

## **DO DIREITO DE EXAME DOS SUPORTES TÉCNICOS E DE OBTENÇÃO DE CÓPIA INTEGRAL DOS MESMOS EM PROCESSO PENAL**

As escutas telefónicas constituem um meio de investigação, um meio de obtenção de prova, que tem vindo a ser alvo, quer por parte do legislador, quer por parte da jurisprudência, de uma constante intervenção e evolução, na busca pelo respeito pelas regras do Estado de Direito, na consideração das constantes evoluções tecnológicas e, essencialmente, na procura de um crescente respeito pelos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

As intercepções telefónicas podem apenas ser utilizadas em sede de processo penal e durante a fase de inquérito, tendo de existir a notícia prévia de um crime grave e têm de ser absolutamente necessárias para a sua prova.

Este meio de obtenção de prova não é admissível no âmbito de acções de prevenção (art.º 1º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro) nem no âmbito dos serviços de informações (art.º 34º, n.º 4 da CRP).

Por ser um meio de tal forma intrusivo da esfera da vida privada, a sua utilização deverá ser sempre realizada com respeito integral pelas regras legais e procedimentais e pelos direitos fundamentais de quem é, ou pode ser, alvo das escutas.

O direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar é um direito fundamental que, não sendo cuidadosamente utilizado, pode vir a atingir informações da esfera íntima e pessoal das partes, sujeitos ou intervenientes processuais, sendo um direito constitucionalmente consagrado no artigo 26º, nº 1 da Constituição da República Portuguesa, que estipula que “a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”, sendo que o n.º 2 do mesmo preceito constitucional, reforça que “a lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e as famílias”

Existem por isso pressupostos materiais de admissibilidade de escutas telefónicas, plasmados no artigo 187.º do Código de Processo Penal, que, de forma muito resumida, são os seguintes:

- a) Existência de processo criminal, pois só podem ser autorizadas escutas telefónicas na pendência do inquérito formalmente aberto.
- b) As escutas devem ser requeridas por parte do Ministério Público ao Juiz de Instrução Criminal, que é a entidade responsável por autorizar a diligência, através de um despacho fundamentado.
- c) Tem de existir a suspeita fundada de que se verificam um dos crimes elencados para que seja admissível a intercepção telefónica
- d) Tem carácter subsidiário, isto é, só se não existir outra forma cabal de obter a verdade material se pode lançar mão de instrumento tão intrusivo.
- e) Estão elencadas as pessoas que podem ser escutadas, pelo que há uma delimitação subjectiva.
- f) Há ainda um requisito material de admissibilidade que se prende com a duração da escuta pelo prazo de três meses, ainda que renovável, para garantia da segurança jurídica e da protecção dos direitos fundamentais.

**A Reforma do Código de Processo Penal efectuada em 2007, veio estipular o regime para as formalidades exigidas para a realização das escutas telefónicas actualmente em vigor, o que nos aproxima do caso em análise, porquanto a questão de fundo que pretendemos analisar é a de saber a que suportes técnicos das conversações e comunicações, podem o arguido e o assistente aceder. E afinal a que suportes técnicos das conversações e comunicações podem o arguido e o assistente aceder?**

O artigo 188.º do Código do Processo Penal estipula quais as formalidades legalmente exigíveis para que possam ser válidas as escutas telefónicas, em sede de processo penal, referindo, resumidamente, que:

- 1) O órgão de polícia criminal que efectuou a escuta deve dela lavrar competente auto, bem como relatório sobre as passagens relevantes e fundamentar a mesma.
- 2) Deve de seguida dar conhecimento ao Ministério Público, quinzenalmente, dos supra referidos autos e relatórios
- 3) Por sua vez, o Ministério Público dá conhecimento ao Juiz de Instrução, no prazo de 48 horas.
- 4) O Juiz poderá coadjuvar-se de intérpretes se necessário para apreciar o conteúdo dos referidos autos e relatórios, com vista a determinar ou não a destruição do que não for relevante para a descoberta da verdade material
- 5) O Ministério Público requer ao Juiz de Instrução a transcrição das escutas que considera pertinentes para fundamentar a aplicação de medidas de coacção ou de garantias patrimoniais.
- 6) Após o *terminus* do inquérito, o assistente e o arguido têm a faculdade de examinar os suportes técnicos das conversações ou comunicações e, a suas expensas, solicitar cópia do que pretendam transcrever para juntar aos autos, nos prazos aí estipulados.
- 7) Só são válidas como prova as escutas transcritas e indicadas como meios de prova na acusação ou as que o arguido mandar transcrever no requerimento de abertura de instrução ou na sua contestação ou as que o assistente solicitar que sejam transcritas

Analisando a questão da destruição das escutas previstas no n.º 6 do artigo 188.º do CPP, conjugando com o regime do segredo de justiça, claro se torna que o que se pretende proteger é o direito que o arguido e o assistente têm ao exercício do contraditório.

Só quando do encerramento do inquérito, é que o Ministério Público seleciona e manda transcrever as escutas que entende necessárias a fim de vir a provar a matéria constante da acusação.

