



Universidades Lusíada

Silva, Mário João Ramos da

Os meios de obtenção da prova : da teoria à prática

<http://hdl.handle.net/11067/2926>

Metadados

Data de Publicação	2016
Resumo	<p>A Investigação Criminal constituindo uma vasta gama de qualificações em que se tem por objeto a análise de um determinado crime, averiguando-se qual o seu autor, não investiga explicações etiológicas do crime em geral mas tão só a daquele que objetivamente procura demonstrar, reconstituindo a sua verdade material. Entre as variadíssimas áreas que constituem uma Investigação Criminal com os limites que a lei estipula, e dentro de uma atividade pluridimensional, temos o conjunto de instrumentos ...</p> <p>The Criminal Investigation provides a wide range of qualifications that is object is the analysis of a specific crime by finding who was its author, not investigating etiological explanations of crime in general but only the one who seeks to objectively demonstrate, reconstituting its material truth. Among the arcas that constitute an extensive range of Criminal Investigation with the limits that the law stipulates, and within a multidimensional activity, we have the sct of instruments, we can...</p>
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 2024-04-26T20:38:37Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**OS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA
DA TEORIA À PRÁTICA**

Mário João Ramos da Silva

Dissertação para obtenção do Grau Mestre

Porto, 2013



UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO

**OS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA
DA TEORIA À PRÁTICA**

Mestrando: Mário João Ramos da Silva

Orientador: Professor Doutor Fernando Torrão

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Porto, 2013

AGRADECIMENTOS

Por todo o tempo que passei durante o mestrado em Ciências Jurídico Criminais muita coisa fui adquirindo nomeadamente, aprendi a pensar mais detidamente em determinados assuntos, cultivei métodos de trabalho, a procurar a necessária informação, de organizar e simplificar coisas, enfim aprendi a ver os assuntos relevantes na perspetiva em que eles devem ser vistos.

Tudo o que acabo de afirmar foi naturalmente a obra que resultou de toda a atenção dedicada por um corpo docente a quem desde já expresso os meus mais sinceros agradecimentos.

Ao Professor Doutor Fernando Torrão, meu orientador, também ao Professor Doutor Manuel Porto e ainda à Dra. Ana Raquel que tão esforçados colaboraram para que levasse a cabo esta tarefa.

Sem os seus ensinamentos, sem os seus conselhos, pareceres, sugestões e uma grande dedicação, era de todo impossível ter o resultado pretendido e que julgo ter sido atingido.

Agradeço em especial à minha filha que lá longe onde se encontra me deu forças para prosseguir.

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	I
ÍNDICE	II
RESUMO	V
ABSTRACT	VI
PALAVRAS-CHAVE.....	VII
LISTA DE ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	VIII
INTRODUÇÃO	9
1. DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA	13
1.1 Noções Gerais e Pressupostos	13
1.2 – Da Prova e Meios de Prova	15
1.3 – Meios de Obtenção da Prova.....	15
2. OS EXAMES	19
2.1 – Noção	19
2.2 – O Que Difere Entre Exame e Perícia	22
2.3 – Tipos de Vestígios.....	24
2.4 – Enquadramento Legal	25
2.5 – Regime de Admissibilidade e de Legalidade	26
2.6 – Exames nas Pessoas	27
2.7 – Especificidades e Limites.....	27
2.8 – Pessoas no Local do Exame	33
2.9 – Da Teoria à Prática.....	34
3 – REVISTAS E BUSCAS.....	38
3.1 – Pressupostos Gerais.....	38
3.2 – Competência da Autoridade Judiciária.....	40
3.3 – Distinção Entre Revista e Busca	40
3.4 – Das Medidas Cautelares e de Polícia	41
3.5 – Da Revista em Especial.....	42
3.5.1 – Requisitos Específicos da Revista.....	43
3.5.2 – A Influência Legislativa da Doutrina	47
3.6 – As Buscas em Especial	48

3.6.1 – Noção.....	48
3.6.2 – Formalidades da Busca.....	48
3.6.3 – O Regime.....	50
3.6.4 – Espécies de Buscas.....	51
3.6.4.1 – Buscas não Domiciliárias.....	51
3.6.4.2 – Buscas Domiciliárias.....	52
3.6.4.2.1 – Conceito.....	52
3.6.5 – Requisitos.....	53
3.6.6 – Requisitos Específicos.....	54
3.7 – Outras Buscas.....	56
3.8 – Da Teoria à Prática.....	56
4 – DAS APREENSÕES.....	59
4.1 – Conceito.....	59
4.2 – Noções Gerais.....	59
4.3 – Pressupostos Legais.....	60
4.4 – Medidas Cautelares e de Polícia.....	61
4.5 – Apreensões Específicas.....	61
4.5.1 – Apreensão de Correspondência.....	61
4.5.2 – A Apreensão em Escritório de Advogado ou em Consultório.....	
Médico.....	63
4.5.3 – Apreensão em Estabelecimento Bancário.....	64
4.5.4 – Apreensão versus Segredo Profissional.....	65
4.6 – Da Teoria à Prática.....	65
5 – ESCUTAS TELEFÓNICAS.....	68
5.1 – Noção.....	68
5.2 – Colisão com Direitos Fundamentais.....	69
5.3 – Pressupostos.....	71
5.4 – Quem Pode Ser Alvo.....	75
5.5 – Impedimentos ou Restrições.....	76
5.5.1 – Quanto ao Arguido e Defensor.....	76
5.5.2 – Outras Pessoas.....	77
5.5.3 – As escutas e os Políticos.....	78
5.6 – Outros Meios Técnicos.....	78

5.7 – O Prazo da Medida	81
5.8 – O Auto e a Transcrição	82
5.9 – Conhecimentos Fortuitos.....	84
5.9.1 – Da Lacuna e Validade.....	87
5.10 – Da Teoria à Prática.....	89
CONCLUSÃO.....	93
BIBLIOGRAFIA.....	97
SITES CONSULTADOS E ACÓRDÃOS CITADOS.....	100
ANEXO A- Jurisprudência.....	101
ANEXO B - LEGISLAÇÃO.....	108
ANEXO C - INFORMAÇÃO PERICIAL.....	111

RESUMO

A Investigação Criminal constituindo uma vasta gama de qualificações em que se tem por objeto a análise de um determinado crime, averiguando-se qual o seu autor, não investiga explicações etiológicas do crime em geral mas tão só a daquele que objetivamente procura demonstrar, reconstituindo a sua verdade material.

Entre as variadíssimas áreas que constituem uma Investigação Criminal com os limites que a lei estipula, e dentro de uma atividade pluridimensional, temos o conjunto de instrumentos ou mesmo afirmar de procedimentos, com vista à obtenção da prova.

A Investigação Criminal, sendo a expressão do Processo Penal, exige um completo saber na análise, na correlação e na síntese de tudo quanto observa, resultando num processo de interpretações físicas que nos reconduzem aos Meios de Obtenção da Prova.

Constitui o trabalho uma tentativa de produzir um novo conceito quanto aos Meios de Obtenção da Prova, visando garantir um procedimento geral de autenticidade no que tange à prova e à salvaguarda dos direitos fundamentais do cidadão, face ao futuro e às novas emergentes formas de criminalidade.

ABSTRACT

The Criminal Investigation provides a wide range of qualifications that its object is the analysis of a specific crime by finding who was its author, not investigating etiological explanations of crime in general but only the one who seeks to objectively demonstrate, reconstituting its material truth.

Among the areas that constitute an extensive range of Criminal Investigation with the limits that the law stipulates, and within a multidimensional activity, we have the set of instruments, we can even say procedures with a view to obtaining evidence.

The Criminal Investigation, being the expression of the Penal Criminal Procedure requires a complete knowledge in the analysis, the correlation and synthesis of all notes, resulting in a process of physical interpretations that lead back to the Means of Obtaining Evidence.

Work is an attempt to produce a new concept concerning the Means of Obtaining Evidence in order to ensure a general procedure of authenticity in relation to evidence and to safeguard the fundamental rights of the citizen against the future and new emerging forms of crime.

PALAVRAS-CHAVE

Arguido

Autoridade Judiciária

Código de Processo Penal

Constituição da República Portuguesa

Direitos Fundamentais

Investigação Criminal

Juiz de Instrução Criminal

Meios de Obtenção da Prova

Ministério Público

Órgão de Polícia Criminal

Prova

Suspeito

LISTA DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

LOIC – Lei de Organização e Investigação Criminal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DLG – Direitos Liberdades e Garantias

DF – Direitos Fundamentais

AJ – Autoridade Judiciária

CC – Código Civil

OPC – Órgão de Polícia Criminal

UE – União Europeia

ADN – Ácido Desoxirribonucleico

M.P. – Ministério Público

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CP – Código Penal

CE – Código da Estrada

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos

EOA – Estatuto da Ordem dos Advogados

LPC – Laboratório de Polícia Científica

GPS – Global Positioning System

INTRODUÇÃO

Com a presente dissertação propomo-nos apresentar um trabalho relativamente abrangente e com uma abordagem prática sobre os meios de obtenção da prova no Processo Penal Português.

Desejamos ainda fazer uma chamada de atenção para a necessária actualização legislativa face à proliferação de outros instrumentos utilizados para o mesmo fim.

Ao abordarmos temas práticos pretendemos desse modo efetuar uma viagem no tempo em que o seu autor dia a dia buscava meios de obtenção da prova, quando ao longo de 30 anos foi OPC na Polícia Judiciária Portuguesa. Da categoria de agente estagiário até coordenador de investigação criminal desde 1975 a 2005, muito teve que lidar com quase todo o tipo de crimes. Incentivado a aproveitar esse acervo de conhecimentos e porque como se tem verificado nas últimas décadas um exponencial avanço tecnológico levando o mundo a redefinir-se com as novas ciências nomeadamente a genética, a velocidade e a troca de informação, decide assim fazer uma abordagem geral e condensada aos meios de obtenção da prova consignados no ordenamento jurídico português, conjugando a teoria e a prática tendo em vista à final destacar alguns outros instrumentos processuais que buscam obter meios de prova válidos com vista à finalidade do processo, necessitando de uma normatividade atualizada constituindo a dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais a ser apresentada e defendida na Universidade Lusíada do Porto.

Tentaremos trazer as referências mais ilustrativas ao trabalho, sem no entanto percorrermos patamares superiores, procurando valorizá-lo e indo ao encontro da simplicidade de quem assume opinar em algumas circunstâncias.

É verdade que podíamos ter optado por uma abordagem mais direcionada e específica relativamente a um ou dois meios de obtenção da prova. Talvez se assim tivéssemos feito, objetivamente, obteríamos um trabalho com uma sustentação superior e com relevância acrescida naqueles meios escolhidos.

Ora não foi este o caminho que seguimos como se pode constatar. De qualquer modo vamos ao encontro dos desafios que algumas pessoas de importância central na nossa vida académica e profissional nos fizeram.

Assim, desta proposta resulta que ao longo de todo este trabalho, aqui e acolá relacionaremos os aspetos teóricos com os práticos mais explicitamente nuns que noutros chamando à colação o fundamental. No Código de Processo Penal estão tipificados os meios de obtenção da prova, os seus pressupostos ou requisitos, os princípios, os conceitos, as nulidades, as definições entre outros. Do confronto dos direitos a salvaguardar sobressai o meio de obtenção da prova quando se identifica que o de valor superior pode licitamente sobrepor-se a aquele outro.

Querendo levar a termo este trabalho sobre os meios de obtenção da prova, abordá-los-emos de modo simples respondendo à razão que encontramos para o desenvolver.

Esta é sem dúvida a tarefa a que nos propomos. É tempo de contribuirmos muito singelamente para que um dia o legislador julgue útil e necessário consagrar em normas jurídicas, diga-se codificar, algumas metodologias de obtenção da prova desde sempre utilizadas na investigação criminal. Outras tantas como medidas cautelares preventivas tornando-as “meios de obtenção da prova” típicos instrumentos processuais devidamente reformados numa lei processual penal virada para o futuro. Referimo-nos aos chamados meios secretos da investigação onde se incluem entre muitos outros os seguimentos e vigilâncias, a recolha de informação, as estórias de cobertura, os agentes encobertos, a videovigilância, as gravações ambientais de imagens, as localizações GPS (Global Positioning System), a localização e vigilância eletrónica, ou até as gravações da palavra com microfones direccionais, tanto usadas por todas as polícias do mundo.

Talvez deste modo a investigação criminal surja mais defendida, mais organizada e tecnicamente preparada para os novos desafios que a futura criminalidade trará às sociedades vindouras, porque sustentada em lei processual penal devidamente codificada, afastando-se deste modo qualquer atuação investigatória clandestina e de legalidade pouco ou nada definida.

Uma reflexão sobre este tema detidamente dirigida aos meios secretos utilizados e já muito bem conhecidos da investigação criminal, lembra-nos que nas últimas décadas eles foram surgindo por imperativo da transnacionalidade criminal e da globalização conducente às sociedades de risco. O terrorismo e as transformações profundas que desencadeou na informação policial e nos processos tecnológicos progressivamente e rapidamente substituíveis por outros cada vez mais modernos no

domínio das telecomunicações sugere, que muitas das vezes os direitos fundamentais do cidadão ficam severamente prejudicados. Lembremo-nos simplesmente do direito à palavra, à imagem, à privacidade, ao sigilo das telecomunicações, o princípio “*nemo tenetur se ipsum accusare*”, entre outros.

O nosso trabalho dirige-se seguramente aos meios de obtenção da prova devidamente identificados na lei em vigor mas também a encontrar a mais simples forma de dizer qual e porquê a necessidade de estabilizar normativamente os meios secretos de investigação. Os meios de obtenção da prova estão dispersos em vários diplomas e aqueles que nos levaram à produção de uma parte deste trabalho não se encontram tipificados em diplomas legais continuando o seu caminho roçando a ilegalidade, ultrapassando as exigências subjacentes à Constituição da República Portuguesa, violando quantas das vezes os princípios da proporcionalidade, adequação e necessidade (art.º 18º nº 2 da CRP) basilares dos meios de obtenção da prova.

O arguido pode progressivamente deste modo ser considerado apenas um objeto do processo e não um sujeito processual.

Podemos ser levados a pensar que o Código de Processo Penal já resgata todos estes meios de obtenção da prova nos seus artigos 125º e 126º, mas a verdade é que não se encontra verdadeiramente um princípio sistemático que chame todos os meios secretos utilizados na investigação criminal. Há que evitar uma omissão formal. Se assim vier a ser, o esteio dará a quem investiga a garantia da sua vinculação a meios legais e por outro lado quem é investigado sente-se também reconfortado com a garantia dos seus direitos. As últimas décadas caracterizam-se por avanços tecnológicos extremos conduzindo-nos quase ao fim da certeza que a ciência nos dá impondo-nos um mundo real das inovações, da ciência moderna dita em tempo real, levando-nos a viver uma velocidade da informação que entre o evento e a notícia quase não existe margem de estudo. Os sentidos humanos passaram a ser precários se comparados com os sentidos da eletrónica. Estes quase sempre mais eficientes e fiáveis.

A investigação criminal não é já aquela a que nos habituamos. Os sentidos e os conhecimentos humanos deixam de ser tão importantes pois que em muitas áreas indiscutivelmente as novas ciências os vieram substituir.

Por tudo o que acabamos de dizer e em conclusão, o nosso singelo contributo será a convicção do dever cumprido onde abordamos concentradamente na teoria e na prática os meios de obtenção da prova já consignados em lei tentando apenas e só chamar à colação aqueles que segundo acreditamos um dia terão o mesmo destino.

1. DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA

1.1 – Noções Gerais e Pressupostos

Conforme o artigo 1º da atual Lei da Organização da Investigação Criminal (LOIC), Lei nº 49/2008 de 27 de agosto, a exemplo do art.º 1º da LOIC anterior, Lei 21/2000, de 10 de agosto, investigação criminal é “*O conjunto de diligências que, nos termos da lei processual penal, visam averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade, descobrir e recolher as provas no âmbito do processo*”.

Este artigo é similar ao do art.º 262º nº 1 do Código de Processo Penal (CPP), podendo verificar-se que o inquérito “*compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes, a sua responsabilidade e descobrir e recolher as provas em ordem à decisão sobre a acusação.*”

Uma das ideias mais importantes decorrentes da investigação criminal é que a mesma tem como objetivo primordial a descoberta da verdade material “*Há-de ser tomada em duplo sentido, no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela, mas também no sentido de uma verdade que, não sendo «absoluta» ou «ontológica», há-de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas processualmente válida*”⁽¹⁾ dos factos passados, ao fim e ao cabo, a reconstituição histórica da materialidade dos mesmos.

Sabemos então que toda a investigação criminal tem como última ratio, a descoberta da verdade material do facto criminoso que ocorreu no passado, sendo necessária a sua reconstituição histórica no presente, ou seja, descobrir toda a verdade tendo em vista identificar “o” ou “os” seus autores.

(1) FIGUEIREDO DIAS, Jorge, Clássicos Jurídicos, Direito Processual Penal, sobre Princípios da Prova, Coimbra Editora, 2004, pp. 193-194

A produção de prova evoluiu ao longo dos tempos tentando sempre acompanhar as derivas tecnológicas e científicas nomeadamente e com especial relevo a partir do século XIX. Não basta investigar nem descobrir a verdade, é preciso provar isto é, demonstrar com rigor no presente o que aconteceu no passado. Procuram-se indícios que possam explicar e fazer compreender **o quê, quando, onde, como, quem e porquê A ou B** cometeu o crime. Para tanto, isto não pode ser feito de uma qualquer maneira, há que seguir formas e metodologias com princípio, meio e fim.

É o Direito Processual Penal que na esteira da Constituição da República Portuguesa (CRP) baliza toda a atividade investigatória. Qualquer restrição aos Direitos Liberdades e Garantias (DLG) só é constitucionalmente legítima se:

- 1 – For autorizada pela Constituição.
- 2 – Estiver suficientemente sustentada em lei da Assembleia da República ou em Decreto-Lei autorizado.⁽²⁾
- 3 – Visar a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido.
- 4 – For necessária a essa salvaguarda, adequada para o efeito e proporcional a esse objetivo.
- 5 – Tiver carácter geral e abstrato, não tiver efeito retroativo e não diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.⁽³⁾

Só assim os Direitos Fundamentais (DF) ficarão protegidos contra todos os abusos que eventualmente possam ser praticados pelo estado (todos os seus órgãos). Esta imposição é verificável no art.º 18º nº2 e nº3 da CRP com exceção do direito à dignidade da pessoa humana, o que nunca pode ser restringido. A autoridade judiciária (AJ) deve sempre utilizar um juízo de ponderação relativamente aos direitos em oposição. O Direito Processual Penal tem forçosamente que ser “*O verdadeiro sismógrafo de uma lei fundamental*”.⁽⁴⁾

(2) ANDRADE, Costa, *bruscamente no verão passado*, RLJ Ano 137º, p. 140 afirma: “*Só uma lei expressa, clara e determinada, reportada à técnica em causa, definidora e limitadora da respectiva medida de invasividade e de devassa, pode legitimar a sua utilização como meio de obtenção da prova em processo penal*”.

(3) JESUS, Francisco Marcolino de, *Os Meios de Obtenção de Prova em Processo Penal*, Almedina, 2011, p. 139

(4) CANOTILHO, Gomes J.J. / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa*, Anotada, Coimbra Editora, 2007, I vol., p. 515.

1.2 – Da Prova e Meios da Prova

Falar de meios de obtenção da prova em sentido restrito, pressupõe obviamente que temos de analisar o que se entende por prova em processo penal. Diremos que é a demonstração inequívoca da realidade de um facto ou da existência de um ato jurídico.

Contudo podemos também afirmar que a prova será ela própria o conjunto de procedimentos demonstrativos da existência e da realidade do facto ou do ato jurídico, conforme o art.º 341º do Código Civil (CC) que de forma genérica a define e objetiva. Será o mesmo que dizer que a prova pode ser vista como um resultado ou como demonstração.

O meio da prova é a fonte de onde se extrai o motivo da prova, são os elementos que servem para moldar e convencer o julgador sobre um determinado acontecimento facto ou evento criminoso.⁽⁵⁾ Tomemos como exemplos: prova testemunhal, declarações do arguido, do assistente e das partes civis, prova por acareação, prova por reconhecimento, da reconstituição do facto, da prova pericial e prova documental.

Verifica-se que o objecto da prova são todos os factos juridicamente relevantes.⁽⁶⁾

1.3 – Meios de Obtenção da Prova

Segundo Germano Marques “ *Os meios de obtenção de prova são instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de prova*”.⁽⁷⁾ Assim podemos dizer sem receio de adulterarmos o princípio, que o meio de obtenção da prova é toda a atividade instrumental, meios e técnicas, e até mesmo ciências utilizadas pelas autoridades judiciárias em conjugação com os órgãos de polícia

(5) Conforme Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora – Manual de Processo Civil, pág. 452, Meios de Prova “ *São os elementos de que o julgador se pode servir para formar a sua convicção acerca de um facto* ”.

(6) Artigo 124º do CPP (**Objeto da prova**)

1. *Constituem objeto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis.*

2. *Se tiver lugar pedido civil, constituem igualmente objecto da prova os factos relevantes para a determinação da responsabilidade civil*

(7) SILVA, Germano Marques da, Curso de Processo Penal II, 4ª Ed., Editorial Verbo, 2008 p. 233.

criminal (OPC) tendo em vista investigar e recolher vestígios por forma a obterem-se meios de prova, geralmente após o cometimento de um crime.

Estão previstos nos Capítulos I a IV do Título III do Livro III do Código de Processo Penal, nos artigos 171º a 190º, e constam: dos exames, das revistas e buscas, das apreensões e ainda das escutas telefónicas.

Estes instrumentos processuais estão legalmente definidos em Portugal, segundo competências diferentes, conforme os OPC a quem a autoridade judiciária normalmente afeta as investigações criminais nomeadamente à Polícia Judiciária, Polícia de Segurança Pública, à Guarda Nacional Republicana e até com competências específicas, à Polícia Judiciária Militar, à Polícia Florestal, à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica, ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, à Direção Geral das Alfândegas e ainda à Polícia Marítima. Estes OPC revestem no âmbito do Processo Penal a natureza de órgãos auxiliares da administração da justiça, ficando sob a direção funcional da autoridade judiciária competente. Como veremos mais à frente os OPC em determinados momentos processuais ou até mesmo pré-processuais, adquirem competência própria no que diz respeito aos meios de obtenção de prova designadamente quando nos referimos às medidas cautelares e de polícia conforme os artigos 249º a 253º do CPP.

De realçar que estes artigos referem expressamente a competência dos OPC e até mesmo de qualquer agente da autoridade, relativamente à sua atitude após a prática e conhecimento de um crime, oferecendo a estes os meios necessários para prevenirem que os vestígios ou indícios do evento criminoso se percam com o decorrer do tempo, nomeadamente entre a notícia que tiveram e a obrigação de dela darem conhecimento à autoridade judiciária, art.º 248º conjugado com o art.º 249º e ainda o art.º 253º todos do CPP. ⁽⁸⁾

É importante assinalar que além dos meios de obtenção da prova, consagrados pelo nosso legislador no Código de Processo Penal (CPP), existem outros que se enquadram em leis avulsas e nas mais modernas metodologias de investigação criminal. Mesmo aqui é também conforme os parâmetros jurídicos e constitucionais, no respeito dos direitos fundamentais dos cidadãos que a investigação decorre com vista à descoberta da verdade.

(8) Artigo 171º n.º 4 do CPP (**Pressupostos**)

Enquanto não estiver presente no local a autoridade judiciária ou o órgão de polícia criminal competentes, cabe a qualquer agente da autoridade tomar provisoriamente as providências referidas no n.º 2, se de outro modo houver perigo iminente para a obtenção da prova.

Neste sentido admitem-se outros meios de obtenção da prova tais como “ O registo de imagem e som regulado na Lei 5/2002, de 11 de janeiro, no seu art.º 6º, no que concerne às medidas de combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeiro, conjugado com o art.º 1º n.º 1, 2 e 3 do mesmo diploma, isto é referentes aos crimes ditos “do catálogo”. São eles:

- a) Tráfico de estupefacientes, nos termos dos artigos 21º a 23º e 28º do Dec-Lei nº 15/93, de 22 de janeiro
- b) Terrorismo e organização terrorista
- c) Tráfico de armas
- d) Tráfico de influência
- e) Corrupção activa e passiva
- f) Peculato
- g) Participação económica em negócio
- h) Branqueamento de capitais
- i) Associação criminosa
- j) Contrabando
- l) Tráfico e viciação de veículos furtados
- m) Lenocínio e lenocínio e tráfico de menores
- n) Contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda

Não podemos de qualquer modo confundir meios de obtenção da prova com outros instrumentos, destinados a outros fins mas que servem também segundo nosso entendimento a este objetivo em última instância, sendo objeto do nosso trabalho. Lembremo-nos das “câmaras de videovigilância” utilizadas pelas forças de segurança, conforme a Lei 1/2005, de 10 de janeiro.⁽⁹⁾

(9) A Lei 1/2005, dispõe

Artigo 1.º (Objecto e âmbito de aplicação)

1 . A presente lei regula a utilização de sistemas de vigilância por câmaras de vídeo pelas forças e serviços de segurança em locais públicos de utilização comum, para captação e gravação de imagem e som e seu posterior tratamento.

2.

3.

Artigo 2.º (Fins dos sistemas)

1 . Só poderá ser autorizada a utilização de videovigilância, no âmbito da presente lei, que vise um dos seguintes fins:

a) Protecção de edifícios e instalações públicos e respectivos acessos;

b) Protecção de instalações com interesse para a defesa nacional;

c) Protecção da segurança das pessoas e bens, públicos ou privados, e prevenção da prática de crimes em locais em que exista razoável risco da sua ocorrência.

Veja-se a propósito, a proposta de Lei do Conselho de Ministros de 6 de dezembro de 2012, que aprovou e estabelece o regime do exercício da atividade de segurança privada, a obrigatoriedade da instalação de câmaras de videovigilância em determinados estabelecimentos tais como: farmácias, bombas de gasolina, ourivesarias, grandes superfícies comerciais, estabelecimentos bancários, e casas de jogo. No mesmo propósito temos ainda as câmaras de videovigilância de controlo do tráfego rodoviário e outros.

Assim, e ainda nesta esteira temos as filmagens aquando de manifestações (político partidárias) ou outras reuniões de massas populares (um encontro de futebol) em que possa estar em causa a prática de quaisquer crimes.

No seguimento do que atrás aludimos, de referir a lei do agente encoberto, Lei 101/2001 de 25 de agosto, onde o mesmo entendido como um agente da autoridade infiltrado numa organização criminosa, mas sempre atuando de forma concertada com a autoridade policial e judiciária, tenta recolher meios de prova. Mas também podemos falar do que policialmente conhecemos como “vigilâncias e seguimento”, as estórias de cobertura quando um agente encoberto e integrado no seio de uma organização criminosa, os meios técnicos utilizados para seguimento de viaturas e sua localização designados de bips, sendo que todos estes instrumentos são de natureza preventiva (passiva ou ativa) mas que à final perseguem um objetivo fundamental; recolher meios de prova da prática de um qualquer ilícito criminoso. Aqui chegados, parece-nos lógico que “antes” podemos falar de instrumentos ou meios preventivos (a câmara de videovigilância, a máquina de filmar ou fotografar, o agente policial ou outro encoberto, as vigilâncias, os seguimentos) mas, “depois” do evento criminoso; o documento que regista os factos, seja uma filmagem, seja uma fotografia, seja um relatório, julgamos estar perante um meio de obtenção da prova que o legislador poderia contemplar no CPP, dado que o instrumento serviu às duas finalidades, apesar de em tempos diversos.

Através da sua utilização, obteve-se o meio de prova que se pretendia, apesar de estes não serem a demonstração do “*thema probandi*”.

Artigo 8.º (**Aspectos procedimentais**)

1 . Quando uma gravação, realizada de acordo com a presente lei, registe a prática de factos com relevância criminal, a força ou serviço de segurança que utilize o sistema elaborará auto de notícia, que remeterá ao Ministério Público juntamente com a fita ou suporte original das imagens e sons, no mais curto prazo possível ou, no máximo, até setenta e duas horas após o conhecimento da prática dos factos.

2 . Caso não seja possível a remessa do auto de notícia no prazo previsto no número anterior, a participação dos factos será feita verbalmente.

2. OS EXAMES

2.1 – Noção

Falamos de exames é antes de mais definir o que é um exame, dizer o que se entende por tal, ao fim e ao cabo qual a noção ou conceito.

Tomando como exemplo Costa Pimenta “*exame é o meio de obtenção da prova através do qual a autoridade judiciária, o órgão de polícia criminal ou perito perccionam diretamente os elementos úteis para a reconstituição dos factos e descoberta da verdade*”.⁽¹⁰⁾

Exame será um dos instrumentos capazes de auxiliar a autoridade judiciária e permitir àquela, a observação de factos reconstitutivos e conducentes à descoberta da verdade material conforme o art.º 171º n.º 1 do CPP.⁽¹¹⁾

Entendemos que exame é quase sempre a constatação, a preservação, sinalização, a recolha e transporte do vestígio ou qualquer outro indício relativo ao crime, no “locus delicti” ou fora dele.

Parece-nos que o legislador relacionou os exames com os vestígios deixados pelo criminoso ou pelo próprio crime no local ou não, muitas das vezes impercetíveis conforme o princípio definido por Edmond Locard⁽¹²⁾ já sobejamente conhecido. Todo o interveniente de um crime deixa ou e transporta consigo vestígios da cena do mesmo.

(10) PIMENTA Costa, Código Processo Penal Anotado, em anotação ao preceito, 2ª Ed, 1991.

(11) Artigo 171º do CPP (**Pressupostos**)

1. Por meio de exames das pessoas, dos lugares e das coisas, inspecionam-se os vestígios que possa ter deixado o crime e todos os indícios relativos ao modo como e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometeram ou sobre as quais foi cometido.
2. Logo que houver notícia da prática de crime, providencia-se para evitar, quando possível, que os seus vestígios se apaguem ou alterem antes de serem examinados, proibindo-se, se necessário, a entrada ou o trânsito de pessoas estranhas no local do crime ou quaisquer outros atos que possam prejudicar a descoberta da verdade.
3. Se os vestígios deixados pelo crime se encontrarem alterados ou tiverem desaparecido, descreve-se o estado em que se encontram as pessoas, os lugares e as coisas em que possam ter existido, procurando-se, quanto possível, reconstituí-los e descrevendo-se o modo, o tempo e as causas da alteração ou do desaparecimento.
4. Enquanto não estiver presente no local a autoridade judiciária ou o órgão de polícia criminal competentes, cabe a qualquer agente da autoridade tomar provisoriamente as providências referidas no n.º 2, se de outro modo houver perigo eminente para obtenção da prova.

