

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
DOUTOR EM DIREITO
PROFESSOR ASSOCIADO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PROFESSOR ADJUNTO DO ILLINOIS COLLEGE OF LAW

CONSULTA

O Dr. JORGE PAULO MARTINS PEREIRA DOS PENEDOS
coloca-nos quatros questões para formulação de parecer:

- 1. As escutas/intercepções de que foi alvo o arguido PAULO PENEDOS no processo 362/08.1JAAVR são válidas?**
- 2. Quais as consequências jurídicas da sua invalidade?**
- 3. A destruição dos produtos das escutas/intercepções ordenada no processo 362/08.1JAAVR e na sua “extensão procedimental” é valida?**
- 4. Quais as consequências jurídicas da sua invalidade?**

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
DOUTOR EM DIREITO
PROFESSOR ASSOCIADO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PROFESSOR ADJUNTO DO ILLINOIS COLLEGE OF LAW

Para emissão do parecer foram-me apresentados CDs com cópia digitalizada dos 77 primeiros volumes dos autos, bem como fotocópias dos apensos 11 e 12 e da sua “extensão procedimental” e ainda uma fotocópia do acórdão do Tribunal Constitucional proferido sobre reclamação do assistente VITOR RAINHO nos presentes autos.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
DOUTOR EM DIREITO
PROFESSOR ASSOCIADO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PROFESSOR ADJUNTO DO ILLINOIS COLLEGE OF LAW

PARECER

I

- 1. Os autos foram instaurados por despacho do Ministério Público de 7 de Novembro de 2008, correndo contra suspeito determinado.**
- 2. O arguido PAULO PENEDOS foi escutado desde 18 de Maio de 2009 a 16 de Agosto de 2009.**
- 3. A escuta foi ordenada pelo juiz de instrução de Aveiro (fls. 2624).**
- 4. Com efeito, no dia 11 de Maio de 2009, o juiz de instrução de Aveiro autorizou a intercepção e gravação das comunicações telefónicas de e para os cartões de acesso ao serviço móvel terrestre**

com os números 966787888 e 966788386 (PAULO PENEDOS) e dos *imeis* dos equipamentos que lhe estejam associados, bem como o envio da facturação detalhada *online* relativa às comunicações de e para os postos telefónicos mencionados, identificação *online* da localização celular e a identificação dos *imeis* dos equipamentos nos quais se acham a ser utilizados os cartões de acesso ao serviço móvel terrestre citados.

5. O pedido desta diligência tinha sido feito pelo Ministério Público a 8 de Maio de 2009 (fls. 2611), na sequência da prévia solicitação da PJ, a 6 de Maio de 2009 (fls. 2468).
6. O pedido foi deferido por ser uma diligência “essencial para a descoberta da verdade” e a “única forma de obtenção de prova”, tendo em conta que se indiciava a prática dos crimes de corrupção activa para acto ilícito previsto no artigo 372.º, n.º 1, do CP, corrupção para acto ilícito previsto no artigo 374.º, n.º 1, do CP e tráfico de influência previsto no artigo 335.º, n.º 1, al.ª a) do CP e “os contactos entre o suspeito MANUEL GODINHO e as pessoas que com ele colaboram na actividade delituosa se realizam, amiúde, telefonicamente” (fls. 2624).

7. O despacho judicial é legal, pois a sua fundamentação cumpre os requisitos do artigo 187.º
8. Os crimes indiciados admitem este meio de obtenção de prova, nos termos do artigo 187.º, n.º 1, al.ª a) do CPP. Os indícios sustentavam-se nas escutas telefónicas já realizadas ao suspeito NANUEL GODINHO, nas diligências externas de vigilância e no seguimento do dito suspeito.
9. Embora o adjectivo “essencial” não seja a palavra preferida pela lei, o argumento de que a diligência era a “única forma de obtenção de prova” revela que se tratava de uma diligência “indispensável para a descoberta da verdade”.
10. A escuta telefónica ao arguido PAULO PENEDOS não foi determinada como primeiro meio de obtenção de prova no início do inquérito, nem com base em denúncia anónima.
11. Foram elaborados autos de intercepção e gravação das comunicações telefónicas de e para o cartão telefónico com o n.º 966788386 (alvo 39263M) e do *imei* associado ao dito cartão (alvo 39263IE) no período de 18.5.2009 a 26.5.2009 e respectivos relatórios de 1.6.2009.

12. No dia 4 de Junho de 2009, o juiz de instrução de Aveiro determinou a junção dos suportes respeitantes ao cartão n.º 966788386 (alvo 39263M) e ao *imei* associado ao dito cartão (alvo 39263IE) (período de 18.5.2009 a 26.5.2009), a transcrição das respectivas comunicações e a manutenção dos restantes registos “por não revelarem qualquer interesse para a investigação” (fls. 2837).
13. Tendo em conta a data de 18 de Maio, o controlo judicial no dia 4 de Junho foi tempestivo.
14. Foram elaborados autos de intercepção e gravação das comunicações telefónicas de e para o cartão telefónico com o n.º 966788386 (alvo 39263M) e do *imei* associado ao dito cartão (alvo 39263IE) no período de 27.5.2009 a 2.6.2009 e respectivos relatórios de 4.6.2009.
15. No dia 8 de Junho de 2009, o juiz de instrução de Aveiro determinou a junção dos suportes respeitantes ao cartão n.º 966788386 (alvo 39263M) e ao *imei* associado ao dito cartão (alvo 39263IE) (período de 27.5.2009 a 2.6.2009), a transcrição das respectivas comunicações e a manutenção dos restantes registos “por não revelarem qualquer interesse para a investigação” (fls. 2911)

16. Tendo em conta a data de 27 de Maio, o controlo judicial no dia 8 de Junho foi tempestivo.
17. Foram elaborados autos de intercepção e gravação das comunicações telefónicas de e para o cartão telefónico com o n.º 966788386 (alvo 39263M) e do *imei* associado a este cartão (alvo 39263IE) no período de 3.6.2009 a 14.6.2009 e respectivos relatórios de 17.6.2009.
18. No dia 23 de Junho de 2009, o juiz de instrução de Aveiro determinou a junção dos suportes respeitantes ao cartão n.º 966788386 (alvo 39263M) e ao *imei* associado ao dito cartão (alvo 39263IE) (período de 3.6.2009 a 14.6.2009), a transcrição das respectivas comunicações e a manutenção dos restantes registos “por não revelarem qualquer interesse para a investigação” (fls. 3110).
19. O controlo judicial não foi tempestivo, uma vez que ocorreu depois de terminado o prazo para efeito previsto pela lei.
20. Com efeito, dentro de 48 horas contadas desde a apresentação das escutas pelo OPC e até ao 17º dia contado desde o início da intercepção, o Ministério Público tem de avaliar o auto intercalar e o relatório, bem como os correspondentes suportes técnicos, pronunciar-se sobre os mesmos na sua promoção e apresentá-los ao

juiz. O juiz aprecia as escutas, após ter ouvido pessoalmente as conversações gravadas. O artigo 188.º não fixou explicitamente um prazo entre a apresentação do processo pelo Ministério Público e o despacho judicial de validação das escutas. Esse prazo resulta da concatenação de várias normas. O juiz deve proferir despacho no prazo máximo de vinte e quatro horas, nos termos do artigo 268.º, n.º 4, combinado com o artigo 269.º, n.º 2 (também assim, CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, Escutas telefónicas: a mudança de paradigma e os velhos e novos problemas, in Revista do CEJ, n.º 9, 2008 p. 255, e a anotação 1.ª ao artigo 188.º no meu Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 3.ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008).

- 21. Sendo o início da escuta de 3 de Junho, o processo deveria ter sido apresentado ao juiz de instrução até ao dia 20 de Junho, como foi, uma vez que a conclusão é de 18 de Junho. Sucede, contudo, que o despacho judicial é dado somente no dia 23 de Junho, ou seja, bem para além do limite legal máximo de 24 horas.**
- 22. Foram elaborados autos de intercepção e gravação das comunicações telefónicas de e para o cartão telefónico com o n.º**

966788386 (alvo 39263M) e do *imei* associado a este cartão (alvo 39263IE) no período de 15.6.2009 a 24.6.2009 e respectivos relatórios de 25.6.2007.

23. No dia 29 de Junho de 2009, o juiz de instrução de Aveiro determinou a junção dos suportes respeitantes ao cartão n.º 966788386 (alvo 39263M) e do *imei* associado a este cartão (alvo 39263IE) (período 15.6.2009 a 24.6.2009), a transcrição das respectivas comunicações e a manutenção dos restantes registos “por não revelarem qualquer interesse para a investigação” (fls. 3173). Sem qualquer razão aparente, no dia 6 de Julho de 2009, o juiz de instrução determinou, de novo, a junção dos suportes respeitantes ao cartão n.º 966788386 (alvo 39263M) e ao *imei* associado a este cartão (alvo 39263IE) relativamente ao mesmo período de 15.6.2009 a 24.6.2009, a transcrição das respectivas comunicações e a manutenção dos restantes registos “por não revelarem qualquer interesse para a investigação” (fls. 3317 e 3318).
24. Tendo em conta a data de 15 de Junho, o controlo judicial no dia 29 de Junho foi tempestivo.
25. Foram elaborados autos de intercepção e gravação das comunicações telefónicas de e para o cartão telefónico com o n.º

966788386 (alvo 39263M) e do *imei* associado a este cartão (alvo 39263IE) no período de 25.6.2009 a 2.7.2009, e respectivos relatórios de 7.7.2009.

26. No dia 10 de Julho de 2009, o juiz de instrução de Aveiro determinou a junção dos suportes respeitantes ao cartão n.º 966788386 (alvo 39263M) e ao *imei* associado a este cartão (alvo 39263IE) (período 25.6.2009 a 2.7.2009), a transcrição das respectivas comunicações e a manutenção dos restantes registos “por não revelarem qualquer interesse para a investigação” (fls. 3351).
27. Este despacho encontra-se “rasurado e rectificado para “4373, 4569 e 4695) conforme o ordenado no douto despacho de fls. 13950”.
28. Com efeito, na versão inicial do despacho, o juiz de instrução apenas mandou juntar aos autos os produtos 3892, 3894, 3943, 3986, 3997, 3998, 3999, 4000, 4001, 4002, 4004, 4068, 4081, 4035, 4091, 4203 e 4260 do alvo 39263IE, nada dizendo sobre os produtos 4373, 4569 e 4695. Só passados quase seis meses, a 5 de Janeiro de 2010, é que o juiz de instrução se pronuncia sobre a junção aos autos e a transcrição dos produtos 4373, 4569 e 4695 do alvo 39263IE. Ou seja, manifestamente fora de prazo para o efeito.

29. O “lapso” a que alude o Meritíssimo juiz de instrução não é um lapso, mas uma alteração substantiva do despacho de 10 de Julho de 2009, uma vez que estes produtos tratam de conversas com temas totalmente diversos daqueles e constituem, por isso, um universo de escutas que não pode ser confundido com os descritos a fls. 95 do apenso 12.
30. Sendo assim, a “rectificação” do despacho de 10 de Julho de 2009, no sentido da inclusão dos produtos 4373, 4569 e 4695 do alvo 39263IE, não sana a intempestividade da ordem judicial de junção e transcrição dos referidos produtos dada mais de seis meses depois da data de apresentação dos ditos produtos ao juiz.
31. Foram elaborados autos de interceptação e gravação das comunicações telefónicas de e para o cartão telefónico com o n.º 966788386 (alvo 39263M) e do imei associado a este cartão (alvo 39263IE) no período de 3.7.2009 a 13.7.2009, e respectivos relatórios de 15.7.2009.
32. No dia 20 de Julho de 2009, o juiz de instrução de Aveiro determinou a junção dos suportes respeitantes ao cartão n.º 966788386 (alvo 39263M) e ao imei associado a este cartão (alvo 39263IE) (período 3.7.2009 a 13.7.2009), a transcrição das respectivas

comunicações e a manutenção dos restantes registos “por não revelarem qualquer interesse para a investigação” (fls. 3529 e 3530).

33. Tendo em conta a data de 3 de Julho, o controlo judicial no dia 20 é tempestivo.
34. Foram elaborados autos de intercepção e gravação das comunicações telefónicas de e para o cartão telefónico com o n.º 966788386 (alvo 39263M) e do *imei* associado a este cartão (alvo 39263IE) no período de 14.7.2009 a 22.7.2009, e respectivos relatórios de 24.7.2009.
35. No dia 30 de Julho de 2009, o juiz de instrução de Aveiro determinou a junção dos suportes respeitantes ao cartão n.º 966788386 (alvo 39263M) e do *imei* associado a este cartão (alvo 39263IE) (período 14.7.2009 a 22.7.2009), a transcrição das respectivas comunicações e a manutenção dos restantes registos “por não revelarem qualquer interesse para a investigação” (fls. 3796 e 3797).
36. Tendo em conta a data de 14 de Julho, o controlo judicial no dia 30 de Julho é tempestivo.
37. Foram elaborados autos de intercepção e gravação das comunicações telefónicas de e para o cartão telefónico com o n.º

966788386 (alvo 39263M) e do *imei* associado a este cartão (alvo 39263IE) no período de 23.7.2009 a 2.8.2009, e respectivos relatórios de 4.8.2009.

38. No dia 7 de Agosto de 2009, o juiz de instrução de Aveiro determinou a junção dos suportes respeitantes ao cartão n.º 966788386 (alvo 39263M) e ao *imei* associado a este cartão (alvo 39263IE) (período 23.7.2009 a 2.8.2009), a transcrição das respectivas comunicações e a manutenção dos restantes registos “por não revelarem qualquer interesse para a investigação” (fls. 3778 e 3779).

39. Tendo em conta a data de 23 de Julho, o controlo judicial no dia 7 de Agosto é tempestivo.

40. Foram elaborados autos de intercepção e gravação das comunicações telefónicas de e para o cartão telefónico n.º 966788386 (alvo 39263M) e o *imei* associado a este cartão (alvo 39263IE) no período de 3.8.2009 a 13.8.2009 e respectivos relatórios de 14.8.2009.

41. No dia 21 de Agosto de 2009, o juiz de instrução de Aveiro determinou que ficassem nos autos nos termos do artigo 188.º, n.º 12 do CPP os registos respeitantes ao cartão n.º 966788386 (alvo 39263M) e ao *imei* associado a este cartão (alvo 39263IE) (período

3.8.2009 a 13.8.2009), “por não revelarem qualquer interesse para a investigação” (fls. 3859 e 3860).

42. Tendo em conta a data de 3 de Agosto, o controlo judicial no dia 21 de Agosto é tempestivo.
43. Foram elaborados autos de intercepção e gravação das comunicações telefónicas de e para o cartão telefónico n.º 966788386 (alvo 39263M) e o *imei* associado a este cartão (alvo 39263IE) no período de 14.8.2009 a 16.8.2009, com data de 27.8.2009.
44. No dia 31 de Agosto de 2009, o juiz de instrução de Aveiro determinou que ficassem nos autos nos termos do artigo 188.º, n.º 12 do CPP os registos respeitantes ao cartão n.º 966788386 (alvo 39263M) e ao *imei* associado a este cartão (alvo 39263IE) (período 14.8.2009 a 16.8.2009), “por não revelarem qualquer interesse para a investigação” (fls. 4016 e 4017).
45. Tendo em conta a data de 14 de Agosto, o controlo judicial no dia 31 de Agosto é tempestivo.

46. Tudo visto, são nulas as escutas/intercepções realizadas aos alvos 39263M e 39263IE no período de 3.6.2009 a 14.6.2009, por controlo judicial fora de prazo, como são nulas as gravações ao alvo 39263IE no período de 25.6.2009 a 2.7.2009, por a "rectificação" do despacho de 10 de Julho de 2010 consubstanciar uma alteração material do despacho, sendo intempestiva a ordem judicial de junção e transcrição dada mais de seis meses depois.
47. Nos termos do artigo 190.º do CPP, são nulas as escutas que não sejam tempestivamente controladas pelo juiz.
48. É compreensível que assim seja. A razão político-criminal para cominar com a nulidade o controlo judicial intempestivo das escutas é óbvia. O atraso por período ilimitado do controlo judicial permitiria a continuidade da escuta sem um controlo efectivo do juiz, no fundo, sem uma fiscalização judicial continuada. Dito de modo outro, se o juiz não tivesse qualquer prazo para fiscalizar as escutas que lhe eram submetidas pelo Ministério Público, verdadeiramente o prazo quinzenal de sujeição das escutas ao Ministério Público era inútil, como era inútil o prazo de dois dias que o Ministério Público tem para se pronunciar. Por isso, só há verdadeiro acompanhamento e

fiscalização real da escuta pelo juiz, porque também ele tem de se pronunciar dentro de um prazo temporal. E esse prazo é o prazo de vinte e quatro horas, fixado nos termos do artigo 268.º, n.º 4, combinado com o artigo 269.º, n.º 2. Desrespeitado esse prazo, a escuta fica prejudicada, pois não teve em tempo útil a devida fiscalização judicial *a posteriori*. E escuta sem controlo judicial posterior não vale, é nula.

49. De outro modo, violam-se as garantias constitucionais da defesa e do processo equitativo e os princípios fundamentais da protecção da reserva da vida privada do segredo das telecomunicações diante das invasões do Estado.

50. Aliás, é inconstitucional, por violar o artigo 32.º, n.º 1 e 8, da CRP e os artigos 6.º, n.º 1, e 8 da CEDH a interpretação dos artigos 188.º, 268, n.º 4, e 269, n.º 1, al.ª e) e n.º 2, do CPP que considere que o juiz não tem prazo para controlar as escutas/intercepções apresentadas pelo Ministério Público nos termos do artigo 188.º, n.º 4. Como é inconstitucional, por violar as referidas disposições constitucionais e convencionais, a interpretação dos artigos 187.º, 188.º e 190.º do CPP, conjugados com os artigos 268, n.º 4, e 269, n.º 1, al.ª e) e n.º 2, que não considere nulas as escutas/intercepções

controladas pelo juiz de instrução fora do prazo legal de 24 horas
contadas desde a apresentação das escutas/intercepções pelo
Ministério Público para o efeito.

51. Esta conclusão impõe-se em face da exigente jurisprudência do Tribunal Constitucional.
52. Como já concluiu o Tribunal Constitucional, o acompanhamento judicial da diligência deve ser “contínuo” e “próximo temporal e materialmente da fonte”, de tal modo que o auto da interceptação e gravação de conversações telefónicas deve ser, de imediato, lavrado e levado ao conhecimento do juiz, a fim de que este possa decidir atempadamente sobre a junção ao processo dos elementos recolhidos, ou de alguns deles, e decidir atempadamente, antes da junção ao processo de novo auto da mesma espécie, sobre a manutenção ou alteração da decisão que ordenou as escutas (acórdão do Tribunal Constitucional n.º 407/97).
53. É precisamente esta intervenção contínua, próxima, atempada do juiz que assegura as referidas garantias constitucionais da defesa e do processo equitativo e os mencionados princípios fundamentais da protecção da reserva da vida privada do segredo das telecomunicações diante das invasões do Estado.