Nesta fase, o arguido pode consultar e ter acesso a todas as escutas juntas aos autos e pode juntar a transcrição das mesmas ao requerimento de abertura da instrução ou à contestação, que vier a deduzir, para se defender e contraditar a prova da acusação.

Igualmente o assistente goza do mesmo direito, podendo fazê-lo no seu requerimento de abertura da instrução.

Chegamos aqui à questão que deu origem à necessidade de fixação de jurisprudência, por parte do Supremo Tribunal de Justiça, em virtude de existirem decisões proferidas pelo Tribunal da Relação de Lisboa que não são coincidentes quanto ao direito do arguido de, findo o inquérito, examinar a globalidade do conteúdo das escutas telefónicas realizadas e requerer cópia integral das mesmas. Os acórdãos conflituantes interpretam de forma distinta o n.º 8 do artigo 188.º do Código de Processo Penal, cujo texto é o seguinte:

*«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 de instrução ou apresentar a contestação, respectivamente».*

A divergência prende-se assim com o alcance que se dá ao acesso, por parte do arguido ou assistente, aos suportes técnicos das conversações ou comunicações e à obtenção de cópia das partes que entenda que são relevantes transcrever para os autos, bem como dos relatórios sobre as passagens relevantes para acusação.

Porquanto um dos acórdãos, o acórdão fundamento, entendeu que até ao termo dos prazos previstos no n.º 8 do artigo 188.º do Código de Processo Penal, tendo sido encerrado o inquérito com dedução de acusação, o arguido tem o direito de obter cópia de todas as gravações de conversações telefónicas realizadas, mesmo das que já houverem sido transcritas no processo. E assim é desde logo para aferir da correcção ou da completude das transcrições. Já outro, o acórdão recorrido, negou o direito de o arguido obter cópia dos suportes técnicos referentes a conversações ou comunicações que não se propôs transcrever para juntar ao processo, isto é, apenas poderia obter cópia das gravações de conversações telefónicas que não houvessem sido transcritas, e das que o foram, apenas poderia ter acesso em relação às quais pretendesse apresentar nova transcrição por discordar da já feita. O que é um sofisma. Tanto o Ministério Público nas suas alegações, como o Supremo Tribunal de Justiça, concordam com a solução preconizada pelo Acórdão Recorrido, tendo sido fixada a jurisprudência no sentido em que **“a partir do encerramento do inquérito com dedução de acusação, o arguido, até ao termo dos prazos referidos no n.º 8 do artigo 188.º do Código de Processo Penal, tem o direito de examinar todo o conteúdo dos suportes técnicos referentes a conversações ou comunicações escutadas e de obter, à sua custa, cópia das partes que pretenda transcrever para juntar ao processo, mesmo das que já tiverem sido transcritas, desde que a transcrição destas se mostre justificada.”**<sup>1</sup>

A posição defendida pelo Ministério Público é a de que o legislador não pretendeu atribuir ao arguido e ao assistente a faculdade de obter cópias da totalidade dos suportes técnicos das conversações ou comunicações que foram consideradas relevantes e que já se encontram transcritas, permitindo apenas o seu exame na secretaria, por considerar que este é um regime excepcional, uma vez que tem de ser conciliado com os demais direitos fundamentais, designadamente a reserva da intimidade da vida privada e familiar o direito à palavra e da inviolabilidade das comunicações (arts. 26.º e 34.º, n.ºs 1 e 4, da CRP).

---

<sup>1</sup> In Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 3/2017 de 11 de Abril de 2017  
<http://data.dre.pt/eli/acstj/3/2017/04/11/p/dre/pt/html>

Considerando esta interpretação restritiva de direito que está assegurado o direito à defesa e ao contraditório, pois que o que se visa preservar são os demais direitos constitucionais e a eventual propagação do conteúdo das escutas. O que não se percebe, pois os advogados têm também o dever de não discutir os processos pendentes, assim como os magistrados têm o dever de reserva. A que acresce que se há escutas que aparecem a público, são sobretudo escutas de processos em segredo de justiça e a que os advogados não acedem.

O acórdão de fixação de jurisprudência, argumenta ainda que não tem acolhimento o invocado no acórdão fundamento sobre o alcance do artigo 86º, n.º 6, al. c) do Código de Processo Penal, porquanto este artigo se refere à obtenção de cópias de autos relativos a actos processuais a que o público em geral possa aceder. Ora, diz, os suportes técnicos das conversações ou comunicações gravadas não constituem sequer auto. É argumento sem validade, sequer formal.

O acórdão de fixação de jurisprudência igualmente repudia a aplicabilidade do artigo 89.º, n.º 4 do Código de Processo Penal, ainda que este estipule que, encerrado o inquérito, torna-se o processo público e o arguido, o assistente, o ofendido, o lesado e o responsável civil podem obter a confiança dos autos para os examinarem fora da secretaria, e isto por se entender que os suportes técnicos das conversações ou comunicações gravadas, na medida em que, diz, não fazem parte do processo, que o que faz parte do processo são as transcrições que deles se obtêm.

