

Violação do Sigilo das Comunicações*

— Algumas Questões —

Un Man Kuok, Ivone
Juiz de Direito

INTRODUÇÃO

Os direitos, liberdades e garantias são constitucionalmente considerados como valores fundamentais, os quais “são a base dos princípios da política criminal, que inspirarão não só a actividade dos juizes e dos intérpretes, mas também a dos próprios legisladores penais”¹.

A ligação íntima (mais do que em qualquer outro ramo do Direito) existente entre o Direito Penal e a Constituição revela a relevante missão do Direito Penal como garantia eficiente das liberdades democráticas básicas e dos direitos fundamentais dos cidadãos.

O sigilo das comunicações, como um dos direitos fundamentais, desempenha

* Estudo apresentado no âmbito do Mestrado em Direito (Ciências Jurídicas) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 1995.

Para além da bibliografia referida em rodapé, para a elaboração do presente estudo foram ainda consultadas as seguintes obras: José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987; José António Barreiros, *Processo Penal*, I, Coimbra, Almedina, 1981; *Communication from the Commission on the Green Paper on the Liberalisation of Telecommunication Infrastructure and Cable Television Network*, Luxemburg, Office for Official Publications of the European Communities, 1994, Part I and II; Manuel da Costa Andrade, *Sobre a reforma do Código Penal português - dos crimes contra as pessoas em geral e das gravações e fotografias ilícitas, em particular*, “Revista Portuguesa de Ciência Criminal”, Editorial Notícias; José de Faria Costa, *Direito Penal Especial: lições ao 5º ano do curso de 1994/95*, Coimbra, Faculdade de Direito, 1995, Jorge Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Vol. I, Coimbra Editora, 1981; Agostinho Eiras, *Segredo de Justiça e controlo de dados pessoais informatizados*, Coimbra Editora, 1992; Tom Harper, *Telephone tapping*, “The New Law Journal” (August, 22, 1974), p. 782-783; Joseph Jacob e Robin Jacob, *Confidential communications*, “The New Law Journal” (February, 6, 1969), p. 133-134; e Louis Lusky, *Invasion*, vol. 72, 4 (1972), p. 691-710.

¹ Sousa Brito, *A Lei Penal na Constituição*, in “Estudos sobre a Constituição”, vol. 2º, pág. 194.



também um papel importante no Direito Penal, sujeito que está à protecção do Código Penal português, no artigo 182º (violação do segredo de correspondência e telecomunicação), bem como, em Macau, da Lei nº 16/82/M de 28 de Setembro, que continua a ser o diploma fundamental do Território quanto a esta matéria².

Como escreve FARIA COSTA, “os meios de comunicação [vieram], salutarmente, alargar não só espaço comunicacional, mas também, é evidente, estender, na mesma proporção, o âmbito da possibilidade de agressão aos bens jurídicos pessoais”³.

Ninguém pode violar o sigilo das comunicações porque este tem estreita relação com a intimidade pessoal, um dos direitos fundamentais que caracteriza um Estado de Direito democrático. Em todo o caso, é cada vez mais fácil constatar a violação do sigilo das comunicações no quotidiano, dado o progresso constante da tecnologia.

Diz-se sigiloso aquilo que é necessário manter em segredo e não pode ser divulgado ou publicado sem consentimento do titular do respectivo direito. Diz-se comunicação aquilo que se comunica através dos meios tais como carta, telefonema, telegrama, telefax, etc. A comunicação é, para os seres humanos, um meio de transferir o seu pensamento e a sua convicção própria, que é um direito imprescindível na sua vida.

A Constituição da República Portuguesa (CRP) protege com rigor a correspondência e outros meios de comunicação (art. 34º, nº1), apenas exceptuando os casos previstos na lei em matéria de processo penal (art. 34º, nº 4).

A inviolabilidade do domicílio e da correspondência também constitui um direito fundamental vigente no Ordenamento Jurídico de Macau por remissão do artigo 2º do Estatuto Orgânico de Macau para o Título II da Parte I da Constituição da República Portuguesa, que opera a recepção directa e imediata dos direitos, liberdades e garantias no Território.