54. A arguição da nulidade no requerimento de abertura de instrução é tempestiva, por força do artigo 120, n.º 3, al.ª c), do CPP (ver a anotação 15.ª ao artigo 120.º do meu “Comentário do Código de processo Penal...”), apesar do arguido PAULO PENEDOS ter tido acesso às suas escutas em 7 de Janeiro de 2010.
55. Com efeito, vale aqui também a boa jurisprudência do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 411/2002, que julgou inconstitucional o artigo 105.º, n.º 1, do CPP quando interpretado no sentido de que o prazo nele referido abrange a arguição de nulidade respeitante a escutas telefónicas ocorrida durante o inquérito.
56. Aliás, em bom rigor, prevendo o artigo 190.º uma verdadeira proibição de prova, a sua violação é arguível durante todo o processo (ver a anotação 2.ª ao artigo 190.º e a anotação 6.ª ao artigo 126.º no meu “Comentário do Código de Processo Penal...”, 3.ª edição).
57. As escutas nulas têm efeitos jurídicos que se repercutem na acusação, em virtude da relação manifesta de causa e efeito entre as escutas e a acusação.
58. De facto, os artigos 1144.º a 1194.º da acusação baseiam-se nas escutas realizadas neste período de 3 de Junho a 14 de Junho de 2009, uma vez que os produtos 2366, 2412, 2518, 2544, 2559, 2612, 2638,

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
DOUTOR EM DIREITO
PROFESSOR ASSOCIADO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PROFESSOR ADJUNTO DO ILLINOIS COLLEGE OF LAW

2640, 2641, 2643, 2644, 2655, 2772, 2782, 2880, 2986, 2987, 2988, 2989, 2990, 2991, 2994, 3034, 3147, 3148, 3153, 3244, 3245, 3342, 3478, 3482, 3489 e 3507 do alvo 39263M referidos no despacho judicial de fls. 3110 são expressamente apontados pelo Ministério Público como meios de prova da acusação (fls. 25713). A acusação baseia-se ainda nas escutas nulas resultantes dos produtos 4373, 4569 e 4695 do alvo 39263IE, que são expressamente apontados pelo Ministério Público como meios de prova (fls. 25713).

59. Assim, a nulidade das escutas gera irremediavelmente a nulidade da acusação (artigo 122.º do CPP). Havendo um nexó causal irrefutável, como há, entre um meio de prova viciado e a acusação, não pode subsistir a acusação que neles se baseia.

III

60. A terceira questão colocada pela consulta incide sobre a legalidade da destruição dos produtos das escutas/intercepções ordenada na “extensão procedimental” do processo 362/08.1.JAAVR.

61. No dia 23 de Junho de 2009, o Ministério Público da comarca do Baixo Vouga entendeu que se indiciava a prática do crime de atentado contra o Estado de Direito previsto no artigo 9.º da Lei n.º 34/87, de 16.7, e requereu a extracção da totalidade das gravações relativas aos alvos 39263M, 39263IE e 1X372M, dos correspondentes relatórios e dos despachos judiciais relativos à autorização, manutenção e cessação das intercepções telefónicas “para autonomização da investigação, nos termos do artigo 187.º, n.º 1, 7 e 8 do CPP” (fls. 3148, sublinhado meu).
62. Nesse mesmo dia 23 de Junho de 2009, o juiz de instrução de Aveiro deferiu ao requerido, comungando do juízo sobre os “indícios muito fortes da existência de um plano criminoso” (fls. 3150 e 3151). Foi então extraída a primeira certidão do caso TVI.
63. No dia 25 de Junho de 2009, o Ministério Público da comarca do Baixa Vouga requereu a extracção de cópia das comunicações a que se alude a fls. 102 do apenso 11 e a fls. 69 e 70 do apenso 12 e a fls. 9 do apenso 16 “que se destinam a ser juntas ao Inquérito instaurado com base nas cópias cuja extracção se faz a referência a fls. 3151” (fls. 3165).

64. O juiz de instrução de Aveiro deferiu ao requerido por despacho de 29 de Junho de 2009 (fls. 3173). Foi extraída a segunda certidão do caso TVI.

65. Nos referidos despachos de 23 e 29 de Junho de 2009, o juiz de instrução de Aveiro considerou que do teor das conversações interceptadas aos alvos Paulo Penedos e Armando Vara resultam “indícios muito fortes da existência de um plano em que está directamente envolvido o Governo, nomeadamente o Senhor Primeiro-Ministro, visando: o controlo da estação de televisão TVI e o afastamento da jornalista Manuela Moura Guedes e do seu marido José Eduardo Moniz, para dessa forma ser controlado o teor das notícias através da interferência na orientação editorial daquela televisão”, “o controlo do jornal Público para, desse modo, se proceder ao controlo das notícias publicadas com interferência na orientação editorial daquele jornal”, e “que as pessoas envolvidas no plano tentaram condicionar a actuação do Senhor Presidente da República, procurando evitar que o mesmo fizesse uma apreciação crítica do negócio.” Estes factos consubstanciarão o crime de atentado contra o Estado de Direito, previsto pelo artigo 9.º da Lei n.º 34/87, de 16.7, razão pela qual foi autorizada a extracção de cópia da

totalidade das gravações relativas aos alvos 39263M, 39263IE e 1X372M, dos correspondentes relatórios e dos despachos judiciais que fundamentaram a interceptação e a sua validação.

66. No dia 7 de Julho de 2009, o Ministério Público da comarca do Baixa Vouga requereu a extracção de cópia das comunicações a que se alude a fls. 144 do apenso 11 e a fls. 95 do apenso 12 e a fls. 32 do apenso 16 (fls. 3344 e 3345).
67. No dia 10 de Julho de 2009, o juiz de instrução de Aveiro deferiu ao requerido (fls. 3355 e 3356). Foi extraída a terceira certidão do caso TVI.
68. No dia 16 de Julho de 2009, o Ministério Público da comarca do Baixa Vouga requereu a extracção de cópia das comunicações a que se alude a fls. 176 do apenso 11 e a fls. 119 do apenso 12 e a fls. 52 do apenso 16 (fls. 3522 e 3523).
69. No dia 20 de Julho de 2009, o juiz de instrução de Aveiro deferiu ao requerido (fls. 3527 a 3533). Foi extraída a quarta certidão do caso TVI.
70. No dia 23 de Julho de 2009, o Procurador-Geral da República considerou que não existiam indícios da prática de crime nas escutas enviadas pelo Ministério Público de Aveiro e promoveu a declaração

da nulidade de escutas de conversações em que intervém o Primeiro-Ministro (produtos n.º 259, 260, 261, 273, 324 e 24 do alvo 1X372M) e a destruição das respectivas e gravações e transcrições.

71. O fundamento da nulidade era o de as intercepções, gravações e transcrições “não terem sido autorizadas pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, nos termos do disposto no artigo 11.º, n.º 2, alínea b) do CPP” (fls. 1241 da “extensão procedimental”, com sublinhado meu), não obstante no mesmo despacho de admitir que a não autorização da intercepção das conversações do Primeiro-Ministro “se poderia compreender, dado que a intercepção e gravação não eram dirigidas a meio de comunicação por si utilizado. Todavia, tendo-se constatado que em determinadas conversações ou comunicações intervinha o Primeiro-Ministro, a respectiva transcrição dependia já da autorização do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, o que não aconteceu”.

72. Os fundamentos da promoção de declaração de nulidade são contraditórios. O Procurador-Geral da República admite que as escutas em que intervém o Primeiro-Ministro com conhecimentos fortuitos de crimes novos não poderiam ser “autorizadas” pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça (fls. 1233 da “extensão

procedimental”), mas promove a declaração de nulidade precisamente por as interceptações, gravações e transcrições não terem sido “autorizadas pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça” (fls. 1241 da “extensão procedimental”). Por outro lado, a não autorizada “transcrição” das escutas, que serviu também de argumento da promoção, não tinha sequer acontecido.

73. Mais: a decisão do Procurador-Geral da República sobre os “indícios probatórios que determinem a instauração de procedimento criminal contra o Primeiro-Ministro” é ilegal.

74. Por três razões.

75. *Primo*, a “denúncia” (*rectius*, notícia de crime) dos Magistrados de Aveiro deveria ter dado origem obrigatoriamente a um inquérito, nos termos expressos do disposto no artigo 262.º, n.º 2, do CPP (“sempre” diz a lei).

76. *Secundo*, a notícia de crime revela a existência de ofendidos (por exemplo, a jornalista MANUELA MOURA GUEDES), que deveriam ter sido notificados, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 247.º, n.º 1, do CPP, conjugado com o artigo 41.º, al.ª a) da Lei n.º 34/87, de 16.7.

77. *Terzo*, a não abertura de uma investigação sobre uma notícia de crime que revela indícios de uma violação da liberdade de imprensa viola a tutela processual do princípio da liberdade de imprensa (artigo 10.º da CEDH), tal como ele tem sido desenvolvido pelo Tribunal de Estrasburgo e é já hoje património do direito internacional dos direitos humanos (ver a NOTA PRÉVIA ao artigo 180.º do CP no meu “Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2.ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010).
78. Com efeito, o inquérito inicia-se por decisão do Ministério Público, sem prejuízo da competência pré-processual dos órgãos de polícia criminal. A abertura de inquérito é obrigatória (“sempre”) para o Ministério Público, salvo as exceções legais decorrentes do regime dos crimes semi-públicos e particulares. Portanto, o Ministério Público não pode arquivar uma notícia de crime público de fonte identificada sem abrir um inquérito (quanto à denúncia anónima, ver a anotação ao artigo 246.º do meu “Comentário do Código de Processo Penal ...”, 3.ª edição; também assim, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, Direito administrativo de polícia, in Tratado de direito administrativo especial, volume I, Coimbra,

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
DOUTOR EM DIREITO
PROFESSOR ASSOCIADO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PROFESSOR ADJUNTO DO ILLINOIS COLLEGE OF LAW

Almedina, 2009, p. 319, notando a vinculação do Ministério Público neste âmbito, ao invés da actividade da polícia subordinada ao princípio da oportunidade, e ainda mais explicitamente, DÁ MESQUITA, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 160 e 170, sustentando que o escrutínio externo da decisão de abrir ou não abrir o inquérito “não pode ser genericamente impedido por decisões isoladas e discricionárias da entidade cuja decisão se pretende escrutinar, não se podendo estabelecer, sem específico suporte legal, segredos e proibições absolutas de acesso a documentos relativos ao exercício das respectivas funções públicas”). Esta obrigatoriedade vale independentemente da natureza da notícia de crime, quer resulte de conhecimento próprio de outro magistrado, de denúncia ou de queixa. Mais: também no caso de notícia de crime semi-público ou particular o Ministério Público é obrigado a instaurar inquérito, por força do direito constitucional do ofendido intervir no processo penal, *in casu* do seu direito de requerer a abertura de instrução (artigo 32.º, n.º 7 da CRP). Pela mesmíssima razão, este direito constitucional de reacção processual do ofendido existe também no caso de notícia de crime público, sempre que haja ofendido com legitimidade para se

constituir assistente. Portanto, nestes casos, o Ministério Público tem de abrir um processo, mesmo que entenda que não se indicia de todo a prática de um crime. De outro modo, seria fácil frustrar o direito do ofendido ao processo, ficando aberta a porta ao “arquivamento” da notícia do crime com vista a evitar que o ofendido requeresse a instrução contra o despacho de arquivamento do inquérito. Não prevendo a lei processual um meio de impugnação judicial do “arquivamento” da notícia do crime, estaria assim aberta a porta à manipulação do “arquivamento” da notícia de crime e à fraude à lei processual.

79. A decisão de arquivamento da notícia de crime, bem como as certidões e documentos que a tenham instruído ou suportado, têm natureza processual penal, uma vez que se trata de actividade pré-ordenada para os fins do processo penal, pelo que não lhe é aplicável o direito administrativo e, nomeadamente, não lhe são aplicáveis as regras de acesso aos actos administrativos. Contudo, a referida decisão de arquivamento da notícia de crime, bem como as certidões e documentos que a tenham instruído ou suportado não estão a coberto do segredo de justiça, uma vez que não há sequer um processo criminal, podendo, por isso, ser facultados a qualquer

peessoa que neles mostre um interesse legítimo (artigo 90.º do CPP, por maioria de razão; também, DÁ MESQUITA, no texto citado de 2010, p. 169, apontando no sentido de que à “denúncia que para o Ministério Público não configura uma notícia do crime” não se aplica o regime de segredo de justiça em processo penal “por não ter chegado a haver processo”).

80. No caso em apreço, o Ministério Público não apreciou apenas os indícios da prática de crime, mas promoveu também a declaração de nulidade dos “actos relativos à interceptação, gravação e transcrição das conversações e comunicações em que intervém o Primeiro-Ministro” nas certidões provindas do DIAP de Aveiro, criando um processo *ad hoc*, mais tarde designado por “extensão procedimental” (despacho de 4.12.2009, fls. 13927) pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, onde foram sendo proferidos despachos judiciais e do Ministério Público como se de um processo comum se tratasse, tendo passado das 1000 páginas.

81. A “extensão procedimental” teve uma natureza jurídica bipolar e equívoca, ora vista como um conjunto de certidões relativo à “denúncia” de um crime autónomo (na visão do Procurador-Geral da República, por exemplo no despacho de 8.4.2010: “Tal

“expediente procedimental” foi iniciado com a denúncia apresentada, pelo responsável do Departamento de Investigação Criminal de Aveiro da Polícia Judiciária, ao Senhor Procurador da República coordenador do DIAP que, através do Senhor Procurador-Geral Distrital de Coimbra, a apresentou ao Procurador-Geral da República”), ora vista como um conjunto de certidões iniciado ou constituído “para o exercício, pelo senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, das competências a que alude o artigo 11.º, n.º 2, alínea a) do CPP” (na visão do juiz de instrução de Aveiro, na sequência da posição do próprio Presidente do Supremo Tribunal de Justiça).

82. Esta natureza jurídica equívoca e bipolar resulta precisamente da não abertura de um processo de inquérito para conhecer da “denúncia” (*rectius*, notícia de crime) do Ministério Público de Aveiro, processo esse onde fossem avaliados os meios de prova coligidos pelos Magistrados de Aveiro e proferidos os despachos relativos às escutas/intercepções que fundamentaram a “denúncia”.

83. Aliás, essa natureza equívoca e bipolar revela-se nas próprias posições díspares do Procurador-Geral da República e do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça sobre o processo criado *ad hoc*.

84. O Procurador-Geral da República separa o processo da Procuradoria-Geral da República n.º 62/2009 e o apenso com certidões sobre escutas /intercepções provenientes do DIAP de Aveiro (ver despacho do Procurador-Geral da República de 15.2.2010: “O processo n.º 62/2009, L H, da Procuradoria-Geral da República, tem natureza confidencial, porque (...) serve apenas como um instrumento de acompanhamento e controlo interno do funcionamento dos órgãos e serviços do Ministério Público, nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 10.º, alínea c), e 12.º, n.º 2, alínea b) do Estatuto do Ministério Público, isto é para o exercício das competências próprias do Procurador-Geral da República. Justamente por isso as certidões extraídas do inquérito NUIPC 362/08.1JAAVR não foram incorporadas, mas simplesmente apensadas, para serem tramitadas com autonomia e com respeito pelas regras do Código de Processo penal.”, com sublinhado meu).
85. O Presidente do Supremo Tribunal de Justiça identifica uma coisa com a outra (ver despacho do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de 4.12.2009: “Os autos n.º 62/2009 não são inquérito algum; são tão só volumes de certidões extraídos do inquérito acima referido enviados à Procurador-Geral da República que – pelo que se

infe – não ordenou a instauração de qualquer outro inquérito autónomo. Os autos n.º 62/2009 não são, por isso, mais do que extensões procedimentais do inquérito onde deve ser executado o despacho que proferimos; ou como se escreveu no nosso despacho de 27/11/09, “A decisão do Pr Supremo Tribunal de Justiça ao abrigo do artigo 11.º, n.º 2, al. b) do CPP, é proferida no exercício do poder jurisdicional e deve ser tomada no processo: o processo enviado pelo Ministério Público no qual foram proferidos os despachos do Procurador-Geral da República, integrado por um conjunto de certidões e elementos extraídos do inquérito n.º 362/08.1JAAVR, e que constitui parte integrante deste inquérito, especificamente organizado com a finalidade de permitir o exercício da referida competência.”, com sublinhado meu). Esta posição do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça foi assumida pelo juiz de instrução de Aveiro.

86. Neste diferendo entre, por um lado, o Procurador-Geral da República e, por outro lado, o o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e o juiz de instrução de Aveiro sobre a natureza da extensão procedimental quem tem razão é o Procurador-Geral da República, pois as certidões do DIAP de Aveiro foram extraídas “para

autonomização da investigação, nos termos do artigo 187.º, n.º 1, 7 e 8 do CPP)” (fls. 3148) e para “superior apresentação e instauração do competente procedimento criminal” (fls. 1231 da “extensão procedimental”). Isto é, a “extensão procedimental” foi criada *ab initio* para promover a acção penal pelo Procurador-Geral da República. É, pois, uma notícia de crime acompanhada de meios de prova. E não foi criada para o exercício de qualquer competência pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça nos termos do artigo 11.º do CPP.

87. Mas o Procurador-Geral da República só tem meia razão.
88. Pois a notícia de crime dos Magistrados de Aveiro deveria ter dado lugar a um verdadeiro inquérito, onde o Procurador-Geral da República avaliasse as provas existentes e notificasse os ofendidos. O que não sucedeu, tendo daí resultado um imbróglio jurídico de mais de 1000 páginas.
89. No dia 4 de Agosto de 2009, o Ministério Público da comarca do Baixa Vouga requereu a extracção de cópia das comunicações a que se alude a fls. 233 do apenso 11 e fls. 166 do apenso 12 (fls. 3768).

90. No dia 7 de Agosto de 2009, o juiz de instrução de Aveiro deferiu ao requerido (fls. 3782). Foi extraída a quinta certidão do caso TVI.
91. No dia 3 de Setembro de 2009, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça julgou nulo o despacho do juiz de instrução que autoriza e valida a extracção de cópias das gravações relativas aos produtos n.º 259, 260, 261, 273, 324 e 24 do alvo 1X372M, não validou a gravação e transcrição de tais produtos e ordenou a destruição de todos os suportes a elas referentes (fls. 9041 a 9054).
92. O fundamento da decisão é este: “O Presidente do Supremo Tribunal de Justiça deve tomar conhecimento das comunicações interceptadas em que intervenha o Primeiro-Ministro, destinadas a alvo ou emitidas por este, cuja autorização foi autorizada, para decidir se constituem elementos relevantes para o processo em que foram interceptadas ou para outro “instaurado ou a instaurar”, ou se, nos termos permitidos por lei, devem ser destruídas. Porém da competência do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça decorre que nenhuma consequência possa ser retirada dos elementos interceptados antes da decisão sobre a relevância desses elementos para o processo em que foram autorizadas as intercepções, ou seja, o

aproveitamento de conhecimentos fortuitos. Daí que a decisão do juiz de instrução, ao retirar consequências de conversações interceptadas em que interveio do Primeiro-Ministro, valorando e dando sequência a conhecimentos fortuitos revelados por uma conversação, viola as regras de competência material e funcional do artigo 11.º, n.º 2, alínea b) do CPP, sendo, conseqüentemente, nula (artigo 119.º, alínea e) do CPP).”