Aliás, os mesmos são destruídos caso não sejam transcritos para servirem como meio de prova e nem chegam a ser juntos ao processo, sendo guardados em envelope lacrado à ordem do tribunal e destruídos após o trânsito em julgado da decisão que puser termo à causa, e aqueles que não forem destruídos - respeitantes a conversações ou comunicações transcritas e juntas para valerem como prova - só ficam junto ao processo após o trânsito em julgado da decisão que lhe puser termo, sem que verdadeiramente o integrem, pois ficam guardados em envelope lacrado, indisponíveis, só podendo ser utilizados em caso de interposição de recurso extraordinário, nos termos dos n.ºs 12 e 13 do artigo 188.º do Código de Processo Penal. Mais uma vez confunde-se o não estarem acessíveis a não constarem do processo.

Não obstante os argumentos espelhados no acórdão, não concordamos com a posição de fundo tomada pelo mesmo.

Na verdade o que parece ser uma decisão conforme aos princípios e regras do processo penal português é, na verdade, uma decisão que coloca sobre o arguido um ónus impossível e cumprir, coarctando de um modo significativo as suas garantias de defesa e acentuando a desigualdade de armas pré-existentes e, mais, lançando a desconfiança sobre os advogados. Para ambas as partes, estarem em paridade de condições e para que haja um processo justo e equitativo, a igualdade requer que cada uma das partes no processo possa sustentar a sua posição, em condições tais, que não a coloquem em desvantagem em relação à outra parte. Mais, este acórdão reflecte, por parte do Ministério Público e pelos OPC, uma desconfiança relativamente ao desempenho profissional e deontológico dos Advogados, quando, na verdade estes estão sujeitos a deveres éticos-deontológicos apertados, designadamente a manter a reserva ou o sigilo profissional e a jamais podem utilizar tais elementos, a não ser no estrito exercício do seu *munus*.

Apesar dos mandatários terem como corolário fundamental no exercício da sua profissão a defesa dos direitos e legítimos interesses de quem os representa, estão limitados pelos princípios regulamentados pelo Estatuto da Ordem dos Advogados. Contudo, é frequente constatar que alguns dos direitos permitidos aos advogados são-lhes vedados ou dificultados, por uma questão de, dito, excesso de zelo, por parte dos Senhores Magistrados, e não por violação ao direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, que apesar de constitucionalmente protegido, neste caso são subsumidos em prol da defesa do arguido.

Acresce, ainda, que o pedido da “confiança” do processo, englobando todos os apensos, permitirá ao mandatário poder, eventualmente, obter cópia de todos os elementos do processo, nomeadamente de todas as conversações telefónicas gravadas e transcritas, ou não, no processo, o que não será possível pela simples consulta na secretaria, de toda a informação que possa ser fundamental para o exercício cabal daquele direito de defesa do seu constituínte.

Não se esqueça que não só há prazos apertados – 20 dias para requerer a abertura de instrução, de processo investigado durante anos e com dezenas de volumes e centenas de apensos, como normalmente o advogado tem outros processos em curso e só pode analisar os autos e os seus elementos fora da hora de expediente, à noite e nos fins-de-semana. Logo, podendo, o Ministério Público aceder, a todo o momento, ao processo e seus apensos e examiná-lo no seu gabinete, não se compreende, em respeito do princípio da “igualdade de armas”, e de um “processo justo e equitativo”, que seja vedado ou dificultado ao mandatário ou demandante aquela “confiança”.

Na realidade, obrigar o advogado a deslocar-se à secretaria judicial e aí permanecer durante horas, com as limitações horárias do funcionamento da mesma, é claramente irreal. Qualquer agente da justiça minimamente conhecedor do funcionamento do processo penal não hesitaria em contrapor que só com muita ingenuidade se poderia acreditar nas virtudes desta solução. Em conclusão, a solução encontrada pelos juízes que constituem o pleno das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, constitui uma restrição inaceitável do direito do arguido a exercer de forma plena a sua defesa.

Tal facto mais grave se torna se tivermos em conta que, devido à estrutura do processo penal português, a acusação não sofre o mesmo tipo de limites que são impostos à defesa.

Ao contrário do arguido, o Ministério Público tem acesso a todas as comunicações interceptadas e tem a oportunidade de as considerar ou não relevantes para o processo.

Este entendimento promove uma assimetria de meios e mina as garantias de defesa constitucionalmente asseguradas ao arguido em processo penal.

Assim sendo, o arguido deveria ter o direito a que, após a acusação, lhe seja entregue cópia, em suporte digital, de todas as sessões telefónicas constantes dos autos no processo.

Não faz sentido que aquele que foi objecto de uma investigação e entretanto alvo de um libelo acusatório não possa beneficiar de todos os elementos que possam ser úteis para a sua defesa e lhe seja vedado ou dificultado o acesso ao processo.

Miguel Gomes Ferreira

Bárbara Monteiro Garcia