(12) EDMOND LOCARD – Foi um médico e jurista francês dedicado às ciências forenses, onde se inclui também estudos realizados no âmbito da lofoscopia – ciência que estuda o desenho das cristas papilares e seus pontos característicos, servindo à identificação pessoal.

A conduta criminosa bem como o seu resultado estabelecem uma relação de causa/efeito recíproca com o local e/ou a vítima. Todo o criminoso, no local do crime, deposita ou leva consigo indícios ou vestígios.

A cena do crime é a melhor forma de comunicação entre o autor criminoso e o investigador. Por isto mesmo é que nem todos os OPC ou autoridade judiciária estão em condições de compreender esta linguagem. Só com preparação adequada, com a constituição de unidades específicas devidamente especializadas e apetrechadas é possível proceder corretamente à obtenção dos meios da prova, conforme temos vindo a definir.

Este princípio de “Locard” também conhecido por “princípio da troca”⁽¹³⁾ é a base de toda a investigação criminal e a interpretação correspondente de todos os vestígios recolhidos positiva ou negativamente, para a resolução de uma investigação criminal. As novas formas de criminalidade a ciência e técnicas atuais, o progresso e a globalização fazem notar que este princípio de Locard dificilmente se enquadrará nos delitos perpetrados com o auxílio da atual tecnologia nomeadamente a informática e eletrónica, (crimes levados a cabo à distância, onde os vestígios ou indícios a recolher são completamente diferentes daqueles que estamos a tratar). Já não estamos perante a clássica investigação criminal. Lembremo-nos do cibercrime (Lei nº 109/2009, de 15 de setembro) a que correspondem as disposições penais, materiais e processuais e as de cooperação internacional no que a este tipo de crime diz respeito, prevendo normas em função da recolha da prova que se encontre em suportes electrónicos.

(13) BRAZ, José, *Investigação Criminal, Os Desafios da Nova Criminalidade*, Almedina, 2010, pag. 23. O Princípio das Trocas “ (Locard Exchange principle, ou Locard’s theory) foi apresentado em 1925 pelo médico e jurista francês Edmond Locard. “ Quaisquer que sejam os seus passos, qualquer objetos tocados por ele, o que quer que seja que ele deixe, mesmo que inconscientemente, servirá como uma testemunha silenciosa contra ele. Não apenas as suas pegadas ou dedadas, mas o seu cabelo, as fibras das suas calças, os vidros que ele por ventura parta, a marca da ferramenta que ele deixe, a tinta que ele arranhe, o sangue ou sémen que deixe. Tudo isto, e muito mais, carrega um testemunho contra ele. Esta prova não se esquece. É distinta da excitação do momento. Não é ausente como as testemunhas humanas são. Constituem, per se uma evidência factual. A evidência física não pode estar errada, não pode cometer perjúrio por si própria, não se pode tornar ausente. Cabe aos humanos procurá-la, estudá-la e compreende-la, apenas os humanos podem diminuir o seu valor” citado por Thorton John in “ Modern Scientific Evidence. The Low and Science Testimony” Vol 2 West Publishing lo 1997.

A atual investigação passará sempre e obrigatoriamente por funcionários altamente qualificados pois o crime acompanha o desenvolvimento das tecnologias de ponta. Vejam-se as mais recentes fraudes através das telecomunicações, os crimes relacionados com o mercado de valores mobiliários, branqueamento de capitais, criminalidade tributária e corrupção. Aqui não será fácil a recolha material do vestígio tal como nos ensina Locard. O que dizer então dos meios necessários à recolha da prova. Naturalmente não se justificará continuar a utilizar os ditos ocultos.

De qualquer modo a inspeção ao local do crime chamada ainda de inspeção judiciária e a recolha da prova material ⁽¹⁴⁾ com todas as tarefas que lhe são inerentes e próprias dos investigadores, seja na análise, na recolha, no transporte, na preservação dos vestígios para posterior cotejo, continuam a representar o código postal do percurso investigatório. Para tanto e de um modo geral, há que fazer uma gestão racional do local onde o crime ocorreu. A União Europeia (UE) parece dirigida a que os procedimentos na sua globalidade, instrumentos e meios, sejam de tal forma consensuais em todos os Estados Membros que possam ser considerados válidos em qualquer ordenamento jurídico da UE. Significa isto que os vestígios recolhidos deverão ser de qualidade e de acreditação superiores, exigindo-se assim que os investigadores sejam OPC, sejam técnicos, sejam outros quaisquer investidos judicialmente de poderes investigatórios tenham a qualificação e as competências de verdadeiros “cientistas forenses”. Também a Comunidade Internacional vai no mesmo sentido. Vejam-se os Tratados Internacionais tais como; A Convenção Única sobre Estupefacientes, Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem, Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas bem como outros relativos à cooperação policial como sejam a Interpol, a Europol, o Tratado de Shengem também conhecido como Acordo de Shengem relativo ao controlo de circulação de pessoas entre vários

(14) Como sabemos é ao Juiz que cabe o verdadeiro sentido da prova , é o mesmo que dizer que, oficiosamente cabe ao Estado, investigar o facto criminoso , conforme art.º 340º do CPP. Este é o princípio segundo o qual cabe ao tribunal, nomeadamente ao tribunal do julgamento, a obrigação de averiguar toda a prova atendendo a toda a investigação que foi produzida durante o inquérito e eventualmente durante a instrução, por forma a que a estrutura acusatória do Processo Penal, confirme os direitos constitucionais de modo que os criminosos sejam punidos, mas fundamentalmente os inocentes absolvidos. Devemos atender neste espaço ao consignado no art.º 202 nº 1 da CRP, que atribui aos tribunais, competência para administrar a justiça, sendo que devemos aplicar o significado da verdade material. Em reforço ao que atrás ficou dito, o art.º 360º nº 4 do CPP admite em defesa dos direitos do acusado, e em prol da boa decisão da causa, a produção de prova para além do normal período processual. Aqui subjaz a conexão entre a verdade material e a defesa do acusado, princípio que decorre do direito constitucional, e das garantias de defesa – art.º 32º conjugado com o art.º 27º ambos da CRP.

países europeus subscritores, entre os quais Portugal, ou até mesmo a Convenção Cibercrime que objetivamente uniformiza a identificação e classificação das condutas criminosas através da Internet.

2.2 – O Que Difere Entre Exame e Perícia

No Código de Processo Penal de 1922 (nos artigos 175º e seguintes) não se fazia qualquer distinção entre exame e perícia, sugerindo até que a sua realização pertencia apenas a peritos. Na base de uma perícia está sempre um exame. O exame é em regra o instrumento utilizado em relação à perícia, ou seja, é um meio tendo em vista um fim. “É um prius” enquanto que a perícia “é um posterius”.

Como sabemos o CPP de 1987 dedica os artigos 151º a 163º às perícias no Livro III Título II Capítulo VI (**Dos meios de prova**), verificando-se que a perícia tem lugar sempre que a perceção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, ao contrário dos exames que não requerem esses mesmos conhecimentos a quem os faz. Podemos afirmar que um exame é o resultado de uma observação humana geralmente de uma perceção direta, é descritivo, enquanto que a perícia é conclusiva, resultando de uma interpretação ou juízo. Trata-se geralmente de uma certificação de ciência.

Note-se que os exames estão sujeitos à apreciação livre do julgador, enquanto que a perícia, diga-se relatório ou auto de exame pericial faz com que o julgador não seja totalmente livre na apreciação do seu juízo, art.º 163º n.º 1 e 2 do CPP.⁽¹⁵⁾

Um dos fundamentos de que o juiz se pode valer para pôr em causa a perícia, é de o vestígio recolhido e que deu origem àquela, ser um vestígio falso ou simulado, resultando numa perícia que por ser verdadeira não corresponde à verdade material que busca o Processo Penal. Tomemos como exemplo um copo de vidro manuseado por **A** em Lisboa, transportado e colocado no Porto no lugar X por **B**, com a intenção de dirigir as suspeitas para **A**.

(15) Artigo 163º do CPP (**Valor da prova pericial**)

1. O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial, presume-se subtraído à livre apreciação do julgador.

2. Sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar divergência.

Feita a inspeção lofoscópica no lugar X por aí ter ocorrido um crime de homicídio, recolhido e identificado um vestígio digital que se encontrava nesse copo de vidro, identificado com o dactilograma correspondente ao dedo indicador direito de A, nem por isso significa a sua participação naquele evento criminoso. É bom que se diga que já estamos a tratar de uma perícia (identificação lofoscópica). Esta identificação tem base científica e o seu princípio fundamental é que na natureza não existem duas coisas iguais. As impressões digitais têm como características principais o facto de serem perenes, imutáveis e diversiformes.

O julgador tal como nos diz o art.º 163º nº 2 do CPP deve fundamentar a divergência da sua convicção com o juízo do parecer pericial, podendo deste modo e socorrendo-se do estipulado no art.º 158º nº 1 alínea b) do CPP solicitar nova perícia e que esta, seja realizada por outro ou outros peritos. De salientar contudo que relativamente à perícia científica, como é o caso da identificação humana através da ciência lofoscópica, o julgador não põe em causa a ciência como é óbvio, mas simplesmente a forma ou seja, o quê, o como, o quando, o porquê, e não por quem, foi aquele vestígio produzido. Concluindo, não questiona após uma segunda perícia se o dactilograma corresponde àquele vestígio. Apenas e só como é que ali foi parar, e em que circunstâncias. Ou seja, não questiona o “quem”

Por vezes o legislador chama genericamente de exames (por exemplo: exame de ADN, sangue, toxicológico, etc.), quando na realidade estamos a tratar verdadeiramente de perícias e não de exames.

A perícia é um meio de prova e o exame é um meio de obtenção da prova. Normalmente quem realiza os exames são os OPC ditos agentes policiais, muitas vezes as próprias autoridades judiciárias, nomeadamente no local onde foi perpetrado o crime e tem por finalidade dar ao julgador e permitir a este documentalmente, art.º 275º do CPP factos relevantes da matéria que se tem como provada. Entre nós e conforme a tradição francesa considerava-se a polícia técnica e científica como sendo ambas parte da criminalística. Aqui não estavam enquadradas nem a medicina nem a psiquiatria.

2.3 – Tipos de Vestígios

Podemos agora apresentar uma breve classificação da natureza dos vestígios. E assim temos:

Vestígios físicos são aqueles que se apresentam de matéria palpável e na maior parte das vezes simples e individuais, também conhecidos por vestígios materiais. Estes vestígios podem ser orgânicos ditos de biológicos, tais como: o sangue, a urina, a saliva, as fezes, os cabelos, as unhas e o esperma, ou inorgânicos tais como: vidros, explosivos, metais, substâncias químicas e fragmentos. Os vestígios podem ser ainda morfológico-físicos tais como: vestígios de balas, escrita, os lofoscópicos (que resultam do assentamento de partes do corpo em superfícies lisas, polidas e limpas de preferência) nomeadamente digitais – cristas papilares dos dedos das mãos e seus pontos característicos, palmares – cristas papilares das palmas das mãos e seus pontos característicos e, plantares – cristas papilares das plantas dos pés e seus pontos característicos, correspondentes à dactiloscopia, quiroscopia e pelmatoscopia) e ainda dentes e lábios.

Estes, ditos de morfológicos ainda se dividem em visíveis (exemplo: marcados com tinta), latentes (que não são visíveis mas podem ser revelados com produtos próprios para o efeito) e podem ainda ser moldados ou impressos (em matérias moles como a plasticina, barro e massa de pão)

Podem ainda ser verdadeiros ou falsos e estes serem simulados ou aparentes. Designam-se de vestígios imateriais ou psíquicos quando nos indicam determinados comportamentos humanos tais como: demência ou personalidades disfuncionais. É evidente que quanto ao seu tamanho ainda os podemos classificar como macroscópicos e microscópicos. A distinção dos vestígios tem relevância aquando de uma inspeção judiciária pois oferecem ao investigador uma perspectiva imediata do “quê” o “como” o “quando” e o “porquê” daquele evento, facilitando desde logo o início das investigações.

2.4 – Enquadramento Legal

Os exames (meio de obtenção da prova) e as perícias (meio de prova) encontram-se regulamentados no CPP, e na Lei nº 45/2004, de 19 de agosto, referentes às perícias médico-legais e forenses e ainda na Lei nº 5/2008 referente à criação de base de dados de perfis de ADN.

Quanto aos exames o nosso legislador tipificou-os como o primeiro dos meios de obtenção da prova art.º 171º a 173º enquadrando-os no Livro III, Título III Capítulo I do CPP.

Da prova pericial, que não os exames, constam os artigos 151º a 163º do CPP, verificando-se quando tem lugar, quem a realiza, qual a função do perito, quem ordena e como é ordenada, quais os seus procedimentos, a obrigação do relatório pericial e eventual discordância entre peritos, os esclarecimentos e uma nova perícia, as perícias médico-legais e forenses, sobre a personalidade, da realização das perícias, e ainda o valor da prova pericial. Relativamente às perícias médico-legais e forenses, o regime jurídico da Lei nº 45/2004, de 19 de agosto, (Lei que estabelece o regime jurídico da realização das perícias médico-legais e forenses) introduz exceções ao CPP.

De notar aqui uma curiosidade, que relativamente à competência para ordenar a perícia o Ministério Público (MP) pode delegar em autoridades de policia criminal conforme o art.º 270º nº 3 e o art.º 1º alínea d) ambos do CPP e não propriamente em OPC, alínea c) do mesmo artigo. Como sabemos não são a mesma coisa.⁽¹⁶⁾ A autoridade de polícia criminal conforme art.º 257º nº 2 alíneas a) b) e c) conjugado com o art.º 1º nº 1 alínea d) ambos do CPP e a sua lei orgânica pode ordenar a detenção fora de flagrante delito. O OPC só o pode fazer em flagrante delito.

No entanto não podemos neste trabalho assumir um estudo mais aprofundado sobre as perícias pois que estas pertencem a um outro âmbito, pese embora similar aos meios de obtenção da prova, sendo que estes são o filão principal do estudo a que nos propusemos. Na abordagem que fazemos já apontamos nesse sentido.

(16) Artigo 1º alíneas c) e d) do CPP (**Definições legais**)

c) “Órgãos de polícia criminal” todas as entidades e agentes policiais a quem caiba levar a cabo quaisquer atos ordenados por uma autoridade judiciária ou determinados por este Código;

d) “Autoridade de polícia criminal” os directores, oficiais, inspectores e subinspectores de polícia e todos os funcionários policiais a quem as leis respetivas reconhecerem aquela qualificação.

2.5 – Regime de Admissibilidade e de Legalidade

Nos termos do art.º 171º n.º 1 do CPP verifica-se que os exames são admissíveis sobre pessoas, lugares ou coisas.

- No inquérito – É ao Ministério Público que compete autorizar a sua realização, com as exceções previstas na lei, nomeadamente conforme, art.º 172º n.º 1 e 2 do CPP.
- Na instrução – É ao juiz de Instrução Criminal que compete ordená-los.
- Em julgamento – É ao juiz do respetivo processo, sendo que o exame é realizável até à fase final de audiência de julgamento, art.º 354º do CPP (exame no local).

Os pressupostos da admissibilidade e o regime jurídico dos exames estão como já vimos anteriormente previstos nos artigos 171º a 173º do CPP e ainda nos artigos 249º n.º 1 e n.º 2 alínea a) do mesmo diploma legal, relativamente às medidas cautelares e de polícia, ou mais especificamente providências cautelares quanto aos meios de prova com observância do art.º 253º do CPP.

A alteração ao art.º 172º n.º 2 do CPP que resultou da Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, dá poderes ao MP por despacho exarado ou processado nos autos, a compelir que determinada pessoa se submeta à realização do exame ao qual se pretende eximir ou que não o consinta tal como para as perícias nos artigos 154º n.º 2 e 156º n.º 5 e n.º 6, da competência do Juiz com as necessárias adaptações, ou seja:

O MP só pode ordenar o exame que ofenda o pudor de alguém, por exemplo, se esse alguém a isso se não opuser ou então que o exame não o ofenda, podendo até neste caso inclusivamente compeli-lo, tal como ao proprietário de uma coisa à sua entrega para ser examinada. No entanto os exames às pessoas estão obviamente sujeitos a regras muito mais específicas e mais apertadas do que os exames às coisas ou aos lugares. Lembremo-nos por exemplo dos direitos fundamentais consagrados na CRP art.º 8º, 25º, 26º, 27º, 34º e ainda o art.º 1º e 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). Face à especificidade que este meio de obtenção da prova importa merece um tratamento mais aprofundado o que se faz de seguida.

2.6 – Exames nas Pessoas

Depois de termos analisado a admissibilidade e a legalidade dos exames ou seja, depois de verificarmos os pressupostos gerais dos mesmos, fácil é constatar que entre os exames das pessoas, dos lugares e das coisas, é sobretudo relativamente aos primeiros que julgamos ser a lei obrigada a uma normatividade tão intensa que não sobre no poder discricionário de órgãos administrativos a discricionariedade violadora dos direitos fundamentais.

Quanto aos exames às coisas e aos lugares não se oferecem tantas especificidades e os seus limites não são tão exigentes, podem até ser realizados pelos OPC a quem a investigação tenha sido delegada. Como sabemos, em regra a competência é da autoridade judiciária que pode ordenar a realização de exames aos OPC, em processo já pendente. Só que relativamente aos exames nas pessoas o legislador seguindo evidentemente os preceitos constitucionais, restringiu, quanto a nós suficientemente este poder delegante.⁽¹⁷⁾

2.7 – Especificidades e Limites

No seguimento do que atrás temos vindo a dizer sobre os exames às pessoas e tal como o art.º 172º n.º 3 do CPP estatui, verifica-se que há direitos que não podem ser postergados, nomeadamente a dignidade da pessoa humana. Surge-nos de imediato a lembrança dos direitos fundamentais e a nossa própria Constituição.

Estes exames pessoais prosseguem os mesmos princípios que enformam todos os outros ou seja, devem ser ordenados “ *Apenas quando necessários para assegurarem os fins e interesses que subjazem ao próprio Processo Penal*”.⁽¹⁸⁾ A dignidade e o pudor do examinando institui a faculdade de este se fazer acompanhar de pessoa da sua confiança, art.º 172º n.º 3 – 2ª parte do CPP. Aqui se incluindo naturalmente o seu defensor desde que esta confiança seja observável ou formalizada.

(17) Artigo 172º do CPP (**Sujeição a exame**)

1. Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente.

2. É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 2 do art.º 154º e nos n.ºs 5 e 6 do art.º 156º.

3. Os exames suscetíveis de ofender o pudor das pessoas devem respeitar a dignidade e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter. Ao exame só assistem quem a ele proceder e a autoridade judiciária competente, podendo o examinando fazer-se acompanhar de pessoa de sua confiança, se não houver perigo na demora, e devendo ser informado de que possui essa faculdade.

(18) SANTOS, Simas / HENRIQUES, Leal, Código de Processo Penal, Anotado, II Vol, Rei dos Livros, p. 874.

A não ser assim há com certeza responsabilidade criminal.

Os exames nas pessoas durante o inquérito e apesar de este ser do domínio geral do MP, que por regra determina a feitura das diligências investigatórias ficam no entanto sujeitos à conjugação do art.º 269º n.º 1 alínea b), na redação da Lei 48/2007 de 29 de agosto, com o n.º 2 do art.º 172º e com o art.º 270º n.º 2 alínea c) e ainda com o art.º 154º n.º 2 todos dos CPP ou seja, ficam sob a direta competência exclusiva do Juiz de Instrução quando o examinando se pretender eximir do mesmo quando sobre as suas características físicas ou psíquicas. Por exemplo quando o examinando recuse a colheita de vestígios biológicos para se determinar qual o seu marcador genético, diga-se “perfil genético” (art.º 8º n.º 1 da Lei nº 5/2008, de 12 de fevereiro, onde está consagrada a jurisprudência dos acórdãos nº 155/2007 do TC, que já entendia quando o exame “*contenda, de forma relevante, com direitos liberdades e garantias fundamentais, a sua admissibilidade no decurso da fase de inquérito depende, pelas mesmas razões que justificam essa dependência no caso dos atos que constam da lista constante do art.º 269º do CPP, isto é, por consubstanciar intervenção significativa nos direitos fundamentais do arguido, da prévia autorização do juiz de instrução.*”⁽¹⁹⁾ Também o acórdão nº 228/2007 do mesmo tribunal “*Mesmo na interpretação prevalecente e restritiva do artigo 32.º, n.º 4, da Constituição é reservada à competência do juiz de instrução a prática dos actos de investigação, ainda que na fase processual do inquérito, que se prendam com os direitos fundamentais.*”⁽²⁰⁾

Estes exames nas pessoas, além das especificidades próprias algumas já atrás identificadas na legislação, estão também sujeitos a limites que efetivamente garantam os DF que a própria CRP confere a todos nomeadamente nos artigos: 24º, 25º, 26º, 27º e ainda os artigos 32º e 34º também da CRP, podendo quem assim não proceder ser punido conforme a lei penal nos seus artigos 143º 154º e 155º n.º 1 alínea d) ambos do CP como exemplos.

O corpo humano é relativamente ao processo penal o local próprio para se obter dados importantes de conteúdo criminalístico, até mesmo de um presumível inocente, estabelecendo-se à final conclusões em termos probatórios que a não ser assim poderiam ficar subtraídos à investigação. É que não estamos a falar apenas de suspeita da existência desses indícios ou vestígios, estamos sim já a falar de verdadeiros indícios

(19) Disponível na internet em: <http://www.advogados.in/index>.

(20) Disponível na internet em: <http://www.dgsi.pt>

ou vestígios com elevada probabilidade de o exame vir a resultar num meio de prova fundamental à investigação que se pretende levar a cabo. Trata-se já de um arguido e não apenas de alguém que se pretende eximir ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada (art.º 172º nº 1 do CPP).

A pessoa sujeita a exame susceptível de ofender o seu pudor ou que incida sobre partes do seu corpo, nomeadamente partes com conotação sexual, poderá recusa-lo e o MP não poderá ordená-lo. Estes exames conforme a Lei nº 48/2007, de 29 de agosto, que mantém a previsão da competência da autoridade judiciária, não deixa qualquer margem de dúvida que só podem ser ordenados pelo juiz. Note-se contudo que os exames sobre características físicas e psíquicas de pessoas são exames que podem muito simplesmente não ofender o pudor e desta forma pensamos que o MP já terá competência para ordenar o exame conforme art.º 172º nº 1 do CPP. Veja-se por exemplo o exame a uma mão ou pé que em resultado de uma tentativa de homicídio, sofreu lesões traumáticas dos quais resultaram marcas permanentes cicatriciais. É evidente que nestas circunstâncias mesmo contra a vontade do examinando, o exame terá uma sustentação legal para ser executado.

Surgem contudo questões muito delicadas quando por exemplo num acidente de viação, um condutor que interveio no mesmo não preste o consentimento para que no local e imediatamente (quando este se encontre em condições físicas de o prestar) o agente da autoridade exija a realização do teste de pesquisa de álcool no ar expirado, em aparelho aprovado para o efeito.

Esta recusa que pode ser por variadíssimos motivos, entre eles o religioso ou ainda e só apenas por vontade própria ou até mesmo e quase sempre para se eximir à responsabilidade criminal e algumas das vezes contra-ordenacional, implica que o agente fique sujeito a ser submetido a julgamento pela prática de um crime de desobediência conforme o atual art.º 152º nº 3 e art.º 153º nº 1 do Código da Estrada (CE), que obriga os condutores e até mesmo os peões quando intervenientes em acidentes de trânsito, a sujeitarem-se a exames para deteção de álcool ou substâncias psicotrópicas.

O acórdão 226/99 do TC considerou conforme à Constituição a punição da conduta de recusa de submissão a exame de pesquisa de álcool ligada à condução de veículo ou à contribuição para acidente de viação, porquanto “*denota sempre também uma componente de desobediência ao agente de autoridade que realiza o exame*” ou o

acórdão 319/95 também do TC que concluiu que não havia violação de direitos fundamentais quando se permite que a autoridade policial faça o “exame de sopro” sem a presença do MP⁽²¹⁾ O n° 3 do art.º 172º do CPP é bastante explícito quando refere “*os exames susceptíveis de ofender o pudor das pessoas devem respeitar a dignidade e na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter.*”

Os exames às pessoas aliás de infindável enumeração, tais como: exames clínicos, de toxicologia forense, identificação genética, de anatomia patológica, de tanatologia, sexuais e muitos outros parecem estar apenas sujeitos conforme a nossa legislação a um princípio geral de obrigatoriedade, ou seja de submissão à feitura do exame, nomeadamente quando se trata de exames para deteção de álcool, estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, conforme o art.º172º n°1 do CPP, ou ainda o art.º 6º da lei n° 45/2004, de 19 de agosto, que estabelece o regime jurídico da realização das perícias médico-legais e forenses.

Verifica-se que em alguns casos nomeadamente no que tange à deteção de álcool no sangue os examinandos reticentes são notificados do crime de desobediência, art.º 152º n° 3 do CE.

O legislador não se esqueceu de estabelecer uma sanção para a recusa. Acontece porém que no restante a lei parece apenas apontar para uma obrigação geral sem sanção o que nos obriga a uma interpretação analógica, ou seja a possibilidade de ser responsabilizado o examinando pela prática de um crime de desobediência. O que aconteceria no caso de um suspeito já arguido de um crime sexual, de um homicídio, ou até mesmo de um crime de terrorismo, se este não autorizasse na recolha de uma amostra de sangue, de um cabelo, ou simplesmente de uma zaragatoa para um exame (perícia) de ADN?

(21) Sobre o tema ver acórdão em Anexo A -Jurisprudência

Veja-se a Lei 5/2008 de 12 de fevereiro no seu art.º 8º.⁽²²⁾ O que seria da finalidade do processo se esse fosse o exame imprescindível à descoberta da verdade?

Nestes casos e sendo a recusa sustentada com um direito fundamental consagrado na CRP, poderá mesmo assim e coativamente sujeitar-se alguém a exame? Note-se que a este respeito a própria Comissão Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), afirmou em decisão tomada a 4 de dezembro de 1978, que “ *uma intervenção tão banal como o exame de sangue não é incompatível com o art.º 2º nº 1 do regulamento daquela mesma Comissão*”. Não estamos perante qualquer ato de tortura nem de tratamento cruel desumano ou degradante e por isto, não se encontra violação alguma aos artigos 3º (*todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*) e 5º (*ninguém será submetido a tortura nem a penas cruéis, desumanas ou degradantes*), da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH). Um destes exames é aquele que alguém suspeito de ocultar ou transportar no seu corpo estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, pode ser sujeito e conduzido a uma unidade hospitalar ou a outro estabelecimento similar (Decreto-lei 15/93 de 22 de janeiro, art.º 53º nº 1, 2, 3 e 4) e compelido a exame para posterior perícia quando recuse a sua realização. Nestes casos, parece-nos óbvio que a autoridade judiciária competente é o Juiz pois o ato contende com direitos liberdades e garantias fundamentais, remetendo-nos assim para o art.º 269º nº 1 alínea b) conjugado com o art.º 172º nº 2 ambos do CPP, e ainda com o art.º 18º nº 2 e 3 da CRP.

(22) O Artigo 8º da Lei 5/2008, (**Recolha de amostras com finalidade de investigação criminal**) refere:

1. A recolha de amostras em processo crime é realizada a pedido do arguido ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho do juiz, a partir da constituição de arguido, ao abrigo do disposto no artigo 172º do Código de Processo Penal.
2. Quando não se tenha procedido à recolha da amostra nos termos do número anterior, é ordenada, mediante despacho do juiz de julgamento, e após trânsito em julgado, a recolha de amostras em condenado por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída.
3. Caso haja declaração de inimputabilidade e ao arguido seja aplicada uma medida de segurança, nos termos do nº 2 do artigo 91º do Código Penal, a recolha de amostra é realizada mediante despacho do juiz de julgamento quando não se tenha procedido à recolha da amostra nos termos do nº 1.
4. A recolha de amostras em cadáver, em parte de cadáver, em coisa ou em local onde se proceda a buscas com finalidades de investigação criminal realiza-se de acordo com o disposto no artigo 171º do Código de Processo Penal.
5. A recolha de amostras de ADN efetuada nos termos deste artigo implica a entrega, sempre que possível, no próprio acto, de documento de que constem a identificação do processo e os direitos e deveres decorrentes da aplicação da presente lei e, com as necessárias adaptações, da Lei nº 67/98, de 26 de Outubro (Lei de Proteção de Dados Pessoais).
6. Quando se trate de arguido em vários processos, simultâneos ou sucessivos, pode ser dispensada a recolha da amostra, mediante despacho judicial, sempre que não tenham decorrido cinco anos desde a primeira recolha e, em qualquer caso, quando a recolha se mostre desnecessária ou inviável.

Saliente-se que a este propósito conforme competência do MP ou do juiz para determinar ou até compelir alguém que se pretenda eximir ou obstar a exame devido, art.º 172º nº 1 do CPP, surge uma aparente contradição entre o consagrado nos artigos 154º, 171º, 172º e 269º n.º1 alínea b), do CPP e a lei 5/2008, no seu art.º 8º já que esta parece ser mais limitativa e mais garantística dos DLG afastando assim nulidades que possam eventualmente surgir e prejudicar irremediavelmente a investigação em curso e a descoberta da verdade material.

É evidente que os exames implicando atentado grave ao corpo de uma pessoa, externa ou internamente, levantarão sempre questões doutrinárias e jurisprudenciais que só uma ponderação muito exaustiva sobre os interesses em presença pode definir.

O legislador já no Dec-Lei 15/93, de 22 de janeiro, consagrava a obrigação do próprio arguido se sujeitar a exames, digam-se perícias de análise de sangue, urina ou outra, e da sua recusa em se submeter a esta tendo por fim averiguar o seu estado de toxicodependência, conforme o art.º 43º nº 3 e art.º 52º daquele diploma. Igualmente o art.º 53º do mesmo, onde está prevista a pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias para quem se recuse à submissão de perícia a fim de se saber do transporte de substâncias psicotrópicas ou estupefacientes. Também no direito civil nomeadamente em ações com vista aos meios de prova de filiação, já o art.º 1801º do CC consagrava a admissão de exames, diga-se, de perícia de sangue ou quaisquer outros métodos cientificamente comprovados.