93. A decisão do presidente do Supremo Tribunal de Justiça é nula, por violar o disposto nos artigos 11.º, n.º 2, al.ª b), e 187.º, n.º 7 e 8, do CPP, artigo 32.º, n.º 1 e 8, da CRP e artigos 6.º, n.º 1, e 8 da CEDH.
94. Com efeito, é nula a decisão do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de anular e mandar destruir escutas telefónicas de conversas realizadas entre o primeiro-ministro e um suspeito, em que se indicia acidental e fortuitamente a prática de crimes cometidos pelo primeiro-ministro no exercício de funções, como por exemplo, o alegado crime de atentado contra o Estado de Direito.
95. Por dois motivos.
96. Primeiro, o órgão que proferiu a decisão não tem competência para o efeito. A competência do presidente do Supremo Tribunal de

Justiça para autorizar e controlar a legalidade de escutas em que intervenha o primeiro-ministro diz apenas respeito a crimes cometidos por ele fora do exercício das funções. Foi esta, e apenas esta, a novidade da revisão do CPP de 2007. No tocante à investigação criminal relativa a crimes cometidos pelo primeiro-ministro no exercício de funções, a competência para autorizar e controlar a legalidade de escutas de conversas em que ele intervenha pertence ao juiz da secção criminal do Supremo Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 11.º, n.º 7, do CPP. Como já pertencia antes da revisão do CPP. Neste tocante a reforma de 2007 não quis trazer e não trouxe nada de novo (ver a anotação 3.ª ao artigo 11.º do meu “Comentário do Código de Processo Penal ...”, 3.ª edição).

97. Com efeito, lê-se na acta n.º 17 da Unidade de Missão para a Reforma Penal (UMRP), do dia 10 de Abril de 2006, que os membros desta “por unanimidade e por princípio rejeitaram igualmente a hipótese da criação de um “foro especial” para autorização de intercepções e gravações ou comunicações”. Só na acta n.º 26, do dia 25 de Setembro de 2006, o Presidente da UMRP deu conta da alteração introduzida, por decisão política alheia aos conselheiros da UMRP, no tocante à admissão da intervenção do presidente do

Supremo Tribunal de Justiça para autorizar a interceptação e gravação de comunicações telefônicas de certas figuras do Estado. Sem que uma palavra fosse dita no sentido de essa alteração prejudicar a competência dos juízes do Supremo Tribunal de Justiça nos termos do artigo 11.º, n.º 7 do CPP, que se manteve intacta e sem quaisquer restrições. Tal como os conselheiros tinham anteriormente sublinhado.

98. Acresce que a competência do Supremo Tribunal de Justiça não cobre, nem tinha de cobrir, os casos em que o Primeiro-Ministro não é sequer suspeito da prática de qualquer crime e mantém conversas telefônicas com um suspeito, sendo obtidos conhecimentos fortuitos da prática de um crime distinto daquele que determinou a escuta. Por uma razão simples: é que o Primeiro-Ministro não é então o visado pela escuta, ele não é o suspeito, nem intermediário do suspeito. A exigência da autorização prévia do Supremo Tribunal de Justiça de uma escuta de uma conversação tida por um suspeito com o Primeiro-Ministro que é um mero interlocutor obrigaria o juiz de instrução a fazer de adivinho. O juiz teria que adivinhar quem são os interlocutores com quem o suspeito iria falar antes de se iniciar a escuta e, caso adivinhasse que o suspeito iria falar com o Primeiro-

Ministro, teria então de a escuta ser autorizada pelo Supremo Tribunal de Justiça. A inexecutabilidade desta exigência mostra à evidência a sua falta de fundamento. Acresce que esta exigência constituiria um inadmissível regime de privilégio para as pessoas das relações pessoais do Primeiro-Ministro, mesmo que essas pessoas fossem suspeitas da prática de crimes. Um tal regime violaria o princípio da igualdade. Portanto, a validade das conversas telefónicas tidas por um suspeito com um Primeiro-Ministro, que não é ele próprio suspeito da prática de um crime, nem intermediário do suspeito, em que se obtêm conhecimentos fortuitos da prática de um crime distinto daquele que determinou a escuta, é fiscalizada pelo juiz de primeira instância que determinou a escuta.

99. Dito por outras palavras: a interpretação do presidente do Supremo Tribunal de Justiça tem o efeito prático de inutilizar quaisquer conhecimentos fortuitos resultantes de escutas legalmente ordenadas por um juiz de instrução, se esses conhecimentos fortuitos se referirem a crime praticado pelo Primeiro-Ministro. Esta interpretação esvazia de conteúdo o artigo 187.º, n.º 7, do CPP (precisamente no mesmo sentido opinou COSTA ANDRADE, in *Escutas: coisas simples numa coisa complexa*, in jornal Público, de

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
DOUTOR EM DIREITO
PROFESSOR ASSOCIADO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PROFESSOR ADJUNTO DO ILLINOIS COLLEGE OF LAW

8.11.2009, página 37, onde se lê: “De forma sincopada: em matéria de conhecimentos fortuitos, cidadão comum e órgãos de soberania estão, rigorosamente, na mesma situação. Nem um nem outro gozam do potencial de garantia própria da intervenção prévia de um juiz de instrução, a autorizar as escutas. (...) Uma vez recebidas as certidões ou cópias, falece àquelas superiores autoridades judiciárias e, nomeadamente ao presidente do Supremo Tribunal de Justiça, legitimidade e competência para questionar a validade de escutas que foram validamente concebidas; e ainda no texto da conferência de homenagem ao Professor Figueiredo Dias, pela UCP e pela Ordem de Advogados na cidade de Viseu em Janeiro de 2010, em curso de publicação, “Escutas telefónicas, conhecimentos fortuitos e Primeiro-Ministro”, onde o mesmo Autor escreveu que “a solução perfilhada pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e pela Procurador-Geral da República — nulidade das escutas por elas terem gerado conhecimentos fortuitos que atingiram o Primeiro-Ministro — viola claramente a lei positiva e vigente, socavam os seus pressupostos teleológicos e político-criminais e contrariam de forma irreconciliável o respectivo horizonte constitucional. (...) Na disciplina jurídica dos conhecimentos fortuitos sobreleva, nos termos que deixámos

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
DOUTOR EM DIREITO
PROFESSOR ASSOCIADO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PROFESSOR ADJUNTO DO ILLINOIS COLLEGE OF LAW

enunciados, a circunstância de a sua recolha não depender — nem poder depender — da prévia intervenção e autorização do juiz de instrução. Pela natureza das coisas, a recolha dos conhecimentos fortuitos tem a marca incontornável da álea e da surpresa: não pode ser antecipada ou prevista, menos ainda acautelada. A legalidade da sua recolha e a legitimidade da sua valoração não dependem, por isso, duma — impossível — autorização do juiz de instrução. A legalidade e validade dos conhecimentos fortuitos dependem exclusivamente da legalidade e validade originária das escutas em cuja rede eles acabam por cair. (...) De outra forma — a seguir-se, por exemplo, o entendimento subscrito tanto pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça como pela Procuradoria Geral da República — não haveria, à partida, escutas definitivamente válidas. Já que todas elas estariam expostas ao risco incontrolável da álea, concretamente à eventualidade de elas arrastarem consigo *conhecimentos fortuitos* atinentes às mais altas esferas do poder político. E cuja recolha, por não ter sido autorizada pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, na veste de juiz da instrução, ditaria sem mais a nulidade das escutas. Em rigor, todas as escutas seriam válidas à condição de não ocorrerem os, sempre imprevisíveis, *conhecimentos fortuitos*.”).

100. Portanto, o despacho do presidente do Supremo Tribunal de Justiça é ilegal na parte em que diz “não valido a gravação”, quer porque o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça não tinha competência para o efeito (tratando-se de um suposto crime cometido pelo Primeiro-Ministro no exercício de funções), quer porque as escutas tinham sido validamente ordenadas pelo juiz de instrução de Aveiro e a legalidade dos conhecimentos fortuitos por ela obtidos não dependia da validação prévia, nem posterior, do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça.
101. Acresce ainda que o despacho do presidente do Supremo Tribunal de Justiça não validou “a transcrição de tais produtos”. Ora, não foi ordenada, nem executada qualquer transcrição dos ditos produtos, pelo que nesta parte o despacho é mesmo desprovido de objecto.
102. O segundo vício de que padece a decisão do presidente do Supremo Tribunal de Justiça é o da intempestividade da ordem de destruição das escutas. Quaisquer escutas, sejam de suspeito, co-suspeito, arguido, co-arguido, vítima, testemunha ou qualquer outro terceiro, facultem elas conhecimentos de investigação ou conhecimentos fortuitos, só podem ser destruídas depois de ter sido

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
DOUTOR EM DIREITO
PROFESSOR ASSOCIADO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PROFESSOR ADJUNTO DO ILLINOIS COLLEGE OF LAW

dada oportunidade aos arguidos de se pronunciarem sobre as mesmas, como manda a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que será estudada adiante (também concluiu assim, COSTA ANDRADE, no texto publicado no jornal Público, já citado, onde se lê: “as escutas podem configurar, no contexto do processo para o qual foram autorizadas e levadas a cabo, um decisivo e insuprível meio de prova. E só por isso é que elas foram tempestivamente autorizadas e realizadas. Mas elas podem também configurar um poderoso e definitivo meio de defesa. Por isso é que, sem prejuízo de algumas situações aqui negligenciáveis, a lei impõe a sua conservação até ao trânsito em julgado.”).

103. Estes dois vícios processuais têm uma consequência inelutável: a nulidade absoluta da decisão do presidente do Supremo Tribunal de Justiça (artigo 119.º, al.ª e) do CPP). Por isso, o Ministério Público deveria ter interposto recurso da referida decisão para a secção criminal do Supremo Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 11.º, n.º 4, alínea b) do Código de Processo Penal, conjugado com o artigo 399.º

104. Na data da prolação do despacho do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça não havia arguidos constituídos nem assistentes

admitidos. Portanto, ele só tinha de ser notificada ao Ministério Público, como efectivamente foi (fls. 18929 e 18930).

105. No dia 8 de Setembro de 2009, o Ministério Público da comarca do Baixa Vouga requereu a extracção de cópia das comunicações a que se alude a fls. 101 do apenso 16 e fls. 31 do apenso 20 (fls. 4754).
106. No dia 10 de Setembro de 2009, o juiz de instrução de Aveiro deferiu ao requerido (fls. 4759). Foi extraída a sexta certidão do caso TVI.
107. No dia 16 de Setembro de 2009, o Ministério Público da comarca do Baixa Vouga requereu a extracção de cópia das comunicações a que se alude a fls. 50 do apenso 20 (fls. 4786).
108. No dia 18 de Setembro de 2009, o juiz de instrução de Aveiro deferiu ao requerido (fls. 4793). Foi extraída a sétima certidão do caso TVI.
109. No dia 24 de Setembro de 2009, o Ministério Público da comarca do Baixa Vouga requereu a extracção de cópia das comunicações a que se alude a fls. 62 do apenso 20 (fls. 4950).

110. No dia 28 de Setembro de 2009, o juiz de instrução de Aveiro indeferiu ao requerido (fls. 5957). Foi extraída a oitava certidão do caso TVI.
111. No dia 23 de Outubro de 2009, o Ministério Público da comarca do Baixa Vouga requereu a extracção de cópia de todos os suportes relativos aos alvos 1X372M, 40037M e 39363M, e certidão dos despachos que fundamentaram as intercepções, validaram ou prorrogaram, bem como dos autos das mesmas (fls. 8477).
112. No dia 26 de Outubro de 2009, o juiz de instrução de Aveiro deferiu ao requerido (fls. 8483). Foi extraída a nona certidão do caso TVI.
113. No total, o Ministério Público e o juiz de instrução de Aveiro detectaram 173 comunicações de Maio a Setembro de 2009 com interesse para a prova de uma ou mais infracções criminais no caso TVI, que foram devidamente transmitidas nas referidas certidões à Procuradoria-Geral da República (fls. 19031).
114. No dia 28 de Outubro de 2009, o Dr. PAULO PENEDOS foi constituído arguido (fls. 10039).

115. No dia 30 de Outubro de 2009, o arguido MANUEL GODINHO foi submetido a primeiro interrogatório judicial (fls. 8697).
116. No dia 30 de Outubro de 2009, o Procurador-Geral da República solicitou informações ao PGD de Coimbra e ordenou a extracção de certidão da decisão do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e da presente decisão e o envio da mesma ao PGD de Coimbra para diligenciar pela promoção urgente das diligências necessárias à execução de ambas as decisões (fls. 9053 e 9054).
117. Esta certidão foi junta ao processo no Tribunal da comarca do Baixo Vouga no dia 5 de Novembro de 2009 (fls. 9041).
118. No dia 7 de Novembro de 2009 cessou o segredo interno (fls. 14404, segundo o Ministério Público, e fls. 15537, segundo o juiz de instrução).
119. No dia 11 de Novembro de 2009, o juiz de instrução de Aveiro ordenou a extracção de certidão desse despacho e de cópia de uma certidão junta aos autos e sua remessa ao Sr. Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e à Procuradoria-Geral da República, solicitando ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça que “se digne esclarecer se a ordem de destruição acima referida se dirige de facto

– e como parece pretender o Sr. Procurador-Geral da República – a estes autos ou se, ao invés, apenas se dirige ao processo onde foi proferida – Processo n.º 62/2009 que corre termos na Procuradoria”, bem como solicitando ao processo n.º 62/2009 nota de trânsito da decisão do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça (fls. 4770).

120. No dia 11 de Novembro de 2009, foram elaborados uns autos de eliminação de suportes digitais reportados aos alvos 1T167PM e 1T167PIE (fls. 11845 e 11846).

121. O comunicado da Procuradoria-Geral da República, de 14 de Novembro de 2009, informou o País de que em 26 de Junho e em 3 de Julho do referido ano tinha recebido duas certidões remetidas pelo DIAP de Aveiro, extraídas do processo conhecido por “Face Oculta”, acompanhadas de vinte e três CDs contendo escutas, e que em seis delas “intervinha” o Primeiro-Ministro.

122. O Procurador-Geral da República concluiu, após “cuidada análise das certidões”, que não subsistiam indícios do crime de atentado contra o Estado de Direito.

123. Sobre o destino das escutas, o Procurador-Geral da República deu conta do despacho de 3 de Setembro de 2009 do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
DOUTOR EM DIREITO
PROFESSOR ASSOCIADO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PROFESSOR ADJUNTO DO ILLINOIS COLLEGE OF LAW

124. Mais acrescentou que em 24 de Julho foram recebidas mais duas certidões acompanhadas de dez CDs, em 10 de Setembro duas certidões acompanhadas de cinco CDs, em 9 de Outubro uma certidão com dois CDs e em 2 de Novembro cinco certidões acompanhadas de cento de quarenta e seis CDs.
125. No dia 17 do Novembro de 2009, o arguido PAULO PENEDOS foi submetido a primeiro interrogatório judicial. Logo nesse interrogatório o arguido se opôs a que “quaisquer escutas que tenham sido autorizadas e validadas pelo Sr. Juiz de Instrução, titular destes autos, sejam destruídas sem que o arguido as possa examinar, de forma a que avalie o seu interesse para a defesa, nos termos previstos no artigo 188.º, n.º 8 do CPP. E ai se incluem todas e quaisquer escutas que tenham tido por alvo as pessoas identificadas como tendo participado ou colaborado naquilo que o Ministério Público chama de rede tentacular, uma vez que essas conversas podem ser relevantes para contextualizar relacionamentos, maneiras de actuar e praticas comuns, que podem ser relevantes para a defesa do arguido. Tenha-se, de resto, em conta a jurisprudência que a tal propósito que tem sido produzida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem” (fls. 11047, sublinhado meu).

126. No dia 18 de Novembro de 2009, o Procurador-Geral da República decidiu, após análise das certidões extraídas do inquérito 362/08.1JAAVR, que não existiam elementos de facto que justifiquem a abertura de inquérito contra o Primeiro-Ministro e/ou outras pessoas pelo crime de atentado contra o Estado de Direito e a divulgação da parte decisória do despacho (fls. 1243 a 1279 da “extensão procedimental”).
127. No dia seguinte, 19 de Novembro, o mesmo Procurador-Geral da República declarou nulos os actos relativos à interceptação, gravação e transcrição das conversações e comunicações em que interveio o Primeiro-Ministro e que, mesmo abstraindo da referida nulidade e da impossibilidade legal da sua utilização como meio de prova válido, os referenciados produtos 338, 1244, 1248, 1253 e 1265 não continham elementos indiciadores do cometimento do crime de atentado ao Estado de Direito previsto no artigo 9.º da Lei n.º 34/87, de 16 de julho, mandando o processo à decisão do presidente do Supremo Tribunal de Justiça (fls. 1058 a 1063 da “extensão procedimental”).
128. Também nesse dia, o Magistrado do Ministério Público de Aveiro requereu ao juiz de instrução de Aveiro que se procedesse à

notificação aos arguidos já constituídos dos despachos que ordenam a destruição das escutas, tendo o requerimento dado entrada no dia 23 de Novembro de 2009 (fls. 11764).

129. O comunicado da Procuradoria-Geral da República, de 21 de Novembro de 2009, informou o País de que nas cinco certidões recebidas em 2 de Novembro havia cinco conversações “respeitantes” ao Primeiro-Ministro e que em decisão dessa mesma data decidiu que “não existem elementos probatórios que justifiquem a instauração de procedimento criminal contra o Senhor Primeiro-Ministro ou contra qualquer outro dos indivíduos mencionados nas certidões, pela prática de crime de atentado contra o Estado de Direito, que vinha referido nas mesmas certidões, pelo que ordenou o arquivamento do conjunto dos documentos referidos.” Mais afirmou que “A decisão hoje proferida não colide em nada com o processo “Face oculta”, já que os factos referidos nas certidões analisadas não respeitam à matéria que está na origem do processo e aí se investiga.”

130. Em requerimento datado de 26 de Novembro de 2009, os deputados AGUIAR-BRANCO e FERNANDO NEGRÃO solicitaram ao Procurador-Geral da República esclarecimento sobre a natureza jurídica dos despachos de arquivamento proferidos em relação às

certidões extraídas do processo “Face Oculta” – “se tais despachos foram produzidos no âmbito de processo-crime ou de processo administrativo” e sobre “os motivos concretos que obstam ao acesso público a tais certidões arquivadas e, não havendo, como entendemos que não há, que nos sejam facultados com a maior urgência todos os documentos constantes do aludido expediente”.

131. Ainda em Novembro de 2009 a Associação Sindical dos Juízes Portugueses publicou um editorial no seu sítio na *internet* em que sustentou que “os deveres de transparência e de informação são essenciais para a normal e saudável fiscalização social sobre a actuação das autoridades judiciárias”.

132. No dia 27 de Novembro de 2009, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça julgou nulo o despacho do juiz de instrução que valida a extracção de cópias das gravações relativas aos produtos n.º 338, 1244, 1248, 1253 e 1265 relativos ao alvo 40037M e ainda referente ao produto n.º 338 do alvo 1X372M, não validou a gravação e transcrição de tais produtos e ordenou a destruição de todos os suportes a eles referentes (fls. 12976 a 12984).