² Até à entrada em vigor do novo Código Penal, a Lei nº 16/92/M, de 28 de Setembro, continua a ser o diploma essencial sobre o sigilo das comunicações, contendo normas substantivas e processuais sobre a matéria. Está previsto que a norma revogatória que acompanhará a entrada em vigor do novo Código Penal venha a revogar expressamente aquela Lei, pelo que, e ainda que não haja mudança de fundo, fará sentido referirmo-nos ao que vem consagrado no projecto do novo código. Com a revogação da Lei nº 16/82/M haverá, no entanto, normas que são absorvidas pelos princípios gerais previstos no novo código e outras que não serão contempladas em toda a sua extensão. É o caso das normas de natureza processual, das normas relativas às sociedades concessionárias de serviços de comunicações, das normas relativas ao conteúdo do dever de sigilo e da norma relativa à responsabilidade solidária em sede de violação do dever de sigilo.

³ José Faria Costa, *Direito Penal da comunicação; sumários e alguns tópicos - 1º semestre (1993-94)*, Coimbra, Faculdade de Direito, 1994, pág. 6.



Por seu turno, refere-se no artigo 32º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China (LBRAEM) que: “A liberdade e o sigilo dos meios de comunicação dos residentes de Macau são protegidos pela lei. Nenhuma autoridade pública ou indivíduo poderá violar a liberdade e o sigilo dos meios de comunicação dos residentes, sejam quais forem os motivos, excepto nos casos de inspecção dos meios de comunicação pelas autoridades competentes, de acordo com as disposições da lei, e por necessidade de segurança pública ou de investigação em processo criminal”⁴.

A importância da matéria em apreço resulta visível na preocupação do legislador nos diplomas referidos. Tendo esse facto em consideração, com o presente trabalho pretende-se levantar, do ponto de vista do Direito Penal, algumas questões cuja actualidade é manifesta. Com o objectivo de serem oportunamente analisadas.

I. VIOLAÇÃO DO DIREITO AO SIGILO EM COMUNICAÇÕES ESCRITAS — APREENSÃO DE CORRESPONDÊNCIA.

Do mesmo modo que para as comunicações em geral, o dever de sigilo relativamente a comunicações escritas abrange a proibição de revelar a terceiros:

- O conteúdo de qualquer mensagem ou informação de que se tomou conhecimento, devida ou indevidamente;
- As relações entre remetentes e destinatários;
- As direcções de uns e de outros.

E, note-se, o dever de sigilo em matéria de correspondência cessa apenas nos termos da lei penal.

O meio mais corrente de comunicação por forma escrita é a correspondência postal (*Postverkehr*). A violação do sigilo desta forma de comunicação, pelas entidades públicas, pode assumir uma das seguintes formas: a abertura, a apreensão e a fiscalização.

⁴ Nota-se, em primeiro lugar, o alargamento (quase ilimitado) do campo de restrição do direito operado pela possibilidade de, nos casos de inspecção administrativa (o único com reserva de Lei), razões de segurança pública e processo penal, poder haver intromissão nas comunicações e, em segundo lugar, o facto dos não-residentes nem sequer dessa mínima protecção poderem auferir. Pelo carácter e pela extensão da restrição, e pela sua patente contradição com os princípios fundamentais do regime vigente, deve-se entender estar em contradição com o previsto no Ponto 4 e Ponto I do Anexo I e, muito em especial, do ponto V do Anexo I à Declaração Luso-Chinesa sobre a Questão de Macau, o qual refere que a RAEM “assegurará, em conformidade com a Lei, todos os direitos e liberdades dos habitantes e outros indivíduos em Macau, estipulados pelas leis previamente vigentes em Macau, designadamente (...) o direito à inviolabilidade do domicílio e das comunicações”.

1. Abertura da correspondência

Diz-se *abertura da correspondência*, nos termos nº 1 do art. 5º da Lei nº 16/92/M, de 28 de Setembro, a situação em que alguém, “sem consentimento, abrir encomenda, carta ou qualquer outro segredo que se encontre fechado e lhe não seja dirigido, ou tomar conhecimento, por processos técnicos, do seu conteúdo, ou impedir, por qualquer modo, que seja recebido pelo destinatário”. Caso em que será “punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias”.

Chama-se carta àquelas comunicações que são fechadas, e, simultaneamente, pessoais e individualizadas. Na sequência da afirmação constitucional do direito ao sigilo da correspondência (art. 34º, CRP), ninguém tem o direito de abrir carta de outra pessoa, sem o consentimento da mesma.