Concluindo parece-nos que os exames, quando não tenham em vista a observação de características psíquicas e físicas e quando não sejam intrusivos no corpo da pessoa a ele sujeita, não atentarão “à priori” com direitos fundamentais. É competente o MP, caso contrário em que a pessoa a examinar não autorize e possa o exame contender com DF, tais como os consignados no art.º 32º nº 8 da CRP, só o juiz pode ordenar, e mesmo ser usada a força indispensável, pois fácil seria ao examinando recusar a recolha para exame se porventura apenas fosse punido a título de desobediência. Julgamos assim que não constitui proibição de prova a perícia ou exame

que embora podendo agredir algum direito pessoal, não o faz em medida exageradamente atendível, como por exemplo a recolha de uma zaragatoa bucal, ou de urina e até mesmo de um cabelo. ⁽²³⁾⁽²⁴⁾

2.8 – Pessoas no Local do Exame

A disposição deste art.º (173º do CPP) prevê uma medida que podemos designar como medida cautelar. É competente a autoridade judiciária e até mesmo qualquer OPC para determinarem que alguma ou algumas pessoas se não afastem do local enquanto o exame não estiver terminado, podendo inclusivamente ser utilizada a força pública.

Esta disposição vai ao encontro do que está previsto no art.º 171º no seu nº 2 e nº4 e ainda conjugado com o nº 1 e 2 alínea a) do art.º 249º todos do CPP. Certo é que estamos perante uma determinada detenção, tendo apenas em vista limitar provisoriamente que a pessoa se afaste de determinado espaço, ficando sujeita à cominação prevista no art.º 358º nº 1 do CP caso desobedeça à ordem que lhe foi dirigida. Esta detenção é preventiva e não repressiva e deve perseguir os fins permitidos pela CRP.

Contudo note-se que a jurisprudência vai no sentido de que não será possível deter alguém nestas circunstâncias que não seja suspeito, arguido, examinando ou até dono do lugar ou coisa a examinar. Com isto queremos dizer que não é qualquer pessoa presente no local onde ocorreu um crime que pode ficar sujeita a este tipo de detenção.

(23) Parece ser este o entendimento do Tribunal Constitucional com o seu acórdão nº 228/07, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>. “...tendo presente que o exame ordenado tem em vista a procura da verdade material para administração da justiça penal, o que constitui uma exigência da ordem pública e do bem-estar geral, bem como um dos pilares do Estado de Direito, há que concluir que a realização compulsiva daqueles se mostra justificada e legitimada a significar que a decisão impugnada, proferida ao abrigo da norma do art.º 172º nº 1 do Código de Processo Penal, que atribui à autoridade judiciária o poder de compelir as pessoas à submissão de exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, não viola os artigos 25º, nº 1 e 32º nº 8, da Constituição da República, 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 do(s) recorrente (s) em medida irrelevante. Sendo este entendimento de manter, igualmente em face do art.º 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art.º 12º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e art.º 17º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que no fundo previnem as intromissões “arbitrárias e ilegais” contra a vida privada, família, domicílio correspondência, honra e reputação...”

(24) No mesmo sentido o acórdão do TRP, proc. nº 0546541, de 3 de maio de 2005, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

A este propósito (*precisamente neste sentido o acórdão do TEDH Gillian e Quinton v. Reino Unido, de 12.1.2010, § 57, que considera uma privação da liberdade nos termos e para os efeitos do art.º 5º da CEDH o tempo de 30 minutos em que decorre um exame*).⁽²⁵⁾

Por vezes surgem situações em que os órgãos de polícia criminal procedem urgentemente conforme o art.º 249º do CPP e praticam atos necessários tendo em vista assegurar os meios de prova sem a observância estrita da lei processual, mas estaremos quase sempre a tratar de imperfeições que por não constituírem nulidades, geralmente se inserem no regime das irregularidades do art.º 123º do CPP.

Outro caso é aquele que não é respeitada a forma legal do processo, por exemplo o exame no corpo de uma mulher feito por um OPC homem e não por OPC mulher ou por um médico.

Não estamos perante qualquer prova proibida. Costa Andrade “*como Amelung acentua, do que se trata é apenas de salvaguardar o sentimento de pudor da mulher e não de lhe garantir uma qualquer posição de domínio sobre a informação*”⁽²⁶⁾

Significa isto que o meio de prova assim obtido é perfeitamente enquadrável e valorado no Código de Processo Penal. E porque não legislar?

2.9 – Da Teoria à Prática

Cabe à polícia técnica na recolha de vestígios para exame, (às coisas e aos lugares) feita geralmente por um OPC ou perito, um conjunto de metodologias e princípios investigatórios que passam geralmente pela análise, correlação e síntese de uma evidência física deixados pelo criminoso no local do crime.

A equipa terá necessariamente de ser composta por técnicos habilitados e polícias qualificados numa multidisciplinaridade que legitime os seus procedimentos e as suas recolhas.

Esta inspeção judiciária “diga-se inspeção ao local do crime”, passa tão só: Em primeiro lugar pelo isolamento do local do crime, evitando-se com a circulação de pessoas desnecessárias a promiscuidade dos vestígios ou até a sua destruição.

(25) ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, Código ..., Anotação nº 1 ao artigo 173º p. 484, Universidade Católica Editora, 2008

(26) ANDRADE, Costa, Sobre as Proibições em Processo Penal, Coimbra Editora, p. 85.

A identificação da vítima e se necessário o seu imediato socorro e a garantia de segurança para todos os intervenientes. Às vezes, é através de informação telefónica dirigida a quem primeiramente teve conhecimento do facto, (ex: bombeiros ou qualquer órgão policial do local) que se providencia esta garantia. Em segundo lugar e já no local, deve observar-se o percurso de entrada e saída dos investigadores, após uma primeira abordagem ao “Modus Operandi” **do** ou **dos** criminosos; deverão ser procurados e documentados, fotografados e recolhidos os vestígios evitando-se a sua contaminação devendo aqueles serem acondicionados e transportados sob vigilância. Em terceiro lugar deve ser feita a recolha de todas as informações relevantes nomeadamente, identificação de testemunhas ou outros que possam sugerir respostas a dúvidas pertinentes. Em quarto lugar nunca esquecer de documentar o local em vídeo, fotografia com testemunho métrico dos objectos ou lugares de interesse, com feitura de croquis e se necessário registos escritos de todas as evidências. Tudo isto resultará numa espécie de imagem global para reprodução futura. Em quinto lugar e porque se trata de uma inspeção judiciária ou seja, exame ao local, pode ser necessário que se proceda à revista de suspeitos e à apreensão de quaisquer objecto pelo que esta tarefa deve ser realizada pelos OPC que tenham essa missão a desempenhar e que já estará definida aquando da formação da equipa. Em sexto lugar e após o processo de recolha dos vestígios, deve fazer-se uma revisão sistemática por forma a que estes não se percam nem quaisquer outros elementos de interesse para a investigação posterior. Em sétimo e último lugar todos os vestígios recolhidos devem ser devidamente acondicionados em locais próprios nomeadamente em embalagens adaptadas para o efeito sendo que estas devem ser etiquetadas por forma a não se confundirem com outras, a não desaparecerem ou a serem sujeitas a contaminação. A equipa deve abandonar o local só após a consideração e autorização da chefia.

Terminada esta pequena referência à prática policial onde encontramos as ditas metodologias que qualquer OPC colocado em unidades de investigação criminal é obrigado a conhecer, continuamos a falar de exames.

Há os chamados de “diretos” em que simplesmente os vestígios são apenas a constatação da qualidade, certificação da quantidade, as características, posição, cor, tamanho e deterioração ou conservação de alguma coisa (ex: numa arma de fogo – a marca, o calibre, o modelo, o nº de série, o estado de conservação ou não etc.) tal como nos diz o art.º 171º nº1do CPP ao referir a palavra “inspeccionam-se”. Estes exames

ditos diretos não são o meio para uma futura perícia mas são eles próprios o meio da prova material, objetivos para o conhecimento da verdade material do crime não invalidando contudo se necessário uma perícia.

Concluimos que neste caso no Processo Penal a designação exame e inspeção têm o mesmo significado.

Como é óbvio numa inspeção judiciária não será necessário que o investigador tenha grandes conhecimentos em criminalística (ciências auxiliares de investigação criminal), mas tão só que seja formado em técnica e tática de investigação criminal, mais propriamente chamadas Metodologias de Investigação Criminal. Nem tão pouco que seja alguém com formação específica científica ou artística.

Estando nós a falar sobre os meios de obtenção da prova mais propriamente dos exames, evidente se torna definirmos o que é um vestígio. Assim entende-se por vestígio, qualquer tipo de coisa, objeto, sinal ou marca relevante, que esteja numa relação direta ou indireta com o evento criminoso. Não significando com isto que o vestígio seja a marca direta do autor do crime.

O vestígio apenas e só nos diz que tem uma relação estreita com o ocorrido naquele lugar, daquele modo e eventualmente naquele tempo. Necessário se torna assim continuar a investigação de modo a consertar toda a prova.

O perito é geralmente um criminalista, ou pessoa com conhecimentos específicos de polícia técnica e científica, que pode enquadrar-se funcionalmente no Laboratório de Polícia Científica (LPC) da Polícia Judiciária ou em outro qualquer lugar. No LPC realizam-se vários tipos de perícias tais como: perícias a estupefacientes, toxicologia, venenos, bacteriológicos, ADN, grafológicos, documentos, balística, marcas, sinalética, lofoscópicos, rasuras e outros. Nos Institutos de Medicina Legal onde se realizam autópsias, exumações, antropológicos, ADN e outros, no Gabinete de Perícia Financeira e Contabilística da Polícia Judiciária onde se realizam perícias em documentos entre outros, tais como balanços ou balancetes de sociedades, ou ainda em Instituições com qualificação específica para a perícia exigida, por exemplo Laboratório Nacional de Engenharia Civil, Instituto de Conservação da Natureza, Direção Geral das Florestas, e às vezes mesmo especialistas internacionais de reconhecido mérito.

Pode contudo o perito ser qualquer pessoa com conhecimentos específicos e bastantes relativos à prova que se deseja obter. O perito é por despacho da AJ nomeado para determinada função, obrigado a desempenhá-la, só podendo negar-se a tal com base no disposto no art.º 47º nº 1 do CPP. ⁽²⁷⁾

(27) Artigo 47º do CPP (**Extensão do regime de impedimentos, recusas e escusas**)

1. As disposições do presente capítulo são aplicáveis, com as adaptações necessárias, nomeadamente as constantes dos números seguintes, aos peritos, interpretes e funcionários de justiça.
2. A declaração de impedimento e o seu suprimento, bem como o requerimento de recusa e o pedido de escusa, são dirigidos ao tribunal ou ao juiz de instrução perante os quais correr o processo em que o incidente se suscitou e são por eles apreciados e imediata e definitivamente decididos, sem submissão a formalismo especial.
3. Se não houver quem legalmente substitua o impedido, recusado ou escusado, o tribunal ou o juiz de instrução designam o substituto.

3 – REVISTAS E BUSCAS

3.1 – Pressupostos Gerais

No âmbito dos Meios de Obtenção da Prova é obrigatório como sabemos reunir as condições necessárias para que o essencial dos direitos fundamentais consagrados na CRP sejam assegurados e a prova não seja posta em causa, melhor dizendo, que os instrumentos utilizados para a recolha da prova não sejam sujeitos a quaisquer vícios e não inviabilizem toda a investigação criminal.

Não podem as provas obtidas com métodos (instrumentos) proibidos por lei, ser utilizadas no processo penal, porquanto estas seriam consideradas nulas.⁽²⁸⁾

As revistas e as buscas são meios de obtenção da prova e estão reguladas pelos artigos 174º a 177º, 251º, 268º e 269º todos do CPP. Podem contender com DLG, melhor dizendo com direitos fundamentais do cidadão comum como qualquer outro meio de obtenção da prova. Basta referirmo-nos ao direito à integridade física, à intimidade e ao pudor, ou mesmo à reserva da vida privada ou domicílio. Assim sendo, obrigatório será que haja conformidade, necessidade, adequação, relatividade e proporcionalidade entre o crime praticado e a medida investigatória. Vejam-se os artigos 18º nº 2, 25º, 26º, 32º e 34º da CRP.

(28) Artigo 126º do CPP (**Métodos proibidos de prova**)

1. São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas.

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

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

b) Perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) Utilização de força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) Ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível. Nº 3 Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respetivo titular. Nº 4 Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo.

Deste modo e como já vimos quando falamos de exames, temos sempre que nos confrontar pelo menos com “ Só uma lei expressa clara e determinada...”,⁽²⁹⁾ e a necessidade da medida para salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido. Não pode a sua realização implicar diminuição da extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais).⁽³⁰⁾

No que à revista concerne, ela é efetuada sempre a uma pessoa tendo em vista apreender alguma coisa (objetos) que nela própria sejam transportados ou, que nela se escondam com interesse para a investigação em curso e que possam vir a servir de prova. Pode ainda a revista ser feita extra processualmente como medida cautelar necessária urgente e adequada. Sabemos que estas medidas cautelares e de polícia estão reguladas no CPP nos artigos 248º a 253º mais propriamente no art.º 251º.

Desta forma podem os OPC proceder a revistas e buscas sem autorização da autoridade judiciária competente considerando-se estas como excepcionais, relativamente à regra, tal como resulta do art.º 174º nº 3 do CPP. Verifica-se assim a possibilidade de os OPC procederem a revistas e buscas sem as exigências contidas neste nº 3 do citado artigo.

Por fim e sem exatidão no que aos pressupostos gerais diz respeito quanto às revistas e buscas é sempre necessário que a autoridade judiciária ou o OPC executante, preencha devidamente o auto de revista ou busca contendo este todos os elementos obrigatórios como consta dos artigos 99º e 100º do CPP conjugados com o art.º 169º do mesmo diploma.

(29) ANDRADE, Manuel da Costa, Bruscamente..., RLJ, Ano 137º, p. 140. afirma:” Só uma lei expressa, clara e determinada, ...”

(30) Conforme Ac. do TC 155/2007, de 10 de abril, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

3.2 – Competência da Autoridade Judiciária

Compete ao MP na fase de inquérito ordenar revistas e buscas não domiciliárias nos termos e limites do art.º 174º n.º 3 e n.º 5 e ainda as buscas domiciliárias nos termos do art.º 174º n.º 5 alínea a) e b) conjugado com o art.º 177º n.º 3 todos do CPP. Durante o inquérito o Juiz de Instrução é competente para ordenar ou autorizar buscas em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento de saúde conforme o disposto no art.º 268º n.º 1 alínea c) conjugado com o art.º 177º n.º 5 e n.º 6 e ainda é também competente para ordenar ou autorizar buscas domiciliárias de acordo com o art.º 177º n.º 1 em conjugação com o art.º 269º n.º 1 alínea c) todos do CPP.

As buscas geralmente são efetuadas pelo OPC no prazo máximo de trinta dias conforme o disposto no art.º 174º n.º 4, após a data do despacho que a ordena ou autoriza, sob pena de vir a ser considerada nula. Veja-se a Lei n.º 48/2007 de 29 de agosto e note-se que no caso de não ser possível efetuar a busca (por um qualquer motivo, por exemplo de oportunidade ou até mesmo de logística operativa), sempre poderá o OPC que tem a seu cargo a investigação sugerir à AJ competente a prorrogação do mesmo por um prazo máximo de 30 dias à semelhança do que acontece na admissibilidade tipificada no art.º 187º n.º 6 do CPP relativo aos períodos e limites das escutas telefónicas.

3.3 – Distinção Entre Revista e Busca

A diferença substancial entre revista e busca fundamenta-se em dois aspetos muito simples: A primeira sustenta-se na suspeita que incide sobre alguém (pessoa individual) de ocultar no seu corpo ou nas suas vestes quaisquer objetos que tenham relação com um crime, ou que possam servir de prova.

A segunda sustenta-se na suspeita de que num determinado lugar, se possam encontrar objetos relacionados com um crime ou possam servir de prova, ou de lá se encontrar o arguido ou outra pessoa que deva ser detida, lugar este que pode ser ou não reservado. Aqui o visado não tem que ser necessariamente o proprietário ou o titular dos direitos inerentes ao lugar (domicílio ou outro), nem tão pouco a pessoa que tenha a disponibilidade do mesmo.

Segundo Paulo Pinto de Albuquerque “*A distinção entre revista e busca reside no objeto de cada um destes meios de obtenção de prova: A revista incide sobre o corpo da pessoa, a busca incide sobre «Um lugar reservado ou não livremente acessível ao público»*”.⁽³¹⁾

Quanto aos indícios indicados no art.º 174º n.º 1 e 2 do CPP, podemos dizer que são todas as razões que balizam e sustentam a tese, de que é mais provável a recolha de prova (meio) do que a sua frustração (ausência), legitimando-se a medida.

Há contudo entendimentos díspares. Veja-se Paulo Pinto de Albuquerque em anotação ao preceito, refere “*por exemplo, não justificam a suspeita a mera informação do OPC com origem em “conversa informal” com pessoa não identificada*”.⁽³²⁾

Ver também o acórdão do Tribunal da Relação do Porto. “*Para ser ordenada a busca e a apreensão não é necessário que os indícios da prática do crime sejam suficientes ou fortes*”.⁽³³⁾

3.4 – Das Medidas Cautelares e de Polícia

Para além dos artigos 174º a 177º do CPP é bom lembrar que também estes instrumentos de obtenção da prova, podem ser utilizados sem prévia autorização da autoridade competente, conforme já atrás mencionamos nomeadamente o MP ou Juiz de Instrução conforme a fase processual em que se encontre a investigação criminal. Para tanto basta reportarmo-nos ao art.º 251º do CPP⁽³⁴⁾ mas sobre o qual falaremos

(31) ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Código de Processo Penal*, Comentário n.º 2 ao art.º 174º n.º 2, p. 472.

(32) ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *ob.cit.*, p.472

(33) Ac. TRP de 29/11/2006, proc. n.º 0645900 pesquisado em www.dgsi.pt que estabelece “*Com vista à determinação de uma busca podem valer como indícios os elementos constantes de uma informação policial.(...) Para ser ordenada a busca e a apreensão não é necessário que os indícios da prática do crime sejam suficientes ou fortes. Nesse caso já existiria prova suficiente para deduzir acusação. (...) O que se pretende com tal busca é a recolha de elementos de prova que confirmem ou infirmem os factos participados. (...) Desde que tais indícios se verifiquem, o direito à inviolabilidade previsto no art.º 34º da CRP, deve ceder perante o interesse da investigação criminal para a boa aplicação da justiça*”

(34) Artigo 251º do CPP (**Revistas e buscas**)

1. Para além dos casos previstos no n.º 5 do artigo 174º os órgãos de policia criminal podem proceder, sem prévia autorização da autoridade judiciária: a) À revista de suspeitos em caso de fuga iminente ou de detenção e as buscas no lugar que se encontrarem, salvo tratando-se de busca domiciliária, sempre que tiverem fundada razão para crer que neles se ocultam objetos relacionados com o crime, suscetíveis de servirem a prova e que de outra forma poderiam perder-se; b) À revista de pessoas que de participar ou pretendam assistir a qualquer ato processual ou que, na qualidade de suspeitos, devam ser conduzidos a posto policial, sempre que houver razões para crer que ocultam armas ou outros objetos com os quais possam praticar atos de violência.

2. É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 6 do artigo 174º.

mais em pormenor quando nos debruçarmos especificamente sobre as revistas ou as buscas. Podemos é desde já dizer que estas revistas ou buscas só podem ser efetuadas ou porque há fuga iminente do suspeito, ou porque o mesmo foi detido ou ainda porque se presume que oculta arma ou outro objeto suscetível de vir a praticar qualquer ato violento, ou que naquele local reservado ou não livremente acessível ao público há indícios de ali se ocultarem objetos relacionados com o crime e que se podem perder. Repare-se que qualquer pessoa que tenha de participar ou assistir a ato processual mesmo não sendo suspeito, pode ser sujeito a revista, com os pressupostos anteriores preenchidos.

As revistas e as buscas realizadas sob o art.º 251º do CPP com referência ao 174º do mesmo diploma, têm forçosamente que ser comunicadas ao Juiz de Instrução para que este as valide. O OPC que a elas tenha procedido deve elaborar um relatório conforme consta e obriga o preceituado no art.º 253º n.º 1 e n.º 2 do CPP, onde conste as investigações efetuadas, nomeadamente o resultado delas a descrição e as provas dos factos operados, e remetido este ao MP ou ao Juiz de Instrução conforme os casos.

3.5 – Da Revista em Especial

Já verificamos que o visado numa revista é a pessoa, é o seu corpo e as suas vestes que ficarão sujeitos, submetidos por isso à revista, sendo que esta é a procura de qualquer objeto (que pode ser por exemplo um documento ou uma arma de fogo) conforme já explanamos atrás que tenha relação com um crime.

A efetivação de uma revista pode recair sobre qualquer pessoa e não só sobre o autor ou forte suspeito. Para tanto basta que essa pessoa tente ocultar ou sonegar os objetos que se relacionem e tenham interesse para a investigação de um crime concreto, sendo que o CPP permite-a não atendendo à gravidade do ilícito criminoso. Para tanto basta atentarmos no art.º 18º n.º 3 da CRP e mesmo no art.º 174º n.º 1 e ainda o art.º 251º alínea b) ambos do CPP.

Contudo a AJ competente para autorizar este mecanismo de obtenção da prova deve atender ao princípio da proporcionalidade relativamente ao dano produzido pelo ato ou evento criminoso.

Do mesmo modo os OPC não devem em caso algum extravasar as suas competências no âmbito das medidas cautelares e de polícia, “pois só nesta situação

decidem da necessidade operacional em realizar ou não uma revista ou busca urgente e inadiável, sujeita aos requisitos do art.º 251º do CPP”. Devem também proceder a um juízo ponderado sobre a necessidade da diligência no caso concreto.

As revistas ao contrário das buscas podem ser efetuadas a qualquer hora do dia ou da noite não referindo a lei processual penal qualquer limite temporal. Torna-se evidente que os DF do cidadão têm que estar presentes independentemente se é dia ou se é noite, bem como todos os restantes pressupostos processuais.

3.5.1 – Requisitos Específicos da Revista

Ao atentarmos na revista somos levados a dizer apesar de conhecermos outros entendimentos, que ela só se realizará quando sobre qualquer pessoa existirem indícios suficientes e não meras suspeitas de que A ou B esconde em si um qualquer objeto conexionado com um crime e de interesse para servir à prova material.

Já vimos que a revista é permitida em qualquer tipo de crime investigado ou a investigar devendo sempre como não pode deixar de ser acautelarem-se os direitos individuais consagrados na CRP nomeadamente nos seus artigos 25º nº 1 e 26º nº 1.

“As revistas (...) são autorizadas ou ordenadas por despacho pela autoridade competente, devendo esta, sempre que possível, presidir à diligência” (nº 3 do art.º 174º do CPP, com as exceções constantes do seu nº 5. ⁽³⁵⁾

Quanto às formalidades a observar nas revistas elas encontram-se contempladas no art.º 175º nº 1 e nº 2 do CPP, notando-se como primeira obrigação de quem a realiza a entrega ao visado da cópia do despacho que a determinou. Verificamos anteriormente que nos casos do art.º 174º nº 5 do CPP encontramos a exceção desta entrega. Prescinde-se da autorização ou ordem prévia da AJ, como é compreensível. Estamos perante uma situação urgente e inadiável.

(35) Artigo 174º do CPP (**Pressupostos**)

5. Ressalvam-se das exigências contidas no nº3 as revistas e as buscas efetuadas por órgão de polícia criminal nos casos:

- a) De terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa.
- b) Em que os visados consentam, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado; ou
- c) Aquando de detenção em flagrante por crime a que corresponda pena de prisão.

Concluimos deste modo que as revistas podem ser entendidas como normais ou excepcionais e até mesmo cautelares, conforme tratamos daquelas que são autorizadas ou ordenadas pela AJ competente ou as referidas no art.º 174º nº 5 ou ainda as do art.º 251º todos do CPP respetivamente. É bom recordar que este regime de exceção está conforme a nossa CRP não contendo com o art.º 34º nº 8 conjugado com o art.º 18º nº 2 e 3 também da CRP.

A propósito da medida cautelar e de polícia consagrada no art.º 251º nº 1 e nº 2 conjugado com o art.º 174º nº 6 do CPP, verifica-se que os OPC têm competência própria para proceder excecionalmente à revista, devendo comunica-la *imediatamente* ao Juiz de Instrução. A jurisprudência e a interpretação da expressão anteriormente sublinhada ou seja, a expressão de conceito indeterminado não é pacífica. Julgamos sem muitas dúvidas que o dever de comunicar tem em vista salvaguardar no mais curto espaço de tempo, direitos individuais que possam ser atacados, sendo que esta comunicação deve ser feita de *imediato* após a diligência e, logo termine o OPC a redação do auto ou relatório a que é obrigado. “A Constituição não impõe qualquer prazo para que a realização da busca seja comunicada ao Juiz (...). Mas bem se compreende que a ausência da estatuição constitucional não queira significar desinteresse do legislador constitucional quanto à concretização da garantia, antes representa a oneração do legislador ordinário com o encargo de encontrar uma solução que satisfaça com suficiência a já mencionada exigência. Há, pois, que aceitar que nos casos, necessariamente excepcionais, em que a autorização judicial da busca domiciliária ocorre a posteriori, o controlo judicial deva ser exercido imediatamente, como diz a lei (nº6 do art. 174º)”.⁽³⁶⁾

Assim, do mesmo modo se tem que entender relativamente às revistas. O juiz deve validar a revista verificando que foram respeitados integralmente os requisitos e os pressupostos, fazendo-o de forma expressa. Se o juiz recusar a validação da revista não autorizada porque a mesma não lhe foi comunicada imediatamente, julgamos mesmo assim que este meio de obtenção da prova apenas e só pode ser confrontado como uma prática irregular, sujeita a reparação oficiosa. Não encontramos qualquer nulidade na obtenção da prova conforme art.º 126º do CPP, conjugado com o art.º 32º nº 8 da CRP.

(36) Acórdão do TC 285/ 2007, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>

O sentido que damos à expressão imediatamente é aquele que decorre do princípio da razoabilidade, ou seja: o OPC que interveio na feitura desta diligência após os trâmites obrigatórios que decorre do expediente elaborado, nomeadamente o conhecimento a superior hierárquico e registos, deve providenciar para que o mesmo seja levado sem interrupção temporal à AJ competente para a sua validação. É evidente que a apresentação do expediente (relatório, auto de apreensão, e eventual objeto apreendido) será durante as horas normais de expediente dos tribunais, significando com isto que o relatório deverá conter a hora em que a diligência se iniciou e quando terminou.

Quando se procede à revista de uma pessoa, geralmente há DF que podem estar a ser violados. Falarmos destes direitos nomeadamente o direito à integridade física e mesmo moral, somos inevitavelmente levados a pensar no pudor das pessoas visadas.

As revistas devem obrigatoriamente ser efetuadas de modo a que a dignidade da pessoa não seja posta em causa. Nesta esteira refira-se o art.º 53º do Dec-Lei nº 15/93, de 22 de janeiro ⁽³⁷⁾ mais vulgarmente denominado por Lei da Droga, o qual regula as condições da revista, sabendo como se sabe que muitas vezes pode atacar a intimidade, a integridade física, e o pudor dos visados (nº 2 do art.º 175º do CPP).

Basta pensarmos nos chamados correios de droga, fazendo-se transportar com substâncias psicotrópicas ou estupefacientes no interior do seu corpo, como por exemplo no estômago, intestino, e até mesmo na cavidade vaginal.

Costa Andrade entende que mesmo não respeitando a formalidade atrás vertida, não estaremos perante uma proibição de prova ou nulidade mas sim e apenas sujeitos a uma irregularidade processual “ *do que se trata é apenas de salvaguardar o sentimento de pudor (...) e não de lhe garantir uma qualquer posição de domínio sobre a informação* ”. ⁽³⁸⁾

(37) O Artigo 53º do Dec-lei 15/93 (**Revista e perícia**) dispõe:

1. Quando houver indícios de que alguém oculta ou transporta no seu corpo estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, é ordenada revista e, se necessário, procede-se a perícia.
2. O visado pode ser conduzido a unidade hospitalar ou a outro estabelecimento adequado e aí permanecer pelo tempo estritamente necessário à realização da perícia.
3. Na falta de consentimento do visado, mas sem prejuízo do que se refere no n.º 1 do artigo anterior, a realização da revista ou perícia depende de prévia autorização da autoridade judiciária competente, devendo esta, sempre que possível, presidir à diligência.
4. Quem, depois de devidamente advertido das consequências penais do seu acto, se recusar a ser submetido a revista ou a perícia autorizada nos termos do número anterior é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

(38) ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*.2006.p.85

Entendemos que o não respeito pelo pudor da pessoa sujeita a uma revista, contenderá com o n.º 8 do art.º 32º da CRP conjugado com o art.º 25º e 26º n.º 2 também da CRP, e por esta razão poderá conduzir a que a diligência seja considerada nula e o meio de obtenção da prova considerado método proibido. Conforme atrás referimos há vários enquadramentos legislativos que regulam a possibilidade de se efetuarem revistas com determinadas formalidades e dirigidas a fins específicos. Não podendo detidamente dedicarmos neste trabalho uma atenção aprofundada, sobre cada uma, vamos somente enumerá-las.

Assim temos:

1 – As revistas efetuadas à porta dos recintos desportivos (Lei 8/97 de 12 abril e Lei 38/98, de 4 de agosto), por funcionários de entidades privadas (veja-se o Dec-Lei 35/2004, de 21 de fevereiro nos seus artigos 5º e 6º).

2 – As revistas efetuadas por órgãos da Polícia Municipal (Lei 19/2004 de 20 de maio, art.º 3º).

3 – As revistas efetuadas nos Centros Educativos (Dec-Lei 323-D/2000, de 20 de dezembro), que tanto podem ser efetuadas aos educandos como aos visitantes, artigos 84º e 86º.

4 – As revistas efetuadas nos Estabelecimentos Prisionais, quer aos visitantes (nº 1 do art.º 30º n.º 3 do Dec-Lei 265/79 de, 1 de agosto), quer aos reclusos (art.º 116º do mesmo diploma).

5 – As revistas efetuadas no âmbito do RGIF (Regime Jurídico das Infrações Fiscais) art.º 49º do Dec-Lei 376-A/89, de 25 de outubro.

6 – Revistas efetuadas ao abrigo da Lei 17/2009, de 6 de maio, que alterou o regime jurídico das armas e munições conforme art.º 109º n.º 3.

7 – Revistas efetuadas no âmbito da Lei da droga art.º 53º (Dec-Lei 15/93, de 22 de janeiro).

8 – E por fim, revistas efetuadas ao suspeito do consumo de estupefacientes (art.º 4º da Lei 30/2000, de 29 de novembro), que veio descriminalizar o consumo, a posse e a aquisição de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, mantendo no entanto no seu art.º 40º a possibilidade de serem revistados os suspeitos da prática de ilícitos

administrativos, tal como foram convertidos os crimes do art.º 40º do Dec-lei 15/93 em contra ordenações.