133. O fundamento da decisão reitera os argumentos da decisão de 3 de Setembro sobre a competência do Supremo Tribunal de Justiça

para conhecer das escutas ao Primeiro-Ministro, aditando que a competência do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça é “definida pela dimensão pessoal-funcional das entidades a que se refere, independentemente da posição (alvo ou terceiro) que assumiram na comunicação”. Para tanto o Presidente invoca a “história do preceito – os trabalhos parlamentares e a solução concertada em Acordo parlamentar” e os “interesses que se quer acautelar”.

134. Estes argumentos são improcedentes. Da história do preceito, nomeadamente das actas da Unidade de Missão da Reforma Penal, resulta coisa diversa da conclusão da fundamentação do despacho do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça. Na discussão parlamentar nenhuma menção se fez à supressão da competência do juiz conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça prevista no artigo 11.º, n.º 7, no tocante a escutas/intercepções (Diário da Assembleia da República, I Série, Número 059, de 15 de Março de 2007).

135. Por outro lado, os interesses protegidos pela norma do artigo 11.º, n.º 2, al.^a b) nada têm a ver, nem poderiam ter, pela própria natureza das coisas, com a aquisição de conhecimentos fortuitos de

um crime cometido pelo Primeiro-Ministro no exercício das funções, como também já ficou explicado.

136. Mas a novidade mais significativa do despacho consiste na sanção fixada. O despacho diz: “mesmo que por hipótese não fosse – como manifestamente é – caso de aplicação da consequência nulidade fixada no artigo 190 CPP, o conteúdo dos “produtos” referidos em que interveio o Primeiro-Ministro, se pudesse ser considerado, não revela qualquer facto, circunstância, conhecimento ou referência, susceptíveis de ser entendidos ou interpretados como indício ou sequer como uma sugestão de algum comportamento com valor para ser ponderado em dimensão de ilícito penal.” Isto é, os elementos eram “completamente estranhos ao processo” e “afectam o direito à palavra e à autonomia informacional do titular de função de soberania especialmente protegida”.

137. Portanto, o fundamento da decisão anulatória do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça já não é o da nulidade absoluta do artigo 119.º, alínea e), como no despacho de 3 de Setembro, mas o da nulidade relativa do artigo 190.º do CPP, conjugado com o artigo 188.º, n.º 6, al.ª c) do CPP. Isto não obstante o despacho de 27 de Novembro também dizer que “As circunstâncias da interceptação das

comunicações e do conseqüente tratamento processual dos produtos agora transmitidos pelo Procurador-Geral da República, são inteiramente semelhantes às que foram apreciadas no referido despacho, devendo, conseqüentemente, ter tratamento jurídico-processual e decisão idênticos.”

138. Ou seja, apesar das situações de facto serem “inteiramente semelhantes”, foram tratadas com sanções jurídicas totalmente distintas.

139. Nesta data (27 de Novembro de 2009) já tinha cessado o segredo interno e já se encontravam constituídos como arguidos 19 pessoas (fls. 18938). Não foi ordenada a notificação dos mesmos.

140. No dia 2 de Dezembro de 2009, os deputados AGUIAR-BRANCO e FERNANDO NEGRÃO solicitaram de novo ao Procurador-Geral da República que lhe fossem facultados com a maior urgência todos os documentos constantes dos despachos de arquivamento proferidos em relação às certidões extraídas do processo “Face Oculta”.

141. No dia 4 de Dezembro de 2009, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, em resposta a um pedido do juiz de instrução de Aveiro, esclareceu que a execução do seu despacho de 3 de Setembro

de 2009 “deva ocorrer no inquérito n.º 362/08.1JAAVR pendente no DIAP de Aveiro” e que “Os autos n.º 62/2009 não são, por isso, mais do que extensões procedimentais do inquérito criminal onde deve ser executado o despacho que proferimos” (fls. 13927 e 13928).

142. Portanto, os despachos de anulação de escutas proferidos na “extensão procedimental” têm plena eficácia no processo principal de que são uma extensão, o processo n.º 362/08.1JAAVR.

143. O que significa que os efeitos anulatórios dos despachos do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça se produziram no processo n.º 362/08.1JAAVR.

144. O que também significa que os vícios dos próprios despachos do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça produzem efeitos no processo n.º 362/08.1JAAVR e, na medida em que os ditos despachos foram prolatados na fase de inquérito deste processo, podem repercutir-se sobre a acusação deste processo.

145. Neste mesmo dia, 4 de Dezembro, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, em resposta ao requerimento do Ministério Público do círculo de Aveiro de 19 de Novembro de 2009, junto aos autos a 23 de Novembro, esclareceu que “os despachos proferidos pelo Presidente no Supremo Tribunal de Justiça em 3/09/09 e

27/11/09 no inquérito n.º 362/08.1JAAVR quanto à validade dos actos de prova em causa, foram no mesmo sentido das promoções do Procurador-Geral da República” e “à data do despacho de 3/9/09 não havia ainda qualquer arguido constituído no inquérito tal como resulta do requerimento do Procurador de Círculo de Aveiro” (fls. 13929 e 13930).

146. A resposta é correcta neste tocante. O despacho do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Setembro de 2009 não tinha de ser notificado aos suspeitos, que ainda não estavam constituídos como arguidos, devendo sê-lo apenas ao Ministério Público.

147. Mas sendo assim, como efectivamente foi reconhecido pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, o seu despacho de 27 de Novembro de 2009 deveria ter sido notificado aos 19 arguidos constituídos naquela data, tanto mais que já tinha cessado o segredo interno.

148. No dia 7 de Dezembro de 2009, o Procurador-Geral da República ordenou a extracção da certidão da decisão do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de 27.11.2009 e do presente despacho e a remessa da mesma ao PGD de Coimbra e ao Procurador da República coordenador do DIAP de Aveiro a fim de

diligenciar, com urgência, pela execução da decisão do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça (fls. 12985).

No dia 18 de Dezembro de 2009, o Procurador-Geral da República indeferiu o requerimento dos deputados AGUIAR-BRANCO e FERNANDO NEGRÃO, informando que “A divulgação dos despachos violaria assim igualmente as decisões do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça” e “aos documentos em causa não se aplicam as regras do Código de Procedimento Administrativo, uma vez que este disciplina apenas os procedimentos que visam a prática de actos administrativos e não é esse o caso em apreço.”

- 149. Alguns dias depois, no comunicado da Procuradoria-Geral da República, de 23 de Dezembro de 2009, o Procurador-Geral da República afirmou que “não é possível facultar o acesso a tais certidões”, como “não é possível facultar certidões dos despachos proferidos pelo Procurador-Geral da República, uma vez que nos mesmos se encontram transcritas partes dos relatórios referentes às gravações em causa”. O fundamento dado foi o de que “A divulgação dos despachos violaria assim igualmente as decisões do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça”.**

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
DOUTOR EM DIREITO
PROFESSOR ASSOCIADO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PROFESSOR ADJUNTO DO ILLINOIS COLLEGE OF LAW

150. Neste comunicado, o Procurador-Geral da República esclareceu ainda que “A investigação no processo “Face Oculta” (que nada tem a ver com o que se discute nas escutas) prosseguirá com toda a determinação...” e que “As decisões integrais do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça poderão ser consultadas por todos aqueles que provarem ter interesse legítimo para tal, de harmonia com as leis em vigor” (sublinhado meu).

151. No dia 23 de Dezembro de 2009, o arguido ANTÓNIO CADETE COSTA opôs-se à publicidade externa e à divulgação pública de quaisquer escutas em que tenha tido intervenção, “fazendo questão, isso sim, que “todas as intercepções telefónicas fiquem depositadas nos autos e nenhum alvo interceptado, seja de quem for, seja destruído antes de verificado por todos os sujeitos processuais, directa ou indirectamente afectados, e nos quais se inclui o ora arguido” (fls. 13705 e 13706, com sublinhado meu), tendo esse requerimento sido dirigido pelo juiz de instrução ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, por despacho de 24 de Dezembro de 2010 (fls. 13708).

152. No dia 5 de Janeiro de 2010, o juiz de instrução de Aveiro solicitou a remessa pelo Procurador-Geral da República dos autos n.º

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
DOUTOR EM DIREITO
PROFESSOR ASSOCIADO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PROFESSOR ADJUNTO DO ILLINOIS COLLEGE OF LAW

62/2009, com base na interpretação autêntica do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça do seu próprio despacho. Nesse mesmo despacho também, o juiz de instrução admitiu a intervir como assistente **MARIA MANUELA MOURA GUEDES** e **VITOR OUTEIRO RAINHO** (fls. 13949).

153. No dia 7 de Janeiro de 2010, o Ministério Público da comarca do Baixo Vouga autorizou a consulta pelo arguido **PAULO PENEDOS** das transcrições das conversações em que tenha intervindo (fls. 14000 e 14001).

154. Ainda nessa dia, o mesmo Magistrado colocou à hierarquia, por ofício confidencial dirigido ao PGD de Coimbra, a questão de se dever notificar aos “demais intervenientes processuais” o conteúdo dos despachos do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de 3.9.2009 e 27.11.2009, concluindo que “a ausência de notificação desses despachos pode envolver – segundo a jurisprudência e doutrina citadas – a eventual anulação do conteúdo das intercepções que interessam ao processo que corre termos no DIAP de Aveiro, o que poderá vir a ter consequências irreparáveis para o conjunto da investigação” (fls. 18935 a 18939, com sublinhado meu).

155. Em novo requerimento de 7 de Janeiro de 2010, os deputados **AGUIAR-BRANCO** e **FERNANDO NEGRÃO** solicitaram “cabal esclarecimento sobre a natureza jurídica dos despachos de arquivamento proferidos em relação às certidões extraídas do processo “Face Oculta”.
156. No dia 11 de Janeiro de 2010, o Procurador-Geral da República promoveu a declaração da nulidade de escutas (produto n.º 191 relativo ao alvo 40037M) e a destruição de gravações e transcrições (fls. 1280 a 1282 da “extensão procedimental”).
157. No dia 14 de Janeiro de 2010, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça respondeu ao requerimento do arguido **ANTÓNIO CADETE COSTA**, de 23 de Dezembro de 2009, do seguinte modo: “A intervenção do presidente do Supremo Tribunal de Justiça, nos termos e nos limites definidos no art. 11º, n.º 2, alínea c) do CPP, só pode ocorrer sob promoção ou solicitação do Ministério Público, que no Supremo Tribunal de Justiça é representado pelo Procurador-Geral da República ou pelo magistrado que o represente nos termos estatutários (...) Não pode consequentemente receber o expediente enviado, que só poderia ser dirigido e considerado em

processo, que não se encontra no Supremo Tribunal de Justiça.” (fls. 16849).

158. Isto é, a pretensão do arguido ANTÓNIO CADETE COSTA não foi deferida, nem indeferida. Ela não foi apreciada.

159. O arguido também não foi notificado dos despachos que ordenavam a destruição dos suportes, apesar de ele ter requerido expressamente que esta não tivesse lugar e já estar constituído como arguido na data da prolação do segundo despacho.

160. Ainda no dia 14 de Janeiro de 2010, o assistente VITOR RAINHO declarou a sua oposição à destruição das escutas e requereu cópia dos despachos que ordenaram a extracção de certidões dos autos e o acesso a escutas telefónicas efectuadas ao arguido ARMANDO VARA (fls. 14421).

161. No dia 19 de Janeiro de 2010, o assistente VITOR RAINHO juntou aos autos cópia de requerimento dirigido ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, em que se solicita a notificação a todos os arguidos e assistentes das decisões de destruição das escutas telefónicas (fls. 15560 a 15563).

162. Nesse mesmo dia, o juiz de instrução determinou restrições ao acesso dos arguidos e dos assistentes aos autos, não obstante já ter cessado o segredo interno há muito (fls. 15537)

163. No dia 20 de Janeiro de 2010, o Procurador-Geral da República respondeu ao requerimento dos deputados AGUIAR-BRANCO e FERNANDO NEGRÃO, de 7 de Janeiro de 2010, afirmando que a “questão é assim meramente doutrinária, académica, já que não se vê qual o interesse prático que daí resulta.” Mais uma vez, o Procurador-Geral da República sustentou que “a natureza destas certidões foi fixada no momento em que e nas circunstâncias em que foram extraídas, por se ter entendido ao nível da Comarca, que continham elementos passíveis de integrar ilícitos de natureza criminal; O facto de o Procurador-Geral da República ter considerado que não existiam indícios da prática de crime não altera aquela primitiva natureza; A decisão, no sentido do arquivamento de tais certidões, por inexistência de elementos aptos a concluir que estava indiciada a prática de qualquer ilícito, sujeito a investigação criminal, tem assim a mesma natureza e está sujeita às mesmas regras de processo penal aplicáveis à decisão que tivesse determinado a conversão de tais certidões em inquérito criminal.”

164. A resposta do Procurador-Geral da República é correcta. O conjunto de nove certidões que constituíam a “denúncia” (*rectius*, a notícia de crime) do Ministério Público de Aveiro tem natureza processual penal e tem essa natureza *ab initio*, ou seja, desde que foram extraídas do processo “Face oculta”.
165. No dia 26 de Janeiro de 2010, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça ordenou a destruição imediata dos “suportes técnicos e relatórios que constituem o produto 191” relativo ao alvo 40037M, com base no facto de que “O conteúdo de tal produto cabe, assim, no âmbito do artigo 188.º n.º 6, alínea c) do CPP” (fls. 16883 e 16887).
166. O fundamento da decisão reitera, pois, o argumento da decisão de 27 de Setembro.
167. Nesta data, além dos arguidos constituídos, já havia assistentes admitidos, tendo um deles deduzido oposição à destruição das escutas. Nem os arguidos nem os assistentes foram notificados do despacho do presidente do Supremo Tribunal de Justiça.
168. No dia 27 de Janeiro de 2010, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça ordenou a devolução do requerimento do assistente VITOR RAINHO porque “o processo que identifica nem

pende (nem, por isso, se encontra) no Supremo Tribunal de Justiça. E isto porque – ao contrário do que nele se diz – o presidente do Supremo Tribunal de Justiça não é juiz de instrução criminal nesse processo, mas foi tão só juiz de instrução para a apreciação das escutas telefónicas nos termos estritos do art. 11, n.º 2, al. b) do CPP” (fls. 18961).

169. No dia 2 de Fevereiro de 2010, o juiz de instrução de Aveiro indeferiu o pedido de levantamento do segredo externo formulado pelo arguido ARMANDO VARA e pelo assistente VITOR RAINHO e indeferiu o pedido de exame dos suportes técnicos das conversações “Em conformidade com o disposto no art. 187.º, n.º 8 *a contrario*” e ainda o pedido de cópia de peças processuais “porquanto tais cópias podem colocar em risco a investigação na medida em que podem ser facilmente divulgadas a terceiros” (fls. 15881).

170. No dia 5 de Fevereiro de 2010, o Procurador-Geral da República ordenou que se extraísse certidão do despacho do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Janeiro de 2010 e se remetesse ao Procurador-Geral distrital de Coimbra e ao Procurador-Coordenador do DIAP de Aveiro “a fim de se

diligenciar, com urgência, pela execução da decisão do Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça” (fls. 16887).

171. Num comunicado da Procuradoria-Geral da República desse mesmo dia de 5 de Fevereiro de 2010, o Procurador-Geral da República “esclarece que não altera absolutamente nada do que decidiu nos despachos a propósito proferidos, por não existir qualquer fundamento jurídico para tal.”

172. No dia 8 de Fevereiro de 2010, o assistente VITOR RAINHO solicitou ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça que informasse se o pedido do assistente de 19 de Janeiro de 2010 não se encontrava dentro da sua competência ou se devia ser apreciado e decidido pelo juiz de instrução de Aveiro (fls. 18962 e 1893).

173. No dia 15 de Fevereiro de 2010, por ofício do Procurador-Geral da República dirigido ao juiz de instrução da Comarca do Baixo Vouga, o Procurador-Geral da República prestou o seguinte esclarecimento: “O processo n.º 62/2009, L H, da Procuradoria-Geral da República, tem natureza confidencial, porque (...) serve apenas como um instrumento de acompanhamento e controlo interno do funcionamento dos órgãos e serviços do Ministério Público, nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 10.º, alínea c), e 12.º,

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
DOUTOR EM DIREITO
PROFESSOR ASSOCIADO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PROFESSOR ADJUNTO DO ILLINOIS COLLEGE OF LAW

n.º 2, alínea b) do Estatuto do Ministério Público, isto é para o exercício das competências próprias do Procurador-Geral da República. Justamente por isso as certidões extraídas do inquérito NUIPC 362/08.1JAAVR não foram incorporadas, mas simplesmente apensadas, para serem tramitadas com autonomia e com respeito pelas regras do Código de Processo penal. Porém, as referidas certidões que, pelas razões atrás indicadas, têm de permanecer na Procuradoria-Geral da República, até porque a alegada infracção denunciada ainda não prescreveu (...) uma vez que nos despachos/promoções do Procurador-Geral da República constam integralmente os produtos anulados e mandados destruir por decisões do Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, a sua remessa constituiria uma violação de tais decisões.”

174. Por sua vez, o Procurador-Geral da República solicitou um esclarecimento. “Em face do exposto, não podendo as certidões constitutivas da denúncia, na sua integralidade, ser enviadas, uma vez que as mesmas respeitam ao exercício de competências do Procurador-Geral da República (...) pretende-se que sejam devolvidos os autos de interceptação e gravação, as transcrições e os CDs, respeitantes aos produtos declarados nulos pelos despachos do

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
DOUTOR EM DIREITO
PROFESSOR ASSOCIADO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PROFESSOR ADJUNTO DO ILLINOIS COLLEGE OF LAW

Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, a fim de serem destruídos, conjuntamente todos os suportes técnicos e os relatórios (fontes originais e reproduções) das intercepções telefónicas? Ou pelo contrário, pretende-se que, em cumprimento dos 3 despachos (de 3.09.2009, 27.11.2009 e 26.01.2010) do Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, também vinculativos para o Procurador-Geral da República, sejam destruídos, nesta Procuradoria-Geral da República, todos os suportes técnicos das gravações e transcrições relativos aos produtos declarados nulos por tais decisões, remetendo-se em seguida o auto de diligência comprovativo da diligência” (fls. 17062 a 17067).

175. No dia 19 de Fevereiro de 2010, o Sindicato dos Magistrados do Ministério Público publicou um comunicado em que solicitou que o Procurador-Geral da República “esclareça se pertencem ou não ao despacho que proferiu sobre a denúncia que lhe foi remetida pelo Ministério Público e juiz de Instrução de Aveiro os excertos que alguns jornais agora divulgam”.

176. No dia 25 de Fevereiro de 2010, os deputados AGUIAR-BRANCO e FERNANDO NEGRÃO requereram a remessa dos

despachos proferidos pelo Procurador-Geral da República sobre as certidões extraídas do inquérito n.º 362/08 do DIAP de Aveiro.

177. No dia 1 de Março de 2010, o juiz de instrução de Aveiro solicitou de novo a remessa pelo Procurador-Geral da República dos autos n.º 62/2009.