2. Apreensão de correspondência

Quanto à *apreensão de correspondência (Postbeschlagahme, die Beschlagnahme von Postendungen)*, como o estabelece o art. 16º, nº 1 da Lei nº 16/92/M de 28 de Setembro, “o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho, a apreensão, mesmo nas estações de correios e de telecomunicações, de cartas, encomendas, valores, telegramas ou qualquer outra correspondência, quando estiver em causa crime punível com pena maior e houver fundadas razões para crer que:

- A correspondência foi expedida pelo suspeito ou lhe é dirigida, mesmo que sob nome diverso ou através de pessoa diversa; e
- A diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova”.

No nº 3 do art. 16º da lei que se vem referindo, estabeleceu-se a garantia de que, caso a correspondência apreendida não se revelar de interesse como meio de prova, o juiz, que é a primeira pessoa a contactar com o conteúdo da correspondência, mandará restituí-la a quem de direito, ficando obrigado ao dever de sigilo (nº 4 do mesmo artigo). Constata-se de novo o cuidado tido pelo legislador em matéria de restrição de direitos, ao fixar única e exclusivamente, a competência do Juiz de Instrução Criminal (JIC) no que toca às apreensões de correspondência.

O legislador foi muito mais rigoroso do que nas revistas e buscas (domiciliárias e não domiciliárias), pois ao contrário destas, aquelas não são admitidas sem que para tal se obtenha a autorização do JIC.

No Código do Processo Penal alemão, no art. 99º, estipula-se o seguinte: “(...) podem apreender-se a correspondência nos correios e os telegramas nas telecomunicações (*Telegraphenanstalten*) que sejam dirigidas ao suspeito. Se a correspondência e os telegramas emitidos nos lugares supramencionados se revelarem de grande interesse para a investigação, e houver adequado fundamento para se crer que sejam emitidas pelo suspeito, podem também ser apreendidas”.

O art.100º, nº1, por seu lado, estipula que: “a apreensão referida no artigo anterior cabe ao juiz. Contudo, no caso em que a demora na realização da busca possa provocar grave risco (*bei gefahr im Verzug*), compete ao Ministério Público o poder de apreensão (...)”. Neste mesmo artigo, no nº 4, determina-se que: “(...) a correspondência apreendida pelo Ministério Público deve ser aberta pelo juiz com observância ao artigo 98º (...)”⁵.

O Código Processual Penal Alemão regula rigorosamente os processos de apreensão da correspondência. Por exemplo, cabe única e exclusivamente ao juiz o direito de emitir a ordem de apreensão. O Ministério Público só tem o poder de emitir uma ordem provisória (*ein vorlaufige Anordnung*) de apreensão nos casos em que grave risco possa ser originado pela demora na efectivação da busca, não tendo, em caso algum, o poder de efectuar a abertura da carta. Quanto à Polícia Judiciária, ela não tem competência nesta matéria.

Na 4ª revisão da Constituição dos Estados Unidos da América, dispõe-se que “(...) não se pode efectuar busca e apreensão de nenhuma correspondência sem um mandato, no qual se contém informações específicas sobre a identificação dos suspeitos, objectos e lugares sujeitos à busca e apreensão. Não se pode realizar a busca nem apreensão dos objectos que não são indicados no mandato, sob pena de violação da Constituição (...)”⁶. O legislador dos EUA toma também medidas rigorosas com o objectivo de proteger a segurança pública. “(...) Nos EUA, cabe unicamente ao Juiz a competência da emissão do mandato (...)”⁷. “(...) Não podem efectuar-se buscas ou apreensões sem mandato, salvo nos casos de emergência. As entidades de investigação não podem efectuar, seja qual for o motivo, a busca ou apreensão da correspondência sem mandato (...). Diz-se caso de emergência legítima situações como salvar a vida e bens alheios (...)”⁸.

Se compararmos a situação de Macau com a dos países acima mencionados, podemos concluir que, seja qual for a nacionalidade do legislador, a questão de legitimidade de apreensão de correspondência é sempre tratada com bastante cautela. Macau apresenta mesmo uma marca de maior rigor, que se revela especialmente na atribuição de uma competência exclusiva ao juiz em matéria de apreensão e abertura de correspondência.

Julgamos, contudo, que o legislador do território de Macau deveria alargar o número de sujeitos competentes para exercer o poder de ordenar a realização da apreensão e a incidência da intervenção, por inspiração do Código do Processo Penal Alemão bem como da 4ª revisão da Constituição dos Estados Unidos da

⁵ Beck-Texte, *Strafprozessordnung*, 14 Aufl. (Nov. 1976), dtv. §§ 99-100.

⁶ *Annotation* in 49 ALR2d, pág. 1209.

