Verbo jurídico; Outubro 2006.

▫ CANOTILHO, Joaquim José Gomes; “*Estado de Direito*”, acedida e consultada em 30-08-2011, que pode ser vista em: «http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/CanotilhoED.pdf ».

▫ RODRIGUES, Anabela Miranda; “ *A Fase Preparatória do Processo Penal: Tendências na Europa. O Caso Português*”, que se pode encontrar na internet, publicado na RBCCRIM 39/9 «www.revistasrtonline.com.br/.../RBCCrim39_P009-027.html».

▪ **Artigos periódicos e de publicação em serie**

▫ MAIA, Nuno Miguel. Artigo do JN “*Jornal de Notícias*”, de 10 de Fevereiro de 2007, entrevista “*Lucidez*”, realizada à juíza Amália Morgado.

▫ PALMA, Fernanda, noticia do jornal “*Correio da Manhã*”, de 3 de Agosto de 2008, consultado em «<http://www.cmjornal.xl.pt/noticias/opiniaio/fernanda-palma?nPagina=17>».

· Outras publicações

◆ Acórdãos

- Acórdão do Supremo Tribunal da Justiça n.º ST199801270010453, de 27 de Janeiro de 1998.
- Acórdão do Supremo Tribunal da Justiça, de 22 de Março de 2007.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º SJ199106050415653, de 5 de Junho de 1991.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º SJ199303110435123, de 11 de Março de 1993.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º SJ200112120030753, de 12 de Dezembro de 2001.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º ST200609200023213, processo 06P2321, de 20 de Setembro de 2006.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo 886/07.8PSLSB.L1.S1, de 3 de Março de 2010.
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007, processo n.º 695/06, de 2 de Março de 2007.
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 16/97, processo n.º 821/95, de 10 de Fevereiro de 1998.
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 192/01, processo n.º 517/00.
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 319/95, de 20 de Julho de 1995.
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 578/98.
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87, processo nº302/86, de 9 de Fevereiro de 1987.
- Acórdão do Tribunal Constitucional nº 228/2007, processo nº 980/2006, de 28 de Março de 2007.
- Acórdão do Tribunal Constitucional nº 407/97.
- Acórdão do Tribunal Constitucional nº TCB19970521974072, de 21 de Maio de 1997.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 113/09.3GBCVL, de 14 de Julho de 2010.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo 2005/08-1, de 7 de Outubro de 2008.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo 10210/2008-9, de 28 de Maio de 2009.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo 5150/2005-3, de 13 de Outubro de 2004.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo 7125/2008-4, de 19 de Outubro de 2008.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo 8324/2008-9, de 30 de Outubro de 2008.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20 de Outubro de 2010.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7 de Maio de 2008.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo 0814979, de 5 de Novembro de 2008.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo 438/08.5GCVNF.P1, de 18 de Maio de 2011.
- Acórdão do Tribunal Relação Lisboa, nº 463/07.3TAALM-A.L1, de 2 de Março de 2011.

◆ **Pareceres**

- Parecer do Conselho Consultivo da PGR: parecer P000952003, n.º do documento: PPA0611203009500.

◆ **Circulares**

- Circular da Procuradoria Geral da República n.º 7/92, de 27 de Abril de 1992.
- Circular da Procuradoria Geral da República n.º 4/2005, de 29 de Junho de 2005.

Entrevista realizada a um Comandante de Destacamento da GNR
(de modo informal e anónimo, no dia 26-10-2011,
tomando conhecimento de uma perspectiva
prática e real sobre a temática)

I

Parte geral

1. A colheita da prova requer sempre o impulso de uma autoridade judiciária, ou em certas situações os OPC podem assumir iniciativa autónoma nesse sentido? Em que situações?