3.5.2 – A Influência Legislativa da Doutrina

Como curiosidade final e no que às revistas diz respeito, o CPP de 1929 permitia que qualquer autoridade de polícia procedesse à revista de qualquer pessoa sem autorização judicial desde que se encontrasse em lugar acessível. É evidente que hoje em dia isso não é possível.

A Lei é hoje muito mais defensora dos direitos fundamentais do cidadão, pois é conforme a filosofia garantística do CPP e teve em linha de conta a CRP e todos os seus princípios inerentes.

Foi o Dec-Lei 78/87 de 17 de dezembro, que aprovou o CPP de 1987 revogando o de 1929.

Também a Lei 48/2007, de 29 de dezembro, alterou o art.º 174º pois aqui foi introduzido o nº 4 prevendo um prazo máximo de 30 dias para a validade do despacho da autoridade judiciária que ordena ou autoriza a revista.

Do mesmo modo o art.º 175º nº 1 apenas se substitui o nº 4 pelo nº 5 fazendo corresponder ao nº 4 do art.º 174º.

O art.º 176º no seu nº 1 fazia uma remissão para o art.º 174 nº 4. É evidente que agora passou a ser para o nº 5.

Dito isto, verifica-se que ao fim e ao cabo as alterações de importância assinalável foram o aditamento do nº 4 do art.º 174º, o da validade máxima de 30 dias sob pena de nulidade para se efetuar uma revista ou busca após o despacho da AJ, e assim fundamentalmente desta maneira se escoram os direitos da pessoa visada. Contudo parece não restar dúvidas de que há necessidade de uma actualização normativa evitando-se dúvidas quanto aos meios utilizados e à proliferação legislativa.

3.6 – As Buscas em Especial

3.6.1 – Noção

São meios de obtenção da prova que os OPC levam a cabo quando há suspeita ou indícios de que em lugar reservado ou não, se encontram quaisquer objetos relacionados com o crime ou que possam servir de prova, ou ainda onde possa estar escondido o arguido ou alguém que deva ser detido.

Já sabemos que são levadas a cabo pela AJ competente ou realizadas pelo OPC nos casos permitidos pela lei conforme autorização judicial ou sem ela em casos excepcionais que analisaremos mais em detalhe.

As buscas são realizadas após a averiguação de que há indícios para que se venha a proceder à mesma desde que existam, nomeadamente a autorização constitucional, a proporcionalidade e a necessidade da mesma.

Os direitos constitucionais que podem colidir com as buscas são fundamentalmente os consignados no art.º 26º n.º 1 da CRP.

3.6.2 – Formalidades da Busca

Uma das formalidades das buscas é a que está consagrada no art.º 176º n.º 1 onde se verifica que antes de se proceder à mesma, é entregue cópia do despacho que a determinou a quem tiver a disponibilidade do lugar, com a exceção do n.º 5 do art.º 174º e art.º 251º, despacho este que deve fazer menção “*de que pode assistir à diligência e fazer-se acompanhar ou substituir...*”⁽³⁹⁾

Mais uma vez e similar às revistas existe o prazo de 30 dias para que esta seja efetuada a partir da data do despacho da autoridade competente. Note-se que as buscas

(39) Artigo 176º do CPP (*Formalidades da busca*)

1. Antes de se proceder a busca, é entregue, salvo nos casos do n.º 5 do artigo 174º, a quem tiver a disponibilidade do lugar em que a diligência se realiza, copia do despacho que a determinou, na qual se faz menção de que pode assistir à diligência e fazer-se acompanhar ou substituir por pessoa da sua confiança e que se apresente sem delonga.

2. Faltando as pessoas referidas no n.º anterior, a cópia é, sempre que possível, entregue a um parente, a um vizinho, ao porteiro ou a alguém que o substitua.

3. Juntamente com a busca ou durante ela pode proceder-se a revista de pessoas que se encontrem no lugar, se quem ordenar ou efetuar a busca tiver razões para presumir que se verificam os pressupostos do n.º 1 do artigo 174º. Pode igualmente proceder-se como se dispõe no artigo 173º.

em escritório de advogado e consultório médico são sob pena de nulidade, presididos pessoalmente pelo juiz (art.º 177º n.º 5).

Faltando as pessoas referidas é sempre entregue uma cópia do despacho a um vizinho, a um parente ou até mesmo ao porteiro do lugar onde a diligência tem de ser efetuada (veja-se o n.º 2 do art.º 176º).

Durante uma busca a AJ ou o OPC podem proibir a entrada ou o trânsito a pessoas estranhas; podem ainda efetuar revistas a pessoas que lá se encontrem se estiverem reunidos os indícios ou as suspeitas conforme o art.º 174º n.º 1; podem também obrigar alguma pessoa a não se afastar do local mesmo com o auxílio da força pública se necessário. Estas pessoas ficam sujeitas ao crime de desobediência se obstarem à concretização da diligência. Relembremos que os OPC conforme o art.º 249º n.º 2 alínea c) do CPP, podem ainda efetuar apreensões, conjugado com o art.º 178º n.º 4 e n.º 5, quando no decurso de revistas ou buscas.

É evidente como defende Marques Ferreira ⁽⁴⁰⁾ que o disposto no art.º 175º n.º 2, também nas buscas se deverá aplicar analogicamente ou seja, a busca “*deve respeitar a dignidade pessoal e, na medida do possível, o pudor do visado*”, caso contrário certamente colidiria com o princípio constitucional da defesa da dignidade humana (art.º 26º da CRP). Contudo a inobservância das formalidades consignadas no art.º 176º do CPP parecem constituir meras irregularidades. ⁽⁴¹⁾

O visado pela busca é a pessoa suspeita da prática de um crime e que detém ou ocupa o lugar em que a diligência se tem de realizar. Desta forma o mandado de busca (onde consta o despacho) deve identificar sem quaisquer margem de dúvida esse local, além do que tem de identificar devidamente o visado se este for conhecido. O visado tem vários direitos tais como:

- ▶ Que lhe seja entregue o mandado e neste constem os fundamentos de tal diligência.
- ▶ Tem o direito de assistir “in loco” à mesma.
- ▶ Tem o direito de se fazer acompanhar ou substituir na busca por pessoa da sua confiança além do seu advogado.
- ▶ Tem o direito à propriedade ou posse de objetos.
- ▶ Por fim tem o direito à cópia do auto da diligência.

(40) *Jornadas de Direito Processual Penal*, Ed. do CEJ, Almedina, p.265, in, Francisco Marcolino de Jesus, *Os meios...* 2011, p.182.

(41) Acórdão do STJ, 15/julho/92- in BMJ 419º-608 em <http://www.dgsi.pt>, processo 042974.

3.6.3 – O Regime

Já sabemos que o regime regra está consagrado no art.º 174º n.º 3 – “ *As revistas e as buscas são autorizadas e ordenadas pela autoridade judiciária competente, devendo esta sempre que possível presidir à diligência.*”

O art.º 51º do Dec-Lei 15/93, de 22 de janeiro (Tráfico de estupefacientes) faz a equiparação dos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, as condutas que integram os crimes previstos nos artigos 21º, 24º e 28º deste Dec-Lei para efeitos do CPP. Assim sendo, as buscas não domiciliárias no âmbito dos crimes de tráfico de estupefacientes parecem escapar ao regime regra e ficam sujeitas à exceção relativamente à prévia autorização ou ordem judiciária, estando em conjugação desta forma com o art.º 174º n.º 5 do CPP.

Do mesmo modo e como já referido para as revistas, também aqui o art.º 251º n.º 1 alínea a) funciona como exceção. Estas buscas como excepcionais são “sob pena de nulidade imediatamente comunicadas ao Juiz de Instrução e por este apreciadas em ordem à sua validação” (art.º 251º n.º 2 e art.º 174º n.º 6 do CPP).

Devemos notar também que quando se procede a uma busca que foi devidamente autorizada, há necessidade de se entregar a quem tiver a disponibilidade do lugar cópia do despacho, enquanto que na busca sem ordem ou autorização mas em que o visado consinta na sua execução, deve o OPC lavrar o auto onde conste de forma inequívoca que aquele a autorizou livremente e esclarecido de todas as suas consequências. Os autos deverão ser assinados por todos os intervenientes na diligência.

A propósito do conceito de «visado» há vários entendimentos dos quais destacamos:

- 1 – Visado é aquele que tem a disponibilidade do lugar onde a busca se processará; que tanto pode ser o suspeito, o já arguido ou até mesmo o familiar que com ele conviva;
- 2 – Em sentido mais abrangente pode ser qualquer pessoa que em determinado local, esconda ou tenha na sua posse objetos de interesse probatório. Este conceito vai ao encontro do que entendemos ser a melhor forma e sentido que podemos dar ao termo.

3.6.4 – Espécies de Buscas

3.6.4.1 – Buscas não Domiciliárias

As buscas são um meio de obtenção da prova para recolha de informações pertinentes, através da apreensão de objetos documentos e outros. Na prática de um ilícito criminal podemos afirmar que a sua execução, como é óbvio pode ser feita em vários locais diferentes conduzindo-nos desta forma a regimes também diferentes.

Verifica-se deste modo que a busca pode ser realizada tanto no domicílio como no local de trabalho, como num armazém, num café ou em qualquer outro espaço. É evidente que podem contender com direitos fundamentais.

Encontramos nestas buscas não domiciliárias:

- 1 – O regime geral consagrado no art.º 174º n.º 2 e n.º 3 ⁽⁴²⁾
- 2 – O regime excecional consagrado no art.º 174º n.º 5
- 3 – O regime que podemos dizer “de cautelar” decorrente do art.º 251º n.º 1 alínea a) todos do CPP.

As buscas podem também ser realizadas em automóveis, em quintais, garagens e outros locais onde se presume que existe alguma coisa de interesse para a investigação em curso que possa ser apreendida e junta aos autos como meio da prova.

(42) Art.º 174º do CPP (**Pressupostos**)

1. Quando houver indícios de que alguém oculta na sua pessoa quaisquer objetos relacionados com um crime ou que possam servir prova, é ordenada revista.
2. Quando houver indícios de que os objetos referidos no número anterior, ou o arguido ou outra pessoa que deva ser detida, se encontram em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, é ordenada busca.
3. As revistas e as buscas são autorizadas ou ordenadas por despacho pela autoridade judiciárias competente, devendo esta, sempre que possível, presidir à diligência.
4. O despacho previsto no número anterior tem um prazo de validade máxima de 30 dias, sob pena de nulidade.
5. Ressalvam-se das exigências contidas no n.º 3 as revistas e as buscas efetuadas por órgão de polícia criminal nos casos:
 - a) De terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa;
 - b) Em que os visados consentam, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado; ou
 - c) Aquando de detenção em flagrante por crime a que corresponda pena de prisão.
6. Noa casos referidos na alínea a) do número anterior, a realização da diligência é, sob pena de nulidade, imediatamente comunicada ao juiz de instrução e por este apreciada em ordem à sua validação.

3.6.4.2 – Buscas Domiciliárias

3.6.4.2.1 – Conceito

Antes do mais abordamos o conceito de “busca domiciliária” e, para tanto e porque concordamos com ele, “*A busca domiciliária será a diligência efetuada num local que se enquadre no conceito normativo constitucional de domicílio, com o objetivo de descobrir, recolher e apreender objetos – provas reais materiais – que permitam, através do seu exame e interpretação, indicar se existiu ou não crime e, em caso afirmativo, localizar e contactar os seus agentes para posterior apresentação ao tribunal*”.⁽⁴³⁾

É no enquadramento constitucional que devemos entender o regime deste tipo de buscas. Veja-se os artigos 34º nº 1 nº 2 e nº 3 da CRP.

Nesta conformidade reparamos que o conceito de domicílio tem que ser entendido como o local onde alguém habita. Não temos aqui uma equivalência ao conceito jurídico de residência, o domicílio é muito mais abrangente incluindo por exemplo; as habitações temporárias, as tendas, as embarcações, ou o próprio quarto de hotel. Sobre este conceito o acórdão do TC refere “*aquele espaço fechado e vedado a estranhos onde recatada e livremente se desenvolve toda uma série de condutas e procedimentos característicos da vida privada e familiar.*”⁽⁴⁴⁾

Do mesmo modo também os titulares do direito à privacidade ou à inviolabilidade do domicílio são as pessoas que lá habitam, seja em permanência ou esporadicamente. A inviolabilidade do domicílio é o princípio que garante o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar conforme nos reporta o art.º 26º nº 1 da CRP.

Assim visto, domicílio será para nós o espaço fechado e separado de estranhos onde alguém possa livremente viver e conduzir as suas atitudes recatadamente.

(43) VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Revistas e Buscas*, Almedina, 2005, p. 105.

(44) Ac. do TC 452/89 disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>

É neste enquadramento que o art.º 16º n.º 2 da CRP conjugado com o art.º 12º da DUDH, o art.º 8º da CEDH (Convenção Europeia dos Direitos do Homem), e o art.º 17º do PIDCP (Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos) também protegem a inviolabilidade do domicílio.⁽⁴⁵⁾

3.6.5 – Requisitos

A regra como já sabemos é a consignada no art.º 177º n.º 1 do CPP. Todo o restante articulado se reporta a exceções; ou relativamente às horas em que a busca pode ser realizada, ou relativamente à competência para ordenar a mesma, ou ainda relativamente ao local onde a mesma é realizada.⁽⁴⁶⁾ A busca pode ser autorizada pelo juiz entre as 21 e as 7 horas (ou seja, durante a noite) nos casos de terrorismo ou criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, (atente-se ao Dec-Lei 15/93, de 22 de janeiro, Lei da droga, nos artigos 21º a 24º e art.º 28º, conjugados com o art.º 51º do mesmo diploma e em conformidade com o art.º 1º alínea i), j), l) e m) que equipara as atividades ali tipificadas a casos de terrorismo, à criminalidade violenta ou altamente organizada). O art.º 34º da CRP prevê no seu n.º 1 a inviolabilidade do domicílio, mas já os seus números 2 e 3 contemplam a possibilidade da entrada no mesmo desde que ordenada pela AJ competente ou nos casos aí previstos.

(45) O próprio CP no seu art.º 190º dispõe:

1. Quem, sem consentimento, se introduzir na habitação de outra pessoa ou nela permanecer depois de intimado a retirar-se é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias.
2. Na mesma pena incorre quem, com intenção de perturbar a vida privada, a paz e o sossego de outra pessoa, telefonar para a sua habitação ou o seu telemóvel. 3 – Se o crime previsto no n.º 1 for cometido de noite ou em lugar ermo, por meio de violência, com uso de arma ou por meio de arrombamento, escalamento ou chave falsa, ou por três ou mais pessoas, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

(46) O Artigo 177º do CPP (**Busca domiciliária**) consagra:

1. A busca em casa habitada ou numa sua dependência fechada só pode ser ordenada ou autorizada pelo juiz e efetuada entre as 7 e as 21 horas, sob pena de nulidade.
2. Entre as 21 e as 7 horas, a busca domiciliária só pode ser realizada nos casos de: a) Terrorismo ou criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada; b) Consentimento do visado, documentado por qualquer forma; c) Flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos.
3. As buscas domiciliárias podem também ser ordenadas pelo Ministério Público ou ser efetuadas por órgão de polícia criminal; a) Nos casos referidos no n.º 5 do artigo 174º, entre as 7 e as 21 horas; b) Nos casos referidos nas alíneas b) e c) do número anterior, entre as 21 e as 7 horas.
4. É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 6 do artigo 174º nos casos em que a busca domiciliária for efetuada por órgão de polícia criminal sem consentimento do visado e fora de flagrante delito.
5. Tratando-se de busca em escritório de advogado ou em consultório médico, ela é, sob pena de nulidade, presidida pessoalmente pelo juiz, o qual avisa previamente o presidente do conselho local da Ordem dos Advogados ou da Ordem dos Médicos, para que o mesmo, ou um seu delegado, possa estar presente.
6. Tratando-se de busca em estabelecimento oficial de saúde, o aviso a que se refere o número anterior é feito ao presidente do conselho diretivo ou de gestão do estabelecimento ou a quem legalmente o substituir.

Pode ainda ser efetuada quando o visado ⁽⁴⁷⁾ consinta por forma inequívoca (documentada) e ainda quando em flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão, no seu máximo a 3 anos.

O MP também pode ordenar buscas domiciliárias durante a noite quando o visado consinta ou em flagrante delito conforme mencionado acima. O OPC pode realiza-las durante a noite aquando do consentimento ou aquando de flagrante delito. Temos aqui que nos debruçar um pouco sobre o que se entende por noite. Segundo Germano Marques da Silva o alcance e o limite do termo noite utilizado pelo legislador constitucional não se fundamenta em razões de ordem naturalística ou meteorológica antes sendo necessário estabelecer o seu sentido normativo. Neste sentido, noite equivalerá ao “*«período de descanso» ou de «recolhimento» para esse efeito, que em Portugal ocorre entre as 21 e as 7 horas para a generalidade das pessoas, e não tem de coincidir necessariamente com a totalidade do período de ausência da luminosidade solar.*” ⁽⁴⁸⁾

3.6.6 Requisitos Específicos

O art.º 177º no seu ponto nº 5 e nº 6 consagra as buscas em escritório de advogado, consultório médico e estabelecimento oficial de saúde respetivamente. No que aos advogados diz respeito e ao presente artigo devemos procurar conjugá-lo com o art.º 135º do CPP e também com o nº 1, 5 e 7 do art.º 87º do EOA (Estatuto da Ordem dos Advogados). ⁽⁴⁹⁾

Os advogados estão sujeitos ao dever de segredo profissional podendo verificar-se excecionalmente a sua derrogação em casos muito especiais.

(47) JESUS, Francisco Marcolino, Os Meios de Obtenção.... Almedina, 2011 p. 195. “*Visado é apenas a pessoa sobre quem recai a suspeita da prática do crime (o arguido, se já constituído), cujos objetos se procuram, com ele relacionados e que possam servir de prova, e que seja titular do direito à inviolabilidade do domicílio, não bastando a mera disponibilidade do lugar da habitação. Não pode confundir-se com pessoa que tem a disponibilidade do lugar, que pode ser o possuidor precário*”.

(48) SILVA, Germano Marques da, *Curso...*, II vol.p.240

(49) Artigo 87º do EOA (**Segredo Profissional**)

1. O advogado é obrigado a guardar segredo profissional no que respeita a todos os factos cujo conhecimento lhe advenha do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços, designadamente...

5.Os actos praticados pelo advogado com violação de segredo profissional não podem fazer prova em juízo.

7. O dever de guardar sigilo quantos aos factos descritos no nº 1 é extensivo a todas as pessoas que colaborem com o advogado...

Note-se que estando em causa o princípio da confiança entre o advogado e o cliente, também está sobretudo o interesse público do exercício funcional deste, ou seja o trabalho de um agente fundamental para a administração da justiça como é o de advogado.⁽⁵⁰⁾

Estas buscas são presididas pessoalmente pelo juiz de instrução e geralmente efetuadas por OPC em coadjuvação com este, ou até mesmo por técnicos especializados sob pena de nulidade, devendo este avisar o Presidente da Ordem dos Advogados para que o mesmo ou um seu delegado possa estar presente (nº 5 do art.º 177º).

Dizemos nós que atendendo à diligência a efetuar, este aviso deverá ser feito presencialmente e debaixo do maior sigilo. Não devem ser apreendidos quaisquer papéis ou documentos que estejam sujeitos ao segredo profissional nem tão pouco correspondência, a não ser que estes sejam elementos probatórios do crime determinado e em investigação. Só assim se pode garantir o cumprimento desta especificidade. Do mesmo modo se passa em relação ao consultório médico.

Quanto às buscas do nº 6, em estabelecimento oficial de saúde julgamos que a presença física do juiz já não é obrigatória, mas sempre que possível a ela deve presidir. Obrigatoriamente deve avisar o Presidente do Conselho Diretivo ou de Gestão do estabelecimento, ou mesmo o seu substituto. Contudo esta posição não é pacífica e há quem entenda diferentemente.⁽⁵¹⁾

Temos assim uma relação direta entre um meio de obtenção da prova, ou seja entre um instrumento processual e as profissões que de uma ou de outra forma, devem preservar segredos ou informações. Estamos perante alguns princípios basilares de um Estado de Direito.

(50) ARNAULT, António, *Iniciação à Advocacia – História – Deontologia – Questões Práticas*, 5ª edição, Coimbra Editora, 2000, pp.65 e seguintes.

(51) É diferente a posição de Simas Santos e Leal-Henriques, *Código de Processo Penal...*, I vol, p.895: finalmente (nº4) fala a lei em buscas em estabelecimentos oficiais de saúde. Aqui seguir-se-ão as regras prescritas para as buscas em escritório de advogado ou consultório médico, sendo o aviso prévio dirigido ao conselho diretivo ou de gestão do estabelecimento. Cremos que neste caso – e contrariamente à opinião de Marques Ferreira, p.267 – é obrigatória a presidência do juiz ao ato, além do mais porque o nº 4 do artigo apenas se limita a dizer a quem deve ser dirigido o aviso prévio, mantendo em tudo o mais a doutrina do nº 3.

3.7 – Outras Buscas

Apesar da lei processual penal não referir como meio de obtenção da prova entre outras buscas, elas existem tais como:

No âmbito da Lei 17/2009, de 6 de maio, que alterou o regime jurídico das armas e munições, verifica-se a possibilidade de buscas cautelares em viaturas ou equipamentos suspeitos de as ocultarem, conforme o estipulado no art.º 109º deste diploma em conjugação com o art.º 251º do CPP. Também a Lei 8/97, de 12 de abril, permite buscas em estabelecimentos de ensino ou recintos onde ocorram aglomeração de pessoas, conforme os seus artigos 1º e 5º.

Refira-se também a Lei 1/99 com a redação introduzida pela Lei 64/2007, de 20 de dezembro, que aprovou o estatuto do jornalista no seu art.º 11º nº 6 onde diz:

“ A busca em órgão de comunicação social, só pode ser ordenada ou autorizada pelo juiz, o qual preside pessoalmente à diligência avisando previamente o presidente da organização sindical dos jornalistas, com maior representatividade, para que o mesmo ou um seu delegado, possa estar presente, sob reserva de confidencialidade”.

As buscas efetuadas em Instituições Consulares estão previstas sob o regime do Dec-Lei 183/72, de 30 de maio, e correspondem grosso modo às abrangidas pelo Dec-Lei nº 48.295, de 27 de março de 68, respeitante às missões diplomáticas e às residências dos seus agentes.

Por fim a Lei Tutelar Educativa, nº 166/99, de 14 de setembro, onde se admitem revistas e buscas a menores entre os 12 e 16 anos, e aos locais individuais bem como a roupas e objetos daqueles jovens internados.

3.8 – Da Teoria à Prática

As revistas e as buscas suscitam variadíssimas situações de natureza metodológica e investigatória que devemos abordar num aspeto tático e técnico, designadamente aquelas que são levadas a cabo por OPC.

Quanto às revistas, apenas um breve apontamento para lembrar que a sua execução exige um perfeito reconhecimento da pessoa a ela sujeita e deve ser precedida de informação suficiente sobre o perfil psicológico e antecedentes criminais, do local onde a mesma se irá realizar (que tanto pode ser espaço aberto como não; como pode ser de noite ou não), do meio humano que rodeia o sujeito e fundamentalmente nunca

deve ser efetuada sem que pelo menos outro OPC que não aquele que executa a revista, observe todos os movimentos do suspeito (sujeito à revista). Desta forma deve também ser obrigado por ordem verbal a uma determinada posição física (por ex: pernas abertas e braços levantados e afastados do corpo, de encontro a uma superfície plana) preservando assim a integridade física do OPC e muitas das vezes a do próprio visado. Lembremo-nos a propósito que podem ocorrer situações de suicídio, de pessoas com comportamentos inesperados, muitas das vezes incompreensíveis e irrazoáveis em conexão com o crime investigado. A revista pressupõe uma relação estreita entre o agente policial e o sujeito, pelo que caso a caso deve ser avaliada a situação.

Quanto às buscas elas normalmente têm lugar num determinado espaço, geralmente reconhecido por construção edificada, mas é verdade que também acontecem noutros meios como por exemplo em aeronaves, automóveis, e navios em que a técnica, a metodologia e a logística naturalmente são diversas.

Antes do mais e atendendo ao que foi dito, não é possível desenvolver uma busca sem *à priori* se recolher informação suficiente sobre o meio físico e humano. Assim deverá ser avaliado o objetivo, que incidirá também nas características do espaço, acessos, vias de fuga e tipo de segurança (portas e janelas).

Quanto ao meio humano é fundamental a recolha informativa sobre o meio sociológico envolvente e aqui incluindo os vizinhos, os familiares, ao fim e ao cabo quem poderá estar perto e que possa causar estorvo à execução da busca.

Deverá ser constituída uma equipa e a esta distribuídos os meios necessários incluindo os apoios de outras equipas especializadas em conformidade com o objetivo da busca. Estas equipas muitas vezes são únicas mas também podem ser constituídas por vigilantes, de execução e de segurança. Como bem sabemos, as buscas são instrumentos utilizados pela AJ assessorada pelos OPC e têm como particular os locais onde os vestígios ou os objetos a apreender se presumem estar.

Numa busca há metodologias de investigação específicas conforme a ação a desenvolver, o que na maioria das vezes obriga a um planeamento global composto por ordens de missão muito direcionadas, tendo em vista o sucesso operacional de um fim comum.

A verdade é que apesar de um bom planeamento operacional, a execução muitas das vezes obriga à substituição do que se acordou previamente e algumas vezes à dedução lógica, rápida e até mesmo ao recurso da intuição própria de quem a realiza.

Sem querermos transformar este trabalho num breve manual de metodologias de investigação criminal mas tendo em vista conjugar a teoria e a prática, apresentamos alguns métodos utilizados pelas variadíssimas polícias de investigação quando se trata de procederem a buscas.

Tecnicamente, quando as áreas são de forma quadrangular ou retangular deve este espaço ser dividido por faixas longitudinais, por forma a que os agentes que a ela procedem estejam confinados a espaços onde podem mais criteriosamente procurar o objeto. Esta abordagem costuma ser feita preferencialmente em espaços fechados e com poucas paredes ou corredores.

Outro tipo de busca é a que se faz utilizando a divisão espacial em linhas horizontais e verticais, produzindo-se quadrados na intercessão destas. Desta forma reduz-se o espaço a ser buscado.

Outra forma ainda, é aquela que resulta de dividir o espaço em linhas que saem do centro e se dirigem para o exterior voltando ao centro, sendo desta maneira obrigatório uma recapitulação do que foi feito. Por isto mesmo esta busca denomina-se em flor ou estrela.

Por fim temos a busca em espiral ou circunferência que é aquela que, partindo do centro para o exterior ou de fora para dentro, se faz imaginando circuitos concêntricos e percorrendo-os no mesmo sentido. Este tipo de busca usa-se preferencialmente em grandes superfícies irregulares.

Uma chamada de atenção para dizer que muitas das vezes durante a busca é feita uma inspeção ao local (inspeção judiciária) que serve para complementar a mais das vezes o resultado da busca. Lembremo-nos das buscas efetuadas com o objetivo de apreender moeda falsa, ou droga em que o visado não reconhece a autoria da posse, e não fora a recolha de vestígios digitais ou palmares, ou até mesmo vestígios que sirvam para identificação genética, outros meios de prova teriam de ser encontrados para os relacionarmos.

Paralelamente a fotografia sempre com testemunho métrico e numérico ou vídeo, em anexo a um croqui elaborado por pessoa qualificada.

4 – DAS APREENSÕES

4.1 – Conceito

Começamos por definir o que é uma apreensão. É um meio de obtenção da prova consagrado nos artigos 178º a 186º do CPP, verificando-se que visa colocar junto do processo que se investiga, o ou “*os objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir a prática de um crime, os que constituírem o seu produto, lucro, preço ou recompensa, e bem assim, todos os objetos que tiverem sido deixados pelo agente no local do crime ou quaisquer outros suscetíveis de servir a prova*” (art.º 178º n.º 1 do CPP).

4.2 – Noções Gerais

Em termos formais as apreensões podem acontecer na sequência e contra a vontade de quem de direito durante uma revista ou uma busca ou não por ordem da AJ, a quem for detentor do objeto que interessa à investigação. Pode ainda a apreensão ter lugar por entrega voluntária de quem tem o objeto à sua guarda, seja proprietário ou não do mesmo, e também ainda numa inspeção judiciária (inspeção ao local do crime).

Estas têm por finalidade retirar o objeto do crime ou relacionado com ele, por forma a poderem ser juntos ao inquérito vindo naturalmente a servir a prova. Quando dizemos que os objetos são juntos ao processo queremos também significar que podem ficar confiados à guarda do funcionário de justiça ou de um depositário. Têm natureza preventiva e processual sendo diferente da perda de instrumentos e produtos prevista no art.º 109º e seguintes do CP e ainda da pena acessória da perda de bens do Dec-Lei 28/84 de 20 de janeiro, art.º 8 e art.º 9 e que é distinta da caução económica e do arresto preventivo (art.º 227º e art.º 228º do CPP) respetivamente, ou mesmo o arresto previsto no art.º 10º da Lei 5/2002 de 11 de janeiro (Criminalidade Organizada e Económico-Financeiro).

De notar que a Lei 5/2006 de 23 de fevereiro (Lei das Armas) na versão da nova Lei 17/2009 de 6 de maio no seu art.º 80º n.º 8 alínea b), parece conter um lapso manifesto, objeto de interpretação corretiva, quando refere “despacho judicial”, em vez de despacho de autoridade judiciária, dando competência restrita ao juiz para validar a apreensão das armas ilegais.

A este propósito (notando a sua “perplexidade” com esta disposição, Fátima Mata Mouros, 2009: 127, nota 268).⁽⁵²⁾

4.3 – Pressupostos Legais

Sabemos que a apreensão de quaisquer objetos pode contender com direitos constitucionais, tais como: os de propriedade, os de reserva da vida privada, ou até mesmo o direito à intimidade pessoal, direitos estes que podemos encontrar tutelados nos artigos 26º, 62º, ou até mesmo no art.º 34º todos da CRP, se acaso se apreende correspondência. Assim é mais que evidente que para a efetivação de uma apreensão necessário se torna repetidamente afirmar que exista uma lei habilitante, seja estritamente necessária à salvaguarda de outro direito tutelado constitucionalmente e que após ponderação exaustiva pela AJ se entenda adequada, proporcional, e que não diminua de forma alguma a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos DF.