⁷ Cf. *United States v. Hill* (1920, DC Ohio) 263F, pág. 812.

⁸ *People v. Robert* (1956) 10 ALR3d, pág. 379.



América. Por outras palavras, nos casos em que possam ocorrer riscos graves originados pela demora na efectivação da busca e da apreensão (como na Alemanha), ou nos casos de emergência legítima (como nos EUA) — por exemplo: em casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada —, as entidades públicas deveriam poder intervir, sem abuso, na esfera jurídica dos cidadãos de forma mais flexível e com maior eficácia, visando a manutenção da segurança pública e a protecção de valores fundamentais num Estado de Direito democrático.

3. Fiscalização

Outra questão que se põe é a de saber se os correios, caso suspeitem que são escondidos em correspondência artigos interditos, podem abri-la com o pretexto de efectuar a fiscalização ou apreensão.

No art. 41º da Convenção da União Postal Universal, realizada em Seul em 1995, indica-se quais são os objectos proibidos de correspondência⁹.

Na legislação interna vigente em Macau, o Decreto nº 40592, de 9 de Junho de 1956, que aprova o Regulamento para Execução do Serviço de Correspondências Postais nas Províncias Ultramarinas, dispõe no seu art. 89º que, “suspeitando-se que uma correspondência contém artigos interditos de transitar pelo correio, ou que não satisfaçam as condições regulamentares, será o facto comunicado ao chefe da estação, que procederá pelo modo seguinte”:

⁹ *Actos da União Postal Universal - 2º Fascículo - Convenção Postal Universal e Regulamento de execução*, Lisboa, 1991. Serviços de Relações Internacionais, artigo 41º (Proibições): 1. “Não são admitidos os objectos de correspondência que, em virtude da sua embalagem, podem oferecer perigo para os funcionários, sujar ou deteriorar os outros objectos ou o equipamento postal. Os grampos metálicos que sirvam para fechar tais objectos não devem ser cortantes; não devem também impedir a execução do serviço postal”. “2. Com excepção das cartas registadas em envelope fechado e das cartas com valor declarado, os objectos postais não podem conter moedas, papel moeda ou quaisquer valores ao portador, cheques de viagem, platina, ouro ou prata, manufacturados ou não, pedras preciosas, jóias ou outros objectos preciosos”. “3. Sem prejuízo das excepções previstas no Regulamento, os impressos e os cecogramas: a) não podem trazer nenhuma anotação nem conter qualquer documento que tenha carácter de correspondência actual e pessoal; b) não podem conter nenhum selo postal, nenhuma fórmula de franquia, obliterados ou não, nem qualquer papel representativo de valor”. “4. É proibida a inclusão, nas correspondências, dos objectos abaixo mencionados: a) objectos que, pela sua natureza, possam oferecer perigo ou provocar as deteriorações referidas no parágrafo 1º; b) estupefacientes e substâncias psicotrópicas; c) animais vivos, com excepção de: 1º - abelhas, sanguessugas e bichos da seda; e 2º - parasitas e destruidores de insectos nocivos destinados ao controlo destes insectos e permutados entre instituições oficialmente reconhecidas; d) matérias explosivas, inflamáveis ou outras matérias perigosas; não são abrangidas por esta proibição, contudo, as matérias biológicas deterioráveis e as matérias radioactivas referidas no artigo 23º; e) objectos obscenos ou imorais; f) objectos cuja importação ou circulação seja proibida no país de destino”. “5. Cada Administração deve zelar, na medida do possível, para que as informações referentes às proibições em vigor no seu país, referidas no parágrafo 4º, alínea f), e comunicadas à Secretaria Internacional em conformidade com o Regulamento de Execução, sejam enunciadas



- a) Se não for carta e o volume estiver aberto, será verificado o seu conteúdo. Confirmando-se a suspeita, a correspondência ficará retida na estação com os devidos cuidados, durante o prazo estipulado para a reclamação, se o expedidor não for conhecido; ou será devolvida ao expedidor, no caso de ser conhecido, salvo quando a natureza do conteúdo ou a falsa declaração implique apreensão do objecto ou procedimento criminal;
- b) Se for carta ou volume fechado de expedidor conhecido será o mesmo imediatamente convidado a esclarecer o assunto. Confirmando-se a suspeita, proceder-se-á como se estipula na alínea anterior. Não sendo conhecido o expedidor, a carta ou volume fechado ficará retido na estação com os devidos cuidados durante o prazo estipulado para as reclamações, se se puder presumir que da sua expedição podem resultar riscos para os empregados, propagação de doenças, epidemias, epifítias ou epizootias, ou deterioração da correspondência. Não havendo essa presunção, a carta ou volume fechado seguirá ao seu destino, com uma anotação da suspeita averbada, a tinta encarnada, na face do próprio objecto, para que as estações de trânsito e de destino observem os devidos cuidados na sua manipulação e para que o destinatário seja convidado a abri-la no acto do seu levantamento, de preferência na presença de funcionário aduaneiro, a fim de esclarecer a suspeita e se proceder, caso a mesma se confirme, de harmonia com a natureza da infracção e o estipulado nos artigos 173º a 178º