“Numa perspectiva geral, nos enquanto OPC temos iniciativas autónomas e tomamos decisões, mas depende sobretudo do crime que estamos face, isto é, quando estamos perante um exame e um local, aqui temos toda a autonomia não dependendo de algum tipo de impulso por parte das autoridades judiciais, contudo, em alguns crimes que são da reserva exclusiva da PJ, não podemos recolher prova, apenas podemos assistir através de cedência de informações que tenhamos ou que obtemos, visto sermos uma entidade local e que conhecemos melhor a região, só podemos recolher provas quando nos é permitido mas logo que possível transmitimos o que obtemos ao OPC competente, art. 5º da LOIC.

Depende do crime, se for um crime sexual, por exemplo, não é preciso um impulso aos OPC, por assim dizer, mas se estivermos a falar de certos crimes já é preciso uma autorização judicial.

Portanto, em regra temos competência autónoma, não precisando de um impulso por parte da autoridade judicial, exceptuando quando são casos da reserva exclusiva da PJ ou quando a própria decisão já vem das autoridades judiciais, nos casos em que ela própria inicia a investigação”.

2. No seu entender existem certos meios de obtenção de prova que possuem mais força demonstrativa que outros?

“Penso que a prova documental é o que tem a força jurídica face aos outros, como por exemplo, a prova testemunhal, digo isto pelos casos que já tive, em que a testemunha diz uma coisa quando estamos na face de investigação mas depois quando em

juízo quando a prova tem de ser produzida ela já conta outra história, é uma prova que não nos dá muita segurança”.

3. Até que ponto as autoridades policiais têm autonomia no âmbito de uma investigação criminal?

“Para desencadear um processo de investigação temos de pedir uma autorização, despacho, ao MP, dependendo da pena do crime em questão, mesmo que estejamos em casos que são da competência genérica da GNR, fora esta situação podemos fazer investigação, exceptuando os casos que violem e afectem a privacidade, por exemplo a localização de telemóvel podemos realizar uma investigação sem necessidade de autorização, em regra emitimos um fax para a operadora e ela cede-nos a informação pretendida, já as escutas necessitam de autorização, art. 5º e 6º da LOIC.

Resumindo, nos podemos fazer investigação autonomamente sem autorização judicial, excepto nos casos que são de competência reservada de outros órgãos, como a PJ, ou casos que pela sua gravidade ou certos meios de investigação necessitam da intervenção do MP, através de uma autorização, art. 2º,n.º 7 LOIC”.

4. Como é a relação e quais os limites que se colocam na relação hierárquica entre as autoridades policiais e o MP?

“ Na relação GNR e MP existe uma dependência funcional no processo, é o MP que dirige o processo, mas nós enquanto OPC temos autonomia técnica e tática, por exemplo uma busca com mandado pode ser realizada no prazo de 30 dias, mas nós é que decidimos quando actuar, analisando o caso em si, vendo se é melhor actuar imediatamente ou mais para o fim do prazo, tendo sempre em conta a situação e as circunstâncias que envolvem o caso, art. 2º,n.º 4 e 6 LOIC”.

5. Existe realmente uma relação de cooperação entre os diversos OPC?

“Enquanto medidas cautelares e de polícia existe, em termos de investigação o MP só coordena quando o processo está estabelecido, mas há cooperação, o processo é desenvolvido pelos OPC, quando o processo está com a GNR como nós que sempre que necessário pedimos aos outros OPC colaboração, art. 10º LOIC.

Não há diferença na relação entre os diversos OPC, na realidade, a opinião pública pode ter ideia da existência de diversidades na relação entre as diferentes

instituições mas não passa disso mesmo, de uma ideia criada que não se concretiza na realidade, se houver alguma diferença nos relacionamentos são mais questões institucionais ou entre alguns agentes específicos, do que propriamente entre as entidades no campo da investigação e de trabalho”.