Só após a verificação de alguns requisitos é possível avançar-se para uma apreensão. Na identificação destes requisitos podemos apontar o consignado no art.º 178º nº 1 do CPP.⁽⁵³⁾

As apreensões são autorizadas ou ordenadas conforme se repara no art.º 178º nº 3 do CPP por despacho da autoridade judiciária. Se conjugarmos este ponto nº 3 com o preceituado nos artigos 268º e 269º (competência exclusiva do juiz) não vislumbramos a não ser nos artigos 179º, 180º e 181º todos do CPP, qualquer reserva do juiz de instrução quanto à autorização para a sua execução. Depreende-se daqui que a regra geral é ser o MP o competente para autorizar ou ordenar as mesmas na fase de inquérito, o Juiz de Instrução na fase de instrução e na fase de julgamento competirá ao Juiz do Julgamento autorizar ou ordenar as mesmas.

(52) ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Código*, Comentário nº 2 ao art.º 178º, Almedina, p.504

(53) Este artigo 178º do CPP (**Objetos suscetíveis de apreensão e pressupostos desta**) dispõe no seu nº 1.

1. São apreendidos os objetos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir a prática de um crime, os que constituírem o seu produto, lucro, preço ou recompensa, e bem assim todos os objetos que tiverem sido deixados pelo agente no local do crime ou quaisquer outros suscetíveis de servir a prova.

4.4 – Medidas Cautelares e de Polícia

Muitas das vezes e durante uma investigação criminal atenta a urgência e a impossibilidade de contacto com o MP ou com o Juiz de Instrução, os OPC têm necessidade inadiável de proceder a apreensões no decurso de revistas e buscas. Assim podem excecionalmente conforme o art.º 249º nº 1 e 2 alínea c), proceder a apreensões e delas dar conhecimento no prazo máximo de 72 horas para validação, acompanhada de um relatório onde mencionam o consignado no art.º 253º em conjugação com o art.º 178º nº 4 e nº 5, todos do CPP.

Quanto ao prazo referido para validação (72horas), há jurisprudência em sentidos opostos.^{(54) (55)}

4.5 – Apreensões Específicas

4.5.1 – Apreensão de Correspondência

O art.º 179º do CPP tem como epígrafe “apreensão de correspondência”. Verificamos ao abordar as apreensões de correspondência que o legislador tratou-as com especial cuidado tendo em conta que estas atingem facilmente os DF dos visados, e muitas vezes as garantias de determinadas profissões nomeadamente a confidencialidade e o segredo que as mesmas exigem. Posto isto, depreende-se facilmente que o seu regime seja muito parecido ao das escutas telefónicas apesar de existir uma importante diferença entre uma e outra. A escuta telefónica é uma intromissão na comunicação oral e a apreensão de correspondência é uma interceção na comunicação escrita.

(54) Ac. da RL de 6/11/2007, processo 4233/2007.5, pesquisado em <http://www.dgsi.pt>. onde consta “o prazo de 72 horas é o prazo para a AJ validar a apreensão. Porém, decorrido esse prazo sem que se tenha procedido à validação, a apreensão só será inválida se a irregularidade tiver sido arguida nos termos e dentro do prazo do art. 123º nº 1.”

(55) Ac. da RP de 17/01/2007, processo 0644955, pesquisado em <http://www.dgsi.pt>. onde consta “Aquele prazo (...) relaciona-se com a sujeição das apreensões, por banda do órgão de polícia criminal à validação pela autoridade judiciária. E isto porque tal interpretação é a que é imposta pela mera interpretação literal (...). E as coisas são de tal maneira assim que, se esse fosse o sentido da norma, certamente que a lei não deixaria de ter uma outra redação, qual seja a de que assentasse em que a validação pela autoridade judiciária das apreensões efetuadas por órgão de polícia criminal devia ser proferida no prazo máximo de setenta e duas horas”.

Este meio de obtenção da prova colide frontalmente com direitos fundamentais consignados nos artigos: 8º nº 1 da CEDH, art.º 12º da DUDH, art.º 17º do PIDCP e ainda o art.º 34º da CRP, pois ele pode violar o direito à integridade da correspondência, e ainda os artigos 26º e 62º também da CRP, pois são como que atacados os direitos à reserva da vida privada, à intimidade pessoal e à propriedade privada. O legislador atendendo aos perigos que rodeiam este meio de obtenção da prova, acautelou sobremaneira a sua execução sendo que para tal e sob pena de nulidade, a apreensão de correspondência tem forçosamente que ser autorizada pelo juiz, mesmo que esta se verifique nas estações de correios conforme nº 1 do art.º 179º do CPP.

Esta determinação vem na esteira da Lei 43/86, de 26 de setembro (Lei de autorização Legislativa).

Acrescenta ainda o legislador que é o juiz que autorizou ou ordenou a diligência a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência apreendida (art.º 179º nº 3 do CPP). Depois exige ainda a lei que, para se realizar esta apreensão, é necessário que hajam fundadas razões para crer que cumulativamente (art.º 179º nº 1 do 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; e*
- c) A diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova.*

Mostrando assim que além dos já conhecidos pressupostos gerais, necessário se tornam requisitos específicos.

Aquando da apreensão de correspondência, o juiz após ficar ciente do seu conteúdo, decide se este tem ou não interesse para que seja junto ao processo. Quando este entenda que não interessa à investigação em curso notifica quem de direito para que a receba, fazendo menção da entrega em auto discriminado (nº 3 do art.º 179º do CPP).

Entre correspondência propriamente dita, encomendas e valores há que suscitar a diferença que o Parecer 15/1995 da Procuradoria-Geral da República votado na sessão de 10 de maio, entendeu e formulou as conclusões:

“ 1 – O sigilo de «correspondência Postal» consiste na proibição de leitura de qualquer correspondência, mesmo que não encerrada em invólucro fechado, e de mera abertura da correspondência fechada, bem como assim na proibição de revelação a terceiros do conteúdo de qualquer mensagem ou informação de que se tomou conhecimento, devida ou indevidamente, das relações entre remetentes e destinatários e da direcções de uns e outros (art.º 13º do Decreto-Lei nº 188/81, de 2 de Julho);

2 – O sigilo da correspondência estatuído nos nºs 1 e 4 do art.º 34º da CRP não abrange os pacotes e encomendas postais, contendo mercadorias, que devem ser apresentados a fiscalização alfandegária (...).”⁽⁵⁶⁾

Aqui se incluem as encomendas postais e os pacotes, sugerindo que não será necessária a intervenção do juiz.

Um aspeto a salientar no que às especificidades diz respeito é a possibilidade dos OPC poderem ordenar a suspensão de qualquer remessa de correspondência que se encontre numa estação de correios e telecomunicações quando suspeitarem que nela se podem encontrar informações relativas ao crime investigado, de importante utilidade e que não fora essa suspensão se poderia irremediavelmente perder. Esta diligência terá que ser validada em despacho do juiz no prazo das 48 horas posteriores à ordem de impedir a sua remessa. Vejam-se os artigos 252º nº 3 e 253º nº 1 e nº2 ambos do CPP.

4.5.2 – A Apreensão em Escritório de Advogado ou em Consultório

Médico

Da leitura do art.º 180º do CPP ⁽⁵⁷⁾ podemos desde logo concluir que a apreensão a realizar em escritório de advogado ou consultório médico é sob pena de nulidade presidida pessoalmente pelo juiz. Este previamente deve comunicar ou avisar o presidente do conselho local da Ordem dos Advogados ou da Ordem dos Médicos, do dia e hora em que se realizará a diligência para que eles próprios ou um seu

(56) Pesquisado em <http://www.pgr.pt/Circulares/textos>

(57) O Artigo 180º do CPP (**Apreensão em escritório de advogado ou em consultório médico**) estatui:

1. À apreensão operada em escritório de advogado ou em consultório médico é correspondentemente aplicável o disposto nos nºs 5 e 6 do art.º 177º.
2. Nos casos referidos no número anterior não é permitida, sob pena de nulidade, a apreensão de documentos abrangidos pelo segredo profissional, ou abrangidos por segredo profissional médico, salvo se eles mesmos constituírem objeto ou elementos de um crime.

representante estejam presentes ficando estes sujeitos ao segredo de justiça. Esta diligência que é feita geralmente por OPC reporta-se a uma busca devidamente autorizada.

Se porventura houver necessidade de apreender documentos que sejam suscetíveis de conter segredo profissional, o juiz que à diligência preside só pode proceder à sua apreensão se aqueles constituírem elemento de um crime ou forem objeto do mesmo (nº 2 do art.º 180º do CPP).

Ainda no que concerne à apreensão em escritório de advogado, a correspondência entre o arguido e o seu defensor quando ela represente fundadas razões para que o juiz suspeite que pode constituir objeto do crime ou elemento importante para a prova, é a mesma apreendida e o advogado pode ser sujeito a ser também ele constituído arguido.

4.5.3 – Apreensão em Estabelecimento Bancário

Em conformidade com o art.º 181º nº 1 do CPP é ao juiz que compete proceder à apreensão de documentos, títulos, ⁽⁵⁸⁾ sendo certo que apenas o pode fazer quando tiver fundadas razões que estão relacionadas com o crime investigado e que além do mais são de grande interesse para a investigação ou seja para a descoberta da verdade.

De notar ainda que o objeto a apreender, documento ou não, pode estar fechado em cofre individual e pode ou não pertencer ao arguido.

Entre os objetos sujeitos a apreensão em estabelecimento bancário é evidente que se inclui o saldo bancário, podendo este servir para o cumprimento de certas obrigações. Lembremo-nos que estamos a tratar de meios de obtenção da prova.

Se for apreendido qualquer documento ou até mesmo correspondência é ao juiz que compete examina-lo de modo a ordenar ou não a sua junção ao processo, exame que será naturalmente assistido por técnicos qualificados, se necessário com a investigação em apreço.

(58) Artigo 181º do CPP (**Apreensão em estabelecimento bancário**)

1. O juiz procede à apreensão em bancos ou outras instituições de crédito de documentos, títulos, valores, quantias e quaisquer outros objetos, mesmo que em cofres individuais, quando tiver fundadas razões para crer que eles estão relacionados com um crime e se revelarão de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, mesmo que não pertençam ao arguido ou não estejam depositados em seu nome.

2. O juiz pode examinar a correspondência e qualquer documentação bancárias para descoberta dos objetos a apreendemos termos do número anterior. O exame é feito pessoalmente pelo juiz, coadjuvado, quando necessário por órgãos de polícia criminal e por técnicos qualificados, ficando ligados por dever de segredo relativamente a tudo aquilo de que tiverem tomado conhecimento e não tiver interesse para a prova.

Basta recordarmos a criminalidade organizada e económico-financeira, as fraudes fiscais ou até mesmo o cibercrime. Existem já leis específicas relativamente ao sigilo bancário que o simplificam, tais como por exemplo a Lei 5/2002 de 11 de janeiro, e Lei 25/2008 de 5 de junho.

4.5.4 – Apreensão versus Segredo Profissional

Diz o art.º 182º n.º 1 que as pessoas sujeitas ou que podem invocar o segredo profissional ou segredo de Estado referido nos artigos 135º a 137º do CPP, devem entregar à AJ após despacho da mesma, objetos ou documentos que se entenda necessário juntar ao processo e por isso serem apreendidos. Estas pessoas não podem recusar-se a entregar o objeto ou documento sem que para tal invoquem o segredo profissional ou de Estado. Relativamente ao segredo religioso, este é considerado absoluto e por isso mesmo não é possível o seu levantamento, no entanto relativamente ao segredo profissional ou de funcionário e conforme se verifica no art.º 135º n.º 2 e n.º 3 e art.º 136º n.º 2 do CPP pode este ser dispensado.

Quanto ao segredo de Estado os objetos só não são entregues para apreensão até 30 dias após a recusa fundamentada e confirmada neste período temporal. Se não acontecer uma confirmação feita pelo Ministro da Justiça dentro dos 30 dias referidos, o objeto ou documento é apreendido mesmo que coativamente.

4.6 – Da Teoria à Prática

Como atrás ficou dito, as apreensões são meios de obtenção da prova em que aos OPC sob a Lei Processual Penal, mais propriamente na Parte II do Livro VI Título I Capítulo II, do CPP “ Das medidas cautelares e de polícia”, confere poderes para em caso de urgência e perigo na demora, apreenderem objetos ou documentos com interesse para a investigação em curso.

De qualquer modo há legislação avulsa que suporta aquelas medidas cautelares como seja por exemplo: a Lei 53/2008, de 29 de agosto (Lei de Segurança Interna) nos seus artigos 28º a 34º, onde encontramos medidas de polícia que sem mandado judicial, conferem-lhes a possibilidade de realizar revistas, buscas tendo em vista a apreensão, nomeadamente de: armas, munições, substâncias explosivas e outros objetos perigosos, mesmo que estes sejam detidos licitamente.

Note-se no entanto que estas medidas a serem tomadas, devem obedecer a requisitos específicos tais como os consignados no art.º 30º deste diploma, onde podemos verificar estabelecido o princípio básico da necessidade. Verifica-se neste diploma legal que estas medidas devem ser validadas pelo Juiz de Instrução Criminal.

Os OPC que procederem a apreensões no âmbito desta Lei, são também obrigados a elaborar o relatório conforme o art.º 253º do CPP.

Diz-nos a prática que mal se torne desnecessário que o objeto apreendido fique junto ao processo, deve o OPC que tem a seu cargo a investigação promover em auto à AJ competente que o mesmo seja restituído a quem de direito, a não ser que os objetos pertençam ao arguido ou a quem seja responsável civilmente, e a apreensão se deva manter para garantia patrimonial de um arresto que tenha sido decretado.

No caso de se tratar de veículos automóveis não devem aqueles ser entregues a qualquer pessoa que se arrogue no direito, mas tão só a quem tenha registado o veículo no seu próprio nome conforme conjugação dos artigos 162º alínea e) do CE e os artigos 1º, 2º e 5º do Dec-Lei 54/75, de 12 de Fevereiro.

Se o objeto ou documento apreendido não deve ser mantido junto ao processo, é competência do MP do Juiz de Instrução ou do Juiz do Julgamento conforme a fase processual em que se encontrar o processo, despachar no sentido do mesmo ser entregue. O OPC ou outra pessoa que tenha a seu cargo o processo (funcionário judicial) deve notificar a pessoa que prove ser o proprietário ou titular do direito sobre o objeto para o levantar no prazo de 90 dias, identificando nessa notificação o objeto o prazo e os custos, bem como as consequências do seu incumprimento.

Veja-se o art.º 186º nº 4 do CPP em que os objetos não levantados, são perdidos a favor do Estado.

Concluindo: Os objetos apreendidos devem sempre que possível estar acondicionados de tal forma que se evite tanto quanto possível a sua alteração qualitativa. É geralmente o OPC que trata após a apreensão de preservar o objeto ou documento, utilizando suportes físicos que garantam a inviolabilidade dos mesmos, para que não restem quaisquer dúvidas de ter sido aquele, e não outro o objeto ou documento que foi na revista, na busca ou na inspeção judiciária apreendido.

Fastidioso seria enumerar todos os equipamentos indispensáveis, todas as embalagens ou receptáculos para manter a integridade e inviolabilidade do objeto apreendido, no entanto e muito sumariamente apontamos: sacos, envelopes, embalagens

de plástico ou não, selos (lacre), frascos de vidro, frigoríficos, enfim toda uma gama de utensílios adequados para o objeto ou documento em causa.

Os OPC que realizam revistas, buscas e apreensões, devem sempre registrar através de gráficos fotografia ou vídeo, devidamente assinalados, os locais onde os objetos se encontravam. Estes procedimentos que pertencem às metodologias de investigação criminal são nada mais nada menos que técnicas policiais e de polícia de elevada coercibilidade porquanto se encontram em situações de extrema conflitualidade entre os agentes da autoridade e os sujeitos da medida processual exigida.

Ficamos com a ideia de que as apreensões são o resultado de revistas e buscas. Efetivamente elas servem esse objetivo, mas como temos vindo a dizer e para finalizar as apreensões podem surgir inopinadamente durante uma investigação. Lembremo-nos da diligência muito usual denominada de «seguimento e vigilância» em que os OPC controlam a atividade de um suspeito e muitas das vezes por necessidade urgente, procedem à sua detenção como medida cautelar e de polícia. Quantas das vezes o suspeito não tenta «deitar fora» o objeto que serviu ou estava destinado a servir a prática de um crime. Constitui o seu produto, o seu lucro art.º 178º n.º 1 do CPP.

Como exemplo tomemos: pacotes individuais de droga, ou até mesmo uma arma. Estes objetos são recolhidos e apreendidos.

5 – ESCUTAS TELEFÓNICAS

5.1 – Noção

Vivemos hoje no mundo das telecomunicações, num tempo de «repersonalização» que encontra na tutela penal da intimidade a mais notória manifestação no sentido de reforçar a protecção dos direitos fundamentais da personalidade, em detrimento de bens jurídicos supra individuais. O CPP consegue-o através do que designa por (proibições de prova) estruturando desta forma um processo de raiz acusatório. O arguido é visto não como um meio de prova simplesmente, mas entendido sobretudo como um sujeito processual de corpo inteiro, com deveres e direitos, sendo assim proclamada a civilização como respeitadora dos direitos humanos, base e trave mestra na descoberta da verdade.

O direito aproveita as telecomunicações, o fluxo das informações proporcionadas e é neste contexto que surgem as escutas telefónicas que se entendem como toda a intervenção na comunicação oral entre pelo menos duas pessoas e através de meios técnicos, feita a um suspeito ou não de ter praticado um determinado crime, durante uma investigação criminal com matéria de especial gravidade, mediante decisão de um Juiz de Instrução com a finalidade de obtenção de um meio de prova. Não podem as escutas ser efetuadas nem como medidas cautelares e de polícia, nem na fase de julgamento. Também não podem existir com o propósito de meio de prova prévio à instauração de um inquérito, atento o n.º 4 do art.º 34.º da CRP.⁽⁵⁹⁾ A escuta telefónica só pode existir durante o tempo estritamente necessário para se obter o meio de prova pretendido. Elas têm carater muito excecional e apenas de utilização, na impossibilidade de se obter o meio de prova de qualquer outra forma. É a *última ratio*.

O registo e gravação da conversa é efetuada por aparelhos próprios e nas instalações, ou pelo menos sob a tutela técnica da Polícia Judiciária.⁽⁶⁰⁾

(59) Neste sentido André Lamas Leite, *As escutas telefónicas – Algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respectiva violação*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, ano I, março, 2004, p.22 e Nieves Sanz Mulas, *Los Médios de obtención de pruebas en España (entrada y registro em lugar cerrado e intervencón de las comunicaciones)*, I Congresso e Processo Penal, Almedina, janeiro, 2005.

(60) Conforme o art.º 18.º da anterior Lei de Segurança Interna (Lei n.º 20/1987, 12 de junho) e o art.º 16.º da atual Lei de Segurança Interna, (Lei n.º 53/2008, de 29 de agosto – Secretário Geral de Segurança Interna) e o art.º 27.º (Controlo das Comunicações)

O CPP consagra a admissibilidade das escutas telefónicas no seu Capítulo IV do Título III do Livro III nos seus artigos 187º a 190º. Acresce que face ainda ao nº 1 do art.º 187º podemos dizer que gravar a conversação ou comunicação telefónica é sujeitá-la a um registo em suporte físico e duradouro (Disco – CD - Pen-drive – DVD - Fita magnética, entre outros) por forma a que em sede probatória nomeadamente em audiência possa ser possível e compreensível a sua audição.

As interceções telefónicas são um dos meios de obtenção da prova mais modernos atentas as novas tecnologias e, ao mesmo tempo assumem uma importância especial pois a sua utilização afeta os DF dos visados. O nº 1 do art.º 34º da CRP plasma “ *O domicílio e o sigilo da correspondência e de outros meios de comunicação privada são invioláveis*”.

Repare-se que o nº 4 deste mesmo preceito constitucional refere que “ *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*” em conjugação com o art.º 26º nº 1 do mesmo diploma, logo se verifica que o que está em causa é a defesa do direito de todos os cidadãos à palavra falada.

5.2 – Colisão com Direitos Fundamentais

Quando o poder judicial interfere nas comunicações, há DF tais como o direito à reserva da vida privada e familiar,⁽⁶¹⁾ ⁽⁶²⁾ o direito à reserva quanto aos ficheiros informáticos, veja-se o art.º 35º nº 2 e nº 4, o direito à liberdade de informação, art.º 37º todos da CRP, que podem ser violados.

(61) Como refere Costa Andrade, «Bruscamente...», RLJ 138º-119, quando se atinge a “*área nuclear e inviolável da intimidade sobressai, por um lado, o carácter absoluto da tutela, com a subtracção à balança e aos juízos de ponderação; e por outro lado, à prescrição de linhas articuladas de defesa e de reafirmação contrafáctica (...) sobreleva, sistematicamente reconhecida e proclamada, a sua inviolabilidade absoluta (...) se trata de erigir a área nuclear da intimidade como limite à investigação e perseguição*” penais.

(62) Segundo Gomes Canotilho/Vital Moreira, Constituição...Vol. I, p. 467, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar “*analisa-se principalmente em dois direitos menores: a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar, b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida familiar e privada de outrem*”.

Refere Costa Andrade “as escutas telefónicas têm danosidade social polimórfica (...) são o meio de prova mais invasivo dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas. Desde logo, porque quem aplicar as escutas telefónicas nunca consegue limitar os danos. Os estragos têm uma dimensão subjectiva (apanhamos sempre mais pessoas do que queríamos apanhar) e lesam mais interesses do que aqueles que se queria lesar. Com elas se lesam o «direito à palavra – o direito fundamental que todos temos a que a nossa palavra, não proferida em público, não seja gravada sem o nosso consentimento”.⁽⁶³⁾ “Também o direito à privacidade e à intimidade, a violação do estado processual ativo, isto é, o direito que o arguido tem de não ter de contribuir positivamente para a sua condenação (...)”⁽⁶⁴⁾.

“Trata-se de danosidade sempre certa e segura, sempre presente e irreductível, que contrasta com a eficácia da justiça, na grande maioria das vezes reduzida, mas sempre incerta e contingente.”⁽⁶⁵⁾

Sabemos que os vários direitos postos em causa, desde o direito ao bom nome, à imagem, à liberdade de expressão, à palavra falada, são direitos instrumentais do direito de personalidade e estes são inerentes à dignidade da pessoa humana. A DUDH no seu art.º 12º afirma perentoriamente “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, família, domicílio ou correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Todas as pessoas têm direito à protecção da lei contra tais intromissões e ataques”.

Também a CEDH no seu art.º 8º prevê a protecção dos acima mencionados direitos e estabelece “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.”

O PDCP (Pacto Sobre Direitos Cívicos e Políticos) estatui no seu art.º 17º “Ninguém será objeto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem atentados ilegais à sua honra e à sua reputação.”

E ainda a CDFUE (Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) que no seu art.º 7º determina que “Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.”

(63) ANDRADE, Manuel da Costa, Das escutas telefónicas, I Congresso de Processo Penal, Coordenação de VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, Almedina, 2005, pp. (216-217)

(64) A respeito da auto-incriminação, remetemos para a lição de, Figueiredo Dias, Curso...pp.437-439.

(65) ANDRADE, Manuel da Costa, “Bruscamente...” RLJ, 137ºp.227.

Ainda a este respeito a Lei nº 41/2004, de 18 de agosto, que transpõe a Diretiva nº 2002/58/CE, de 12 de julho, obriga as empresas de serviços de telecomunicações a garantir a inviolabilidade das mesmas, excepcionando apenas os casos previstos na lei.

O nosso CC também no seu art.º 80º nº 1 diz que: “Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem”.

O próprio CP prevê e pune todas as acções que violem os direitos descritos, veja-se como exemplo o art.º 190º «A violação de domicílio ou perturbação da vida privada» o art.º 192º «A devassa da vida privada das pessoas» o art.º 194º « Intromissão nas telecomunicações, cartas, encomendas...» o art.º 195º « Revelação de segredos alheios...» o art.º 199º « Gravação de palavras proferidas por outra pessoa e não destinadas ao público» o art.º 384º «Quando praticado por funcionário» e o art.º 276º «Instrumentos de escuta telefónica ».

Temos assim que as escutas telefónicas estão protegidas por normas constitucionais e infraconstitucionais.

5.3 – Pressupostos

Conforme se repara do art.º 187º nº 1 do CPP os pressupostos para autorização de uma escuta telefónica são repetidamente os de conteúdo geral para os meios de obtenção da prova tais como: A sustentação por uma lei constitucional, por uma lei da Assembleia da República, ou por Dec-Lei autorizado, que seja adequado, necessário, proporcional ao fim em vista, que vise a salvaguarda de um outro direito do mesmo modo protegido e que não diminua a extensão, o alcance e o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais ou DF e por fim que não tenham efeitos retroactivos, sejam gerais e abstractos.

Mesmo assim a escuta ou intercepção telefónica só é admissível conforme nos diz o art.º 34º nº 4 da CRP quando, atenta a importância da investigação criminal e conforme os crimes ditos do catálogo referidos no art.º 187º nº 1 e nº 2 do CPP, em regra punidos com pena de prisão superior a 3 anos, na criminalidade violenta, complexa ou altamente organizada e conforme o nº 4 deste mesmo artigo ou seja, contra o suspeito ou arguido ou pessoa que sirva de intermediário, conforme as suas alíneas a) b) e c).⁽⁶⁶⁾

(66) Artigo 187º nº 4 do CPP (**Admissibilidade**)

a) Suspeito ou arguido b) Pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido; ou c) Vítima de crime, mediante o respectivo consentimento, efectivo ou presumido.

Fácil é verificar que o crime de injúria, ameaça, coação, devassa da vida privada e perturbação da paz e do sossego previstos no CP não são punidos com pena superior a 3 anos o que equivaleria a dizer que se trata de pequena criminalidade, contudo quando praticados através do telefone e dada a dificuldade e o mal que por vezes tal prática criminosa provoca, justifica-se claramente que estejam incluídos nos crimes ditos do catálogo. Mais uma vez o juiz terá que aferir da necessidade, da adequação e proporcionalidade aquando do despacho de autorização para realizar a interceção, gravação e registo de uma escuta telefónica.

Quanto à interpretação do que podemos entender por suspeito, concordamos com Francisco Marcolino de Jesus quando diz: “ *que é qualquer pessoa sobre a qual recaiam indícios seguros da prática de um crime grave do catálogo. Independentemente da sua forma de participação.*”⁽⁶⁷⁾

A autorização para a interceção e gravação de conversações telefónicas ou similares só pode ser ordenada durante o inquérito apenas pelo Juiz de Instrução Criminal em despacho fundamentado, conforme a conjugação dos artigos 187º nº 1 e 269º nº 1 alínea e) e ainda o art.º 97º nº5 todos do CPP. Estas exigências são os limites que balizam a atividade e competência do juiz.

O nosso CPP contudo possui duas entidades judiciais, o Juíz de Instrução Criminal e o Juíz de Julgamento. Qual destes será competente para ordenar uma escuta telefónica? Conforme pensamento de Ana Raquel Conceição e Maria de Fátima Mata-Mouros, com o qual concordamos, “*não é possível uma escuta telefónica na fase de julgamento*”.⁽⁶⁸⁾

Se fosse admissível a realização de uma escuta telefónica nesta fase, já num processo avançado da investigação e tendo em conta o carácter secreto deste meio de obtenção da prova em contraposição com a natureza pública da fase processual de julgamento, qual seria o efeito útil da mesma? É que é pressuposto que nesta fase de julgamento já o processo reúna os meios de prova suficientes pois de outro modo não nos deveríamos aqui encontrar.

(67) JESUS, Francisco Marcolino de, Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal, Almedina, 2011,p.237.

(68) Ana Raquel Conceição “ *Escutas telefónicas* Regime Processual Penal, QuidJuris,2009, p. 95.

A autorização referida é sempre obrigatoriamente precedida de um requerimento do M.P. a solicitá-la, e apenas quando de outra forma não se vislumbre obter o meio de prova pretendido, ou que esta seja de muito difícil obtenção. Repare-se que o Dec-Lei nº 48/2007, de 29 de agosto veio trazer as alterações introduzidas a este art.º 187º do CPP, na reforma de 2007. Esta lei veio suprir alguns aspetos quanto às pessoas que podiam ser sujeitas a este instrumento processual de recolha de prova.

As escutas telefónicas só são suscetíveis de serem utilizadas porque a nossa CRP e o nosso ordenamento processual penal o admitem para situações muito específicas da investigação criminal e segundo formalidades e requisitos.

Tal como Faria Costa, “ *Ninguém duvida de que todo o regime das escutas telefónicas tem de ser entendido como verdadeiramente excepcional.* ”⁽⁶⁹⁾

Contudo e tendo em conta o art.º 189º do CPP, a conversação ou comunicação telefónica, apesar da sua excepcionalidade e do comando consignado no art.º 11º do CC que impede a integração analógica das normas excepcionais, será de considerar legítima a interpretação extensiva quanto ao regime previsto relativamente a outros meios técnicos diferentes do telefone e que também sirvam para conversações ou comunicações tais como a comunicação entre presentes, o correio electrónico (E-mail) ou até mesmo via telemática.

Atentos os DF que podem ser violados numa escuta telefónica e tal como Ana Raquel Conceição ⁽⁷⁰⁾ também nós corroboramos as orientações de Costa Andrade relativamente à interpretação restritiva dos pressupostos materiais e formais do art.º 187º e seguintes do CPP, defendendo-a e impondo-a “ *não apenas pelo facto deste meio de obtenção de prova implicar uma ampla lesão de direitos fundamentais, ou seja, com o intuito de se respeitar o estatuído na nossa Lei Fundamental* ” – art.º 32º da CRP.

Sendo que esta forma de interpretação também se impõe “ *(...) por ponderosas razões decorrentes de uma interpretação sistematicamente integrada da lei.* ”⁽⁷¹⁾

(69) FÁRIA, Costa – *Direito Penal da Comunicação*, alguns escritos, Coimbra Editora, 1998, p.174.

(70) CONCEIÇÃO, Ana Raquel, *Escutas Telefónicas*.....p.70

(71) ANDRADE, Manuel da Costa, Sobre o Regime processual Penal das Escutas Telefónicas, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano I, julho/setembro, 1991.

O legislador de 2007 incluiu também conforme se verifica no art.º 187º nº 6, um prazo máximo de 3 meses renováveis por períodos idênticos para a realização de uma escuta telefónica, verificados sempre os requisitos de admissibilidade.