de modo claro, preciso e detalhado, e que sejam mantidas actualizadas”. “6. Os objectos que contenham elementos mencionados no parágrafo 4º e que tenham sido aceites indevidamente na ocasião da expedição, serão tratados em conformidade com a Legislação do país da Administração que constatar a sua presença. As cartas não podem conter documentos que tenham carácter de correspondência actual e pessoal trocada entre outras pessoas que não o remetente e o destinatário, ou os que com eles habitam. Caso seja constatada a presença de tais documentos, a Administração do país de origem ou de destino tratá-los-á em conformidade com a sua Legislação”. “7. No entanto, os objectos cujo conteúdo seja o mencionado no parágrafo 4º, alíneas b), d) e e), em caso algum serão encaminhados para o seu destino, nem entregues aos destinatários, nem devolvidos à origem. A administração de destino pode entregar ao destinatário a parte do conteúdo não abrangida pela proibição”. “8. Nos casos em que um objecto indevidamente aceite para expedição não for devolvido à origem, nem entregue ao destinatário, a Administração de origem deve ser informada sem demora sobre o tratamento aplicado ao objecto. Esta informação deve indicar de maneira precisa a proibição que incide sobre o objecto, bem como os objectos que deram lugar à apreensão. Um objecto indevidamente aceite devolvido à origem deve ser acompanhado de uma informação análoga”. “9. Fica, por outro lado, ressalvando a qualquer País-membro o direito de não efectuar, no seu território, transporte em trânsito a descoberto dos objectos de correspondência além das cartas, dos bilhetes postais e dos cecogramas, que não satisfaçam as disposições legais que regulam as condições da sua publicação ou da sua circulação nesse país. Estes objectos devem ser devolvidos à Administração de origem”.

Constata-se, portanto, que os correios não detêm competência para fiscalizar a correspondência. Mesmo que tenham dúvidas sobre o conteúdo da mesma, eles não podem abri-la a não ser em frente do remetente ou do destinatário, visto que isso não só lesa a privacidade pessoal mas também o sigilo de comunicação. O mesmo acontece na alfândega: os funcionários só podem abrir ou fiscalizar a correspondência conforme os procedimentos criminais.

Por isso, seja na Constituição da República Portuguesa, seja no Código Penal ou no do Processo Penal, seja na legislação interna de Macau, existem indícios de protecção da inviolabilidade do sigilo da comunicação, a qual se torna cada vez mais importante numa sociedade democrática actual.

II. VIOLAÇÃO DO DIREITO AO SIGILO NAS TELECOMUNICAÇÕES.

O direito à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações é consagrado na Constituição (art. 34º), mas suscita, em inúmeras situações, problemas vários de interpretação e aplicação.

O nº 2 do art. 26º da Constituição impõe que os direitos nele previstos sejam salvaguardados por lei ordinária de modo a que os progressos da tecnologia, que poderão facilmente traduzir-se em infracções à reserva da vida íntima, sejam acompanhados das respectivas alterações legislativas.

Este direito contribui para a protecção em graus diferentes, envolvendo a Constituição, mas simultaneamente em intensidades diversas que a legislação ordinária tentou introduzir:

- a) Proibição da devassa e de tomar conhecimento de qualquer mensagem ou informação para garantia do essencial do direito ao sigilo das telecomunicações (art. 2º, nº 1, da Lei nº 16/92/M). Incorre, assim, em infracção penal quem, sem consentimento, tomar conhecimento do conteúdo ou intrometer-se numa comunicação telefónica, telegráfica ou telecopiada (art. 5º, nº 2). O âmbito de protecção deve ser estendido a qualquer tipo de telecomunicação, seja em rede pública ou privada, e relativamente a todos os serviços utilizados, seja por cabo ou por feixes hertzianos. É assim que, relativamente às radiocomunicações, se estabelece a proibição captar ou tentar captar por quem não seja o seu destinatário [art. 18º, alª c) do DL nº 18/83/M, de 12 de Março] e, no caso de serem recebidas involuntariamente, a proibição de retransmissão, comunicação do seu conteúdo ou existência, ou utilização para qualquer fim. Esta disposição é a que acaba por prescrever um âmbito de protecção mais extenso e intenso. Essencial é que haja uma efectiva quebra do segredo.
- b) Proibição de tomar conhecimento da comunicação em todos os seus elementos, incluindo os sujeitos que nela participam, a hora, a

intensidade, duração e espécie, ou seja, o tráfego. A identificação dos sujeitos pode ser feita directamente através do nome (com protecção autónoma), pseudónimo ou qualquer identificação que relacione determinada pessoa com a qualidade de sujeito da comunicação ou, indirectamente, através do número de telefone. Os sujeitos podem estar igualmente protegidos através do direito ao nome.

- c) Proibição de intromissão técnica. A proibição de intromissão técnica é assegurada pela proibição de posse sem autorização de certos meios técnicos (passíveis de serem utilizados em intercepções de telecomunicações), como equipamentos de rádio (art. 6º do DL nº18/83/M) e de telecomunicações (DL nº 31174, de 14 de Março de 1941, estendido a Macau, com alterações, através da Portaria nº 507/71, de 17 de Setembro), e, ainda, pelo mecanismo da homologação de equipamentos (artigos 25º e segs. do DL nº18/83/M, e 84º e segs. do DL nº 48/46/M, de 3 de Novembro). Note-se que esta protecção técnica que, até agora, se focava na proibição de detenção de aparelhos de escuta ou intercepção, deve ser estendida à protecção da criminalidade informática.
- d) Proibição de divulgação do conteúdo da comunicação (incluindo o tráfego) e das relações entre os interlocutores e os endereços ou números de chamada ou qualquer outra identificação (como a referência pessoal da INTERNET) de uns e de outros (art. 2º, nº 3, da Lei nº 16/92/M). No fundo é um dever de segredo de conteúdo mais amplo do que a reserva do conteúdo da mensagem ou informação abrangendo todo o sigilo da correspondência por telecomunicações. É este aspecto que, julgamos, o DL nº 2/89/M, de 9 de Janeiro, pretende salvaguardar quando impõe aos funcionários dos CTT “a proibição absoluta de revelar o seu texto, bem como a de prestar indicações que deixem indicar o respectivo sentido” (art. 30º).
- e) Proibição de ingerência, salvo o que está previsto em processo penal (princípio da não ingerência do Estado nas comunicações). Significa que a restrição deste direito só existe quando haja necessidade, necessidade que visa a protecção das próprias comunicações. Por um lado, a proibição de ingerência assegura a inviolabilidade e sigilo das comunicações; por outro lado, define o limite de ingerência do Estado e as demais entidades privadas (art. 34º, nº 4, da CRP), deixando o legislador processual penal o poder de decidir o âmbito da restrição (art. 18º, nº 3), que se deve esforçar, em nome de justiça, para contrabalançar o lado abusivo e o lado não abusivo de intromissão nas telecomunicações.

O problema concreto que procuramos colocar tem a ver com a legalidade de pedido de informação, dirigido ao operador do serviço público pela Polícia Judiciária, dos números de telefones ou de telemóveis destinatários de chamadas realizadas por assinantes, objecto de investigação policial. Ao nosso ver, o Código

do Processo Penal não fornece qualquer fundamento às Polícias para que elas possam efectuar, de *per si*, investigações extra-processuais destinados à obtenção de provas (art. 17º da Lei nº 16/92/M).

Pergunta-se contudo:

- Mesmo fora dos termos processuais, será permitido à Polícia efectuar o controlo de comunicações, incluindo, tanto as escutas e a quebra do sigilo, como outras formas de intromissão nas comunicações, já que, em maior ou menor medida, o tipo de colaboração solicitada envolve o conhecimento de quem e para quem se fala, a identificação do local, a quantidade de comunicações estabelecidas e das pessoas envolvidas?
- Será igualmente permitido à Polícia solicitar a um operador público informações sobre comunicações telefónicas, tomando tais pedidos como medidas de prevenção criminal ou como medidas de polícia?