178. No dia 2 de Março de 2010, o Procurador-Geral da República opôs-se ao pedido do assistente VITOR RAINHO de “acesso a elementos declarados nulos e mandados destruir”, com base em três argumentos: por um lado, “Resulta, manifestamente, das decisões do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça que a nulidade de todos os actos respeitantes à interceptação e gravação opera *ab initio*, não podendo, por isso, os conteúdos dos mencionados produtos ter qualquer relevância processual. Por outro lado, a ordenada destruição abrange todos os suportes técnicos (registos no sistema central; autos de interceptação e gravação; relatórios, transcrições, reproduções em CD, etc...) e é suposto que já terá sido oportunamente executada”; assim, o pedido deve ser indeferido “não só porque isso violaria decisões judiciais transitadas em julgado, mas também porque, em rigor, quaisquer suportes daqueles já nem sequer deveriam existir e juridicamente já não existem”; por fim, o

Procurador-Geral da República acrescenta que o assistente não tem legitimidade para se opor, alegadamente, “para acautelar o direito de defesa dos arguidos”, (...) porquanto elas não respeitam ao objecto do inquérito n.º 362/08, no âmbito do qual nunca poderão ter qualquer relevância, quer para a acusação quer para a defesa” (sublinhado meu) (fls. 18694 a 18696).

179. Em resposta de 11 de Março de 2010, o Procurador-Geral da República rejeitou a pretensão dos deputados AGUIAR-BRANCO e FERNANDO NEGRÃO, com o fundamento de que os ditos despachos “estão intrinsecamente ligados uns aos outros, porque respeitam à denúncia apresentada pelo Senhor Procurador-Coordenador daquele Departamento do Ministério Público. Assim, nenhum dos despachos, inclusive o de 18.11.2009, pode ser considerado isoladamente.” Mais esclareceu o Procurador-Geral da República que “As certidões extraídas do inquérito n.º 362/08, do DIAP de Aveiro, mantêm a sua autonomia e consubstanciam a denúncia apresentada pelo Senhor Procurador-Coordenador daquele Departamento, a qual foi registada como apenso ao processo confidencial n.º 62/2009 – Livro H (...) Os elementos que integram aquele processo confidencial n.º 62/2009 estão sujeitos ao regime do

Código de Processo Penal, em matéria de segredo de justiça e não o regime de acesso a documentos administrativos (cfr. artigo 6.º, n.º 2 da LADA).”

180. O Procurador-Geral da República adiantou ainda que “os despachos proferidos pelo Procurador-Geral da República nas referidas certidões têm, obviamente, natureza processual penal e deram origem a decisões judiciais do Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, transitados em julgado, nas quais, além do mais, foram declarados nulos todos os actos respeitantes à interceptação, gravação e reprodução de conversações/comunicações em que interveio o Senhor Primeiro-Ministro, tendo sido ordenada a destruição de todos os suportes técnicos de tais gravações e reproduções, incluindo, obviamente, os registos centrais, os autos de gravação, os relatórios, as reproduções e as transcrições.”

181. No dia 18 de Março de 2010, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça indeferiu o requerimento do assistente VITOR RAINHO, com base em quatro argumentos: (1) porque “os referidos despachos transitaram em julgado pelo que a ordenada destruição imediata teria de ser imediata, suposto como é que já foi executada. Ademais, em dois desses despachos (os dois primeiros) estava-se

perante nulidades processuais insanáveis nada mais havendo que permitisse ou justificasse a sua reavaliação.”, (2) “o requerente não tem legitimidade para requerer a notificação das decisões em causa aos restantes assistentes e arguidos”, (3) “o assistente só o é desde Janeiro/2010 conforme ele próprio informa, quando os dois primeiros despachos (os principais) já há muito haviam sido proferidos, haviam transitado e deviam ter sido executados.”, (4) “Por último, e no limite, nunca o primeiro despacho (datado de 3/9/2009) deveria ser notificado a arguido algum, já que nessa data não havia, pelos vistos, arguidos constituídos” (fls. 15560 a 15563, 18697 a 18699, 18826 e 18827).

182. Este despacho foi notificado ao assistente no dia 16 de Abril de 2010 (fls. 18858, 18870 e 19813).

183. O primeiro fundamento do despacho é contraditório, porque nele se considera que os dois despachos de 3 de Setembro e 27 de Novembro padeciam de “nulidade absoluta”, quando o texto deste último despacho apenas se refere à nulidade relativa do artigo 190.º do CPP.

184. O segundo fundamento do despacho é correcto.

185. O terceiro fundamento do despacho também é correcto na estrita medida em que à data da prolação dos despachos de 3 de Setembro e de 27 de Novembro o requerente ainda não estava constituído assistente e, portanto, não tinha de ser notificado dessas decisões. Mas da procedência deste fundamento decorre logicamente que o despacho do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Janeiro de 2010 deveria ter sido notificado ao assistente VITOR RAINHO, que já tinha sido admitido como tal no dia 5 de Janeiro de 2010 e até já tinha manifestado oposição à destruição de escutas logo a 14 de Janeiro.

186. O quarto fundamento do despacho é correcto.

187. Em 24 de Março de 2010, os deputados AGUIAR-BRANCO e FERNANDO NEGRÃO solicitaram esclarecimentos sobre as razões que “levaram à mudança de argumentação jurídica para justificar a negação do acesso aos despachos de arquivamento proferidos” pelo Procurador-Geral da República, esclarecimentos sobre “o suporte jurídico que leva” a considerar aplicável o regime do segredo de justiça ao caso em apreço e esclarecimentos sobre os motivos que “levaram a classificar a resposta” ao requerimento feito pelos Deputados como “confidencial”.

188. No dia 1 de Abril de 2010, o juiz de instrução de Aveiro insistiu para que o Procurador-Geral da República cumprisse o despacho de 1 de Março de 2010 (fls. 18702 e 18704).

189. No dia 7 de Abril de 2010, em ofício dirigido ao PGD de Coimbra, em resposta ao ofício confidencial do Ministério Público de Aveiro de 7 de Janeiro de 2009, o Procurador-Geral da República informou que “A interceptação e a gravação de conversações ou comunicações em que intervenha o Primeiro-Ministro, quando autorizadas fora das condições previstas no artigo 11º n.º 2, alínea b) do CPP, constituem nulidades insanáveis que inquinam, desde a origem, todos os actos processuais respeitantes àquelas operações, nos termos dos artigos 119.º, alínea e) e 32.º, n.º 1, daquele Código. Tais nulidades são de conhecimento oficioso, tornaram inválidos todos os indícios resultantes dos autos de gravação, reprodução e transcrição, que não poderão ser utilizados para quaisquer efeitos, processuais ou extra-processuais, porque são absolutamente nulos, nos termos do artigo 122º, n.º 1, do CPP. (...) O Procurador-Geral da República tomou conhecimento, na altura própria, de todas as decisões proferidas pelo Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça – tanto dos despachos de 03.09.09, 27.11.09 e 26.01.10, sobre as

questões das nulidades referidas em 1., como dos demais despachos, de 04.12.09 e de 18.03.10, sobre questões incidentais. Todas as decisões do Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça foram proferidas em conformidade com as posições assumidas pelo Procurador-Geral da República, que com aquelas se conformou. Dado que todas as referidas decisões são definitivas, resta ao Procurador-Geral da República e ao titular do inquérito n.º 362/08.1JAAVR pugnar para que sejam integralmente executadas.” (fls. 18929 e 18930, com sublinhado meu).

190. Portanto, o Procurador-Geral da República respondeu negativamente ao Magistrado do Ministério Público de Aveiro, considerando que as decisões do presidente do Supremo Tribunal de Justiça não tinham de ser notificadas aos “demais interessados”, uma vez que já eram “definitivas”, por ele, Procurador-Geral da República, ter sido delas notificado.

191. No dia seguinte, 8 de Abril de 2010, o Procurador-Geral da República afirmou, em resposta aos ofícios do juiz de instrução de Aveiro de 5 de Janeiro e 1 de Março dada em despacho proferido na “extensão procedimental”, que o “Tal “expediente procedimental” não foi iniciado ou constituído “para o exercício, pelo senhor

Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, das competências a que alude o artigo 11.º, n.º 2, alínea a) do CPP”. Tal “expediente procedimental” foi iniciado com a denúncia apresentada, pelo responsável do Departamento de Investigação Criminal de Aveiro da Polícia Judiciária, ao Senhor Procurador da República coordenador do DIAP que, através do Senhor Procurador-Geral Distrital de Coimbra, a apresentou ao Procurador-Geral da República” (fls. 1220 a 1224 da extensão procedimental).

192. O Procurador-Geral da República qualificou a nulidade dos elementos de prova consubstanciados nos produtos 259, 260, 261, 273, 324 e 24 do alvo 1X372M como uma “nulidade insanável e de conhecimento oficioso (artigos 119.º, alínea e) e 32.º, n.º 1, do CPP)” que “tornou inválidos, desde a origem, todos os actos respeitantes à interceptação, gravação, registo e transcrição, etc... de tais conversações/comunicações (cfr. artigo 122.º , n.º 1, do citado Código)”.

193. Mais esclareceu que “o Procurador-Geral da República exerceu as competências jurisdicionais de representação do Ministério Público no Supremo Tribunal de Justiça, previstas no artigo 4.º, n.º 1, alínea a) do Estatuto do Ministério Público e no

artigo 113.º, n.º 1, alínea a) da LOFTJ, tendo-se conformado com as referidas decisões do Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça”, e ordenou o desentranhamento e a entrega a si próprio dos relatórios das conversações/comunicações dos produtos 259, 260, 261, 273, 324 e 24 do alvo 1X372M; produto n.º 338 do alvo 1X372M; produtos 1244, 1248, 1253 e 1265 relativos ao alvo 40037M; produto 191 do alvo 40037M, ficando no respectivo lugar fotocópias das partes conclusivas dos despachos/promoções.

194. O Procurador-Geral da República concluiu com um considerando sobre a “devolução de denúncia com todos os elementos que restarem” após o cumprimento pelo juiz de instrução do ordenado pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, “porque aqui está registada, nos termos dos artigos 53.º e 247.º n.º 2 do CPP, e porque o Senhor Juiz de Instrução Criminal carece de competência para, sobre o seu destino, tomar qualquer decisão (cfr. artigo 17.º daquele Código)” (fls. 1220 a 1223 da extensão procedimental).

195. No dia 9 de Abril de 2010, foi entregue em mão a “extensão procedimental” ao juiz de instrução de Aveiro (fls. 18802).

196. No dia 13 de Abril de 2010, o arguido PAULO PENEDOS arguiu a nulidade ou irregularidade da falta da notificação do

despacho de anulação das escutas, pedindo que “Até que seja decidido este incidente deve sobrestar-se na destruição de quaisquer escutas” (fls. 18.830 e 18831).

197. No dia 14 de Abril de 2010, o juiz de instrução de Aveiro determinou a extracção de certidão do requerimento do arguido PAULO PENEDOS e ordenou a sua remessa ao Presidente do Supremo Tribunal de Justiça para decisão (fls. 18833 a 18835).

198. No dia 14 de Abril de 2010, o assistente VITOR RAINHO juntou aos autos cópia de um requerimento dirigido ao Procurador-Geral da República, solicitando também a notificação da decisão de destruição de escutas e dos despachos do Procurador-Geral da República (fls. 18807).

199. No dia 15 de Abril de 2010, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça indeferiu o requerimento do arguido PAULO PENEDOS de que se sobrestasse na destruição das escutas, por três motivos: (1) “os despachos proferidos pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça já há muito transitaram e por isso devem ser executados de imediato”; (2) “o requerente não tem legitimidade alguma para aceder às intercepções que pretende: não se referem minimamente a si; quase todas são nulas por violação de regras imperativas o que

significa que inexistem; não contêm indícios probatórios, sendo inócuas”; e (3) “no limite, metade das interceptações são anuladas por despacho de 3/9/2009 quando o requerente não era sequer arguido” (fls. 18826 e 18827).

200. O primeiro fundamento do despacho é incorrecto.
201. Nenhum dos despachos do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Setembro de 2009, 27 de Novembro de 2009 e 26 de Janeiro de 2009 transitou, pelas seguintes razões: (1) os despachos do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça são absolutamente nulos, por terem sido proferidos erradamente ao abrigo do artigo 11.º, n.º 2, al.ª b) do CPP, como se viu já; (2) na medida em que esses despachos fazem “parte integrante” do processo 362/08.1JAAVR, eles podem ser declarados nulos “em qualquer fase do procedimento” e, nomeadamente, a respectiva nulidade absoluta pode ser declarada até ao trânsito em julgado da decisão final do processo 362/08.1JAAVR (artigos 119, al.ª e) do CPP); (3) sendo certo que podem ser declarados nulos pelo juiz na fase de instrução (ou na fase de julgamento) os actos probatórios da fase do inquérito, incluindo os despachos de validação ou invalidação das escutas/interceptações erradamente proferidos nos termos do artigo 11.º, n.º 2, al.ª b); (4) os

despachos de 27 de Novembro de 2009 e de 26 de Janeiro de 2010 não foram notificados aos arguidos constituídos e aos assistentes admitidos à data da respectiva prolação e, designadamente, não o foram ao arguido PAULO PENEDOS, quando ele já estava constituído como tal, já tinha manifestado a sua oposição à destruição de quaisquer escutas e já tinha cessado o segredo interno; (5) sendo certo que os despachos do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça proferidos ao abrigo do artigo 11.º, n.º 2, al.ª b) do CPP são recorríveis (artigo 399.º e 11.º, n.º 4, al.ª b) do CPP), devendo para isso ser notificados aos interessados quando sejam proferidos em fase não secreta do processo (publicidade interna), como sucedeu no caso *sub judice*.

202. O segundo fundamento do despacho é incorrecto, por força da jurisprudência constitucional e convencional que será adiante estudada.

203. O terceiro fundamento do despacho é correcto, no estrito sentido de que o arguido PAULO PENEDOS não tinha de ser notificado do despacho de 3 de Setembro.

204. No dia 15 de Abril de 2010, o juiz de instrução de Aveiro ordenou a notificação do assistente VITOR RAINHO e do arguido

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
DOUTOR EM DIREITO
PROFESSOR ASSOCIADO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PROFESSOR ADJUNTO DO ILLINOIS COLLEGE OF LAW

PAULO PENEDOS dos despachos do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça referentes aos respectivos requerimentos, consignando que “procedi a nova análise dos produtos a destruir podendo afirmar com absoluta segurança que os mesmos não possuem qualquer conexão, remota que seja, com os factos e/ou arguidos investigados nestes autos” (sublinhado meu) (fls. 18858 e 18859).

205. No dia 16 de Abril de 2010, procedeu-se à destruição de relatórios, dados de tráfego e CDs, dando execução aos despachos de 3.9.2009, 27.11.2009 e 26.1.210 do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça (fls. 18860 a 18864 e 20801). Outros elementos (dados de tráfego e CDs) devolvidos pelo DCIAP foram destruídos a 5 de Maio de 2010 (fls. 19517). E mais um outro elemento (relatório do produto 1244 do alvo 40037M) foi destruído a 11 de Junho de 2010 (fls. 20452). E ainda mais outros (resumos e dados de tráfego) a 23 de Junho de 2010 (fls. 20783).

206. No dia 22 de Abril de 2010, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça indeferiu o requerimento do assistente VITOR RAINHO que constituía “um “duplicado”, uma réplica de um outro despachado por nós em 18/3/2010” (fls. 19145).

- 207. O assistente VITOR RAINHO interpôs recurso das decisões do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Março de 2010 e 22 de Abril de 2010 para o Tribunal Constitucional “por ter feito uma interpretação inconstitucional dos artigos 11.º, n.º 1, al. b), 61.º e 69.º do C. P. Penal por violação nomeadamente dos artigos 20.º e 32.º da Constituição da República portuguesa” (fls. 19522, 19774 a 19778).**
- 208. No dia 22 de Abril de 2010, o juiz de instrução insistiu pela devolução dos despachos/promoções de 23.7.2009, 18.11.2009 e 11.1.2010 do Procurador-Geral da República, que foram “desentranhados” da extensão procedimental, “tendo ficado no seu lugar fotocópias das partes conclusivas dos despachos/promoções” (fls. 19073).**
- 209. No dia 7 de Maio de 2010, o Procurador-Geral da República esclareceu, em resposta ao requerimento dos deputados AGUIAR-BRANCO e FERNANDO NEGRÃO de 24 de Março de 2010, que a palavra “confidencial” foi apenas usada “para evitar que a correspondência tenha tratamento igual a qualquer outra”, mas uma vez que os deputados “consideram que não se trata de matéria “confidencial”, tornar-se-á pública esta resposta”.**

210. Quanto ao mais, o Procurador-Geral da República afirmou que “não é possível facultar certidões dos despachos proferidos pelo Procurador-Geral da República, uma vez que em dois deles se encontram transcritas partes dos relatórios referentes às gravações em causa e num outro se fazem referências a gravações, sendo certo que os três despachos formam um todo.” E mais aduziu: “Nem é admissível pensar que é possível enviar os despachos expurgada da matéria das escutas, já que uma decisão judicial não pode ser apreciada por forma truncada, sendo certo que ficariam frases soltas que cada um interpretaria de sua maneira, o que não é legítimo. Os despachos são um todo, só sendo perceptíveis mediante a sua leitura integral, não sendo possível interpretar e valorar de forma correcta uma decisão fraccionada.”

211. Por despacho de 20 de Maio de 2010, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça não admitiu o recurso interposto pelo assistente VITOR RAINHO, por a inconstitucionalidade das normas invocadas não ter sido suscitada pelo recorrente durante o processo, já que o despacho recorrido de 18 de Março de 2010 era “inteiramente omissis” sobre a questão de inconstitucionalidade suscitada, e por lhe faltar legitimidade, uma vez que as questões que suscitou “eram

completamente estranhas à sua posição e aos seus direitos processuais” (fls. 20117 a 20119).

212. A 7 de Junho de 2010, o assistente reclamou do despacho do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça (fls. 20422 a 20427), mas a reclamação veio a ser julgada improcedente pelo Tribunal Constitucional por acórdão de 18 de Outubro de 2010.

213. No dia 8 de Junho de 2010, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça afirmou, em resposta ao pedido do Procurador-Geral da República de esclarecimento do seu despacho de 4 de Dezembro de 2009, que “os elementos interceptados não possam, como é próprio do regime da nulidade e destruição, ser utilizados em qualquer suporte e em nenhuma circunstância.” (fls. 21668 e 21669). Mas o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça não deferiu, nem expressa nem tacitamente, à esclarecimento pretendida pelo Procurador-Geral da República no sentido de que “a execução dos despachos do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça não implica qualquer interferência do Juiz de Instrução Criminal de Aveiro no que especificamente respeita à apreciação e ao destino da “denúncia”, não abrangendo, nomeadamente, os despachos/promoções do Procurador-Geral da República” e de que “a “denúncia”, com todos os elementos que

restaram após as operações inerentes à execução dos despachos do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, deverá ser devolvida à Procuradoria-Geral da República (artigo 53.º, n.º 1, alínea a) do CPP)” (fls. 21667).