Sabemos que durante o inquérito podem ser ordenadas escutas telefónicas, e apesar de terem sido ordenadas pelo Juiz de Instrução que tem a competência exclusiva, é o MP que desde o início e de 15 em 15 dias recebe por intermédio do OPC que efetua a interceção e a gravação, os correspondentes suportes técnicos e ainda os respectivos autos e relatórios. Este tem 48 horas para os apresentar ao Juiz de Instrução para que este proceda ao seu controlo judicial e tome conhecimento das conversações relevantes para a prova e que já foram sujeitas a despistagem ou a seletividade pelo OPC que a efetua. Caso seja necessário por causa da escuta, aplicar uma medida de coação ou de garantia patrimonial, é ao juiz que compete por exemplo mandar transcrever e juntar aos autos as conversações e comunicações sob requerimento do MP com a execução do termo de identidade e residência - art.º 188º nº 7 do CPP.

Em conclusão podemos afirmar que a escuta telefónica é ordenada ou autorizada pelo Juiz de Instrução, exclusividade que se verifica por imposição constitucional conforme a conjugação do art.º 32º nº 4, art.º 202º e 203º, todos da CRP. O juiz não pode apenas limitar a sua atuação à autorização que satisfaz mas obrigatoriamente ao controlo da mesma, que passa por tomar conhecimento das operações nomeadamente na selecção das partes gravadas a serem transcritas, para que se juntem ao processo.

Sabemos que o dito controlo e acompanhamento das operações são de difícil efectividade pelo juiz devido às dificuldades práticas que decorrem deste meio de obtenção da prova. Contudo é ao Estado que compete ultrapassar essas dificuldades.⁽⁷²⁾

(72) Ac. do TC 407/97 e 426/2005, disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt/Acordãos>.

5.4 – Quem Pode Ser Alvo

Sabemos que a lei portuguesa não determinava qual a pessoa ou pessoas que podiam ser sujeitas a uma intercepção telefónica. Foi com a reforma de 2007 que surgiram critérios objectivos relativamente a esta lacuna, e assim a Lei 48/2007, de 29 de agosto, introduziu o nº 4 no art.º 187º. Este meio de obtenção da prova só pode ser usado contra o suspeito ou arguido, contra o intermediário com razões sérias para crer que recebe ou transmite mensagens provenientes de um dos primeiros, ou então a própria vítima de um crime com o seu consentimento efectivo ou presumido.

A este respeito concordamos com Paulo Pinto de Albuquerque nas anotações que faz a este nº 4 (anotação nº 7) que refere: “*Quanto ao arguido não podemos esquecer que é necessário estarem verificados todos os requisitos materiais e formais pois este (arguido) é sujeito do processo tendo direito como sabemos ao silêncio e à não auto-incriminação*”. Contudo o art.º 61º alínea d) impõe-lhe “*sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coação e garantia patrimonial especificadas na lei, ordenadas e efetuadas por entidades competentes.*” A jurisprudência considera não haver ilegalidade alguma na sua aplicação.⁽⁷³⁾

Quanto ao intermediário, parece que a lei se refere a terceiros que medeiam e estão numa relação direta ou não com o arguido ou suspeito.⁽⁷⁴⁾

A lei dá uma noção muito alargada de “intermediário”. Entendemos como tal, todo aquele que relativamente aos factos em investigação, serve os propósitos do arguido e ou de outrem, tal como faz um mediador.

Em conclusão, “intermediário” será aquele que recebe ou transmite mensagens de ou para o suspeito ou arguido, com relação ao crime investigado. Qualquer outro terceiro que não se enquadre nestes requisitos deve o juiz mandar destruir a gravação efetuada conforme também se verifica pela própria lei – art.º 188º nº 6 do CPP.

(73) Cfr. Ac. do TC 155/2007, disponível em <http://www.dgsi.pt>

(74) ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Código* , Anotação nº 7, p. 526 – citando” *portanto a pessoa do “intermediário” não se confunde com o suspeito da prática do crime, pois ela pode não estar relacionada com o cometimento do crime nem sequer saber da existência do crime, razão pela qual a lei não exige a má-fé ou o dolo do “intermediário”*.

Entende-se como vítima (art.º 187º n.º 4 alínea c) do CPP) e segundo Paulo Pinto de Albuquerque em anotação ao preceito no Código de Processo Penal Anotado “*A vítima do crime, no sentido do ofendido cujo interesse é protegido pela norma penal, mediante consentimento expresso ou presumido; o consentimento só pode ser presumido quando a vítima estiver incontactável. O conceito de vítima reconduz-se ao de ofendido e a escuta seja efetuada no seu interesse podendo algumas das vezes incluir todos aqueles que colaboram nesse mesmo desiderato, tais como, familiares, amigos ou colaboradores*”.

5.5 – Impedimentos ou Restrições

5.5.1 – Quanto ao Arguido e Defensor

Em conexão com o direito à defesa, o legislador entendeu no n.º 5 do art.º 187º do CPP, proibir a escuta telefónica efetuada entre o arguido e o seu defensor. A razão fundamental é além do direito que alguns profissionais têm quanto às relações com outros, em que pode estar em causa o segredo profissional e, ao mesmo tempo preservar os direitos do arguido (silêncio e a não auto-incriminação).

Costa Andrade, citando Rudolphi afirma: “*A tutela desta relação de confidencialidade não está apenas ao serviço dos interesses pessoais de cada defensor, mas também de todos os defensores, em geral, visando assegurar no futuro, em nome de prevaletentes razões próprias do Estado de Direito, uma prestação adequada da sua função processual*”.⁽⁷⁵⁾

Esta proibição só pode ser levantada se o juiz tiver fundadas razões para crer que a escuta revelará conversações com interesse, porque elas próprias são objeto ou elemento de um crime.

Aqui mais uma vez recorremos a Costa Andrade, e concordamos, quando diz “*não cremos que o mero facto de as conversações ou comunicações constituírem objeto ou elemento de crime de Favorecimento pessoal, Auxílio material ou Recetação possa abrir sem mais a porta da escuta telefónica. (...) de igual modo, também a efetivação da responsabilidade penal do defensor, suspeito de participação a*

(75) ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre Proibições...*p.296.

qualquer título, terá de prosseguir sem o sacrifício da funcionalidade da defesa. Isto é: sem prejuízo da «esfera de segredo da defesa que não pode ser relativizada em nome dos interesses da investigação». Não dispondo, porém, o direito processual português do instituto da exclusão da defesa, será ao nível de instâncias como a proibição de produção ou de valoração da prova que há-de lograr-se o necessário splitting das provas”⁽⁷⁶⁾

Conclui-se assim que entre o arguido e o defensor, as conversações só podem ser sujeitas a escutas telefónicas, se forem relativas a um crime dos constantes no art.º 187º n.º 1 e n.º 2 quando o defensor participou a qualquer título naquele. Também quando o defensor é ou foi autor de um crime de recetação ou branqueamento de capitais relacionados com o crime imputado ao arguido, pois que estes fazem parte dos chamados crimes do catálogo, com a divergência de Costa Andrade quanto à recetação, pois entende que “*ao defensor devemos dar o privilégio de as conversas só poderem ser valoradas contra ele, por crimes de catálogo e não por favorecimento, auxílio material, recetação, etc...*”⁽⁷⁷⁾

5.5.2 – Outras Pessoas

Face ao que anteriormente verificamos, e sob o direito do segredo profissional, ou não, impõe-se uma interpretação restritiva tendo como objetivo assegurar (uma tutela privilegiada daquelas esferas de segredo e de relações de confiança) porquanto a lei penal sanciona no seu art.º 195º do CP todos aqueles que revelem segredo alheio de que tenham tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte. Há quem entenda que para além do defensor, outros por exemplo intermediários, que sejam conhecedores de segredos, (ex. funcionário de escritório de advogado, médico, enfermeiro e outro) a eles deve ser aplicada a mesma restrição.

É ao juiz que compete verificar se há segredos ou não na conversação e decidir da sua junção ao processo ou da sua destruição, isto porque geralmente o controlo é feito à posteriori.

(76) ANDRADE, Manuel da Costa, 2005, *Sobre proibições...*, pp. 298-300.

(77) ANDRADE, Manuel da Costa, *ob,cit...*, p.221

5.5.3 – As escutas e os Políticos

Quem se encontrar investido de um cargo político não é sujeito de exceção relativamente à interceção ou gravação de uma sua comunicação telefónica. A lei apenas restringe ou melhor dizendo, consagra outros pressupostos no que tange relativamente ao Presidente da República, Presidente da Assembleia da República ou Primeiro-Ministro nos termos constantes do art.º 11º n.º2 alínea b) do CPP.

Aqui verifica-se que compete ao presidente do Supremo Tribunal de Justiça, autorizar a interceção gravação e transcrição de conversações destes sujeitos bem como determinar a respectiva destruição, nos termos dos artigos 187º a 190º todos do CPP.

Surge-nos contudo um problema que é o de saber no âmbito da interceção e gravação de conversas telefónicas, em que intervenha por exemplo o Primeiro-Ministro, como deve ser entendida a expressão “intervenha” para efeitos da competência em autorizar a sua gravação, quando a escuta telefónica não lhe é diretamente dirigida. Deve entender-se que necessita da autorização do Presidente do STJ quando a intervenção é fortuita?

Concordamos com Ana Raquel Conceição, já citada no presente trabalho, segundo a qual se entende que a interpretação mais correta é aquela que obriga a passar sempre pela análise e eventual autorização ou não, diga-se destruição imediata de tudo quanto foi gravado em caso de não autorização. Esta interpretação deve-se à própria letra da lei, mas também e sobretudo por ser este tribunal superior o exclusivo e competente para apreciar a responsabilidade criminal dos mais altos representantes da Nação.

Um outro problema e não menos delicado, é o que advém da destruição das escutas telefónicas e conflitua diretamente com o direito do arguido naquele eventual processo, obstando a que este possa fazer valer na sua defesa. É evidente que não podemos nesta dissertação debruçarmo-nos detidamente sobre esta matéria.

5.6 – Outros Meios Técnicos

O art.º 189º do CPP diz-nos que se estende o disposto nos artigos 187º e 188º

relativamente à admissibilidade e formalidades nas escutas telefónicas, às conversações e comunicações.⁽⁷⁸⁾

Entendemos que esta epígrafe «extensão» do art.º 189º se relaciona com telefone e outros meios técnicos, como a imagem e a voz entre presentes e ausentes e ainda à localização espacial do aparelho próprio para conversações ou comunicações (localização celular- prevista no art.º 252º-A do CPP, aditado pela Lei nº 48/2007, de 29 de agosto) e ainda ao registo de conversações entre presentes. Este registo é um importante meio de obtenção da prova que consiste na gravação da voz conforme consta do art.º 6º da Lei nº 5/2002 de 11 de janeiro, contudo, e reparando que o legislador nunca separou a voz da imagem parece-nos que não se enquadrará no art.º 189º do CPP, pois este nada refere quanto ao complemento de imagem.

A Lei 5/2002 de 11 de janeiro que prevê o registo de voz e imagem sem consentimento do visado, está direccionada para os crimes referidos nesta Lei, no seu art.º 1º ou seja apenas para aquele catálogo relativo à criminalidade organizada e económico-financeiro.

Conforme o que foi dito acima o regime jurídico das escutas telefónicas é aplicável às conversações ou comunicações verificadas por mensagem, SMS, Telefax, por computador, ou outra qualquer forma de comunicação à distância como por exemplo, todos os meios telemáticos significando que não só a palavra está em causa (a voz), mas também a palavra escrita, a imagem, e o áudio. Do mesmo modo estamos a falar do correio electrónico onde se pode incluir a voz, o texto, a imagem mesmo que em suporte digital, desde que haja conversação.

Este tipo de comunicação pode também ser sujeito como verificamos, a escutas desde que preenchidos os mesmos pressupostos e como é óbvio a requerimento do MP durante a fase de inquérito e ordenada em conformidade com o disposto na lei processual penal. Assim é natural que esta intercepção tenha que ser durante a comunicação, por exemplo a eletrónica e não depois de ela ter terminado.

(78) Artigo 189º do CPP (**Extensão**)

1. O disposto nos artigos 187º e 188º é correspondentemente aplicável às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital, e à intercepção das comunicações entre presentes.

2. A obtenção e junção aos autos de dados sobre a localização celular ou de registos da realização de conversações ou comunicações só podem ser ordenadas ou autorizadas, em qualquer fase do processo, por despacho do juiz, quanto a crimes previstos no nº 1 do artigo 187º e em relação às pessoas referidas no nº 4 do mesmo artigo.

Este regime já atrás referido é extensível à imagem, abrangendo as comunicações vídeo ou outra qualquer forma técnica em que a imagem seja captada e transmitida. ⁽⁷⁹⁾

Também a propósito das gravações de conversas entre presentes, diz Costa Andrade “*a gravação consentida (ou a sua utilização) configura a forma paradigmática da exclusão do ilícito típico. E isto não por força de qualquer justificação, ex vi consentimento, da lesão do bem jurídico. Do que aqui se trata é antes, e mais radical, da exclusão da tipicidade por força de insuprível ausência de lesão do bem jurídico. O consentimento que aqui pode intervir reconduz-se à figura dogmática do acordo.*” ⁽⁸⁰⁾ ⁽⁸¹⁾

(79) Decidiu assim a RL, por acórdão de 28/05/2009, CJ, XXXIV,III,135

I . As regras de proibição de prova constitucionalmente defendidas ou concretizadas pelo legislador ordinário na legislação processual penal, mormente o CPP, dirigem-se, em primeira mão, às instâncias formais de controle, designadamente, aos investigadores, Ministério Público, e Juiz de Instrução.

II. No que respeita a provas obtidas por particulares e à tutela da vida privada, o legislador remete-nos para a tipificação dos ilícitos criminais previstos no Código Penal como tutela do direito fundamental à privacidade

III. Não é a existência ou não de licença concedida pela CNPD para a colocação de câmaras de videovigilância que define a licitude ou ilicitude penal da recolha ou utilização das imagens, mas sim o artigo 199º do Código Penal que tipifica o crime de gravações e fotografias ilícitas.

IV. Nada impedia que o dono da câmara de videovigilância, antes de instaurado procedimento criminal, por crime de dano, contra as pessoas filmadas, procedesse à visualização das imagens recolhidas de forma penalmente não ilícita – já que captadas à vista de toda a gente e sem qualquer surpresa para os filmados.

V. Mesmo no caso de confirmação da invalidade do uso das imagens recolhidas, nada obstará à consideração do testemunho de quem, através da prévia visualização das filmagens captadas, identificou os autores do dano, prova esta a apreciar livremente pelo tribunal nos termos do artigo 127º do CPP.

VI. O uso de imagens captadas por câmaras de videovigilância colocada pelo assistente na entrada do seu prédio rústico, desde que limitado à identificação do (s) autor (es) dos danos praticados na sua propriedade, e enquanto reportado ao momento da prática dos factos integradores dos referidos danos, configura um meio necessário e apto a repelir a agressão ilícita contra a propriedade do assistente.

(80) ANDRADE, Manuel Costa, *Das proibições...* p.251.

(81) No sentido da licitude do uso, pelo ofendido, das gravações deixadas no seu telemóvel pelo arguido, cfr. O Ac. da RP de 19/06/2002, in, CJ, XXVII, tomo III,p.218 e o Ac. da RP de 17/12/1997, in CJ,XXII, tomo V,p.240. Ainda VEIGA,Armando/RODRIGUES,Benjamim S., *Escutas telefónicas*, rumo à monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais digitais, Coimbra Editora, 2007, 2ª edição, p.358, que defendem “*a gravação, nas caixas de correio ou gravador, de certas chamadas, com o consentimento dos terceiros, visto que, expressamente, decidem deixar a mensagem oral após o sinal, não configura qualquer ataque ao direito à palavra.*”

5.7 – O Prazo da Medida

A intercepção e gravação de conversas ou comunicações telefónicas ou outras referidas no art.º 189º do CPP, só podem ser efetuadas pelo prazo máximo de 3 meses, contudo a autorização pode ser renovável por períodos de igual duração e com os respectivos requisitos da primeira admissibilidade, veja-se o art.º 187º n.º 6. De notar que desde que verificada a desnecessidade da medida, deve esta cessar imediatamente.

Fazemos notar desde já que o Juiz de Instrução Criminal competente para os atos jurisdicionais relativos às escutas é aquele que é também competente para levar a cabo todos os atos relativos ao inquérito no qual as escutas se realizam, e que sejam da sua exclusiva competência.

A exceção ao que anteriormente foi dito é quando por motivos imperiosos, atendendo à alta gravidade dos crimes, o MP detentor do inquérito por motivos urgentes de simplificação e eficácia, pode solicitar que o juiz do lugar onde se vai efectivar a escuta a autorize sendo este competente para tal, conforme o n.º 2 do art.º 187º do CPP.

Também pode ser solicitado ao juiz onde fique sediada a entidade competente para a investigação dos crimes referidos nas alíneas a) a f) do n.º 2 do art.º 187º, sendo que nestes casos esta autorização é dada a conhecer ao juiz do processo a quem cabe praticar os atos jurisdicionais subsequentes, no prazo máximo de 72 horas – n.º 3 do art.º 187º do CPP.

A nossa lei processual penal era omissa relativamente ao prazo de duração de uma escuta telefónica pois este não se encontrava definido como agora e atentava naturalmente contra os direitos do arguido, nomeadamente contra o direito primordial «o da sua defesa». Nenhuma medida processual penal, diga-se meio de obtenção da prova, pode ser de prazo indefinido e não determinado.

Assim, o Conselho de Ministros aprovou a proposta de Lei de Revisão do CPP em 24/06/2004 onde se consagrou o que hoje está consignado no art.º 187º n.º 6, relativo ao prazo máximo. Como curiosidade veja-se que este prazo de 3 em 3 meses parece ir ao encontro do tempo em que o legislador entendeu relativamente à efetivação, acompanhamento e controlo de quaisquer medidas que lesem os DF dos cidadãos. Deste modo e com este prazo, pode o juiz com muito mais eficácia acompanhar e legitimar ou não, aquele meio de obtenção da prova. Previnem-se os DF consignados na CRP fazendo também uma auto-avaliação do percurso investigatório.

5.8 – O Auto e a Transcrição

O órgão de polícia criminal que efetua a escuta telefónica, elabora um auto de início de interceção onde menciona o despacho de autorização, identificando quem procede a esta diligência de investigação, a identificação do telefone, se possível do IMEI, o tempo o lugar e o modo e a identidade do escutado. Este auto inicial é levado ao conhecimento do Juiz de Investigação que autorizou, pois a lei não refere quando deve ser iniciada a interceção.

Relativamente aos atos subsequentes que já atrás referimos, destinamos as próximas linhas para nos debruçarmos sobre o destino dos suportes técnicos e bem assim dos relatórios relativos à interceção telefónica.

Naturalmente estes são anexados aos autos, podendo após o término do inquérito serem examinados pelas pessoas constantes no art.º 188º n.º 8 do CPP; o assistente e o arguido desde que à sua custa, podem examinar...⁽⁸²⁾.

Neste n.º 8 está consagrado o princípio do contraditório onde o interessado pode verificar da concordância entre o que foi transcrito e a gravação efetuada. Temos aqui o princípio fundamental dos direitos do arguido à sua defesa. Se atendermos ao disposto no art.º 188º n.º 12 verificamos que o legislador preservou significativamente o princípio do contraditório, porquanto garantiu que as conversas ou comunicações mesmo que não tenham servido como meio de prova e por isso mesmo não transcritas, os seus suportes técnicos são devidamente guardados e só destruídos após o trânsito em julgado da decisão que puser termo ao processo.

Apesar de entendermos que o acesso ao auto de transcrição não significa que o princípio do contraditório esteja plenamente assegurado, a verdade é que satisfaz de algum modo o direito do arguido a fiscalizar a atitude jurisdicional do juiz na aplicação de qualquer medida que lhe caiba, por exemplo a aplicação de uma medida de coação

(82) O Artigo 188º n.º 8 do CPP (**Formalidades das operações**) dispõe:

8. A partir do encerramento do inquérito, o assistente e o arguido podem examinar os suportes técnicos das conversações ou comunicações e obter, à sua custa, cópia das partes que pretendam transcrever para juntar ao processo, bem como dos relatórios previstos no n.º 1, até ao termo dos prazos previstos para requerer a abertura da instrução ou apresentar a contestação, respetivamente.

(prisão preventiva). A este propósito o acórdão nº 426/2005, de 25 de agosto do TC “o princípio do imediatismo não exige que o juiz tenha de ouvir as conversas gravadas, apenas que, dentro de um prazo razoável (verificado nestes autos) tenha conhecimento da sua existência, a quem lhe são apresentadas em CD’s, podendo verificar o seu conteúdo a qualquer momento a partir dessa apresentação;”⁽⁸³⁾

Não nos parece que o legislador tenha pretendido salvaguardar o direito do arguido ao silêncio, pois neste caso qualquer meio de obtenção da prova podia ser considerado como meio livre de o arguido poder socorrer-se do seu resultado, por exemplo no que diz respeito às apreensões de correspondência – art.º 179º do CPP. É que como sabemos, existe uma semelhança entre a escuta telefónica e a apreensão de correspondência do arguido. A diferença é tão simples que radica apenas substancialmente na forma e meio em como é feita a comunicação.

Esta possibilidade de acesso ao auto de transcrição de escuta telefónica feita pelo arguido, não é limitada em razão dos suportes sonoros que foram referência de transcrição, segundo entendemos pelo significado do nº 12 do art.º 188º do CPP.

Há durante toda a investigação criminal, como sabemos e já temos abordado neste nosso trabalho, um conflito latente entre a parte acusatória e o arguido ou outros sujeitos processuais.

É por esta razão e porque nos surge entretanto o segredo de justiça que, sendo as escutas telefónicas um meio de obtenção da prova que irremediavelmente atenta contra direitos constitucionais onde se incluem os DF de quem é escutado, o legislador entendeu dar a possibilidade a este, de avaliar a concordância já atrás referida.

Mais à frente neste trabalho, abordaremos a problemática respeitante àquelas pessoas que numa escuta telefónica revelam fortuitamente segredos da sua vida privada, da sua intimidade física, moral, se não mesmo sexual.

É ao MP que compete mandar juntar aos autos qualquer transcrição, podendo no entanto o tribunal ouvir as gravações para verificar se correspondem ou não, à verdade material que procura face à obtenção de toda a prova e da verdade para decidir em juízo. Veja-se também o nº 10 do art.º 188º do CPP.

(83) Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/Acordaos>.

Também qualquer pessoa sujeita à escuta tem direito a examinar os suportes técnicos. Estes só podem ser destruídos após o trânsito em julgado da decisão que puser termo ao processo e desde que não tenham servido como meio de prova – n.º 12 do art.º 188.º do CPP.

Caso contrário e após o trânsito em julgado da decisão que puser termo ao processo, os suportes técnicos que foram transcritos e que sustentaram a prova, só podem ser utilizados em caso de interposição de recurso extraordinário, caso contrário são guardados junto ao processo em envelope lacrado.

Ainda relativamente ao auto de transcrição da escuta telefónica e ao seu valor probatório em julgamento, resulta para nós a dúvida se o mesmo tem de ser lido em audiência em todo o seu conteúdo ou não. Não encontramos resposta diretamente na lei, no entanto os tribunais superiores já se pronunciaram acerca desta problemática referindo por exemplo o acórdão do STJ de 23 de março de 2002. Entende o STJ *“que esta leitura não é obrigatória para a formação da convicção do juiz conforme o art.º 355.º n.º 2 do CPP porquanto sempre que as provas contidas em atos processuais possam ser lidas conforme art.º 356.º do CPP, a sua produção ou exame não é obrigatória”* O mesmo entendimento teve o Tribunal da Relação do Porto, no acórdão de 14 de janeiro de 2004.⁽⁸⁴⁾

Não podemos esquecer o princípio da livre apreciação da prova como dispõe o art.º 127.º do CPP, nem tão pouco a qualificação do auto de transcrição como documento autêntico.

5.9 – Conhecimentos Fortuitos

Começamos por dar uma noção do que entendemos por fortuitos:

Significa «fortuito» o que acontece por acaso, o que não é esperado, acidental, não propositado etc. etc.

Bem sabemos que numa escuta telefónica, surgem pessoas que comunicam com o suspeito ou arguido e de onde se extraem conhecimentos e factos que nada têm a ver com o objeto daquele meio de obtenção da prova. Também é do nosso conhecimento que é impossível o controlo dos sujeitos que comunicam e por esta razão, nunca se sabe o que vai «cair» na escuta telefónica.

(84) Disponível em <http://www.dgsi.pt>

A diferença entre conhecimento fortuito e conhecimentos da própria investigação são que: o primeiro nada terá de comum ou relativo ao crime investigado, enquanto que os segundos são eles próprios respeitantes à investigação em curso. Esta posição do sujeito que intervém numa comunicação é tema usado para várias defesas. Umas respeitam o conhecimento fortuito como podendo ser valorados no processo em curso. Outros defendem exatamente o contrário relativamente à escuta onde foi colhida a informação fortuita, mas não afastando a sua valoração num processo autónomo, servindo na maior parte das vezes como notícia de um crime.

A Lei processual penal portuguesa não atendia aos conhecimentos fortuitos que surgem nas mais das vezes durante uma investigação criminal. No que às escutas telefónicas diz respeito, o legislador após a reforma de 2007 incorporou no art.º 187º do CPP os números 7 e 8 ⁽⁸⁵⁾ não resolvendo e deixando à doutrina e jurisprudência a resolução, parecendo-nos que de qualquer modo o n.º 7 ao remeter “*sem prejuízo do disposto no artigo 248º do CPP*” permite assim que estas conversações ou comunicações venham a constituir matéria para instauração de um novo inquérito.

A Lei não é suficientemente clara relativamente a uma pessoa não referida no n.º 4 do art.º 187º, pelo que parece deduzir-se que só servirão numa outra investigação quando sejam resultado da interceção suportada no número e artigo supra, e desde que se reúnam os pressupostos legais das escutas telefónicas. A este propósito mais detalhadamente ver o nosso ponto seguinte.

Aproveitar o conhecimento fortuito para uma outra investigação, quando aquele não se relacione com a matéria que está a ser investigada e onde foi ordenada a interceção, estão sujeitos os conhecimentos assim obtidos, a uma regra bem distinta: Ele ou eles só podem ser aproveitados “*para o outro processo, já instaurado ou a instaurar, o conhecimento fortuito através de uma escuta telefónica que se destine a fazer prova (“ser usado como meio de prova”) de um crime do catálogo legal e em relação a pessoa que possa ser incluída no catálogo legal de alvos (já assim, em face*

(85) Artigo 187º do CPP (**Admissibilidade**)

7. Sem prejuízo do disposto no artigo 248º, a gravação de conversações ou comunicações só pode ser utilizada em outro processo, em curso ou a instaurar, se tiver resultado de interceção de meio de comunicação utilizado por pessoa referida no n.º 4 e na medida em que for indispensável à prova de crime previsto no n.º 1

8. Nos casos previstos no n.º anterior, os suportes técnicos das conversações ou comunicações e os despachos que fundamentaram as respetivas interceções são juntos, mediante despacho do Juiz ao processo em que devam ser usados como meio de prova, sendo extraídas, se necessário, cópias para o efeito.

do direito anterior, acórdão do STJ, de 23/10/2002, in CJ, Acs. Do STJ, X,3,212,acórdão do STJ, de 4/05/2006, in CJ, XIV, 2, 175, acórdão do TRL, 6/05/2003, in CJ,XXVIII, 3, 124, e acórdão do TRL, de 7/07/2004, in CJ, XXIX, 4, 123, e, diante do direito novo, acórdão do TRL, de 10/03/2009, in CJ, XXXIV, 2,138, e na doutrina, GERMANO MARQUES DA SILVA,2002 a: 225,CONDE CORREIA, 1999: 66, e COSTA ANDRADE,1992:309, e 2008: 348, e já em face do direito novo, também no sentido de incluir as “pessoas que tenham ou possam vir a ter o estatuto daquelas que estarão previstas no nº4”, MÁRIO MONTE, 2010:177, ficando arredadas a tese radical da inadmissibilidade perfilhada por FRANCISCO AGUILAR,2004 a: 19,20 e 85, e a tese próxima de ANA CONCEIÇÃO, 2009:228 e 231, que ressaltava os casos de criminalidade violenta, altamente organizada ou terrorismo), sendo a escuta telefónica “indispensável à prova” do crime no outro processo (já assim também, acórdão do TCR, de 16/05/2007, in CJ, XXXII, 3,52). Se o crime que determinou a escuta não se vier a provar ou não for perseguido por outra razão, as escutas podem ser valoradas para prova do crime novo de que se teve conhecimento fortuito, desde que este seja um crime de catálogo”. Se o crime novo não for um crime de catálogo e não tiver conexão com o crime que determinou a escuta, o conhecimento fortuito desse crime adquirido pela escuta só pode valer como notícia de um crime.⁽⁸⁶⁾

Em suma somos levados a concordar que um conhecimento fortuito se não corresponder a um dos crimes que legalmente possa ser objeto de uma escuta telefónica, não deverá ter valor probatório no processo em que foi obtido, nem poderá também ser matéria para auto de notícia de um outro crime qualquer, por exemplo para tanto basta que à matéria não corresponda crime de moldura penal superior a 3 anos de prisão. Neste sentido veja-se o acórdão do TRL de 6 de maio de 2003,⁽⁸⁷⁾. Estando nós a falar sobre meios de obtenção da prova e sabendo que muitas vezes elas se confundem com o próprio meio de prova, é altura de afirmarmos que as proibições, “(de produção) de prova são» barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objeto do processo» Diferentemente, as regras de produção de prova – cfr. O artigo 341º do CPP – visam apenas disciplinar o procedimento exterior da realização da prova na diversidade dos seus meios e métodos, não determinando a sua violação a reafirmação contrafáctica através da proibição de valoração. As regras de produção de prova configuram, na caracterização de Figueiredo Dias, «meras prescrições ordenativas de

(86) ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Código*p.528

(87) Disponível em <http://www.trl.mj.pt/jurisprudência/acordaos>

produção da prova, cuja violação não poderia acarretar a proibição de valor como prova (...) mas unicamente a eventual responsabilidade (disciplinar, interna) do seu autor». Uma vez preordenada à maximização da verdade material (como forma de assegurar a solvabilidade técnico-científica do meio de prova em causa), as regras de produção de prova podem igualmente ser ditadas para obviar ao sacrifício desnecessário e desproporcionado de determinados bens jurídicos”⁽⁸⁸⁾; “ têm por objetivo disciplinar o modo e o processo de obtenção da prova, não determinando, se infringidas, a proibição de valoração do material probatório”⁽⁸⁹⁾. Ainda nesta esteira veja-se também o acórdão 274/2007 do TC.⁽⁹⁰⁾

5.9.1 – Da Lacuna e Validade

Um dos problemas que se coloca aquando de uma escuta telefónica, que também abrange todos os outros meios de obtenção da prova, é se estes foram realizados por meios proibidos por lei, e se mesmo assim os seus resultados podem vir a ser aproveitados no processo.