6. Em que casos vocês chamam a PJ para intervir numa investigação criminal?

“ Por exemplo, os crimes florestais, entre outros, são de competência reservada da PJ, art. 7º LOIC, mas é-nos permitido actuar como GNR na recolha de dados, art. 5º,n.º1 LOIC, como informação perante a comunidade e transmitir os dados recolhidos posteriormente à PJ, há uma colaboração entre as entidades, mas não na investigação, porque no caso que estou a referir não é da nossa competência, por isso não colaboramos na investigação mas na obtenção de dados, mesmo em caso de reserva exclusiva da PJ. A competência da GNR é genérica e a da PJ é uma competência reservada, segundo o art. 4º e 6º da LOIC, mas nós enquanto OPC actuamos mesmo nos casos de competência reservada da PJ na obtenção e execução de medidas cautelares e de polícia, sempre, estas não são consideradas diligencias de investigação, fazem-se sempre, por exemplo num caso de homicídio que é da competência da PJ, fazemos sempre as nossas diligencias, como bloquear o acesso ao local de crime para evitar que os vestígios e provas se percam como também colhemos informação das pessoas que se encontram no local do crime, posteriormente comunicamos à PJ e prestamos depois a colaboração necessária, quando pedida pelos mesmos, nos casos de competência reservada, art. 5º, art. 6º, art. 7º e art. 8º LOIC”.

7. Acha que as medidas preventivas das autoridades policiais são imprescindíveis?

“São as mais importantes num processo, principalmente em crimes de homicídio e furto, exceptuando a droga porque é um crime com continuidade e em regra é constituído por uma rede. Se no crime de furto não se fizer nada de imediato perde-se o que foi furtado e o elo de ligação que nos leva ao suspeito da prática e assim às provas. Por exemplo na recolha de imagem – videovigilância – estas são apagadas 24h depois de recolhidas, logo temos de actuar de imediato de modo a evitar que estas se percam e em outros casos, como o de furto evitar que haja receptação e venda dos bens furtados ou destruição, as medidas cautelares são medidas rápidas que evitam fuga e a destruição de

provas, estas são necessárias para apreender material e para depois ajudar em julgamento o juiz a formar a sua convicção”.

8. Pode um agente da GNR de uma área especializada (ex. unidade fiscal, unidade florestal...) intervir numa área de jurisdição de outra unidade?

“Quanto à GNR cada um tem a sua área específica e actuam nela, mas isso não os impede de trabalhar noutra área da GNR, porque no fundo eles são militares da GNR, logo podem fazer uma operação stop e afins. No que respeita há entidade florestal existem duas, uma que é militar e essa como tal tem apesar de a sua vertente ser florestal, actua nela mas também noutras, pois é militar, existe agora outro indivíduos que não são militares, que têm competência florestal que agora foram juntados à GNR, esse como não são militares não podem actuar como tal, logo só podem fiscalizar e tomar medidas contra - ordenacionais e entre outras medidas, no âmbito florestal e ambiental”.

9. Que métodos utilizam para compelir uma pessoa a comparecer a um acto de investigação?

“Se o processo já estiver iniciado, a pessoa é comunicada por mandado ou ofício para esta comparecer a um acto processual, e só compelimos a pessoa com uma autorização judicial, principalmente o arguido ou suspeito mas também em certos casos as testemunhas, quando estas são imprescindíveis para o caso, mas só com autorização judicial, art. 111º e seg CPP.

No caso que não haja processo e a pessoa é convocada para diligências de investigação e não compareça ao nosso posto para, por exemplo, a realização de um inquérito e afins, não o vamos obrigar a comparecer, por norma voltamos a comunicar, pois pode ter havido falha na comunicação e só depois comunicamos ao MP que depois toma as providências necessárias”.

Meios de obtenção de prova

II

Os exames

10. Quando é que podem intervir na realização de um exame forense?

“Se for suspeito da prática de um crime ou até mesmo a vítima levamos para a realização do exame, mas de resto não intervimos; se for no âmbito de um processo a pessoa é notificada para comparecer no local indicado para o realizar, o Instituto de Medicina Legal, nós não o levamos, como medida cautelar e de polícia, como tem de ser logo não fazemos, é necessária autorização e despacho da autoridade judicial”.

11. Quando é que utilizam a força para compelir um arguido, que não consentiu, a realizar um exame forense?

“Usamos quando for necessário, sob o risco de se perder a prova, e nos casos que tenhamos autorização judicial”.