O artigo 34º, nºs 1 e 4, da CRP, inscreve-se nesta área temática, marcada pelo encontro de resoluções perante o eterno conflito entre o constante progresso tecnológico e valores relevantes para a humanidade como o direito à palavra e à comunicação, direito *sine qua non* da liberdade individual¹⁰.

Proclama o nº 1 desta disposição que o sigilo de quaisquer meios de comunicação privada, incluindo a correspondência, é inviolável.

O conteúdo do referido direito abrange não só a correspondência postal como também a que é transmitida por telecomunicações, como é o caso do telefone, em termos de proibição da sua devassa e de divulgação do seu conteúdo por quem a elas tiver acesso.

Como referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, a garantia do sigilo estende-se não só ao conteúdo da correspondência como também àquilo que é designado por tráfego, como é o caso da espécie, tempo em que ocorre, duração e intensidade de utilização¹¹. No estrangeiro, designadamente em Espanha e na Itália, a propósito do âmbito do segredo das comunicações telefónicas, tem sido entendido que ele abrange não só o conteúdo da própria comunicação como também a identidade dos sujeitos comunicadores e as referências ao tempo e lugar das comunicações, isto é, o que é designado por tráfego¹².

¹⁰ Manuel da Costa Andrade, *Sobre a violação, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares*, “Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra”, Número Especial, 1984, pág. 545 a 550.

¹¹ J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Anotada*, Coimbra, 1993, pág. 212.

¹² Nesse sentido pode ver-se José Martínez de Pison Cervero, em comentário a uma decisão do Tribunal Constitucional espanhol (*El Derecho a La Intimidad em La Jurisprudência Constitucional*, Editorial Civitas SA, 1992, pág. 29 e 30), onde se refere que “el concepto de

A Lei nº 16/92/M, de 28 de Setembro e o projecto do Código Penal, incluem uma disposição especialmente dedicada à intromissão, com intenção de devassa, na vida privada das pessoas, valorada de forma especial enquanto comunicação telefónica [art. 9º, nº 1, alª a) e art. 186º, nº 1, alª a) do PNCP. Sanciona-se, assim, quem “interceptar, gravar, registar, transmitir ou divulgar conversa ou comunicação telefónica”. A protecção penal deve abranger a qualquer comunicação independente da forma tecnológica aplicada: dados, voz, imagem, etc.

A referência expressa à comunicação telefónica é que já não nos parece tão de acordo com a realidade. De facto, hoje em dia as redes de telecomunicações já pouco têm a ver com o telefone, como o vem a reconhecer o art. 17º da Lei. Este artigo admite a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações transmitidas por telefone ou *por qualquer outro meio técnico*.

Se compararmos os factos puníveis em sede de violação de comunicação telefónica (art. 5º, nº 2, da Lei e art. 188º, nº 2, do PNCP), descobrimos que existem grandes diferenças no tipo de ilícito.

Neste último, é preciso que a intromissão incida sobre o “*conteúdo de comunicação telefónica*”, enquanto no crime de devassa da vida privada não se encontra qualquer referência directa ao conteúdo da comunicação (embora esteja implícito no caso de interceptação de conversa telefónica), exigindo-se apenas a existência do facto da interceptação da comunicação sem consentimento e com intenção de devassa. Por outro lado, a protecção da intimidade e da vida privada não é suficiente para os casos em que haja escutas de telecomunicação dentro da residência.

Vejamos agora o caso dos *mini-registadores*. O *mini-registador (pen register)* é um aparelho mecânico inserido nas linhas telefónicas destinado ao registo dos números telefónicos dos destinatários. Caso o telefone seja do tipo “*dial plate*”, o referido aparelho pode registar, de acordo com o número telefónico marcado, sinais diferentes (curtos ou compridos). Isto é, o aparelho supramencionado, através dum processo técnico, pode revelar o número telefónico do destinatário. Só que o mesmo não detém a função de devassa nem escuta o conteúdo da mensagem.

segreto no cobre sólo el contenido de las comunicaciones, sino también en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad de los interlocutores o de los corresponsales”; e a decisão de 16 de Março de 1993 da Corte Costituzionale italiana (*La Giustizia Penal*, Giugno, 1993, págs. 162 a 168), onde se expende que “In altritermini, l’ampiezza della garanzia apprestata da l’art. 15 del la Costituzione alle comunicazioni che si svolgono tra soggetti predeterminati entro una sfera giuridica protetta da riservatezza è tale da ricomprendere no soltanto la segretezza del contenuto della comunicazione, ma anche quella relativa alla identità dei soggetti e ai riferimenti di tempo e di luogo della comunicazione stessa”.