Referiremos o “efeito à distância” das proibições de prova (Fernwirkung), também conhecido pela “Teoria da Árvore Envenenada” (fruit of the poisonous tree doctrine).⁽⁹¹⁾ Define-se como a transmissão da proibição de valoração do método proibido de obtenção de prova a todos os meios de prova que através dele são obtidos. Se porventura durante a realização de uma escuta telefónica ilegal, for conhecida a prática de um crime pelo suspeito ou por um terceiro, pode esta prova ser utilizada no processo penal? E se for realizada fora do prazo prescrito na lei?

(88) ANDRADE, Manuel Costa, *Sobre as proibições...*p.

(89) SOUSA, Susana Aires, «Agent provocateur e meios enganosos de prova. Algumas reflexões», Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, org, por Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Maria João Antunes, Coimbra Editora, 2003,p.1211 – referindo, Francisco Marcolino de Jesus, *Os Meios de Obtenção* Almedina, 2011,p.94.

(90) “ Numa síntese aproximativa, pode dizer-se, com Eduardo Correia, que determinada prova é inadmissível « quando a violação das formas da sua obtenção ou da sua produção entra em conflito com os princípios cuja importância ultrapassa o valor da prova livre» (...) ; numa palavra: quando aqueles valores e princípios são lesados « a um tal ponto que as razões éticas que impõe precisamente a verdade material não podem deixar de a proibir”.

(91) Esta teoria surge pela primeira vez no caso Silverthorne Lumber Co vs United States (1920), utilizada apenas a sua expressão em (1939) na sentença do processo Nardone vs United States.

Esta teoria, de inspiração norte-americana postulava a comunicabilidade absoluta de uma proibição de prova às chamadas “provas consequenciais” ou seja, todo o material probatório cuja obtenção se ficasse a dever a uma proibição de produção ou de valoração, seria totalmente inapto para servir a convicção do juiz. Até à década de setenta do século passado o princípio era o de que não era possível determinar-se em que medida uma prova proibida contribuiu para a obtenção de outras dela dependentes, defendendo-se deste modo um contágio total entre elas.⁽⁹²⁾

O nosso regime jurídico remete-nos para o assentamento do nº 8 do art.º 32º da CRP, que consta do nº 1 do art.º 122º do CPP: a transmissão do vício provocado pela nulidade da prova para os demais factos que da mesma estão dependentes ou foram originários.⁽⁹³⁾

Face ao nosso ordenamento jurídico, é de defender esta teoria do efeito à distância porquanto toda a matéria sobre a qual nos debruçamos é sujeita a critérios de “imputação objetiva” que legitimam duas conceções fundamentais: A primeira supõe que o efeito à distância apenas se verificará quando se estabelece um nexo causal entendido à luz da teoria da adequação entre a proibição da prova original e a dita consequencial; a segunda leva-nos a permitir uma exceção à valência do efeito à distância, e assim sempre que seja possível dizermos que sem a violação da proibição a prova mediata ou secundária teria sido do mesmo modo obtida, é admissível valorá-la sendo relevante o chamados “*processos hipotéticos de investigação*”.⁽⁹⁴⁾

Segundo Costa Andrade “ *O que nesta sede nos propomos é apenas esboçar um início de equação e de resposta à questão do efeito-à-distância no contexto do direito processual penal português (...)*

Tudo, a começar, parece legitimar a afirmação de que no direito processual penal português se contêm casos inequívocos de efeito-à-distância.

(92) André Lamas Leite, *As escutas telefónicas – Algumas reflexões em redor do regime e das consequências processuais derivadas da respetiva violação*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, ano I, março, 2004, p. 32.

(93) CONCEIÇÃO, Ana Raquel, “*Escutas telefónicas...*”, p. 198

(94) Costa Andrade, *Sobre as proibições...*, p. 316. Neste sentido também o acórdão da Relação de Coimbra, de 19 de dezembro de 2001, disponível em <http://www.dgsi.pt>

Determinante, em primeiro lugar, a circunstância de (...) o direito português ter associado as proibições de prova à figura e ao regime das nulidades. Isto em adimplemento da injunção constitucional constante no n.º 8 do artigo 32.º da CRP, segundo o qual: «são nulas todas as provas obtidas mediante...». O que aponta para a submissão de princípio das proibições de prova à sanção prevista para as nulidades. Que, nos termos do n.º 1 do artigo 122.º do CPP, «tornam inválido o acto em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afectar».

Em segundo lugar, (...) o legislador português optou por proibir, sem mais, a valoração de todas as provas obtidas mediante recurso aos métodos proibidos de prova. Uma formulação que parece denunciar a intencionalidade de, em vez de a circunscrever às declarações directamente obtidas, generalizar a proibição de valoração a todas as provas inquinadas pelo «veneno» do método proibido” (...)⁽⁹⁵⁾

5.10 – Da Teoria à Prática

As interceções telefónicas foram apresentadas em termos teóricos como o meio de obtenção da prova mais preocupante, que procura através da lei compatibilizar interesses antagónicos. O processo penal reserva e baliza a sua execução por forma que a podemos considerar, defensora dos princípios constitucionais protectores dos DF, e no caso concreto mais propriamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Por este passa a proibição de ingerência pelas autoridades públicas nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação onde se enquadra a correspondência escrita e outra – art.º 34.º n.º 4 da CRP.

Contudo, e como sabemos é possível uma restrição legal também assegurada pela própria CRP no seu art.º 18.º n.º 2 e 3. As formalidades destas operações já asseguram fundamentalmente estes direitos, pois já colocam reservas e limites que por si só os parecem garantir.

Lembre-mo-nos apenas da intervenção obrigatória do Juiz de Instrução Criminal, em que os crimes investigados sejam punidos no seu máximo, com pena de prisão superior a 3 anos, e também os de catálogo. Todas estas balizas tendem a salvaguardar os bens que estão em causa quando se procede a uma escuta telefónica.

(95) ANDRADE, Manuel da Costa, em entrevista ao *Jornal Público* do dia 18 de novembro de 2009.

Numa escuta telefónica onde acontece um diálogo entre pelo menos duas pessoas, existe alguém que interceptando a comunicação daquelas e contra sua vontade e desconhecimento, fica a saber coisa que não lhe era suposto conhecer. Não é o mesmo que um dos intervenientes na comunicação, grave a conversa com o seu interlocutor.

Na prática estas interceções telefónicas, devem ser entendidas como feitas por aparelhos que se definam por telefone, entendendo-se que este é um qualquer aparelho das comunicações que transmita para outro similar, a voz. Como exemplo temos o telefone fixo, o telefone móvel, mais conhecido por telemóvel os rádios de comunicação, a comunicação oral via internet. Esta interceção telefónica é a que esta contemplada no art.º 187º nº 1 do CPP. De referir que estes meios técnicos de conversação podem corresponder a outros diferentes do telefone, mas sempre com referência à comunicação oral entre pelo menos duas pessoas.

A lei 48/2007 de 29 de agosto, veio introduzir alterações ao art.º 188º do CPP, como já atrás referimos.

Este indica-nos quais as formalidades e quais os procedimentos processuais que se devem considerar aquando de uma escuta telefónica.

Sendo um meio de obtenção da prova que pode violar gravemente direitos inalienáveis do cidadão, o legislador consagrou na Lei 53/2008, de 29 de agosto (Lei de Segurança Interna) que todas as interceções telefónicas sejam centralizadas na Polícia Judiciária, ou seja, todo o processo técnico de execução em todo o País e deferida a investigação mesmo a qualquer outra entidade policial.

Naturalmente que o legislador reconheceu as naturais vantagens desta centralização, atendendo com certeza à segurança, à racionalidade de meios entre outras razões (os equipamentos são os mais eficientes tecnologicamente e os que garantem integridade e segurança).

Chegados a este ponto e já no decurso de uma hipotética escuta telefónica, somos forçados a pensar na prática. Durante uma interceção o OPC que explora ou seja, que investiga aquele determinado crime que ele, um seu superior ou o próprio M.P. propuseram ao Juiz de Instrução Criminal efetuar uma escuta a determinada pessoa, que utiliza determinado número de telefone, fundamentando a preciosa necessidade e indispensabilidade deste meio de obtenção da prova para a descoberta da verdade, escuta diariamente as conversas que ali ocorrem e elabora conforme manda a lei nos artigos 99º 100º e 101º do CPP, autos de interceção e gravação. Este OPC grava num suporte adequado, nomeadamente em CD todas as conversações e comunicações

interceptadas, contudo só de 15 em 15 dias apresenta ao MP os respectivos autos e relatórios nos quais indica as passagens relevantes para a prova, acompanhados dos respectivos suportes técnicos (CDs).

O problema que ora nos surge é exactamente quanto à necessidade funcional que este meio de obtenção da prova obriga e que colide frontalmente, quanto a nós com os DF do cidadão. É que este agente policial encarregado de instruir aquele inquérito, tem a seu cargo muitos outros, não está isento do serviço de piquetes (o que lhe dá direito a dias de folga), não se pode furtar a diligências no exterior das instalações policiais, tem direito ao gozo de licença para férias, pode encontrar-se de baixa médica etc., fazendo com que não possa estar só adstrito àquele processo ou até porventura a outros que tenha a seu cargo e onde existam escutas telefónicas a decorrer. Significa isto que o OPC além de não poder estar fisicamente presente no dia-a-dia da escuta (os equipamentos informáticos e tecnológicos estão fixos fisicamente num determinado espaço), é forçado a solicitar a outro colega por intermédio de um superior hierárquico, a sua substituição para poder continuar a tomar conhecimento prévio do conteúdo da comunicação interceptada, nomeadamente para poder praticar os atos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova – nº 2 do art.º 188º do CPP.

Se a intercepção telefónica durar o tempo máximo previsto na lei, e caso o organismo policial que tenha a seu cargo o inquérito, estiver diminuído em termos de recursos humanos ainda acresce o problema que suscitamos. É por isto que julgamos muito diferente a teoria da prática processual, pois que desta forma parecem estar enormemente aumentados os riscos da violação dos DF do cidadão. Quantos OPC (um, dois, três?) podem aceder deste modo às conversações de apenas um suspeito, arguido ou intermediário, e quantas pessoas que nada têm a ver com o crime investigado vêem o seu direito à reserva da intimidade da vida privada, seja familiar, seja social, seja profissional ou até mesmo de outro cariz mais íntimo, serem violados quando conversam com o escutado? Lembremo-nos das palavras publicamente proferidas em órgão de comunicação social por Pinto Monteiro ex Procurador-Geral da República, em que afirmou a propósito das escutas telefónicas e da violação do segredo de justiça, desconhecer se o seu próprio telefone estava sob escuta, querendo com certeza aludir às faltas de segurança e de domínio deste meio de obtenção da prova. É que quando atrás abordamos e do mesmo modo a jurisprudência e a doutrina se debruça sobre os “conhecimentos fortuitos”, não existindo sobre este tema um regime legal relativamente à proibição de valoração de prova ou de proibição de produção de prova, estamos a falar

de matéria criminal. Neste caso não se trata de matéria criminal, mas tão só de direitos garantidos constitucionalmente e que, mormente não serem divulgados (o que seria crime), são no entanto severas violações aos direitos consagrados pela CRP.

Finalizando e problematizando, podemos equacionar que na prática e durante uma interceção telefónica, os suportes físicos sejam sujeitos a cópias para garantia, por exemplo, o que contraria em absoluto a vontade legislativa da defesa intransigente dos DLG do cidadão.

Pensamos que para uma superior garantia dos DF, necessário se torna uma abordagem mais objetiva da legislação que lhe é inerente.

CONCLUSÃO

Propusemo-nos ao elaborar esta dissertação de Mestrado em Direito “Ciências Jurídico-Criminais”, percorrer o quadro legislativo processual penal relativo aos meios de obtenção da prova, de modo a estabelecermos uma relação entre teoria e prática mas que no fim pudéssemos concluir que além daqueles, muitos outros sempre existiram ocultos havendo necessidade de os ordenar em vista a que não sejam mais considerados instrumentos ilegítimos da investigação, criando dúvidas e receios por não se encontrarem resgatados à legalidade normativa.

Desta forma, acabamos por destacar os meios de obtenção da prova consignados no CPP, relembando os regimes de “per se”, os seus requisitos, as suas formalidades, diferenças, especificidades, limites e diferentes definições, indicando em cada um deles o que de mais importante entendemos, nomeadamente quais os bens jurídicos que podem ser feridos aquando da sua aplicação, bens estes que simultaneamente consagram DF inseridos na nossa CRP.

Com muita frequência os meios de obtenção da prova são chamados à agenda social, por variadíssimos motivos nomeadamente através das várias modalidades comunicacionais. Recordamos que os temas relacionados com a criminalidade, desde os tempos mais remotos sempre aliciou o imaginário do cidadão comum, levando até alguns a dizer «que em cada um de nós há um potencial investigador, diga-se polícia».

Deste modo é natural que o autor deste trabalho tenha enveredado por abordar o que de mais importante existe no processo penal: “Os meios de obtenção da prova”, sem os quais não há processo.

Também era de esperar que o autor se preocupasse com a segurança jurídica e os direitos fundamentais que por vezes são atingidos em conjugação com o progresso tecnológico levando à produção de novos meios clandestinos, diga-se meios de obtenção de prova ilegais e ilegítimos, pois sem sustentação legal branqueados sob a tutela dos métodos proibidos de prova já definidos, sem contudo lhes dedicar uma exaustiva atenção.

O legislador deverá pois aproveitar o ambiente de reformas do Estado para autorizar e legitimar medidas que só a lei pode postular significando a identificação rigorosa do bem jurídico ou dos direitos fundamentais em causa e da proporcionalidade

exigidas aquando da sua invasão, necessária à investigação de um determinado crime. Será necessariamente exigente a intervenção e a reserva de um juiz ressalvando as situações excepcionais como as de perigo na demora, porquanto só assim se assegurará a liberdade e o direito de cada cidadão.

Os instrumentos para obter os meios de prova, sujeitos a determinados pressupostos, formalidades, especialidades e metodologias são as formas processuais, utilizadas pela AJ e OPC. São os típicos que já constam do CPP. São os ditos de catálogo.

Mas não podemos esquecer outros tais como: as vigilâncias e seguimento que todos os OPC executam quando desejam e necessitam averiguar de um percurso tido pelo suspeito, por um eventual cúmplice ou co-autor, ao fim e ao cabo do que acontece nesse trajeto, as imagens vídeo ou fotográficas que todos os OPC utilizam para obter informação e prova de que determinado indivíduo esteve em determinado local, num determinado dia e hora, que se encontrou com A ou B, as câmaras de videovigilância com efeitos preventivos que se encontram nos mais variados lugares desde parques de estacionamento, transportes públicos, zonas de cidades, em determinadas rodovias, e mesmo ainda há pouco tempo obrigatoriamente em ourivesarias, bombas de gasolina, e grandes superfícies. As revistas de segurança efetuadas à entrada de recintos desportivos ou em locais de grandes aglomerações, tais como concertos musicais, revistas estas efetuadas por indivíduos de empresas privadas.

Todos os sistemas de justiça pressentem que as novas formas de crime organizado e tecnicamente complexo, apoiado como todos sabemos jurídica e economicamente têm forçosamente que se preocupar em encontrar novas formas de o combater. Só uma maior cooperação internacional e também o recurso a expedientes processuais que garantam a manutenção do estado de direito e deste modo as liberdades individuais, pode perseguir com êxito no futuro as organizações criminosas mais influentes e o tipo de crime mais sub-reptício e subtil. Se é do conhecimento geral que desde sempre as polícias de todo o mundo empregaram meios ou instrumentos de variadíssima espécie para obterem meios de prova, porque não, uma lei que a todos incluía evitando-se andar a reboque dos cada vez mais sofisticados meios de crime. Porque sentiu o legislador necessidade de legislar sobre os agentes encobertos e sobre o registo de voz e imagem? Naturalmente porque estes meios utilizados pelas polícias

levantavam questões de legalidade. Também as escutas telefônicas foram tipificadas no seu tempo e conforme a necessidade sentida à data.

A este propósito já Costa Andrade na Revista de Legislação e Jurisprudência,⁽⁹⁶⁾ faz uma análise e uma crítica à omissão do legislador quanto aos instrumentos clandestinos utilizados na investigação criminal, chamando-lhes de métodos ocultos de investigação “*Outros, pura e simplesmente, não conheceram ainda sancionamento legal e vão fazendo curso na margem da ilegalidade*”.

Do conhecimento geral é a mais comum das informações de serviço, exarada por OPC e iniciada pelas seguintes palavras: “*Cumpre-me informar V. Ex.ª que hoje pelas ...horas foi recebida neste serviço de piquete uma chamada telefônica anônima, informando que...*”, originando nas mais das vezes detenções em flagrante delito. Há quanto tempo já se diligenciava no sentido de obter meios de prova? Há quanto tempo eram violados os DF? Como é possível acabar com estas situações?

Por todo o exposto e sendo um problema que se coloca sempre, nomeadamente no que aos DF diz respeito, diremos que o nosso trabalho passou fundamentalmente por condensar os meios de obtenção da prova e suas regras já plasmadas em lei na teoria e na prática, mas também suscitando uma eventual alteração legislativa que esteja sempre presente, independentemente dos tempos, dos lugares e dos modos, autorizando e vinculando as intromissões na obtenção dos meios de prova de forma precisa, certa e típica de um catálogo de infrações.

Em conclusão final e despreziosamente diremos que a nossa dissertação após a análise da teoria à prática dos meios de obtenção da prova, chega à conclusão que além dos tipificados no CPP e em outra legislação avulsa, muitos outros existem e a resolução que singelamente propomos está tão só na opção do legislador em consagrar, para futuro evitando assim dúvidas e dispersões legislativas.

(96) Bruscamente..... RLJ,ano 137º, Coimbra Editora, 2008 ,p 279.

“Consideram-se como meios de obtenção da prova, todos os instrumentos que a AJ e os OPC utilizem para investigar e recolher meios de prova, que não sejam proibidos por lei, nomeadamente:”

- Exames, Revistas e buscas, Apreensões, Escutas telefónicas.
- Vigilâncias a arguidos, suspeitos e outros coniventes com o crime investigado.
- Seguimento e recolha de informações às pessoas acima indicados.
- Gravação de imagens e som por todos os meios técnico-preventivos.
- As ações encobertas.
- Estórias de cobertura.
- Localização Celular e Eletrónica.
- Buscas *on-line*.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Carlos Pinto de, *Prova e meios de obtenção de prova – Breve nota sobre a natureza dos exames no processo penal*, I Congresso de Processo Penal, Almedina, janeiro, 2005.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal*, à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2ª Edição, Universidade Católica Editora, 2008. Lisboa

ANDRADE, Manuel da Costa, *”Sobre as proibições de prova em processo penal”* Coimbra Editora, 2006, Reimpressão.

- *“Sobre o regime processual penal das escutas telefónicas,”* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano I, julho/setembro, 1991.

- *“Sobre os meios proibidos de prova em processo penal”*, Coimbra Editora, 1992.

- *«Bruscamente no verão passado, a reforma do Código de Processo Penal,- Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ser diferente»,* Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 137º, números 3948,3949,3950 e 3951 Coimbra Editora, 2008. Coimbra.

ANTUNES, Manuel Ferreira, *Investigação Criminal – Uma Perspetiva Introdutória*, in Revista de Polícia e Justiça, EPJ, Loures, outubro 1895.

ANTUNES, Maria João, *O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coação*. Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

ARNAULT, António, *Iniciação à Advocacia – Deontologia – Questões Práticas*, 5ª Edição, Coimbra Editora, 2000.

BARREIROS, J. António *“Direito Processual Penal”* I, Almedina Ed. 1978. Coimbra.

BARRETO, Ireneu Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – Anotada*, Legislação, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

BELEZA, Teresa Pizarro, *Apontamentos de Direito Processual penal*, II volume (aulas teóricas dadas ao 5º ano 1991/92, AAFDL, Lisboa, 1993.

BRAZ, José, *“Investigação Criminal, A organização, o método e a prova, Os Desafios da Nova Criminalidade”*, 2ª Ed, Almedina 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 2000. Coimbra.

CANOTILHO, J.J./Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª Edição revista, Coimbra Editora, 2007. Coimbra.

CONCEIÇÃO, Ana Raquel, “*Escutas Telefónicas*”, Regime Processual Penal, Quid Juris, 2009. Lisboa.

CORREIA, João Conde, *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, Boletim da faculdade de direito de Coimbra, Studia Iuridica, nº 44, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

CUNHA, José Manuel Damião da, “*Dos meios de obtenção da prova face à autonomia técnica e tática dos órgãos de policia criminal*”, II Congresso de Processo Penal, Coordenação de Manuel Guedes Valente, Almedina, 2006.

- “*O regime legal das escutas telefónicas, algumas breves reflexões*” Revista do CEJ, nº 9 (especial), 1º Semestre, 2008.

DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora 2004. Coimbra

- *Direito Processual Penal*, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004. Coimbra.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal*, Edição da Universidade Católica, 1981.

- *Direito Penal Português*, I e II, Lisboa 1981/1982

GONÇALVES, M. Maia, *Código de Processo Penal Anotado*, Almedina, 10ª Edição Coimbra, 1999.

- *Meios de Prova*, Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Almedina, 1997.

JESUS, Francisco Marcolino de, “*Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal*”, Almedina, 2011.

JÚDICE, José Miguel, *Escutas telefónicas – a tortura do século XXI*, Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 64, novembro, 2004.

- *Escutas sob Escuta*, Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 64, novembro, 2004.

LEITE, André Lamas, *As escutas telefónicas - Algumas reflexões em redor do seu regime e das consequências processuais derivadas da respectiva violação*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, ano I, março, 2004.

MATA-MOUROS, Maria de Fátima, *Sob Escuta- reflexões sobre o problema das escutas telefónicas e as funções do juiz de instrução criminal*, 1ª Ed. Principia, 2003.

MEIREIS, Augusto, *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*, Almedina, 1999.

OLIVEIRA, Francisco da Costa, *A Defesa e a Investigação do Crime*, Guia Prático para a Análise da Investigação Judiciária e para a Investigação pelos Recursos Próprios da Defesa Criminal, 2ª Edição, Almedina 2008. Coimbra.

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

SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal II*, 4ª Edição Revista e actualizada, Editorial VERBO, 2008, Lisboa.

SIMAS SANTOS, Manuel/Leal Henriques, Manuel, - *Código de Processo Penal, Anotado* II Vol., Rei dos Livros, 2ª Edição, 2000.

SOUSA, Susana Aires de, *Agent provocateur e meios enganosos de prova*. Algumas reflexões, Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Revistas e Buscas*, 2ª Edição, Almedina 2005.

SITES CONSULTADOS

www.dgsi.pt

www.google.pt

www.oa.pt

www.portugal.gov.pt

www.tribunalconstitucional.pt

www.stj.pt

www.trl.pt

www.pgr.pt

ACÓRDÃOS CITADOS

Tribunal Constitucional

Acórdão n° 155/2007

Acórdão n° 228/2007

Acórdão n° 274/2007

Acórdão n° 226/1999

Acórdão n° 319/1995

Acórdão n° 426/2005

Acórdão n° 285/2007

Acórdão n° 407/1997

Acórdão n° 452/1989

Tribunal da Relação do Porto

Acórdão de 3 de maio de 2005

Acórdão de 29 de novembro de 2006

Acórdão de 17 de janeiro de 2007

Acórdão de 17 de dezembro de 1997

Acórdão de 19 de junho de 2002

Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão de 6 de novembro de 2007

Acórdão de 28 de maio de 2009

Acórdão de 6 de maio de 2003

Acórdão de 7 de julho de 2004

Acórdão de 10 de março de 2009

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de 15 de julho de 1992

Acórdão de 23 de março de 2002

Acórdão de 23 de outubro de 2002

Acórdão de 4 de maio de 2006

ANEXOS

ANEXO A - JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do TC nº 319/95 – Pesquisado em www.tribunalconstitucional.pt, (...) que o artigo 6º do mencionado Decreto-Lei nº 124/90, ao permitir que o agente de autoridade policial efectue exame na pessoa do condutor sem a presença do Ministério Público, viola vários preceitos constitucionais, que indicou; o "soprar no balão" em plena via pública viola preceitos da Lei Fundamental, que também indicou [...] *o acto de "soprar no balão" atenta contra a dignidade do cidadão; apenas tal exame é restrito a alguns milhares de cidadãos que circulam nas estradas de Portugal e tal acto em público na presença de polícias, constitui um enxovalho inútil, uma total humilhação, um acto sujeito a escárnio e mal-dizer dos restantes cidadãos, constitui enfim um atentado ao bom nome, à dignidade, à reputação e à reserva da intimidade da vida privada do comum cidadão!...*

Ora, existe uma sólida razão para que - para além daqueles que hajam contribuído para um acidente de viação - apenas os condutores de veículos automóveis estejam sujeitos a ser submetidos a exame para pesquisa de álcool no sangue, *maxime*, a exame de pesquisa de álcool no ar expirado. Só estes, com efeito, podem pôr em risco a segurança rodoviária.

Tem, por isso, suficiente fundamento a sua submissão ao teste de detecção de álcool.

O princípio da igualdade não é, assim, afrontado pela norma *sub iudicio*.

A submissão do condutor ao teste de detecção de álcool (e, assim, a norma do artigo 6º, nº 1, que a permite) também não viola o *dever de respeito pela dignidade da pessoa* do condutor, nem o seu *direito ao bom nome e à reputação*, nem o *direito* que ele tem à *reserva da intimidade da vida privada*.

Acórdão do TC nº 155/2007 – Processo 69506 pesquisado em <http://www.tribunalconstitucional.pt> – 1. *Nos autos de um processo de inquérito, pendentes no DIAP do Porto, em que se investigam factos que, em abstracto, são susceptíveis de integrar a prática de dois crimes de homicídio qualificado, terão sido colhidos no local do crime “vestígios biológicos, alguns deles referentes aos autores dos crimes”. Só posteriormente tendo sido identificados suspeitos, entretanto ouvidos como arguidos, foram então estes “convidados a prestar consentimento para a recolha de zaragatoas bucais com vista à identificação do seu perfil genético [...] e comparação com o dos vestígios biológicos acima referidos”, tendo, todavia, negado tal consentimento. Nestas circunstâncias, considerando essencial que se procedesse a “exame na pessoa dos arguidos tendo como finalidade a colheita de vestígios biológicos para determinação do seu perfil genético e subsequente comparação com o dos vestígios biológicos colhidos no local do crime” e que o arguido “pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente” à realização do mencionado exame, foi proferido pelo Ministério Público, em 12 de Maio de 2005, despacho determinando nomeadamente que o arguido e ora recorrente, A., comparecesse nas instalações do Instituto Nacional de Medicina Legal do Porto, para que aí fosse sujeito à realização de exame médico-legal com vista à obtenção de vestígios biológicos, “sempre na medida do estritamente necessário, adequado e indispensável à prossecução do fim a que se destinam.” (...)IV. Decidindo de forma diversa, a Mm.a Juíza a quo violou, entre outras, as normas contidas nos arts. 25.º, 26.º, nº 1, e 32.º, nº8, todos da CRP, o art. 8º*

da CEDH, o art. 12 da DUDH, o art. 17º do PIDCP e os arts 126, n.º 1, 2 als a) e c) e 3, bem como o art 172, nº 1, ambos do CPPen;

V. De resto, sempre estaria ferida de inconstitucionalidade a norma do art. 172.º, n.º 1, do CPP., interpretada no sentido de possibilitar ao Mº Pº ordenar a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético, quando este último tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita;

VI. Da mesma forma que seria igualmente inconstitucional a norma do art. 126.º, nos 1, 2 - als. a) e c), e 3, do CPP, quando interpretada no sentido de considerar válida e, conseqüentemente, susceptível de ulterior utilização e valoração, a prova obtida através da colheita efectuada nos moldes descritos na conclusão anterior” (...)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: «direitos e liberdades de outrem», «justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar geral numa sociedade democrática». No caso vertente o que está em conflito é o direito à integridade corporal e o direito à autodeterminação corporal do recorrente, por um lado, e o interesse comunitário e o do Estado na administração da justiça penal, por outro lado, 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”.E do mesmo modo o entende Figueiredo Dias[], o qual refere que o arguido pode constituir meio de prova, em sentido material, através das declarações prestadas sobre os factos, e em sentido formal, na medida em que o seu corpo e o seu estado corporal podem ser objecto de exames (arts.175º e 178º do Código de Processo Penal), afirmando de seguida:

(...) Na medida, porém, em que o objecto do exame seja uma pessoa, que assim se vê constrangida a sofrer ou suportar uma actividade de investigação sobre si mesma, o exame constitui um verdadeiro meio de coacção processual - como claramente o inculca, de resto, a 2ª parte do corpo do art.178º do CPP, ao estatuir que, para realização de um exame, pode «o juiz (hoje o MP) tomar efectivas as suas ordens, até com o auxílio da força...» -, tendo por isso de submeter-se aos princípios (já acima referidos) que estritamente demarcam a admissibilidade de tais meios de coacção (...)

Ora, a colheita de cabelos ou sangue, caso não consentidas, consubstanciam intervenções no corpo que, realizadas por perito médico “com rigorosa observância das regras das *leges artis*, se podem e devem graduar como ofensas insignificantes (mínimas) do direito à integridade corporal e do 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 afigura-se-nos que nem sequer se pode considerar susceptível de ofensa o direito à integridade corporal do recorrente, mas tão só o direito à autodeterminação corporal, e em grau ou medida desprezível, isto é, irrelevante”.Assim, o que está em causa nos presentes autos é a questão da compatibilidade com a Constituição, designadamente com os princípios e preceitos indicados pelo recorrente, dos preceitos supra citados quando interpretados, o artigo 172º, nº1, do Código de Processo Penal, em termos de possibilitar ao Ministério Público ordenar a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético na medida estritamente indispensável para posterior comparação com vestígios colhidos no local do crime, se necessário através

da ameaça da utilização do recurso à força física para salvaguarda da integridade de quem realizar a recolha, quando aquele tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita e, o artigo 126.º, n.ºs 1, 2 alíneas a) e c) e 3, do mesmo diploma, em termos de considerar válida e, conseqüentemente, susceptível de ulterior utilização e valoração, a prova obtida através da colheita realizada nos termos antes descritos.