12. Acha que é legítimo utilizar a força para compelir o arguido a realizar um exame forense?

“Sim, principalmente em crimes sexuais, mas em questões cíveis não”.

13. Nunca achou que mesmo actuando sobre um mandado do juiz possam estar a ir contra a lei?

“Pode acontecer, por exemplo num mandado de buscas, já nos aconteceu, o mandado tinha a indicação de um número da porta que não era a certa, não entramos e demos a conhecer a situação ao MP, em relatório o porque de não termos procedido à realização da busca. Outro caso, foi de um roubo de cobre num destacamento em que estive, e quando me foi dado a conhecer o caso, procedi aos meios legais e dei a conhecer ao MP e assim com o mandado de busca, pois tínhamos conhecimento das duas residências do suspeito, procedemos à sua realização e quando lá chegamos encontramos a viatura que serviu para o transporte e detinha ainda de algum material, mas que não pertencia ao visado e suspeito do crime, não podemos realizar a busca na viatura sem o consentimento expresso e prévio do proprietário, visto ele nada ter a ver com o caso, era

mais uma vítima, cedeu nos a viatura para a realização da busca sem hesitação, e o caso resolveu-se. Também comuniquei de imediato a ocorrência a outras unidades adjacentes, porque em regra são casos que não ocorrem apenas numa localidade, facto esse que se veio a observar”.

14. Quando e o que os motiva a realizar o exame de álcool (alcoolímetro) num indivíduo?

“Normalmente, para fiscalização de trânsito, mas obrigatoriamente em acidente e caçadores”.

15. Precisam de mandado para realizar o exame de álcool?

“Não, e o indivíduo que não consentir, porque não detenhamos de mandado, a partir que se recusa a realiza-lo incorre ao crime de desobediência à autoridade”.

16. Quando o indivíduo recusa realizar o exame de álcool, que procedimento é tomado?

“ A partir do momento que recusa incorre ao crime de desobediência à autoridade, logo é detida, se ainda decorrer o horário de expediente é levado ao tribunal, que face a pena deste crime ele é libertado com uma medida de coacção, entendida pelo juiz”.

17. Em que situações realizam a análise ao sangue para comprovar a taxa de álcool, em vez de exame pelo alcoolímetro?

“Se o indivíduo recusar fazer pelo alcoolímetro também vai recusar fazer a análise de sangue, e nestes casos não levamos nem forçamos a ir, apenas incorre ao crime de desobediência à autoridade. Uma coisa é não poder fazer outra é não consentir, só levamos ao hospital nos casos em que não conseguem realiza-lo pelo alcoolímetro, porque não têm força, ou em caso de acidente ou quando estão a fingir não conseguir, e este caso infelizmente acontece algumas vezes”.

III

Revistas e buscas

18. Quando é que entram num domicílio privado? E que meios de prova, em regra, obtêm dessa intervenção?

“Quando a lei diz, mas em regra, é quando se tenha a suspeita que a pessoa tenha o produto do crime ou quando esta nos dá o consentimento. Os materiais que obtemos pela incursão aos domicílios são por norma material furtado ou droga, portanto são apreensões de material”.

19. Sem mandado podem entrar num domicílio?

“Sim, basta que uma pessoa que lá viva nos dê o seu consentimento expresso e prévio, mas se esta não for a pessoa que seria a visada da busca mas que lá habite, só a parte da casa que ela habita será objecto da busca, não os quartos dos outros habitantes, pois esses não deram o seu consentimento. Neste caso, como aquele a quem queremos realizar a busca não nos deu o seu consentimento, porque não estava ou estava e não deu, como não podemos proceder à busca no seu quarto, que é onde deve ter os objectos da pratica do crime, não nos adianta entrar e só ver a outra parte da casa, então preferimos nestas situações pedir mandado, que deste modo, nos permite realizar a busca a todo o domicílio”.