214. No dia 18 de Junho de 2010, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça ordenou a destruição imediata de produtos com duas comunicações (*sms*) em que intervém o Primeiro-Ministro, por serem elementos “inteiramente estranhos à investigação em que foram interceptados, como resulta do próprio conteúdo”, nos termos do artigo 188.º, n.º 6, al.ª c) do CPP (fls. 20744).

215. Este despacho não foi notificado aos arguidos, nem aos assistentes.

216. No dia 16 de Julho de 2010, o Procurador-Geral da República determinou que os despachos de 23.7.2009, 21.11.2009 e 11.1.2010 “sejam reproduzidos, eliminando-se todas as transcrições e referências expressas a transcrições das gravações de conversações/comunicações declaradas nulas e mandadas destruir. (...) Deverá ainda proceder-se à destruição, pelo fogo, dos despachos originais ...” (fls. 21676).

217. No dia 20 de Julho de 2010, procedeu-se na Procuradoria-Geral da República à destruição de despachos de 23 de Julho de 2009, 18 de Novembro de 2009 e 11 de Janeiro de 2010 proferidos pelo Procurador-Geral da República “no âmbito das certidões extraídas do inquérito n.º 362/08.1JAAVR, do DIAP de Aveiro” (fls. 21671).
218. A destruição dos despachos originais é ilegal.
219. A lei não prevê, nem autoriza a destruição de despachos de Magistrados proferidos em certidões que integram uma “denúncia” (*rectius*, uma notícia de crime”) e fazem “parte integrante de um inquérito”, como diz o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça.
220. A lei processual é clara.
221. O CPP prevê a destruição de coisas apenas em dez artigos: nos artigos 11.º, n.º 2, al.^a b), 86.º, n.º 7, 102.º, 156.º, n.º 6, 161.º, 185.º, n.º 1, 188.º, n.º 6, 12 e 13, 246, n.º 7, 250.º, n.º 7, e 366.º, n.º 3.
222. O artigo 11.º, n.º 2, al.^a b) prevê a destruição da “gravação” e da “transcrição”. De igual modo, no artigo 86.º, n.º 7, do CPP apenas se prevê a destruição de “elementos” que “não constituam meios de prova” e que, não sendo destruídos, devem ser “entregues à pessoa a quem disserem respeito”. O artigo 156.º, n.º 6, prevê a destruição de

“exames efectuados” e “amostras recolhidas”. O artigo 161.º prevê a destruição de objectos pelos peritos. O artigo 185.º, n.º 1, prevê a destruição de coisas sem valor, perecíveis, perigosas, deterioráveis. O artigo 188.º, n.º 6, do CPP só permite a destruição de “suportes técnicos” e “relatórios” (artigo 188.º, n.º 6). O “relatório” é elaborado pelo OPC (artigo 188.º, n.º 1). O “suporte técnico” é a cassette, o CD ou o DVD onde é gravada a escuta/intercepção (artigo 188.º, n.º 3). O “suporte técnico” cuja conversação/comunicação não servir de meio de prova é guardado em envelope lacrado e destruído após o trânsito em julgado da decisão final (artigo 188.º, n.º 3, 11, 12 e 13). O artigo 246.º, n.º 7 prevê a destruição de denúncia anónima. O artigo 250.º, n.º 7 prevê a destruição de “provas de identificação”. O artigo 366.º, n.º 3, do CPP prevê a destruição das “notas” tomadas pelo secretário durante a deliberação do colectivo. No mais, os “autos” do processo e, bem entendido, os despachos dos Magistrados e os articulados dos outros sujeitos processuais não podem ser destruídos e, se o forem, terão de ser integralmente reformados (artigo 102.º do CPP).

223. Mais: a lei substantiva protege os despachos dos Magistrados, tal como as peças processuais dos Advogados, conferindo-lhe a máxima tutela que pode ser dada no mundo do direito, a tutela do

direito penal (artigo 259.º do Código Penal). Esta tutela inclui qualquer alteração (mesmo parcial) do conteúdo do despacho do Magistrado enquanto documento em sentido penalmente relevante, como sucede quando um documento é composto por duas ou mais partes conjugadas e a alteração consiste na supressão de uma dessas partes (*Bei zusammengesetzte Urkunden kann ein Vernichten schon in der Entfernung eines einzelnen Elements liegen*, TRÖNDLE-FISCHER, anotação 3.ª ao § 274 do StGB und Nebengesetz, 54. Auflage, 2007, e KOCH, anotação 7.ª ao § 274, do Gesamtes Strafrecht, Baden-Baden, Nomos, 2008).

224. Por isso, nenhum despacho judicial ou de magistrado do Ministério Público proferido em processo, “denúncia” ou “extensão procedimental” pode ser destruído. O despacho de um Magistrado proferido num conjunto de certidões que é “parte integrante de um inquérito” beneficia exactamente da mesma protecção do inquérito.
225. Num Estado de Direito podem ser destruídos filmes, vídeos, cassetes, Cds, DVDs, quaisquer gravações, transcrições, relatórios, autos, quaisquer “suportes técnicos”, etc, etc, etc.
226. Mas nunca despachos de Magistrados!

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
DOUTOR EM DIREITO
PROFESSOR ASSOCIADO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PROFESSOR ADJUNTO DO ILLINOIS COLLEGE OF LAW

227. A lei também não prevê, nem autoriza que os despachos originais sejam destruídos e substituídos por outros, sendo as cópias truncadas de certas partes. Recorrendo às doudas palavras do Procurador-Geral da República, “Os despachos são um todo, só sendo perceptíveis mediante a sua leitura integral, não sendo possível interpretar e valorar de forma correcta uma decisão fraccionada” (resposta do Procurador-Geral da República aos deputados AGUIAR-BRANCO e FERNANDO NEGRÃO, de 7 de Maio de 2010, com sublinhado meu).
228. Em 27 de Julho de 2010, os deputados AGUIAR-BRANCO e FERNANDO NEGRÃO solicitaram esclarecimentos adicionais sobre os despachos de 23.07.07, 18.11.09 e 11.01.10.
229. No dia 29 de Setembro de 2010, o Procurador-Geral da República ordenou o envio ao juiz de instrução de Aveiro dos despachos/promoções de 23.7.2009, 18.11.2009 e 11.1.2010, “ficando a constar no dossier respectivo certidões dos mesmos que continuarão sob segredo de justiça, nos termos do regime especial aplicável aos produtos das intercepções telefónicas (cfr. nomeadamente, o artigo 34.º n.º 4 da Constituição da República, e os artigos 88.º n.º 4, 187.º e

188.º do Código de Processo Penal)” (fls. 1226 a 1229 da “extensão procedimental”).

230. Contrariando a sua anterior posição expressa na resposta de 7 de Maio de 2010, o Procurador-Geral da República respondeu, a 1 de Outubro de 2010, ao requerimento dos deputados AGUIAR-BRANCO e FERNANDO NEGRÃO de 27 de Julho de 2010, informando que “procedeu-se à reprodução de tais despachos, expurgando-os dos produtos declarados nulos e mandados destruir”. Mais disse que “os despachos foram enviados a título devolutivo ao juiz de instrução criminal de Aveiro, que solicitou a sua remessa, no âmbito do inquérito n.º 362/08, a nosso ver, sem fundamentos válidos, uma vez que a denúncia com os elementos especificamente lhe respeitem, constitui um expediente autónomo registado na Procuradoria-Geral da República e aqui tramitado”.

231. As destruições das escutas ordenadas pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça na “extensão procedimental” não foram as únicas destruições “imediatas” e *inaudita parte* de escutas realizadas nos autos.

232. No processo principal foi determinada, com base no artigo 188.º, n.º 6, als. a) e b) do CPP, a destruição “imediata” de escutas a fls. 3348 (despacho de 10.7.2009, com base no artigo 188.º, n.º 6, al.ª b), 3857 (despacho de 21.8.2009, com base no artigo 188.º, n.º 6, al.ª b), 4018 (despacho de 31.8.2009, com base no artigo 188.º, n.º 6, al.ª b), 4760 (despacho de 10.9.2009, com base no artigo 188.º, n.º 6, al.ª b), 4790 (despacho de 18.9.2009, com base no artigo 188.º, n.º 6, al.ª b), 14129 (despacho de 12.1.2010, com base no artigo 188.º, n.º 6, al.ª a).
233. Por fim, no dia 22 de Outubro de 2010, o Ministério Público de Aveiro notificou o arguido PAULO PENEDOS para proceder à audição de intercepções telefónicas que lhe tinham sido realizadas, que no entendimento do Ministério Público deveriam ser destruídas nos termos do artigo 188.º, n.º 6, al.ª c) do CPP (fls. 24885).
234. Depois de ter ouvido as intercepções referidas pelo Ministério Público (fls. 24907), o arguido PAULO PENEDOS opôs-se, por requerimento de 25 de Outubro de 2010, à sua destruição, apesar de reconhecer que elas versavam “matéria de direitos, liberdade e garantias, e particular o direito à reserva da intimidade da vida pessoal e familiar (...), cuja divulgação pode afectar gravemente este

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
DOUTOR EM DIREITO
PROFESSOR ASSOCIADO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PROFESSOR ADJUNTO DO ILLINOIS COLLEGE OF LAW

direito, sendo na sua avaliação irrelevante para este processo”, por entender que eles deveriam ser “guardados em envelope lacrado, à ordem do Tribunal, nos termos do n.º 12 do art. 188.º do CPP, com o esclarecimento de que se trata de matéria relativa à reserva da vida privada do arguido”. (fls. 24924).

235. No dia 27 de Outubro de 2010, o juiz de instrução de Aveiro determinou a imediata destruição de intercepções ao arguido PAULO PENEDOS (alvos 39263M e 39263IE), por considerar que a sua divulgação “afectará de forma irremediável o direito à reserva da intimidade da vida pessoal e familiar das pessoas nelas intervenientes”, não obstante a oposição do arguido (fls. 25018). Este despacho foi notificado ao mandatário do arguido (fls. 25019).

236. No dia 28 de Outubro de 2010, procedeu-se à destruição dos produtos referentes às intercepções abrangidas pelo despacho do dia anterior (fls. 25936).

237. Ou seja, a destruição foi realizada sem que o despacho que a ordenou tivesse sequer transitado. E mais: foi ordenada depois de o juiz de instrução se ter pronunciado expressamente e em múltiplos despachos sobre a manutenção destas mesmíssimas escutas nos autos, nos termos do artigo 188.º, n.º 12.

IV

238. Tudo visto, constatam-se várias violações graves da lei processual nos presentes autos. Cabe tirar as consequências jurídicas. E as consequências são “irreparáveis para o conjunto da investigação”, tal como muito avisadamente prenunciou o Magistrado do Ministério Público de Aveiro a 7 de Janeiro de 2010 (fls. 18935 a 18939, com sublinhado meu), na sequência do anterior requerimento de 19 de Novembro de 2009 em que já antevia que a anulação da prova resultante das intercepções, por força da destruição sem notificação aos arguidos, “causaria dano irremediável no presente processo” (fls. 13940).

239. Desde logo, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça não tinha competência para ordenar a destruição de escutas/intercepções em que o Primeiro-Ministro é interveniente acidental e se obtêm conhecimentos fortuitos da prática de um crime alegadamente cometido no exercício das suas funções, nos termos já expostos.

Portanto, os seus despachos são nulos, por força do artigo 119.º, al.ª e) do CPP, e a nulidade pode ser declarada até ao trânsito em julgado da decisão final do processo 362/08.1JAAVR, uma vez que aqueles despachos fazem “parte integrante” deste processo (artigo 119, al.ª e) do CPP).

240. Não obstante a execução dos ditos despachos, a declaração da respectiva nulidade absoluta tem interesse para o destino do processo 362/08.1JAAVR, competindo ao juiz na fase de instrução sindicar os vícios de nulidade absoluta e relativa da fase prévia (artigo 119.º e 120.º, n.º 3, al. c).

241. Mesmo que assim não se entendesse, os despachos de 27 de Novembro de 2009, 26 de Janeiro de 2010 e 18 de Junho de 2010 não transitaram.

242. É que estes despachos do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de destruição dos produtos das escutas/intercepções não foram notificados ao arguido que interveio nas conversações, nem aos demais arguidos já constituídos e assistentes já admitidos nas datas da prolação das decisões.

243. Na data do segundo despacho do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça (27.11.2009), já tinha cessado o segredo interno

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
DOUTOR EM DIREITO
PROFESSOR ASSOCIADO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PROFESSOR ADJUNTO DO ILLINOIS COLLEGE OF LAW

(7.11.2009) e já havia 19 arguidos constituídos, designadamente o arguido PAULO PENEDOS, tendo este arguido manifestado a sua oposição à destruição de quaisquer escutas desde o primeiro momento da sua intervenção processual (17.11.2009).

244. Na data do terceiro e quarto despachos do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça (26.1.2010 e 18.6.2010), já tinham sido admitidos como assistentes VITOR RAINHO e MANUELA MOURA GUEDES (5.1.2010) e o assistente VITOR RAINHO e o arguido ANTÓNIO PAULO CADETA tinham manifestado a respectiva oposição à destruição de quaisquer escutas (este a 23.12.2009, aquele a 14.1.2010).

245. Os arguidos não foram apenas privados do direito ao recurso dos despachos de destruição das escutas, que poderiam exercer nos termos gerais, recorrendo para a secção criminal do Supremo Tribunal de Justiça e para o Tribunal Constitucional (ver a anotação 10.^a ao artigo 188º do meu “Comentário do Código de Processo Penal ...”, 3.^a edição).

246. Os arguidos foram privados de se pronunciarem previamente sobre a própria pretensão de destruição das escutas/intercepções.

247. Há três tipos de situações: (1) a destruição de escutas do arguido PAULO PENEDOS com base no artigo 188.º, n.º 6, al.ª c), (2) e a destruição de escutas em que foram intervenientes outros co-arguidos e participantes ordenada no processo de Aveiro, e ainda (3) a destruição de escutas em que foi interveniente um co-arguido e participante (ARMANDO VARA), ordenada na extensão procedimental.
248. A destruição “imediate” e *inaudita parte* de escutas/intercepções viola o artigo 32.º, n.º 1 e 8, da CRP e o artigo 6.º, n.º 1 e 3, al.ª b), e 8 da CEDH (já assim, acta n.º 17 da UMRP, do dia 10 de Abril de 2006, p. 5, e acta n.º 18 da UMRP, do dia 24 de Abril de 2006, p. 7).
249. Quaisquer escutas de conversações ou intercepções de comunicações, sejam de suspeito, co-suspeito, arguido, co-arguido, vítima, testemunha ou qualquer outro terceiro, mesmo desconhecido, só podem ser destruídas depois de ter sido dada oportunidade aos arguidos de se pronunciarem sobre as mesmas.
250. Este é um princípio básico de *disclosure* (“revelação”), ou na nossa linguagem jurídica continental, de publicidade de um processo

penal em que o arguido é sujeito do processo e não mero objecto do poder do Estado.

251. Se o juiz entender que não se mantêm os pressupostos de validade da escuta/intercepção, ele não pode ordenar a destruição imediata dos relatórios e dos suportes técnicos relativos a conversações manifestamente estranhas ao objecto do processo. A defesa tem o direito constitucional de, findo o período de segredo interno, conhecer a totalidade das escutas telefónicas realizadas no processo. Só assim o arguido pode contrariar a interpretação que o Ministério Público e o juiz fizeram das conversações gravadas. Só assim o arguido pode verdadeiramente contraditar a prova da acusação. O que não aconteceria se ao juiz fosse permitido ordenar a destruição de suportes técnicos e relatórios, sem que o arguido fosse ouvido (já assim, FÁTIMA MATA-MOUROS, Sob escuta, Cascais, Principia, 2003, p. 36).

252. É que o juiz pode entender que determinada pessoa não é suspeito ou não é intermediário e o arguido entender diferentemente e ter interesse em invocar em sua defesa as conversações em que tenham intervindo estas pessoas. O juiz pode considerar que determinadas conversações estão a coberto do segredo profissional e

o arguido discordar e considerar que essas conversas não estão a coberto do segredo profissional e ter interesse em invocar em sua defesa essas conversações. O juiz pode considerar que a divulgação de determinado elemento “afecta gravemente direitos, liberdades e garantias” e o arguido ter opinião diferente e ter até interesse em invocar em sua defesa as conversações que supostamente “afectam gravemente direitos liberdades e garantias”.

253. A resolução da colisão entre as garantias de defesa e o direito de terceiros à protecção da sua intimidade não pode, em nenhuma circunstância, ser conseguida com a supressão “imediate” e *inaudita parte* das escutas, antes deve ser alcançada pela decisão do juiz que, findo o segredo do inquérito, ouviu e ponderou os argumentos da acusação e da defesa no sentido da supressão ou da manutenção das escutas (acórdão do Tribunal Constitucional n.º 450/2007 e, já antes, acórdão n.º 426/2005, n.º 4/2006, n.º 660/2006).

254. O Tribunal Constitucional decidiu repetidamente ao longo de anos que era “inconstitucional, por violação do artigo 32.º, n.º 1, da Constituição, a norma do artigo 188.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, na interpretação segundo a qual permite a destruição de elementos de prova obtidos mediante interceptação de

telecomunicações, que o órgão de polícia criminal e o Ministério Público conheceram e que são considerados irrelevantes pelo juiz de instrução, sem que o arguido deles tenha conhecimento e sem que se possa pronunciar sobre a sua relevância”.

255. O fundamento era claro e convincente: a destruição, apenas por decisão do juiz de instrução, sem conhecimento pelo arguido, dos elementos de prova obtidos por intermédio da interceptação de telecomunicações, constitui, só por si, uma compressão inaceitável e desnecessária das garantias de defesa e que é particularmente notória na comparação da sua posição com a da acusação. Isso porque o arguido, que sofreu uma intervenção restritiva nos seus direitos fundamentais ao ser objecto de escutas telefónicas, acaba por ver eliminados os registos dessas comunicações, sem poder tomar conhecimento do seu conteúdo e sobre eles se pronunciar, enquanto que a acusação (*rectius*, o órgão de polícia criminal e o Ministério Público) tem acesso ao conteúdo “integral e completo” das comunicações e pode (deve mesmo) seleccionar e indicar as partes que considera relevantes (artigo 188.º, n.º 1, parte final), tendo uma intervenção substancial anterior à apreciação do juiz e podendo influenciar a sua decisão sobre a relevância dos elementos coligidos.