Nestes termos, o Tribunal decide:

i) julgar inconstitucional, por violação do disposto nos artigos n.ºs 25.º, 26.º e 32.º, n.º 4, da Constituição, a norma constante do artigo 172.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, quando interpretada no sentido de possibilitar, sem autorização do juiz, a colheita coactiva de vestígios biológicos de um arguido para determinação do seu perfil genético, quando este último tenha manifestado a sua expressa recusa em colaborar ou permitir tal colheita;

ii) consequencialmente, julgar inconstitucional, por violação do disposto no artigo 32.º, n.º 4, da Constituição, a norma constante do artigo 126.º, n.ºs 1, 2 alíneas a) e c) e 3, do Código de Processo Penal, quando interpretada em termos de considerar válida e, por conseguinte, susceptível de ulterior utilização e valoração a prova obtida através da colheita realizada nos moldes descritos na alínea anterior.

iii) Conseqüentemente, conceder provimento ao recurso e ordenar a reforma da decisão recorrida em conformidade com o juízo de inconstitucionalidade que agora se formula.

Acórdão do TC n.º 16/97, de 14 de Janeiro, publicado no DR, II S., no n.º 50, em 28-02-1997, p.p. 2612 a 2616, respeitante a **buscas domiciliárias, autorizadas judicialmente ou pelo visado, e do respectivo horário legal**

“O domicílio é inviolável. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas prevista na lei. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento – artigo 34.º, n.ºs 1, 2 e 3 da Constituição da República Portuguesa. Não está em causa a ordem da autoridade judicial nem a entrada durante a noite no domicílio da arguida.

E a ordem da autoridade judicial competente para a entrada no domicílio da arguida ocorreu num caso e segundo a forma previstas na lei. O aludido artigo 34.º não impõe que a busca no domicílio, de dia, só possa ter lugar com a autorização do seu titular. E também não exige a sua presença aquando da sua efectivação.

Na sequência do estabelecido na lei fundamental, o artigo 176.º veio permitir a assistência à diligência da pessoa que tiver a disponibilidade do lugar em que a busca se realiza e, faltando ela ou pessoa da sua confiança, a assistência de um parente, vizinho, porteiro ou alguém que o substitua. E o artigo 177.º, n.º 1, também, de harmonia com a Constituição da República Portuguesa, vem confirmar que para a busca domiciliária, efectuada entre as 7 e as 21 horas, não é necessária a autorização nem a presença de quem tiver a disponibilidade do domicílio.

Por outra via os artigos 176.º e 177.º, n.º 1, não violam também o artigo 32.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa. Em nada são atingidas as garantias de defesa.”

“5 – Como se extrai do exame dos autos (fls. 133 e 134), a busca efectuada pela Polícia Judiciária no domicílio da recorrente teve lugar cerca das 19 horas e foi autorizada

pelo juiz ao abrigo das disposições conjugadas dos artigos 174.º, n.º 2, 176.º e 178.º, n.º 3, todos do Código de Processo penal.

Muito embora a Constituição garanta no artigo 34.º a inviolabilidade do domicílio, há-de dizer-se que tal protecção apenas adquire carácter absoluto durante a noite.

Com efeito, depois de no n.º 1 daquele preceito se dispor que o domicílio é inviolável, logo se acrescenta que «a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstas na lei» (2), sendo certo que «ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu conhecimento».

Deste modo, a Constituição remete para a lei a especificação dos «casos» e das «formas» em que é permitida a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade, com a condição, porém, de ela ser ordenada pela autoridade judicial.

Em consonância com esta matriz directiva, o artigo 177.º do Código de Processo Penal veio prescrever que «a busca em casa habitada ou numa sua dependência fechada só pode ser ordenada ou autorizada pelo juiz e efectuada entre as 7 e as 21 horas, sob pena de nulidade» (1) e ainda que, nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa ou se houver consentimento documentado dos visados «as buscas

domiciliárias podem também ser ordenadas pelo Ministério Público ou ser efectuados por órgãos de polícia criminal» (2), devendo, no primeiro caso, sob pena de nulidade, ser imediatamente comunicada ao juiz de instrução a realização da diligência em ordem à sua apreciação e validação.

No caso em apreço a busca domiciliária foi ordenada pelo juiz, tendo sido efectuada pelas 19 horas, sem o consentimento da visada, a ela assistindo uma vizinha como se extrai do auto de busca e apreensão.

Neste contexto, não se tem por verificada qualquer interpretação inconstitucional da norma do artigo 176 do Código de Processo Penal que vem questionada, no tocante às especificações assinaladas pela recorrente.

Com efeito, sendo a busca autorizada pelo juiz, não era exigida nem a presença nem o consentimento da visada, devendo apenas ser cumpridas as formalidades a que aquele preceito se reporta, nas quais não se identifica qualquer insuficiência geradora de inconstitucionalidade.”

Acórdão do TC n.º 67/97, de 4 de Fevereiro, publicado no site do TC, www.tribunalconstitucional.pt/acordaos, sobre conceito de “**domicilio**” e noção de “dependência fechada” e ainda do consentimento do visado, citação de Gomes Canotilho e Vital Moreira em comentário ao art.º 34º, na CRP Anotada, 3ª ed; Coimbra, 1993, p. 212, Este acórdão decide em relação a garagens colectivas do prédio onde habita o arguido, e onde este possui um veículo automóvel, contendo droga no seu interior

“Tendo em conta o sentido constitucional deste direito, tem de entender-se por “domicílio” desde logo o local onde se habita, a habitação, seja permanente seja eventual, seja principal ou secundária. Por isso, ele não pode equivaler ao sentido civilístico, que restringe o domicílio à residência habitual (mas certamente incluindo também as habitações precárias, como tendas, ‘roulottes’, embarcações), abrangendo também a residência ocasional (como o quarto de hotel) ou ainda os locais de trabalho (escritórios, etc.); dada a sua função constitucional, esta garantia deve estender-se quer ao domicílio voluntário geral quer ao domicílio profissional (Cód. Civil, art.ºs. 82º e 83º). A protecção do domicílio é também extensível à sede de pessoas colectivas (Cód. Civil, art.º 159º).” o acórdão considerou estarem verificados os requisitos de validade exigidos pelo n.º 2 do artigo 177º em conjugação com a alínea b) do n.º 4 do artigo 174º, ambos do CPP, ao abrigo dos quais aquela diligência foi efectuada, em termos que não colidem com a Constituição.”

Em **02.05.2001 o Tribunal da Relação do Porto lavrou um Acórdão**, pesquisado *no site – www.dgsi.pt/jtrp.nsf –, sobre busca em gabinete de arquitectura e apreensão, no âmbito de um inquérito classificado como crime informático*, em que firmou a seguinte jurisprudência:

“III – A busca efectuada no gabinete de arquitectura, aquando da detenção em flagrante por crime a que corresponde pena de prisão, nas circunstâncias atrás referidas, cai na previsão do art.º 174, n.º 4 alínea c) do Código de Processo Penal, não necessitando de autorização prévia da competente autoridade judiciária.”

Acórdão do TC n.º 411/02, de 10.10.2002, no processo n.º 749/01, pesquisado *no site www.tribunalconstitucional.pt*, sobre a arguição de nulidades, entre outros, de elementos de prova recolhidos com base em **buscas efectuadas em consultório médico sem a presença de um elemento da Ordem dos Médicos** no âmbito de um processo pelos crimes de aborto.

Neste Acórdão o TC informa que o Tribunal da Relação de Coimbra negou provimento ao recurso, pelas seguintes razões, entre outras:

“Por outro lado, a realização de busca em consultório médico presidida pessoalmente pelo juiz, mas sem a convocação do presidente do conselho local da Ordem dos Médicos e sem a presença daquele ou de um seu delegado, constitui mera irregularidade, posto que a lei não comina a falta de convocação daquela referida entidade ou a sua não comparência ou de um seu delegado com a sanção da nulidade (arts. 177º e 118º, n.ºs. 1 e 2).

... quer a irregularidade das buscas em consultórios médicos resultante da não convocação do presidente do conselho local da Ordem dos Médicos e a sua não comparência ou de um seu delegado, a terem-se por sanadas, em nada afectam a validade da prova que dos respectivos autos resulta, uma vez que obtida através de meios válidos, pelo que pode e deve ser plenamente utilizada.”

Acórdão do TC nº 226/99 (Recusa a exames)

Todo o condutor, ou pessoa que contribua para acidente de viação, que se recusar a exame de pesquisa de álcool será punido (...) da incriminação da condução sob o efeito de álcool, resultante da impossibilidade de determinar a taxa de álcool no sangue (e, portanto, de, se fosse o caso, aplicar a pena por condução sob o efeito de álcool). Note-se, na verdade, que não só os condutores, mas também qualquer pessoa que contribua para acidente de viação tem o dever de se submeter a exame de pesquisa de álcool, podendo ser punido em caso de recusa (artigo 12º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 124/90). Isto, enquanto apenas 'quem, pelo menos negligentemente, conduzir veículo' pode ser punido por condução em estado de embriaguez. Acresce que a conduta de recusa de submissão a exame de pesquisa de álcool, ligada à condução de veículo ou à contribuição para acidente de viação, denota sempre também uma componente de desobediência ao agente de autoridade que realiza o exame – nos termos do artigo 6º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 124/90, 'o exame de pesquisa de álcool no ar expirado é realizado por agente de autoridade, que, para o efeito, deve dispor de material adequado.(...).

Acórdão STJ de 8 de Fevereiro de 1995 – Sobre Busca Domiciliária

Pesquisado no site www.dgsi.pt. “É nula a busca domiciliária levada a cabo por agentes policiais sem autorização da competente autoridade judiciária e sem que se verifique qualquer das situações previstas nas alíneas do nº 4 (agora nº5) do art.º174, designadamente o consentimento do visado.

[As provas obtidas por violação de métodos cuja permissão assente em consentimento relevante do respectivo titular, serão provas obtidas segundo métodos relativamente proibidos. Logo serão nulas, mas tal nulidade, porque sanável, fica sujeita à disciplina dos artigos 120º e 121º do C. P. Penal, dependendo, assim, da arguição do interessado].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13-07-2005, proc. nº 679/2005

“Se um órgão de polícia criminal realizar uma busca domiciliária e essa busca for consentida pelo visado, esse meio de obtenção de prova não tem que ser imediatamente comunicado ao juiz de instrução para ele poder apreciar as condições em que decorreu, validando-o se for caso disso.

Tendo sido efectuadas no decurso do inquérito, é ao Ministério Público que compete apreciá-las e validá-las”.

Acórdão do TC nº 274/2007, de 2 de Maio

“Não se afigura desrazoável, arbitrária ou desproporcionada, e não é por isso inconstitucional, uma interpretação dos 174º, nº 5 (agora nº 6) e 177º nº 2 do CPP, no sentido de admitir a intempestividade da comunicação de uma busca realizada a coberto da alínea a) do 174º art.º nº 5 (nº6) dentro do prazo de 48 horas, que é o da apresentação do detido para primeiro interrogatório judicial”.

ANEXO B – ALTERAÇÕES RESULTANTES DA LEI Nº 48/2007, DE 29/08

<p style="text-align: center;"><i>Artigo 172º</i></p> <p style="text-align: center;"><i>Sujeição a exame</i></p> <p><i>1 - Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente.</i></p> <p><i>2 - Os exames susceptíveis de ofender o pudor das pessoas devem respeitar a dignidade e, na medida do possível, o pudor de quem a eles se submeter. Ao exame só assistem quem a ele proceder e a autoridade judiciária competente, podendo o examinando fazer-se acompanhar de pessoa da sua confiança, se não houver perigo na demora, e devendo ser informado de que possui essa faculdade</i></p>	<p style="text-align: center;"><i>Artigo 172.º</i></p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>1 —</p> <p>2 — É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 154.º e nos n.ºs 5 e 6 do artigo 156.º</p> <p>3 — (Anterior n.º 2.)</p>
---	--

<p style="text-align: center;"><i>Artigo 174º</i></p> <p style="text-align: center;"><i>Pressupostos</i></p> <p>1 - Quando houver indícios de que alguém oculta na sua pessoa quaisquer objectos relacionados com um crime ou que possam servir de prova, é ordenada revista.</p> <p>2 - Quando houver indícios de que os objectos referidos no número anterior, ou o arguido ou outra pessoa que deva ser detida, se encontram em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, é ordenada busca.</p> <p>3 - As revistas e as buscas são autorizadas ou ordenadas por despacho pela autoridade judiciária competente, devendo esta, sempre que possível, presidir à diligência.</p> <p>4 - Ressalvam-se das exigências contidas no número anterior as revistas e as buscas efectuadas por órgão de polícia criminal nos casos:</p> <p>a) De terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa;</p> <p>b) Em que os visados consentam, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado; ou</p> <p>c) Aquando de detenção em flagrante por crime a que corresponda pena de prisão.</p>	<p style="text-align: center;"><i>Artigo 174.º</i></p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>1 —</p> <p>2 —</p> <p>3 —</p> <p>4 — O despacho previsto no número anterior tem um prazo de validade máxima de 30 dias, sob pena de nulidade.</p> <p>5 — Ressalvam-se das exigências contidas no n.º 3 as revistas e as buscas efectuadas por órgão de polícia criminal nos casos:</p> <p>a) [Anterior alínea a) do n.º 4.</p> <p>b) [Anterior alínea b) do n.º 4.</p> <p>c) [Anterior alínea c) do n.º 4.</p> <p>6 — (Anterior n.º 5.)</p>
--	--

<p>5 - Nos casos referidos na alínea a) do número anterior, a realização da diligência é, sob pena de nulidade, imediatamente comunicada ao juiz de instrução e por este apreciada em ordem à sua validação.</p>	
--	--

<p style="text-align: center;">Artigo 175º</p> <p style="text-align: center;">Formalidades da revista</p> <p><i>1 - Antes de se proceder a revista é entregue ao visado, salvo nos casos do n.º 4 do artigo anterior, cópia do despacho que a determinou, no qual se faz menção de que aquele pode indicar, para presenciar a diligência, pessoa de sua confiança e que se apresente sem delonga.</i></p> <p><i>2 - A revista deve respeitar a dignidade pessoal e, na medida do possível, o pudor do visado</i></p>	<p style="text-align: center;">Artigo 175º</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p><i>1 — Antes de se proceder a revista é entregue ao visado, salvo nos casos do n.º 5 do artigo anterior, cópia do despacho que a determinou, no qual se faz menção de que aquele pode indicar, para presenciar a diligência, pessoa da sua confiança e que se apresente sem delonga.</i></p> <p>2 —</p>
---	---

<p style="text-align: center;">Artigo 176º</p> <p style="text-align: center;">Formalidades da busca</p> <p><i>1 - Antes de se proceder a busca é entregue, salvo nos casos do artigo 174º, n.º 4, a quem tiver a disponibilidade do lugar em que a diligência se realiza cópia do despacho que a determinou, na qual se faz menção de que pode assistir à diligência e fazer-se acompanhar ou substituir por pessoa da sua confiança e que se apresente sem delonga.</i></p> <p><i>2 - Faltando as pessoas referidas no número anterior, a cópia é, sempre que possível, entregue a um parente, a um vizinho, ao porteiro ou a alguém que o substitua.</i></p> <p><i>3 - Juntamente com a busca ou durante ela pode proceder-se a revista de pessoas que se encontrem no lugar, se quem ordenar ou efectuar a busca tiver razões para presumir que se verificam os pressupostos do artigo 174º, n.º 1. Pode igualmente proceder-se como se dispõe no artigo 173º</i></p>	<p style="text-align: center;">Artigo 176.º</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p><i>1 — Antes de se proceder a busca, é entregue, salvo nos casos do n.º 5 do artigo 174.º, a quem tiver a disponibilidade do lugar em que a diligência se realiza, cópia do despacho que a determinou, na qual se faz menção de que pode assistir à diligência e fazer-se acompanhar ou substituir por pessoa da sua confiança e que se apresente sem delonga.</i></p> <p>2 —</p> <p>3 —</p>
---	---

<p style="text-align: center;">Artigo 177º</p> <p style="text-align: center;">Busca domiciliária</p> <p>1 - A busca em casa habitada ou numa sua dependência fechada só pode ser ordenada ou autorizada pelo juiz e efectuada entre as 7 e as 21 horas, sob pena de nulidade.</p> <p>2 - Nos casos referidos no artigo 174º, nº 4, alíneas a) e b), as buscas domiciliárias podem também ser ordenadas pelo Ministério Público ou ser efectuadas por órgão de polícia criminal. É correspondentemente aplicável o disposto no artigo 174º, nº 5.</p> <p>3 - Tratando-se de busca em escritório de advogado ou em consultório médico, ela é, sob pena de nulidade presidida pessoalmente pelo juiz, o qual avisa previamente o presidente do conselho local da Ordem dos Advogados ou da Ordem dos Médicos, para que o mesmo, ou um seu delegado, possa estar presente.</p> <p>4 - Tratando-se de busca em estabelecimento oficial de saúde, o aviso a que se refere o número anterior é feito ao presidente do conselho directivo ou de gestão do estabelecimento ou a quem legalmente o substituir.</p>	<p style="text-align: center;"><i>Artigo 177.º</i></p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p><i>1 —</i></p> <p><i>2 — Entre as 21 e as 7 horas, a busca domiciliária só pode ser realizada nos casos de:</i></p> <p><i>a) Terrorismo ou criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada;</i></p> <p><i>b) Consentimento do visado, documentado por qualquer forma;</i></p> <p><i>c) Flagrante delito pela prática de crime punível com pena de prisão superior, no seu máximo, a 3 anos.</i></p> <p><i>3 — As buscas domiciliárias podem também ser ordenadas pelo Ministério Público ou ser efectuadas por órgão de polícia criminal:</i></p> <p><i>a) Nos casos referidos no n.º 5 do artigo 174.º, entre as 7 e as 21 horas;</i></p> <p><i>b) Nos casos referidos nas alíneas b) e c) do número anterior, entre as 21 e a 7 horas.</i></p> <p><i>4 — É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 6 do artigo 174.º nos casos em que a busca domiciliária for efectuada por órgão de polícia criminal sem consentimento do visado e fora de flagrante delito.</i></p> <p><i>5 — (Anterior n.º 3.)</i></p> <p><i>6 — (Anterior n.º 4.)</i></p>
--	--

<p style="text-align: center;">Artigo 180º</p> <p style="text-align: center;">Apreensão em escritório de advogado ou em consultório médico</p> <p>1 - À apreensão operada em escritório de advogado ou em consultório médico é correspondentemente aplicável o disposto no artigo 177º, nºs 3 e 4.</p> <p>2 - Nos casos referidos no número anterior não é permitida, sob pena de nulidade, a apreensão de documentos abrangidos pelo segredo profissional, ou abrangidos por segredo profissional médico, salvo se eles mesmo constituírem objecto ou elemento de um crime.</p> <p>3 - É correspondentemente aplicável o disposto no nº 3 do artigo anterior.</p>	<p style="text-align: center;"><i>Artigo 180.º</i></p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p><i>1 — À apreensão operada em escritório de advogado ou em consultório médico é correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 5 e 6 do artigo 177.º</i></p> <p><i>2 —</i></p> <p><i>3 —</i></p>
--	--

ANEXO C – INSPEÇÃO JUDICIÁRIA

Registo n.º

Inquérito n.º

INFORMAÇÃO PERICIAL emitida pelo **SERVIÇO DE PERÍCIA CRIMINALÍSTICA**, na qual se demonstra a identidade de um vestígio digital.

INFORMAÇÃO PERICIAL emitida pelo Serviço de Perícia Criminalística, na qual se demonstra a identidade de um vestígio digital.

ANTECEDENTES

No dia 21 de Janeiro de 2013, foi enviada uma lamela de papel fotográfico, que continha transplantado por fita adesiva transparente, o seguinte vestígio de cristas papilares:

- **Um vestígio de espécie digital**

A referida lamela foi encaminhada para o Gabinete Fotográfico, com vista à obtenção do competente suporte através de processo de digitalização e conversão em formato digital, para posteriores procedimentos.

PROCESSO IDENTIFICATIVO

Obtidas as reproduções fotográficas daquele vestígio, procedeu-se ao seu confronto com as impressões digitais existentes no ficheiro desta Polícia, tendo-se verificado que o mesmo identifica-se com o dactilograma correspondente ao dedo indicador da mão esquerda do indivíduo identificado nesta Polícia como

Por conseguinte, fizeram-se ampliações fotográficas do vestígio identificado (indicador esquerdo) e do dactilograma com ele coincidente, aproximadamente a quatro diâmetros do seu tamanho natural, e feitas as necessárias confrontações, comprovou-se:

Que existem, sem nenhuma dissemelhança natural, 13 particularidades ou pontos característicos comuns entre o vestígio digital destacado a tinta vermelha e assinalado com a letra «A» na fotografia de conjunto **NÚMERO UM** e o dactilograma correspondente ao dedo indicador da mão esquerda do indivíduo identificado como (vestígio e dactilograma representados pelas ampliações fotográficas «A» «A'», respectivamente).

Pelo exposto e, de acordo com as considerações técnicas em anexo, tira-se a seguinte:

CONCLUSÃO

O vestígio digital reproduzido fotograficamente, ampliado e assinalado com a letra «A» na fotografia de conjunto **NÚMERO UM**, foi produzido pelo dedo indicador da mão esquerda de . . .

Com o fim de demonstrar graficamente a identidade estabelecida, junta-se à presente informação a fotografia de conjunto **NÚMERO UM** e as ampliações fotográficas do vestígio e do dactilograma correspondente, nas quais se destacaram e numeraram, marginalmente, as suas particularidades.

Porto, 02 de Março de 2013

O Especialista-Adjunto,

O Especialista-Adjunto,

CONSIDERAÇÕES TÉCNICAS

Desde que, no final do Século XIX, se identificaram os autores de alguns delitos mediante as impressões das suas cristas papilares, os criminalistas têm recorrido, cada vez com maior frequência e confiança, a este processo identificativo, que hoje é aceite, sem a menor reserva, por todos os Tribunais de Justiça do mundo civilizado.

Está demonstrado, cientificamente e comprovado por larga experiência, que os desenhos formados pelas cristas papilares das faces palmares das mãos e plantares dos pés, são perenes, imutáveis e infinitamente diversiformes, isto é, que permanecem invariáveis na mesma pessoa, não podendo modificar-se voluntariamente e que todos eles são distintos entre si.

Aqueles desenhos do relevo epidérmico, com os seus detalhes, podem, propositada ou casualmente, reproduzir-se com suficiente fidelidade, quer por impressão – quando as cristas papilares contactam com superfícies adequadas depois de atintadas previamente ou impregnadas de qualquer substância corada ou coberta por transparente película das secreções naturais da pele (estas últimas latentes, mas visíveis após revelação) quer por moldagem – quando premidas sobre matérias plásticas.

Por consequência, pode concluir-se, por comparação e, demonstra-se graficamente, se duas ou mais impressões de cristas papilares, foram ou não produzidas por igual região papilar de uma mesma pessoas. Para isso, não é necessário dispor-se de impressões completas: basta uma parte ou fragmento, com a necessária nitidez no seu desenho e que apresente um número suficiente de particularidades ou pontos característicos – ramificações, interrupções, olhais, etc. – que a individualizem.

O número de pontos característicos coincidentes para se poder afirmar a identidade, varia segundo a originalidade e rareza do desenho, não existindo uniformidade absoluta na jurisprudência dos países, mas grosso modo, pode dizer-se que por todos foram aceites as regras formuladas por **Locard**:

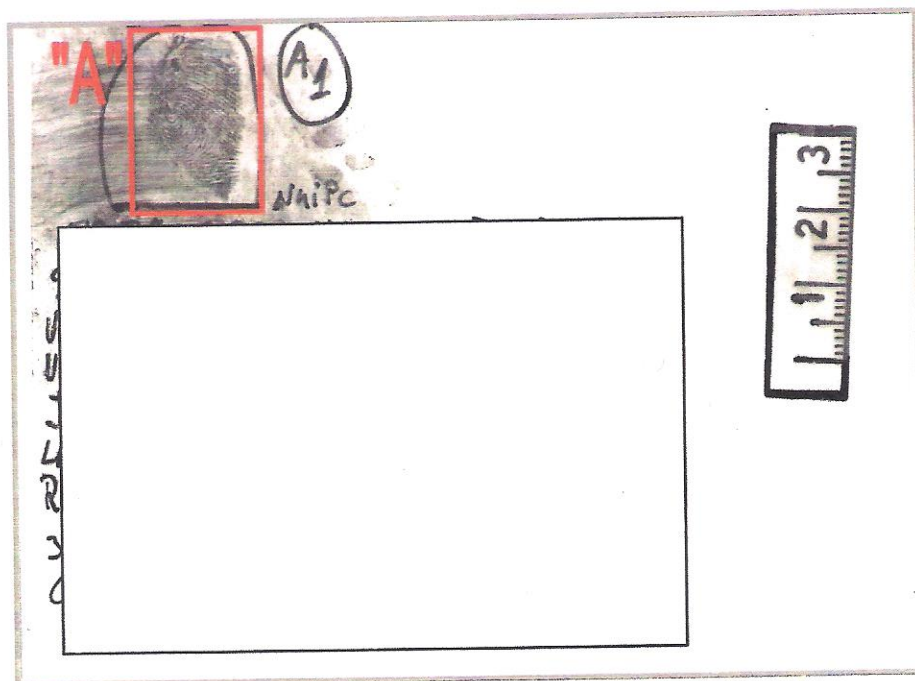
“Em resumo, três ordens de casos podem apresentar-se:

PRIMEIRO: Há mais de doze pontos evidentes; a impressão é nítida: certeza absoluta.

SEGUNDO: Há oito a doze pontos: caso limite. A certeza é em função:

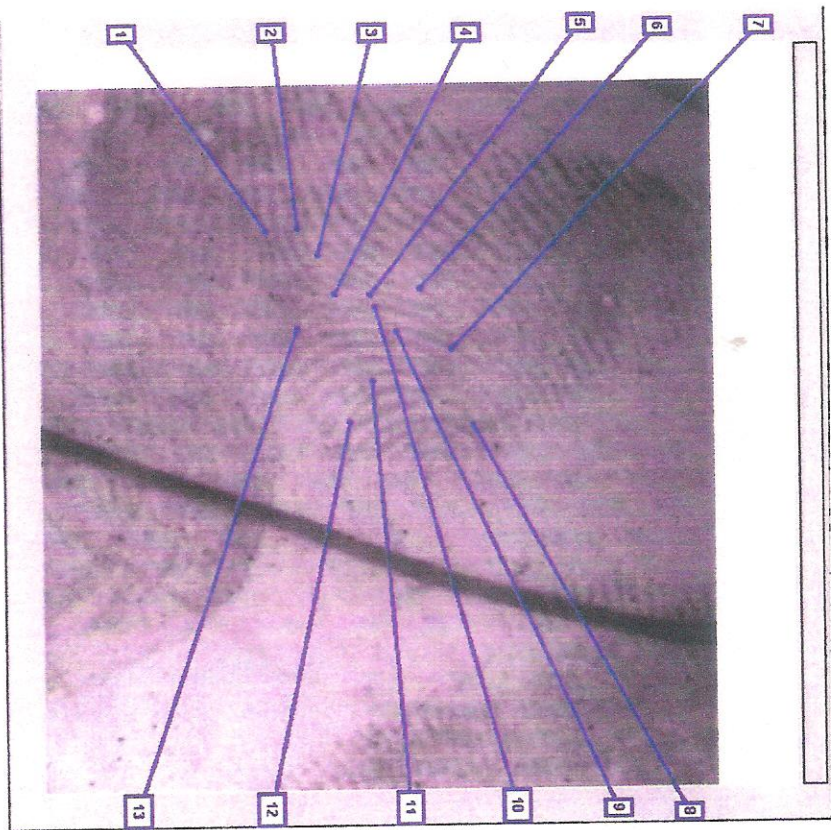
- a) Da nitidez da impressão;
- b) Da raridade do seu tipo;
- c) Da presença do centro da figura ou do delta na parte aproveitável;
- d) Da presença dos poros;
- e) Da perfeita e evidente largura das cristas e sulcos, da direcção das linhas e do valor angular das bifurcações.

TERCEIRO: Há muito poucos pontos: Neste caso, a impressão já não fornece certeza, mas, somente, uma presunção proporcional ao número de pontos e sua nitidez.”

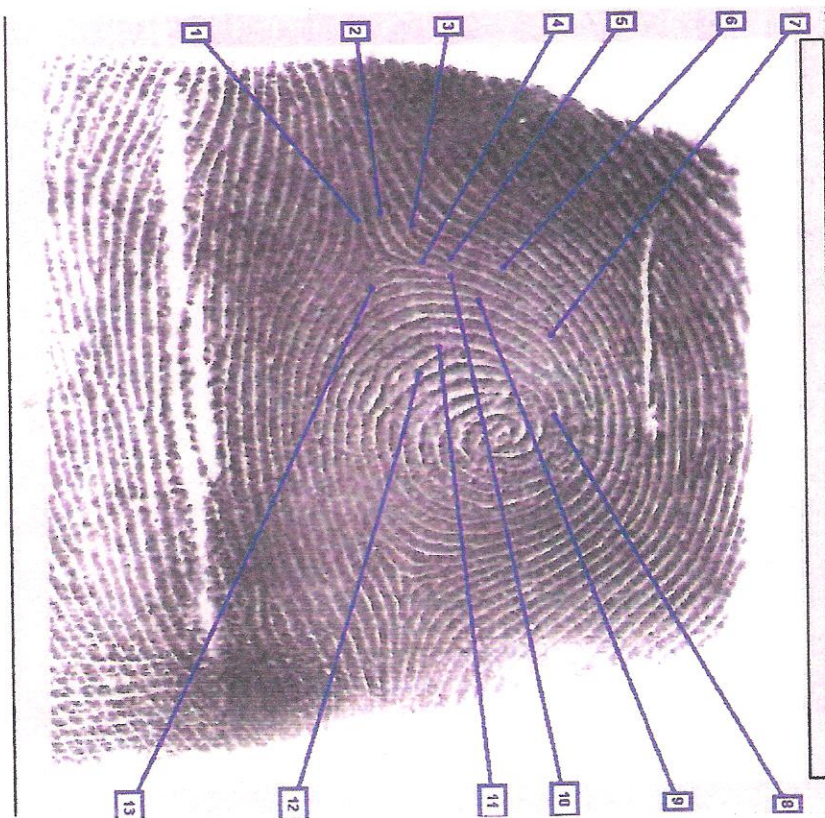


NÚMERO UM: Fotografia de conjunto, no seu tamanho natural, de um dos vestígios recolhidos na Inspeção n.º

Na superfície destacada a tinta vermelha e assinalada com a letra «A», vê-se o vestígio digital que é objecto da presente informação.



“A”: Ampliação fotográfica do vestígio destacado a tinta vermelha e assinalado com a letra “A” na fotografia NÚMERO UM.



“A”: Ampliação fotográfica do dactilograma correspondente ao do ded