20. No vosso entender também é considerado domicílio as tendas e roulottes?

E uma dependência fechada não conexas ao domicílio mas que faz parte do quotidiano deste?

“ Sim.

Se a dependência estiver mesmo fechada só com mandado entramos, se não tivermos entrados, se tivermos fundados indícios. Já quanto a um veículo, em regra, podemos fazer uma busca nele sem mandado, só não o fazemos quando o indivíduo nos evidencie que esta é a sua residência, mas normalmente as buscas nos automóveis em casos de criminalidade ocorre quando vemos indivíduos junto a este ou dentro deste a fumar charros e aí procedemos como medida cautelar e de policia para ver se detêm de mais estupefacientes, que em regra nos sítios em que os encontremos suspeitamos que sejam

postos de correio de droga, logo detêm de mais; nos casos que não detêm, que seja apenas para consumo nada podemos fazer”.

21. Que motivos e circunstâncias vos leva a entrar numa propriedade privada à noite?

“Em casos, por exemplo de violência doméstica quando esta em perigo a vida ou a integridade física de uma pessoa entramos, mesmo sem mandado, mas por norma esperamos o mandado ou entramos com o consentimento escrito e prévio da pessoa”.

22. Quando é que podem realizar uma revista, com mandado e como medida cautelar?

“Com mandado é quando existe processo, como medida cautelar é quando tenhamos indícios que a pessoa é suspeita de um crime ou que tenha algo que constitui um crime, e após o realizar dela, mesmo que nada se encontre temos de fazer o relatório ao MP, para depois não sermos acusados de abuso de autoridade e afins”.

23. O que entende que abrange a revista?

“Apesar, de como me refere, que a lei indica que a revista é feita “na sua pessoa”, entendo que a revista é feita à pessoa e para além dela, ou seja, tudo que ela contenha e suporte e também ao lugar onde ela se encontra, portanto o exemplo que me indicou, as malas de viagem, não são certamente uma pessoa mas estão com ela no local da revista, logo são sujeita a ela”.

24. Que conduta tem quando numa operação precisam de realizar uma revista a um sujeito do sexo feminino e naquele local não se encontra uma agente do sexo feminino?

“É uma questão um tanto complexa, pelo seguinte, por norma procederíamos ao transporte da pessoa em causa ao posto, para identificação e revista, local onde se encontra uma agente do sexo feminino que poderia proceder à sua realização, mas este facto pode levantar uma problemática, caso a pessoa seja inocente esta pode depois nos acusar de restringir a sua liberdade, entre outras coisas.

Agora, no exemplo que me deu, de que a cidadã do sexo feminino encontra-se armada, e após nós a desarmarmos, é preciso revista-la para verificar se ela detêm de

mais alguma arma que possa utilizar, aqui independentemente de haver ou não agente do sexo feminino nos efectuamos a revista, pois há perigo e nesta situação estamos face a uma revista pessoal e de segurança. Já naqueles casos, a chamada a revista íntima, quando a pessoa detêm por exemplo droga no interior do corpo, temos mesmo de a trazer ao posto e aí só a militar do sexo feminino pode realiza-la”.

IV

Apreensões

25. Quando é que a autoridade policial pode executar buscas em automóveis, sem mandado?

“É no âmbito do art. 251º, n.º1 a) CPP, é quando temos fundados indícios que nela se encontram objectos relacionados com o crime. Numa operação stop podemos sem autorização proceder a uma busca numa viatura, mas temos que depois fazer um relatório, mesmo não encontrando nada, para nos defendermos de possíveis factos que aleguem contra nós depois, ou fazemos também quando a pessoa dá o consentimento por escrito para a realizar”.

26. Quando um automóvel é apreendido, este pode ser utilizado pelas autoridades no serviço?

“ Não, na prática não acontece, pois tem-se de pedir o tribunal e normalmente por segurança prefere-se pedir só quando esta esteja perdida a favor do Estado, porque pode no fim do processo o indivíduo ser considerado inocente e ter de se indemnizar pelo tempo que se usou e outras situações”.