256. O princípio de igualdade de armas impõe o acesso do arguido ao conteúdo “integral e completo” das escutas/intercepções.
257. A escolha destes adjectivos na jurisprudência constitucional portuguesa não era casual. Esta boa jurisprudência encontrava assento firme nas decisões do Tribunal de Estrasburgo.
258. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem apontava e aponta no sentido de as legislações nacionais assegurarem “a comunicação intacta e completa das gravações efectuadas, para efeito de controlo pelo juiz e pela defesa” e estabelecerem as circunstâncias em que se pode operar o apagamento ou a destruição das gravações, designadamente após o arquivamento definitivo do processo ou o trânsito em julgado da condenação final (ver n.º 34 do Acórdão Huvig v. França, de 24 de Abril de 1990; n.º 35 do Acórdão Kruslin v. França, da mesma data; n.º 59 do Acórdão Valenzuela Contreras v. Espanha, de 30 de Julho de 1998; e n.º 30 do Acórdão Prado Bugallo v. Espanha, de 18 de Fevereiro de 2003, com sublinhado meu).
259. Nos ditos acórdãos Huvig v. França e Kruslin v. França, o TEDH criticou o país requerido porque “o sistema não oferece de momento as garantias adequadas contra diversos abusos a recluir. Por exemplo, nada define as categorias de pessoas susceptíveis de

serem colocadas sob escuta judiciária, nem a natureza das infracções que podem dar lugar a elas; nada vincula o juiz a fixar um limite à duração da execução da medida; e também nada precisa as condições de realização de procedimentos verbais de síntese consignando as conversações interceptadas, nem as precauções a tomar para comunicar intactas e completas as gravações realizadas, com o fim de controlo eventual pelo juiz – que não pode de todo deslocar-se ao local para verificar o número e a duração das fitas magnéticas originais – e pela defesa, nem as circunstâncias em que pode ou deve realizar-se o apagamento ou a destruição das ditas fitas, designadamente após absolvição ou trânsito em julgado.” (com sublinhado meu).

260. Contudo, o plenário do Tribunal Constitucional afastou-se desta jurisprudência, no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 70/2008, de 31.1.2008, com base numa visão restritiva ou “menorizada”, como diz o Colendo Conselheiro MÁRIO TORRES, do princípio do contraditório na fase de inquérito.

261. Segundo a maioria dos juízes do Tribunal Constitucional naquela data, “a destruição de elementos recolhidos por irrelevância probatória não colide com o princípio do contraditório, que, tal como

está constitucionalmente consagrado, apenas se torna aplicável nas fases subsequentes do processo penal, com excepção apenas de actos instrutórios que, praticados no âmbito do inquérito, possam pôr em causa directamente direitos do arguido, e cuja amplitude se circunscreve, como ficou dito, aos actos relativos à aplicação de medidas de coacção e às inquirições que devam ser feitas no inquérito para serem tomadas em conta no julgamento”.

262. Ou dito de outro modo: “esse direito de contraditório existe em relação às provas em que se funda a acusação, as mesmas que serão ponderadas pelo juiz de instrução, para efeito de emitir o despacho de pronúncia, e levadas a julgamento, para efeito a condenação do réu. É só em relação a essas provas – e não a quaisquer outras que os investigadores tenham considerado irrelevantes ou tenham abandonado por considerarem (bem ou mal) imprestáveis para os fins de indiciação da prática de ilícito -, que o arguido poderá responder, alegando as razões que fragilizam os resultados probatórios ou indicando outras provas que possam pôr em dúvida ou infirmar esses resultados. É o exercício desse direito, nas fases processuais subsequentes à investigação, que permite justamente

equilibrar a posição jurídica da defesa em relação à acusação e dar cumprimento ao princípio da igualdade das armas.”

263. Esta asserção, que constitui o cerne da argumentação da maioria, é incompatível com as garantias de defesa e de um processo “equitativo” de um Estado de Direito, pois ela confere ao Ministério Público o poder de afastar do processo prova exoneratória sem que o arguido possa reagir. O arguido só tem o direito de contradizer a prova “conveniente” ao Ministério Público, a prova que “interessa” ao Ministério Público para sustentar a acusação.

264. O que a maioria dos Juízes do Palácio Ratton diz é que o arguido não tem o direito de sequer de conhecer a prova que não “interessa” ao Ministério Público e, portanto, o arguido não tem o direito de conhecer a prova exoneratória que tenha sido recolhida pelo Ministério Público no inquérito, devendo fiar-se cegamente no juízo indiciário do Estado.

265. Há aqui uma “manifesta petição de princípio”, como denunciou o Conselheiro MÁRIO TORRES no seu louvável voto de vencido: “o acórdão dá como assente (que os elementos são irrelevantes) justamente aquilo que o arguido pretende discutir (a relevância dos elementos), discussão essa que lhe é definitivamente

recusada com a imediata (e irrecuperável) destruição desses elementos”.

266. Mas há também uma ideologia implícita no raciocínio da maioria do Tribunal Constitucional: o arguido é objecto do processo penal, não é sujeito processual! Ou seja, na ideologia implícita na decisão que fez vencimento, o arguido é o destinatário da decisão de destruição de escutas/intercepções, sofre as consequências nefastas que dela podem advir e não tem o direito de participar na tomada dessa decisão, não obstante ela poder condicionar de modo definitivo e irreversível a sua estratégia de defesa.

267. O que se comprova melhor pela seguinte afirmação: “Face à própria natureza essencialmente investigatória do processo de inquérito – como há pouco se deixou explanado -, o arguido não tem de se pronunciar sobre a relevância dos registos das escutas telefónicas, como não tem de tomar posição sobre o modo e o lugar da intercepção ou o circunstancialismo temporal em que ela deve ocorrer, aspectos que naturalmente relevam de critérios de oportunidade que só ao Ministério Público, sob pena de frustrarem os objectivos da investigação, cabe definir. E o arguido não tem de se pronunciar sobre essa matéria como não tem de o fazer relativamente

a qualquer outro resultado probatório que tenha sido obtido através de um outro meio de prova.”

268. É absolutamente ilegítimo comparar a posição do arguido quanto ao “modo e o lugar da interceptação ou o circunstancialismo temporal em que ela deve ocorrer” com a posição do arguido quanto à “relevância dos registos das escutas telefónicas”.

269. É óbvio que o arguido não tem de se pronunciar sobre “o modo e o lugar da interceptação ou o circunstancialismo temporal em que ela deve ocorrer”, dada a sua natureza de meio de prova intrusiva não consentida. Mas não é nada óbvio e é mesmo inadmissível que o arguido não tenha de se pronunciar quanto à “relevância dos registos das escutas telefónicas”. Esta asserção viola frontalmente o princípio do contraditório, reduzindo o arguido a um objecto do poder do Estado, sem voz activa no processo penal.

270. Para salvaguardar ainda um mínimo de contraditoriedade do processo, a maioria do Tribunal Constitucional acrescenta que “a não audição do arguido relativamente à relevância das provas recolhidas não obsta a que ele possa pôr em causa, em sede de julgamento, os correspondentes resultados probatórios. E assim, as deficiências que puderem ser apontadas à investigação, assim como a insuficiência ou

a descontextualização das passagens das gravações, na medida em que dificultam ou impedem a prova dos factos que constam da acusação relevam a favor do arguido, que poderá justamente utilizar a fase de instrução e de audiência de julgamento para fazer valer, em contraditório, as imprecisões e fragilidades das provas em que se funda a acusação.”

271. Esta visão das coisas obnubila a realidade prática do processo e coloca o arguido diante do ónus de uma prova impossível.

272. É claro que a destruição de uma interceptação impede irreversivelmente a prova exoneratória. O Ministério Público escolhe as passagens das interceptações que são incriminatórias, tenham elas um sentido unívoco ou não. Se forem destruídas, por negligência ou outro motivo, passagens que dão um sentido diverso às palavras ditas e registadas, é óbvio que o arguido não pode mais pôr em causa essas palavras incriminatórias que ficaram no mundo e no processo. Portanto, as omissões jogam aqui contra o arguido.

273. O que não está no processo, não está no mundo, nunca foi dito e nunca poderá servir para esclarecer o que ficou dito e está no processo!

274. E conclusão é a mesma quer as palavras suprimidas sejam do visado pela escuta quer sejam de um co-arguido, suspeito, vítima, testemunha ou qualquer outro terceiro, mesmo desconhecido.
275. A destruição “imediate” e *inaudita parte* das escutas/intercepções não é uma mera restrição do princípio do contraditório no inquérito. Na realidade do processo vivido nos tribunais, a destruição *inaudita parte* das escutas/intercepções prejudica o exercício cabal do princípio do contraditório na audiência de julgamento quando esse meio de prova for apresentado pelo Ministério Público de forma amputada, parcial, conveniente.
276. Daí, o Colendo Conselheiro Presidente do Tribunal Constitucional RUI MOURA RAMOS ter com toda a propriedade sublinhado, no seu voto de vencido, que esta é verdadeiramente uma “exigência a montante da plena realização do contraditório” na fase de julgamento (com sublinhado meu).
277. Por outro lado, a argumentação da maioria do Tribunal Constitucional coloca o arguido diante da impossibilidade de uma prova de facto negativo.
278. Por muito que ele queira provar que o sentido das palavras ditas e registadas não é o que foi dado pelo Estado, não o poderá

fazer, pois a prova que lhe permitiria fazer isso mesmo já foi destruída pelo próprio Estado.

279. Por fim, a maioria do Tribunal conclui de modo infeliz que “Nem a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, nem o direito comparado, nem a recente alteração legislativa relativa ao actual artigo 188º do CPP, apontam no sentido de assegurar ao arguido o direito de contraditório relativamente às diligências de investigação realizadas no âmbito do inquérito e que envolvam a intercepção e gravação de comunicações telefónicas. O que se reconhece é o interesse em manter intactas e completas as gravações para efeito de ulterior controlo quer pelo tribunal quer pela defesa.”
280. Mas o propósito de manter “intactas e completas” as escutas é precisamente o de permitir que o arguido exerça o contraditório quanto a este meio de prova. Não há outro propósito na jurisprudência do TEDH!
281. Em boa verdade, postas as coisas nos termos em que o faz a maioria do Tribunal Constitucional, a jurisprudência do TEDH não passa de um mero *obiter dictum* inútil, sem qualquer força jurídica.
282. A questão já foi recolocada em face da nova redacção do artigo 188.º dada pela reforma de 2007.

283. No Acórdão 293/2008, o Tribunal Constitucional não julgou inconstitucional a norma do artigo 188.º, n.º 6, alínea a) do Código de Processo Penal, na redacção dada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, quando interpretada no sentido de que o juiz de instrução determina a destruição imediata dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo, que digam respeito a conversações em que não intervenham pessoas referidas no n.º 4 do artigo 187.º do mesmo Código, sem que antes o arguido deles tenha conhecimento e possa pronunciar-se sobre a sua relevância.

284. O Tribunal Constitucional refugia-se na “mais recente orientação do Tribunal Constitucional nesta matéria (firmada no citado Acórdão n.º 70/2008) (...) E este princípio é aplicável por maioria de razão, quando as comunicações telefónicas interceptadas não dizem sequer respeito ao arguido ou qualquer intermediário ou interveniente processual, mas a pessoas inteiramente estranhas ao processo e cujas conversações (embora tenham sido objecto de gravação) não têm qualquer relevância para a investigação. A aplicação da doutrina do acórdão n.º 70/2008 conduz-nos necessariamente à conclusão de que a norma do artigo 188.º, n.º 6, alínea a) do Código de Processo Penal, na redacção dada pela Lei n.º

48/2007, de 29 de Agosto, não viola as garantias de defesa do arguido.

Acresce que, a destruição de suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo, ao abrigo do disposto no artigo 188º, n.º 6, alínea a) do Código de Processo Penal, tem por base a protecção do direito ao sigilo das telecomunicações (n.º 4 do artigo 34.º da Constituição) e da reserva de intimidade da vida privada (n.º 1 do artigo 26.º da Constituição) de terceiros, em relação aos quais a lei de processo criminal não autoriza a intercepção e a gravação de conversações.”

285. Esta argumentação não procede, pois a defesa do arguido é irreversivelmente impedida se ele não poder conhecer todas as escutas “intactas e completas”, sendo certo que há outras maneiras de conciliar o direito da defesa e a reserva da intimidade da vida privada de terceiros, sem prejuízo definitivo e irreversível para qualquer um deles, designadamente recorrendo aos amplos meios que o CPP prevê para esse efeito de restrição à publicidade nos termos do artigo 87.º, n.º 1, 88, n.º 1, *in fine*, e n.º 2 e 3, e 90.º, n.º 2, como resulta também da nova solução do direito germânico, adiante referida.

286. E quanto ao sigilo das telecomunicações, a sua quebra foi desde logo legitimada pela autorização judicial da interceptação, pelo que não é posto em causa pela continuação das ditas no processo. A menos que se queira dar uma abrangência ao sigilo das telecomunicações que o próprio segredo de justiça não tem! Este seria um resultado *ad absurdum* a que conduziria a sobreposição do sigilo das telecomunicações ao direito de defesa do arguido em processo penal, que poderia conhecer tudo o que há no inquérito menos as interceptações “inconvenientes”.

287. Um Estado que esconde, que não revela, o que andou a fazer no processo penal é um Estado que ainda não atingiu a maioria democrática, que vive ainda à luz de padrões de valores que minorizam e acabrunham o cidadão como objecto da vontade do poder público.

288. E tanto faz que as interceptações tenham sido feitas ao próprio arguido ou a co-arguido ou a suspeito que não chegou a ser arguido, a vítima, testemunha ou a qualquer outro terceiro, mesmo desconhecido. Tudo o que está no processo, tudo o que foi trazido pelo Estado para o processo penal deve ser revelado (*disclosed*) ao visado pelo processo. É um princípio básico das democracias sólidas:

tudo o que o Estado carrega para o processo penal contra um cidadão deve ser revelado ao cidadão, para que ele possa defender-se efectivamente, para que ele possa contraditar cabalmente.

289. Com efeito, “Os meios necessários que podem ser usados por qualquer pessoa acusada de um crime incluem a oportunidade de ela conhecer, com vista a preparar a sua defesa, os resultados da investigação realizada durante o processo (...) A omissão da revelação à defesa da prova material, que contém tais elementos que possam permitir ao acusado exonerar-se ou ter uma sentença reduzida constituiria a recusa de meios necessários para a preparação da defesa, e portanto a violação do direito garantido no artigo 6, n.º 3, alínea b) da Convenção” (parágrafos 42 e 43 do acórdão do TEDH *Natunen v. Finlândia*, de 31.3.2009).

290. Por isso, é também inadmissível a jurisprudência acórdão do Tribunal Constitucional n.º 477/2008, que decidiu que “o despacho do juiz de instrução que ordena a destruição dos elementos considerados irrelevantes não é um daqueles actos relativamente aos quais sempre tem de ser assegurado recurso. E pelas razões apontadas no acórdão n.º 78/2008, a destruição dos elementos a que se refere a norma em

casa deixa incólumes os direitos de defesa do arguido.” Esta é uma ilação infeliz, mas consequente, da má jurisprudência fixada em 2008.

291. Na lógica da “menorização” do princípio do contraditório, se o arguido não tem o direito a conhecer as escutas/intercepções, muito menos tem o direito de impugnar a decisão que as destrói e deixa ficar nos autos apenas as convenientes para a acusação. Consequentemente, o arguido fica totalmente nas mãos do Ministério Público e de um juiz de instrução que, após a reforma de 2007, é cada vez mais parte interessada na investigação (ver a anotação aos artigos 86.º e 89.º do meu “Comentário do Código de Processo Penal...”, 3.ª edição). Poder-se-ia dizer, em abono da verdade, que a estratégia da defesa, nesta lógica, é uma estratégia condicionada.

292. Independentemente da valia intrínseca da argumentação do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 70/2008 em face da redacção do CPP anterior à Lei n.º 48/2007, a verdade é que essa argumentação improcede ainda menos em face da nova redacção do artigo 188.º do CPP.

293. No referido acórdão, o Tribunal Constitucional concluiu que “o juiz de instrução averigua *imediatamente* (no sentido que o Tribunal Constitucional confere a esta expressão) se a diligência, que

foi ordenada ou autorizada na perspectiva de possuir um “grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova”, tem efectivo relevo probatório, para efeito de, *desde logo*, ordenar a transcrição dos elementos coligidos que se mostrem relevantes e a destruição daqueles outros que não possuam qualquer utilidade para a finalidade que justificou a utilização do meio de prova. Só uma tal interpretação permite conferir à intervenção do juiz a função convalidante (dita de *acompanhamento e controlo*) dos actos da polícia criminal, sendo que essa é também a interpretação que melhor preserva a garantia constitucional da intimidade da vida privada.” (itálico da decisão citada)

294. Esta jurisprudência não se impõe diante da nova redacção do artigo 188.º, porque na lógica do novo preceito o juiz não tem de ordenar “desde logo” a transcrição dos elementos coligidos. A regra actual é distinta da anterior (ver o novo artigo 188.º, n.º 9, al.ª a), isto é, o pressuposto em que assentou a decisão do Tribunal Constitucional de que o juiz “desde logo possa efectuar o *controlo da relevância probatória* dos elementos recolhidos” (itálico da decisão) já não é válido na versão do CPP de 2007. A regra é agora a de que só no final do inquérito o Ministério Público escolhe e manda escrever

as escutas que indicará como prova da acusação, salvo se o Ministério Público requerer anteriormente a aplicação de medida de coacção ou garantia patrimonial. E faz sentido que assim seja, de um ponto de vista criminalístico: há conversações que, no momento da sua intercepção, podem parecer nada terem a ver com os factos objecto do processo e, no final da investigação, iluminadas pelo conjunto das provas, pode concluir-se que elas interessam à prova dos factos. A destruição imediata dos suportes técnicos poderia ser impeditiva do exercício da acção penal, pois só no final do inquérito é que o Ministério Público pode ter uma visão completa da prova que lhe permita concluir se uma escuta realizada interessa ou não à prova (ver de novo o artigo 188.º, n.º 9, al.ª a). O inverso também pode ser verdadeiro: as conversas que em certo momento parecem estranhas ao objecto do processo, bem como as conversas entre pessoas aparentemente estranhas aos factos podem muitas vezes elucidar a conduta do arguido e, por isso, interessar ao arguido a sua invocação como meio de defesa.

295. Acresce que, se na pendência do inquérito o juiz determinasse a destruição imediata de uma conversação contra a promoção do Ministério Público, o Ministério Público poderia reagir, recorrendo

(artigo 399.º). O mesmo direito de recurso não teria, contudo, o arguido de reagir a despacho que determinasse a destruição imediata de uma conversação na pendência do inquérito. Bem vistas as coisas, o arguido interessado não poderia sequer contra-alegar no recurso interposto pelo Ministério Público de despacho judicial que ordenasse a destruição imediata de uma conversação na pendência no inquérito, dado o segredo que envolve a diligência. Tamanha desigualdade entre o Ministério Público e o arguido não pode deixar de ferir o mais elementar sentimento de justiça (artigo 13.º da CRP).

296. O Tribunal Constitucional procura resolver este problema pelo modo já descrito, vislumbrando sempre que não seja possível a alegada contextualização de uma conversa por destruição de outras conversas um “erro do juiz de instrução quanto à extensão da relevância dos elementos recolhidos através das escutas telefónicas e que poderá conduzir à insuficiência probatória por falta de adequada contextualização dos suportes não destruídos, que necessariamente determinará, do mesmo modo, a inaptidão do meio de prova para o pretendido efeito de indiciação da prática do crime”. Mas esta seria uma solução drástica que implicaria a inutilidade de toda e qualquer escuta telefónica em qualquer processo: bastaria que o arguido

alegasse a falta de contextualização de conversas por destruição do suporte técnico referente a uma outra conversa escutada! No fundo, esta solução configuraria um reconhecimento *a posteriori* do dano irreversível causado à defesa e à descoberta da verdade pela destruição imediata dos suportes técnicos. E este reconhecimento impor-se-ia ao juiz de julgamento ou do debate instrutório sempre que fosse alegado pelo arguido o dito prejuízo da falta de contextualização de conversas.