Nos EUA, a aplicação deste tipo de equipamento torna-se cada vez mais frequente, nomeadamente no levantamento e averiguação das provas de criminalidade, criando, portanto, uma forte ligação no âmbito da comunicação, intervindo na vida íntima dos sujeitos objecto de investigações, lesando, num grau apesar de tudo inferior, se comparado com a devassa electrónica (*electronic eavesdropping*), o direito ao sigilo da comunicação, bem como o direito à reserva da intimidade da vida privada.

Contudo, pergunta-se, no pressuposto de proteger os bens constitucionais e em respeito pelos citados direitos, a instalação de aparelhos deste tipo deve ou não observar o processo rigoroso sobre devassa autorizada pelo juiz?

Mais ainda, pode ou não o Tribunal ordenar a entidades não investigadoras tais como empresas privadas ou companhias de telecomunicações, com o argumento de auxiliar à realização do inquérito?

E, podem ou não estas entidades reservar-se ao direito de recusar a referida ordem?

O caso da *New York Telephone Company*, de 1977 pode servir como exemplo de consulta deste género de casos.

O Tribunal do Distrito do Sul de Nova York autorizou os funcionários do FBI, de forma a que essa entidade pudesse utilizar o *mini-registador* na investigação das apostas ilegais locais. Ao mesmo tempo, o Tribunal ordena à companhia de telecomunicações local no sentido de que esta deve prestar apoio técnico na instalação do referido aparelho. Só que, a citada companhia recusa devassar as linhas telefónicas, com o fundamento de que esse auxílio pode provocar uma invasão indiscriminada da intimidade (*indiscriminate invasion*) e permitir, por isso, a violação do sigilo.

De acordo com a opinião dominante dos juizes do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, o Tribunal do Distrito tem competência para exigir a ajuda de empresas privadas na instalação do aparelho acima mencionado.

Contudo, de acordo com a Lei de 1968, no artº 3º¹³, define-se o acto de interceptação de comunicação como “a obtenção auditiva do conteúdo, em forma oral de comunicação, seja através de equipamentos electrónicos, mecânicos ou outros”. Por seu turno, diz-se “conteúdo”, a existência concreta da troca de ideias e a transmissão do essencial da mensagem¹⁴.

Ora, de acordo com a definição do artigo 3º da referida Lei, a função de *mini-registador* não é interceptar a comunicação, visto que não implica a aquisição do seu conteúdo, nem sequer efectuar a obtenção auditiva. Assim, talvez não seja conveniente tratar o referido aparelho como um caso de *electronic eavesdropping*.

¹³ 18, USC, § 2510(14).

¹⁴ 18, USC, § 2510(8).

Resulta do anteriormente referido no nº 1, a admissibilidade, verificados os respectivos pressupostos, não só da escuta de comunicações telefónicas como também da sua gravação.

E, por outro lado, emana da mesma norma, a exclusividade jurisdicional no âmbito da limitação do direito fundamental dos cidadãos à expressão pela palavra em termos reservados.

O juiz de instrução, tal como o do julgamento, pode ordenar, oficiosamente, no âmbito das suas atribuições, a intercepção telefónica, e pode autorizá-la quando requerida por quem de direito, designadamente na fase do inquérito.

A admissibilidade das escutas telefónicas carece da verificação dos seguintes requisitos:

- primeiro, a existência de crimes graves cuja investigação, bem como a recolha de provas, é difícil, a não ser através da intercepção telefónica (princípio de proporcionalidade).
- segundo, a referida investigação só deve ser aprovada pelo juiz quando o mesmo puder saber que, pela idoneidade dos factos conhecidos, essa é a melhor solução, que não existe outro remédio, incluindo outras diligências menos graves quando comparadas com a intercepção telefónica (princípio de subsidiariedade).

CONCLUSÃO

A Constituição prevê a inviolabilidade do sigilo da correspondência e de outros meios de comunicação privada, e a proibição de ingerência das autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações, salvo os casos previstos na lei, em matéria de processo criminal (artigo 34, nº 1 e 4).

O Código de Processo Penal regula a possibilidade de introduzir a intercepção e gravação das comunicações telefónicas em determinados crimes, nos casos de a diligência se revelar de grande interesse para a descoberta da verdade, ou para a prova, sujeitando à ordem ou autorização do juiz (art. 187º, nº 1).