27. Depois que é apreendido o automóvel que procedimento é tomado?

“Por norma, nós notificamos a pessoa que é a proprietária do veículo e entregamos-lhe a viatura na posição de fiel depositário, porque mesmo que quiséssemos apreender a viatura e depois retê-la no nosso parque, este não tem condições para abarcar com tantas viaturas”.

28. Que circunstâncias vos levam a apreender uma viatura?

“Sempre que a viatura em questão tenha sido fulcral para a prática do crime, que tenha sido utilizada ou facilitado na sua prática ou retenha vestígios do crime, esta é apreendida. Ela é apreendida para valoração de prova, mas se por exemplo o proprietário do veículo nada tiver a ver com o crime, porque a viatura tinha-lhe sido furtada antes da prática do referente crime, se esta não conservar vestígios de sangue ou outros indícios que necessite de ir para peritagem técnica, nós a entregamos, sem necessidade de intervenção do juiz”.

V

Escutas Telefónicas

29. Como autoridade policial, no âmbito de uma investigação têm legitimidade para realizar escutas telefónicas?

“Podemos, mas na prática como é um meio de prova que não necessita de ter uma actuação imediata como outros, pedimos autorização ao procurador, mas também podemos actuar como medida cautelar e de polícia, temos é de ter sempre em atenção os prazos para apresentar os relatórios das escutas, de 15 em 15 dias e assim. Quanto à questão que me coloca sobre quem tem legitimidade de nos fiscalizar no realizar das escutas, sem duvida que é o MP, ou o Procurador – Geral da Republica, art. 16º LOIC”.

VI

Localização de pessoas e bens

30. Quando uma pessoa desaparece qual é o procedimento que é tomado?

“Em resposta à sua questão sobre as 24h seguintes ao desaparecimento de uma pessoa não se fazer nada e ter de se esperar, pode-se dizer que isso não passa de um mito criado e que infelizmente ainda persiste na comunidade, pois actuamos logo que se saiba que a pessoa desapareceu, para se evitar a perda da direcção que foi tomada, pois em casos de rapto tem de se actuar rápido para não se perder algo que nos leve à vítima e ao suspeito da prática, e porque também pode estar em perigo a vida da pessoa em causa, portanto tem-se de actuar mais rápido possível, mal se tenha conhecimento do facto.

Em princípio não sabemos se é um caso de rapto ou se a pessoa desapareceu porque quis, em casos de adultos, portanto isso das 24h na prática não ocorre, não se espera, actuamos de imediato. Num caso que tivemos há uns meses, de uma jovem que desapareceu no percurso do trabalho, nós pensamos que fosse de início homicídio, chamamos a PJ e a auxiliamos, na investigação e procura da jovem, pois conhecemos melhor o terreno e a comunidade, e no caso como se tratava de uma localização de pessoa tentamos sempre localizar o celular da pessoa em questão, caso ela o tenha consigo e não o tenha esquecido ou assim, e esta localização, no caso da jovem demorou alguns dias porque esta zona não tem muitos postos de telecomunicações e nem muito juntos, logo o triangulo que se cria em volta do telemóvel é muito maior, logo tivemos de vasculhar uma área mais ampla, sem sabermos ao certo o que iríamos encontrar, se só a viatura e os telemóveis, e assim desse modo teríamos depois mais pistas para seguir, ou se a viatura com os telemóveis e a jovem dentro, e tivemos de actuar rápido pois não sabíamos quanto tempo as baterias dos telemóveis aguentariam, pois eram dois, infelizmente viemos a descobrir que a jovem estava morta dentro do veiculo e a PJ procedeu depois aos procedimentos normais que lhe competem”.

31. Podem utilizar como medida cautelar, sem autorização judicial, meios de localização de pessoas como por exemplo o GPS, chip do automóvel, o cartão do telemóvel, ect.?