297. Aliás, não é outra a razão pela qual o Tribunal Constitucional acaba por concluir que é “aconselhável de *jure condendo* assegurar a integralidade das conversações telefónicas interceptadas”.

298. Em síntese, a destruição “imediata” de escutas/comunicações de suspeito, co-suspeito, arguido, co-arguido, vítima, testemunha ou qualquer outro terceiro, mesmo desconhecido, que o órgão de polícia criminal e o Ministério Público conheceram e que são considerados irrelevantes pelo juiz de instrução, por qualquer um dos fundamentos do artigo 188.º, n.º 6, sem que o arguido deles tenha conhecimento e sem que se possa pronunciar sobre a sua relevância, viola as garantias de defesa previstas no artigo 32.º, n.º 1 e 8, da CRP e artigos 6.º, n.º 1 e 3, al.^a b), e 8 (também assim, LAMAS LEITE,

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
DOUTOR EM DIREITO
PROFESSOR ASSOCIADO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PROFESSOR ADJUNTO DO ILLINOIS COLLEGE OF LAW

Entre Péricles e Sísifo: o novo regime legal das escutas telefónicas, in RPCC, ano 17, 2007, p. 648, BENJAMIM SILVA RODRIGUES, Das escutas telefónicas, tomo I, A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 358, COSTA ANDRADE, “Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente, in RLJ, ano 137, 2008, p. 347, que considera mesmo censurável “a ausência de um dispositivo que faça impender sobre as autoridades judiciais o dever de, chegado que seja o momento considerado adequado, informar as pessoas atingidas de que as suas conversações telefónicas foram interceptadas e gravadas”, e HELENA SUSANO, Escutas telefónicas, Exigências e controvérsias do actual regime, Coimbra, 2009, pp. 84 e 93, claramente no sentido de que “deve ser dado ao arguido prazo para se pronunciar sobre a destruição das escutas que o juiz de instrução entenda serem subsumíveis às alíneas do n.º 6 do art. 188.º, a final do inquérito, o que salvaguarda, também a nosso ver, de forma equilibrada os vários interesses a ponderar”).

299. Este é também o crivo do direito internacional dos direitos humanos que resulta dos referidos acórdãos do TEDH Huvig e

Kruslin v. França, de 24.4.1990, mas também dos mais recentes acórdãos Craxi v. Itália (N.º 2), de 17.7.2003, e Dumitru Popescu v. Roménia (N.º 2), de 26.4.2007, todos sublinhando a necessidade da garantia do conhecimento integral das intercepções pelo arguido em algum momento do processo, mas sempre antes da escolha pelo juiz das passagens que devem ser destruídas, seja a que título for. Mais explicitamente ainda no acórdão Kirov v. Bulgária, de 22.5.2008, o TEDH censurou o Estado requerido pela destruição das escutas antes do fim do processo penal instaurado contra o requerente com base nelas (parágrafo 44.º).

300. É este também o crivo do direito das nações civilizadas, como foi muito justamente notado no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 4/2006 e retomadas no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 660/2006: “na *Bélgica*, as gravações são mantidas intactas a fim de as partes as poderem consultar e requerer a transcrição de passagens inicialmente tidas por irrelevantes; em *França*, as gravações só são destruídas no termo do prazo de prescrição do procedimento criminal; em *Itália*, só após audição das gravações (cuja guarda compete ao Ministério Público) pela defesa e pronúncia dos diversos intervenientes é que o juiz manda suprimir os registos cuja utilização

é legalmente vedada e admite os que não são manifestamente irrelevantes (artigo 268.º, n.º 6, do Código de Processo Penal), sendo os registos conservados até ao trânsito em julgado da sentença final, a menos que, a requerimento dos interessados, com fundamento em tutela da privacidade, o juiz autorize a destruição antecipada (artigo 269.º, n.º 2, do mesmo Código); em *Espanha*, atenta a exiguidade da regulamentação legal, a jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Supremo têm insistido na necessidade de serem os originais das fitas de gravação ou elementos análogos a serem remetidos ao tribunal, ficando à guarda do secretário judicial, que facultará o seu acesso às partes (e ao Ministério Público) e dirigirá a tarefa de transcrição das partes tidas por relevantes”.

301. Na RFA, a situação alterou-se desde 2006: o anterior § 100b n.º 6 da StPO foi substituído, na *Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung* pelo § 101 n.º 8, que regula detalhadamente a destruição de interceptações e outras informações pessoais. A destruição só pode ter lugar se e quando já não for necessária para a impugnação da medida que determinou a medida (HARTMANN, anotação 16.^a ao § 101 da StPO, in *Gesamtes Strafrecht, Baden-Baden, Nomos, 2008*). Ora, como essa impugnação

pode ter lugar até à audiência de julgamento, nos termos do n.º 7 do mesmo parágrafo, todos as intercepções devem mandar-se disponíveis para esse efeito, embora os elementos que ponham em causa a privacidade devam manter-se “fechados” (*sie sind entsprechend zu sperren*).

302. Acresce um último argumento: o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 378/2008, julgou não inconstitucional a norma do artigo 82.º da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, aprovada pela Lei n.º 28/82, de 15.11, e alterada, por último, pela Lei n.º 13-A/98, de 26.2, interpretado no sentido de permitir que o Tribunal Constitucional profira, no julgamento de um recurso, juízo de não inconstitucionalidade de uma norma que já fora objecto de juízos de inconstitucionalidade em três decisões anteriores, como tinha sucedido na apreciação desta questão.

303. A preservação da confiança dos cidadãos no modo coerente e consequente como as autoridades públicas exercem os seus poderes é um pilar fundamental do Estado de Direito. Ora, o Estado de Direito não se compadece com uma inflexão jurisprudencial radical, dir-se-ia de 180 graus, como a verificada no caso em apreço, em que depois de uma longa sedimentação jurisprudencial no sentido de uma

interpretação do princípio do contraditório mais favorável ao arguido o Tribunal Constitucional inflecte o seu entendimento no sentido de uma interpretação claramente menos favorável ao arguido. A confiança da comunidade na manutenção do estalão de conduta das autoridades públicas sai totalmente frustrada, com violação do Estado de Direito (artigo 2.º da CRP). Pelo exposto, o artigo 188.º, n.º 6, conjugado com o a norma do artigo 82.º da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, é, também nessa medida, inconstitucional, por violar os artigos 2.º e 32.º, n.º 1, da CRP e o artigo 8.º da CEDH.

304. A prová-lo está a mudança de critério para a destruição de dados verificada no artigo 11.º da lei n.º 32/2008, de 17.7, reflectindo o *mea culpa* do legislador.

305. A novidade da Lei n.º 32/2008 em relação ao CPP reside no modo de destruição dos dados. De acordo com o critério do artigo 11.º da Lei n.º 31/2008, a destruição dos dados tem lugar quando deixem de ser “estritamente necessários para os fins a que se destinam”. Este critério é distinto do previsto no artigo 188.º, n.º 6, do CPP. Por outro lado, não prevê a destruição “imediata” dos dados, à revelia dos sujeitos interessados nos dados, como sucede com o artigo

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
DOUTOR EM DIREITO
PROFESSOR ASSOCIADO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PROFESSOR ADJUNTO DO ILLINOIS COLLEGE OF LAW

188.º, n.º 6 do CPP. Com efeito, a destruição dos dados só é admitida, nos termos do referido artigo 11.º, depois de decisão definitiva de arquivamento ou decisão transitada em julgado de absolvição, condenação ou arquivamento por prescrição do procedimento criminal ou amnistia. Em suma, ao aprovar o artigo 11.º da Lei n.º 31/2008, o legislador fez um tardio *mea culpa* em relação à solução inconstitucional do artigo 188.º, n.º 6, do CPP, consagrando enfim uma solução conforme à Constituição quanto à destruição de dados de tráfego, dados de localização e dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador, no que respeita à investigação de crimes graves. A novíssima Portaria n.º 624/2010, de 16.8, visou estender a aplicação informática criada pelo ITIJ para transmissão dos dados de tráfego e de localização e dos dados conexos de identificação do assinante ou utilizador registado nos inquéritos referentes aos crimes referidos no artigo 2.º, n.º 1, al.^a g) da Lei n.º 32/2008 a todos os “crimes em que seja necessário solicitar qualquer tipo de informação aos fornecedores de serviços de comunicações electrónicas”. Assim, por via de portaria, o legislador generaliza um procedimento de transmissão de dados, mantendo contudo dois diferentes procedimentos de destruição de dados, um no CPP e outro

na Lei n.º 31/2008. Mais: os dados com valor probatório mais importante (as conversações) estão submetidas a um regime de destruição menos garantista do que os dados com valor probatório menos importante (os dados de tráfego, dados de localização e dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador).

306. A interpretação constitucional do artigo 188.º, n.º 6, do CPP imporá a sua conjugação com o artigo 61.º, n.º 1, al.ª b), no sentido de que a decisão sobre a destruição de escutas/intercepções nunca poderia ter lugar antes de o arguido ser ouvido pelo tribunal a este propósito (ver a anotação 10.ª ao artigo 188.º do meu Comentário do Código de Processo Penal ..., 3.ª edição).

307. Em conclusão, são nulas as escutas/intercepções ao arguido PAULO PENEDOS em virtude da destruição *inaudita parte* de escutas/intercepções de co-arguidos e participantes, quer no processo principal (fls. 3348, 3857, 4018, 4760, 4790 e 14129) quer na extensão procedimental (fls. 9042 a 9052, 12976 a 12984, 16885 e 16886, 20744), nos termos conjugados dos artigos 61.º, n.º 1, al.ª b), 188.º, n.º 6, e 190.º

308. Esta nulidade é ainda mais óbvia quando ocorre depois de ter cessado o segredo interno e até depois de os arguidos e assistentes

terem manifestado a vontade expressa de conhecer e escrutinar todas as escutas/intercepções realizadas nos autos.

309. E não constituem garantia suficiente as repetidas afirmações dos Magistrados ao longo do processo de que os produtos destruídos nada tinham a ver com o caso em que o arguido estava implicado e de que não interessavam à defesa. Retomando as palavras do Colendo Conselheiro MÁRIO TORRES, estas afirmações não passam de mera petição de princípio, dando como assente precisamente aquilo que o arguido queria e tinha o direito de confirmar por ele próprio.

310. As afirmações citadas esquecem um valor básico do processo penal de um Estado de Direito: ninguém melhor do que a defesa pode julgar do seu interesse nas provas que estão no processo, não devendo os outros sujeitos processuais e nem mesmo o tribunal substituir-se ao juízo da defesa, desse modo condicionando a estratégia da defesa.

311. Dito de modo dogmático, o arguido é um sujeito processual, não é um objecto do processo e, por isso, só o arguido julga do interesse da defesa nas provas que estão no processo.

312. As escutas do arguido PAULO PENEDOS são ainda nulas, por ter sido destruído um número significativo de produtos obtidos a

partir dos alvos 39263M e 39263IE, contra a vontade expressa do arguido escutado.

313. O tribunal ouviu o arguido sobre a manutenção das suas próprias escutas/intercepções no processo, mas preteriu a sua vontade. Mais: decretada a destruição contra a vontade do escutado, o tribunal não aguardou sequer a notificação e o trânsito da decisão judicial.

314. É caso para perguntar para que serviu o convite ao arguido PAULO PENEDOS para a audição dos produtos de fls. 25936.

315. Bem vistas as coisas, a audição do arguido não passou de uma mera formalidade sem qualquer sentido útil.

316. Bem vistas as coisas, o arguido ressuma neste episódio uma vez mais como objecto do processo e não como verdadeiro sujeito processual, sendo a sua vontade desprezada, mesmo quando ela é claramente reflectida nos autos.

317. E não se diga que a privacidade de terceiros exigia esta corrida apressada para destruir os ditos produtos. É que havia outras soluções, como se demonstrou já, que conciliavam o direito do arguido e o direito de terceiros.

318. Pelo exposto, é inconstitucional, por violar o artigo 32.º, n.º 1 e 8, da CRP e os artigos 6.º, n.º 1, e 8, da CEDH, a interpretação dos artigos 61.º, n.º 1, al.ª b), 187, 188, n.º 6 do CPP que admita a destruição *inaudita parte* de escutas/intercepções, quando ocorre depois da cessação do segredo interno e até depois de os arguidos e assistentes terem manifestado a vontade expressa de conhecer e escrutinar todas as escutas/intercepções realizadas nos autos.
319. Esta nulidade das escutas/intercepções que sustentam a acusação tem necessariamente consequências na acusação, dado o nexos causal patente entre aquelas e esta (artigos 122.º e 126.º do CPP).
320. É sabido que o TEDH admite a utilização de escutas ilegalmente obtidas como fundamento de condenação, desde que estejam asseguradas algumas garantias essenciais do contraditório. Se não estiverem asseguradas estas garantias, soçobra por completo a condenação e, por maioria de razão, a acusação que se baseou nas ditas escutas ilegais.
321. Como diz o TEDH no caso *Janatuinen v. Finlândia*, de 8.12.2009, e no caso *Natunen v. Finlândia*, de 31.3.2009, não havendo *disclosure* material, física das escutas /intercepções à defesa, por

terem sido destruídas na fase de inquérito à revelia da defesa, verifica-se uma violação não apenas do direito a um *fair trial* (processo equitativo e justo), mas também do direito a “dispor dos meios necessários para a preparação da sua defesa” (artigo 6.º, n.º 3, al.ª b) da CEDH).

322. O TEDH tem em particular consideração a circunstância de a destruição do material gravado colocar a defesa na impossibilidade de “verificar as suas alegações quanto à relevância e de provar a sua correcção diante do tribunal de julgamento” (parágrafo 49 do referido acórdão Janatuinen).

323. Estes são casos novos, que o Tribunal Constitucional não podia ter em conta na data em se fixou a jurisprudência do acórdão n.º 70/2008 e no acórdão 293/2008 e que justificam a revisão dessa jurisprudência.

324. Sendo assim, é nula a acusação que se baseia, como a presente acusação, em escutas de conversações e intercepções de comunicações nulas (artigos 122.º e 126.º do CPP), o que conduz em linha recta às consequências “irreparáveis para o conjunto da investigação” já antevistas pelo Magistrado do Ministério Público de Aveiro a 7 de Janeiro de 2010 e a 19 de Novembro de 2009.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
DOUTOR EM DIREITO
PROFESSOR ASSOCIADO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PROFESSOR ADJUNTO DO ILLINOIS COLLEGE OF LAW

325. Nem outro entendimento seria admissível em face das garantias da defesa e do processo “equitativo” (*fair*), que garante os “meios necessários para a preparação da defesa” e do direito do visado de acesso às interferências estaduais nas suas conversações/comunicações.

326. Pelo que é inconstitucional, por violar o artigo 32.º, n.º 1 e 8, da CRP e os artigos 6.º, n.º 1, e 3, al.ª a) e 8, da CEDH, a interpretação dos artigos 122.º, 126.º, 190.º e 283.º do CPP que não considere nula a acusação que se baseia em escutas de conversações e intercepções de comunicações nulas.

CONCLUSÕES

327. Em geral, são nulas as escutas das conversações e as intercepções das comunicações do arguido PAULO PENEDOS em virtude da destruição *inaudita parte* de escutas/intercepções de co-arguidos e participantes, quer no processo principal (fls. 3348, 3857, 4018, 4760, 4790 e 14129) quer na extensão procedimental (fls. 9042 a 9052, 12976 a 12984, 16885 e 16886, 20744), nos termos conjugados dos artigos 61.º, n.º 1, al.ª b), 188.º, n.º 6, e 190.º
328. No caso da “extensão procedimental” são absolutamente nulas as decisões de destruição de escutas/intercepções proferidas pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, por violação do disposto

nos artigos 11.º, n.º 2, al.^a b), e 187.º, n.º 7 e 8, do CPP, artigo 32.º, n.º 1 e 8, da CRP e artigos 6.º, n.º 1, e 8 da CEDH.

329. São ainda nulas as escutas/intercepções do arguido PAULO PENEDOS, em virtude de ter sido destruído um número significativo de produtos obtidos a partir dos alvos 39263M e 39263IE, contra a vontade expressa do arguido escutado e antes do trânsito em julgado da decisão de destruição.

330. Em particular, são nulas as escutas/intercepções realizadas aos alvos 39263M e 39263IE no período de 3.6.2009 a 14.6.2009, por controlo judicial fora de prazo, como são nulas as gravações ao alvo 39263IE no período de 25.6.2009 a 2.7.2009, por a "rectificação" do despacho de 10 de Julho de 2009 consubstanciar uma alteração material do despacho, sendo intempestiva a ordem judicial de junção e transcrição dada mais de seis meses depois.

331. É inconstitucional, por violar o artigo 32.º, n.º 1 e 8, da CRP e os artigos 6.º, n.º 1, e 8 da CEDH, a interpretação dos artigos 188.º, 268, n.º 4, e 269, n.º 1, al.^a e) e n.º 2, do CPP que considere que o juiz não tem prazo para controlar as escutas/intercepções apresentadas pelo Ministério Público nos termos do artigo 188.º, n.º 4. Como é inconstitucional, por violar as referidas disposições constitucionais e

convencionais, a interpretação dos artigos 187.º, 188.º e 190.º do CPP, conjugados com os artigos 268, n.º 4, e 269, n.º 1, al.ª e) e n.º 2, que não considere nulas as escutas/intercepções controladas pelo juiz de instrução fora do prazo legal de 24 horas contadas desde a apresentação das escutas/intercepções pelo Ministério Público para o efeito.

332. É inconstitucional, por violar o artigo 32.º, n.º 1 e 8, da CRP e os artigos 6.º, n.º 1 e 3, al.ª b), e 8, da CEDH, a interpretação dos artigos 187.º, 188.º e 190.º do CPP que admita a destruição *inaudita parte* de escutas/intercepções, quando ocorre depois da cessação do segredo interno e até depois de os arguidos e assistentes terem manifestado a vontade expressa de conhecer e escrutinar todas as escutas/intercepções realizadas nos autos. Como é inconstitucional, por violar as referidas disposições constitucionais e convencionais, a interpretação dos artigos 187.º, 188.º e 190.º do CPP, que admita a destruição de escutas/intercepções contra a vontade expressa do arguido escutado e antes do trânsito em julgado da decisão de destruição.

333. É nula a acusação que se baseia, como a presente acusação, em escutas/intercepções nulas (artigos 122.º e 126.º do CPP).

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE
DOUTOR EM DIREITO
PROFESSOR ASSOCIADO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PROFESSOR ADJUNTO DO ILLINOIS COLLEGE OF LAW

334. É inconstitucional, por violar o artigo 32.º, n.º 1 e 8, da CRP e os artigos 6.º, n.º 1, e 3, al.ª a) e 8, da CEDH, a interpretação dos artigos 122.º, 126.º, 190.º e 283.º do CPP que não considere nula a acusação que se baseia em escutas/intercepções nulas.

Este é, salvo melhor opinião, o meu parecer.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE

Lisboa, 6 de Dezembro de 2010