“Na prática, quando é para localizar pessoas, utilizamos a localização de celular, para localizar o local onde ela se encontra, porque por exemplo o dispositivo da via verde só nos diz que ela passou num determinado local não o local onde ela se encontra, portanto ela depois de passar naquele local pode estar muito longe, pois pode ter usado depois as estradas nacionais que não têm dispositivos de controlo, este meio não utilizamos para localizar pessoas mas sim viaturas furtadas. Para localizarmos pessoas não precisamos de mandado, art.º 252 CPP, actuamos de imediato pois pode haver perigo para a vida da pessoa.

Nos casos das viaturas não é tão simples, pois nem todas as viaturas têm dispositivos electrónicos, como o dispositivo da via verde e o chip, que nos orientem o percurso que esta tomou, nos casos de furto ou roubo que são os mais comuns, e como disse antes, mesmo que a viatura tenha o dispositivo da via verde, este só nos indica que passou num determinado local não quer dizer que depois não tenham tomado outro

caminho e feito o percurso para trás por estradas nacionais, de modo a confundir as autoridades. Quanto ao GPS não o utilizamos ainda como meio de localização e não lhe sei dizer ao certo ate onde isso funciona mesmo na prática, tenho conhecimento que pode ser utilizado mas não procedemos ainda á sua utilização, também pelo facto de isso ainda ser recente”.

32. Utilizam ou podem utilizar o chip do automóvel, ou outro dispositivo electrónico para fins contra - ordenacionais?

“Não utilizamos, como referi anteriormente, o chip foi introduzido muito recentemente e ainda não se viu muita adesão do mesmo e portanto ainda não sabemos como actuar face a este. Também não estou a ver como um dispositivo electrónico possa ser utilizado para medidas contra – ordenacionais, no exemplo que me diz de um indivíduo ter uma condução perigosa e através das câmaras detectar-se essa conduta, em regra com o número da matrícula identifica-se e procede-se para o acto de notificação do indivíduo e seguintes. No caso, que me refere, de não se ver a matricula e ai utilizar-se o referente chip, caso o veiculo o detenha, para identificação da viatura, é um caso complexo, para já, pois as câmara que servem para ver as vias de transito, normalmente são de concessionarias e estas são apenas utilizadas para ver se algo obstrui a via, não como vigia das condutas dos condutores, portanto, só em casos extremos somos comunicados das conduções perigosas, pelas concessionarias, nos casos em que a conduta do individuo coloque em perigo a vida dele e de terceiros, como os casos conhecidos de entrada nas IP ou Auto-Estradas em sentido contrario, mas nos casos de pisarem linha continua e assim não nos é comunicado, pois como lhe disse não é essa a finalidade das ditas câmaras, logo não vigiamos as estradas e condução dos cidadãos dessa maneira, aqui, porque não temos câmaras de transito com esse fim, e só conseguimos vigiar o mesmo com patrulhas e operações no terreno”.

33. Quando um indivíduo utiliza na execução de um crime uma viatura furtada, é-lhes permitido localizar a viatura através de um dispositivo electrónico?

“Quando há um furto comunicamos de imediato para outras unidades e entramos em contacto com o gabinete Schegen. No caso que me indica de a viatura poder sair do espaço europeu, como por exemplo um caso que tivemos, de tráfico de veículos para uma rede africana, que ocorreu nesta região, e pelo facto de ser uma rede muito bem

organizada ainda não foi interceptada e os indivíduos detidos, nós como já referido comunicamos ao gabinete Schengen e este procede à comunicação ao gabinete da Interpol, nos casos necessários”.

34. As empresas de comunicações fornecem-lhes livremente os dados ou vocês podem obriga-las a fornecer-lhes?

“Na prática, até hoje são poucos os casos que estas não nos fornecem livremente os dados requeridos, e penso que nos casos que não nos fornecem é por desconhecimento da lei ou por temerem estar a infringir algum direito face aos seus clientes. Na realidade nos pedimos os dados ao departamento de telecomunicações da PJ que tem ligação directa com as operadoras, que têm como função essa mesma, tornando o processo muito mais rápido”.